

ISSN 2618-5121 (web)

# FORUM

14

AÑO 2022

REVISTA  
DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA  
ARGENTINA



**FORUM**

**REVISTA DEL  
CENTRO DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica Argentina**



**Diciembre 2022**



# FORUM

## REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica Argentina

Número 14

Diciembre 2022

**ORLANDO JUAN GALLO**

**Director del Centro de Derecho Constitucional**

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

**Director de la revista**

**SOFÍA CALDERONE**

**Secretaria de redacción**

**FACUNDO MENEM**

**Asistente editorial**



Editorial de la Pontificia Universidad Católica Argentina

Los autores de los artículos publicados en el presente número ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore su versión digital al Repositorio Institucional "Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina" como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

## **UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel./Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar  
Buenos Aires, diciembre de 2022

ISSN: 2718-6628 (web)

---

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723  
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

**AUTORIDADES**  
**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**  
**“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”**

**Rector**

Dr. Miguel Ángel Schiavone

**Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica**

Dra. María Clara Zamora

**Vicerrector de Integración**

Pbro. Gustavo Boquín

**Secretario Académico**

Dr. Gabriel Limodio

**Administrador General**

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

**FACULTAD DE DERECHO**

**Decano**

Dr. Pablo María Garat

**Director de la Carrera**

Dr. Daniel A. Herrera

**Secretario Académico**

Dr. Carlos Muñiz

**Director de Investigación Jurídica Aplicada**

Dr. Jorge N. Lafferriere

**Director de Posgrado**  
Dr. Gustavo Costa Aguilar

**Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas**  
Dr. Fernando Ubiría

**Director de Relaciones Institucionales**  
Dr. Néstor Raymundo

**Centro de Derecho Constitucional**

**Director**  
Orlando J. Gallo

**Revista FORUM**

**Director de la Revista**  
Roberto A. Punte  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

**Secretaria de Redacción**  
Sofía Calderone  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

**Asistente Editorial**  
Facundo Menem

**Comité Editorial**  
Ezequiel Abásolo  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Florencia S. Ratti Mendaña  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Ignacio L. Díaz Solimine  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Juan M. Clérico  
(Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Germán Masserdotti  
(Universidad del Salvador,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Santiago M. Castro Videla  
(Universidad Austral,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

**Consejo Académico**

Eduardo Quintana  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Débora Ranieri de Cechini  
(Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Alberto Dalla Vía  
(Universidad de Buenos Aires,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

María Angélica Gelli  
(Universidad de Buenos Aires,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Carlos I. Salvadores de Arzuaga  
(Universidad del Salvador,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Alfonso Santiago (h)  
(Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina)

Sergio R. Castaño  
(Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, Argentina)

Juan Cayón Peña  
(Universidad de Nebrija, Madrid, España)



Gabriel Bocksang Hola  
(Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Chile)

Juan Cayón Peña  
(Universidad de Nebrija, Madrid, España)

Miguel Ayuso  
(Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España)

Camilo Tale  
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Guillermo Barrera Buteler  
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Antonio María Hernández  
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Juan F. Segovia  
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Carlos A Egües  
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

## FORUM

*FORUM* es la Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, de edición semestral, y el vehículo de difusión de los estudios académicos surgidos de investigaciones realizadas por los docentes que integran el Centro de Derecho Constitucional. Incluye también textos elaborados por profesores y especialistas que participan en calidad de invitados. La verdadera Ciencia Jurídica “exige el diálogo con los hechos y con las circunstancias, la recepción de las tradiciones institucionales, de la constitución histórica, y del más amplio contexto de las fuentes para su interpretación y aplicación. Esto significa sentirse herederos de una tradición compleja, jurídica, histórica, social. Intérpretes hoy de valores éticos sostenidos en la fe cristiana según el magisterio perenne de la Iglesia y, a la vez, impulsados a su vigencia del mejor modo. En plenitud de consonancia para que la norma no solo sea respetada en verdad sino que esta verdad, al convertirse en vigencia, alimente de justicia y de paz las situaciones en que deba enseñarse o aplicarse” (*FORUM* N° 1, 2013, Editorial).

En esta línea, *FORUM* busca pensar el Derecho Público desde la concepción iusnaturalista, tomando como guía los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, iluminados por la Fe. Su cobertura temática comprende: Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo, Historia del Derecho, Derecho Canónico y Eclesiástico y Derecho Comparado.

Nuestros lectores son profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes. En las últimas páginas, se incluyen las

Normas de Publicación para los autores junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar.

Los autores de los artículos publicados, además, ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que se incorpore una versión digital al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina y también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

Todos los contenidos de la revista se encuentran disponibles en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107  
Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Buenos Aires, Argentina  
E-mail: [forum@uca.edu.ar](mailto:forum@uca.edu.ar)

## FORUM

*FORUM* is the Journal of the Constitutional Law Center of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María del Buenos Aires”, published every semester. The journal provides coverage of the academic research carried out by teachers who integrate the Center of Constitutional Law. It also includes papers prepared by professors and specialists who participate as guests. The true legal science “(...) requires dialogue with facts and circumstances, embracing both the institutional traditions and the historical constitution, and the broader context of the sources for their interpretation and application. This means feeling heirs of a complex, legal, historical and social tradition, acting as interpreters of ethical values sustained in the Christian faith according to the perennial teaching of the [Catholic] Church and, at the same time, driven to its actual validity. In agreement with the fact that the norm not only may be respected as truth but also, when it is perceived as valid, nourishes with justice and peace the situations in which it must be taught or applied” (*FORUM* N° 1, 2013, Editorial).

In this line, *FORUM* seeks to think about Public Law from the standpoint of natural law, taking as a guide the fundamental principles of justice and natural order, illuminated by the Faith. Its thematic coverage includes: Constitutional Law, Philosophy of the Law, Public International Law, Administrative law, Law history, Canon Law and Ecclesiastical and Comparative Law. Our readers are professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students. The last pages include the Publication Norms along with the evaluation system used for the selection of the collaborations to be published.

In addition, the authors of the published articles assign their rights to the publisher, in a non-exclusive manner, so that a digital version is incorporated into the Institutional Repository of the Argentine Catholic University as well as into other databases that are considered of academic relevance. All the contents of the journal are available in the University's Digital Library.

Contact information for subscriptions, exchanges, work submissions and correspondence:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107  
Pontificia Universidad Católica Argentina  
Buenos Aires, Argentina.  
E-mail: [forum@uca.edu.ar](mailto:forum@uca.edu.ar)

## SUMARIO

<b>Editorial:</b> Las disyuntivas frente a las cuestiones de “vida o muerte” y el deber de interpretación armónica (The dilemmas facing “life or death” questions, and the duty of harmonious interpretation), por ROBERTO A. PUNTE.....	15
--	----

### Parte I - Artículos de investigación

MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE Juan Antonio González Calderón, Académico de Derecho (Juan Antonio González Calderón, Fellow at the National Academy of Law and Social Science of Buenos Aires).....	23
BASTIANA T. LOCURSCIO Nociones preliminares sobre el concepto <i>bien colectivo</i> (Preliminary ideas on the <i>collective goods</i> concept) .....	51

### Parte II - Notas o comentarios

JUAN G. NAVARRO FLORIA La Corte Suprema convalida celebraciones de contenido religioso en las escuelas públicas (The Supreme Court validates religious content celebrations in public schools) .....	93
MARÍA SOLEDAD RICCARDI Acerca de <i>Carson v. Makin</i> : Los contornos jurídicos del libre ejercicio de la religión en el ámbito educativo estadounidense	

(About <i>Carson v. Makin</i> : Legal contours of the free exercise of religion in US educational settings).....	117
--	-----

### Parte III - Ensayos, crónicas y reseñaciones

ALBERTO F. GARAY

Reseña: Ratti Mendaña, Florencia, <i>El precedente horizontal en las cámaras federales de apelaciones argentinas</i> , Buenos Aires, Thomson Reuters – La Ley, 2021.....	151
--	-----

JOSEFINA NAZÁBAL Y MARÍA VERÓNICA NOLAZCO

Reseña: Santiago, Alfonso (h), <i>La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional</i> , Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2022 .....	159
--	-----

### Parte IV - Documentos

GRÉGOR PUPPINCK

La transformación de los derechos humanos, de los derechos naturales a los transnaturales (The transformation of human rights, from natural rights to transnatural rights), disertación presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, el 23 de mayo de 2022.....	171
---	-----

ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA (BUENOS AIRES)

Declaración de la Academia Nacional de Medicina sobre eutanasia, del 16 de noviembre de 2022 .....	187
--	-----

Normas de publicación .....	189
-----------------------------	-----

## EDITORIAL

# LAS DISYUNTIVAS FRENTE A LAS CUESTIONES DE “VIDA O MUERTE” Y EL DEBER DE INTERPRETACIÓN ARMÓNICA

## THE DILEMMAS FACING “LIFE OR DEATH” QUESTIONS, AND THE DUTY OF HARMONIOUS INTERPRETATION

ROBERTO A. PUNTE<sup>1</sup>

Esta disyuntiva –de “vida o muerte”– ha sido recogida en nuestro idioma para calificar lo que implica enfrentarse con una coyuntura fundamental, blanco o negro, sí o no, vida o muerte. Y es un dilema que, cuando se convierte en una opción ineludible en el orden práctico, en los hechos cotidianos propios de nuestra circunstancia, impacta íntegramente en todas las culturas.

Frente al sacudimiento moral, la interpretación de las normas hace temblar la mano de quien debe firmar la sentencia o la ley que autorizará la orden ejecutiva que deba o pueda aplicarse. Un camino consiste en maquillar la opción acudiendo al enmascaramiento, al sofisma o el eufemismo. Son modos de falsificación y mentira.

1. Abogado (UCA). Traductor público nacional (UBA). Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA). Director de *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”* y del *Suplemento de Derecho Constitucional de elDial.com*. Correo electrónico: [punte@bscp.com.ar](mailto:punte@bscp.com.ar).



Si “aborto” es una palabra dura –pues significa el fin de una vida incipiente en la etapa de embarazo, y de un modo concreto, que una vida posible, en curso, naciente, se convierte en una muerte efectiva–, la falsificación vía el lenguaje va a decirnos que se trata solamente de “la interrupción del embarazo”. Desde luego, no se dirá que se está hablando de la muerte de un destinado a nacer. Seguramente, con esta misma tónica se invocará la “libertad de disponer del propio cuerpo” o la primacía de su “derecho a la salud psicológica” de quien “decide”.

En nuestro derecho constitucional positivo, el *nasciturus* merece el amparo de la ley, como bien ha fundado Rodolfo C. Barra, quien fue convencional en 1994 y autor de la iniciativa que se plasmó en el inciso 23, del artículo 75, de la Constitución Nacional. Allí no hace sino recoger un derecho natural anterior a cualquier ley generada por el Estado, por el cual, desde la concepción y durante el embarazo, el “por nacer” tiene las mismas garantías que la persona ya nacida<sup>2</sup>.

Esto coincide en nuestra legislación y, además, con las obligaciones internacionales constitucionalizadas, en cuanto a la protección de la vida humana (me refiero al artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la declaración interpretativa de la Argentina en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup>, que es coherente con el principio contenido del “interés superior del niño” que ese mismo pacto contiene). De ahí la razonabilidad de la más estricta regulación de las obligaciones sanitarias, hasta la persecución penal como protección del destinado a nacer, cuando se ponen del modo más sencillo las posibles opciones, evitando el refugio en el disfraz de la perífrasis y el juego retórico del lenguaje figurado.

Si bien el legislador puede prudentemente valorar de modo distinto las situaciones de penalización de actos que afecten estos principios, no cabe duda de que debe hacerlo dentro de los cauces del deber de “interpretación armónica”. Es decir, que la interpretación no

2. Barra, Rodolfo C., “El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto”, *El Derecho - Diario*, Tomo 278, 12/06/2018. Cita Digital: ED-DCCLXXVII-329.

3. Ley N° 23.849 (BO 22/10/1990), artículo 2°.

puede redundar en la destrucción mutua de derechos, sino que ante el enfrentamiento ambos deben compatibilizarse.

La cuestión ha tenido reciente revuelo en el derecho comparado. Efectivamente, en el reciente fallo *Dobbs* (2022), la Suprema Corte estadounidense derogó los precedentes *Roe vs. Wade* (1973)<sup>4</sup> y *Casey* (1992)<sup>5</sup> y devolvió la regulación respectiva del aborto a la legislación de los estados locales<sup>6</sup>. Ha quedado, sin embargo, firme y claro que no existe en la Constitución norteamericana ningún apoyo para un hipotético “derecho a abortar”, ni expreso ni derivado de los principios de libertad o “autodeterminación”, ni de la historia o tradición o de los precedentes. Y a pesar de que la Corte dejó temas sin tratar, como señala Estela Sacristán, el fallo sí “[e]numeró, [...] las herramientas que empleará para controlar la constitucionalidad de las leyes estatales sobre aborto: (i) base racional (menos exigente que el control intermedio, o que el control estricto); (ii) persecución de fines estatales legítimos (concepto más amplio que la legalidad); (iii) fuerte presunción de validez de las leyes sobre salud y bienestar”<sup>7</sup>.

Más aún, aunque no se ha dicho, debe recordarse que Estados Unidos, en general, renuente a la firma de tratados internacionales que los vinculen, ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)<sup>8</sup>, cuyo artículo 6.1 establece: “[e]l derecho a la

4. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

5. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

6. *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners v. Jackson Women’s Health Organization, et al.*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022) (slip op6.).

7. Sacristán, Estela B., “Adiós, Roe”, *El Derecho - Diario*, Tomo 297 18/08/2022. Cita Digital: ED-MMMCCCLIX-664. Una serie de análisis del fallo fue publicada en el suplemento especial: Palazzo (coord.), “El caso *Dobbs*. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto”, *El Derecho*, 24/08/2022, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15658> (fecha de consulta: 5/12/2022).

8. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución N° 2.200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Los datos de la ratificación de dicho Pacto por Estados Unidos pueden verse en: United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Status of Ratification Interactive Dashboard*, disponible en: <https://indicators.ohchr.org/> (fecha de consulta: 5/12/2022). En el caso de los Estados Unidos, fue firmado el 5 de octubre de 1977 y ratificado el 8 de junio de 1992.

vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". En consecuencia, esta norma integra el derecho federal norteamericano y no podrá ser omitido por el legislador habilitado al tiempo de regular válidamente cualquier afectación de la vida<sup>9</sup>.

Igual razonamiento de interpretación, coherente del conjunto de las normas a la luz del sentido común, evitando los sesgos ideológicos y las trampas del lenguaje políticamente correcto, puede aplicarse con relación al derecho natural a la "muerte digna" respecto de la promoción de la eutanasia de los discapacitados, ya sea por eugenesia, enfermedad, accidente o edad avanzada.

No cabe duda de que la elección de los humanos frente a la opción inicialmente propuesta al comienzo de esta nota ha sido a favor de la vida humana y deplorando su cese, como una pérdida no solo para quien la sufre, sino también para grupo social al que pertenece, aun admitiendo que, en alguna etapa, esto sea inevitable dentro del orden general de creación y destrucción propio del cosmos y del tiempo.

La reacción del derecho frente a la evidencia del valor de las "personas" es su protección técnica normativa por medio de las normas escritas. Ya sea que esta se encuentre por nacer o por morir, en pleno goce de su autonomía y libertad o dependiendo de otros, la regla moral y cultural ha derivado a lo largo de los siglos hacia el criterio de considerar invariablemente como "bien" la preservación de la vida y como "mal" que debe evitarse, su pérdida. En consecuencia, la defensa de la vida en cualquier etapa y situación, hasta la más débil o precaria, establece un criterio de apreciación que enriquece la letra textual de cualquier norma, moviendo al intérprete a extremar en todas las oportunidades en que se plantea esta opción el más delicado y escrupuloso análisis, valorando como más justa aquella decisión que ampare y defienda el sostén vital.

9. Por cierto, dentro del mismo tratado, se admite la pena de muerte, pero solo en cumplimiento de la sentencia definitiva de un tribunal competente y para los más graves delitos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barra, Rodolfo C., "El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto", *El Derecho - Diario*, Tomo 278, 12/06/2018. Cita Digital: ED-DCCLXXVII-329.
- Palazzo (coord.), "El caso *Dobbs*. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto", *El Derecho*, 24/08/2022, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15658> (fecha de consulta: 5/12/2022).
- Sacristán, Estela B., "Adiós, Roe", *El Derecho - Diario*, Tomo 297 18/08/2022. Cita Digital: ED-MMMCCCLIX-664.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Status of Ratification Interactive Dashboard*, disponible en: <https://indicators.ohchr.org/> (fecha de consulta: 5/12/2022).

## *Jurisprudencia*

- Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
- Thomas E. Dobbs, *State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., Petitioners v. Jackson Women's Health Organization, et al.*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022) (*slip op.*).

## *Normas*

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución N° 2.200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, San José, en Costa Rica.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.
- Constitución de la Nación Argentina, publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995).
- Ley N° 23.849 (BO 22/10/1990).



**PARTE I**

**ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN**



# JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN, ACADÉMICO DE DERECHO

JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN,  
FELLOW AT THE NATIONAL ACADEMY OF LAW  
AND SOCIAL SCIENCE OF BUENOS AIRES

MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE<sup>1</sup>

Recibido: 22 de abril de 2022  
Aprobado: 8 de agosto de 2022

## RESUMEN

Este trabajo examina la incorporación del Profesor Juan Antonio González Calderón a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en 1929. Para ello, aborda su labor académi-

1. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Abogada (UCA, 2005) y *Master of Laws in International Law (The Fletcher School of Law & Diplomacy, 2009)* como becaria *Fulbright* (2008-2009). Correo electrónico: rdelafuente@uca.edu.ar.

Dejo constancia que el presente trabajo ha sido reelaborado en base al trabajo de investigación que presentara para la aprobación del Seminario de Historia del Derecho Público, a cargo del Dr. Víctor Tau Anzoátegui y posteriormente del Dr. Alberto D. Leiva, correspondiente al segundo año del Doctorado en Ciencias Jurídicas. La copia de ese trabajo de investigación se encuentra archivada en la Secretaría del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.



ca antes de su ingreso a esa Academia (II); documenta el proceso de incorporación a esa corporación (III); y analiza la riqueza de fuentes del derecho que el jurista argentino empleó en su disertación “Las bases necesarias y permanentes de la Constitución”, pronunciada en la ceremonia de incorporación a esa Academia (IV).

#### **PALABRAS CLAVES**

Argentina; Historia del Derecho; Derecho Constitucional; Juristas; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

#### **ABSTRACT**

This paper examines the induction of Argentine Professor Juan Antonio González Calderón to the National Academy of Law and Social Science of Buenos Aires in 1929. It discusses the academic work of Professor González Calderón prior to his induction to the aforementioned Academy (section II). It documents the process of his nomination, eligibility, review, voting, and the induction ceremony (section III). And it analyses the wealth of sources of law that the Argentine jurist used in his dissertation “The necessary and permanent bases of the [Argentine] Constitution” delivered at the induction ceremony (section IV).

#### **KEYWORDS**

Argentina; Legal History; Constitutional Law; Jurists; National Academy of Law and Social Sciences of Buenos Aires.

#### **PARA CITAR ESTE TEXTO:**

Fuente, Maria del Rosario de la, “Juan Antonio González Calderón, Académico de Derecho”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 14, 2023, pp. 23-49.

## I. INTRODUCCIÓN

Juan Antonio González Calderón (1883-1964) se incorporó a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 23 de agosto de 1929, en la sesión pública celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En dicha oportunidad, el Dr. González Calderón destacó que ese acto de incorporación a la Academia significaba la consagración y el premio definitivo que se conceden a los hombres que dedican sus mejores días al servicio de la Nación, con el estudio y la cultura jurídica del espíritu.

Este trabajo se propone precisar, desde el punto de vista de la historia del derecho, la significación de la incorporación del Dr. González Calderón a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Para ello, se abordará la cuestión conforme el siguiente esquema: la labor jurídica desarrollada por el Dr. González Calderón antes de su incorporación a la Academia (II), el acto de incorporación a esa corporación (III), su disertación “Las bases necesarias y permanentes de la Constitución” y sus fuentes (IV).

## II. LA LABOR JURÍDICA DESARROLLADA POR EL DR. JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN ANTES DE SU INCORPORACIÓN A LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

El currículum del Dr. Juan Antonio González Calderón que obra en los archivos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires destaca los siguientes datos personales y antecedentes<sup>2</sup>, a saber:

a) *Datos personales*: Juan Antonio González Calderón nació en Gualeguay, provincia de Entre Ríos, el 23 de julio de 1883. Sus padres fueron Juan González Calderón y Leopoldina Lazcano. Estaba casado con María Celia Belderrain, con quien tenía cuatro hijos (Juan Antonio, María Celia, Mario Pedro y Roberto).

2. Currículum vitae del Dr. Juan Antonio González Calderón, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires [s.f.]. Copia en poder de la autora.

b) *Títulos universitarios*: González Calderón obtuvo los títulos de abogado con especialidad en Derecho Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1909, de profesor universitario y de magistrado.

c) *Tesis*: “El Poder Legislativo en los estatutos, reglamentos y constituciones de la Nación y las Provincias” (1909).

d) *Premios*: Medalla de oro.

e) *Actuación profesional*<sup>3</sup>: Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata<sup>4</sup>; profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires<sup>5</sup>, miembro titular del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, diputado nacional por la provincia de Entre Ríos (1921-1925), miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Filadelfia (Estados Unidos de América) y miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid (España), abogado del Ferrocarril Sud.

f) *Obras*<sup>6</sup>: *Introducción al Derecho Público Provincial* (1913)<sup>7</sup>, *Constitucionalidad de la nueva ley electoral de Buenos Aires* (1914), *El poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes* (1914), *Sobre la enseñanza de Derecho Constitucional* (1915), *Ciudadanía y Naturalización* (1916), *Por*

3. Con posterioridad a su incorporación a la Academia, Juan Antonio González Calderón fue juez en la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital desde 1932 hasta 1949, presidiéndola en 1934-1944.

4. Juan Antonio González Calderón se jubiló de toda actividad docente en 1956.

5. González Calderón se desempeñó como profesor de Derecho Constitucional en esa Facultad desde 1912 y hasta 1947.

6. Obras del Dr. González Calderón publicadas con posterioridad a su incorporación a la Academia: *Historia de la organización constitucional* (1930), *Estudios y dictámenes en Derecho Público* (1937), *Instrucción Cívica* (1938), *El General Urquiza y la Organización Nacional* (1940), *Curso de Derecho Constitucional* (1943), *No hay justicia sin libertad* (1956).

7. El currículum vitae que consta en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires omite señalar las siguientes obras: *La función judicial en la Constitución Nacional* (1911) y *Urquiza* (1911).

*la libertad y el derecho* (1921), *Derecho Constitucional argentino*<sup>8</sup> (Premio Estímulo, Ley N° 9.143 de 1923), *Tres años en el Congreso* (1926), *La personalidad histórica y constitucional de las provincias* (1927), *Reformas a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires* (1928), *Doctrina constitucional* (1928), *Las bases necesarias y permanentes de la Constitución* (1929).

Según Perriau<sup>9</sup>, Juan Antonio González Calderón pertenece a la generación de 1873-1887, también denominada la generación de 1910<sup>10</sup>. Dicha pléyade se gestó como tal durante los años 1910-1925 con la gestión de la generación comprendida por los nacidos entre 1858-1872 y llegó a su madurez intelectual entre los años 1925 y 1940<sup>11</sup>. Ese autor identifica como epónimos de la generación a: Leopoldo Lugones, Agustín P. Justo, José Ingenieros, Ramón S. Castillo, Roberto M. Ortiz. Algunas de las personalidades señaladas por Perriau como coetáneos de González Calderón son: Monseñor Miguel de Andrea, Horacio Beccar Varela, Carlos A. Becú, Cesáreo Bernaldo de Quirós, Adolfo Bioy, Alejandro Bunge, Carlos O. Bunge, Evaristo Carriego, Alfredo Colmo, Abel Cháneton, Pedro Elizalde, Fernando Fader, Macedonio Fernández, Manuel Gálvez, Bernardo Houssay, Carlos Ibarguren, Manuel de Iriondo, Héctor Lafaille, Enrique Larreta, Benito Lynch, Félix Martín y Herrera, Enrique Mosconi, Rómulo S. Naón, Benito Nazar Anchorena, Pablo Nogués, Alfredo Palacios, Robustiano Patrón Costas, Jesús H. Paz, Alberto Peralta Ramos, Honorio Pueyrredón, Juan P. Ramos, Arturo Rawson, Juan C. Rébora, Julio A. Roca, Ricardo Rojas, Belisario Roldán, Carlos Saavedra Lamas, Raimundo Salvat, Segundo Storni, Juan B. Terán, Gastón F. Tobal, Enrique Udaondo, Manuel Ugarte, Eleazar Videla, Benjamín Villegas Basavilbaso, Rogelio Yrurtia, Clodomiro Zavalía<sup>12</sup>. Con mu-

8. El primer tomo se publicó en 1917, el segundo en 1918, el tercero y último en 1922.

9. Cf. Perriau, Jaime, *Las generaciones argentinas*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, pp. 96 y 147.

10. Cf. Tau Anzoátegui, Víctor, "Los juristas argentinos de la generación de 1910", *Revista de Historia del Derecho*, 1974, No. 2, p. 229.

11. V. *supra* 9, pp. 51-52.

12. *Ibidem*, pp. 95-97, 139-155 y 162-163.

chos de ellos, Juan Antonio González Calderón desarrollará su labor como académico de derecho.

Como jurista de la generación de 1910, González Calderón dictó cátedra en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata<sup>13</sup> de modo simultáneo; accedió a la titularidad de la cátedra entre 1911 y 1929; continuó en el ejercicio de la cátedra hasta la década del cuarenta; publicó obras de conjunto sobre su materia, su tratado de derecho constitucional; acrecentó su ciencia y su dedicación a una rama del derecho y la cultivó a fondo<sup>14</sup>. Su tratado de derecho constitucional influyó en la doctrina, la cátedra y los tribunales, prolongando su vigencia más allá del período generacional. El principal constitucionalista, de orientación liberal, que se destacó posteriormente fue Segundo V. Linares Quintana (1909-2013), perteneciente a la generación de 1940<sup>15</sup>. Las ideas de la generación de 1896<sup>16</sup> de estudiar el derecho dentro del marco social, destacando el ser nacional, y analizándolo a través de sus elementos histórico-sociales, encontró un campo propicio para el desarrollo de los estudios histórico-jurídicos así como los sociológicos de los juristas de 1910, entre ellos, en el enfoque constitucional de González Calderón<sup>17</sup>.

Corresponde señalar que González Calderón inició su actividad docente en la UBA<sup>18</sup> como profesor suplente en 1912, en la cátedra del Dr. Tomás R. Cullen, y pasó a dictar un curso completo de la materia en 1915. Tras la renuncia del Dr. Cullen el 27 de junio de 1924,

13. Precedieron a González Calderón en la cátedra de derecho constitucional en La Plata, los profesores Joaquín V. González, Agustín Álvarez y José Nicolás Matienzo.

14. V. *supra* 10, pp. 230-234.

15. Tau Anzoátegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina. Siglos XIX y XX*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 181-182.

16. Juristas nacidos entre 1858 y 1872, se destacan: Rodolfo Rivarola, Ernesto Quesada, José Nicolás Matienzo, Juan A. Bibiloni, Juan A. García y Joaquín V. González.

17. V. *supra* 15, pp. 166-167.

18. Cf. Tanzi, Héctor J., "La enseñanza del Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires", *Academia*. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 9, No. 17 (2011), p. 98. Accesible en: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/17/la-ensenanza-del-derecho-constitucional-en-la-facultad.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/17/la-ensenanza-del-derecho-constitucional-en-la-facultad.pdf) (fecha de consulta: 19/02/2022).

se hace cargo de la cátedra y es nombrado profesor titular el 11 de agosto de ese año, cargo que ocupó hasta su renuncia, el 6 de mayo de 1947. Renunció por divergencias sobre un proyecto de homenaje a la Constitución con el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales<sup>19</sup>. Integraron su cátedra como profesores suplentes: Lorenzo Barros, Alberto Gabriel Padilla, Luis Quirno Costa y Martín Aberg Cobo.

Al inaugurar su curso en 1915, el profesor González Calderón explicaba a sus alumnos: “El método en nuestros estudios de derecho constitucional será sencillo y provechoso, en cada cuestión de la materia, trataremos de buscar, desde luego, la interpretación auténtica del texto constitucional, vale decir con qué propósito el constituyente lo estableció, qué quiso que significara, y si es posible, cómo entendió que debía aplicarse. Después haremos la interpretación jurisprudencial, en otras palabras, veremos qué decisiones la Suprema Corte Nacional ha pronunciado sobre la crítica de la institución o principio político que hayamos estudiado comparándolo con el correlativo en otras organizaciones federales”<sup>20</sup>. Retomó la tesis alberdiana de que la Constitución argentina no es “una invención más o menos genial de los patriotas de 1853” ni “una copia servil de un modelo extranjero”, sino que es “producto típico del pasado nacional”<sup>21</sup>. Con su enfoque histórico, procuró resaltar que la Constitución argentina es en su base federal y no nacional<sup>22</sup>.

En 1922, González Calderón había completado su obra más difundida, *Derecho Constitucional argentino*, que servía de referencia a sus alumnos y que aún hoy es citada en la jurisprudencia de los tribunales argentinos, incluyendo los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este tratado constituyó el primer intento de in-

19. Cf. Padilla, Alberto G., *Lecciones sobre la Constitución*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 50.

20. González Calderón, Juan A., *Sobre enseñanza del derecho constitucional*, 1915, s.d., p. 9.

21. V. *supra* 10, p. 246.

22. *Ibídem*, p. 270.

vestigación sobre el derecho constitucional argentino<sup>23</sup>. El académico Doctor Julio H. G. Olivera expresó que esa obra representó la fuente de estudio y referencia en el campo del derecho constitucional no solo en la República Argentina sino en otros países del continente<sup>24</sup>.

En el balance que realizara el académico Segundo V. Linares Quintana sobre la bibliografía jurídica argentina hasta 1950, destacó que el tratado de derecho constitucional del profesor González Calderón ha llegado a ser una obra clásica y puede ser considerada como la más importante publicada hasta 1950 en el país en la esfera del derecho constitucional. Expresó, asimismo, que “las doctrinas en ella expuestas han ejercido notable influencia en los poderes públicos, en la cátedra y en el libro, y sin exageración puede afirmarse que este tratado ha marcado toda una época en la ciencia política de la República Argentina”<sup>25</sup>.

Por su parte, Joaquín V. González, en el prólogo del tratado de derecho constitucional, indicaba que la obra de González Calderón “viene no solo a corregir todas las deficiencias del pasado, aprovechando sus siempre sabias lecciones, sino a colocarse de lleno, y con entera suficiencia de información y de método, dentro de la corriente moderna, marcada por los mejores comentaristas norteamericanos más recientes, y ya reclamada por el desarrollo de la enseñanza superior en el país y por el crecimiento de todos los órdenes sociales regidos por las cláusulas de la Constitución”<sup>26</sup>. Como destacara el Dr. Olivera, el método de González Calderón consistía en examinar cada

23. Cf. Limodio, Gabriel, trabajo de investigación sobre la obra de González Calderón, “Derecho Constitucional argentino”, inédito, s.f., 6. Copia en poder de la autora.

24. Discurso del académico Doctor Julio H. G. Olivera, “Crecimiento económico y seguridad jurídica”, en ocasión de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales el 25 de julio de 1965, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Años X y XI (segunda época), p. 23.

25. Linares Quintana, Segundo V., “Derecho Constitucional. (Contenido, método y terminología)”, en *Balance de la Bibliografía Jurídica Argentina hasta 1950*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Amigos de la Universidad Hebrea de Jerusalén (Sección Buenos Aires), 1953, p. 11.

26. González, Joaquín V., Prólogo a Juan A. González Calderón, *Derecho constitucional argentino*, 2ª edición, Tomo I, 13, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., 1923-1926.

principio y norma a la luz de su origen, sus antecedentes históricos, y de los casos legislativos y jurisprudenciales, con el propósito de desentrañar el sentido exacto y también relacionarlos con los problemas de la vida institucional<sup>27</sup>. Ernesto Quesada elogió el método de la interpretación histórica utilizado por el profesor González Calderón en su obra como el más conveniente ya que, en su opinión, la Constitución no puede ser sino la representación adecuada y fidelísima de la evolución social y política del pueblo respectivo<sup>28</sup>.

Antes de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, González Calderón se desempeñó como diputado nacional por la provincia de Entre Ríos<sup>29</sup> (1922-1925). En su labor legislativa, se destaca un proyecto de ley que resultará relevante en el contexto de su discurso en ocasión de su incorporación a la Academia, *Ley orgánica de intervenciones federales*<sup>30</sup>. El 12 de julio de 1922, el diputado González Calderón presentó a la honorable Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley orgánica de intervenciones federales. En esa oportunidad, el diputado señaló que los artículos 5º y 6º de la Constitución Nacional raras veces han sido fielmente interpretados y aplicados debido a la carencia de una ley reglamentaria que los amparase de los intereses políticos transitorios. Agregó que actualmente (en referencia al año 1922), como en el pasado, la vida autónoma de las provincias dentro de sus propias esferas no existía ni podía existir positivamente porque se hallaba subordinada al arbitrio del Poder Ejecutivo central durante el receso del Congreso, que era la mayor parte del año<sup>31</sup>. El autor del proyecto

27. V. *supra* 24, p. 24.

28. Carta dirigida al Dr. Juan Antonio González Calderón por el Dr. Ernesto Quesada, Profesor de Sociología en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, *Derecho constitucional argentino*, Tomo II, 9, 2ª edición, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., 1923-1926.

29. El Dr. González Calderón resultó electo diputado nacional por el partido Concentración Popular por el período 1922-1926. Sin embargo, el 3 de junio de 1925 presentó su renuncia y concluyó su mandato.

30. Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Expediente 00150-D-1922, Proyecto de Ley, en archivo desde el 12 de julio de 1923.

31. Congreso de la Nación. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, año 1922, p. 538.



de ley explicó que había tomado lo sustancial del proyecto de la ley norteamericana de 1795, propiciada por Domingo F. Sarmiento en su mensaje de 1869, agregándole ciertas disposiciones conformes con la jurisprudencia comparada, con la enseñanza de reputados autores y con los antecedentes nacionales. El proyecto reservaba al Congreso el poder exclusivo de autorizar la intervención federal en casos en que estuviera subvertida o corrompida la forma republicana de gobierno en las provincias, y otorgaba al Ejecutivo la facultad de intervenir a requisición de las autoridades constituidas en las provincias con el fin de sostenerlas o para restablecerlas si hubieran sido depuestas por sedición o por invasión de otra provincia<sup>32</sup>. Otros artículos del proyecto imposibilitaban el manejo de las rentas públicas de las provincias intervenidas y prohibían al interventor reorganizar por sí mismo el Poder Judicial con fundamento en los principios y disposiciones que garantizan la inamovilidad y la independencia de los jueces en el orden nacional y en el provincial<sup>33</sup>. Dicho proyecto de ley fue remitido a la Comisión de Asuntos Constitucionales.

La renuncia de González Calderón a su cargo de diputado fue presentada por primera vez el 4 de mayo de 1925<sup>34</sup>. En la sesión del 27 de mayo de ese año, la renuncia no fue aceptada por 101 votos negativos contra 40 votos afirmativos<sup>35</sup>. En dicha sesión, se enunciaron dos posibles causas para su dimisión, a saber: a) la interpretación del Dr. González Calderón de las obligaciones del cargo legislativo, que él comprendía compatibles con el desempeño simultáneo de la profesión de abogado en una empresa ferroviaria que poseía una concesión nacional (consignada en su currículum como abogado del Ferrocarril Sud), y b) razones de carácter político relacionadas con discrepancias con la organización y orientación del partido Concentración Popular de Entre Ríos. La razón de renuncia fue descripta como motivos de carácter personal. González Calderón reiteró su re-

32. *Ibíd.*, p. 539.

33. *Ibíd.*, p. 542.

34. Congreso de la Nación. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, año 1925, p. 323.

35. *Ibíd.*, p. 328.

nuncia a su cargo de diputado el 3 de junio de 1925, la cual fue aceptada por la Cámara de Diputados de la Nación en la sesión de ese mismo día<sup>36</sup>.

Entre los antecedentes mencionados en el currículum vitae del Dr. González Calderón consta su condición de miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid, España). Su incorporación a dicha corporación el 30 de junio de 1925<sup>37</sup>, junto con otros trece argentinos (Marco M. Avellaneda, Carlos de Estrada, Rodolfo Rivarola, Leopoldo Melo, Vicente C. Gallo, Carlos Saavedra Lamas, Mariano de Vedia y Mitre, Mario Sáenz, Antonio Dellepiane, José Nicolás Matienzo, Manuel Augusto Montes de Oca, Antonio Bermejo y Tomás Cullen), tuvo fundamento en el interés de esa Academia de fomentar sus relaciones con la República Argentina. El acta de incorporación<sup>38</sup> reza: “El Sr. Presidente y el infrascrito secretario dieron cuenta de que, con el propósito de fomentar las relaciones de la Academia con la República Argentina, de acuerdo con el Sr. embajador de aquel país en Madrid, informados de la alta significación de algunas personalidades que pudieran ser base de constitución de una Academia correspondiente, de conformidad también con los señores Posada y Altamira, en punto a los méritos de las personas indicadas al efecto, se ha formulado la propuesta siguiente [se proponen como académicos correspondientes los 14 juristas ya señalados] [...] personas todas de alta calificación en las materias a que se consagra la Academia y que reúnen, por tanto, las condiciones exigidas por los estatutos y Reglamento. Suscriben la propuesta los académicos: Joaquín Sánchez de Toca, Juan Armada Losada (marqués de Figueroa), Rafael Altamira, Álvaro de Figueroa (conde de Romanones), Adolfo González Posada y Eduardo Sanz y Escartín (conde de Lizárraga)”. El 30 de junio de 1925 se votó afirmativamente por esas candidaturas.

36. *Ibidem*, p. 551.

37. Comunicación escrita de la autora con el Sr. Pablo Ramírez de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de fecha 27 de julio de 2007.

38. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Libro de Acta de 1925, sesión de fecha 16 de junio.

González Calderón nunca tuvo intervención académica alguna en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Tampoco remitió a esa institución ejemplares de sus obras. El único registro que consta en el archivo de esa corporación es la siguiente carta que envió con fecha 14 de agosto de 1925<sup>39</sup>:

*“Buenos Aires, agosto 14 de 1925.*

*Exmo. Señor D. Joaquín Sánchez de Toca*

*Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas  
Madrid*

*Acuso recibo de su atenta comunicación, fechada en esa ciudad el 1º de julio del corriente año, en la que me hace saber que he sido designado ‘Académico Correspondiente’ de esa prestigiosa institución, dignamente presidida por V.E.*

*Agradezco, acepto y valoro en todo su significado la honrosa distinción de que he sido objeto, tanto más cuanto que ella proviene de su respetable Academia, exponente de la cultura española y nuevo vínculo de unión, ahora, entre la Madre Patria y mi País, donde se le rinde siempre tributo de acendrado amor filial.*

*Con este motivo, saludo al Señor Presidente con mi más alta consideración.*

*[Firma] GONZÁLEZ CALDERÓN”.*

La incorporación del Dr. González Calderón como académico correspondiente a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas fue motivada por las relaciones diplomáticas entre el Reino de España y la República Argentina. Nótese que el acta de fecha 16 de junio de 1925 destaca las gestiones realizadas en tal sentido por el Embajador argentino acreditado en Madrid.

Con relación a su membresía en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Filadelfia (*American Academy of Political and Social*

39. Comunicación escrita de la autora con el Sr. Pablo Ramírez de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de fecha 10 de septiembre de 2007.

*Science*), esa institución no posee registro alguno sobre el Dr. González Calderón en sus archivos<sup>40</sup>.

Juan Antonio González Calderón contaba con una destacada actuación como profesor de derecho constitucional, era académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ejerció la profesión de abogado y había representado al pueblo de su provincia natal, Entre Ríos, en la Cámara de Diputados de la Nación. Con todos estos antecedentes, se incorporó a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en 1929.

### III. LA INCORPORACIÓN DEL DR. GONZÁLEZ CALDERÓN A LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Conforme establecía el Reglamento de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires de 1927<sup>41</sup>, las elecciones de académicos titulares requerían la mayoría absoluta de votos de los académicos titulares (es decir, un total de 18 votos afirmativos), pudiendo enviarse el voto por escrito. Además, se estableció que si en la primera votación no se obtenía dicha mayoría, en la segunda convocatoria, el voto tácito de los ausentes se computaba afirmativamente.

El 4 de junio de 1928, el académico Dr. José Nicolás Matienzo, Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, dio cuenta del fallecimiento del Dr. Juan M. Garro. Entre los temas del orden del día<sup>42</sup>, se procedió a la votación de la propuesta para académico titular en favor del Dr. Juan Antonio González Calderón. Computados los votos nominales expresados en la sesión y los escri-

40. Comunicación escrita de la autora con las Sras. Emily Wood y Alyson Ricketts de la *American Academy of Political and Social Science (AAPSS)* de fecha 16 de agosto de 2011.

41. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 49 de fecha 9 de noviembre de 1927.

42. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 50 de fecha 4 de junio de 1928.

tos, el jurista obtuvo un total de 16 votos afirmativos<sup>43</sup>. Como consecuencia de ello, se resolvió realizar la segunda convocatoria en la próxima sesión.

El 25 de julio de 1928, se realizó la votación definitiva de la propuesta para académico a favor del Dr. González Calderón. En esta reunión se leyó una carta del Dr. Raymundo M. Salvat, que dejaba constancia de su voto favorable a la incorporación de su coetáneo<sup>44</sup>. Inmediatamente, el Presidente de la Academia, Dr. Matienzo, leyó el artículo decimotercero del Reglamento y, considerando los votos emitidos anteriormente en la sesión del 4 de junio de 1928 más el voto del Dr. Salvat, declaró aceptado al Dr. Juan Antonio González Calderón como miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires<sup>45</sup>. En esa sesión se encontraban presentes los académicos Doctores José Nicolás Matienzo, Vicente C. Gallo, Tomás R. Cullen, Juan José Díaz Arana, Juan P. Ramos, Clodomiro Zavalía, Isidoro Ruiz Moreno, Benito A. Nazar Anchorena y Enrique Ruiz Guiñazú. Se encontraban ausentes con aviso los académicos Doctores Carlos F. Melo, Antonio Dellepiane, Mariano de Vedia y Mitre, Rodolfo Rivarola y Raymundo M. Salvat; y con licencia, los académicos Doctores Antonio Bermejo, Raymundo Wilmart, Juan Antonio Bibiloni y José Luis Murature.

El acta número 53 de fecha 29 de noviembre de 1928 deja constancia de la asistencia del Dr. González Calderón a la sesión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires<sup>46</sup>. El 10 de mayo de 1929 se consignó la recepción de la nota del Doctor

43. Los académicos presentes eran José Nicolás Matienzo, David de Tezanos Pintos, Mariano de Vedia y Mitre, Benito A. Nazar Anchorena, Clodomiro Zavalía, Alfredo Colmo, Juan P. Ramos, Tomás R. Cullen y Enrique Ruiz Guiñazú.

44. Déjase constancia de que esa misiva no se encuentra en el archivo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

45. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 51 de fecha 25 de julio de 1928.

46. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 53 de fecha 29 de noviembre de 1928.

González Calderón aceptando su designación de académico titular<sup>47</sup>. El 2 de julio de 1929, se dejó constancia de la comunicación del jurista manifestando que el 28 de agosto próximo<sup>48</sup> estaría en condiciones de leer su conferencia pública de incorporación; la Academia resolvió tener por designada esa fecha<sup>49</sup>.

La Academia le asignó al Doctor González Calderón el sillón No. 8 que tiene como patrono a Juan Bautista Alberdi.

La incorporación del Dr. González Calderón trascendió en dos crónicas que se publicaron en los diarios *La Prensa* y *La Nación*. *La Prensa*<sup>50</sup> publicó en la sección "Noticias Universitarias", el siguiente aviso:

*"Academia Nacional de Derecho. Recibirá hoy, en sesión pública, al nuevo miembro titular, Dr. González Calderón. En el local de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales se realizará hoy, a las 17:30, una sesión pública de la Academia Nacional de Derecho, con objeto de recibir al nuevo miembro titular de la misma, Doctor Juan Antonio González Calderón, que disertará sobre el tema 'Las bases necesarias y permanentes de la Constitución'".*

Por su parte, *La Nación*<sup>51</sup> publicó la siguiente crónica:

*"Academia de Derecho.  
Ayer fue incorporado el nuevo miembro, Doctor Juan A. González Calderón.*

47. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 54 de fecha 10 de mayo de 1929.

48. Nótese un error en el acta, la fecha correcta es el 23 de agosto de 1929.

49. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 55 de fecha 2 de julio de 1929.

50. Diario *La Prensa* de fecha 23 de agosto de 1929, p. 14.

51. Diario *La Nación* de fecha 24 de agosto, p. 8.

*En la Facultad de Derecho se efectuó ayer la sesión pública de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, con motivo de la incorporación a ese cuerpo del Dr. Juan Antonio González Calderón, elegido recientemente en reemplazo del Dr. Juan M. Garro, que falleció.*

*Asistieron al acto, que fue presidido por el Dr. José Nicolás Matienzo, los Dres. Juan P. Ramos, Enrique Ruiz Guiñazú, Isidoro Ruiz Moreno, Juan José Díaz Arana, Clodomiro Zavalía, Pedro Olaechea y Alcorta, Alfredo Colmo, Ramón S. Castillo, Rómulo Etcheverry Boneo, y un público numeroso de profesionales y estudiantes.*

*Abrió el acto el Presidente de la Academia, Dr. Matienzo, dando la bienvenida al Dr. González Calderón, quien leyó luego un interesante trabajo sobre derecho constitucional.*

*Comenzó ocupándose de lo que llamó hipertrofia del Poder Ejecutivo Nacional y al crecimiento de la Capital con respecto a las provincias que componen la unión federal argentina. En cuanto a lo primero, sostuvo que era necesario establecer en la Constitución algunas precauciones eficaces para evitar la extralimitación de aquél en el ejercicio de sus diversos poderes. A este respecto recordó el siguiente concepto de Mr. Coolidge: 'La mayor fuente de seguridad para un país consiste en que el presidente sepa que no es un gran hombre ni un salvador de la Nación, sino un funcionario que debe obrar ajustando su conducta al régimen institucional'.*

*Se refirió luego al sistema de constitución escrita y rígida que hemos adoptado en nuestro país, copiando en esto a la de los Estados Unidos. 'La Constitución debe ser siempre así —dijo— porque únicamente de tal modo es como el pueblo puede conservar su libertad y mantener el orden jurídico que ha instituido y porque ello es necesario para gozar de un gobierno constitucional, en el verdadero sentido de esta palabra, imposibilitando la dictadura y el caos. Los jueces deben ser los guardianes de la Constitución, pero para que lo sean y puedan desempeñarse con absoluta independencia es preciso que estén escudados con la inamovilidad. He aquí —afirmó— otra de las bases necesarias y permanentes de toda Constitución republicana'. Examinó otras bases indispensables de la Constitución republicana y al aludir al principio de la separación e independencia de los poderes gubernamentales, significó que no había sido acertadamente establecido entre nosotros, y que era conveniente dar una mayor facilidad al funcionamiento del Congreso. 'Ni sometimiento ni subordinación de éste al otro. Ni parlamentarismo, ni discrecionalismo presidencial'.*

*Al insistir en que el Parlamento desempeñe una función constante de fiscalización sobre el Ejecutivo, el disertante hizo algunas oportunas consideraciones.*

*Al finalizar su trabajo, el Dr. González Calderón se refirió a la libertad y a la fiscalización de la prensa, de la cual dijo: 'Que era una de las instituciones más fundamentales y que ejerce una alta misión social de cultura cívica, de defensa de las instituciones políticas, de crítica imparcial a la conducta de los gobernantes y preservación de los grandes intereses nacionales'.*

*Explicó las ventajas del federalismo, en el cual expresó que aún tenía fe, porque no fue una creación artificiosa en 1853 sino la expresión genuina y concreta de lo que era y debe ser la Nación: un cuerpo vigoroso, formado por órganos adecuados para realizar funciones propias siempre que no se les perturbe con intromisiones desafortunadas del poder central. 'Es un honor para el país –concluyó– haber adoptado las bases necesarias y permanentes de la Constitución porque con estas bases, a pesar de todas las vicisitudes que a veces las han afectado gravemente, la Nación ha seguido, triunfante, el camino que la conduce a su grandeza y a su espléndido porvenir'.*

*Calurosos aplausos recibieron las últimas palabras del orador, el que fue asimismo felicitado por el Presidente de la Academia y sus nuevos colegas”.*

Asimismo, *La Fronda*<sup>52</sup> consignó ese suceso en la siguiente crónica:

*“Ayer se incorporó a la Academia de Derecho el Dr. González Calderón. La ceremonia el Presidente de la institución, Dr. José Nicolás Matienzo. El nuevo académico disertó sobre las bases necesarias y permanentes de la Constitución.*

*En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales se realizó ayer por la tarde la ceremonia de la incorporación del Doctor Juan A. González Calderón a la Academia Nacional de Derecho, acto que preside el Doctor José Nicolás Matienzo.*

*Comenzó el Doctor González Calderón agradeciendo a la Academia el honor que se le había discernido eligiéndolo para ocupar el sitio vacante por el fallecimiento del Doctor Juan M. Garro. Dijo en seguida que había tomado como tema el examen crítico de las bases necesarias y permanentes de la Constitución, por cuanto circulan ideologías y conceptos extraños*

52. Diario *La Fronda* de fecha 24 de agosto de 1929, p. 3.



*que pueden afectarlas en forma grave e irreparable. Se refirió en seguida a la que llamó hipertrofia del Poder Ejecutivo nacional y al crecimiento de la capital con respecto a las provincias que componen la opinión federal argentina. En cuanto a lo primero, sostuvo que era necesario establecer en la Constitución algunas precauciones eficaces para evitar la extralimitación de aquel en el ejercicio de sus poderes, recordando el concepto de Mr. Coolidge de que la mayor fuente de seguridad para un país consiste en que el presidente sepa que no es un gran hombre sino un servidor de la Nación y un funcionario que debe obrar ajustando su conducta al régimen institucional.*

*Habló a continuación del sistema de Constitución escrita y rígida que hemos adoptado, copiando en esto a la norteamericana. La Constitución es y deber ser siempre así, dijo, porque únicamente de tal modo es como el pueblo puede conservar su libertad y mantener el orden jurídico que ha instituido y porque ello es necesario para gozar de un gobierno constitucional, en el verdadero sentido de la palabra, imposibilitando la dictadura y el caos.*

*Los jueces deben ser los guardianes de la Constitución, pero para que lo sean y puedan desempeñarse con absoluta independencia, es preciso que estén escudados con la inamovilidad. He aquí, afirmó, otra de las bases necesarias y permanentes de toda Constitución republicana. Desarrollando este concepto el conferenciante se ocupó del fallo de la Corte Suprema que es conocido con motivo del recurso de habeas corpus promovido por un exgobernador de Mendoza. Pienso que es inútil hablar de libertad y de orden jurídico donde y cuando no existe la inamovilidad de los jueces, donde y cuando estos dependen del Poder Ejecutivo, porque entonces los derechos individuales y sus garantías, así como la responsabilidad de los funcionarios públicos, quedan reducidos a nada.*

*Examinando otras bases indispensables de la Constitución republicana dijo el Doctor González Calderón que el principio de la separación e independencia de los poderes gubernamentales no había sido acertadamente establecido entre nosotros, y que convenía dar más facilidad al funcionamiento del Congreso. Ni sometimiento del Ejecutivo al Parlamento ni subordinación de este al otro. Ni parlamentarismo, ni discrecionalismo presidencial.*

*Finalmente, el doctor González Calderón se refirió a la libertad y a la fiscalización de la prensa, de la cual dijo que era una de las instituciones más fundamentales y que ejerce una alta misión social de cultura cívica, de defensa de las instituciones políticas, de crítica imparcial a la conducta de los gobernantes y de preservación de los grandes intereses nacionales.*

*Del sistema federal dijo que su crisis, por la que actualmente atraviesa, se debe únicamente a las noventa y dos intervenciones del poder central en las provincias desde 1861 a la fecha. Explicó las ventajas del federalismo, en el cual dijo que todavía tenía fe, porque no fue una creación artificiosa en 1853, sino la expresión genuina y concreta de lo que era y debe ser la Nación: un cuerpo vigoroso, formado por órganos adecuados para realizar funciones propias, siempre que no se les perturbe con intromisiones desahortadas del poder central”.*

#### IV. SU DISERTACIÓN “LAS BASES NECESARIAS Y PERMANENTES DE LA CONSTITUCIÓN” Y SUS FUENTES

El 23 de agosto de 1929, el Dr. González Calderón leyó su disertación “Las bases necesarias y permanentes de la Constitución”<sup>53</sup>, de conformidad con el artículo 15 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en sesión pública celebrada en la Facultad de Derecho de la UBA. En esta monografía el autor se interrogó sobre cuáles son las bases permanentes y necesarias de la ley suprema de la Nación y concluyó que son aquellas que aseguran y hacen efectivas la libertad y el orden jurídico, las bases que establecen el imperio de la ley en vez del imperio de la fuerza, las que marcan la diferencia entre una situación política de derecho y una situación política de hecho al margen de la justicia y de la verdad.

El profesor González Calderón estableció la existencia de seis bases permanentes y necesarias: 1) el pueblo de la Nación es el depositario único de la soberanía, su voluntad es fuente insustituible del poder público y la manifiesta mediante el sufragio de los electores para que sus agentes ejerzan los mandatos limitados de la Constitución; 2) la Constitución es escrita y rígida; 3) la inamovilidad de los jueces; 4) separación, independencia, limitación y responsabilidad de los poderes gubernamentales; 5) la libertad y el control de la prensa y 6) el sistema federal.

53. Juan Antonio González Calderón, “Las bases necesarias y permanentes de la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, tomo VIII, Nos. 27-29, 1929, pp. 658-702.

El autor utilizó el elemento histórico para interpretar las cláusulas constitucionales, así como también se refirió a la doctrina de autores extranjeros para analizar hechos de actualidad. Criticó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Orfila*<sup>54</sup> e indicó que la crisis que atravesaba el federalismo en 1929 tenía su causa en la inhabilidad con que el gobierno central ejercía su poder extraordinario de intervenir en las provincias y del interés partidista<sup>55</sup>. Explicó, además, que se llevaron a cabo noventa y dos intervenciones federales entre 1853-1929, treinta y cuatro de ellas entre 1916-1929. En su opinión, tales intervenciones deformaron el federalismo argentino. Asimismo, diagnosticó que la crisis del federalismo nacional no desaparecería hasta tanto el Congreso Nacional sancionara una ley reglamentaria conforme a la letra y el espíritu de la Constitución.

El jurista empleó las siguientes fuentes en su investigación:

### 1. Doctrina

#### 1.1. Nacional

- González Calderón, *Derecho constitucional argentino*, 2ª edición (1923-1926).

- *Doctrina constitucional* (1928).

- *Por la libertad y el derecho* (1921).

- Palacios, Alfredo L.; Caminos, Carlos N., *Derecho de asilo (caso Maciá – Gassol)* (1928).

#### 1.2. Extranjera

- Barbalho, João U. C., *Constituição Federal Brasileira. Commentarios*, Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia, 1924 [2ª edição correcta e augmentada pelo Autor, publicação posthuma].

54. El exgobernador de Mendoza, señor Orfila, planteó un *habeas corpus* contra la detención no ordenada por autoridad competente (juez designado por la intervención federal).

55. Recuérdese que, en su carácter de diputado nacional, había presentado un proyecto de ley que reglamentaba los artículos 5º y 6º de la Constitución Nacional. V. *supra* 30.

- Blondel, André, *Le Contrôle Juridictionnel de la Constitutionnalité des Lois (Étude critique comparative: Etats-Unis – France)*, Paris, Recueil Sirey, 1928.

- Brunet, René, *La Constitution allemande du 11 août 1919*, Paris, Payot, 1921.

- Bryce, James, *Les Démocraties Modernes*, T. II, Traduit par B. Ma-  
yra et le Lieutenant - Colonel de Fonlougue, Paris, Payot, 1924.

- *The American Commonwealth*, vol. I, New York, Macmillan, 1913.

- Garner, James W., *Idées et Institutions Politiques Américaines*,  
Cónferéncias aux Universités Françaises, Paris, M. Giard & cie, 1921.

- Haines, Charles Grove, *A Government of Laws or a Government of  
Men, Judicial or Legislative Supremacy*, New York, University of Califor-  
nia at Los Angeles Printing Office, 1929.

- Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution",  
*Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, t.  
45 (1928).

- Leme, Ernesto, *A Intervenção Federal nos Estados*, São Paulo, Em-  
presa Graphica Da "Revista Dos Tribunaes", 1930 [segunda edição;  
primera edição 1926, Editora Ltda.].

- Maximiliano, Carlos, *Commentarios a Constituição Brasileira*, Rio  
de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

- Mirkine-Guetzevich, B., "Les nouvelles tendances du Droit  
constitutionnel", *Revue du Droit public et de la Science politique en Fran-  
ce et à l'étranger*, t. 45 (1928).

- Montesquieu, *Esprit des Lois*, Paris, Librairie de Firmin Didot  
Frères, 1853.

- Nitti, F., *Bolchevismo, fascismo y democracia*, versión español M.  
Avilés Alía, s.l., Editora Internacional, s.f. [1ª edición].

- Willoughby, Westel W., *The Constitutional Law of the United Sta-  
tes*, t. 2, New York, Baker, Voorhis & Co., 1910.

- Willoughby, Westel W.; Rogers, Lindsay, *An introduction to the  
Problem of Government*, New York, Doubleday, Page & Co., 1923.

- Warren, Charles, *Congress, the Constitution and the Supreme  
Court*, Boston, Boston, Little, Brown and Co., 1925.

- *The Supreme Court in United States History*, vol. I, Boston, Bos-  
ton, Little Brown and Co., 1928.

## 2. Jurisprudencia

### 2.1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- *Aguirre, Domingo c. Gobierno Nacional*. F. 148:157 (1926).
- *Anvaria, María Félix de c. provincia de Buenos Aires*. F. 127:91 (1918).
- *Compañía Azucarera Tucumana c. provincia de Tucumán*. F. 150:150 (1927).
- *Cullen, Joaquín M. c. Llerena, Baldomero*. F. 53:420 (1893).
- *Eboli, Enrique c. Wiedeman, Carlos*. F. 152:424 (1928).
- *Galletti, Aquiles c. provincia de San Juan*. F. 148:65 (1926).
- *Grosso, Bautista y otros c. provincia de Mendoza*. F. 128:435 (1918).
- *Horta, José c. Harquindeguy, Ernesto*. F. 137:47 (1922).
- *Gobernador provisorio de la provincia de San Luis D. Lobos, Eleodoro c. Interventor nacional D. Dónovan, Daniel J.* F. 54:180 (1893).
- *Maciá, Francisco y Gassol Ventura*. F. 151:211 (1928).
- *Orfila, Alejandro*. Gaceta del Foro, número del 16 de abril de 1929.
- *Rissotti, Raúl c. provincia de San Juan*. F. 150:419 (1928).
- *Sbiza y Pastorino*. F. 143:271 (1925).
- *Segovia, Carlos M. c. Orellana Herrera, Gregorio*. F. 128:175 (1918).
- *Sociedad Anónima Azucarera Concepción c. provincia de Tucumán*. F. 143:131 (1925).
- *Tomasi, Héctor*. F. 153:111 (1928).

### 2.2. Fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América

- *Callan v. Bransford*, 139 U. S. 197 (1891).
- *ex parte Milligan*, 71 U. S. 2 (1866).
- *Mc. Culloch v. State of Maryland*, 17 U. S. 316 (1819).
- *Quackenbush v. United States*, 177 U. S. 20 (1900).
- *Shurtleff v. United States*, 189 U. S. 311 (1903).

## 3. Legislación

### 3.1. Legislación argentina

- Constitución de la Nación.
- Decreto del Poder Ejecutivo Nacional del 31 de diciembre de 1923 – Reglamentación de la Ley N° 817, inmigración (BO 12/II/1924).

### 3.2. Legislación nacional de los Estados Unidos de América

- Taft. Veto a la *Enabling Act* del Congreso admitiendo a Arizona como Estado, respecto del establecimiento del *recall* de los jueces en la nueva Constitución. Mensaje especial al Congreso, el 15 de agosto de 1911.

### 4. Artículos publicados en la prensa

#### 4.1. Diario *La Nación*

- Diario del 31 de marzo de 1929. Columna de opinión de Calvin Coolidge, "La única estrategia política en que confío es conducirse bien".

- Diario del 20 de agosto de 1929. Columna de opinión de Walter Simons, "Diez años de la Constitución de Weimar".

#### 4.2. Diario *La Prensa*

- Diario del 15 de abril de 1929. Editorial: "Una decisión desconsoladora".

- Diario del 23 de abril de 1929. Editorial: "La Corte Suprema y el Poder Ejecutivo".

- Diario del 30 de junio de 1929. Columna de opinión del Dr. Juan Antonio González Calderón, "Incomprensión de las instituciones políticas".

- Diario del 25 de julio de 1929. Editorial: "La provincia de San Juan ante la Constitución".

Merece destacarse la riqueza de las fuentes que sustentan su disertación y el conocimiento actualizado en materia de estudio de derecho constitucional de la doctrina, jurisprudencia y debates académicos<sup>56</sup> provenientes de otras latitudes, en una época donde los

56. Como ejemplo, se destaca su conocimiento sobre el debate académico referido a la reforma constitucional en Brasil y la inclusión como motivo de la intervención federal en los estados de la necesidad de asegurar la inamovilidad y la condición vitalicia del cargo de magistrado y la irreductibilidad del tiempo que deben durar en sus cargos.

ejemplares de libros y revistas académicas tardaban un tiempo considerable en llegar a ámbitos académicos argentinos.

Como señalara el académico Linares Quintana, el más acabado exponente del método científico –caracterizado por la utilización equilibrada de los elementos históricos, doctrinarios, positivos, políticos– era el profesor González Calderón, cuya labor en el libro y en la cátedra marcaron una época en el estudio del derecho constitucional en la República Argentina<sup>57</sup>. Esta descripción de la labor científica de González Calderón se comprueba en la disertación al incorporarse a la Academia.

Este trabajo de investigación no ha resultado un texto central en su obra. La única cita que se ha encontrado del mismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se halló en el voto en disidencia del Doctor Fayt en el caso *Romero Feris*, en el considerando 14, al referirse a una de las bases necesarias y permanentes de la Constitución: que el pueblo es el depositario único de la soberanía<sup>58</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

A veinte años de haberse recibido de abogado, Juan Antonio González Calderón se incorporaba como miembro titular a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Había alcanzado “la más alta cumbre a que pueden ascender los jurisprudencistas que se destacan en el país por sus cualidades extraordinarias”<sup>59</sup>. Tras su incorporación a la Academia, se desempeñó como secretario entre 1929-1938. Sucedió en ese cargo al académico Doctor Enrique Ruiz Guiñazú<sup>60</sup>. El 21 de diciembre de 1960 presentó su re-

57. V. *supra* 25, pp. 18-19.

58. *Romero Feris, Antonio J. c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo*. Causa R.292.XXVIII.REX de fecha 1° de julio de 1994. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=358055&cache=1645303341249> (fecha de consulta: 19/02/2022).

59. V. *supra* 53, p. 658.

60. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 56 de fecha 11 de septiembre de 1929.

nuncia como miembro de la Academia, reiterándola el 4 de julio de 1961, siendo la misma rechazada. El 19 de septiembre de 1963 se le aceptó la renuncia, pero solo como miembro de la Comisión de Derecho Constitucional. Falleció el 19 de enero de 1964.

En la sesión de fecha 23 de abril de 1964<sup>61</sup>, tras unas breves palabras de elogio del Presidente académico Doctor Atilio Dell’Oro Maini, los académicos presentes<sup>62</sup> guardaron un momento de silencio en homenaje a la memoria del académico Doctor Juan A. González Calderón, fallecido en enero de ese año. El académico Doctor Juan Silva Riestra expresó que por encontrarse ausente de la capital el Presidente, los secretarios enviaron una nota de pésame a la viuda del académico Doctor González Calderón. Se resolvió convocar a sesión especial en el curso del mes de mayo para llenar la única vacante existente.

El 6 de mayo de 1964 se consignó que la única candidatura presentada para suceder en el sitial académico No. 8 al profesor Juan Antonio González Calderón fue la del Rector de la Universidad de Buenos Aires, el Doctor Julio H. G. Olivera<sup>63</sup>, quien se incorporó a la Academia el 23 de julio de 1965.

## BIBLIOGRAFÍA

- González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, T. I y II, 2ª edición, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., 1923-1926,  
---, “Las bases necesarias y permanentes de la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, tomo VIII, Nos. 27-29, 1929, pp. 658-702.  
---, *Sobre enseñanza del derecho constitucional*, 1915, s.d.

61. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 205 de fecha 23 de abril de 1964.

62. Mariano J. Drago, Juan Silva Riestra, Alberto G. Padilla, Horacio Rivarola, Juan M. Saravia, Ernesto J. Ure, Manuel Rio, Jorge M. Mayer, Eduardo B. Busso e Isidoro Ruiz Moreno.

63. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Acta No. 206 de fecha 6 de mayo de 1964.



- Limodio, Gabriel, Trabajo de investigación sobre la obra de González Calderón, “Derecho Constitucional Argentino”, inédito, s.f., 28 páginas.
- Linares Quintana, Segundo V., “Derecho Constitucional. (Contenido, método y terminología)”, en *Balance de la Bibliografía Jurídica Argentina hasta 1950*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Amigos de la Universidad Hebrea de Jerusalén (Sección Buenos Aires), 1953, pp. 9-21.
- Olivera, Julio H. G., “Crecimiento económico y seguridad jurídica”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Años X y XI (segunda época), pp. 23-36.
- Padilla, Alberto G., *Lecciones sobre la Constitución*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.
- Perriau, Jaime, *Las generaciones argentinas*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970.
- Tanzi, Héctor J., “La enseñanza del Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires”, *Academia*. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 9, No. 17 (2011), pp. 85-112. Disponible en: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/17/la-ensenanza-del-derecho-constitucional-en-la-facultad.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/17/la-ensenanza-del-derecho-constitucional-en-la-facultad.pdf) (fecha de consulta: 19/02/2022).
- Tau Anzoátegui, Víctor, “Los juristas argentinos de la generación de 1910”, *Revista de Historia del Derecho*, 1974, No. 2, pp. 225-283.
- , *Las ideas jurídicas en la Argentina. Siglos XIX y XX*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.

### ***Documentos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires***

- Acta No. 49 de fecha 9 de noviembre de 1927.
- Acta No. 50 de fecha 4 de junio de 1928.
- Acta No. 51 de fecha 25 de julio de 1928.
- Acta No. 53 de fecha 29 de noviembre de 1928.
- Acta No. 54 de fecha 10 de mayo de 1929.
- Acta No. 55 de fecha 2 de julio de 1929.
- Acta No. 56 de fecha 11 de septiembre de 1929.
- Acta No. 205 de fecha 23 de abril de 1964.
- Acta No. 206 de fecha 6 de mayo de 1964.
- Currículum vitae del Dr. Juan Antonio González Calderón [s.f.].

### *Documentos del Congreso de la Nación Argentina*

Base de datos del Archivo Histórico de la Cámara de Diputados de la República Argentina. Período 1862-1929, Subdirección de Publicaciones e Investigaciones Históricas de la Dirección de Archivo, Publicaciones y Museo, 2005.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Expediente 00150-D-1922, Proyecto de Ley, en archivo desde el 12 de julio de 1923.

Congreso de la Nación. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, año 1922.

Congreso de la Nación. Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, año 1925.

### *Comunicaciones particulares*

Fuente, María del Rosario de la, Comunicación escrita con el Sr. Pablo Ramírez de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de fecha 27 de julio de 2007.

Fuente, María del Rosario de la, Comunicación con el Sr. Pablo Ramírez de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de fecha 10 de septiembre de 2007.

Fuente, María del Rosario de la, Comunicación escrita con las Sras. Emily Wood y Alyson Ricketts de la American Academy of Political and Social Science (AAPSS) de fecha 16 de agosto de 2011.

### *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Romero Feris, Antonio J. c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo. Causa R.292.XXVIII.REX de fecha 1° de julio de 1994. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=358055&cache=1645303341249> (fecha de consulta: 19/02/2022).

### *Crónicas de prensa*

- Diario *La Prensa* de fecha 23 de agosto de 1929, p. 14.
- Diario *La Nación* de fecha 24 de agosto de 1929, p. 8.
- Diario *La Fronda* de fecha 24 de agosto de 1929, p. 3.



# NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO *BIEN COLECTIVO*

## PRELIMINARY IDEAS ON THE *COLLECTIVE GOODS* CONCEPT

BASTIANA T. LOCURSCIO<sup>1</sup>

Recibido: 16 de septiembre de 2022

Aprobado: 5 de diciembre de 2022

### RESUMEN

En las últimas décadas el uso del término *bien colectivo* se ha generalizado, tanto en un plano social como –en cuanto interesa– en el ámbito jurídico. No obstante, ello no ha ido acompañado de una nítida delimitación del concepto.

En este artículo se repasan sucintamente diferentes abordajes que se han hecho sobre tal definición y se revisan –desde una visión crítica– caracteres que han sido señalados como identificatorios de los bienes colectivos. A su vez, se comparan estos bienes con los *bienes públicos* de las finanzas públicas, con los *bienes de dominio público*

1. Abogada (UBA, 2005, Medalla de Oro), Licenciada en Economía (UBA, 2015, Diploma de Honor), NYU LL.M. (2009), Especialista en Derecho Tributario (UBA, 2010), Posgraduada en Derecho Aduanero y de la Integración (UBA, 2021), NYU LL.M. Hauser y Fulbright Scholar (2008), Profesora de grado y postgrado (UMSA y UCA). Correo electrónico: [bastianalocurscio@uca.edu.ar](mailto:bastianalocurscio@uca.edu.ar).

del derecho administrativo y con las *res communis omnium* del derecho romano.

Se observa una superposición de categorías frente a normas de diferente data que no han sido armonizadas y se concluye en que es precisa una revisión general del encuadre de los distintos tipos de bienes y de su regulación, para dar mayor coherencia y sistematicidad a nuestro régimen legal bajo el paradigma jurídico actualmente vigente.

#### **PALABRAS CLAVES**

Bien colectivo; Bien público; Bien de dominio público; *Res communis omnium*.

#### **ABSTRACT**

Over the last decades, the use of the term *collective goods* has become widespread, both in a social and –as far as it matters– legal framework. However, such generalization has not gone together with a clear understanding of the scope of the concept.

This article briefly reviews different approaches that have been made on that definition and discusses –from a critical point of view– aspects that have been pinpointed as identifying characters of these goods. In turn, these goods are compared with *public goods* of public finances, with *public domain goods* on the Administrative Law field, and with Roman Law *res communis omnium*.

Overlapping categories are pointed out in the face of rules issued at different times that have not been harmonized, and it is concluded that a general review of the framing of goods and their regulation is a must for our legal system to become more coherent and methodical under the prevailing legal paradigm.

#### **KEYWORDS**

Collective Goods; Public Goods; Public Domain Goods; *Res Communis Omnium*.

### PARA CITAR ESTE TEXTO:

Locurscio, Bastiana T., “Nociones preliminares sobre el concepto *bien colectivo*”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 14, 2023, pp. 51-89.

### INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha observado una concientización sobre el cuidado de los *bienes colectivos* y la relevancia de la *cosa común*.

Ello no solo ha quedado expuesto en un plano jurídico –con un desarrollo jurisprudencial que ha sacudido la legitimación procesal y que ha tenido recepción legal en Argentina y otros países de la región–, sino también en un plano social, en donde una visión individualista del mundo ha sido parcialmente reemplazada por una valorización de la *cosa común* y en la que los bienes colectivos por su propia naturaleza (tales como el ambiente<sup>2</sup>) han devenido esenciales

2. Destacaba Lorenzetti en 2008 que la noción de “ambiente” había evolucionado en el último tiempo, pero que aún suponía cierta confusión: “Para una tendencia restrictiva se incluyen sólo los recursos naturales tales como agua, suelo, flora, fauna y otros. Un poco más amplia es la inclusión de los bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa abarca problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente, otros concluyen en el concepto de calidad de vida como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre”. Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2008, p. 15.

En una postura intermedia, en 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “el medio ambiente comprende el conjunto de elementos vivos e inertes, naturales y artificiales que, pese a su heterogeneidad, funcionan de modo integrado, conformando un sistema. Es un conjunto porque está compuesto por una pluralidad de elementos reconocibles en su individualidad; son heterogéneos ya que algunos tienen vida y otros solo existencia, pueden ser naturales o artificiales; poseen un funcionamiento integrado habida cuenta que los elementos que componen el ambiente se relacionan según pautas de ‘coexistencia’ y/o ‘convivencia’”, véase: *Coihue SRL c. Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios* (2021): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de noviembre de 2021, *Fallos*:

en la ponderación de la conducta de los estados, las empresas y los restantes miembros de la sociedad.

En el plano jurídico, la regulación de los bienes ha mutado sustancialmente y se alejó de un modelo que ha sido calificado como “antropocéntrico” y “puramente dominial”, en cuanto solo tenía en cuenta la “utilidad privada” que se podía obtener de los bienes o su empleabilidad en la actividad de gobierno. Así, ha surgido una esfera distinta a la pública y a la privada –la esfera social–, cuyos límites todavía no están claramente delineados bajo una regulación en la que las categorías antiguas se entrecruzan y superponen con las actuales. A esa esfera pertenecerían los bienes colectivos.

Aun cuando el término “bien colectivo” es común en el derecho y se ha desarrollado ampliamente el estudio de la legitimación o *standing* requerido para accionar judicialmente en protección de estos bienes<sup>3</sup>, la delimitación de ese concepto también permanece borrosa.

En ese marco, a continuación se repasa resumidamente la recepción jurídica del concepto y se revisan diferentes abordajes que se ha dado a su definición. En atención a los caracteres que son relevados como identificatorios, se reflexiona sobre la relación de estos bienes con

---

344:3476, cons. 9, punto a) del pronunciamiento de mayoría (suscripto por los Dres. Rosatti y Maqueda).

Legislativamente, en la Ley de Protección, Conservación, Mejoramiento y Restauración de los Recursos Naturales y del Ambiente en General de la Provincia de Buenos Aires se define al ambiente como el “[s]istema constituido por factores naturales, culturales y sociales, interrelacionados entre sí, que condicionan la vida del hombre a la vez que constantemente son modificados y condicionados por éste”. Cf. Ley N° 11.723, BO de la PBA 22/12/1995, Glosario.

Sobre diferentes acepciones en doctrina y legislación comparada, cf. Cafferatta, Néstor A., “Nociones preliminares de derecho ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/4605/2016.

3. Ello por cuanto estos bienes no son de titularidad dominial de un sujeto, como se estudiará a lo largo de estas notas. Así, Lorenzetti ha indicado que, respecto de los bienes colectivos, la legitimación es *extraordinaria* para reforzar su protección. Cf. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, pp. 183-184. Verbic ha dicho que resulta en cierto punto incuestionable que la vulneración de un bien colectivo origina un conflicto con características diferentes a las que puede presentar un conflicto derivado de la vulneración de un bien individual. Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 30.

los que se reconocen a partir de otras clasificaciones de bienes, tales como los *bienes públicos* de las finanzas, los *bienes de dominio público* del derecho administrativo y las *res communis omnium* del derecho romano.

Cabe anticipar que este artículo no abarca el estudio de la legitimación procesal u otros elementos específicos de los procesos colectivos, sin perjuicio de las referencias aisladas a esos tópicos a lo largo de su desarrollo. En estas notas se procura un ejercicio de reflexión sobre el concepto *bien colectivo* y la puesta en cuestión tanto del significado que surgiría de su empleo en el ámbito jurídico, como de las características identificatorias que la doctrina y jurisprudencia han señalado para delimitar su alcance.

### DESARROLLO

#### *Del acogimiento jurídico de los bienes colectivos*

El concepto *bien colectivo* fue desarrollado en el derecho argentino a partir de la segunda mitad del siglo XX, en paralelo a una creciente tendencia al estudio del derecho ambiental como rama jurídica autónoma<sup>4</sup>. Contemporáneamente, los procesos colectivos fueron

4. Esta tendencia fue paralela a –y recíproca con– la proliferación de la legislación local en la materia: el actual artículo 41 de la Constitución Nacional (la “Cláusula Ambiental”) fue incorporado en el texto constitucional con la reforma de 1994. En ese mismo año, el país aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado y abierto a la firma en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (cf. Ley N° 24.375, BO 6/10/1994). No obstante, ya en 1978 la República Argentina había aprobado la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su decimoséptima reunión celebrada en la ciudad de París, el 16 de noviembre de 1972 (cf. Ley N° 21.836, BO 14/7/1978), y existían numerosos acuerdos internacionales sobre la cuestión ambiental. Asimismo, regía a esa fecha normativa dictada por las provincias, pioneras en el desarrollo de la legislación ambiental en Argentina. Cf. Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., “La autonomía el derecho ambiental”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2577/2022.

Sobre el carácter autónomo del derecho ambiental, cf. Bianchi, Alberto, B., “¿Derecho ambiental o cuestiones ambientales en el Derecho?”, *La Ley*, cita digital:



multiplicándose a lo largo del globo<sup>5</sup>. Mismo en la región, se han producido cambios en las legislaciones de países vecinos que dieron cuenta de esta nueva perspectiva respecto de los bienes de uso común, con un amplio desarrollo de la acción popular en Brasil (país de avanzada en la materia a nivel comparado).

Lorenzetti expone que los intereses difusos y los bienes colectivos –necesariamente vinculados a ellos– son nociones relativamente nuevas dado que no se concebía ni lo uno (intereses difusos) ni lo otro (bienes colectivos) en el constitucionalismo clásico surgido a fines del siglo XVIII<sup>6</sup>. En efecto, en las constituciones que nacieron con la impronta de los valores enarbolados por la Revolución francesa, el centro de gravedad giraba en torno de la libertad y los derechos civiles, que constituyeron –y fundamentaron– los clásicos derechos individuales.

No obstante, señala Maddalena<sup>7</sup>, el concepto de bienes comunes (o de pertenencia común) no sería nuevo, sino que podría ser encontrado en la propia fundación de Roma, precediendo incluso al concepto de bien privado<sup>8</sup>. El mencionado autor ha sostenido:

“[E]l concepto de propiedad común y colectiva se manifestó de inmediato con la propia fundación de la Ciudad, en relación con todo el territorio, y luego, siguiendo la división, en relación con el *ager compascuus*, el cual debía ser considerado un bien ‘extra-co-

---

TR LALEY AR/DOC/1973/2022; ídem, “Sobre la Protección del Medio Ambiente y el Derecho Ambiental”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2826/2022 (por la negativa), y Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., “La autonomía el derecho ambiental”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2577/2022 (por la positiva).

5. Cf. Hensler, Deborah R., “From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally”, *Kansas Law Review*, vol. 65, pp. 965-988.

6. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 136.

7. Maddalena, Paolo, “I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni”, Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad “La Sapienza” de Roma, del 6 de junio de 2012.

8. Para una postura crítica sobre esta cuestión, cf. Beneyto Pérez, Juan, “Notas sobre el origen de los usos comunales”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 9, pp. 33-102.

mercio' al estar destinado de manera estable al uso directo de todos los quirites, para el pastoreo. [...] [S]ólo en una época posterior tuvo lugar la 'división' de parte del territorio común a los patricios individuales, una división que ciertamente tuvo lugar en un período muy antiguo"<sup>9</sup>.

En la legislación argentina, el concepto *bien colectivo* no ha tenido inclusión constitucional directa, aunque habría quedado implícitamente receptado al ampararse los *derechos de incidencia colectiva en general* como categoría jurídica dispuesta por la reforma de 1994. Según el constituyente, en esta categoría quedan comprendidos los derechos que protegen *al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor*, entre otros<sup>10</sup>.

Hacia la misma época de esa reforma, en otros países de Latinoamérica también se produjeron modificaciones constitucionales en las que se contemplaron las acciones colectivas y otros institutos que profundizaron la adopción de un modelo de constitucionalismo social. Así, en Brasil, con la reforma de 1988 se incorporó a la Constitución el

9. Traducción libre del original: “[I]l concetto cioè di proprietà comune e collettiva, si manifestò immediatamente, con la stessa fondazione della Città, in relazione a tutto il territorio, e poi, a seguito della divisio, in relazione all’ager compascuus. Il quale dovette essere considerato come un bene ‘extra commercium’, in quanto destinato stabilmente all’uso diretto da parte di tutti i Quiriti, ai fini dell’esercizio della pastorizia. [...] [S]olo in un secondo momento si dette luogo alla ‘divisione’ di parte del territorio comune a singoli patrizi, divisione che avvenne, di certo, in epoca molto risalente”.

10. Constitución Nacional de la República Argentina, art. 43. En algunas constituciones locales también se han contemplado los derechos o intereses colectivos bien sea en el marco de la acción de amparo o en la asignación de funciones al Defensor del Pueblo. Así, en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –concerniente a la acción de amparo–, se prevé: “Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”. Ver también: Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 20; Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 124; entre otras.

*mandamiento de seguridad colectivo* y se aludió a la existencia de un *patrimonio público y social* y al *medio ambiente*, como supuestos de intereses difusos y colectivos<sup>11</sup>. En el país mencionado, aun antes de la aludida modificación, se dictaron valiosos antecedentes en la materia, tales como la *Lei da Ação Popular* y la *Lei da Ação Cível Pública*<sup>12</sup>. Destaca Verbic que Brasil “es uno de los pocos países de tradición jurídica romano-canónica o de derecho civil que ha desarrollado un régimen sofisticado de protección de derechos de incidencia colectiva, y es el primero en introducir en Iberoamérica un mecanismo de protección específica para derechos difusos y colectivos de naturaleza indivisible”<sup>13</sup>.

