

ISSN 2618-5121 (web)

FORUM

15

AÑO 2023

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**



Junio 2023

FORUM

REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Número 15

Junio 2023

ORLANDO JUAN GALLO

Director del Centro de Derecho Constitucional

ROBERTO ANTONIO PUNTE

Director de la revista

SOFÍA CALDERONE

Secretaria de redacción



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, junio de 2023

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)

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)

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

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

SUMARIO

Editorial: Academia y política: un diálogo necesario (Academy and politics: a necessary dialogue), por ROBERTO A. PUNTE	15
--	----

Parte I - Artículos de investigación

FILIPPO PIZZOLATO

Dalla Rivoluzione Francese alla <i>frates omnes</i> : criticità e declinazioni della fraternità come principio giuridico e politico (From the French Revolution to the <i>frates omnes</i> : criticism and declinations of fraternity as a juridical and political principle).....	23
--	----

Parte II - Notas o comentarios

ARMANDO S. ANDRUET (H)

Exégesis y crítica al Código de Ética de Juezas y Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Exegesis and Criticism of the Code of Ethics for Judges of the Inter-American Court of Human Rights)	49
---	----

FRANCO ANDRÉS MELCHIORI

Caso <i>Denegri</i> : el consentimiento para la disponibilidad de derechos personalísimos, el interés público y los motores de búsqueda (" <i>Denegri</i> " Case: Consent to Allow for the Interference in Strictly Personal Rights, Public Interest, and Search Engines).....	81
--	----

Parte III - Ensayos, crónicas y reseñaciones

ESTELA B. SACRISTÁN

Recensión: Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, 241 pp. 105

IGNACIO COLOMBO MURÚA

Recensión: Garay, Alberto F.; Legarre, Santiago; Ahumada, Carolina; Ratti Mendaña, Florencia e Ylarri, Juan S., *La Corte Suprema y los precedentes obligatorios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2022, 242 pp. Prólogo de María del Carmen Battaini 119

Parte IV - Documentos

JUAN G. NAVARRO FLORIA, ALFONSO SANTIAGO

Y HORACIO BERMÚDEZ

Laicidad positiva y libertad religiosa: *amicus curiae* presentado por CALIR en la causa Caso Natalia Jaramillo Sandoval y otros vs. la Universidad Nacional (Expediente T9117732), Colombia, el 23 de marzo de 2023 131

Normas de publicación 171

EDITORIAL

ACADEMIA Y POLÍTICA: UN DIÁLOGO NECESARIO

ACADEMY AND POLITICS: A NECESSARY DIALOGUE

ROBERTO A. PUNTE¹

En esta ocasión, la editorial tiene por objetivo reflexionar brevemente acerca de la necesidad del diálogo entre la academia y la política. Por eso, para iniciar, debo aclarar que tomo aquí la expresión “academia” en su sentido más amplio, de asociación de personas especializadas en el ejercicio de la búsqueda y profundización del conocimiento en cualquiera de sus campos, bajo cualquier forma institucional que sea; esto es, las academias propiamente dichas, las universidades, los institutos de investigación, los grupos de pensamiento, entre otras. La palabra política, por su parte, también será empleada en sentido muy holgado, para incluir a todos quienes por vocación u oportunidad se encuentran obligados a ejercer tanto funciones de liderazgo como de decisión en materias que hacen a una comunidad más o menos amplia, de modo que tengan relevancia de impacto sobre el bien común general; entre ellos, los funcionarios pú-

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”*. Correo electrónico: punte@bscp.com.ar.

blicos de cualquier nivel, los dirigentes de empresas, sindicatos, organizaciones sin fines de lucro o fundaciones.

Desde su fundación por Platón en el 361 a. C., en la sede de un antiguo gimnasio en las afueras de Atenas y cerca del santuario dedicado al héroe Academo, la academia es el nombre genérico de cualquier centro especializado en la actividad filosófica y cultural, con un propósito también político –formar las elites ciudadanas–. El objetivo inicial de la academia no era generar hombres más cultos o con mayor dominio de la retórica, como los sofistas, sino más humanos, es decir, más conscientes de sí, más racionales, más sabios en el sentido profundo del término, capaces de buscar la verdad y la justicia, y de discernir entre el mal y el bien en concreto, tanto en lo propio como respecto a la *polis* o República.

Su discípulo, Aristóteles, se apartó del idealismo de su maestro para observar la realidad con espíritu de conocer. Se dice que estudió 158 constituciones de otras tantas ciudades o estados, entendiendo, por tales, su sistema de organización y toma de decisiones. El resultado de estas observaciones lo llevó a elaborar tres modelos básicos de formas de gobierno: monarquía, aristocracia y democracia, según el número de gobernantes –uno, varios o la mayoría–. Y concluyó que todos ellos pueden ser apropiados cuando el poder se ejerce de forma justa. Y, al mismo tiempo, todos son parejamente susceptibles de corromperse en tiranías, oligarquías o demagogías. Siglos más tarde, el historiador griego Polibio observó que en realidad todo gobierno tendía a una estructura mixta donde uno decidía en última instancia, acompañado por un grupo de los más capaces o mejores ciudadanos, con la aquiescencia, conformidad o apoyo del resto.

Entre nosotros, el pensador Ernesto Palacio publicó en 1949, con el título *Teoría del Estado*, su tesis de que todo gobierno tendía “naturalmente” a adoptar la forma mixta, y que lo que distinguía entre sí a los diferentes modelos era el concepto de “legitimidad” en que se apoyaban, esto es el origen divino, o por la victoria militar, o por el ejercicio más o menos amplio de la soberanía popular².

2. Palacio, Ernesto, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Política, 1949.

Ahora bien, desde la doctrina clásica se considera que la virtud específica que se requiere para los actos de autogobierno personal, y que debe caracterizar al encargado de gobernar a otros, es la *prudencia*, que se sirve a su vez de la memoria, el conocimiento de las circunstancias y la justicia para el ejercicio del buen gobierno.

Esto vale en general, pero admite