Por oposición, Amoza Antúnez de Olivera sostiene, respecto de la Constitución de Uruguay, que ese cuerpo normativo “ha consagrado mayoritariamente solo garantías efectivas para los [derechos] de primera generación, y sobre esa base se pretende proteger a las restantes categorías, lo que en la práctica los deja carentes de protección, prohibiendo incluso la posibilidad de reclamar su protección ante los Tribunales por restringir la titularidad de la legitimación para accionar”<sup>14</sup>.

En nuestro país, tras la reforma constitucional, Quiroga Lavié sostuvo que “[u]no de los mayores avances en el sentido de la protección de los derechos de la sociedad ‘como ente moral o colectivo’ es el consagrado por la nueva Constitución en el segundo apartado de su flamante art. 43”<sup>15</sup>.

Barra, por su parte, focalizó el alcance de la norma en los efectos del daño en mira –y no en el acogimiento de un nuevo tipo de bie-

11. Constitución Política de la República Federativa del Brasil, arts. 5º y 129.

12. Ley Nº 4.717/65, DOU 29/6/1965, y Ley Nº 7.347/85, DOU 25/7/1985, respectivamente.

13. Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 22.

14. Amoza Antúnez de Olivera, Edgardo, “¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el tribunal de lo contencioso administrativo y su rol de garante jurisdiccional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay*, núm. 30, 2014, p. 15.

15. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavalía Editor, 2000, p. 246.

nes-, y destacó que el constituyente en la reforma de 1994 se refirió a derechos de incidencia colectiva en atención a una cierta naturaleza del agravio involucrado, *un agravio expansivo*, exponiendo ejemplos en que ante un mismo bien solo se daría el supuesto colectivo frente a determinadas hipótesis en que el perjuicio presenta un efecto generalizado (por ejemplo, en casos de discriminación)<sup>16</sup>.

### *De la codificación*

En el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCom), en vigencia desde 2016, se contemplaron los derechos de incidencia colectiva, por oposición a los derechos individuales, mencionándose al ambiente como uno de los supuestos en que esos derechos se presentan, mas sin contemplar una definición propia que los caracterice<sup>17</sup>.

Por su parte, en el articulado del Código de Vélez, los bienes colectivos no eran tratados. Entiende la doctrina que esta omisión podría encontrar fundamento en que los códigos del derecho privado regulaban solo los derechos individuales, por oposición al nuevo CCyCom, que es un “Código de los derechos individuales y colectivos”<sup>18</sup>. En ese sentido, Lorenzetti, presidente de la comisión que elaboró el proyecto del nuevo Código, listó entre los valores que guiaron su estructura a la constitucionalización del derecho privado y a

16. Barra, Rodolfo C., “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, *La Ley*, 1994-E-1087.

17. CCyCom, art. 14 (“Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”).

En la versión original del anteproyecto del CCyCom elaborado por la Comisión de Reformas se consideró una desagregación tripartita que además de los “derechos individuales” incluía a los “derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva” y a los “derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común”. Cf. Corbalán, Pablo S. y Pinese, Graciela, “Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial”, *Revista Código Civil y Comercial*, año 2, núm. 7, 2016, p. 186.

18. Lorenzetti, Ricardo L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3561/2014.

la eliminación de una división tajante entre el derecho público y el privado observada, por ejemplo, en la inclusión de los derechos de incidencia colectiva en su texto<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto y de la calificación patrimonial propia del concepto de *bien jurídico* bajo el antiguo Código<sup>20</sup>, en la nota al artículo 2311, Vélez Sarsfield ponderó la existencia de *cosas sobre las que no podía configurarse un derecho subjetivo individual*, al decir:

“La palabra ‘cosas’, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener valor entre los bienes de los particulares”.

También la nota al artículo 2340 de Vélez reflejaba el reconocimiento de la categoría jurídica de *cosas comunes a todos*<sup>21</sup>, si bien con un concepto parcialmente vinculado a (y definido por) la soberanía estatal. En esa nota, en el marco del articulado referente a *bienes públicos del Estado General o de los Estados particulares*, el codificador recuperó fuentes en las que se aludía al dominio de los mares por los países y la ley romana en que se disponía que *flumina pene omnia pública sunt*. En particular –y con una terminología que se mantiene vigente en la conceptualización de los bienes colectivos–, citó la Recopilación de Indias,

19. Ídem.

20. El concepto de bien en el Código de Vélez estaba vinculado estrechamente con un enfoque económico y comprendía a las cosas y a los objetos inmateriales *susceptibles de valor*. Código Civil de la Nación (derogado), arts. 2311-2312.

21. Cf. Abelenda, Virginia, “La importancia de las ‘Notas’ de Vélez Sarsfield al Código Civil Argentino sobre el derecho romano”, *Conferencia ofrecida en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma*, Lima, Perú, del 29 de noviembre de 2013.

en la que se declara que “los montes, pastos y aguas en América que no están concedidos a particulares, son comunes a todos”.

Sobre la fundamentación que Vélez encontró para que un bien no sea de los particulares –si bien con especial referencia a los ríos<sup>22</sup>–, el jurista aludió a *bienes de importancia por la multitud de usos necesarios para la vida, la industria y la agricultura*, resultando conveniente a la paz y a los intereses generales, que el Estado<sup>23</sup> sea el único propietario y regulador del uso de ellos.

La codificación de los bienes colectivos en otros países de la región ha sido más temprana. Así, desde el Código Civil de 1916 en Brasil se designaron tres categorías de *bienes públicos*, siendo la primera de ellas (*bienes públicos de uso común del pueblo*) la que se vincularía de manera directa con el concepto *bien colectivo* que se aborda en estas notas:

“Art. 66. Los bienes públicos son:

- I. Los de uso común del pueblo, tales como los mares, ríos, calles, carreteras y plazas.
- II. Los de uso especial, tales como los edificios o terrenos aplicados al servicio o establecimiento federal, estadual o municipal.
- III. Los dominicales, esto es, los que constituyen el patrimonio de la Unión, de los Estados, o de los Municipios, como objeto de derecho personal o privado de cada una de esas entidades”<sup>24</sup>.

22. Los ríos eran para los romanos *res publicae iuris gentium*, a diferencia del agua que era *res communis omnium*. Abelenda, Virginia, *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2015 [e-book], pp. 15-22. El codificador agrupa dentro de los bienes públicos tanto a los ríos como a sus cauces y las aguas que corren por sus cauces. Cf. Código Civil de la Nación (derogado), art. 2340, pto. 3.

23. Marienhoff considera que en el Código de Vélez la titularidad de los bienes dominicales no era clara ya que en algunos fragmentos se atribuía al Estado (cf. art. 2340 y su nota), en tanto en otros se aludía a un dominio común (cf. nota al art. 2644). El mencionado autor entiende que lo correcto es considerar al pueblo como titular del dominio público, siendo que ese dominio precede a la formación del Estado. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 15-32.

24. Traducción libre del original: “Art. 66. Os bens públicos são:

- I. Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

A su vez, en ese país, en el Código del Consumidor de 1990 se receptó la defensa colectiva de intereses o derechos difusos, entendidos como tales aquellos que son transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas y vinculadas por circunstancias de hecho<sup>25</sup>.

Repara la doctrina en la clara visión civilista-romanista seguida por la legislación brasilera citada –en contraposición por ejemplo a la estadounidense– al procurar una definición (*verbal*<sup>26</sup>) y clasificación de los bienes dentro de su estructura normativa<sup>27</sup>.

---

II. *Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.*

III. *Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades”.*

Estas categorías se han mantenido en el Código Civil de 2002 (cf. art. 99). Con una visión crítica a la categorización de los tres grupos de bienes como bienes públicos, cf. Marrara, Thiago, *Direito Administrativo e Constitucional*, 1ª ed., Sección: “Uso de bem público”, 2017, disponible en: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbetes/31/edicao-1/uso-de-bem-publico> (fecha de consulta: 11/10/2022).

25. Se aclara que la traducción no es textual, por eso no se han incluido comillas. Ley (Brasil) N° 8.078/90, DOU 12/9/1990, art. 81. En el Código también se contempla la defensa colectiva de *interesses o derechos colectivos* (calificados como los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas coligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base) y de los *interesses o derechos individuales homogéneos*. Ídem.

26. Destacan Guibourg, Ghigliani y Guarinoni que las definiciones pueden ser *verbales*, es decir, comunicativas del significado de una palabra a través de otras palabras, u *ostensivas*, esto es, elaboradas valiéndose de la identificación de ejemplos. En este último caso, es la persona a quien el ejemplo va dirigido quien aísla –mediante una operación intelectual propia– las características definitorias del concepto. Guibourg, Ricardo A.; Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 1985, pp. 55-57.

27. Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 13-27; Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2011, pp. 29-32. Señalan los mencionados autores que en la legislación norteamericana los procesos colectivos se edifican sobre una descripción casuística, propia del *common law*, sin que los legisladores hayan intentado introducir especies o categorías abstractas de intereses o derechos subjetivos a tutelar por medio de las acciones de clase. Ídem.

Sobre la aplicación de ese tipo de acciones respecto de la defensa de bienes caracterizados en la doctrina argentina y brasilera como colectivos, tales como el am-

*De la elaboración de un concepto*

Al analizar el referido artículo 43 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que se contemplan allí tres tipos de derechos: “individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”<sup>28</sup>.

Dada esa alusión a una cierta tipología de bienes (colectivos), la doctrina y la jurisprudencia de formación romanística han procurado elaborar un concepto que los aúne, sin una clara y unívoca acepción a la fecha.

En procura de identificar sus rasgos distintivos, el Alto Tribunal ha sostenido que los bienes colectivos *pertenecen a toda la comunidad*, siendo *indivisibles y no admitiendo exclusión alguna*<sup>29</sup>. Agregó que sobre ellos no cabe referir a derechos subjetivos, dado que se trata de bienes *de naturaleza colectiva*. “Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”<sup>30</sup>.

Más recientemente, ese Tribunal ha dicho que esos bienes son de uso común y que están sujetos a una regulación y resguardo que no tiene en cuenta solamente intereses privados o estaduales –como ocurría bajo el paradigma jurídico anterior–, sino los del sistema mismo, con una perspectiva que comprende la sustentabilidad futura<sup>31</sup>.

---

biente, cf. Cooley, Jim D. y Lemly, Thomas A., “Federal Class Action in Environmental Litigation: Problems and Possibilities”, *North Carolina Law Review*, vol. 51, núm. 6, pp. 1385-1454.

28. *Halabi, Ernesto c. PEN – Ley N° 25.873 – Decreto N° 1.563/2004 s/ amparo Ley N° 16.986* (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009, *Fallos*: 332:111, cons. 9. La itálica es añadida.

29. Ídem.

30. Ídem, cons. 11.

31. *Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo –derivación de aguas–* (2019): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de diciembre de 2019, *Fallos*: 342:2136; *La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (2020): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de julio de 2020, *Fallos*: 343:603; *Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental* (2020): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2020, *Fallos*: 343:726.



Incluso previo a la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>32</sup> y otros tribunales<sup>33</sup> habían aludido a la existencia de tales bienes con consecuencias sustantivas en cuanto a su protección y reparación ante su daño, pero también –y primordialmente– con un cambio en el entendimiento de la legitimación y la necesidad (*o no*) de detentar un derecho subjetivo para accionar ante los tribunales.

En el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en 2004 en la órbita del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se indica que los intereses o derechos difusos tienen “naturaleza indivisible” y son de titularidad de “un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”<sup>34</sup>.

En una conceptualización *finalista*, Bidart Campos<sup>35</sup> retoma el numeral 40 de la Encíclica *Centesimus annus*, de Juan Pablo II, en la que se enfatiza que se trata de *bienes imprescindibles para el desenvolvimiento individual*: “Es deber del estado proveer a la defensa y tutela de los *bienes colectivos*, como son el ambiente natural y el ambiente humano [...] ahora con el nuevo capitalismo el estado y la sociedad tienen el deber de defender los *bienes colectivos* que, entre otras cosas, constituyen el único marco dentro del cual es posible para cada uno conseguir legítimamente sus fines individuales”<sup>36</sup>.

32. *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros* (1992): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492.

33. Cf. *Kattan, Alberto E. y otro c. Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo* (1983): Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, 10 de mayo de 1983.

34. Cf. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, art. 1°.

35. Bidart Campos, Germán J., “Los bienes colectivos tienen existencia constitucional”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/9430/2001.

36. En 2015, la Carta Encíclica *Laudato si'* trató sobre el cuidado de la *casa común* “como una hermana, con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos” (número 1). Asimismo, allí se sostuvo que “[e]l medio ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos” (número 95). Francisco I, Carta Encíclica *Laudato si'*, del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común, del 24 de mayo de 2015.

Asimismo, al estudiar los *bienes comunes* (a los que distingue de los *colectivos* y los *públicos*), Marmor destaca que algunos aspectos del bienestar deben estar protegidos por derechos, esto es, por la imposición de deberes sobre otros, pero que esto no es común a todas sus dimensiones<sup>37</sup>.

En este último marco, siguiendo una postura finalista –y dadas las dificultades sobre la identificación de otros caracteres que se expondrá a continuación–, cabría abordar el concepto de bien colectivo *amparado jurídicamente* partiendo de los bienes comunitarios a los que se les reconoce una relevancia *tal* para el desenvolvimiento individual que amerite imponer obligaciones a cargo de otros. A su vez, al ser necesarios para el desarrollo de cada uno no se pueden negar a ninguno.

### ***Del estudio de sus caracteres identificatorios y de su relación con los bienes públicos y los bienes de dominio público***

De lo expuesto en el título anterior resulta que los caracteres básicos con los que la jurisprudencia y doctrina tienden a identificar a los *bienes jurídicamente colectivos* son: (i) *pertenencia comunitaria*, (ii) *indivisibilidad* e (iii) *imposibilidad de exclusión*.

37. Marmor señala: “Algunos aspectos del bienestar de una persona son demasiado triviales para merecer tal protección; simplemente no justifican la imposición de una carga sobre los demás. Otros aspectos del bienestar de una persona, a pesar de ser relevantes y dignos de protección, tales como el interés de una persona en ser amada y querida por otros, no pueden protegerse de manera plausible con la imposición de deberes en los demás; ya sea porque el deber sería desproporcionadamente gravoso o porque su imposición resulta prácticamente imposible”. Traducción libre del original: “Some aspects of a person’s well being are too trivial to deserve such protection; they simply do not justify the imposition of any burden on others. Other aspects of a person’s well being, in spite of being important and worthy of protection, such as, for example, a person’s interest in being loved and cherished by others, cannot be plausibly protected by the imposition of duties on others; either because the duty would be disproportionately burdensome or practically impossible to impose”. Marmor, Andrei, “Do We Have A Right To Common Goods?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, núm. 2, 2001, p. 213.

Así, Lorenzetti indica que el bien colectivo es un bien que *pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna*, y menciona nueve características principales de los bienes colectivos<sup>38</sup>. Entre las características identificadas por el autor, desde la visión que se adopta en este artículo, cuatro atañerían directamente al resguardo de esos bienes por ser tales –y no a su definición preliminar<sup>39</sup>–; las otras cinco son: la indivisibilidad de los beneficios, la no exclusión de beneficiarios, el estatus normativo como bien, la calificación objetiva como bien colectivo y la ubicación en la esfera social.

### *La pertenencia comunitaria*

Respecto del primero de los caracteres básicos aludidos (pertenencia comunitaria), se trataría de una *titularidad común*, que no necesariamente se corresponde con una población nacional o provincial determinada, sino con un conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes<sup>40</sup>, y que se distingue de un dominio de

38. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, pp. 180-183.

39. Estas son: (i) uso común sustentable (al requerirse reglas limitativas que definan su uso razonable por faltar incentivos individuales para evitar el sobreuso), (ii) “precedencia de la tutela preventiva”, (iii) “resarcimiento a través de patrimonios de afectación”, y (iv) la regla de la “protección mediante la calificación como inenajenable” (aun cuando existan mercados secundarios representativos de valores que se les asignen). Más adelante, en este trabajo se cuestiona si otros de los elementos listados por Lorenzetti son definitorios del bien (por ejemplo, la no exclusión).

40. Cf., v. gr., *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros* (1992): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1992, *Fallos*: 315:1492, en el que se dio protección al sentimiento religioso de los ciudadanos católicos. Ver también: Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, entrada “comunidad” (<https://dpej.rae.es/lema/comunidad>; fecha de consulta: 10/11/2022).

El concepto “comunidad” no tiene una acepción propia y distintiva en la ciencia jurídica (que, desde lo subjetivo, se ha focalizado en el concepto “persona”), sino que su caracterización podría ser encontrada en la sociología. En ese ámbito, Ferdinand Tönnies ha sostenido que las voluntades humanas se hallan entre sí en múltiples relaciones y que el grupo formado por aquellas que son de afirmación recíproca (positiva), que se estima como una “cosa o ente que actúa de un modo unitario hacia aden-

más de un sujeto<sup>41</sup>. Este rasgo importa que el bien sea supraindividual, impersonal y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares<sup>42</sup>, a quienes no se les reconoce sobre el bien colectivo individualmente –ni siquiera en una proporción– una titularidad que pueda ser asemejada a la que nace con el derecho de dominio<sup>43</sup>.

Galmarini propone una *gradación cuantitativa* de estos bienes en relación con grupos determinados y plantea la posibilidad de fragmentación sobre el concepto de indivisibilidad cuando la afectación (por ejemplo, al ambiente) se circunscriba a un punto geográfico específico<sup>44</sup>. Christe indica que una posible sub-clasificación de los derechos colectivos en sentido estricto<sup>45</sup> reconocería a los *intereses difusos* y a los *corporativos o sectoriales*, siendo que en estos últimos sí hay una referencia a un cierto grupo conformado jurídicamente o una situación organizacional que los acoge.

---

tro y hacia afuera”, recibe el nombre de unión. En ese ámbito identifica a la relación misma entendida como vida real y orgánica –y también a la unión– como el núcleo esencial del concepto “comunidad”. En términos del autor, “comunidad es la vida en común, duradera y auténtica”. Tönnies, Ferdinand, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1947, pp. 19, 21.

41. Este aspecto guarda relevancia para el análisis del concepto de “afectado” contenido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, aspecto que –como los restantes relativos a la legitimación y al régimen jurídico aplicable a estos bienes– excede el objeto de este estudio.

42. *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (2007): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de junio de 2007, Fallos: 330:2800; *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo)* (2019): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de septiembre de 2019, Fallos: 342:1477.

43. El sentido de pertenencia no es empleado por tanto con un sentido de propiedad, sino como relación o vinculación específica de una comunidad con el bien. Mismo alcance cabría otorgarle al concepto “titularidad” en este ámbito.

44. Galmarini, Pedro, “Audiencias públicas: legitimación, representación adecuada y caso”, en Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020, pp. 124-126.

45. Esto es, sin comprender a los derechos individuales homogéneos que, sin perjuicio de poder dar origen a procesos colectivos, refieren a *intereses jurídicos individuales*. Christe, Graciela E., “Los derechos colectivos buscan su proceso. Algunas cuestiones sobre legitimación”, en Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020, p. 34.

Por otro lado, si bien existiría consenso en este elemento como esencial de los bienes colectivos, no es unívoco el entendimiento acerca de cómo surge (y, en su caso, verifica) esa *pertenencia* comunitaria, esto es, si es precisa la existencia de una norma que genere ese tipo de pertenencia o si resulta de la misma naturaleza de los bienes, por su relevancia para el desenvolvimiento individual o para el goce de los restantes derechos<sup>46</sup>.

Lorenzetti incluye como requisito para que un bien sea colectivo al *estatus normativo como bien*, es decir, como un interés genérico merecedor de tutela, y a su *calificación objetiva*, esto es, a la necesidad de una designación normativa objetiva del bien como colectivo (por oposición a una designación subjetiva basada en su pertenencia a *muchos*)<sup>47</sup>. Ese requisito de reconocimiento normativo (o ubicación en la esfera social protegible a través de una norma) tendría por objeto limitar la invocación de infinitos bienes colectivos.

Por oposición, Zavala de González sostiene que “[a]l margen de que la mayoría de los intereses colectivos relevantes tienen raigambre constitucional, el imperativo jurídico actual reside en ‘acordar adecuada protección a toda situación (individual y grupal) digna de tutela, en función de la calidad intrínseca de los bienes y valores a defender’; es decir, con prescindencia de algún específico reconocimiento normativo”<sup>48</sup>.

A este respecto, cabe traer a colación la distinción entre el bien y el derecho, siendo que en la Constitución se contemplan los *derechos* de incidencia colectiva en general, entendiéndose que *estos* recaen sobre bienes colectivos y son, en su carácter de derechos, intereses (o, en la terminología de los derechos humanos, necesidades) jurídicamente protegidos. Esto es, el bien colectivo podría existir independientemente de la existencia de un derecho a su respecto y es ese interés que se relaciona con ese bien el que encontrará resguardo jurídico en

46. Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 29-32.

47. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, pp. 180-181.

48. Zavala de González, Matilde M., “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario”, *La Ley Buenos Aires*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/12424/2001.

tanto esté jurídicamente protegido ya sea explícita o implícitamente (cf. Constitución Nacional, art. 33).

Sagüés<sup>49</sup> expone que, pese a que en la Constitución se habla de “derechos”, en la práctica muchos *meros intereses sin una tutela constitucional o subconstitucional definida que los caracterice como “derechos”* son presentados ante los tribunales como derechos y en fundamento en ello se reclaman prestaciones del Estado<sup>50</sup>. A su vez, contrapone su visión con la doctrina que considera procedente el amparo en pro de *intereses de incidencia colectiva*, tales como la supremacía constitucional o la buena marcha de las instituciones<sup>51</sup>.

En ese marco, es de notar que la búsqueda de una ley específica que caracterice *al bien* como colectivo para dar lugar a la acción colectiva no surge de forma expresa de los pronunciamientos del Alto Tribunal, aun cuando en todos los casos los bienes referidos en esos pronunciamientos se enmarcaban en un bloque normativo que resguardaba de manera expresa o implícita los derechos de los particulares sobre ellos.

En razón de la alusión a una pertenencia, es dable asimismo reflexionar sobre la vinculación de los bienes colectivos con otra categoría *clásica* de bienes, también receptada en el CCyCom: los *bienes pertenecientes al dominio público*.

49. Sagüés, Néstor P., “El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-981.

50. Ejemplifica el referido autor con hipotéticos supuestos en los que afectos a ciertos deportes o *hobbies* plantean la aspiración de su enseñanza obligatoria en las escuelas, o en que se requiera al Estado la instalación de cementerios para animales para atender sus vínculos sentimentales con sus mascotas.

51. Según Sagüés esta doctrina fue descartada por la Corte Suprema en el fallo *Prodelco (Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo)* (1998): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de mayo de 1998, *Fallos*: 321:1252). Sagüés, Néstor P., “El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-981. En esa causa, el tribunal sostuvo que “admitir la legitimación en un grado que la identifique con el ‘generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno...’, ‘...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares’”. *Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (1998): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de mayo de 1998, *Fallos*: 321:1252, cons. 25.

La categoría de bienes de dominio público (a diferencia de la de bienes colectivos) sí era receptada con un articulado propio en el Código de Vélez –como bienes del estado General o de los Estados particulares<sup>52</sup>–, así como lo ha sido en otros códigos latinoamericanos, tales como el de Chile<sup>53</sup>, el de Uruguay<sup>54</sup> y el de Brasil<sup>55</sup>. En todos los casos, el enfoque principal de los codificadores en su descripción aludió al dominio *no privado* de esos bienes.

Marienhoff define al dominio público como “un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público –directo o indirecto– de los habitantes”<sup>56</sup>.

La vinculación entre este concepto y el de bien colectivo se presenta de manera nítida en cuanto al listarse esos bienes en el Código se incluye a muchos que, por su naturaleza, suelen ser referidos por la doctrina moderna como bienes colectivos (tales como los mares territoriales, las aguas que tengan o adquieran la aptitud para satisfacer usos de interés general, el espacio aéreo, entre otros)<sup>57</sup>. A su vez, sobre esos bienes –a los que también suele denominar *públicos*– las

52. Código Civil de la Nación (derogado), art. 2339.

53. Código Civil de Chile, art. 589 (“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”).

54. Código Civil de Uruguay, arts. 476 (“Los bienes son de propiedad nacional o particular”), 477 (“Los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos del Estado”).

55. Código Civil de Brasil de 1916, art. 65 (“*São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*”). Ver también: Código Civil de Brasil de 2002, art. 98 (“*São públicos os bens do domínio nacional pertencientes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*”).

56. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V., 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 58.

57. CCyCom, art. 235. No obstante, las limitaciones que en el Código se prevén a la extensión de esos bienes relativas a la jurisdicción territorial que corresponde al

personas tienen el uso y goce; ellos no pueden ser apropiados, son inenajenables, inembargables e imprescriptibles<sup>58</sup>.

La relación –o la eventual yuxtaposición parcial– entre las categorías de bienes colectivos y bienes de dominio público no ha sido profundizada en vasta doctrina. Mismo han existido causas en la que un estado reclamó por los daños producidos por una única conducta, tanto como legitimado por tratarse de un bien de dominio público, como por el daño moral producido sobre un bien colectivo<sup>59</sup>.

Vítolo señala que “en la estructura del nuevo Código se incorporan los bienes colectivos que se confunden en algunos casos con los bienes del dominio público del Estado y bienes comunitarios que deben respetarse”<sup>60</sup>. Lorenzetti, por su parte, sostiene que la inclusión de los bienes colectivos en la legislación responde a un cambio de paradigma en el derecho en el que se quiebra la distinción entre lo público y lo privado y donde la igualdad es abordada desde una perspectiva real –por oposición al abordaje previo, formal–, y mantiene tales conceptos como separados al decir que “los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado”<sup>61</sup>.

Este quiebre de las categorías clásicas dualistas (público-privado) también ha sido expuesto por doctrinarios de otros países de la región. Así, aun cuando en el Código Civil brasilero se recepta la ca-

---

Estado, no son propias de la definición de bienes colectivos en el uso genérico y habitual del término en el ámbito jurídico.

58. CCyCom, art. 237.

59. Cf. *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella y otro* (1986): Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, Sala II, 22 de octubre de 1986. En la causa, la Municipalidad de Tandil demandó a Transporte Automotores La Estrella por los daños causados por un ómnibus contra la fuente y grupo escultórico Las Nereidas. La reparación de esos daños comprendió tanto el daño moral colectivo por el daño del goce estético de la comunidad toda, como los gastos en la reparación de la obra de dominio público municipal en que incurriría el Estado.

60. Vítolo, Daniel R. (dir.), *Código Civil y Comentario de la Nación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2016, p. 275.

61. Lorenzetti, Ricardo L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3561/2014, p. 5.



tegoría de bienes de uso común del pueblo, Marrara ha sostenido que “[l]a división de los bienes entre públicos y privados, anclada en el Código Civil, ya no refleja la complejidad de los tipos y regímenes jurídicos de los más diversos objetos que componen el patrimonio estatal”<sup>62</sup>. El mencionado autor destaca que los poderes “como propietario” del Estado respecto de cada tipo de bien público varían, viéndose fuertemente reducidos en el caso de los bienes de uso común, en los que el Estado tiene fundamentalmente poderes de gestión y respecto de los cuales no cabe el concepto de propiedad en el sentido privatístico del término –con un uso, disfrute y disposición absoluto, exclusivo y perpetuo sobre un bien–.

Con análogo enfoque, Da Costa Moura considera artificial unificar al dominio público en una categoría única, dadas las distintas características, efectos y regulaciones que resultarían aplicables a los bienes que se comprenden en ella, con un efecto práctico que consiste en una “súper regulación” para algunos de esos bienes, tales como los bienes dominicales que se adecuan mejor al régimen que rige a los bienes privados. Por ello, el mencionado jurista propone una distinción entre el dominio público y el estatal, por fuera de la matriz dualista generalizada en América Latina, en la que se reconozca a bienes que están bajo la titularidad de otros sujetos, que no son necesariamente los entes estatales<sup>63</sup>.

Respecto de esos bienes de dominio público también existen discusiones sobre la necesidad (o no) de un acto que defina al bien como tal. En el derecho administrativo, la doctrina suele distinguir a los

62. Marrara, Thiago, *Direito Administrativo e Constitucional*, Sección: “Uso de bem público”, 1ª ed., 2017, disponible en: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbebe/31/edicao-1/uso-de-bem-publico> (fecha de consulta: 11/10/2022). Traducción libre del original: “*A divisão dos bens entre públicos e particulares, ancorada no Código Civil, já não reflète mais a complexidade de tipos e regimes jurídicos dos mais diversos objetos que compõem o patrimônio estatal*”.

63. Da Costa Moura, Emerson A., *A Função Social como elemento estruturante da Teoria do Domínio Público. O dever de funcionalização dos Bens Públicos*, 2017, fecha: 01/10/2017, cita: IJ-DCCXLVIII-197, disponible en: [https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7c543b956020d642bc8bcb1e1ff0f7fb#indice\\_3](https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7c543b956020d642bc8bcb1e1ff0f7fb#indice_3) (fecha de consulta: 11/10/2022).

bienes públicos por su naturaleza de aquellos que tienen una creación artificial. Así, Cassagne señala que, “en rigor, la afectación se refiere siempre a bienes del dominio público artificial, ya que en los bienes del dominio público natural o necesario, su destinación al uso común está comprendida en cada tipo de bien genéricamente considerado (v. gr. ríos, lagos navegables, mar territorial, etc.), sin requerirse un hecho o el dictado de acto administrativo alguno porque el bien ya ha sido incorporado al dominio público *ministerio legis*”<sup>64</sup>.

Marienhoff, por su parte, indica que es preciso un reconocimiento normativo, pero ante la pregunta de si es conveniente la existencia de una norma considera que si bien es aconsejable la ratificación del carácter dominial dado por la doctrina a ciertos bienes, “por ahora, sólo surge del juego lógico de los principios jurídicos”<sup>65</sup>.

### *La indivisibilidad e imposibilidad de exclusión*

Siguiendo con el análisis de los restantes caracteres sistematizados para los bienes colectivos (indivisibilidad e imposibilidad de exclusión), Salgado identifica a estos bienes como *bienes de disfrute común*, cuyo uso, goce y disposición corresponden a un número indeterminado de personas<sup>66</sup>. Bujosa Vadell, por su parte, ha indicado que “los derechos colectivos se refieren a la fruición de bienes de uso general no susceptibles de apropiación exclusiva y respecto de los

64. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. II, 13ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021, p. 334.

65. Marienhoff entiende que hay cuatro elementos que caracterizan a los bienes de dominio público: (i) el subjetivo (relativo al titular del derecho que para el autor es el pueblo –frente a otras posiciones que lo encuentran en el Estado–); (ii) el objetivo (referente a los bienes que pueden integrar el dominio público); (iii) el teleológico (sobre el fin al que debe responder la inclusión); y (iv) el normativo (dado que para el mencionado autor –en una postura en la que no es conteste la doctrina– se requiere de una ley de carácter constitutivo para que el bien integre el dominio público). Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 41.

66. Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 42.

cuales el goce de los individuos o de los grupos no es limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad”<sup>67</sup>.

La doctrina jurídica suele recurrir, para estudiar esas dos características, al desarrollo –amplio– del concepto “bienes públicos” en el campo de las finanzas públicas. Y es que la doctrina económica es conteste en encontrar las propiedades económicas de los bienes colectivos en la *falta de rivalidad* en el consumo (esto es, que el consumo por una persona no disminuye la disponibilidad –en cantidad o calidad– del consumo del bien por otros) y en la *imposibilidad de exclusión* del goce por parte de potenciales consumidores<sup>68</sup>.

No obstante, destacados doctrinarios de las finanzas públicas refieren a la escasez de bienes públicos puros (esto es, con presencia plena de estas características) y a la multiplicidad de supuestos de bienes públicos impuros en los que uno de los caracteres falta<sup>69</sup> o desaparece al alcanzarse un cierto punto de congestión<sup>70</sup>. Así, Rosen menciona que la calificación de bien público no tiene carácter absoluto, sino que depende de las condiciones del mercado y del estado de la tecnología<sup>71</sup>.

Además de la dificultad de encontrar en un bien los caracteres plenos, es de notar que se suele ejemplificar en esa órbita como bien público al aire puro, al agua limpia, a la defensa nacional, a las ayu-

67. Citado en Christe, Graciela E., “Los derechos colectivos buscan su proceso. Algunas cuestiones sobre legitimación”, en Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020, p. 36.

68. Esas propiedades hacen que estos bienes sean un típico ejemplo de falla de mercado en tanto el sistema de precios no funciona a su respecto como un mecanismo de asignación eficiente de recursos.

69. Stiglitz menciona el caso de la televisión por cable, supuesto en el que es posible la exclusión, aunque el consumo no es rival. Stiglitz, Joseph E., *La economía del sector público*, 3ª ed., Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000, p. 158.

70. Rosen ejemplifica estos supuestos con el caso de una sala de lectura y una autopista en horario pico: hay un punto de congestión en el que la agregación de un usuario más pasa a tener un costo adicional. Rosen, Harvey S., *Hacienda Pública*, 5ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2002, p. 58.

71. Ídem.

das a la navegación –como las boyas luminosas y los faros– y a las exhibiciones de fuegos artificiales<sup>72</sup>.

En especial, de los últimos ejemplos mencionados resulta palmaria una falta de correspondencia entre los *bienes públicos* en el ámbito de las finanzas públicas y *los bienes colectivos* considerados en el ámbito jurídico. Ello estaría dado por la adición en este último ámbito del primero de los elementos (o requisitos) aludidos en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la pertenencia a la comunidad<sup>73</sup>.

Asimismo, surgiría del análisis efectuado que en el campo jurídico la imposibilidad de exclusión vendría dada por el resguardo *jurídico* del derecho sobre el bien (esto es, en el campo de la *caracterización* del derecho sobre el bien, como consecuencia de su titularidad comunitaria) y no con sustento en su estado *de facto*.

Así, Lorenzetti define la *no exclusión de los beneficiarios* en los siguientes términos: “[...] todos los individuos tienen derecho al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos”<sup>74</sup>. Sostiene Marienhoff, respecto de los bienes dominicales, “[e]l hecho de que una cosa no *deba* ser de propiedad privada o que no *convenga* que lo sea, es distinto a que no *pueda* serlo, pues no hay cosa o bien alguno insusceptible de propiedad privada”<sup>75</sup>. Desde la doctrina económica la *no exclusión* es entendida como el supuesto en el que *no se puede evitar* el consumo del bien por parte de aquellos que intentan consumirlo sin pagar por él, sea por su naturaleza o (solo desde una visión más amplia) porque una política pública así lo dispone<sup>76</sup>.

72. Stiglitz, Joseph E., *La economía del sector público*, 3ª ed., Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000, pp. 154-155, 255; Rosen, Harvey S., *Hacienda Pública*, 5ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2002, pp. 61, 69.

73. Tan solo en la base de Fallos Completos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la frase “pertenencia comunitaria” aparece en nueve pronunciamientos relativos a bienes colectivos en los últimos cuatro años (cf. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>; fecha de consulta: 11/10/2022).

74. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 180. Sin destacado en el original.

75. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V., 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 48.

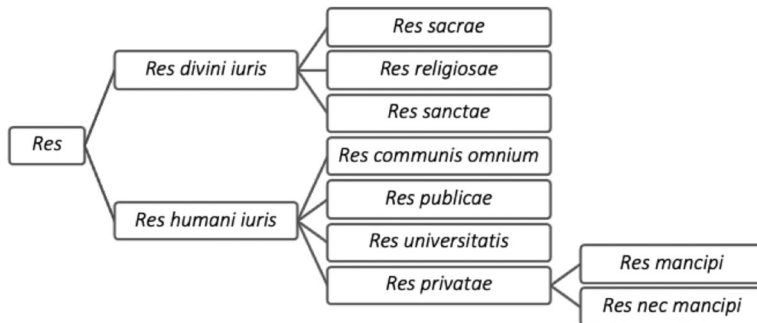
76. Kaul, Inge, “Re-Defining Public Goods: Why, How, And To What Effect”, preparado para la conferencia sobre “Regional Integration and Public Goods”, United

El carácter de indivisible del bien también presenta complejidades dadas por los diferentes efectos que puede tener el daño sobre un mismo bien y que resulta, en ciertos casos, en un perjuicio que se considera colectivo, en tanto en otros, en un perjuicio puramente individual (tal es lo que ocurre en el ejemplo de discriminación planteado por Barra para sustentar una visión *desde el daño*, previamente referido).

### *De su relación con las categorías romanísticas*

Por último, cabe referir a la categoría de *res communis omnium* en las fuentes romanísticas y su relación con los bienes colectivos en trato.

Las *res communis* del derecho romano se enmarcan en una clasificación más general de las *res* en ese derecho que, si bien no es uniforme en las fuentes –y siguiendo a aquellas que se detallan a continuación–, se sintetiza en el siguiente esquema:



Así, el concepto de *res communis omnium* queda comprendido entre las *res humani iuris*, que se oponen a las *res divini iuris* contempladas en las Institutas de Gayo<sup>77</sup>.

Nations University Comparative Regional Integration Studies 20-21, Brujas, Bélgica, 2003.

77. Dentro de las *res divinis* se encuentran: (i) las *res sacrae*, consagradas a los dioses superiores por autorización del pueblo romano y que no han sido desafectadas

Las cosas de derecho divino (*res divini iuris*) no son patrimonio de nadie, se reputan fuera del comercio y son ajenas a los actos de la vida jurídica<sup>78</sup>. Por oposición, las cosas del derecho humano (*res humani iuris*) “casi siempre se encuentran en los bienes de alguno”<sup>79</sup>, aunque pueden no estarlo, como las cosas que componen la herencia en tanto no existe heredero<sup>80</sup>.

---

por *profanatio* o en virtud de encontrarse en poder del enemigo; (ii) las *res religiosae*, dedicadas a los dioses manes, es decir, a los antepasados familiares y cuyo concepto estaría vinculado con inmuebles, siendo que se le da ese carácter al suelo empleado como sepultura con consentimiento de su propietario; y (iii) las *res sanctae*, a las que Gayo reputa “en cierto modo” de derecho divino, incluyéndose aquí a los muros y las puertas de las ciudades, consideradas propiedad del pueblo pero bajo la protección de los dioses. Instituta de Gayo, Comentario Segundo (“De las cosas”), Título Primero (“De la división y adquisición de las cosas”), §§ 4-5, 8 (disponible en <https://textos.pucp.edu.pe/pdf/4885.pdf>, fecha de consulta: 11/10/2022). Ver también: Maddalena, Paolo, “I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni”, Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad “La Sapienza” de Roma, del 6 junio de 2012.

78. Instituta de Gayo, ídem, § 9. Dado que no pueden pertenecer a los particulares (ya que pertenecen al dios, al difunto o al *populus*), también se las llama *res nullius*. Ver también: Maddalena, Paolo, “I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni”, Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad “La Sapienza” de Roma, del 6 junio de 2012.

79. Instituta de Gayo, ídem, § 9.

80. Las cosas de derecho divino no están presentes –como tales– en la legislación argentina. No obstante, tanto de la jurisprudencia como del Código de Vélez surgen referencias a *cosas sagradas y afectadas al culto*. El origen del concepto de *bienes eclesiásticos* podría ser encontrado en el desarrollo jurisprudencial, dado que ya en 1869 la Corte Suprema de Justicia de la Nación excluyó a ciertos bienes de los procesos de ejecución forzada por su naturaleza eclesiástica (*Spinetto, Esteban c. Comisión encargada de la obra del Templo de Monserrat* (1869): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de julio de 1869, Fallos: 7:327). Asimismo, en *Lastra, Juan c. Obisepado de Venado Tuerto* (1991): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 1991, Fallos: 314:1324, el Alto Tribunal se pronunció por la inembargabilidad de un inmueble del Obisepado de Venado Tuerto al entender que *toda interferencia jurisdiccional sobre su disponibilidad solo podía decretarse o reconocerse de conformidad con el ordenamiento canónico*.

En el Código de Vélez se contempló un tratamiento especial para los templos y las cosas sagradas y religiosas (arts. 2345, 2346). En el CCyCom los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado quedan excluidos de la garantía común de los acreedores (cf. CCyCom, art. 744, pto. d).

La clasificación de las *res humani iuris* no es uniforme en las fuentes romanas. Gayo las clasifica en públicas o privadas. En tanto son públicas aquellas cosas que no están en el patrimonio de ninguno en particular, son privadas las que se encuentran en el dominio de cada uno<sup>81</sup>.

Al respecto, Maddalena señala que en el derecho romano es prístina la diferencia entre la propiedad privada y la común:

“Bonfante observa que los bienes o ‘tienen un carácter social y más adherente al grupo social, o tienen un carácter personal y más adherente al individuo’, dando lugar a ‘dos formas de propiedad, colectiva e individual’.

En este punto resulta evidente que los juristas romanos vieron claramente la diferencia entre propiedad privada y propiedad común o colectiva. El primero implica un poder pleno y exclusivo del sujeto sobre el objeto. El segundo se basa en el concepto de ‘pertenencia’, que no expresa el significado de dominio, pero implica una especie de intercambio entre sujeto y objeto, por el cual la cosa ofrece al sujeto su utilidad de uso, y el sujeto está obligado a mantener la cosa en su estado natural, para que también pueda ser utilizada por generaciones futuras”<sup>82</sup>.

---

Marienhoff considera que esos bienes son, sin excepción, de carácter privado, aunque cuando están afectados a la prestación del servicio de culto católico quedan sometidos al régimen especial que aplica a los bienes afectados a un servicio público. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 26-28.

81. Instituta de Gayo, *ídem*, § 11.

82. Maddalena, Paolo, “I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni”, Conferencia del Istituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad “La Sapienza” de Roma, del 6 junio de 2012. Traducción libre del original: “[I]l Bonfante osserva che i beni, o ‘hanno carattere sociale e più aderenti al gruppo sociale, o hanno carattere personale e più aderenti all’individuo’, dando luogo ‘a due forme di proprietà, collettiva e individuale’.

A questo punto appare evidente che i giureconsulti romani videro con chiarezza la differenza che corre tra la proprietà privata e la proprietà comune o collettiva. La prima comporta un potere pieno ed esclusivo del soggetto sull’oggetto. La seconda si fonda sul concetto di ‘appartenenza’, che non esprime il significato di dominio, ma implica una sorta di interscam-

Según Di Pietro, la clasificación tripartita de las *res humanis* no privadas (en *res communis omnium*, *res publicae* y *res universitatis*) podría tener origen en el período posclásico, pues si bien Marciano las mencionó, ni Gayo ni Ulpiano lo hicieron. En su explicación de esta distinción, el mencionado autor indica que “[h]ay una especie de concordancia, muy del gusto de los estoicos, para quienes existe una *res publica* de todo el género humano; otra, más propia de cada nación; y finalmente, otra más reducida formada por los *municipio* o *civitates*, o *universitates*”<sup>83</sup>.

En análogo sentido, Abelenda expone que recién con Marciano se llega a la categoría de las cosas comunes a todos por derecho natural, con la ejemplificación, entre tales, del aire, el agua corriente, el mar y sus costas. “El fundamento y la especificidad de esta clasificación se deben encontrar en los modos de uso, además ella está dada en negativo, ello es, el no poder impedir a nadie el uso de tales cosas”<sup>84</sup>. Así, la primera categoría de esta subdivisión tripartita se compone de *res* que son comunes a todos, independientemente de la pertenencia de los sujetos a una determinada comunidad: las *res communis omnium*. Este concepto y su desarrollo en el ámbito romano es el que podría encontrarse como primera fuente del concepto de bien colectivo, del cual se ha desprendido, además, el concepto de bienes públicos transnacionales, sean globales o regionales<sup>85</sup>, cuyo goce excede el concepto de *nacional* y alcanza al más amplio de *pueblo*.

---

*bio tra soggetto ed oggetto, per cui la cosa offre al soggetto la sua utilità d'uso, ed il soggetto è tenuto a conservare la cosa nel suo stato naturale, in modo che possa essere utilizzata anche dalle future generazioni”.*

83. Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. reimpr., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2001, p. 106.

84. Abelenda, Virginia, *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015 [e-book], p. 31.

85. Estevadeordal, Antoni; Frantz, Brian y Nguyen, Tam R. (eds.), *Regional public goods: from theory to practice*, Inter-American Development Bank Asian Development Bank, 2003, disponible en <https://publications.iadb.org/en/regional-public-goods-theory-practice> (fecha de consulta: 11/10/2022).



En efecto, las *res communis omnium* consisten en aquellas cosas que por su propia naturaleza son de libre uso<sup>86</sup>. Tanto en las Institutas de Justiniano, como en el Digesto, la nómina de estas *res* es coincidente y son, a saber, el aire, el agua *profluens*, el mar y sus costas<sup>87</sup>. Estos bienes no son susceptibles de apropiación por los particulares. Al respecto, destaca Iglesias que “[p]uestas a disposición de todos los hombres, se excluye el dominio de los particulares. Cualquiera de estos puede usarlas en los límites de sus necesidades, siempre que no lesione el mismo derecho reconocido a los demás”<sup>88</sup>. Este entendimiento resulta concordante con el receptado en los artículos 14 y 240 del CCyCom, ambos prohibitivos del abuso de derechos individuales que pudiera afectar bienes colectivos.

No obstante, no existiría una superposición completa entre el concepto de *res communis omnium* del derecho romano y los bienes colectivos actuales<sup>89</sup>.

Por un lado, Iglesias entiende que el concepto de *res* es puramente romano y comprende a los objetos de la naturaleza, con material corpóreo y tangible, no siendo este concepto afectado por la referencia a *res incorporales* de Gayo. El concepto de bienes inmateriales y los derechos que entre ellos se enumeran pueden crecer “pero sin que en

86. Iglesias limitaría el concepto de quienes pueden hacer uso de estos bienes al género humano. En efecto, el autor sostiene que “[s]on las cosas que por derecho natural pertenecen a *todos los hombres*” y que son “[p]uestas a disposición de todos los hombres” (Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 18<sup>a</sup> ed., Madrid, Ediciones Sello Editorial, 2010, p. 156). Ello no sería conteste con su origen en el *ius naturale* respecto del cual en el Digesto se enseña: “Derecho natural es aquel que la naturaleza ense n  a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también las aves”. Digesto, cit.,   3.

87. Terrazas Ponce, Juan D., “El concepto de ‘res publicae’, I: la noción de ‘res’ en el lenguaje de los juristas romanos”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 32, 2010, p. 153.

88. Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 18<sup>a</sup> ed., Madrid, Ediciones Sello Editorial, 2010, p. 156.

89. Para una postura crítica sobre los usos comunes en el derecho romano, cf. Beneyto Pérez, Juan, “Notas sobre el origen de los usos comunales”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 9, pp. 33-102.

Roma alcancen a las entidades inmateriales, a las prestaciones, a las ideas (inventos o ingenios industriales)”<sup>90</sup>.

En oposición, desde el criterio moderno, Lorenzetti<sup>91</sup> lista entre los bienes colectivos al ambiente –como macrobien y a todos los microbienes que lo integran (agua, suelo, etc.)–, a la competencia –que comprende la transparencia informativa y ausencia de monopolios–, a los derechos del usuario y del consumidor –en cuanto un derecho a una cierta organización institucional del mercado–, al trato antidiscriminatorio, al patrimonio cultural (que, para Bidart Campos, comprende el idioma y la comunicación social<sup>92</sup>) y a la salud pública. En el nuevo Código, los bienes pueden (o no) ser susceptibles de valor económico<sup>93</sup>.

Por otro lado, cierta doctrina jurídica requiere la caracterización normativa positiva para que un bien sea calificado como colectivo (cf. característica de “estatus normativo” previamente referida). Ello se opondría a la posibilidad de que existan *res communis* por naturaleza, tal como es previsto en algunas fuentes romanas en razón del reconocimiento en esas fuentes del *ius naturale* como una de las tres partes que –junto a los preceptos de gente y a los *civiles*– componen el *ius privatum*<sup>94</sup>.

En cuanto al resto de las categorías de las *res* no privadas, las *res publicae* “[s]on aquellas que pertenecen al pueblo romano considerado como comunidad políticamente organizada” y que “son consagra-

90. Ídem, p. 154.

91. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 179.

92. Bidart Campos, Germán J., “La defensa de nuestro idioma castellano como bien cultural colectivo”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/10176/2003; ídem, “Otra vez los bienes ‘colectivos’”, *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/21867/2001.

93. CCyCom, art. 16.

94. Instituta de Justiniano, Libro I (“De la Instituta del Señor Justiniano”), Título I (“De la Justicia y del Derecho”) (disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/600-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-i-instituta-digesto>, fecha de consulta: 11/10/2022). “El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes o de los civiles”. Digesto, Libro Primero, Título I (“De la Justicia y del Derecho”), § 2 (disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/13.pdf>, fecha de consulta: 11/10/2022).

das a través de una ceremonia especial llamada *publicatio*<sup>95</sup>. En ese mismo grupo, se menciona a los caminos, a los lechos, a las orillas del río y a cosas que si bien son del pueblo son susceptibles de tráfico comercial, tal como el dinero que conforma el tesoro público, el producto de los impuestos, los esclavos o los terrenos públicos<sup>96</sup>.

Las *res universitatis*, por último, “son objetos que integran el patrimonio de los sujetos de existencia ideal, como las ciudades y las corporaciones, y que se encuentran afectados al uso de sus miembros”<sup>97</sup>. Incluye Justiniano dentro de este grupo a los teatros, a los estadios y a las cosas semejantes<sup>98</sup>.

Estos dos últimos conceptos, vinculados a la propiedad por un ente político, parecerían tener una estrecha relación con el concepto de bien de dominio público en el sentido de titularidad por parte de un estado y sujeto a su mantenimiento y resguardo. Con cita de Arangio Ruiz, Abelenda sostiene:

*“[L]os romanos no llegaron a construir el derecho sobre las cosas de uso público del Estado; más bien parecen oscilar entre la idea de una especie de condominio de todos los ciudadanos y el concepto publicista de la soberanía territorial. Pero si bien este concepto nace en el derecho consuetudinario francés, su idea ya estaba presente, en la clasificación sistemática de las cosas en el derecho romano, en donde se distinguía entre res publicae y res privatae, y dentro de las primeras, existía a su vez una subdivisión que era aquella de res publicae in publico usu (destinadas al uso de todos), donde se situaba al agua como cosa común, y res publicae in pecunia (o patrimonio) populi”*<sup>99</sup>.

95. Costa, José C., *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, 3ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 235.

96. Ídem.

97. Ídem.

98. Instituta de Justiniano, Libro II (“De la Instituta del Señor Justiniano”), Título I (“De la división de las cosas”) (disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/7.pdf>, fecha de consulta: 11/10/2022).

99. Abelenda, Virginia, *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015 [e-book], nota al pie núm. 3.

De este modo, podría volverse a un estudio detallado de las fuentes romanas en las discusiones sobre las titularidades de los bienes llamados tradicionalmente *de dominio público*, y repensarse con base en ello las clasificaciones clásicas de los bienes fundamentadas en su dominio (público o privado), frente a un nuevo paradigma jurídico que requiere de un sistema jurídico en cuya sistematización se albergue a la esfera social y a la titularidad por fuera de la jurisdicción de una determinada nación.

### REFLEXIONES FINALES

El derecho consuetudinario francés y los codificadores que siguieron la tradición jurídica romanística no receptaron, por regla, el concepto de *res communis omnium* del derecho romano<sup>100</sup>. Esa falta de acogida de un concepto de tal relevancia social puede ser vista como proyección de una visión individualista del derecho y como reflejo de una división tajante entre lo público (o estatal) y lo privado.

Sin embargo, el constitucionalismo social y la búsqueda de herramientas que permitan la tutela de lo colectivo han llevado a la ruptura de ese binomio público-privado y se han plasmado en numerosas manifestaciones jurídicas que se observan en la consideración del derecho civil como derecho común, en la aplicación de las normas de este último al campo de la responsabilidad pública y, más recientemente, en la recepción de una nueva categoría de bienes: los bienes colectivos<sup>101</sup>.

La noción de bienes colectivos puede ser delineada a partir del entendimiento de la existencia de intereses protegibles en cuanto son necesarios para el desenvolvimiento individual dentro de una esfera colectiva, con una consecuente titularidad indeterminada que excede

100. Ídem.

101. Esta visión bipartita del derecho también resulta resquebrajada con una visión social, más participativa en las decisiones públicas y con un interés en la cosa común y su resguardo por parte de los ciudadanos que coincide (*¿casualmente?*) con una crisis de la representatividad y de las instituciones políticas clásicas.

–y escapa– tanto al concepto clásico de propiedad como al de dominio público o privado, para recaer en una nueva esfera que se reconoce en el derecho, tal como lo es la esfera social. Estos bienes son normalmente indivisibles y no se admite a su respecto una asignación exclusiva (*cuando no desde el ser, desde el deber ser*). A su vez, se corresponden con una nueva noción de “pertenencia”, aplicable a bienes que interesan aun cuando no detenten un valor de comercialización.

Todo ello considerado, es dable recordar que las fuentes románicas enseñan que el referido binomio puede ser expandido en atención a distintos tipos de bienes que requieren de un tratamiento y un resguardo específico.

Y es que al igual que en el ámbito procesal –en donde el modelo procedimental tradicional se ha mostrado insuficiente<sup>102</sup>–, el modelo civilista del bien atado a un concepto patrimonial y de titularidad de un sujeto (sean los particulares individualmente considerados o el Estado) colisiona con el paradigma de constitucionalismo social vigente en Argentina y en gran parte de los países latinoamericanos. Este paradigma torna necesario –y hace exigible– el dictado de nuevas regulaciones, apropiadas y distintivas para este tipo de bienes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abelenda, Virginia, “La importancia de las ‘Notas’ de Vélez Sarsfield al Código Civil Argentino sobre el derecho romano”, *Conferencia ofrecida en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma*, Lima, Perú, del 29 de noviembre de 2013.
- Abelenda, Virginia, *El agua res commune omnium: interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015 [e-book].
- Amoza Antúnez de Olivera, Edgardo, “¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el tribunal de lo contencioso administrativo y su rol de garante jurisdiccional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay*, núm. 30, 2014, pp. 11-26.

102. Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020.

## NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO BIEN...

---

- Barra, Rodolfo C., "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", *La Ley*, 1994-E-1087.
- Beneyto Pérez, Juan, "Notas sobre el origen de los usos comunales", *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 9, pp. 33-102.
- Bianchi, Alberto B., "¿Derecho ambiental o cuestiones ambientales en el Derecho?", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/1973/2022.
- Bianchi, Alberto B., "Sobre la Protección del Medio Ambiente y el Derecho Ambiental", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2826/2022.
- Bidart Campos, Germán J., "Los bienes colectivos tienen existencia constitucional", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/9430/2001.
- Bidart Campos, Germán J., "Otra vez los bienes 'colectivos'", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/21867/2001.
- Bidart Campos, Germán J., "La defensa de nuestro idioma castellano como bien cultural colectivo", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/10176/2003.
- Cafferatta, Néstor A., "Nociones preliminares de derecho ambiental", *Revista de Derecho Ambiental*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/4605/2016.
- Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. II, 13ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021.
- Cooley, Jim D. y Lemly, Thomas A., "Federal Class Action in Environmental Litigation: Problems and Possibilities", *North Carolina Law Review*, vol. 51, núm. 6, pp. 1385-1454.
- Corbalán, Pablo S. y Pinese, Graciela, "Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", *Revista Código Civil y Comercial*, año 2, núm. 7, 2016, pp. 183-188.
- Costa, José C., *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, 3ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.
- Da Costa Moura, Emerson A., *A Função Social como elemento estruturante da Teoria do Domínio Público. O dever de funcionalização dos Bens Públicos*, 2017, fecha: 01/10/2017, cita: IJ-DCCXLVIII-197, disponible en [https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7c543b956020d642bc8bcb1e1ff0f7fb#indice\\_3](https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7c543b956020d642bc8bcb1e1ff0f7fb#indice_3) (fecha de consulta: 11/10/2022).
- Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. reimpr., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2001.
- Estevadeordal, Antoni; Frantz, Brian y Nguyen, Tam R. (eds.), *Regional public goods: from theory to practice*, Inter-American Development Bank Asian Development Bank, 2003, disponible en <https://publications.iadb.org/en/regional-public-goods-theory-practice> (fecha de consulta: 11/10/2022).
- Guibourg, Ricardo A.; Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 1985.

- Hensler, Deborah R., "From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally", *Kansas Law Review*, vol. 65, pp. 965-988.
- Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 18ª ed., Madrid, Ediciones Sello Editorial, 2010.
- Kaul, Inge, "Re-Defining Public Goods: Why, How, And To What Effect", preparado para la conferencia sobre "Regional Integration and Public Goods", United Nations University Comparative Regional Integration Studies 20-21, Brujas, Bélgica, 2003.
- Lago, Lidia E., *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2020.
- Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2008.
- Lorenzetti, Ricardo L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3561/2014.
- Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017.
- Maddalena, Paolo, "I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni", Conferencia del Instituto di diritto romano, de la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad "La Sapienza" de Roma, del 6 de junio de 2012.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. V., 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Marmor, Andrei, "Do We Have A Right To Common Goods?", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, núm. 2, 2001, pp. 213-225.
- Marrara, Thiago, *Direito Administrativo e Constitucional*, Sección: "Uso de bem público", 1ª ed., 2017, disponible en: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico> (fecha de consulta: 11/10/2022).
- Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3ª ed., Buenos Aires, Zavallia Editor, 2000.
- Rosen, Harvey S., *Hacienda Pública*, 5ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2002.
- Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., "La autonomía el derecho ambiental", *La Ley*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2577/2022.
- Sagüés, Néstor P., "El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994", *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-981.
- Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2011.
- Stiglitz, Joseph E., *La economía del sector público*, 3ª ed., Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000.

- Terrazas Ponce, Juan D., “El concepto de ‘res publicae’, I: la noción de ‘res’ en el lenguaje de los juristas romanos”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 32, 2010, pp. 127-158.
- Tönnies, Ferdinand, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1947.
- Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2007.
- Vítolo, Daniel R. (dir.), *Código Civil y Comentado de la Nación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 2016.
- Zavala de González, Matilde M., “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario”, *La Ley Buenos Aires*, cita digital: TR LALEY AR/DOC/12424/2001.

### *Jurisprudencia*

- Spinetto, Esteban c. Comisión encargada de la obra del Templo de Monserrat* (1869): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de julio de 1869, *Fallos*: 7:327.
- Kattan, Alberto E. y otro c. Gobierno Nacional-Poder Ejecutivo* (1983): Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, 10 de mayo de 1983.
- Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella y otro* (1986): Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, Sala II, 22 de octubre de 1986.
- Lastra, Juan c. Obispado de Venado Tuerto* (1991): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 1991, *Fallos*: 314:1324.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros* (1992): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1992, *Fallos*: 315:1492.
- Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (1998): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de mayo de 1998, *Fallos*: 321:1252.
- Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo* (2007): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de junio de 2007, *Fallos*: 330:2800.
- Halabi Ernesto c. PEN – Ley N° 25.873 – Decreto N° 1.563/2004 s/ amparo Ley N° 16.986* (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009, *Fallos*: 332:111.
- Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo)*



(2019): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de septiembre de 2019, *Fallos*: 342:1477.

*Buenos Aires, Provincia de c. Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo –derivación de aguas–* (2019): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de diciembre de 2019, *Fallos*: 342:2136.

*La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (2020): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de julio de 2020, *Fallos*: 343:603.

*Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental* (2020): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2020, *Fallos*: 343:726.

*Coihue SRL c. Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios* (2021): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de noviembre de 2021, *Fallos*: 344:3476.

## *Normas*

### *Argentina*

Constitución Nacional de la República Argentina.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Constitución de la Provincia de Córdoba.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Código Civil de la Nación (derogado).

Ley N° 21.836, *BO* 14/7/1978.

Ley N° 24.375, *BO* 6/10/1994.

Ley N° 11.723, *BO* de la PBA 22/12/1995.

### *Brasil*

Constitución Política de la República Federativa del Brasil.

Código Civil de la República Federativa del Brasil de 1916 (derogado).

Código Civil de la República Federativa del Brasil de 2002.

Código del Consumidor de la República Federativa del Brasil.

Ley N° 4.717/65, *DOU* 29/6/1965.

Ley N° 7.347/85, *DOU* 25/7/1985.

Ley N° 8.078/90, *DOU* 12/9/1990.

## NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO *BIEN*...

---

*Chile*

Código Civil de Chile.

*Uruguay*

Código Civil de Uruguay.



**PARTE II**

**NOTAS O COMENTARIOS**



# LA CORTE SUPREMA CONVALIDA CELEBRACIONES DE CONTENIDO RELIGIOSO EN LAS ESCUELAS PÚBLICAS

## THE SUPREME COURT VALIDATES RELIGIOUS CONTENT CELEBRATIONS IN PUBLIC SCHOOLS

JUAN G. NAVARRO FLORIA<sup>1</sup>

Recibido: 2 de noviembre de 2022  
Aprobado: 6 de diciembre de 2022

### RESUMEN

La Corte Suprema ha convalidado la celebración en escuelas públicas de gestión estatal de festividades en su origen propias de la religión católica, pero que forman parte del patrimonio y de la tra-

1. Abogado (UCA, 1984, Diploma de Honor). Profesor superior en Ciencias Jurídicas (UCA, 1985). Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid, *cum laude*). Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la Facultad de Derecho (Principios de Derecho Privado y de Elementos de Derecho Civil), Facultad de Derecho Canónico (Derecho Eclesiástico Argentino e Instituciones de Derecho Civil). Miembro de los Consejos Académicos de diversas instituciones. Correo electrónico: jnavarro@nfla.com.ar.

Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación "Derecho y religión" (80020220300011 CT), acreditado en el Programa IUS de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, dirigido por el autor.

dición cultural de la provincia en la que se celebran. La Corte afianza el federalismo educativo y reconoce en el marco del respeto de la libertad religiosa y de conciencia la pertinencia de las celebraciones objetadas.

**PALABRAS CLAVES**

Libertad religiosa; Patrimonio cultural; Escuela pública; Neutralidad religiosa.

**ABSTRACT**

The Supreme Court has validated the celebration in state-run public schools of festivities originally typical of the Catholic Church, but which are now part of the heritage and cultural tradition of the province in which they are celebrated. The Court strengthens educational federalism and recognizes, within the framework of respect for religious freedom and conscience, the relevance of the objected celebrations.

**KEYWORDS**

Religious Freedom; Cultural Heritage; Public Schools; Religious Neutrality.

**PARA CITAR ESTE TEXTO:**

Navarro Floria, Juan G., "La Corte Suprema convalida celebraciones de contenido religioso en las escuelas públicas", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 14, 2023, pp. 93-116.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 23 de agosto de 2022 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el juicio caratulado “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”<sup>2</sup>, al que denominaremos “APDH”. En ella vuelve sobre la cuestión de la presencia de la religión en las aulas de las escuelas de gestión estatal, en esta oportunidad resolviendo a favor de ciertas celebraciones con una clara connotación religiosa. La sentencia fue unánime, aunque con matices entre los jueces que emitieron tres votos separados, con igual conclusión.

Se trata de un tema de gran actualidad. ¿Es una exigencia constitucional desde la perspectiva de los derechos humanos la “laicidad” en la educación, sobre todo si se la entiende como “laicismo” o exclusión total de la religión? ¿O hay espacio para que, en la escuela de gestión estatal, respetando la pluralidad y diversidad religiosa de la población y sin incurrir en proselitismo o adoctrinamiento, la dimensión religiosa de la vida tenga algún espacio? En este caso, la Corte examinó la pertinencia de celebraciones escolares de fechas hondamente arraigadas en la tradición de la provincia, de un origen (al menos) manifiestamente religioso. Los principios y las razones en juego no son muy diferentes de los que habrán de aplicarse para decidir acerca de la presencia de imágenes religiosas en las escuelas, el uso de indumentaria o prendas que denoten una pertenencia religiosa, el respeto a prescripciones dietarias de contenido religioso en los comedores escolares, y tantos otros aspectos en los que se hace presente esa dimensión religiosa de la vida.

De ahí la relevancia de esta sentencia que, además, interesa situar en relación con otros pronunciamientos recientes, de la misma Corte Suprema argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. CSJ 4956/2015/RH1.



## 2. EL CASO

El juicio se origina en la provincia de Mendoza.

La Constitución de la provincia invoca en su Preámbulo a “Dios, fuente de toda razón y justicia” en los mismos términos que la Constitución Nacional, y declara “inviolable en el territorio de la provincia el derecho que todo hombre tiene de rendir culto a Dios o profesar cualquier religión, libre y públicamente, según los dictados de su conciencia, sin otras restricciones que las que prescriben la moral y el orden público” (art. 6°). Contiene otras referencias a la religión<sup>3</sup>, incluso la libertad para todos los habitantes de “fundar y mantener establecimientos de enseñanza sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente, por razones de higiene, moralidad y orden público” (art. 35). Pero en relación a la educación, establece que las “leyes que organicen y reglamenten la educación deberán sujetarse a las bases siguientes: 1. La educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca [...]” (art. 212).

El juicio fue promovido con el reclamo de la declaración de inconstitucionalidad de una resolución de la Dirección General de Escuelas de la provincia, que había dispuesto la realización de actividades de “‘gran significatividad’ y ‘con la participación de toda la comunidad educativa’”, los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, respectivamente. La acción fue acogida en primera instan-

3. Por ejemplo, dispone que el registro del estado civil de las personas será llevado “sin distinción de creencias religiosas” (art. 5°), establece la obligatoriedad del descanso dominical (art. 44), prohíbe ser miembros de la legislatura (y por tanto, ministros, art. 132) a los “eclesiásticos regulares” tal como lo hace la Constitución Nacional (art. 65), obliga a los senadores y diputados a prestar “juramento por Dios y por la Patria, o por la Patria y por su honor, de desempeñar fielmente su cargo” (art. 98), lo mismo que al gobernador y vicegobernador (art. 119) y a los jueces (art. 157), etcétera.

cia, pero luego fue rechazada tanto en segunda instancia<sup>4</sup> como por la Corte Suprema de la provincia<sup>5</sup>.

En su meduloso voto en la sentencia de la Corte provincial, el juez Pérez Hualde cita a María Angélica Gelli: “[...] como surge del Preámbulo y de su articulado, la Constitución argentina no es indiferente a lo religioso –en su significado de re-ligazón del mundo con Dios– ni agnóstica, pues no suspende el juicio acerca de si Dios existe ya que afirma lo contrario. Desde luego ello no implica menoscabo para ninguna ideología religiosa o filosófica desde que los arts. 14 y 19 reconocen la libertad de culto y la libertad de conciencia, respectivamente”; distingue entre la laicidad constitucional y el laicismo extremo propiciado por la demanda; y concluye “que la pretendida erradicación del ámbito público escolar de tradiciones mendocinas, vinculadas al homenaje periódico anual de las figuras del Santo Patrono, inseparable del hecho mismo de la fundación; y de la imagen de quien fuera designada por el General San Martín –y destinataria material de su bastón de mando–, nuestro máximo prócer, como ‘General’ del Ejército de los Andes que nuestra provincia con un esfuerzo histórico contribuyó a conformar con todos sus hombres y bienes; constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares y de los sentimientos del hombre mendocino que exceden su concreta religiosidad personal misma, porque forman parte de su patrimonio histórico y de su tradición”. Por tanto, “rechazar el amparo no implica desconocer la laicidad que debe ostentarse en las aulas escolares, sino reconocer que una educación que tienda al desarrollo integral del niño y adolescente puede evocar figuras reli-

4. El argumento central de la Cámara fue: “Indudablemente, se trata de fechas que tienen un tinte u origen religioso, vinculado con la religión católica apostólica romana, pero no se puede desconocer que las festividades en cuestión trascienden ampliamente la cuestión religiosa para formar parte de la propia tradición provincial” y que la libertad religiosa negativa de los actores quedaba a salvo por la posibilidad de abstenerse de participar de los actos escolares impugnados (Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, *Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c. Dirección General de Escuelas p/ acción de amparo*, sentencia del 29 de noviembre de 2013).

5. SCMendoza, sala 1, 18/9/2015.

gias que tuvieron influencia en los acontecimientos históricos provinciales, sin incurrir en adoctrinamiento”.

La Corte Nacional ratificó el criterio de la Corte provincial y declaró la validez constitucional de las normas que incluyen la conmemoración del Santo Patrono de la provincia y de la Virgen del Carmen en el calendario escolar, por varias razones que en seguida explicaremos.

Hay que mencionar que la inserción de esas festividades en el calendario escolar tiene sólidos antecedentes más allá de la resolución que aprueba tal calendario.

Por una parte, la Ley N° 4.081<sup>6</sup> había declarado “feriado en todo el territorio de la provincia el día veinticinco (25) de julio, en homenaje al Apóstol Santiago, Santo Patrono de la Provincia de Mendoza. En ese día regirán las normas legales sobre descanso dominical” (art. 1°). Esa ley está vigente.

Por otra parte, la veneración a la Virgen del Carmen, muy antigua, tiene una estrecha vinculación con un hito fundamental de la historia no solamente de Mendoza, sino de toda la Argentina y aún de Sudamérica. En Mendoza se formó y organizó el Ejército de los Andes, bajo el mando del General José de San Martín, que cruzaría la cordillera y lograría la libertad e independencia de Chile y de Perú, asegurando de ese modo la de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Fue precisamente el General San Martín quien nombró a la Virgen del Carmen “Generala” de su ejército, tributándole su propio bastón de mando del ejército, que aún se conserva junto a la imagen de la Virgen, en un solemne acto ocurrido el 5 de enero de 1817. Lo mismo había hecho el General Manuel Belgrano respecto de la misma advocación de la Virgen, luego de la Batalla de Tucumán. Las imágenes de la Virgen ostentan la banda de general y así se las venera. Ese es el hecho que anualmente se conmemora en Mendoza que, como se advierte, trasciende lo religioso y se arraiga en la historia patria.

Hay que decir que la impugnación no se extendió a otros feriados con contenido incluso más claramente religioso, presentes en el calendario escolar, como el Viernes Santo, el día de la Inmaculada Concepción de María, 8 de diciembre, y la Navidad, 25 de diciem-

6. Del año 1976 (BO 7/9/1976).

bre (feriados nacionales), y los días no laborables también de carácter religioso: Jueves Santo, y los propios de quienes profesan la religión judía<sup>7</sup> o islámica<sup>8</sup>. Aunque es cierto que en esas fechas no se dispone realizar actos escolares, sino tan solo el cese de actividades.

No son los únicos casos de festividades religiosas reconocidas por la legislación provincial de Mendoza<sup>9</sup>, tal como ocurre en todas las provincias argentinas.

### 3. LA TRADICIÓN DE LAS “FIESTAS PATRONALES” Y LOS SANTOS PATRONOS

La designación de santos del santoral católico como patronos de las ciudades, así como de instituciones o actividades, es una antigua tradición heredada de la época de la colonización española. De hecho, todas las antiguas ciudades fundadas durante la era colonial tienen sus patronos e incluso llevan su nombre: San Miguel de Tucumán, San Fernando del Valle de Catamarca, San Salvador de Jujuy, San Ramón de la Nueva Orán, Santa Fe de la Vera Cruz, Santiago del Estero, San Ramón de la Nueva Rioja, San Juan de Cuyo, San Luis, y tantas otras. La Ciudad de Buenos Aires (que en verdad se llama “Ciudad de la Santísima Trinidad y Puerto de Santa María de los Buenos Ai-

7. Los días del Año Nuevo Judío (Rosh Hashana), dos días; el Día del Perdón (Iom Kipur), un día; y de la Pascua Judía (Pesaj), los dos primeros días y los dos últimos días.

8. El día del Año Nuevo Musulmán (Hegira), el día posterior a la culminación del ayuno (Id Al-Fitr); y el día de la Fiesta del Sacrificio (Id Al-Adha).

9. Así, la Ley N° 5.730 (BO 19/9/91) declara “de “interés provincial” los actos vinculado a la festividad religiosa en honor a Nuestra Señora del Rosario, que anualmente, en el mes de octubre, se realizan en la Capilla homónima, situada en “Lagunas del Rosario”, Departamento Lavalle” (art. 1°). La Ley N° 5.328 (de agosto de 1988) declara “oficialmente patrona de la ciudad de departamento de Maipú, a nuestra Señora de la Merced, cuya imagen se venera en el camarín de la Iglesia Homónima de Maipú” (art. 1°) y establece “para el día de las fiestas patronales del departamento, el veinticuatro (24) de setiembre de cada año, festividad de la Virgen de la Merced, por lo que se declara feriado departamental, no laborable con carácter dominical” (art. 2°). La Ley N° 7.484 (BO 17/2/2006) designa “con la advocación de ‘Patrona de los Viñedos de la Provincia’ a la denominada ‘Virgen de la Carrodilla’” (art. 1°).

res”) tiene como patrono principal a San Martín de Tours<sup>10</sup> por decisión del Cabildo del 20 de octubre de 1580, y como patronos secundarios a Santos Sabino y Bonifacio, por decisión del mismo cuerpo de agosto de 1590.

Una vez designado el santo patrono, por elección del fundador o posterior decisión de la autoridad municipal, el día de la fiesta o conmemoración del santo era naturalmente un día festivo en el lugar, con celebraciones religiosas y civiles. Además, el santo patrono era destinatario de rogativas en momentos de especial calamidad o peligro, por ejemplo. Esos actos eran encabezados con toda naturalidad por la autoridad civil.

Esta tradición se mantuvo no solamente luego de la independencia, sino también luego de la sanción de la Constitución Nacional, y siguió siendo costumbre la elección de santos patronos, muchas veces incluso por ley formal, para nuevos pueblos, asentamientos e instituciones. No fue obstáculo para ello el hecho de que el Estado hubiese abandonado la confesionalidad católica formal con la sanción de la Constitución, ni tampoco la amplia libertad de cultos que ella garantiza.

Esta tradición es particularmente fuerte en el ámbito de las Fuerzas Armadas, por lo que el caso de la Virgen del Carmen que motiva la sentencia comentada dista de ser excepcional. En la Argentina, la Virgen María en su advocación de Stella Maris es la Patrona de la Armada Argentina y de los navegantes<sup>11</sup>; Nuestra Señora de Loreto es la Patrona de la Aviación Militar<sup>12</sup> (otorgándosele luego el rango de Brigadiera de la Fuerza Aérea)<sup>13</sup>; Nuestra Señora de las Mercedes y Nuestra Señora del Carmen fueron reconocidas con el grado de Ge-

10. En tiempos recientes, el Decreto N° 1.190/1982 (BO 24/11/1982) instituye “como emblema de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires la imagen de San Martín de Tours, cuya réplica, en bronce, patinada y colocada en una base de mármol será entregada a personalidades del país o caracterizadas figuras extranjeras que visiten nuestra ciudad”.

11. Decreto del 18 de agosto de 1937. Extendiéndose su patronazgo a la Prefectura Naval y a la Marina Mercante.

12. Decreto N° 17.917 del 31 de diciembre de 1943.

13. Decreto N° 11.473/1961, BO 12/1/1962.

neralas del Ejército Argentino<sup>14</sup>; Nuestra Señora del Carmen es la Patrona de las cárceles e institutos penitenciarios<sup>15</sup>.

No son los únicos casos. San Gabriel Arcángel es Patrono del Arma de Comunicaciones del Ejército Argentino<sup>16</sup>; San Ignacio de Loyola, Patrono del Arma de Ingeniería del Ejército Argentino<sup>17</sup>; Santa Bárbara, Patrona del Arma de Artillería del Ejército Argentino<sup>18</sup>; Nuestra Señora de la Inmaculada Concepción, Patrona del Arma de Infantería del Ejército Argentino<sup>19</sup>; Santa Cecilia, Patrona de los Músicos del Ejército Argentino<sup>20</sup>; el 5 de agosto es el Día del Montañés, instituido en honor a Nuestra Señora de las Nieves<sup>21</sup>; San Jorge es Patrono del Arma de Caballería del Ejército Argentino<sup>22</sup>. Pero el fenómeno no se limita a las Fuerzas Armadas. En la propia provincia de Mendoza, la Virgen de la Carrodilla es Patrona de los Viñedos (Ley N° 7.484), debiendo incluirse su celebración en los actos oficiales de la fiesta de la vendimia (Ley N° 1.627). La Virgen de la Merced es Patrona del departamento de Maipú (Ley N° 5.328). Sería imposible consignar la totalidad de los patronazgos dispuestos por leyes o normas nacionales<sup>23</sup>, provinciales<sup>24</sup> o municipales, incluso en relación con el ámbito educativo y con más razón fuera de él.

14. Decreto N° 9.471/1943, *BO* 30/9/1943.

15. Decreto 16.535 del 16 de julio de 1949.

16. Resolución de la Secretaría de Guerra del 2 de enero de 1960.

17. Resolución de la Secretaría de Guerra del 8 de junio de 1960.

18. Resolución de la Secretaría de Guerra del 7 de octubre de 1960.

19. Resolución de la Secretaría de Guerra del 28 de febrero de 1961.

20. Resolución de la Secretaría de Guerra del 10 de abril de 1963.

21. Resolución de la Secretaría de Guerra del 6 de agosto de 1965.

22. Resolución del Ministerio de Defensa del 15 de noviembre de 1965.

23. Por ejemplo: San José de Calasanz es protector de las escuelas primarias y secundarias del Estado, por Ley nacional N° 13.633 (*BO* 29/10/49) modificada por N° Ley 24.978 (*BO* 17/7/1998). La provincia de Tierra del Fuego adhirió y lo declaró "protector de las escuelas de los distintos niveles educativos de la Provincia, sean éstos de gestión pública o privada" (Ley N° 669, *BO* 9/9/2005). Por su parte, la Ley N° 24.841 declara al 16 de noviembre como "día de la evangelización salesiana en la Patagonia", a lo que han adherido algunas provincias (Chubut, Ley N° 4.321, *BO* 27/10/1997; Tierra del Fuego, Ley N° 436, *BO* 20/1/99).

24. Por ejemplo, en Río Negro, la Virgen María Auxiliadora es Patrona del Consejo Provincial de Educación (Ley N° 1.117, *BO* 29/1/1976).

#### 4. LA PRESENCIA RELIGIOSA EN LAS ESCUELAS

La dimensión religiosa es parte esencial de la vida humana. La mayor parte de las personas profesan una fe religiosa, y ella se expresa de múltiples formas. También en la escuela. Una educación verdaderamente integral no puede prescindir de este dato, aunque puede discutirse el modo en que debería ser abordado. Decir esto no implica discriminar a los agnósticos, ateos o no creyentes, porque la suya es una forma legítima de ejercer la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Tan legítima como la de quienes profesan una fe religiosa: no menos, tampoco más. Ni unos ni otros deberían imponer su punto de vista o creencia a los demás.

Una manera de que esté presente la religión en la escuela es la enseñanza escolar de la religión que, a su vez, puede revestir distintas formas. Desde la enseñanza confesional a cargo de docentes designados por las propias confesiones religiosas (y que, naturalmente, por el principio de libertad religiosa, debería ser de recepción voluntaria según la elección de los padres de los alumnos o de ellos mismos si tuvieran el grado de madurez suficiente), hasta la enseñanza académica acerca de la religión, o las religiones, sin ninguna connotación proselitista. Este tema fue abordado por la Corte Suprema argentina hace pocos años en el caso *Castillo* (2017)<sup>25</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, al interpretar el artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>26</sup>, tiene dicho: “El Comité opina que el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones

25. CSJN, *Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo*, sentencia del 12 de diciembre de 2017. Fallos: 340:1795. Ver Navarro Floria, Juan G., “El derecho de los padres a educar a sus hijos: reflexiones a partir del caso ‘Salta’”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año X, n° 01, febrero de 2018, p. 42.

26. Observación general N° 22 aprobada en el 48° período de sesiones (1993).

proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores”.

Otra forma de presencia religiosa en las escuelas, como en muchos otros ámbitos públicos, se da por medio de imágenes o símbolos religiosos. Se trata de una presencia pasiva, que no demanda actos de veneración o culto por parte de las personas, salvo que ellas voluntariamente deseen realizarlos. Muchas veces esas imágenes han sido colocadas por decisión de la propia comunidad educativa, y no necesariamente por las autoridades escolares o gubernamentales.

Las sentencias de las distintas instancias del caso que nos ocupan consideraron y citaron resoluciones de importantes tribunales extranjeros sobre esta cuestión. Destaca especialmente, en este tema, la sentencia de la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso “Lautsi c. Italia” (2011), sobre la presencia de crucifijos en las aulas escolares, en la que se rechazó la demanda tendiente a obligar a su remoción<sup>27</sup>.

Puede existir además una “simbología activa”: los símbolos religiosos que eligen portar los miembros de la comunidad escolar, alumnos, docentes o empleados. En algunos países, como Francia, esas formas de manifestar la propia fe han sido prohibidas o restringidas al amparo de una política laicista que busca erradicar la presencia de la religión del espacio público. En otros lugares se las permite, al amparo de la libertad religiosa de las personas.

Finalmente, pueden darse en la escuela prácticas religiosas, como actos de culto, oraciones grupales, bendiciones, etcétera. Estas

27. TEDH, Gran Sala, “Lautsi y otros vs. Italy” (Aplicación n.º 30814/06), sentencia del 18 de marzo de 2011. Comenté el caso en Navarro Floria, Juan G., “Brevísimas apostillas a la sentencia del caso ‘Lautsi’”. En memoria de Pedro J. Frías, maestro y amigo, estadista y cristiano cabal”, *El Derecho - Diario*, Tomo 242, 597, publicado el 13/04/2011. Cita digital: ED-DCCLXXII-120.



prácticas son naturales en las escuelas confesionales de gestión privada, y más problemáticas en escuelas de gestión estatal en las que se presume la neutralidad religiosa. Pero no hay *a priori* razón para prohibirlas, en tanto la participación en ellas no sea impuesta a quien no lo desea. La jurisprudencia ha tenido ocasión de decirlo, e incluso la Corte Suprema en el mencionado caso *Castillo* ha convalidado el derecho a la práctica religiosa individual en el ámbito escolar<sup>28</sup>.

##### 5. DE *CASTILLO* (2017) A *APDH* (2022), PASANDO POR *PAVEZ* (2022)

Es interesante contrastar lo resuelto por la Corte en el caso *APDH* con su antecedente cercano, *Castillo*. Entre otras cosas, en ambos casos estaba en juego la autonomía provincial, el respeto por la cultura local y la competencia propia de las provincias en materia de organización del sistema escolar.

En ese último fallo, la Corte invalidó parcialmente la normativa de la provincia de Salta que organizaba la enseñanza religiosa confesional en las escuelas de gestión estatal. La Corte admitió que la ley salteña era en sí misma suficientemente neutral, y que además no imponía una enseñanza religiosa determinada, sino que dejaba librado a decisión de los padres si sus hijos recibirían enseñanza de alguna religión, o de ninguna.

Sin embargo, también advirtió que, además de la enseñanza escolar de la religión, se producían en las escuelas otros actos de naturaleza religiosa (como bendiciones u oraciones), particularmente propios de la Iglesia Católica, en las que no estaba garantizado en la práctica el derecho de los alumnos no católicos de excluirse de ellos.

Según la Corte, a pesar de que estaba habilitada en Salta también la enseñanza de otras religiones, y de hecho se las impartía en algu-

28. La Corte Suprema dijo que en la escuela pública de gestión estatal el principio es la neutralidad, pero que “la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular –incluso la de los no creyentes–, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar”.

nas escuelas, el peso social de la Iglesia Católica es allí tan significativo que la implementación de la enseñanza religiosa configuraba un supuesto de “discriminación estructural” en perjuicio de los no católicos. Por otra parte, interpretó la Corte que el hecho de tener los padres que manifestar cuál enseñanza religiosa escogían para sus hijos violentaba el derecho negativo de no verse obligados a manifestar la propia religión<sup>29</sup>.

En el año 2022, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió el caso *Pavez* (2022)<sup>30</sup>, que también giraba en torno de la enseñanza religiosa escolar, aunque referido a la situación de una docente. En su sentencia, la Corte Interamericana afirma:

“[E]ste Tribunal ha constatado que, de acuerdo a lo indicado en el artículo 12 de la Convención Americana, así como en el *corpus iuris* internacional (supra párrs. 73 a 83), el derecho a la libertad de religión es un derecho con una dimensión individual y otra colectiva, que comprende varias garantías, una de las cuales consiste en el derecho para los padres, y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 12.4)” (párr. 94).

Uno de los aspectos más relevantes, y más positivos, de la sentencia *Pavez* es el expreso reconocimiento que hace la Corte IDH de la legitimidad y la conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica de la enseñanza escolar de la religión. Es más: no solo la considera acorde con el Pacto, sino que, prácticamente, considera que es una

29. Se trata de un argumento claramente equivocado, porque decir qué tipo de enseñanza alguien desea para su hijo no implica revelar la propia religión. Alguien puede preferir que en la escuela a su hijo no se le brinde ninguna enseñanza religiosa aunque en el hogar sí profesen alguna, o que se le enseñe alguna religión aunque no sea la propia pero que interese a los padres que sus hijos conozcan.

30. Caso *Pavez Pavez vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 4 de febrero de 2022, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_449\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf) (fecha de consulta: 1/11/2022).

exigencia del sistema internacional de derechos humanos, tanto global como regional, que se ofrezca esa enseñanza. De hecho, la Corte convalidó el sistema de Chile en el que en todas las escuelas (de gestión pública y privada) se imparte enseñanza religiosa confesional, de oferta obligatoria por las escuelas y de recepción voluntaria por parte de las familias que eligen en qué religión quieren que sean educados sus hijos.

En ese sentido, la Corte IDH es mucho más amplia que la Corte Suprema argentina que, en *Castillo*, aceptó e incluso valoró el estudio de la religión en el ámbito escolar estatal, pero admitiendo solo dos modalidades posibles: que se trate de un estudio “neutral” de la religión en general y no la enseñanza confesional de una religión en particular, o que si se brinda este último tipo de enseñanza sea no solamente de recepción optativa sino, además, fuera del horario normal de clases. Con los criterios de la Corte Interamericana, la Corte argentina hubiera debido resolver de otro modo (favorable a la provincia) el caso *Castillo*.

En *APDH*, la Corte no se desdijo en cuanto a la enseñanza de la religión en la escuela, pero exhibió un criterio más amplio y tolerante, en línea con la Corte Interamericana, respecto de otra forma de presencia de lo religioso en el ámbito escolar.

## 6. LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE

Los cuatro miembros de la Corte coincidieron en la resolución, pero la fundamentaron en tres votos distintos.

Los jueces Rosenkrantz y Maqueda se preguntan si la conmemoración del Apóstol Santiago (Patrono de la provincia) y de la Virgen del Carmen de Cuyo (Generala del Ejército de los Andes) constituyen “actos de culto y adoctrinamiento en la fe católica”, como habían alegado los actores, y concluyen que no, y que por la modalidad en que están previstas las conmemoraciones no lesionan ningún derecho constitucional. Destacan:

“[C]iertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público” (cons. 5°).

Para ellos, “si bien las conmemoraciones y actividades previstas en la norma impugnada refieren a dos figuras que pertenecen a una religión determinada, solo lo hacen en la medida en que se vinculan con la historia y la tradición cultural de la provincia de Mendoza. En efecto, es la impronta histórica de estas dos fechas, su significado y arraigo en la cultura local, lo que define a estas festividades” (cons. 6°).

Los jueces recuerdan que la celebración del Apóstol Santiago, como Patrono de la provincia, fue establecida por el cabildo secular a mediados del siglo XVI, con carácter de fiesta cívica presidida por el estandarte real; y que, como ya mencionamos, “el 8 de septiembre se recuerda a la Virgen del Carmen de Cuyo por haber sido nombrada ‘Patrona y Generala del Ejército de los Andes’ por José de San Martín, quien a su vez le entregó en advocación su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora. Aquellos actos ya en su momento tuvieron gran significación para la comunidad mendocina con un notorio espíritu patriótico” (cons. 6°), por lo que más que rendirse culto a la Virgen en la celebración se honra al General San Martín y al Ejército de los Andes.

Para estos jueces es relevante que en los actos patrióticos de las fechas cuestionadas, la norma escolar determina que “si, por su concepción religiosa o filosófica personal, un alumno o miembro del personal escolar prefiere abstenerse de participar, se le deberá eximir

de estar presente”<sup>31</sup>, y que “al contemplarse y tener lugar adecuadas exenciones, se salvaguarda la libertad de conciencia de todos los integrantes de la comunidad educativa” (cons. 8°).

También hacen mérito de que las celebraciones cuestionadas son solo dos entre muchas otras de carácter puramente cívico o humanista que en conjunto reflejan los valores de la cultura local. Desde esa base, la Corte encuentra que las conmemoraciones no perjudican “el principio de laicidad de la educación pública” ni el de neutralidad religiosa.

Rosenkrantz y Maqueda destacan también que, dentro del marco que establecen la Constitución Nacional y la Ley Nacional de Educación dictada por el Congreso, cada provincia tiene un margen de autonomía (en realidad, tienen la responsabilidad primaria en la materia) en la organización de la educación de acuerdo con su propia identidad y tradición cultural.

En un análisis más fino que el que habían hecho en *Castillo*, los jueces descartan que la opción de no participar en las celebraciones implique una vulneración del derecho a la intimidad de quien la ejerza, porque “el sistema de exención previsto en la norma no requiere la exteriorización de las creencias personales, ni de los motivos por los que no se desea estar presente en dichos eventos”, y al contrario, “luce como un modo razonable e inocuo de ejercer la objeción de conciencia” sin que pueda hacer presumir que el objetor vaya a ser objeto de algún tipo de estigmatización (cons. 9°).

El Presidente de la Corte, Rosatti, en su voto concurrente, comparte lo sustancial del voto “mayoritario” de sus dos colegas. Destaca que existe una cuestión federal relevante en saber si hay una afectación de la libertad de religión y de conciencia.

31. En relación con esto, recuerdan “que la objeción de conciencia es el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común (doctrina de *Fallos*: 312:496; 316:479, voto de los jueces Fayt y Barra, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi y disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano; 328:2966, disidencia de la jueza Highton de Nolasco y 335:799)” (cons. 8°).

Rosatti examina el deslinde de competencias entre la Nación y las provincias en materia educativa. Recuerda que, según la Constitución, corresponde al Congreso “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales” (art. 75, inc. 19), pero que las provincias conservan todo el poder no delegado (art. 121) y específicamente tienen no solo el derecho sino el deber de organizar la educación primaria (art. 5°). El argumento federal es determinante en su voto, al enfatizar la deferencia que debe el Gobierno federal a las provincias en tanto unidades preexistentes a la Nación. Rosatti reivindica el concepto de “margen de apreciación local” inherente a las autonomías provinciales, en este caso, en materia educativa.

También se detiene en precisar el alcance de la “libertad de cultos”, recordando los textos de los tratados internacionales y valorando en ese contexto “que la libertad religiosa incluye también la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, concebida como el derecho de toda persona, con sustento en razones fundadas en la moral y en sus convicciones más íntimas, de no realizar determinados actos o de cumplir una norma u orden de la autoridad, cuyo ejercicio no puede ser restringido salvo que se ponga en riesgo o se afecte significativamente el orden público, la vida o los derechos de terceras personas” (cons. 8° del voto de Rosatti).

Y aclara que la neutralidad religiosa del Estado “no implica que el Estado sea indiferente frente a las religiones, sino que –por considerarlas como una expresión de la espiritualidad humana– debe garantizar su protección y asegurar la libertad de su ejercicio dentro de un marco de pluralismo y tolerancia” (cons. 9° del voto de Rosatti).

En relación a las celebraciones cuestionadas, se pregunta: “¿Pueden las celebraciones de mención ‘tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición’, como sostienen las autoridades locales, o están inexorable e irremediabilmente ligadas a convicciones religiosas y –más aún– propias de una sola religión? En el primer caso, las resoluciones de marras podrían sortear –bajo determinada percepción del federalismo argentino– el test de razonabilidad constitucional; en el segundo, no cabría otra alternativa que declarar su inconstitucionalidad por violación del derecho a aprender, a ejercer libremente el culto, a la intimidad y a la igualdad enten-

dida como no discriminación” (cons. 11). Rosatti recuerda los mismos antecedentes históricos de las celebraciones y su inextricable arraigo cultural en la provincia, señala su arraigo cultural, y descarta que impliquen alguna forma de adoctrinamiento en una religión determinada. Coincide también, con realismo y sentido común, en destacar que no se ha probado que nadie sufriera alguna discriminación por abstenerse de participar de las conmemoraciones tal como las normas autorizan, y que ejercer esa abstención no requiere revelar las propias creencias.

Por su parte, el juez Lorenzetti (que también utiliza el argumento del federalismo) enfatiza que la no discriminación no implica búsqueda de homogeneidad, sino de un consenso que permita la interacción de visiones diferentes; y que resulta valioso preservar las identidades culturales individuales y colectivas<sup>32</sup>. Recuerda también que la Corte tiene como misión buscar la paz social, y que eso demanda el respeto de la pluralidad cultural.

Lorenzetti introduce el argumento del deber de preservación del patrimonio cultural y de los bienes culturales, no solo materiales sino también inmateriales, tal como imponen varias convenciones internacionales suscriptas por la Argentina, además de normas del derecho interno; incluso, examina normas del derecho comparado latinoamericano en la materia. En ese sentido, recuerda que el patrimonio cultural inmaterial “incluye tradiciones o expresiones de vida heredadas de nuestros antepasados y que se han ido transmitiendo a nuestros descendientes, como las tradiciones orales, artes escénicas, prácticas sociales, rituales, eventos festivos, etc.” (cons. 6°). Y añade una impor-

32. En ese sentido, y en relación a las provincias argentinas, recuerda que además del caso en estudio de Mendoza, “en la Provincia de Catamarca, se celebra el natalicio de Fray Mamerto Esquíu, y la Virgen del Valle; en Córdoba, el día de San Jerónimo; en Corrientes, la Señora de Itatí, San Juan Bautista y la Virgen de la Merced; en Entre Ríos, el Santo Patrono San Miguel Arcángel; en Formosa, el día de la Virgen del Carmen; en Jujuy, la Virgen María de Río Blanco; en Salta, la Virgen del Milagro; en San Luis, el Santo de la Quebrada; en Santa Fe, el Santo Patrono San Jerónimo”, y que si se quisiera una neutralidad estricta, “El nombre de provincias como San Juan, Santa Fe, Santa Cruz, San Luis o la ciudad de Rosario, debería ser cambiado o prohibidos los días festivos que recuerdan su fundación” (cons. 5°, del voto de Lorenzetti).

tante defensa del derecho a la identidad cultural de los individuos y de las comunidades.

Sobre esa base, afirma que las resoluciones de la provincia de Mendoza que prevén las celebraciones cuestionadas “tampoco persiguen un adoctrinamiento religioso, sino de preservación de la memoria a la identidad cultural colectiva y, como se dijo, no se verifica un potencial discriminatorio conforme el criterio señalado anteriormente. La participación de la comunidad educativa no es otra que la de exaltar los valores de la identidad provincial” (cons. 10, del voto de Lorenzetti).

Recordando el origen histórico de las celebraciones, concluye que “afirmar la identidad cultural colectiva no lesiona el principio de neutralidad religiosa del Estado” y que “las conmemoraciones festivas relativas al ‘Patrono Santiago’ y ‘Virgen del Carmen de Cuyo’, durante los días 25 de julio y 8 de septiembre de cada año, constituyen tradiciones tendientes a resaltar la identidad cultural colectiva de la provincia de Mendoza, y su celebración no afecta al derecho de la no discriminación ni la neutralidad religiosa estatal” (cons. 11 y 12, respectivamente, del voto de Lorenzetti).

## 7. CONCLUSIONES

Es verdad que hay símbolos originalmente religiosos que con el tiempo en cierto modo se secularizan. Precisamente, en materia de festividades, es lo que ocurre, por ejemplo, con la Navidad. Nadie dudaría de que la Navidad es una fiesta esencialmente religiosa y, sin embargo, actualmente la celebran creyentes y no creyentes, con un significado de fiesta familiar y social más que religiosa<sup>33</sup>.

33. Siempre me llamó la atención en la serie de libros de Harry Potter ver que en el Colegio Hogwarts de Magia y Hechicería se celebraba con gran fasto la Navidad. O en Disneyland..., ¿implican esos festejos una celebración religiosa, una adhesión de la mente y el corazón a la divinidad de Jesucristo? ¿O se han convertido en meros acontecimientos sociales despojados de connotación religiosa para muchas personas?



La secularización de los símbolos religiosos, que se convierten en símbolos sociales tradicionales, es la misma idea que funda el voto mayoritario en la sentencia del caso *Lautsi* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para convalidar la presencia de crucifijos en las aulas escolares italianas. Es una idea tranquilizadora para algunas conciencias, pero que no debería hacer olvidar que un símbolo religioso es, ante todo, exactamente eso. Lo contrario es quitarle su valor y significado propio.

Ciertamente, la conmemoración establecida en el calendario escolar mendocino no obliga a nadie a profesar la fe en la santidad del apóstol Santiago o de la Virgen María, como tampoco la presencia pasiva de un crucifijo en una pared obliga a nadie a venerarlo o a orar ante él. En cambio, puede afirmarse sin error que el conocimiento intelectual del significado del patronazgo del apóstol, o del rol de la fe religiosa del Libertador, es un aprendizaje necesario para conocer la historia nacional y local y comprenderla adecuadamente. Incluso al alumno no cristiano le resulta útil y necesario saber y comprender qué es lo que celebran y han celebrado históricamente la mayoría de sus conciudadanos, sin necesidad de compartir con ellos la fe religiosa.

Es interesante que se afirme que la existencia de celebraciones de base u origen religioso, pero incorporadas a la tradición cultural, no atenta contra la laicidad. Subyace a esa afirmación un concepto positivo de la laicidad, entendida no como laicismo o exclusión hostil de la religión, sino como separación de las esferas secular y religiosa sin que el Estado se comprometa con una religión en particular, pero reconociendo, al mismo tiempo, el valor de lo religioso. Para la Corte, la finalidad de la neutralidad religiosa en el ámbito educativo apunta a garantizar la igualdad de oportunidades, tal como lo hace la gratuidad de la enseñanza, y no a un objetivo de erradicar la religión de la vida de las personas.

La valoración que hace el juez Rosatti del federalismo y del margen de autonomía de las provincias (coherente con su voto disidente en el caso *Castillo*) es importante.

Un aspecto relevante de la sentencia es la valoración que hacen todos los jueces del derecho a la objeción de conciencia, caracterizándolo como un verdadero derecho subjetivo arraigado en normas constitucionales. Es notable, porque ni siquiera era necesario acudir

a la objeción de conciencia para resolver el caso. Pero es muy bueno que la Corte ratifique la existencia de ese derecho, y su relevancia.

Hay una idea muy valiosa en el voto del juez Rosatti. Tras decir que “no incumbe a esta Corte officiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental”, afirma: “Contrariamente a lo que puede haberse sostenido en la presente causa, la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos” (cons. 18 del voto de Rosatti).

La afirmación se hace desde la mirada federal, pero podría hacerse con igual validez desde la mirada religiosa. Erradicar los símbolos y la presencia religiosa no es algo que unifique, sino que atenta contra una identidad que debe ser respetada en su diversidad.

El acento del juez Lorenzetti en el derecho a la identidad (cultural) también es interesante. Desde hace tiempo sostengo la relevancia de ese derecho, y que el aspecto religioso es fundamental dentro de la identidad cultural de pueblos y de individuos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha subrayado muchas veces en relación a los pueblos y comunidades indígenas y sus miembros<sup>34</sup>. Pero ellos no tienen derecho a la identidad por ser indígenas, sino por ser personas, y en ese sentido el mismo derecho debe ser igualmente reconocido a los no indígenas.

34. Ver, entre otros, Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17/6/2005, Serie C N° 125, párrs. 135 y 154; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Ecuador*, sentencia del 31/8/2001; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C N° 250, § 155; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*, sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C N° 245. Sobre el tema, Navarro Floria, Juan G., “La (relativamente ausente) libertad religiosa y de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sociedad, Derecho y factor religioso*, Granada, Comares, 2017.

Podría criticarse a la sentencia una cierta actitud vergonzante, al enfatizar tanto la naturaleza “cultural” de las celebraciones objetadas y desconocerles entidad o virtualidad religiosa, como si esta última característica fuera algo peligroso o repudiable. En ese sentido, hay que decir que efectivamente se trata de celebraciones de fuerte arraigo cultural (lo que justifica mantenerlas) pero que no por ello han perdido su connotación religiosa. En todo caso, lo que hay que afirmar es que las conmemoraciones escolares no deberían suponer nunca el obligar a alguien a un acto religioso o de culto para el que no esté interiormente dispuesto. Pero para decir eso no hace falta desconocer el significado religioso que conservan (más allá de la apropiación cultural) las figuras conmemoradas.

En definitiva, y más allá de ese matiz algo temeroso, la sentencia es justa en lo que decide. Y no lo habría sido en caso de resolver en sentido contrario.

La convivencia democrática exige un ejercicio de mutua tolerancia. Quien no desee ver en la figura del apóstol Santiago o de la Virgen María algo digno de veneración o que refiera a la divinidad, no debería sufrir ninguna discriminación, y en cambio, tener la posibilidad de mantenerse respetuosa y silenciosamente al margen. Pero en sentido contrario, es igualmente inadmisibles que una o algunas personas impongan a todos sus propias convicciones y creencias, o la falta de ellas. Hacer lugar a la demanda (como en otros casos, erradicar los símbolos religiosos) no es una actitud democrática sino intolerante y totalitaria.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

Navarro Floria, Juan G., “El derecho de los padres a educar a sus hijos: reflexiones a partir del caso ‘Salta’”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año X, N° 1, febrero de 2018, p. 42.

Navarro Floria, Juan G., “Brevísimas apostillas a la sentencia del caso ‘Lautsí’”. En memoria de Pedro J. Frías, maestro y amigo, estadista y cristiano cabal”, *El Derecho - Diario*, Tomo 242, 597, publicado el 13/04/2011. Cita digital: ED-DCCLXXII-120.

### *Jurisprudencia*

#### *TEDH*

- Gran Sala, *Lautsi y otros vs. Italy* (Aplicación n.º 30814/06), sentencia del 18 de marzo de 2011.

#### *Corte IDH*

- Caso *Pavez Pavez vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 4 de febrero de 2022, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_449\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf) (fecha de consulta: 1/11/2022).

#### *CSJN*

- *Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo*, sentencia del 23 de agosto de 2022, CSJ 4956/2015/RH1.
- *Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo*, sentencia del 12 de diciembre de 2017.

#### *Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza*

- *Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c. Dirección General de Escuelas p/ acción de amparo*, sentencia del 29 de noviembre de 2013.

### *Normas referidas*

Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general N° 22, aprobada en el 48° período de sesiones (1993).

Constitución de la Nación Argentina.

Ley nacional N° 13.633, BO 29/10/1949.

Ley N° 24.978, BO 17/7/1998.

Ley N° 24.841, BO 23/7/1997.  
Decreto N° 17.917 del 31 de diciembre de 1943.  
Decreto N° 11.473/1961, BO 12/1/1962.  
Decreto N° 9.471/1943, BO 30/9/1943.  
Decreto N° 16.535 del 16 de julio de 1949.  
Resolución de la Secretaría de Guerra del 2 de enero de 1960.  
Resolución de la Secretaría de Guerra del 8 de junio de 1960.  
Resolución de la Secretaría de Guerra del 7 de octubre de 1960.  
Resolución de la Secretaría de Guerra del 28 de febrero de 1961.  
Resolución de la Secretaría de Guerra del 10 de abril de 1963.  
Resolución de la Secretaría de Guerra del 6 de agosto de 1965.  
Resolución del Ministerio de Defensa del 15 de noviembre de 1965.

#### *Provincia de Mendoza*

Constitución de la Provincia de Mendoza.  
Ley N° 4.081, BO 7/9/1976.  
Ley N° 5.730, BO 19/9/1991.  
Ley N° 5.328 (de agosto de 1988).  
Ley N° 7.484, BO 17/2/2006.

#### *Provincia de Tierra del Fuego*

Ley N° 669, BO 9/9/2005.  
Ley N° 436, BO 20/1/1999.

#### *Río Negro*

Ley N° 1.117, BO 29/1/1976.  
Decreto N° 1.190/1982, BO 24/11/1982.

#### *Chubut*

Ley N° 4.321, BO 27/10/1997.

**ACERCA DE CARSON V. MAKIN:  
LOS CONTORNOS JURÍDICOS DEL LIBRE  
EJERCICIO DE LA RELIGIÓN EN EL ÁMBITO  
EDUCATIVO ESTADOUNIDENSE**

**ABOUT CARSON V. MAKIN: LEGAL CONTOURS OF THE FREE  
EXERCISE OF RELIGION IN US EDUCATIONAL SETTINGS**

MARÍA SOLEDAD RICCARDI<sup>1</sup>

Recibido: 27 de septiembre de 2022  
Aprobado: 4 de noviembre de 2022

**RESUMEN**

El presente artículo versa sobre el caso *Carson v. Makin* (2022), decidido por la Corte Suprema norteamericana, en ocasión del cual se interpretó el alcance de la Primera Enmienda de la Constitución de ese país en el ámbito educativo. Tras un breve repaso de sentencias previas que otorgan el marco en el que se decidió el presente caso, se analizan los argumentos vertidos por la mayoría y las disidencias

1. Abogada (UCA), LL.M. (Georgetown University Law Center). Correo electrónico: msriccardi@gmail.com.

El presente trabajo se realizó en el marco del proyecto de investigación UCA - IUS "El concepto de ser humano en el Sistema Interamericano", dirigido por la Dra. Débora Ranieri de Cechini, con la coordinación de Sofía Calderone.

relacionados con la cláusula de libre ejercicio de la religión y la *Establishment Clause*; el espacio constitucional con el que cuentan los estados para favorecer una o la otra, y la autonomía de las organizaciones religiosas bajo la Constitución federal.

#### **PALABRAS CLAVES**

Libertad religiosa; Educación; Primera Enmienda; Igualdad; Autonomía de organizaciones religiosas; Federalismo.

#### **ABSTRACT**

This article reviews the case *Carson v. Makin* (2022) issued by the US Supreme Court, which analyzes the application of the First Amendment of the US Constitution in educational settings. After briefly reviewing the precedents which frame the decision, this article examines the arguments made by the majority and the dissenting votes relating to the Free Exercise Clause and the Establishment Clause; the constitutional leeway for states to favor one clause or the other, and the autonomy of religious organizations under the federal Constitution.

#### **KEYWORDS**

Religious exercise; Education; First Amendment; Equality; Autonomy of religious organizations; Federalism.

#### **PARA CITAR ESTE TEXTO:**

Riccardi, María Soledad, "Acerca de *Carson v. Makin* (2022): Los contornos jurídicos del libre ejercicio de la religión en el ámbito educativo estadounidense", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 14, 2023, pp. 117-148.

## I. INTRODUCCIÓN

El estado de Maine –uno de los cincuenta que conforman los Estados Unidos– se ubica en el extremo noreste del país, en la frontera con Canadá. De conformación topográfica eminentemente rural, la densidad poblacional de muchos de sus distritos es notoriamente baja<sup>2</sup>, característica que dificulta el acceso a la educación de aquellos niños que no residen en zonas urbanas.

Posiblemente a causa de ello, la legislatura local sancionó una ley que requería que todos los estudiantes en edad escolar del estado tengan “la oportunidad de recibir los beneficios de una educación pública y gratuita”<sup>3</sup>. Ello, en concordancia con la Constitución del estado, la cual establece que la legislatura local deberá “requerirles [...] a las varias ciudades que establezcan las disposiciones adecuadas [...] para el sostén y el mantenimiento de las escuelas públicas”<sup>4</sup>.

Las realidades geográficas y poblacionales del estado de Maine aludidas, sin embargo, dificultan que los distritos escolares den cumplimiento a tal disposición<sup>5</sup>. Por ello, se reforzó lo previsto mediante el establecimiento de un programa de asistencia educativa para sufragar el costo de las cuotas escolares de aquellos padres que residen en distritos que no ofrecen una escuela pública propia. Con este programa, los padres eligen la escuela a la que desearían enviar a sus niños –la cual puede ser pública o privada, siempre y cuando haya sido aprobada por el Departamento de Educación de Maine– y el distrito

---

2. U.S. Department of Agriculture, Economic Research Service, *Maine*. Fecha de consulta: 12/9/2022. Disponible en: [https://www.ers.usda.gov/webdocs/DataFiles/53180/25574\\_ME.pdf?v=0](https://www.ers.usda.gov/webdocs/DataFiles/53180/25574_ME.pdf?v=0).

3. “[...] *Shall be provided an opportunity to receive the benefits of a free public education*”. Me. Rev. Stat. Ann., Tit. 20-A, §2(1). Traducción libre. Todas las traducciones presentadas en este artículo son propias, de fuentes no oficiales, salvo indicación en contrario.

4. “*Require [...] the several towns to make suitable provision, at their own expense, for the support and maintenance of public schools*”. Me. Const., art. VIII, pt. 1, §1.

5. Según se informa en la sentencia, de los 260 distritos escolares existentes en Maine, en menos de la mitad operan escuelas secundarias públicas propias. Cf. *Carson*, *opinión de la Corte*, p. 2.

---



escolar remite los pagos a la institución elegida, para colaborar con los costos de la matrícula escolar.

Si bien la mayoría de las escuelas privadas del estado resultaban elegibles en el marco de este programa, estas debían cumplir con una serie de requisitos, tanto curriculares como administrativos. Entre ellos, se encuentra que estas sean “no sectarias” (*nonsectarian*); es decir, que no pertenezcan o adhieran a una fe o conjunto de creencias en particular. Cabe resaltar que, previo a 1981, los padres del estado sí podían optar por escuelas religiosas, lo cual fue luego modificado mediante la introducción del requisito señalado<sup>6</sup>.

En ese sentido, el Departamento que administra estos beneficios entiende que la afiliación o asociación con una iglesia o institución religiosa es un potencial indicador de que se trata de una escuela “sectaria” (en sus términos), aunque ello no es necesariamente determinante. De igual manera, se consideran así a aquellas escuelas que no solo estén asociadas a una fe o sistema de creencias, sino que también promuevan y presenten el material educativo bajo la lente de esa fe.

En ese contexto, a mediados del año 2022 la Corte Suprema estadounidense decidió el caso *Carson, as parent and next friend of O.C., et al. v. Makin*<sup>7</sup> (en adelante, *Carson*), encuadrado constitucionalmente bajo el alcance de la Primera Enmienda, la cual establece: “El Congreso no hará una ley que establezca una religión oficial, ni que prohíba su libre ejercicio [...]”<sup>8</sup>.

El litigio se centró, en los hechos, en dos familias que residían en distritos escolares sin escuelas públicas propias y que deseaban en-

6. En ese año se prescribió que cualquier escuela que recibiese este tipo de pagos en concepto de asistencia debía ser una “escuela no sectaria de acuerdo con la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos” (“*a nonsectarian school in accordance with the First Amendment of the United States Constitution*”). Me. Rev. Stat. Ann., Tit. 20-A, §2951(2). Tal provisión se adoptó a modo de respuesta a la opinión del Procurador General del Estado, quien sostenía que el financiamiento público de escuelas privadas religiosas infringía la “*Establishment Clause*” de la Primera Enmienda. Cf. *Carson*, opinión de la Corte, p. 3.

7. 596 U. S. \_\_\_\_ (2022).

8. “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]*”.

viar a sus hijos a instituciones que, bajo la legislación resumida, calificarían como “sectarias”; es decir, que poseían algún tipo de afiliación religiosa a los propósitos del programa descripto. En 2018, estas familias demandaron a la Directora del Departamento de Educación del estado, la Sra. Pender Makin, con el argumento de que el requisito de “no sectarismo” violaba tanto la cláusula de libre ejercicio como la denominada *Establishment Clause* de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana.

En primera instancia, el tribunal local se basó en un precedente (*Eullit v. Maine, Dept. of Ed.*)<sup>9</sup> de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito para sostener la validez del requisito mencionado y concordar con la Directora. En la apelación, el Primer Circuito ratificó la decisión a favor de Makin, aunque señalando que el precedente utilizado en primera instancia ya no resultaba aplicable, en virtud de otro fallo recientemente emitido por la Corte federal, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*<sup>10</sup>, cuya incidencia se reseña en el apartado siguiente.

En ese estado de cosas, los reclamos de ambas familias llegaron a la Corte Federal, revisitando una tensión que ha sido objeto de amplia jurisprudencia de la Corte, en relación a la armonización de los derechos emergentes de las dos cláusulas que conforman la Primera Enmienda: una, que prescribe el libre ejercicio de la religión, y otra, que ha importado la neutralidad estatal en materia religiosa (usualmente denominada *Establishment Clause*).

En el marco de lo expuesto, se enuncian a continuación los precedentes invocados por la Corte, que repasan parte del camino jurisprudencial recorrido en la materia y exponen el encuadre en el que se expidieron los votos de la mayoría y las disidencias, junto con la doctrina aplicable a los casos contenciosos que giran en torno a la aplicabilidad concreta de la Primera Enmienda en contextos educativos.

9. 386 F. 3rd 344 (2004).

10. 591 U.S. \_\_ (2020).

## II. CASOS PREVIOS SIMILARES CITADOS POR LA CORTE

Los razonamientos presentados en *Carson* por las partes y los jueces involucran la mención y evaluación de, principalmente, los siguientes fallos resueltos por la Corte Suprema: *Zelman v. Simmons-Harris*<sup>11</sup>, *Espinoza v. Montana Department of Revenue* y *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*<sup>12</sup> (en adelante, *Zelman*, *Espinoza* y *Trinity Lutheran*, respectivamente.)

Previo a ello, cabe apuntar que la ley estatal cuestionada forma parte de una serie de disposiciones discriminatorias a nivel estatal denominadas “las modificaciones Blaine” (o *Blaine Amendments*), así llamadas gracias al congresista James Blaine quien, hace más de cien años, propició la aprobación de normas que impedían que organizaciones religiosas participasen en programas públicamente disponibles en condiciones de igualdad<sup>13</sup>. Originalmente ideada –y fallida– a nivel federal, esta tipología de enmienda se propagó a constituciones y reglamentaciones estatales donde, si bien el texto podía adoptar múltiples formas de un estado a otro, el propósito era el mismo: excluir la influencia católica de las escuelas públicas.

Ya en el plano jurisprudencial, en el año 2002, la Corte decidió el caso *Zelman* por cinco votos frente a cuatro, donde la opinión de la mayoría fue redactada por el juez Rehnquist. Similar en los hechos al presente caso, el estado de Ohio había creado un programa asistencial de becas en forma de *vouchers* para estudiantes de bajos recursos de la ciudad de Cleveland, que podían utilizarlos para solventar gastos

11. 536 U.S. 639 (2002).

12. 582 U.S. \_\_ (2017).

13. Las modificaciones Blaine tenían características anti-católicas y anti-inmigrantes, en un contexto social de intolerancia hacia estas minorías. Muchas de estas enmiendas permanecen vigentes en varios estados, y se utilizan en la actualidad para discriminar a las religiones en general. Al haberse originado en un contexto de debate acerca de la educación, muchas limitan las opciones educativas para los niños, incluyendo aquellos que habitan en áreas rurales, y a niños con necesidades especiales. Cf. Becket Fund - Religious Liberty for All, *Blaine Info Central. Dismanteling discriminatory Blaine Amendments*. Fecha de consulta: 11/9/2022, <https://www.becketlaw.org/research-central/blaine-amendments-info-central/>.

en escuelas públicas o privadas, religiosas o seculares, a elección de los padres. Con la premisa de que esa posibilidad de utilizarlos en escuelas religiosas infringía la *Establishment Clause*, un grupo de contribuyentes cuestionó el programa en sede judicial.

La Corte, sin embargo, no concedió esa interpretación a los actores. De este caso se concluyó que el programa encaraba un objetivo secular válido –asistencia en materia educativa a niños con necesidades económicas que tenían rendimiento escolar bajo–, y que este no tenía como efecto ni avanzar ni, para el caso, proscribir una religión.

El máximo tribunal señaló, asimismo, que su jurisprudencia dejaba en claro la imposibilidad de cuestionar un programa de esas características bajo la cláusula mencionada, en la medida que este fuera neutral respecto a la religión, que su ayuda se dirigiese a los ciudadanos de manera amplia –la única preferencia del programa eran familias de bajos ingresos, quienes tenían prioridad en la admisión– y, especialmente, que fueran estos –los ciudadanos– quienes determinasen a dónde dirigir esos subsidios, como resultado de su elección genuina y privada: todas ellas, condiciones que se cumplían en el caso. Este último requisito –la voluntad privada de los ciudadanos– será luego identificado como relevante en *Carson*.

Además, señaló que “el apoyo incidental a una misión religiosa o, en todo caso, que existiese razonablemente tal percepción de apoyo por parte de los individuos que recibían ese beneficio, no podía atribuirse al gobierno, que solo se encargaba de desembolsar los fondos”<sup>14</sup>. El programa resultaba, así, verdaderamente objeto de la elección privada de los ciudadanos y, por tanto, constitucional.

Quince años más tarde llegó el turno de *Trinity Lutheran*. Decidido por siete votos frente a dos, la Corte examinó un programa del estado de Missouri que ofrecía subvenciones a organizaciones sin fines de lucro que utilizaran neumáticos reciclados para pavimentar distintas superficies. Uno de los postulantes al programa fue el *Trinity Lutheran Church Child Learning Center*, una escuela pre-escolar

14. “*The incidental advancement of a religious mission, or the perceived endorsement of a religious message, is reasonably attributable to the individual aid recipients, not the government, whose role ends with the disbursement of benefits*”. Cf. *Zelman*, opinión de la Corte.

que funcionaba en el predio de una iglesia y que quería repavimentar gran parte de la superficie donde se encontraba el patio con juegos para niños.

Sin embargo, el Departamento de Recursos Naturales, encargado de administrar las subvenciones, tenía una estricta política de denegación a los postulantes que fueran iglesias, sectas u otras entidades religiosas, bajo el amparo de la Constitución del estado<sup>15</sup>. En consecuencia, aunque *Trinity Lutheran* figuraba quinta en un *ranking* de cuarenta y cuatro postulantes, se le denegó la subvención por ser una institución religiosa.

Presentada la demanda, una vez arribado el pleito a la Corte Suprema, esta advirtió que la denegación a la postulación de *Trinity Lutheran* se debía únicamente a su estatus o condición de iglesia (“*religious status*”, en la terminología original que, como se verá, resultará vital para resolver *Carson*), lo que violaba la cláusula de libre ejercicio de la Primera Enmienda.

Asimismo, señaló que su jurisprudencia ha confirmado repetidamente que la denegación de un beneficio públicamente disponible solo en virtud del carácter religioso de la persona o institución postulante penaliza el libre ejercicio de la religión consagrado por la Constitución federal. En esos casos, la Corte debe inspeccionar cuidadosamente aquellas leyes neutrales de aplicabilidad general que dejan fuera de su alcance a quienes profesan una religión, lo que requiere un examen de escrutinio constitucional estricto.

En ese caso, la normativa involucrada le imponía a *Trinity Lutheran* que optara por participar en el programa de beneficios o que continuara siendo una institución religiosa, sin poder participar en ambas calidades. “Cuando un estado condiciona un beneficio de esta manera”, explicó la Corte, “castiga el ejercicio de la religión”<sup>16</sup>. La cláusula constitucional de la Primera Enmienda brinda protección

15. De acuerdo al Artículo I, Sección 7 de la Constitución de Missouri, el Departamento no podía proveer asistencia financiera directa a una iglesia.

16. “*When the State conditions a benefit in this way, McDaniel says plainly that the State has imposed a penalty on the free exercise of religion [...]*”. Cf. *Trinity Lutheran*, opinión de la Corte, p. 10.

también frente a este tipo de coerciones indirectas o penalidades, y no solo frente a prohibiciones expresas o palmarias. *Trinity Lutheran* no reclamaba el derecho a un subsidio, sino que buscaba ejercer su derecho a participar y competir en un programa estatal sin tener que desconocer su carácter religioso.

Se determinó que la política del Departamento era discriminatoria y, en consecuencia, la norma no pudo sobrevivir el escrutinio constitucional más riguroso, aplicable a aquellas normas que imponen desventajas particulares a participantes religiosos.

Más recientemente, en el año 2020, la Corte resolvió el caso *Espinoza* (decidido por cinco votos a cuatro), donde sostuvo que un apartado de la Constitución del estado de Montana y una disposición reglamentaria del organismo impositivo local que la replicaba violaban la cláusula de libre ejercicio de la Constitución norteamericana, por cuanto excluían la utilización de un beneficio públicamente disponible en escuelas religiosas. En lo particular, las disposiciones impugnadas impedían la ayuda estatal –un crédito impositivo– a utilizarse en cualquier escuela “controlada en todo o en parte por cualquier iglesia, secta o denominación”<sup>17</sup>.

En efecto, tres familias que no habían podido utilizar esos fondos para enviar a sus hijos a un colegio cristiano demandaron al organismo, alegando que las disposiciones las discriminaban por sus creencias religiosas y por la naturaleza religiosa de la escuela que habían elegido.

Del fallo se sigue el concepto, reiterado en otras oportunidades, que postula que la cláusula de libre ejercicio de la religión protege a los creyentes religiosos de sufrir un tratamiento desigual frente a normas que imponen desventajas especiales en base al estatus religioso<sup>18</sup>. Citando a *Trinity Lutheran*, añaden que, en este caso, justamente se excluye a los colegios religiosos de un beneficio público solo porque son religiosos. Como resultado de ello, se aplicó un examen de escrutinio estricto, a través del cual se halló que el estado no tenía un interés ni

17. “[...] any school controlled in whole or in part by any church, sect, or denomination”. Cf. *Espinoza*, syllabus, p. 1.

18. Cf. *Espinoza*, voto de la mayoría, p. 8.

histórico ni sustancial para apoyar su decisión de descalificar la participación de escuelas religiosas.

Para aprobar tal examen no resultó suficiente el argumento del estado, que aducía un interés de Montana en crear una separación más profunda entre iglesia y Estado que el requerido por la Constitución federal, elección que resulta en teoría posible en virtud de la potestad de los estados dentro de los límites demarcados por la Constitución federal. Tal interés no se representaba, en el caso, como “imperioso”, y conllevaba la violación del libre ejercicio de la religión.

Por otra parte, tampoco prosperó el argumento que presentaba a la disposición como una vía para promover la libertad religiosa: según su argumentación, en realidad, se protegía la libertad religiosa de los contribuyentes al asegurar que sus impuestos no se dirigían a organizaciones religiosas, salvaguardando al mismo tiempo la libertad de esas organizaciones al mantener al estado lejos de su funcionamiento<sup>19</sup>.

Sin embargo, conforme señaló la Corte, esa infracción a los derechos contemplados en la Primera Enmienda no puede justificarse forzando una interpretación opuesta; es decir que, a *contrario sensu*, esa infracción en realidad promueve la libertad religiosa. Conforme se dictaminó, no puede validarse una disposición que requiera que solo los colegios privados religiosos tengan que soportar el peso de ese interés, que perseguía que los beneficios no se volcasen a la educación privada en general.

Como ilustran los fallos expuestos, mucho de la lógica de la Primera Enmienda se concreta, en la práctica, en vigilar que el flujo de los aportes impositivos de los contribuyentes no financie prácticas o instituciones religiosas. Sin embargo, esta lógica no constituye un principio absoluto, y presenta matices que se vislumbrarán en la sentencia en análisis.

19. “[...] *the no-aid provision protects the religious liberty of taxpayers by ensuring that their taxes are not directed to religious organizations, and it safeguards the freedom of religious organizations by keeping the government out of their operations. [...] An infringement of First Amendment rights, however, cannot be justified by a State’s alternative view that the infringement advances religious liberty*”. *Ibíd*em, p. 18.

### III. LA OPINIÓN DE LA MAYORÍA

Las sentencias enunciadas precedentemente anticipan el resultado en *Carson*, esbozando ideas previas de muchos argumentos amplificados en este caso. En el razonamiento del voto mayoritario, redactado por el juez Roberts y acompañado por los jueces Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett, se explica que la cláusula de libre ejercicio de la Constitución norteamericana protege la libertad religiosa no solo frente a prohibiciones expresas relacionadas con el ejercicio de una (cualquier) fe, sino también frente a coerciones indirectas o penalidades en ese ejercicio.

En ese sentido, la Corte señala que en “su jurisprudencia se sostiene, reiteradamente, que los estados infringen la Primera Enmienda cuando excluyen a creyentes (individual o colectivamente) de beneficios públicos”<sup>20</sup>.

Sobre el caso en análisis, argumenta la mayoría que los principios expuestos en *Trinity Lutheran* y en *Espinoza* resultan suficientes para resolverlo. El estado de Maine ofrecía a sus ciudadanos un beneficio: asistencia monetaria para el pago de cuotas escolares a cualquier familia que habitase en un distrito escolar que no ofreciera una escuela secundaria pública.

Las escuelas elegidas por las familias actoras fueron descalificadas de este beneficio general solo en virtud de su carácter religioso y, por ello, se entendió que el programa estatal condicionaba la disponibilidad de los beneficios, castigando el libre ejercicio de la religión. De esta forma, se explica que un programa estatal neutro en el que los fondos públicos son recibidos por organizaciones religiosas en virtud de la decisión de un beneficiario privado no ofende la *Establishment Clause*<sup>21</sup>.

20. “We have repeatedly held that a State violates the Free Exercise Clause when it excludes religious observers from otherwise available public benefits”. Cf. *Carson*, voto de la Corte, p. 7.

21. “A neutral benefit program in which public funds flow to religious organizations through the independent choices of private benefit recipients does not offend the Establishment Clause”. *Ibidem*, p. 10.



Por el contexto legal referido, la norma cuestionada debió sujetarse al escrutinio constitucional estricto. Con esa prueba de constitucionalidad, las acciones gubernamentales deben impulsar intereses del más alto orden que estén estrictamente adaptados a su cumplimiento (“*must advance interests of the highest order and must be narrowly tailored in the pursuit of those interests*”), supuestos que no se verificaban en el presente caso.

Respecto al “interés imperioso” requerido, se explica que “la decisión del estado de Maine de excluir a escuelas religiosas de su programa de becas promueve una separación entre estado e iglesias más estricta que la requerida por la Constitución federal, especialmente luego del dictado *Zelman*<sup>22</sup>. Ese interés estatal en separar iglesia y estado más tenazmente de lo que prescribe la Constitución no puede considerarse “del más alto orden” (o “*compelling*”) frente al ejercicio de la libertad religiosa.

En línea con ello, señalan que el juez Breyer, en su disidencia, remarca la importancia de la neutralidad estatal en lo concerniente a asuntos religiosos. La mayoría, sin embargo, considera que no hay nada de neutral en el programa creado por Maine: se otorgan becas a ciertos estudiantes de escuelas privadas, solo en la medida que esas escuelas no sean religiosas. Esto, aclaran, es lisa y llanamente discriminación por motivos religiosos.

Lo que la Corte llama el “*anti-establishment interest*”, es decir, la voluntad deliberada del estado involucrado de separar de forma más férrea las esferas estatales y religiosas, “no justifica la aprobación de normas que excluyan a algunos miembros de la comunidad solo por su carácter religioso, de un beneficio que, de otra manera, les estaría disponible”<sup>23</sup>.

La *Establishment Clause* es habitualmente entendida como principio ordenador de la separación entre la Iglesia y el estado. Sin em-

22. “*Maine’s decision to continue excluding religious schools from its tuition assistance program after Zelman thus promotes stricter separation of church and state than the Federal Constitution requires*”. *Ibidem*, p. 10.

23. “*A State’s antiestablishment interest does not justify enactments that exclude some members of the community from an otherwise generally available public benefit because of their religious exercise*”. *Ibidem*, pp. 10-11.

bargo, debe señalarse que esa separación, comprendida de manera apropiada, es un arreglo estructural en el que las instituciones religiosas son distintas e independientes de otras instituciones del gobierno.

En relación a las ideas que informan ese concepto de separación, se ha escrito que se trata de “un principio de pluralismo, de múltiples y yuxtapuestas autoridades, de distintas lealtades y necesidades. Es una regla que limita al estado y, por tanto, protege un espacio social dentro del cual las personas son formadas y educadas, y sin el cual la libertad religiosa se vuelve vulnerable. Entendida de esta manera, la ‘separación’ no refiere a una ideología ‘anti-religión’, sino a un componente importante de la libertad religiosa bajo y a través de un gobierno constitucionalmente limitado”<sup>24</sup>.

Seguidamente, cabe destacar por qué la Corte encuentra equivocado el razonamiento expuesto en instancia de apelación. En primer lugar, allí se intentó definir al programa en examen como el equivalente de una educación pública del estado de Maine, es decir, una educación que no puede incluir instrucción religiosa.

Sin embargo, la ley que establece la organización del programa no se expresa en esos términos ni, para el caso, dice nada parecido: sí prescribe que una unidad administrativa escolar que no posea una escuela secundaria propia “pagará la cuota [...] en la escuela pública o en la escuela privada aprobada elegida por los padres en la que sea aceptado el alumno”<sup>25</sup>. El beneficio, por tanto, es el abono

24. “It is a principle of pluralism, of multiple and overlapping authorities, of competing loyalties and demands. It is a rule that limits the state and thereby clears out and protects a social space, within which persons are formed and educated, and without which religious liberty is vulnerable. So understood, “separation” is not an anti-religious ideology, but an important component of any worthy account of religious freedom under and through constitutionally limited government”. Cf. Garnett, Richard W., “Religious Liberty, Church Autonomy, and the Structure of Freedom”, *Christianity and Human Rights: An Introduction*, John Witte, Jr. and Frank S. Alexander eds., Cambridge University Press, 2010, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 10-10, pp. 226-238. Fecha de consulta: 11/9/22. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1585191>.

25. “Shall pay the tuition [...] at the public school or the approved private school of the parent’s choice at which the student is accepted”. Cf. Me. Rev. Stat. Ann., Tit 20-A, Section 5204(4).

de la cuota en una escuela pública o privada elegida por el padre. No se hace ninguna alusión a que la escuela privada debe ofrecer una educación que sea, de alguna manera, considerada equivalente a la “pública”.

Incidentalmente, la currícula que imparten las escuelas privadas que participan del programa tampoco debe parecerse a la de una escuela pública. En efecto, las escuelas privadas acreditadas por la *New England Association of Schools and Colleges* (NEASC) –la única institución que puede, en paralelo al Departamento de Educación, certificar a las escuelas participantes– no se encuentran sujetas a los parámetros esenciales de instrucción que se les impone a las públicas; las primeras solo deben cumplir con estándares generales y con ciertos indicadores en relación a la implementación de una currícula propia.

Por su parte, aquellas escuelas privadas acreditadas por el Departamento también se encuentran exentas de muchos de los requisitos curriculares del estado, en la medida que menos del 60 % de sus estudiantes reciba asistencia económica local. Ello, entre otras diferencias: por ejemplo, las escuelas participantes pueden contratar maestros que no se encuentren certificados por el estado, y pueden ser escuelas de hombres o de mujeres solamente.

En suma, no se les exige a estas escuelas participantes que provean una educación equivalente, ni de modo exacto ni de modo aproximado, a la disponible en las escuelas públicas de Maine. Lo que sí se les exige a ambos tipos de escuelas –la equivalencia que se persigue– es que todas ellas sean seculares. Expresado de otro modo, el programa de becas del estado de Maine tiene un alcance limitado a aquellos padres que eligen educar a sus hijos en colegios no religiosos.

La mayoría interpela también lo planteado por las disidencias, expresando que estas se equivocan al entender que, por el resultado de esta sentencia, el estado de Maine se ve obligado a subvencionar la educación religiosa. Desvirtúan esa idea con la siguiente lógica: Maine eligió permitir que algunos padres dirijan becas hacia escuelas privadas. Esa decisión no le fue impuesta al estado. Citando lo ya señalado en *Espinoza*, explican que “un estado no necesariamente debe subsidiar la educación privada. Pero una vez que toma la determina-

ción de hacerlo, no puede descalificar a escuelas privadas solo por el hecho de que ellas sean religiosas”<sup>26</sup>.

En segundo lugar, recuerdan que la Corte de Apelaciones buscó arbitrar una distinción entre el “estatus” religioso de una institución, y el “uso” religioso de los fondos públicos, intentando diferenciar el presente caso de *Trinity Lutheran y Espinoza*. En esa inteligencia, la Corte del Primer Circuito avanzó en la idea de que las restricciones de financiamiento se vinculaban allí únicamente al “estatus religioso”, mientras que en *Carson* la disposición imponía una restricción basada en el “uso” religioso de los fondos.

En *Trinity Lutheran*, la Corte estableció que había mediado una “discriminación expresa basada en la identidad religiosa”, lo cual bastaba para decidir el caso, sin necesidad de opinar respecto de cuál era el uso al que se destinaría el financiamiento, lógica que aplicó en *Espinoza*, donde también se analizó lo planteado en términos de “estatus religioso”, y no de uso de los fondos.

El problema en *Carson* radica en que tanto el estado de Maine, representado por la Sra. Makin, e incluso el juez Breyer en su disidencia, se basan en esa distinción, señalando que, a diferencia de *Trinity Lutheran y Espinoza*, *Carson* gira en torno a la actividad religiosa (o uso religioso de los fondos), y no a las credenciales o afiliación religiosa (estatus) para realizar la exclusión.

El voto de la mayoría, sin embargo, sostiene que esa premisa lee de manera equivocada sus precedentes. En los dos casos anteriores, la Corte explicó que la cláusula de libre ejercicio prohíbe la discriminación en virtud del estatus religioso; pero ello no implica, ni sugiere, que la discriminación en base al uso religioso de los fondos sea menos ofensiva a la cláusula constitucional citada<sup>27</sup>. En esa línea, la Corte advirtió que “nada en sus opiniones previas sugería que la dis-

26. “A State need not subsidize private education. But once a State decides to do so, it cannot disqualify some private schools solely because they are religious”. *Carson*, opinión de la Corte, p. 8.

27. “That premise, however, misreads our precedents. In *Trinity Lutheran and Espinoza*, we held that the Free Exercise Clause forbids discrimination on the basis of religious status. But those decisions never suggested that use-based discrimination is any less offensive to the Free Exercise Clause”. *Ibíd.*, p. 16.

criminación en contra del uso religioso de fondos estatales requería algún tipo de examen menos severo que el escrutinio estricto<sup>28</sup>.

Asimismo, se observa que no corresponde dar efecto a la distinción pretendida entre uso y estatus, en parte, porque inmiscuirse en la forma en que una escuela religiosa brinda su educación ocasionaría serios problemas relativos a la intromisión estatal en cuestiones religiosas y, eventualmente, en un favoritismo respecto de una u otra denominación. En síntesis, se expresa que la prohibición relativa a la discriminación por el estatus no implica que la cláusula de libre ejercicio sí permita una discriminación basada en el uso, ni que lo sujete a un examen constitucional más laxo.

El estado de Maine y las disidencias también invocan el caso *Locke v. Davey*<sup>29</sup> para sustentar la idea de que el estado puede impedir que los padres elijan una escuela religiosa. En *Locke*, el estado de Washington había implementado becas para ayudar a estudiantes distinguidos en sus estudios luego de finalizada la secundaria, excluyendo a estudiantes que la fueran a utilizar con el fin “esencialmente religioso” de instruirse como ministros religiosos. El supremo tribunal encontró que esa restricción no infringía la cláusula de libre ejercicio, puesto que el estado había elegido no financiar una categoría de instrucción determinada: una carrera vocacional en una religión.

El razonamiento en *Locke* identificó un interés histórico y sustancial en evitar que el dinero de los contribuyentes se utilizase para formar ministros o líderes religiosos. Su lectura, acota la mayoría, debe ser circunscripta a esos límites, y no debe extenderse de modo de excluir a personas privadas que profesan una religión de poder resultar elegibles para beneficios públicos simplemente por el hecho de que le darán un uso incidentalmente religioso a esos fondos<sup>30</sup>.

28. “We noted that nothing in our analysis was “meant to suggest that we agree[d] with [Montana] that some lesser degree of scrutiny applies to discrimination against religious uses of government aid”. *Ibidem*.

29. 540 U.S. 712 (2004).

30. En ese sentido, la Corte expresó que no existe un interés histórico y sustancial que impida la ayuda a escuelas privadas religiosas que sea comparable a la tradición de no subsidiar desde el estado una carrera clerical: “[...] it is clear that there is no ‘historic and substantial’ tradition against aiding [private religious] schools comparable to the

De esta forma, la Corte concluyó que el programa planteado, con su requisito de “no sectarismo”, operaba de manera tal que identificaba y excluía a escuelas privadas en base a su ejercicio de la religión, violando la cláusula de libre ejercicio de la Primera Enmienda.

Sin perjuicio de la gravitación pretendida por los demandados y las disidencias de la dicotomía entre “uso” y “estatus”, resulta particularmente interesante lo señalado hacia el final de la opinión de la Corte respecto a cómo esta distinción podría derivar en una eventual intrusión a la autonomía de las organizaciones religiosas, en todo concepto prohibido por la Primera Enmienda.

En ese contexto, cabe señalar que el programa sí admitió a otra escuela privada con una misión religiosa menos concreta. Esa institución, si bien contaba con un capellán, fue aprobada para participar del programa a raíz de las descripciones dadas por sus directivos, quienes explicaron que la educación allí impartida profesaba “valores espirituales universales” y que los estudiantes debían participar semanalmente “en actividades que los ayudasen a aprender y practicar los valores morales y espirituales que se inculcaban en la escuela”<sup>31</sup>.

Maine entendió que esa misión religiosa, teñida de cierta vaguedad, sí era aceptable en los términos del “no sectarismo”. De esta manera, *Carson* ilumina una problemática asociada, quizás menos evidente: pondera el riesgo real de que las escuelas religiosas maten su identidad religiosa para volverlas aceptables para los estados, representando ello un peligro para la libertad religiosa. La libertad de los padres de elegir una escuela carecerá de sentido si las propias instituciones no tienen la autonomía necesaria para impartir una educación coherente y distintiva, conforme a su ideario particular<sup>32</sup>.

---

*tradition against state-supported clergy invoked by Locke [...] Locke cannot be read beyond its narrow focus on vocational religious degrees to generally authorize the State to exclude religious persons from the enjoyment of public benefits on the basis of their anticipated religious use of the benefits”. Cf. Carson, voto de la Corte, p. 18.*

31. Glenn, Charles, “The future of faith-based schools”, *First Things*, 15/11/21. Fecha de consulta: 13/9/22. Disponible en: <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/11/the-future-of-faith-based-schools>.

32. Ídem.

El estado de Maine, al privilegiar algunas creencias religiosas por sobre otras basándose en una evaluación discrecional sobre cómo transmiten la fe estas escuelas, se zambulló en los precedentes de la Corte sobre autonomía religiosa<sup>33</sup>. La discrecionalidad o falta de estándares en la evaluación estatal pudo haber ejercido presión, particularmente financiera, para que los colegios adecuasen su ideario para volverlo admisible frente al estado.

Esta autonomía –incluida en la libertad religiosa, como contenido de ese derecho humano que debe ser protegido– “comprende el derecho de las instituciones religiosas de autogobernarse y de ejercer suficiente autoridad sin interferencia estatal. Este derecho [...] refleja y se enraíza en la dignidad de la persona humana, que es, de manera más general, la base para la moral de los derechos humanos [...] la autonomía de la Iglesia es –como el federalismo, la separación de poderes, y los ‘frenos y contrapesos’– un principio estructural, cuya aplicación permite que las comunidades religiosas, auto-determinadas, jueguen un rol estructural”<sup>34</sup>.

Cabe recordar, brevemente, que la libertad de religión es un derecho que tiene una faz colectiva<sup>35</sup>, de la que se desprende este derecho a la autonomía de las organizaciones religiosas. Este derecho

33. Ya en 1871, en *Watson v. Jones*, la Corte Suprema sostuvo que los tribunales civiles debían deferir a organizaciones religiosas las cuestiones relativas a “la disciplina, o la fe, la regla eclesiástica, costumbre, o derecho”. Luego, en *Larson v. Valente*, expresó que la regla más básica que surge de la *Establishment Clause* implica que una denominación religiosa no puede ser oficialmente preferida por sobre otra”. Cf. Reaves, N., “Religious autonomy in *Carson v. Makin*”, *Harvard Journal of Law and Public Policy Per Curiam*, 29/7/22. Fecha de consulta: 28/8/22. Disponible en: <https://www.harvard-jlpp.com/religious-autonomy-in-carson-v-makin-nick-reaves/>.

34. “*The right of religious institutions to govern themselves and to exercise appropriate authority without interference from governments. This right [...] reflects and is rooted in the dignity of the human person, which is the foundation for the morality of human rights more generally. [...] church autonomy is –like federalism, like the separation of powers, like ‘checks and balances’– a structural principle, whose operation enables self-determining religious communities to play a structural role*”. Cf. Garnett, Richard W., nota 24, *supra*.

35. Sobre el particular, se ha señalado que “algo se pierde cuando la libertad religiosa se reduce a la libertad de conciencia individual, a la libertad de creencias, o incluso a la libertad de llevar a cabo prácticas religiosas o realizar acciones con motivos religiosos” (“*Something goes missing when the freedom of religion is reduced to*

comunitario es, a su vez, objeto de los derechos humanos y, también, un medio –un mecanismo estructural– para proteger tanto la libertad religiosa como los derechos humanos entendidos de manera general. La autonomía y la autodeterminación de las comunidades religiosas son, a su vez, reconocidas en el derecho comparado, en leyes domésticas de numerosos países y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>36</sup>.

Sentado ese marco general, en la sentencia el tribunal advirtió, en línea con la defensa de ese derecho, que la distinción por parte del Poder Judicial entre qué se considera “sectario” y qué no lo es, lo hace inmiscuirse en cuestiones que no le competen y lo enmarañan en una distinción inconsistente con la historia y la tradición estadounidense, forzándolo a actuar como supervisor y censor del discurso religioso<sup>37</sup>.

También cabe comentar al respecto que no existe una educación puramente neutral. Ciertamente, la idea de educación incluye no solo la transmisión de determinados hechos objetivos, sino también de formas de pensar y perspectivas frente a hechos históricos y actuales: que ella no sea religiosa lejos está de implicar que sea neutral.

Adicionalmente, cuando un estado mejora la libertad de elección educativa de los padres mediante ayuda financiera en el marco de programas verdaderamente neutrales respecto de la religión, respeta –y no socava– los valores liberales y democráticos, entendidos correctamente<sup>38</sup>.

---

*the individual’s liberty of conscience, to her freedom of belief, or even to her right to engage in worship or religiously motivated action [...]”).* Ibidem.

36. “That religious freedom has a communal, corporate aspect, and includes a right to autonomy and self-determination for religious communities, is acknowledged in many other nations domestic laws and in international human rights litigation, decisions, and instruments”. Cf. Garnett, Richard W., nota 16 *supra*.

37. *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 566 (2014).

38. Cf. Garnett, Richard W., “The Theology of the Blaine Amendments”, 9/12/03. Fecha de consulta: 11/9/22. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=455220](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=455220).



#### IV. LOS ARGUMENTOS DE LAS DISIDENCIAS

Los jueces Breyer y Sotomayor presentaron disidencias en el presente caso. En el caso del primero, su escrito fue adherido por la jueza Kagan y también por la jueza Sotomayor.

El voto del juez Breyer comienza expresando que la decisión de la mayoría le presta atención de modo casi exclusivo a la cláusula de libre ejercicio, desatendiendo el peso que la *Establishment Clause* también tiene en la Primera Enmienda<sup>39</sup>. Asimismo, recuerda que, tal como se señaló en *Trinity Lutheran*, los estados cuentan con un espacio constitucional que les otorga cierto margen de acción legislativa para empujar intereses “*anti-establishment*”, sin por ello infringir las protecciones a la libertad de ejercicio de la religión consagrada en el texto constitucional federal.

Aduce que la primera enmienda está formulada, lingüísticamente, en términos absolutos, lo cual torna a las tensiones inevitables. En ese sentido, apunta que la cláusula de libre ejercicio protege a las personas religiosas de un tratamiento inequitativo y que, puntualmente en el contexto educativo, la Corte ha dicho que ello se traduce en que los estados no pueden privar a las escuelas religiosas de beneficios públicos solo por su carácter religioso.

Por otra parte, la cláusula *Establishment Clause* manda la separación entre estado y religión<sup>40</sup>. Ello implica que un estado no puede utilizar su sistema público escolar para ayudar a una, a varias o a todas las religiones o fe en la difusión de sus doctrinas e ideas. Como contracara de ello, tampoco podría adoptar programas o prácticas que se opongan a cualquier religión. En su conjunto, razona que tal prohibición es absoluta.

Sin perjuicio de la citada tensión, manifiesta que “las cláusulas sobre religión expresan valores complementarios [...] responden a una matriz histórica que buscaba evitar los conflictos religiosos que

39. “The Court today pays almost no attention to the words in the first Clause while giving almost exclusive attention to the words in the second”. Cf. Carson, voto del juez Breyer, p. 1.

40. “[...] commands the separation of church and state”. *Ibidem*, p. 2.

habían aquejado a naciones europeas, y aspiraban a crear una neutralidad benevolente, que permitiese el ejercicio de la religión sin adoptarla ni interferirla desde el estado”<sup>41</sup>.

En alusión a la doctrina del “espacio legislativo” con el que cuentan los estados, en la práctica “no queda claro si, en virtud de la cláusula de libre ejercicio, podría requerirse que se financie la actividad de una institución religiosa o si, por el contrario, a través de la *Establishment Clause* podría prohibírsele”<sup>42</sup>. Existen acciones estatales permitidas por esa última cláusula que no son, a la vez, vedadas por la cláusula de libre ejercicio. El juez Breyer concluye que, en este caso, lo expuesto se ha dejado de lado.

Adicionalmente, señala que la interpretación constitucional de estos preceptos debe realizarse con cierta perspectiva respecto de la conflictividad social que puede acarrear. En esta parte de su voto –la única porción de la opinión, cabe mencionar, a la que no adhiere la jueza Sotomayor–, el juez hace alusión al incremento en la conflictividad social que puede devenir de la “promoción” (en sus palabras) de la religión en el sistema público escolar<sup>43</sup>.

Si bien entiende que un enfoque rígido, que trace una línea severa respecto de las cláusulas, terminaría perjudicando lo que ellas postulan, considera que “el riesgo de crear divisiones o tensiones sociales se comprende mejor cuando se considera el beneficio particular involucrado, puesto que no todos los programas que imponen restricciones religiosas y son financiados estatalmente acarrear el mismo nivel de riesgo”<sup>44</sup>.

41. “*The Religion Clauses [...] express complementary values. [...] They were written to help create an American Nation free of the religious conflict that had long plagued European nations with governmentally established religion. They aspired to create a ‘benevolent neutrality’ –one which would permit religious exercise to exist without sponsorship and without interference’*. *Ibidem*, p. 3.

42. “[...] *it may be difficult to determine in any particular case whether the Free Exercise Clause requires a State to fund the activities of a religious institution, or whether the Establishment Clause prohibits the State from doing so’*. *Ibidem*, p.4.

43. “[...] *the increased risk of religiously based social conflict when government promotes religion in its public school system’*. *Ibidem*, p. 5.

44. “*Not all state-funded programs that have religious restrictions carry the same risk of creating social division and conflict. In my view, that risk can best be understood by con-*

En relación a los principios que se citan provenientes de los precedentes invocados, Breyer considera que, al contrario de lo que opina la mayoría, ellos no resuelven fácilmente este caso. Con cita a *Zelman*, la Corte determinó que los fondos públicos pueden dirigirse a escuelas religiosas, de manera consistente con la *Establishment Clause*, si la ayuda gubernamental llega a esos lugares en virtud de una decisión deliberada de los ciudadanos que reciben la ayuda. Al respecto, señala que existe una diferencia entre la posibilidad (“*states may*”) y la obligación (“*a state must –not may–*”) de utilizar fondos públicos para pagar una educación religiosa.

Lo segundo –la obligación de financiar este tipo de instrucciones, a su criterio, lo impuesto por la Corte en este caso. Se pregunta, entonces, qué otros beneficios sociales seculares provistos por el estado deben ser extendidos a los padres que deseen obtener su equivalente religioso. En esa inteligencia, diferencia lo sucedido en *Trinity Lutheran*, donde se cuestionaba el destino de los fondos para repavimentar patios escolares para escuelas religiosas, de *Carson*, donde entiende que el estado terminaría financiando el salario de un maestro escolar religioso<sup>45</sup>.

Asimismo, advierte que en *Trinity Lutheran* el problema residía en el carácter religioso de la escuela, y no el uso que se daría a los fondos en sí; mientras que en *Carson*, el estado de Maine excluyó a escuelas religiosas porque sus fondos se utilizarían para enseñar y promover ideales religiosos. Lo mismo entiende respecto del caso *Espinoza*, puesto que allí el estado de Montana denegó el direccionamiento de fondos expresamente por el estatus religioso de los interesados, y no por el potencial uso de esos fondos.

---

*sidering the particular benefit at issue, along with the reasons for the particular religious restriction at issue”. Ibidem, p. 6.*

45. “*The state-funded program at issue in Trinity Lutheran provided payment for resurfacing school playgrounds to make them safer for children. Any Establishment Clause concerns arising from providing money to religious schools for the creation of safer play yards are readily distinguishable from those raised by providing money to religious schools through the program at issue here [...] paying the salary of a religious teacher as part of a public school tuition program is a different matter”. Ibidem, pp. 7-8.*

Estas distinciones expuestas son relevantes a criterio del juez Breyer. Haciendo hincapié en la *Establishment Clause*, señala que ella busca prevenir que el gobierno patrocine él mismo una actividad religiosa, favoreciendo una religión sobre otra, o favoreciendo en general la presencia de la religión. Por ello, encuadra este caso dentro de la actividad (uso) religiosa, y no dentro de las meras etiquetas o el carácter religioso.

En términos normativos, el juez se vuelca a analizar la legislación del estado; concretamente, se refiere al requisito de “no sectarismo” previsto en la normativa local. Sobre ello, indica que para que una escuela sea aprobada dentro del programa, debe cumplir con dos aspectos en relación a ese requisito: i) no estar asociada con una fe o sistema de creencias en particular; y ii) no promover esa fe o sistema de creencias con la que está asociada, ni presentar el material académico a través de la óptica de esa fe o creencias. En suma, entiende que, para determinar si una escuela es “sectaria”, se debe focalizar en qué es lo que enseña a través de sus programas y actividades relacionadas, y en cómo se presenta ese material. La simple asociación con una fe no sería, entonces, determinante para calificarla con el mote de “sectaria”.

Las escuelas involucradas en el presente caso enseñan su material de modo entrelazado con la religión a las que se encuentran afiliadas. Como resultado de ello, las diferencias con una educación que el juez llama “pública y puramente cívica”<sup>46</sup> le parecen relevantes. A propósito de ello, cita el caso *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*<sup>47</sup>, donde se concluyó que “la conexión que las instituciones religiosas trazan entre su propósito central y la educación de sus alumnos es tan cercana que los maestros y profesores que prestan servicios en esas escuelas actúan como ‘ministros’ a los efectos de la Primera Enmienda”<sup>48</sup>.

46. *Ibidem*.

47. 565 U.S. 171 (2012). En este caso se evaluó si la “excepción ministerial”, una doctrina establecida por la Corte para impedir la interferencia estatal en el gobierno de la iglesia conforme con la Primera Enmienda, resultaba aplicable a una profesora de una escuela religiosa que daba clases de contenido secular y de religión.

48. “We have recognized that ‘the connection that religious institutions draw between their central purpose and educating the young in the faith’ is so ‘close’ that teachers employed

Contrapone ello a la educación provista por instituciones públicas, cuyo objetivo primario es transmitir los valores cívicos sobre los que reposa la sociedad norteamericana. Para alcanzar ese objetivo de manera efectiva, entiende que las escuelas públicas deben ser neutrales respecto de la religión. Sin perjuicio del marco legal de estas cuestiones, esto resulta conceptualmente llamativo, puesto que sugiere un antagonismo cuestionable entre educación religiosa y educación cívica sobre el cual no se explaya la opinión.

Otro asunto distinto, que también señala, es que los legisladores del estado no quisieron que sus contribuyentes financien escuelas que utilicen el dinero en enseñar prácticas religiosas, y que el programa disputado en *Carson* se encuentra, en realidad, enfocado en proveer educación pública gratuita, en tanto que los legisladores locales estimaban que financiar cualquier educación religiosa resultaba antitético a la instrucción neutral requerida por la *Establishment Clause* en colegios públicos.

Por otra parte, en relación al voto de la mayoría, señala que allí se entiende que la mediación de la decisión por parte de los padres sobre el destino de los fondos de las becas obsta su inconstitucionalidad bajo la *Establishment Clause*. Breyer recalca que ello permite que los fondos tengan ese destino, pero que no obliga a Maine a gastar su dinero de esa manera. Ello, en virtud de la doctrina legal –de larga data en la Corte Suprema– conforme la cual los estados cuentan con flexibilidad para navegar las tensiones que decantan de la Primera Enmienda y en virtud de la cual el curso de la neutralidad constitucional no sigue una línea recta absoluta, sopesando los intereses propios de cada estado.

El texto de la Constitución federal no obliga al estado de Maine a financiar la educación religiosa. Sí, como fuera explicado, prohíbe –gracias a las decisiones en *Trinity Lutheran* y *Espinoza*– que los estados les nieguen ayuda a las escuelas religiosas por el simple hecho de ser religiosas. Pero replica que la Corte nunca había sostenido que la Primera Enmienda prohibiera a los estados retener fondos en miras

---

*at such schools act as 'ministers' for the purpose of the First Amendment''*. Cf. *Carson*, voto del juez Breyer, p. 12.

al destino (uso) religioso que podrían tener. Nuevamente, insiste en que Maine solo les niega los fondos a las escuelas involucradas en virtud del fin al que se destinarían: una educación que, en la óptica del estado, no podría reemplazar la educación pública enfocada en los valores cívicos.

La decisión estatal de negar fondos a estas escuelas no solo no ofende, a su juicio, la cláusula de libre ejercicio, sino que, además, se encuadra en el espacio constitucional con el que se cuenta para articular ambas cláusulas de la Primera Enmienda. La promesa del estado de Maine se reduce a proveer una educación neutral, pública y gratuita, que refleja los intereses “*anti-establishment*” del estado y que este puede articular en su legislación gracias al espacio que la Constitución federal le otorga en este respecto.

Asimismo, en su opinión, el requisito de “no sectarismo” previsto en la legislación estatal también resulta constitucional puesto que respalda el objetivo de las cláusulas de religión federales de prevenir los conflictos religiosos. En esa línea, señala que los contribuyentes podrían objetar lo decidido en esta sentencia en atención al destino de sus impuestos, en particular, aquellos que no coinciden con la religión puntual de las escuelas involucradas.

El juez se inmiscuye igualmente con las prácticas religiosas que llevan adelante estas escuelas. Por ejemplo, subraya que ellas pueden denegar la admisión de estudiantes en base a su género, identidad de género, orientación sexual o religión. Como no todos los ciudadanos del estado concuerdan con estas prácticas, pondera que los legisladores no quisieron que los contribuyentes terminaran financiándolas, con el temor de una posible “incomodidad” en la sociedad.

En línea con ello, plantea que el requisito estatal también cumple la función de evitar conflictos entre el estado de Maine y las escuelas religiosas: el subsidio o financiamiento que recibirían estas escuelas habilitaría al estado a revisar sus currículas, en virtud de su interés en supervisar que la educación impartida cumpla con determinados estándares.

El estado podría estar en desacuerdo con la manera particular en que una escuela enseña ciertas materias –bajo los postulados de su fe–, lo cual, como consecuencia, derivaría en que el estado evalúe si sus currículas son adecuadas o apropiadas. Añade que, como fuera

explicado por un legislador de Maine, existe un interés dual en que los funcionarios del gobierno no realicen esa evaluación, y que las escuelas tampoco se sometan a ella<sup>49</sup>.

Estos son los razonamientos propuestos en esta opinión para criticar lo decidido por la mayoría. Los problemas que, a discernimiento de Breyer, derivarán de *Carson* refuerzan su creencia de que las cláusulas sobre religión en la Constitución federal no le requieren al estado de Maine, ni a ningún otro, que financie educación religiosa simplemente porque, en algunas áreas rurales, el estado decidió ayudar a los padres a obtener una educación secular.

Breyer finaliza su escrito aduciendo que no existe diferencia entre el financiamiento para abonar el salario de un ministro religioso y el salario de alguien que enseñará prácticas religiosas a los niños, pues no existe, a su juicio, un área más central de la *Establishment Clause* que el interés en mantener al estado fuera de la enseñanza de la religión.

Acto seguido, la jueza Sotomayor escribe su propio voto, en el cual suscribe a casi todo lo expuesto por Breyer, y añade, a su vez, tres cuestiones que le parecen necesarias apuntar.

En primer lugar, critica la propia jurisprudencia de la Corte<sup>50</sup>. Indica que, previo a *Trinity Lutheran*, quedaba claro que tanto la Constitución federal como las estatales podían adoptar visiones distintas respecto de la religión. Gracias a esa tensión, la Corte reconoció el espacio estatal ya aludido por Breyer –al que denominan como “*room for play in the joints*”–, que otorga cierto margen para acciones permitidas por la *Establishment Clause*, pero no privadas por la cláusula de

49. Una de las escuelas, Bangor Christian, expresó que solo aceptaría la beca estatal en la medida que ella no la obligara a realizar cambios en su funcionamiento. De similar manera, la academia Temple señaló que solo tomaría el dinero estatal si se hacía constar, por escrito, que la escuela no debería modificar sus estándares de admisión, de contratación de sus profesores, ni su currícula. Cf. *Carson*, voto del juez Breyer, p. 17.

50. Señala que la Corte “sigue desmantelando el muro de separación entre iglesia y estado que los padres fundadores buscaron crear” (“*This Court continues to dismantle the wall of separation between church and state that the Framers fought to build*”). Cf. *Carson*, voto de la jueza Sotomayor, p. 1.

libre ejercicio. Con esa doctrina, los estados podían negarse a fundar instituciones religiosas –algo que, por muchos años, se entendió directamente prohibido–.

Con el transcurso del tiempo, según entiende, la Corte erosionó esos principios: expone a *Zelman* como ejemplo de esa erosión. Sin perjuicio de ello, el mentado espacio les permitía a los estados reconocer el estatus único de las organizaciones religiosas y excluirlas de ciertas leyes de aplicabilidad general. *Trinity Lutheran* mediante, la Corte se apartó de ese entendimiento.

En ese caso, se equiparó una decisión estatal de no financiar a una organización religiosa con discriminación inconstitucional. En términos concretos, a los estados se les prohibía retener fondos por la mera condición religiosa de una entidad, pero se les permitía esa posibilidad en los casos en que el dinero se utilizase para “usos” religiosos.

Luego, a través de *Espinoza*, la Corte “extendió su error al sostener que un estado no podía limitar un programa estatal a escuelas seculares”<sup>51</sup>, “aunque se limitó a sostenerlo respecto de estatus religioso”<sup>52</sup>.

Citando la explicación dada por Breyer, Sotomayor coincide en entender que la distinción entre estatus y uso resulta importante, y que es ella la que diferencia este caso de *Trinity Lutheran* y *Espinoza*. En *Carson*, el voto de la mayoría percibe que esa distinción resulta inmaterial tanto en la teoría como en la práctica, ignorando, para Sotomayor, décadas de precedentes que les permitían a los gobiernos estatales la flexibilidad para navegar las tensiones suscitadas de la Primera Enmienda. Como resultado de ello, se ha transformado una norma que permitía a los estados declinar el otorgamiento de subsidios a organizaciones religiosas, convirtiéndola en otra donde se les requiere, en muchas circunstancias, subsidiar doctrinas religiosas con dinero de los contribuyentes.

En segundo lugar, la no aplicación de ese espacio estatal –del principio “*play in the joints*”– le permite preguntarse qué queda de esa doc-

51. “[...] the Court reprised and extended *Trinity Lutheran’s* error to hold that a State could not limit a private-school voucher program to secular schools. *Espinoza v. Montana Dept. of Revenue*, 591 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2020)”. Cf. *Carson*, voto de la juez Sotomayor, p. 3.

52. “The Court, however, again refrained from extending *Trinity Lutheran* from funding restrictions based on religious status to those based on religious uses”. *Ibidem*.



trina, frente a lo que la jueza entiende como una sobre-expansión de la cláusula de libre ejercicio que terminará borrando ese margen de actuación local. Asimismo, señala que “bajo el argumento de protección frente a un tipo de discriminación (por motivos religiosos), la Corte le requiere al estado de Maine que subsidie escuelas que llevan adelante prácticas que son percibidas como discriminatorias por parte de la sociedad”<sup>53</sup>.

Sobre el principio sobre el espacio estatal invocado en las disidencias, cabe recordar que los estados no pueden utilizar sus propias constituciones para justificar la discriminación religiosa contra los padres y las escuelas involucradas. Si bien se espera, en el marco del federalismo, cierta diversidad, “resulta problemático que un tribunal estatal imponga limitaciones al libre ejercicio de la religión que transgredan los principios constitucionales sentados por la Corte Suprema. Nuestro sistema federal permite que los estados definan los derechos estatales de manera más amplia que sus análogos federales, pero no que restrinjan las libertades que protege la Constitución”<sup>54</sup>.

Finalmente, Sotomayor señala que la *Establishment Clause*, tal y como la Corte la ha reconocido, requiere que la educación pública sea secular y neutral respecto de la religión. La jueza no entiende lo articulado por el voto de la mayoría, que sobrepasa la doctrina de la decisión privada establecida en *Zelman* y que, a su juicio, viola flagrantemente la neutralidad estatal impuesta por la Constitución federal. Cree que es irracional sostener que la cláusula de libre ejercicio le impida al estado de Maine otorgar becas solo a los efectos de una educación religiosamente neutral, el tipo de educación que se encuentra en

53. “[...] while purporting to protect against discrimination of one kind, the Court requires Maine to fund what many of its citizens believe to be discrimination of other kinds”. *Ibidem*, p. 4.

54. “[...] diversity is expected under our system of judicial federalism. It is problematic, however, when state courts impose limitations on the free exercise of religion that transgress constitutional guidelines set down by the Court. Our system of federalism permits states to define state rights more broadly than analogous federal rights but not to abridge those liberties that are protected by the Constitution”. Cf. Viteritti, Joseph, “Choosing equality: Religious freedom and educational opportunity under constitutional federalism”, 15 *Yale L. & Policy Rev.*, 1996, 113, 160.

el núcleo de la *Establishment Clause*. No hay nada en la Constitución federal que, a su criterio, requiera lo así decidido.

De lo expuesto en este acápite puede deducirse que estos votos intentaron, principalmente, apalancar sus opiniones en una distinción –entre uso y estatus– para sortear lo previsto en la cláusula de libre ejercicio de la religión, argumentando que en *Carson* resultaba determinante el destino religioso de los fondos, el que consideran inválido para ese texto constitucional.

No obstante ello, la crítica realizada por Sotomayor a la jurisprudencia previa de la Corte revela que esta decisión no se advierte inconsistente con la lógica jurídica expuesta por el tribunal en oportunidades anteriores, en una visión integral de la Primera Enmienda.

## V. CONCLUSIÓN

La aplicación armoniosa de las cláusulas de libre ejercicio de la religión y de no establecimiento de religión alguna continúan suscitando conflictos que parecen estar lejos de zanjarse, como muestran los casos aquí reseñados.

En *Zelman*, la Corte sostuvo que un estado puede crear un programa estatal neutro, disponible de manera pública y general, que permita a los niños asistir a escuelas privadas religiosas, siempre que medie una elección privada de los ciudadanos en el direccionamiento de esos fondos hacia esas escuelas. En esa inteligencia, el *voucher* o beneficio involucrado puntualmente en ese caso no importaba en sí mismo la promoción o el patrocinio estatal de la educación religiosa.

En *Trinity Lutheran* decidió que no puede prohibirse la participación de una iglesia en un programa de beneficios públicamente disponible, discriminándola en virtud de su condición o estatus religioso bajo la Primera Enmienda. Y en *Espinoza*, que una disposición que impida la ayuda estatal públicamente disponible a cualquier escuela controlada, en todo o en parte, por una iglesia o denominación religiosa, viola el libre ejercicio de la religión previsto en la Constitución federal, señalando que el interés estatal perseguido de acentuar la separación entre iglesia y estado no resulta imperioso o “del más alto orden” frente a la violación de la cláusula de libre ejercicio.

De esta manera, la jurisprudencia recorrida ha desembarcado en *Carson* con tal contundencia que permite resguardar los derechos de aquellos creyentes que tienen dificultades para asirse de una educación en los términos de su fe. Como consecuencia de ello, el requisito de “no sectarismo” que preveía la legislación de Maine para poder obtener asistencia estatal en el pago de las matrículas escolares resultó violatorio del libre ejercicio de la religión.

Asimismo, se explica en *Carson* que el “*anti-establishment interest*”, es decir, la voluntad de un estado de separar las esferas estatales y religiosas de manera más contundente de lo prescrito por la Constitución federal, no permite la sanción de normas que redunden en la discriminación por motivos religiosos; y que tanto en los casos que involucren las etiquetas de “estatus” como de “uso” religioso, deberán sujetarse a un examen constitucional de escrutinio estricto.

Incidentalmente, el caso contribuye a consolidar la potestad de las organizaciones religiosas de repeler, conforme a lo dispuesto por la Constitución norteamericana, acciones gubernamentales que impliquen, bajo una pátina de pretendida neutralidad, una intrusión indebida respecto del ideario de estas instituciones.

Si bien se podría hipotetizar sobre el futuro práctico de esta sentencia, no resulta ocioso ponderar, en términos más amplios, la siguiente reflexión, esbozada en su momento por el presidente George Washington, quien en su discurso de despedida de la presidencia del país pronunció las siguientes palabras: “[...] consideremos con cautela la idea de que la moral puede sostenerse sin la religión. Cualquiera sea la influencia que pueda concederse a una educación refinada en mentes de una estructura peculiar, la razón y la experiencia nos impiden esperar que la moral nacional pueda prevalecer en exclusión de los principios religiosos”<sup>55</sup>.

55. “*And let us with caution indulge the supposition that morality can be maintained without religion. Whatever may be conceded to the influence of refined education on minds of peculiar structure, reason and experience both forbid us to expect that national morality can prevail in exclusion of religious principle*”. Cf. *George Washington's Farewell Speech to the People of the United States*, fecha de consulta: 13/9/22. Disponible en: [https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/Washingtons\\_Farewell\\_Address.pdf](https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/Washingtons_Farewell_Address.pdf).

## BIBLIOGRAFÍA

- Becket Fund - Religious Liberty for All, *Blaine Info Central. Dismanteling discriminatory Blaine Amendments*. Disponible en: <https://www.becketlaw.org/research-central/blaine-amendments-info-central/>
- Garnett, Richard W., "Religious Liberty, Church Autonomy, and the Structure of Freedom", *Christianity and Human Rights: An Introduction*, John Witte, Jr. and Frank S. Alexander eds., Cambridge University Press, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 10-10, 2010, pp. 226-238. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1585191>
- Garnett, Richard W., "The Theology of the Blaine Amendments", 9/12/03. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=455220](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=455220)
- "George Washington's Farewell Speech to the People of the United States". Disponible en: [https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/Washingtons\\_Farewell\\_Address.pdf](https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/Washingtons_Farewell_Address.pdf)
- Glenn, Charles, "The future of faith-based schools", *First Things*, 15/11/21. Disponible en: <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/11/the-future-of-faith-based-schools>
- Reaves, N., "Religious autonomy in *Carson v. Makin*", *Harvard Journal of Law and Public Policy Per Curiam*, 29/7/22. Disponible en: <https://www.harvard-jlpp.com/religious-autonomy-in-carson-v-makin-nick-reaves/>
- U.S. Department of Agriculture, Economic Research Service, *Maine*. Disponible en: [https://www.ers.usda.gov/webdocs/DataFiles/53180/25574\\_ME.pdf?v=0](https://www.ers.usda.gov/webdocs/DataFiles/53180/25574_ME.pdf?v=0)
- Viteritti, Joseph, "Choosing equality: Religious freedom and educational opportunity under constitutional federalism", 15 *Yale L. & Policy Rev.*, 1996, 113, 160.
- Young, Ernest A., *The Supreme Court and the Constitutional Structure*, Nueva York: Foundation Press, 2012.

## Normas

- Maine Const., Art. VIII, pt. 1, §1.  
Maine Rev. Stat. Ann., Tit. 20-A, Section 5204(4).  
Maine Rev. Stat. Ann., Tit. 20-A, §2(1).  
Maine Rev. Stat. Ann., Tit. 20-A, §2951(2).

Missouri Const., Art. I, § 7.  
US Const. amend I.

### ***Jurisprudencia***

*Carson, as parent and next friend of O.C., et al. v. Makin*, 596 U. S. \_\_\_\_ (2022).

*Espinoza et al. v. Montana Department of Revenue, et al.*, 591 U.S. \_\_ (2020).

*Eullit ex Rel. Eullit v. Maine, Dept. of Ed*, 386 F. 3rd 344 (2004).

*Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. 171 (2012).

*Locke, Governor of Washington, et al. v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004).

*Town of Greece, New York v. Galloway et al.*, 572 U.S. 565, 566 (2014).

*Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer, Director, Missouri Department of Natural*

*Resources*, 582 U.S. \_\_ (2017).

*Zelman, Superintendent of Public Instruction of Ohio, et al. v. Simmons-Harris, et al.*, 536 U.S. 639 (2002).

**PARTE III**

**ENSAYOS, CRÓNICAS  
Y RECENSIONES**



## RECENSIÓN

**RATTI MENDAÑA, Florencia, *El precedente horizontal en las cámaras federales de apelaciones argentinas*, Buenos Aires, Thomson Reuters – La Ley, 2021, 272 pp.**

ALBERTO F. GARAY<sup>1</sup>

Este libro que hoy tengo la satisfacción de presentar es fruto de un enorme esfuerzo intelectual. Me explico. La doctora Ratti Mendaña se propuso analizar, en concreto, a lo largo de VIII capítulos, si, al momento de fundar sus sentencias, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal ha respetado algún tipo de metodología cuando acude a la cita de otras sentencias precedentes.

El área jurídica elegida es una muy poco trillada en nuestro medio. En particular, creo que es la primera vez que alguien se toma el trabajo de investigar a lo largo de decenas de miles de sentencias –y esto no es en sentido figurado– cómo se comportaron los integrantes de ese tribunal, desde su establecimiento hasta el presente, cuando

1. Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1981), *Magistri in Legibus* (Universidad de Columbia en la ciudad de Nueva York, 1990). *Visiting scholar* de la Universidad de Columbia (entre 1993 y 2015). Docente de la Universidad de San Andrés y de la Universidad de Buenos Aires. Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Correo electrónico: agaray@udesa.edu.ar.



acuden a la cita, mención o empleo de sentencias propias o de otras Salas de la misma Cámara.

En esa faena intentará identificar si los jueces de la Cámara se sienten obligados por lo resuelto previamente por otros jueces de la misma Cámara en casos análogos, y si cuando citan otras sentencias respetan algún tipo de guía para hacerlo.

Como muchos sabemos, la Cámara Federal está dividida en Salas integradas por tres jueces cada una. Su hipótesis de trabajo fue que los jueces de ese tribunal no se sienten obligados a respetar las sentencias que en casos análogos han dictado otros jueces de la misma Cámara. Finalmente, defenderá su tesis; esto es: la necesidad de que se reconozca que los precedentes deben ser obligatoriamente seguidos, en sentido horizontal, al tiempo que propiciará una alternativa que domestique los cambios de jurisprudencia.

El esquema base desde donde la autora analizará esas cuestiones es proporcionado por la Doctrina del Precedente del *Common Law*, que es la elaboración más refinada de occidente relacionada con el uso de las sentencias para fundar otras sentencias.

Antes de ingresar al tratamiento de los tópicos anunciados, la autora acude a una práctica muy saludable, no muy frecuente en nuestro medio, como es la de estipular en qué sentido utilizará términos clave que se repetirán a lo largo de la obra (por ejemplo, precedente, *stare decisis*, jurisprudencia, decisión, etc.). Todas estas cuestiones son abordadas en el Capítulo I.

Entre otros tópicos, ese Capítulo está directamente conectado con el tipo de cuestiones cuya verificación o no buscará al momento de analizar la jurisprudencia de la Cámara Federal. Y con solvencia y suficiente fundamentación desarrolla las características centrales de esta doctrina.

El Capítulo II es muy importante, está dotado de originalidad y profundidad. Aspecto, este último, que es continuado en muchas notas de pie de página, donde se invita a seguir el estudio de la cuestión a través de lo realizado por otros autores. Es cierto, como la autora anuncia, que son escasos los estudios particulares sobre algunas características institucionales de las Cámaras Federales relacionadas con su funcionamiento y su competencia. Pero la profundidad y el grado de detalle con los que acomete esa tarea, poblando ese terri-

torio casi desierto, son dignos de encomio. El espíritu crítico no ha sido ajeno a esta sección en la que se propone fundamentalmente describir el sistema. Así es como ya desde ahora nos anticipa su crítica a la reprochable indiferencia de los integrantes de las Salas respecto de la jurisprudencia de las otras divisiones de la misma Cámara. Sin duda, esta posición difícilmente podría ser defendida públicamente con algún fundamento serio. Bien lo deja en claro la doctora Ratti al concluir este tema.

En el Capítulo III, la autora aborda de modo penetrante un tema importante como es el de la relación entre la Doctrina del Precedente en sentido horizontal y el recurso de inaplicabilidad de la ley, regulado en el Código Procesal de la Nación. Recorre exhaustivamente la historia legislativa de esa herramienta, desde las primeras leyes de la organización nacional hasta el presente. Abarca desde el plenario sin obligatoriedad vertical hasta su imposición por la Ley N° 13.998 y de allí en adelante.

La autora nos recuerda detalladamente la visión de los legisladores de comienzos del siglo XX y su preocupación por la estabilidad de la jurisprudencia. Los memorables debates habidos con motivo de la creación de las Cámaras de Apelación en lo Civil son traídos al presente e ilustran y enriquecen la presentación. Rómulo S. Naón (ministro de Justicia), Montes de Oca, Pinedo, Correa, Saavedra Lamas (futuro Premio Nobel de la Paz) y Gonnet vuelven al siglo XXI de la mano de la doctora Ratti. Ella nos recuerda la preocupación de aquellos por los problemas relacionados con la probable contradicción jurisprudencial que se presentaría al crear dos Cámaras en lo Civil –es decir, dos cámaras con idéntica competencia–, y la necesidad de conjurarla a través de algún mecanismo de unificación. La sensatez y el conocimiento de esos legisladores merecen ser recordados. Es bueno repasar esas ideas.

La autora nos devuelve al siglo XXI siempre dejando ver su espíritu crítico, penetrando la realidad judicial más allá de los textos y mostrando cómo, en ocasiones, esa realidad traiciona la ley que debe hacer cumplir. Las Salas de la Cámara se ignoran recíprocamente aun cuando resuelven cuestiones semejantes en sentido contrario.

Ese análisis permite corroborar que, en concreto, la posición judicial que ve a las Salas de la Cámara como organismos autónomos

de ella, como si fueran mónadas leibnizianas autónomas, importa un apartamiento de la noción legal, que oculta el hecho de que las Salas siempre hablan en nombre de la Cámara que integran los magistrados. De donde ignorar las sentencias de las otras Salas respecto de asuntos semejantes importa desnaturalizar el propósito legislativo y ofrecer el resultado de una Cámara que se contradice a sí misma, cuando aquellas decisiones son de sentido opuesto. El desarrollo de la doctora Ratti es impecable.

A la luz de las certeras críticas que dirige a la ley 26.853, la posterior ley 27.500 –derogatoria de la primera– es recibida por la autora con cierta sensación de alivio. Aquella se trató de un esquema legal incompleto, mal encaminado y teñido de parcialidad. Bien queda ello demostrado en estas páginas.

El estudio del bien informado Capítulo IV, donde nos presenta el funcionamiento de las Cámaras Federales en los Estados Unidos y las formas de unificar su jurisprudencia cuando existen contradicciones, debiera ser de provecho para que los especialistas y los jueces federales se den cuenta de cómo debería manejarse la convivencia entre Salas de una misma Cámara y entre las respectivas Cámaras de las diferentes jurisdicciones.

Es mucho lo que puede aprenderse allí de convivencia judicial y de federalismo judicial, tomando lo que nos sea servicial y manteniendo aquellas características vernáculas que sean superiores. El cuadro comparativo que se ensaya en esta obra (pp. 95/100) puede ser servicial a ese fin. Como se propone, debe abandonarse este modelo que menosprecia la estabilidad de la jurisprudencia, de neto perfil personalista y egocéntrico, que desvincula a las Salas de un mismo tribunal entre sí y entre el resto de los tribunales de la jurisdicción federal.

En el Capítulo V comienza a concretarse uno de los aspectos fundamentales sobre los cuales la autora proyectará sus conclusiones. Se trata de un apabullante trabajo de investigación –creo que único en nuestro medio–, donde se compulsaron treinta y ocho años de jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que insumieron un año y medio de investigación. La ineficiente publicidad y la pobre sistematización vuelven a ocupar un lugar de importancia en sus valoraciones. Antes de comen-

zar la sección destinada a indagar cómo tratan las Salas, en concreto, el problema de la obligatoriedad horizontal del precedente, la autora de esta tesis releva aspectos clave de las sentencias. Es así que se ocupa del lenguaje empleado; vuelve sobre el problema de la auto-concepción como Sala independiente, autónoma, y no como representante de un único tribunal. Insiste en el lenguaje que se utiliza. Destaca la sana práctica de acompañar, en ocasiones, copia del precedente al cual se remiten; pone énfasis en los cambios de criterio, en la cita de principios abstractos y en la remisión fundada en “razones de brevedad”, que de ordinario omite la caracterización de los hechos del caso.

A continuación, ahondará la investigación sobre las referencias tanto implícitas cuanto explícitas a la fuerza vinculante del precedente. Selecciona porciones de sentencias que corresponden a cada clase y las analiza brevemente. Prudentemente nos avisa que ha dejado de lado muchas otras decisiones que solo reiterarían lo que se destaca en cada párrafo, lo cual habla del buen tino de la autora, sabedora de que muchas veces sobreabundar respecto de los temas no aclara, sino que confunde.

Concluye este análisis con observaciones que serán parte importante del piso sobre el cual se construirá la tesis que desarrollará en el Capítulo siguiente. Nos dice que los jueces de la Cámara Federal en estudio no reconocen la existencia de un deber jurídico de seguir el precedente horizontal. Indica con precisión y fino análisis ciertas tendencias que surgen de las sentencias estudiadas, a saber: (i) los precedentes se citan muy frecuentemente; (ii) cuando se los cita, sirven como ejemplo de la decisión tomada; (iii) esa cita se hace porque el juez actual considera que la decisión anterior era correcta; (iv) los precedentes con los que no se coincide no son citados o son dejados de lado expresamente; (v) rara vez la cita de precedentes lleva un análisis de su plataforma fáctica; (vi) los mecanismos para lograr la uniformidad de la jurisprudencia son utilizados de manera excepcional; (vii) los plenarios son interpretados restrictivamente, “pues se concibe la libertad de criterio por encima de la protección de la seguridad jurídica y de la garantía de igualdad” (p. 223).

En el Capítulo VI se desarrolla la justificación de la tesis de la que parte la obra. Esto es, la necesidad de adoptar una doctrina del precedente horizontal obligatorio. Su objetivo es logrado con creces.

El primer obstáculo que encara es el que contrapone a la obligatoriedad con la independencia de criterio. La sola formulación de este obstáculo revela que quienes lo alzan consideran a los jueces como sujetos que actúan autónomamente respecto del resto de los jueces de su grado y jurisdicción. Cada uno interpreta el derecho como le parece. Esto tiene por lógica consecuencia, obviamente, el trato desigualitario y la inseguridad jurídica. Pues admite como costo de un sistema tal que coexistan sentencias contradictorias en casos semejantes que se resuelven sobre la base de las mismas normas. La sola formulación de la alternativa debiera tener por consecuencia la prescindencia de ese argumento. No obstante, muchos juristas y jueces lo han defendido y lo siguen defendiendo, con sacrificio de la igualdad y de la seguridad jurídica, como bien destaca Ratti. Como ella expone, defender un sistema tal “equivaldría a admitir que el sistema de justicia se erige en interés y para protección de los jueces y por encima del interés y de la protección de los justiciables” (p. 226).

Contra quienes ven la obligatoriedad del precedente como un ataque a la división de poderes, la autora defiende con razón que quienes así se expresan tienen más en cuenta lo que ocurre con los fallos plenarios que lo que propone su tesis. Sin duda que los fallos plenarios pueden merecer algunas de las críticas que se les han formulado. Pero en el caso concreto de la obligatoriedad del precedente, la cuestión difiere en que no se hace una interpretación en abstracto de una norma jurídica, sino que, aquí, contrariamente, no puede desligarse la consecuencia normativa del fallo de sus hechos relevantes u operativos. Ambos van unidos. Los jueces, en un sistema tal, siempre resuelven casos concretos y no juzgan de las normas en abstracto. Aspecto decisivo que adquiere su argumentación cuando muestra que esta doctrina viene a limitar la discreción judicial, es decir que a la postre defiende, con nuevas herramientas, la división de poderes y trata de contener los excesos de la subjetividad de los jueces. Por último, ejemplifica con los casos de México y Brasil, donde esta Doctrina también comienza a ser receptada por países de tradición romanista; bien que, en el caso de Brasil, el sistema de obligatoriedad se acerca más al de las sentencias plenarias.

El argumento relacionado con la renuncia al control de constitucionalidad es tratado a continuación. Para descartar esta postura, bás-

tale a la autora con recordar que la obligatoriedad de los precedentes rige en Estados Unidos, donde nosotros hemos abrevado en materia constitucional. Allí todos los jueces retienen el control de constitucionalidad, bien que para las cuestiones constitucionales que no han sido ya resueltas por la Corte Suprema en casos semejantes. Es cierto, no obstante, que la obligatoriedad horizontal al nivel de la Corte Suprema Federal es algo siempre controvertido.

Luego levanta otro argumento que revela la inconsistencia de los críticos al momento de atacar la obligatoriedad del precedente, como regla general. Esto es, que un sistema tal produce la cristalización del Derecho. Esta cuestión está estrechamente relacionada con la que aborda a continuación, a saber, que esta doctrina desatiende las particularidades de cada caso. Tres razones se alzan contra esa posición.

Por un lado, como bien destaca la autora, no se propone una rígida obligatoriedad. Ella misma ofrece un mecanismo que, valiéndose de algunas herramientas del recurso de inaplicabilidad de la ley vigente y ante ciertos supuestos, el precedente podría ser revisado y eventualmente modificado. Otra razón es que si se trata de un precedente que propone una interpretación de la ley en juego para los casos que cubre, para cambiarlo bastaría con una modificación legislativa del Congreso Nacional.

La tercera razón es que quienes hablan de cristalización es porque ellos mismos tienen una visión cerrada y rígida de este tema. Recitan la desatención de las particularidades de cada caso, pero son ellos quienes ven en el precedente un alcance general equivocado.

En efecto, generalmente, una cuestión jurídica no se agota en la resolución de un caso. De ordinario, ese primer caso va a estar muy atado a sus hechos relevantes y durante algún tiempo es probable que otros jueces del mismo tribunal difieran en cuanto a los alcances de lo resuelto en el precedente cuando están presentes hechos que no lo estaban en el caso anterior. Los jueces deben resolver casos individuales concretos y no cuestiones que escapen a los hechos que tienen ante sí. Normalmente ello ocurre así y la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene muchas instancias que lo ejemplifican.

Ratti ofrece, seguidamente, los fundamentos sobre los que se apoya la necesidad de que exista una Doctrina del Precedente que resalte su obligatoriedad horizontal. Acude a los valores que tradicio-

nalmente se han atribuido a esta doctrina (v. gr., igualdad, seguridad jurídica y economía procesal) y añade otros no tan frecuentes, como la legitimidad, la colegialidad, el límite a la discrecionalidad judicial y un principio restrictivo enunciado por Santo Tomás de Aquino (*In quantum tollitur consuetudo*), que deposita desconfianza en los cambios de leyes, el que es adaptado por la autora a los cambios de criterio jurisprudencial.

El estudio se completa, en el Capítulo VII, con el diseño de las bases para un nuevo recurso de inaplicabilidad de la ley que establezca la obligatoriedad, para los integrantes de la Cámara, de seguir lo resuelto en casos análogos por cualquiera de las Salas restantes y cómo deberían producirse los cambios de jurisprudencia. El punto es tratado con solvencia.

En definitiva, estamos ante un trabajo profundo, muy informado y de gran actualidad, que puede contribuir a cambiar hábitos judiciales y, más aún, puede servir de base para operar modificaciones normativas que devuelvan a la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia el lugar de privilegio que tuvo –como bien lo demuestra– a comienzos del siglo XX y que permitan a las Cámaras Federales comportarse a la altura de las exigencias de seguridad jurídica, independencia, colegialidad, legitimación e igualdad que la Argentina del siglo XXI reclama imperiosamente.

## RECENSIÓN

**SANTIAGO, Alfonso (h), *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2022, 219 pp.**

JOSEFINA NAZÁBAL<sup>1</sup> Y MARÍA VERÓNICA NOLAZCO<sup>2</sup>

Nos hemos propuesto presentar una reseña del libro número veintiuno que publica el profesor Alfonso Santiago: *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. La obra tiene por objetivo profundizar acerca de la realidad y el significado del principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y su progresivo reconocimiento como fundamento último del orden jurídico nacional e internacional.

Así como Aristóteles asumió el desafío de indagar sobre el origen y fin del orden político de la *polis* griega, fundada en la condición

1. Abogada por la Universidad Austral (2019). Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Austral (2022). Correo electrónico: jnazabal@mail.austral.edu.ar.

2. Abogada (Diploma de Honor), por la Pontificia Universidad Católica Argentina (2010). Bachiller en Leyes (LL.B.), por la Universidad de Londres (2013). Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad Austral (2022). Profesora de Derecho Constitucional e Historia del Derecho de la Universidad Austral (2022). Coordinadora académica de la Maestría en Derecho (LL.M.) de la Universidad Austral (2022). Correo electrónico: vnolazco@austral.edu.ar.



de ciudadanos de un número determinado de seres humanos, Santiago asume con este trabajo de investigación el desafío de sondear el origen, la finalidad y el sentido del orden político de las democracias constitucionales de nuestros días: la igual e inviolable dignidad de la persona humana. Semejante hazaña intelectual no parte de ideas abstractas ni teológicas, sino de un estudio fenomenológico de esta realidad presente en las principales fuentes del derecho constitucional para llegar a los principios.

El núcleo de la obra, tal como sostiene su autor, está centrado en cada una de las palabras de este principio. La igual e inviolable dignidad de la persona humana constituye un “pentanomio” donde “cada elemento es clave y relevante y, teniendo valor en sí mismo, remite y refuerza a los demás”<sup>3</sup>.

El libro está estructurado en tres partes bien diferenciadas. En la primera parte (Capítulo I), el autor postula que desde fines de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días vivimos una nueva era jurídica con manifestaciones e instituciones jurídicas inéditas, cuya última explicación radica en el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana. En la segunda parte (Capítulo II), Santiago describe qué significa la dignidad y cómo ella fue progresivamente advertida y reconocida en los textos constitucionales y convencionales. Por último, en la tercera parte (Capítulos III a X), profundiza en los fundamentos filosóficos y antropológicos de la dignidad que se reconoce a la persona humana y sus proyecciones sobre la teoría social y política.

De la primera parte del libro, vale destacar la originalidad y pedagogía con la que Santiago se refiere al nuevo período jurídico, cuyo producto final es el “Estado Constitucional de Derecho”. En su concreción identifica tres hitos fundacionales, cuatro procesos jurídicos fundamentales y tres grandes cambios. Los tres hechos principales, con un año de diferencia entre ellos, dan inicio a este nuevo modo de entender y operar el derecho constitucional y del derecho en general: los juicios de Núremberg de 1947, la Declaración Universal de los De-

3. Santiago, Alfonso (h), *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 2022, p. 17.

rechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y la sanción de la Constitución alemana de 1949. En cada una de estas fuentes del derecho, el profesor advierte el progresivo reconocimiento de la dignidad de la persona humana como motor que impulsa, fundamenta y explica la realidad de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

A su vez, a partir de estos tres hechos históricos, Santiago subraya cuatro procesos jurídicos que se desarrollan en las siete décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial:

- a) la expansión de las democracias constitucionales como forma de Estado,
- b) la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos,
- c) el surgimiento y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y
- d) la aparición de procesos de integración regional e instituciones multilaterales para la coordinación del gobierno global.

En todos ellos, se verifica un cambio del paradigma jurídico que reconoce a la persona humana como sujeto y fundamento último del derecho internacional, ampliándose las fronteras y reformulando el concepto de soberanía estatal.

Como consecuencia de estos procesos históricos, el autor remarca tres grandes cambios fundamentales en la teoría y práctica jurídicas. En primer lugar, destaca la constitucionalización y convencionalización de los ordenamientos jurídicos. Esto conduce a los operadores jurídicos a acudir a los textos y principios constitucionales y convencionales de modo más frecuente, intenso y relevante. En segundo lugar, resalta los cambios que se dan en el ámbito de la teoría e interpretación jurídica, a raíz de una profunda “rematerialización” del derecho que hace que adquieran importancia el contenido y la valoración del derecho y no tan solo su perfección formal. Por último, hace notar un importante cambio en el nuevo rol de los jueces nacionales e internacionales en la tutela de derechos fundamentales. En este punto, si bien reconoce la importancia de esta nueva actitud institucional de los jueces, no deja de advertir los principales riesgos a los que se expone este nuevo Estado de Derecho Constitucional: la extralimitación o el activismo judicial, por un lado, y una impronta

excesivamente individualista y relativista que distorsione el contenido y alcance de los derechos humanos, por el otro.

Finalmente, en esta primera parte del libro, se ocupa de describir las siete notas que caracterizan al Estado de Derecho: constitucional, democrático, social, convencional, pluralista, subsidiario y personalista. Dentro de este marco, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, junto con todas sus notas, se manifiesta como un contenido imprescindible y esencial de todo Estado Constitucional de Derecho.

En la segunda parte de la obra (Capítulo II), ilustra el concepto de dignidad de la persona humana como categoría cultural evidente a los ojos y al entendimiento humano. A partir de la experiencia, afirma el autor, es posible reconocer que el hombre posee ciertos atributos que lo distinguen del resto de las realidades existentes en el mundo y que lo colocan en una condición superior: su interioridad, inteligencia y libertad. En consecuencia, “por su eminente dignidad, la persona humana, cada persona humana, es y debe ser tratada siempre como sujeto, nunca como objeto; es alguien y no algo”<sup>4</sup>.

Santiago se muestra como un jurista “realista - optimista” al asegurar que, en el proceso de reconocimiento explícito de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, como principio fundante de la convivencia nacional e internacional, muchos son los frutos y los logros que se han conseguido: “[...] la eliminación de la segregación racial en los Estados Unidos, el fin del Apartheid en Sudáfrica; el derumbe de los sistemas totalitarios comunistas en Europa Oriental; la equiparación de derechos entre hombres y mujeres en buena parte de los países del mundo; el progresivo reconocimiento y vigencia de los derechos humanos en muchos ámbitos del mundo; la extensión de la democracia constitucional como forma de Estado a través de las distintas olas democráticas que se han ido sucediendo desde 1945; el progresivo fin del colonialismo a partir de 1945; las fuertes condenas a las diferentes formas de terrorismo de Estado en América Latina y en otras regiones del mundo; el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ofrece una tutela complementaria y

4. *Ibíd.*, p. 55.

subsidiaria de la que brindan los ordenamientos nacionales; la puesta en marcha de procesos regionales de integración que fomenta la cooperación entre los países y reduce fuertemente la posibilidad de conflictos bélicos entre ellos; la creación de los organismos multilaterales de cooperación internacional; los crecientes mecanismos de participación de los ciudadanos y organizaciones sociales que se van creando para hacer realidad aquella clara premisa que afirma ‘nada de nosotros, sin nosotros’; el reconocimiento y tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial de los grupos más vulnerables; etc.”<sup>5</sup>.

Sin embargo, no desconoce que, a lo largo de todos los tiempos, se han producido algunas contradicciones e incoherencias y que, “en su despliegue histórico y axiológico, el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana ha tenido, tiene y tendrá que vencer numerosos y poderosos obstáculos de todo tipo: pulsiones e impulsos biológicos; dinamismos y limitaciones psicológicas; vicios morales; estructuras sociales injustas e inhumanas; criterios, tabúes y tendencias culturales; intereses económicos; conflictos y luchas políticas; tradiciones históricas; sesgos y miedos atávicos; falsos nacionalismos; prejuicios personales y sociales fuertemente consolidados; diferencias y conflictos profundos existentes en la sociedad y entre los países; falta de una cultura de diálogo, entendimiento y encuentro, etc.”<sup>6</sup>.

En este sentido, la obra es una invitación a defender y cuidar el valiosísimo tesoro de este principio fundamental y está escrita no solo para abogados, jueces y demás operadores del derecho, sino también para aquellos que tienen en sus manos la responsabilidad de tomar decisiones importantes en materia de derechos humanos y, desde luego, para los gobernantes en la toma de decisiones e implementación de políticas públicas. Es decir, se dirige a un amplio número de gente comprometida e interesada en la protección de los derechos humanos y a quienes están al servicio de otros.

A continuación, en la tercera parte del libro, en los Capítulos III a VI, el autor se ocupa de describir quién es, cómo es, cómo actúa y

5. *Ibidem*, p. 59.

6. *Ibidem*, pp. 60-61.

cómo se relaciona la persona humana con sus semejantes (alteridad intersubjetiva) y con los grupos y comunidades de las que forma parte. En esta sección, se destaca la gran cantidad de filósofos, juristas, políticos y teólogos que son citados y que demuestran la creciente profundización histórica en el insondable misterio de esta realidad única que se propone estudiar. La idea que cada uno de ellos posee sobre la noción de la persona humana tuvo y tiene consecuencias prácticas.

Por ello, en el Capítulo VII, Santiago distingue tres visiones alternativas y de algún modo opuestas entre sí: el individualismo, el colectivismo o totalitarismo y el personalismo solidario. Mientras que en el individualismo el sujeto está desvinculado de sus semejantes y el bien común social está reducido a la protección eficaz de los derechos e intereses individuales; en el colectivismo totalitario, el individuo no es nada más que una parte del Estado. En contraposición con estas posturas, Santiago propone una visión personalista del hombre como ser social y político que va más allá de la mera sociabilidad y que se convierte en auténtica solidaridad.

Al “pentanomio” expuesto en la introducción del trabajo, agrega el autor el carácter eminentemente social y político del hombre que se manifiesta en “la radical insuficiencia humana, en la necesidad de comunicación y complementación de los seres humanos entre sí”<sup>7</sup>. Es por ello que existen distintos grupos sociales y la comunidad política. Al respecto, y con razón, sostiene el autor que “el hombre es ser social tanto por indigencia, ya que necesita de los demás para satisfacer sus necesidades, como por plenitud, ya que sólo se realiza acabadamente en la interacción, la comunicación y el servicio a los demás”<sup>8</sup>.

El concepto de bien común, hartamente descrito por filósofos, juristas, politólogos y sociólogos, es presentado por el autor del libro como “la meta que guía la acción humana”, “algo logrado con el aporte de cada uno de los integrantes del grupo y que está destinado también a ser compartido y disfrutado por todos los integrantes”, “la clave de bóveda, el fin que da sentido a toda organización humana”, “algo que todos, desde sus diversas posiciones y situaciones sociales,

7. *Ibidem*, pp. 129-130.

8. *Ibidem*, p. 146.

contribuyen a formar y que todos están llamados a disfrutar con una relativa igualdad real”<sup>9</sup>. En cada una de estas afirmaciones subyace el llamado a la complementación humana. Cada persona es única e irrepetible y, a la vez, tiene algo para aportar al conjunto, a la comunidad en la que se desarrolla.

Aquí se halla expresada la cosmovisión propuesta por el autor del libro en el marco del personalismo solidario. A fin de alcanzar el bien común, subraya el autor la necesidad de armonizar los principios de solidaridad y subsidiariedad. “Por el primero, las personas y grupos colaboran de acuerdo a sus posibilidades y bajo la guía del gobierno en la obtención del bien común y todos ellos comparten los beneficios del mismo. El segundo principio, el de subsidiariedad, tiene un doble contenido. Por una parte, los niveles superiores de la organización social deben respetar el ámbito de autonomía propio de las personas y grupos, creando las condiciones y colaborando con ellos para que puedan cumplir sus funciones propias. Por otra parte, los niveles superiores (grupos sociales y gobierno) deben suplir a los inferiores (personas y grupos sociales menores) cuando ellos no pueden cumplir con una determinada actividad o cometido concreto”<sup>10</sup>.

Este modo de entender la sociabilidad humana tiene proyecciones concretas. Por lo tanto, Santiago realiza una enunciación concisa de los principios que fundan el orden social, político y económico y que son propuestos por el personalismo solidario y que pueden servir de pautas para la interpretación del derecho y la resolución de conflictos actuales:

- a) Primacía de la persona humana.
- b) Reconocimiento y protección de los derechos humanos.
- c) Intangibilidad de la vida humana.
- d) Participación social y política.
- e) Existencia y consistencia de una sociedad civil.
- f) Reconocimiento y apoyo a la iniciativa económica privada y su integración en un marco cultural, ético y jurídico que ga-

9. *Ibidem*, pp. 153-154.

10. *Ibidem*, p. 155.

rantice su conformidad con un armónico desarrollo personal y social.

- g) Igualdad e inclusión social.
- h) Protección de la familia.
- i) Promoción de la educación.
- j) Globalización que respete y promueva las identidades culturales.
- k) Protección del medio ambiente como forma de desarrollo humano y de solidaridad intergeneracional.

A continuación, en el Capítulo VIII se encuentra el estudio del concepto de institución en un sentido amplio, como “todo aquello que permite y facilita la interacción humana”<sup>11</sup> (la familia, la escuela, la empresa, la moneda y los tribunales de justicia, entre otros) y en un sentido más restringido, el concepto de institución política. Estas cumplen una función social importante ya que, además de resguardar la convivencia pacífica de sus integrantes, deben asumir el rol garantizador, igualador, redistribuidor, compensador, arbitral, para lograr un orden justo del Estado. Por último, explica la importancia de un clima de confianza mutua sin la cual no es posible un desarrollo pleno de la persona humana. Instituciones sólidas y transparentes y la confianza social son postuladas por el autor como necesarias para facilitar y multiplicar la interacción humana, tanto a nivel nacional como internacional.

Más tarde, en el Capítulo IX, Santiago analiza, desde la visión personalista, el gobierno y el poder. Allí expone las distintas visiones del poder político. Frente a algunas posturas que sostienen que el poder es un mal absoluto o un mal necesario, Santiago se enrola dentro de los que conciben al poder como algo bueno. Aunque, también, advierte que el poder es un “bien peligroso” y, por lo tanto, son necesarios ciertos cuidados especiales a fin de que no se desborde ni descontrole. En línea con la Doctrina Social de la Iglesia y las variadas Encíclicas citadas a lo largo de todo el libro, el autor propone una concepción de poder como servicio que respete la dignidad de la persona humana y contribuya a su pleno desarrollo.

11. *Ibídem*, p. 176.

Luego del minucioso estudio de la dignidad de la persona humana, en el último Capítulo (X), Santiago deja planteada una pregunta fundamental: la dignidad de la persona humana, ¿se reduce a la autonomía moral o, por el contrario, la propia dignidad de la persona humana es la que fundamenta y encuadra el ejercicio de ese derecho a la autonomía moral? La respuesta a este interrogante tiene enormes consecuencias prácticas y es fundamental para no confundir conceptos, como deja entrever que lo ha hecho la Corte IDH en algunos de sus fallos al interpretar el texto, espíritu y finalidad de la CADH.

En suma, cabe destacar (al menos) cuatro razones por las cuales es un libro que conviene leer. En primer lugar, podemos decir que es un libro completo e integral de lo que la persona humana es, en todas sus dimensiones, y de lo que está llamada a ser. En el libro se profundiza no solo acerca del contenido de la dignidad humana, sino también quién es, cómo es, cómo actúa, cómo se relaciona y cómo se organiza la persona humana.

A su vez, se destaca el optimismo con el que está escrito el libro. A pesar de las contradicciones e incoherencias en el progresivo reconocimiento de la dignidad de la persona humana, existen frutos concretos y tangibles que se han conseguido en las últimas décadas, y que arrojan un saldo positivo y alentador de cara al futuro. Asimismo, es muy optimista al afirmar que hoy tenemos una concepción y una visión de la persona humana y su dignidad como nunca antes en la historia.

Frente a un mundo escéptico y en el que todo es relativo –sumado a la crisis institucional, económica y social que muchas veces nos desalienta, nos desorienta y nos frustra–, el libro está escrito desde una visión positiva de lo que la persona humana es; y, al mismo tiempo, intenta demostrar todo lo que el hombre es capaz de hacer cuando justamente brinda una protección adecuada a la dignidad de la persona humana.

En tercer lugar, y no menos importante, pensamos que es un libro muy oportuno. En estos últimos tiempos, la Suprema Corte de los Estados Unidos se ha pronunciado en el caso *Dobbs* (2022)<sup>12</sup>. Allí

12. 597 U.S. \_\_ (2022) (*slip. op.*).



dejó de lado el histórico fallo en *Roe v. Wade* (1973)<sup>13</sup> y declaró que el aborto no es un derecho protegido por la constitución federal, siendo competencia estadual el regular o prohibir la interrupción voluntaria del embarazo. A su vez, en Argentina, existen varios proyectos de ley con estado parlamentario que buscan legalizar la eutanasia<sup>14</sup> y por vía jurisprudencial ya se le ha reconocido a un animal el *status* de “persona no humana”<sup>15</sup>. Es posible mencionar múltiples ejemplos, porque los debates en torno a la persona humana y su dignidad son siempre complejos. En este sentido, sostenemos que este libro es un gran aporte para echar luz frente a estas controversias.

Por último, se destaca que es una obra que interpela a todo aquél que lo lee. Es un llamado a la acción, al compromiso, especialmente para todos los que tienen la oportunidad única de formarse en los temas humanísticos. No solo nos habla de la grandeza de nuestra propia dignidad, sino también y fundamentalmente de la dignidad de todas y cada una de las personas.

En conclusión, el libro que aquí se comenta está en línea con la extensa bibliografía publicada por Santiago en la ciencia del derecho constitucional. Luego de haber dedicado veinte libros al derecho constitucional, en los que ha abordado temáticas como la historia de la Corte Suprema, las grandezas y miserias del Poder Judicial, la delegación legislativa, entre otros tópicos, el doctor Alfonso Santiago se ocupa del principio y fin de todos los ordenamientos jurídicos y la organización estatal: el “pentanomio” de la igual e inviolable dignidad de la persona humana.

Seguramente su lectura sirva de motivación para afrontar el reto de cuidar y defender, desde el lugar que cada uno ocupa, el inmenso valor de la dignidad de la persona humana, reflejada en todos de los seres humanos, sin excepción.

13. 410 U.S. 113 (1973).

14. Proyectos registrados con los números de Expediente: 4597-D-2021, 2577-S-2021, 4734-D-2021, 0848-S-2022 y 3956-D-2022.

15. Sala II de la Cámara de Casación Penal en la resolución de la causa *Orangutana, Sandra s/ Habeas Corpus*.

**PARTE IV**  
**DOCUMENTOS**



# LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, DE LOS DERECHOS NATURALES A LOS TRANSNATURALES<sup>1</sup>

## THE TRANSFORMATION OF HUMAN RIGHTS, FROM NATURAL RIGHTS TO TRANSNATURAL RIGHTS

GRÉGOR PUPPINCK<sup>2</sup>

Durante el siglo XX, los derechos humanos se han convertido en una filosofía universal utilizada para expresar una determinada concepción del hombre. El desmantelamiento de esta concepción puede observarse y analizarse a través de sus derechos. Esta tarea es posible porque en el concepto de “derechos humanos” existe una estrecha correlación entre la humanidad y los derechos asociados a ella: se definen mutuamente. Además, los derechos humanos se han convertido en el espejo social de la humanidad; es en ellos y por ellos que representamos y reconocemos lo que somos. Cada transformación de estos derechos tiene, pues, el efecto de retocar el retrato de la humanidad. Es interesante analizar esta evolución comparando la intención original de los autores de la Declaración Universal de los Derechos

1. Este texto es la traducción al castellano del original en inglés que contiene la disertación presentada por Grégor Puppinc, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, el 23 de mayo de 2022. La traducción y reproducción se hizo con autorización del autor. El video del encuentro está disponible en el canal de YouTube de la Facultad de Derecho: <https://www.youtube.com/watch?v=N8Kxor3ZOAw>.

2. PhD. Director del European Centre for Law and Justice (ECLJ).

Humanos, tal y como se desprende de los documentos de 1948, con la interpretación evolutiva que le han atribuido los órganos judiciales internacionales, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El derecho tiene la ventaja de ser una disciplina racional que deja su huella en la sociedad a través de una sucesión de textos normativos elaborados con gran cuidado y atención.

El análisis de la evolución de los derechos humanos también permite observar objetivamente la idea según la cual los órganos judiciales internacionales, y la sociedad occidental en general, determinan lo que significa ser un ser humano. En efecto, nuestra comprensión de la naturaleza humana, cuyo respeto constituye la fuente de todos los derechos humanos, se ha convertido en el centro de una verdadera revolución en las últimas décadas, hasta el punto de que prácticas antes prohibidas por respeto a la dignidad humana se promueven ahora como “nuevos” derechos humanos, cuya crítica está esencialmente prohibida. Es posible entender esta revolución tomando como base analítica dos concepciones contrapuestas de la naturaleza y la dignidad humana, según las cuales los individuos son seres encarnados o desencarnados: (I) La progresiva afirmación de una visión incorpórea de la humanidad amplía la interpretación de los derechos humanos naturales e impulsa la aparición de derechos antinaturales, e incluso transnaturales (II).

## I. DIGNIDAD ENCARNADA Y DIGNIDAD DESENCARNADA

Es posible iluminar la naturaleza del problema recordando el enfrentamiento entre las dos concepciones de la dignidad que compiten entre sí: la del pensamiento aristotélico y cristiano, y la promovida por las filosofías materialistas y ateas. La primera postula que la humanidad recibe su dignidad de la naturaleza humana, o de Dios, mientras que la segunda sostiene que la humanidad es la autora de su propia dignidad. En el primer caso, el hombre se acepta a sí mismo tal y como es, es decir, como un ser creado compuesto por un cuerpo y un espíritu. Su dignidad es encarnada, cuya perfección se encuentra en conducirse según la naturaleza que lo acompaña. En el segundo caso, el hombre se ve a sí mismo como un ser esencialmente espiri-

tual, una voluntad metafísica que emerge y se libera de la materia. Su dignidad es, por tanto, incorpórea, y su objetivo es siempre trascender la verdadera realidad y crear la suya propia. En consecuencia, su cuerpo físico no posee mayor dignidad ni valor que el de un animal.

Esta distinción entre dignidad encarnada y desencarnada nos permite comprender la transformación de los derechos humanos que se ha producido recientemente. Según la concepción particular de la dignidad humana que se decida adoptar, los derechos humanos tomarán direcciones y significados muy diferentes; porque siempre son una forma de expresión, ya sea de los derechos naturales o de la voluntad individual. De hecho, los redactores de las grandes declaraciones de posguerra no pudieron, ni quisieron, elegir entre estos dos enfoques. Sin embargo, esta falta de acuerdo no significa un empate ideológico, ya que la supresión de las referencias a Dios constituye siempre una victoria para la facción atea. Al guardar silencio sobre el origen de la dignidad humana, la Declaración Universal se presenta como una proclamación del hombre sobre sus derechos y su propia autoestima. Esta dignidad autodeterminada ha permitido, a su vez, que las instituciones internacionales sometan el concepto de derechos humanos a los caprichos de la voluntad individual y deduzcan de él una multitud de nuevos derechos sustantivos independientes de una norma externa de derecho y de justicia.

### *A. Dignidad encarnada*

En la tradición aristotélica y cristiana, el hombre es por naturaleza una unión armoniosa de cuerpo y alma. Esta naturaleza posee dignidad porque refleja la imagen de su Creador. Como síntesis de los escritos de Aristóteles y los Evangelios, Santo Tomás de Aquino insistió en el hecho de que el cuerpo humano posee dignidad, aunque es la capacidad de razonar del hombre y su posesión de libre albedrío lo que más refleja la imagen de Dios<sup>3</sup>. Aristóteles ya había subrayado

3. De Koninck, Thomas, "Dignity of the Person and Supremacy of the Common Good", *Laval théologique et philosophique*, vol. 70, n° 1, febrero de 2014, pp. 13-25.

que “el alma y el cuerpo son una sola cosa”<sup>4</sup>, ya que no se puede tener un cuerpo vivo sin un espíritu interior; el punto de vista opuesto, el del dualismo, no es más que una ilusión. El Génesis dice que el hombre es un “alma viviente”, ya que Dios le insufló “aliento de vida” (Génesis 2:7). San Agustín declaró que la característica que define al hombre es que es “una unión” entre cuerpo y alma<sup>5</sup>, diferente de los ángeles que no poseen cuerpo, e igualmente diferente de los animales que no poseen alma. El atributo supremo del hombre es que es ambas cosas a la vez.

Mientras que otros seres animados (animales y plantas) son esencialmente prisioneros de su naturaleza y están condicionados por ella, el hombre posee una cierta libertad que le hace capaz y responsable de su propio desarrollo personal. Desde la concepción hasta la muerte, la finalidad de toda vida humana es alcanzar en sí misma el potencial de la naturaleza humana, es decir, humanizarse. Cuanto más se desarrolle uno de acuerdo con la naturaleza humana, más dará testimonio de la dignidad humana. Además, la dignidad humana, como el cuento del tesoro escondido en el campo del jornalero, de Jean de La Fontaine, es al mismo tiempo un don y una potencialidad; la poseemos como seres humanos (ontológicamente), y también tenemos que desarrollarla mediante la realización personal. Expresa el valor de la naturaleza que toda persona comparte y está llamada a vivir de acuerdo con ella hasta el máximo de sus capacidades.

Los romanos veían en este deseo fundamental de realización un deber, el de “perfeccionar la naturaleza humana en uno mismo y respetarla en los demás”<sup>6</sup>. A esto lo llamaban *humanitas*. Al reconocer la dignidad que emana de su naturaleza común, los hombres se ven obligados a respetarla en sí mismos y en los demás, es decir, a vivir de forma digna. Es este deber hacia uno mismo y hacia los demás, basado en la dignidad de nuestra naturaleza humana común, el que

4. Aristóteles, *De Anima*, II, 1, 412 at 27-28, pues el alma es “el primer grado de actualidad de un cuerpo natural que tiene vida en potencia”.

5. San Agustín, *Ciudad de Dios*, XXI, 10.

6. Villey, Michel, *Le Droit et les Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1983, p. 87.

genera las obligaciones: los deberes y los derechos naturales que todos compartimos.

### ***B. Dignidad incorpórea***

En el extremo opuesto de esta visión, la concepción desencarnada de la dignidad humana no reconoce el valor único del hombre, salvo por sus capacidades intelectuales. Esta línea de pensamiento tiene raíces muy antiguas. Incluso Platón recordó a Sócrates diciendo que “mientras tengamos nuestro cuerpo y nuestra alma sumidas en su corrupción, nunca poseeremos el verdadero objeto de nuestros deseos, es decir, la verdad”<sup>7</sup>. Para Platón, el cuerpo es la “prisión del alma”: el hombre no es “otra cosa que un espíritu” que “se sirve del cuerpo”<sup>8</sup>. El cuerpo es, pues, un obstáculo para la adquisición de conocimientos y, por tanto, debe ser desechado<sup>9</sup>.

Esta concepción se ha impuesto con fuerza en la sociedad occidental desde finales del siglo XIX, a través de la fusión del pensamiento materialista y evolucionista. Según estas teorías, el hombre no ha sido creado y, por tanto, no tiene una naturaleza fija, sino que está inmerso en un proceso continuo de evolución progresiva a través del cual el espíritu (inteligencia y voluntad) surgió de la vida biológica, que previamente había surgido de la materia inanimada. Así, la dignidad del hombre es auto-creada y aumentará indefinidamente hasta el punto de poder emanciparse de la materia y tomar las riendas de su vida. De esta manera, la dignidad humana está unida al grado de su evolución biológica. Según esta visión, un “débil mental” o un discapacitado mental se considera “menos humano” que un ingeniero; la humanidad de un feto se mide por el nivel de su desarrollo intelectual. Esta visión impulsa los derechos humanos hacia la doctrina del

7. Platón, *Fedón*, 66b-66e.

8. Platón, *Apología de Sócrates*, 36c.

9. “[C]reo que estaremos más cerca del conocimiento cuando evitemos, en la medida de lo posible, la interconexión y comunión con el cuerpo, salvo lo absolutamente necesario y no nos mezclemos con la naturaleza sino que nos mantengamos puros de ella”, Platón, *Fedón*, 67 a.



transhumanismo y percibe la esclavitud del cuerpo a la mente como una forma mejor y más ilustrada de humanidad. Esto también explica la validación ideológica del aborto, la eutanasia, la eugenesia e incluso el transexualismo, prácticas que, hasta hace muy poco, estaban prohibidas en nombre del principio opuesto de respetar al individuo como “cuerpo y alma” unidos.

Por eso, en lugar de hablar de “un desarraigo”, a la manera de Simone Veil, prefiero la noción de “desencarnado”<sup>10</sup> para describir la tendencia del hombre contemporáneo a adoptar una visión de sí mismo que se reduce a una única dimensión espiritual –que constituye su mente, su inteligencia y su voluntad– en detrimento del cuerpo y contra todo lo que, en general, impone límites a su voluntad individual. Esta reducción de la humanidad a la sola dimensión mental tiene consecuencias directas sobre el origen y el contenido de nuestros derechos.

La idea materialista y evolucionista de que la humanidad se eleva con el tiempo y se liberará del mundo natural es el motor de la aceptación de comportamientos que contradicen la naturaleza y de la estigmatización de lo natural como excesivamente limitante y vulgar. Ya no nos basta con vivir dominando la naturaleza, sino que es necesario que nos desprendamos de ella para realizar una nueva forma de dominio, que nazca de nuestro intelecto y voluntad individual y no del instinto natural o del azar. Además, el individuo no solo debe dominar sino esclavizar la materia para extraer y elevarse de ella. Si el hombre es el resultado del puro azar, si se ha originado en la materia y no es más que un primate afortunado, ocupa entonces una posición eminente sin haber sido colocado allí por alguien más grande que él, y su dignidad no viene de Dios, sino que debe ser autodeterminada<sup>11</sup>. Su dignidad es, pues, un movimiento, orientado hacia el futuro, de emancipación del ámbito material y de elevación espiritual. Está constituida, a la vez, por la oposición y la dominación: cuanto más se opone la mente al cuerpo, cuanto más sale de las limitaciones

10. En el original, la palabra utilizada en el idioma inglés es: *disembodiment*.

11. Brague, Rémi, *Le Propre de l'homme: Sur une légitimité menacée*, Paris, Flammarion, 2013.

materiales, más se dignifica el hombre. El cuerpo considerado por sí mismo, separado de la mente, no posee ninguna dignidad propia. La dependencia de la mente con respecto al cuerpo se trata, así, como una forma de indignidad. La fatiga, el hambre, la vejez, la enfermedad, la sexualidad y otras necesidades físicas suelen resentirse como humillaciones, mientras que el dominio de la mente sobre el cuerpo se considera una forma de exaltación. Atribuir la dignidad humana solo a la mente promueve la devaluación del cuerpo y su cosificación. El desprecio por la naturaleza y por nuestro origen natural aparece especialmente en el ámbito de la biología. Por ejemplo, la procreación artificial y la práctica de la eugenesia se exaltan como más humanas y, por tanto, más dignas que la procreación lograda mediante el sexo natural. Además, la filiación biológica –la que se basa en la donación de espermatozoides y la gestación física de un hijo– se considera menos humana y merecedora de menos derechos que la filiación basada en la mera “intención” mental.

Hoy en día, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya no mantiene la noción de dignidad en su sentido ontológico, ligado directamente a las verdades de la naturaleza humana. Siguiendo el ejemplo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>12</sup>, ahora la asocia sistemáticamente a la noción de libertad individual al afirmar que “la esencia misma del Convenio es el respeto de la dignidad humana y de la libertad humana”<sup>13</sup>. Así entendido, el respeto de la dignidad humana ya no se opone al dominio de la voluntad sobre el cuerpo, sino que lo exige. Este razonamiento efectúa discretamente el abandono de la dignidad como algo inherente a cada ser humano –tal como se proclamó en 1948– en favor de una concepción reflexiva que contradice la naturaleza humana.

Las diferencias entre estas dos concepciones de la dignidad humana permiten explicar la dramática evolución de los derechos humanos que se ha producido en las últimas décadas.

12. Véase: *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992).

13. Véase, particularmente, *Pretty v. The United Kingdom*, n° 2346/02, 29 de abril 2002, § 65; *Christine Goodwin v. The United Kingdom* [GC], n° 28957/95, 11 de julio de 2002, § 90.

## II. LAS TRES ETAPAS: DERECHOS NATURALES, DERECHOS ANTINATURALES Y DERECHOS TRANSNATURALES

Propongo tres etapas para examinar el curso histórico de los derechos humanos desde 1948. Mientras que los derechos reconocidos en 1948 reflejaban los “derechos humanos naturales”, el individualismo ha enfrentado la mente y el cuerpo para hacer prevalecer la voluntad sobre las limitaciones de nuestra naturaleza física. Esto ha producido nuevos “derechos individuales antinaturales”, como el derecho a la eutanasia o al aborto, con los que el individuo afirma el dominio de la voluntad sobre el cuerpo y en contra de él. Estos derechos antinaturales abren la puerta a lo que califico como derechos “transnaturales” (que trascienden la naturaleza), que manifiestan la convicción de que la mente es capaz de redefinir la naturaleza y que la esclavitud de lo material a lo intelectual es una forma de progreso y liberación humana. Estos derechos proporcionan el marco legal necesario para apoyar la filosofía del transhumanismo, del que se derivan otros derechos, como la eutanasia, la adquisición de un hijo o el cambio de sexo.

### A. *Derechos humanos naturales*

Del deseo de perfección humana y del deber de *humanitas* fluye una moral natural según la cual algo es bueno o malo en función de si contribuye (o no) al desarrollo-realización de la naturaleza humana en cada persona. Por ejemplo, la instrucción académica y la actividad física son especialmente buenas porque permiten el crecimiento y el desarrollo de los niños. El bien está, pues, determinado por la naturaleza humana: las cosas son buenas o malas según se ajusten y apoyen esta naturaleza. Es la naturaleza humana la que también está en la raíz de la moral, y de ahí la importancia de saber cuál es esa moral. Tanto los filósofos griegos como los teólogos cristianos<sup>14</sup> han identificado y distinguido cuatro aspectos fundamentales de la naturaleza humana: el hombre es por naturaleza un “ser” vivo, social y espiri-

14. Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Ia, IIae, q. 94, a. 2.

tual. Cada uno de estos aspectos es un bien que produce en el hombre una inclinación especial: como todos los seres, el hombre desea conservar su propia existencia. Como todos los seres vivos, el hombre desea transmitir la vida. Como todo ser social (o político), el hombre desea vivir en sociedad. Y finalmente, como todo ser espiritual<sup>15</sup>, el hombre desea conocer a Dios y la verdad. Todo lo que responde y favorece estos deseos fundamentales es bueno, y todo lo que los obstaculiza (muerte, enfermedad, soledad, error) es malo. Esta moral es natural, ya que brota directamente de la naturaleza humana: es el “camino recto” por el que la persona alcanza su ser, es decir, realiza su fin natural: es la “ley moral natural”. Además, esta “ley natural” no crea el bien, sino que lo refleja y está determinado por él. La razón nos permite deducir esta “ley del bien” del mismo modo que deducimos el camino para alcanzar una meta deseada. Si se observa la ley moral, la persona cumple su finalidad y en ella encuentra su bienestar. La ley moral natural brota, pues, de la naturaleza humana, de la que también recibe su universalidad y su autoridad.

Después de la Guerra, las nuevas formulaciones internacionales de los derechos humanos intentaron reflejar, en la medida de lo posible, los principios de la ley natural para, en palabras del presidente Roosevelt, permitir el advenimiento de un “orden moral global”<sup>16</sup>. El derecho internacional relativo a los derechos humanos se ha centrado, por tanto, en la protección del ejercicio de las facultades de cada persona por las que tendemos a realizar nuestra humanidad, y simultáneamente contra las injerencias arbitrarias del Estado.

Resulta así que, al observar las características de la naturaleza humana, se puede identificar también la sustancia de los derechos humanos. Así, la observación de que el hombre es, por naturaleza, un ser vivo, social y espiritual, revela que los derechos humanos deben proteger la vida y la integridad física de cada persona (ser), luego su capacidad de fundar una familia (ser vivo), después la de asociarse

15. Lo espiritual debe entenderse como provisto de una mente, es decir, capaz de pensar y reflexionar sobre sí mismo.

16. Discurso del Presidente Franklin Roosevelt al Congreso de Estados Unidos, 6 de enero de 1941.

y expresarse (ser social), y finalmente su libertad de conciencia (ser espiritual). La protección de estas facultades tiene como objetivo final reducir los obstáculos a nuestro autodesarrollo y realización en armonía con las cuatro dimensiones de la naturaleza humana. Los derechos humanos son, por tanto, naturales, ya que se deducen de la observación directa de la naturaleza humana. Al encontrar su origen en la naturaleza humana, la Declaración Universal se refiere a los derechos y la dignidad humanos como “inherentes”; esto implica que no son otorgados por el Estado, sino que son preexistentes a él y que el Estado debe respetarlos para respetar a la humanidad. Por tanto, nadie puede pretender crearlos; en teoría, escapan al poder del Estado y del positivismo jurídico. Así lo expresa perfectamente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), que declara que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

Es, pues, la consideración de la naturaleza y la dignidad del ser humano lo que permite establecer con carácter definitivo la sustancia, la autoridad y la universalidad de los derechos humanos. Esto evoca una concepción suficientemente simple y humilde del hombre y de la vida social, es decir, de la sociedad humana; y al mismo tiempo, establece esencialmente límites a la amplitud de los derechos del individuo, exactamente lo contrario de los derechos antinaturales y transnaturales que vamos a describir.

### ***B. Derechos individuales antinaturales***

Los “derechos individuales antinaturales” resultan de la concepción desencarnada de la dignidad humana. Se pasa así de una concepción pacífica y armoniosa de la naturaleza humana a otra marcada por la militancia y la insatisfacción, según la cual cada persona debe aumentar su poder sobre sí misma y sobre su entorno para elevar su dignidad individual. Se pasa de la idea de capacidad y realización a la de poder o dominio. Nace, pues, una concepción de los derechos fundada en principios de oposición y de confrontación, ya que estos derechos niegan más que redefinen, como lo ilustra el derecho al aborto o a la eutanasia.

Este nuevo “derecho” al poder sobre el propio cuerpo es esencial, si no axiomático. Sirve para justificar prácticas individuales contrarias a la antigua concepción de la dignidad ontológica, como los comportamientos sexuales violentos y “antinaturales”, las formas de tortura consentida, la esterilización, el cambio de sexo, el aborto o incluso el suicidio. El derecho al “control sobre el propio cuerpo” sustituye progresivamente al principio opuesto de la inalienabilidad del cuerpo humano, según el cual nadie puede actuar contra sí mismo, incluso si es algo plenamente consensuado. Esta inversión de principios ilustra perfectamente el paso actual de una concepción armoniosa y unificada del ser humano a una mentalidad totalmente dualista.

En efecto, mientras que el principio de inalienabilidad se refiere al respeto del hombre como combinación armoniosa e indisoluble de cuerpo y mente, el derecho de control sobre el propio cuerpo pisotea la unidad de cuerpo y mente y establece una dicotomía entre la voluntad del individuo, poseedor del derecho, y su cuerpo, objeto de ese derecho. Afirma la primacía de la voluntad sobre el cuerpo, e incluso contra el cuerpo. En consecuencia, reduce la dignidad humana a la sola voluntad, de donde surge el actual reinado de la autonomía individual.

### *C. Derechos transnaturales*

Los derechos humanos de 1948 reafirmaron la existencia de la naturaleza humana, de la dignidad humana y de la primacía de la persona humana. En la segunda etapa, el individualismo enfrentó a la naturaleza humana consigo misma, exaltando la mente sobre la materia para hacer prevalecer la voluntad individual sobre el cuerpo. Finalmente, en la tercera y penúltima etapa, el transhumanismo afirma que la mente tiene el poder de trascender la naturaleza y transformarla. Cada paso del proceso –de los derechos naturales a los antinaturales y, finalmente, a los transnaturales– conduce a nuevos desarrollos en la comprensión de los derechos humanos.

Los derechos antinaturales ofrecen a los individuos la libertad de negar la naturaleza humana y todo lo que la acompaña (la vida, el cuerpo, la familia, la religión y las tradiciones). No existen por ninguna razón, excepto para negar los derechos que ya existen. De este

modo, son nihilistas y no crean nada, solo destruyen las normas que expresan y protegen la naturaleza humana. Por el contrario, el nuevo conjunto de derechos que está surgiendo en la actualidad orienta la voluntad humana no solo contra la naturaleza, sino por encima de ella, proponiéndose redefinirla y transformarla. Estos derechos pretenden crear algo nuevo, lo que los convierte en transnaturales: la expresión jurídica y el apoyo a la filosofía del transhumanismo. Mientras el individuo se afirma en la negación de la naturaleza, el transhumano la domina y la redefine. El transhumanismo ya no ataca la moral natural de forma directa, como hacía el individualismo, sino que trabaja en sentido ascendente, sobre la realidad física y el soporte natural de las normas morales. La técnica y el discurso de los derechos humanos trabajan juntos: una vez que la primera ha transformado la realidad, la segunda normaliza esta transformación haciéndola objeto de nuevos derechos transnaturales.

Estas tres generaciones de derechos tienen fines diferentes. Los derechos naturales se dirigen sobre todo al objetivo de proteger al ser humano para que pueda realizar las potencialidades de su naturaleza, mientras que los derechos antinaturales se dejan llevar por el ideal de liberación o emancipación del individuo y los derechos transnaturales se dirigen a la mejora progresiva de la humanidad. Estos derechos transnaturales se centran en aquellos deseos que existen fuera de la naturaleza, y que de hecho la trascienden. Se expanden y multiplican al mismo ritmo que los avances científicos y tecnológicos aumentan nuestro poder. Muchos de estos derechos ya están apareciendo, como el de dar a luz a un niño con genética selectiva, o el de cambiar la apariencia exterior para que coincida con la del otro sexo. Los derechos del aborto y de la eutanasia, en cambio, son antinaturales porque se contentan con negar y destruir la realidad. Tras un período adolescente de autoafirmación que niega y se opone a la naturaleza, la mente humana entra en una etapa de deseo adulto y busca lograr el dominio sobre ella. Para el transhumanista, este acto de trascendencia es la expresión del poder humano y el logro de una forma mayor de dignidad humana.

El transhumanismo penetra en la profesión médica desde el momento en que se emplea para cualquier fin que no sea la curación. Podemos identificar el inicio del transhumanismo en el abandono del

principio de que el tratamiento médico debe estar precedido por una necesidad terapéutica y dirigido a un fin terapéutico. Hasta la ley del 27 de julio de 1999<sup>17</sup>, el artículo 16-3 del Código Civil francés establecía que “no se puede atentar contra la integridad del cuerpo humano salvo en caso de necesidad terapéutica para la persona”, lo que prohibía todo procedimiento sobre el cuerpo que careciera de justificación terapéutica, incluso con el consentimiento de la persona implicada. Este principio excluye, por ejemplo, la posibilidad de realizar experimentos médicos que no beneficien directamente al paciente de forma proporcional al riesgo en el que se incurrió. Por ello, en una sentencia de 27 de junio de 1913<sup>18</sup>, el Tribunal de Lyon condenó a un científico por haber llevado a cabo un experimento consentido sobre una persona sin compensación, basándose en que “tal convención no podía admitirse como compatible con la dignidad humana”. Este principio se reafirmó después de la Segunda Guerra Mundial. Además, un hombre que realizaba esterilizaciones fue condenado<sup>19</sup> por realizar cortes y lesiones voluntarias porque no podía “invocar el consentimiento voluntario a las operaciones como escudo contra la responsabilidad penal, ya que los implicados no podían darle el derecho a violar las leyes que regulan el orden público al operar en sus cuerpos”<sup>20</sup>. Por tanto, la medicina solo debe utilizarse para “curar”; tal es su límite por respeto a la dignidad humana y sus corolarios: los principios de inalienabilidad y santidad del cuerpo humano. Este límite, sin embargo, ha sido barrido durante las últimas décadas, como la mayoría de los que se apoyaban en una concepción de la dignidad humana fundada en la naturaleza humana.

17. Ley N° 99-641, del 27 de julio 1999, *Law Providing for Universal Healthcare Coverage*.

18. Lyon, 27 de junio de 1913, D. 1914, 2.73.

19. *Case of the Bordeaux Sterilizations*: Cass. Crim., 1° de julio de 1937, Rev. Sc. Crim., 1937, 680.

20. De hecho, una persona que acceda a usar esa anticoncepción podría ser objeto de severas sanciones penales (art. 222-1, 222-9 del Código Penal francés) y de sanciones disciplinarias según el art. R. 4127-41 C de Sanidad Pública, “no puede realizarse ningún procedimiento de mutilación sin un motivo médico grave y, salvo en caso de urgencia o imposibilidad, sin el consentimiento informado del paciente”.



En Francia, esto se produjo primero a través de las leyes de legalización de la anticoncepción y el aborto, que socavaron el principio de que el embarazo no es una forma de enfermedad o dolencia. Posteriormente, la ley del 20 de diciembre de 1988<sup>21</sup> autorizó a los laboratorios farmacéuticos a realizar estudios en voluntarios sanos sin “fines terapéuticos directos” y sin compensación<sup>22</sup>. El interés del progreso científico colectivo y el libre consentimiento de estos “conejillos de indias humanos” se utilizaron para justificar este nuevo enfoque. Más tarde, en 1999, el artículo 16-3 se modificó sustituyendo el adjetivo “médico” por el de “terapéutico”, autorizándose violaciones generalizadas de la integridad del cuerpo humano. La cirugía estética encontró así sus alas. Desde entonces, el legislador ha autorizado la esterilización como forma de anticoncepción en 2001<sup>23</sup>, luego la investigación puramente cognitiva en seres humanos mediante la ley de bioética aprobada el 9 de agosto de 2004, y luego la investigación en embriones humanos en 2013, y otras más.

Basta con que un juez reconozca que el deseo de un individuo de beneficiarse de una determinada técnica médica entra en el ámbito de la vida privada para que se proteja y evalúe como un “derecho humano”. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado que el “deseo” de una pareja “de procrear un hijo que no esté afectado por la enfermedad genética de la que son portadores sanos y de recurrir a la procreación médicamente asistida y al DGP”<sup>24</sup> está protegido por el derecho al respeto de la vida privada y familiar. También ha seguido hablando de un “derecho a traer al mundo un niño que no esté afectado por una enfermedad genética”<sup>25</sup>.

21. Ley N° 88-1138, 20 de diciembre de 1988.

22. Esta ley influyó en la ampliación de la Declaración de Helsinki de junio de 1964, como la realizada en Tokio en 1975, que permitía la investigación médica sin beneficios personales directos para los pacientes. La Declaración introdujo una distinción fundamental dentro de la investigación “clínica”, entre “aquella con un objetivo esencialmente terapéutico” y aquella “con un objetivo puramente científico” que carece de cualquier beneficio terapéutico para la persona sobre la que se realiza la investigación.

23. Ley N° 2001-588, del 4 de julio de 2001.

24. TEDH, *Costa and Pavan v. Italy*, nro. 54270/10, 28 de agosto de 2012, § 57.

25. *Ibíd.*, § 65.

## LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS...

Así pues, el transhumanismo ya se ha infiltrado en los derechos humanos: sus principios simplemente esperan circunstancias favorables en las que desplegar su poder para la transformación del hombre. El transhumanismo no es incompatible con los derechos humanos; es simplemente la extensión individualista y técnica de estos derechos, de hecho, el florecimiento de aquello que daría a estos derechos la capacidad de cumplir la promesa de felicidad formulada en el siglo XVIII. El transhumanismo se opone a la versión personalizada y encarnada de los derechos humanos, pero no a la forma nacionalista que adoptaron en 1789, que prefiguraba ya los del individuo incorpóreo. Es inútil, en este entorno, contar con los derechos humanos como método para oponerse a los peligros del transhumanismo. Al contrario, son en realidad uno de sus mayores contribuyentes.

	<b>Derechos naturales</b>	<b>Derechos antinaturales del individuo</b>	<b>Derechos trasnaturales</b>
<b>Inspiración</b>	Personalismo	Individualismo	Progresismo
<b>Objetivo</b>	Protección de la persona humana	Liberación del individuo	Mejoramiento de lo humano
<b>Relación entre cuerpo y mente</b>	Unión armoniosa	Oposición y superioridad de la mente	Trascendencia del cuerpo a través de la mente
<b>Relación con la ley natural</b>	La ley está fundada en la naturaleza	La ley está separada de la naturaleza	La ley redefine a la naturaleza
<b>Orígenes de la dignidad humana</b>	La condición del ser humano	Libre albedrío individual	Perfectibilidad humana
<b>Relación del sujeto con la sociedad</b>	Participación	Autonomía	Alienación
<b>Fin último</b>	Realización personal	Afirmación del individuo	Dominación
<b>Relación con Dios</b>	Respeto	Ignorancia	Rechazo
<b>Relación con el Estado</b>	Negativo: el Estado es una amenaza	Neutral: el Estado es imparcial	Positivo: el Estado es proveedor del bienestar



# DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA SOBRE EUTANASIA

ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA (BUENOS AIRES)

Con respecto a la eutanasia, la Academia Nacional de Medicina declara que su posición es contraria a su legitimación y aceptación de su implementación como práctica médica. Su uso como medio para aliviar el dolor o el sufrimiento, objetivo perfectamente razonable en sí, no justifica moralmente el empleo de técnicas médicas con el objetivo e intención directa de provocar la muerte de un paciente, tanto en el caso de que sea el médico quien provoque la muerte (eutanasia) como en el caso de que el médico se limite a proporcionar los conocimientos y los fármacos necesarios para que el paciente pueda suicidarse (suicidio asistido). A la luz de la sociedad, al saber un enfermo que el médico podría matarlo, la relación entre las personas y la medicina se resentiría y la confianza necesaria para la relación médico-enfermo perdería su valor y podría transformarse en desconfianza.

El alivio eficiente y el acompañamiento compasivo son la respuesta médica aceptable y validada cuando el sufrimiento interpela.

Sobre la base de la experiencia y el conocimiento científico actuales, afirmamos que uno de los fines esenciales de la medicina es el alivio del dolor y el sufrimiento causados por enfermedades y traumas en la salud. La evidencia demuestra la efectividad de los cuidados paliativos y recomienda su aplicación temprana en el curso de las enfermedades avanzadas y amenazantes para la vida (no solo aplicados en los momentos finales). En nuestro país, el alcance real y actual de

su cobertura es limitado e insuficiente, pese a la recientemente promulgada Ley Nacional de Cuidados Paliativos.

Por estas razones, la Academia Nacional de Medicina recomienda garantizar la provisión de los cuidados paliativos como parte esencial de la adecuación del esfuerzo terapéutico en condiciones de enfermedad avanzada y amenazante de la vida, con el objetivo de implementar todas las estrategias interdisciplinarias necesarias para el alivio del sufrimiento. Debe considerarse, además, la suspensión (o no indicación) de aquellas intervenciones que pueden ser beneficiosas en etapas más tempranas de la enfermedad pero que en la condición avanzada resulten fútiles, perjudiciales o desproporcionadas a los objetivos alcanzables. En el contexto del final de la vida, la opción terapéutica de la sedación paliativa se justifica cuando los síntomas del paciente resultan refractarios a las intervenciones paliativas y aparece sufrimiento severo, resaltando que dicha sedación paliativa no acelera la muerte (la cual ocurrirá prontamente por la condición de gravedad de la enfermedad subyacente) sino que mitiga la percepción del sufrir.

16 de noviembre de 2022.

# REVISTA FORUM

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

*FORUM* –Anuario del Centro de Derecho Constitucional– adopta las siguientes *normas de publicación*, en consonancia con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan el ideario y el proyecto integrador de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

### I. Cobertura temática

La Revista *FORUM* (en adelante, la Revista) publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Constitucional y sus disciplinas afines, conforme a su misión, que se inserten en las siguientes categorías temáticas:

- 1.1. Derecho Constitucional;
- 1.2. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas);
- 1.3. Derecho Internacional Público;
- 1.4. Derecho Administrativo;
- 1.5. Historia del Derecho;
- 1.6. Derecho Canónico y Eclesiástico;
- 1.7. Derecho Comparado.

### II. Código de conducta y buenas prácticas editoriales

*FORUM* adhiere al Código de conducta y mejores prácticas del *Committee on Publication Ethics* (COPE), denominado *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors y Code of Conduct for Journals Publishers*.

*FORUM* asegurará la calidad científica de las publicaciones y la adecuada respuesta a las necesidades de los/as lectores/as y los/as autores/as. Los trabajos que se presenten a la Revista deben cumplir con estas normas éticas.

### III. Secciones de la Revista

La Revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según distintas secciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

#### *Artículos de investigación*

Se publican dentro de esta sección trabajos que cumplan con las siguientes características.

- a. Estructura de la investigación
  - El tema tratado debe realizar aportes científicos y ofrecer conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento, en línea con el espíritu del Centro de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
  - Deber existir coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
  - El trabajo debe contar con bibliografía actualizada y pertinente con la temática.
- b. Requisitos

Los trabajos presentados deben ser escritos en español (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a los comentarios, las notas, reseñas, crónicas y ensayos, en cuanto corresponda. Preferentemente se aceptarán trabajos en castellano. No obstante, también pueden recibirse en italiano, francés, inglés o portugués.
- c. Extensión

No podrán tener una extensión menor a las 5.000 ni mayor a las 25.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en fascículos diferentes.
- d. Otros

El trabajo debe enviarse con el título en el idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 300 palabras y palabras claves en un

número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo deberá incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.

e. Evaluación

Los trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

f. Originalidad

Los trabajos propuestos para esta Sección deberán ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en *FORUM*. Para tal caso, los autores deben enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

### *Notas y comentarios*

- a. Estructura: Esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 15.000 palabras.
- b. Originalidad: Los trabajos propuestos para esta sección deben ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar por vía digital una carta que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en la Revista.
- c. En el caso de comentarios de jurisprudencia, la sentencia, con indicación del tribunal interviniente, nombre de los firmantes y fecha de emisión, debe ser entregada junto con el trabajo enviado, como anexo. Si la sentencia fue extraída de una página web debe indicarse dirección de acceso.
- d. Otros: El trabajo debe enviarse con el título en idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo debe incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.
- e. Las notas y comentarios serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.



### *Recensiones, crónicas y ensayos*

La sección incluye reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 4.000 palabras. Las recensiones no contarán con palabras clave. La Revista podrá publicar crónicas y ensayos que no superen esa extensión de palabras.

### *Documentos*

La Dirección podrá seleccionar documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

### *Otras secciones*

Según las necesidades del número publicado, podrán incluirse necrológicas, recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de conferencias y/o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

## **IV. Los autores**

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen, si la hubiere. Los autores deben informar al menos el máximo grado académico que poseen, junto con la universidad que lo otorgó y el año, los cargos o compromisos laborales o profesionales, dedicatorias o los proyectos científicos patrocinados en los que el trabajo se enmarca podrán incluirse como segundo párrafo de la nota al pie inicial, antes de las notas de numeración correlativa. Los autores deberán indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. Podrán incluir los agradecimientos que estimen pertinentes.
2. Los autores que se encuentren en conflicto de interés con el trabajo presentado deben efectuar la aclaración pertinente en la nota al pie inicial, junto con sus datos personales. También deberán aclarar si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una

beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

3. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia al número de *FORUM* en el cual haya aparecido.
4. Los autores cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, habilitando la reproducción de su trabajo en el Repositorio Digital o Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los trabajos que contiene esta Revista representan la opinión de sus autores y no constituyen necesariamente la opinión oficial de la Pontificia Universidad Católica Argentina ni de ninguno de sus órganos.
6. Por lo menos el 50 % de los trabajos publicados en cada número de la Revista pertenecerán a autores externos a la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sin perjuicio de ello, la Revista publicará al menos dos trabajos pertenecientes a autores de la Universidad por número.

## V. Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores aquellos envíos que incurran en las siguientes causales de rechazo:

- a. Que el manuscrito haya sido publicado o se haya enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. Si el archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. Si el texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las *normas de publicación*.
- d. Si el autor no ha aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

## VI. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido del Director de la Revista, para

discernir la originalidad, relevancia e interés científico. En el caso de los artículos de investigación, la evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada.

2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación, o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. Solo se iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes *normas de publicación*. La adaptación de los originales a las *normas de publicación* de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a la Revista para las secciones de “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” serán evaluados por un árbitro externo a la Revista, designado por la Secretaría de Redacción. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego simple” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 30 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entregará al árbitro un certificado que acredite su labor.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Director de la Revista y el Consejo Editorial (en adelante, la Dirección de la Revista). Se podrá recurrir a un segundo arbitraje si fuera necesario.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación por el árbitro académico.
10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para asegurar la objetividad respecto de los autores.

## VII. Normas para árbitros

- a) Los artículos, notas y comentarios presentados serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos. No serán sometidos a arbitraje las rese-

ñas, crónicas y/o ensayos cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección de la Revista.

- b) El *referato* de la Revista está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) y/o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) y/o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuyas áreas de trabajo son la Teoría y el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho Político, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal Constitucional, la Historia Constitucional, la Historia de las Ideas Políticas y otras disciplinas afines. La selección del árbitro dependerá de la temática del artículo.
- c) El árbitro que se encuentre en conflicto de interés con el trabajo que se le ha encargado evaluar debe inmediatamente excusarse de participar en el proceso del trabajo que se trate.

## VIII. Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

### 1. Formato para textos

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra *Times New Roman*, negrita de 14 puntos para el título; negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel; cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel; 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

### 2. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas siempre deben ir a pie de página y no en el cuerpo del texto. Deben adoptar el siguiente formato:

- a. Referencias de libros: apellidos y nombres del autor, título de la obra (en letra cursiva o bastardilla), lugar de publicación, editorial, año de edición, página o páginas citadas (todo separado por comas).  
Ejemplo: Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 1985, p. 250.  
Si se trata de una traducción y se requiere mencionar el autor, se anota después de la editorial. Por ejemplo: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cuarta edición, novena reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, trad. Moisés Nilve, 2009, p. 174.

- b. Referencias de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva: apellidos y nombres del autor, “título del escrito” (en letra normal y entre comillas), apellidos y nombres del compilador o editor, indicándolo, o emplear AA.VV. cuando se trate de varios autores sin un editor compilador declarado, título de la obra, lugar de publicación, editorial, año de edición, páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Bandieri, Luis María, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 34-51.
- c. Referencias de artículos de revista: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, nombre de la revista (en cursivas), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Castaño, Sergio Raúl, “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro*, Nueva época, Madrid, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 27-60.
- d. Referencias de artículos de periódicos: nombre y apellidos del autor, “Título del artículo”, nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Ventura, Adrián, “La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso”. *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. Ídem.
- e. Referencias de Internet: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, lugar, fuente editorial, fecha de la publicación (si está disponible), dirección de la página web, fecha de consulta, todo separado por comas.  
Ej. Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Buenos Aires, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, rescatado de: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012).
- f. Jurisprudencia citada: las referencias a las sentencias citadas deben contener las partes en cursiva, el año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, el tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Debe especificarse el tomo y página de la publicación oficial; el link respectivo (con más fecha de último acceso) si hubiera publicación online disponible. Si no estuviera publicada oficialmente se incluirá la referencia a una publicación no oficial.  
Ej. *Cruz, Felipa y otros c/ Minera Lumbrera Ltd. y otro s/ sumarísimo* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2016, *Fallos*: 339:142.  
En el caso de citarse jurisprudencia extranjera, se deberá emplear el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

- g. Las citas intertextuales en el cuerpo del texto deben ir “entre comillas”. Si las citas son en idioma distinto del español, deben hacerse “entre comillas y en itálica”. Las citas de caja menor deben ir sin comillas y en fuente *Times New Roman* 12, con un margen izquierdo tabulado de 1,25 cm. 8. Para los términos del texto que estén en un idioma diferente al original del artículo se debe utilizar letra itálica. Para citas textuales dentro de un texto ya entrecomillado (“ ”) se utilizan las comillas angulares de apertura y de cierre (« »). Si en el interior de la cita, se omite alguna frase, debe indicarse con paréntesis y tres puntos (...).

### 3. *Presentación de la bibliografía*

Al concluir el trabajo, debe presentarse la totalidad de la bibliografía utilizada, expuesta en orden alfabético, según el apellido del autor (o del primer autor, si la respectiva obra tiene más de uno), guardando la misma estructura y forma señalada en los anteriores puntos. Para los casos de referencia de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva y artículos de revista, se deben citar de forma completa las páginas de inicio y final del respectivo trabajo.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

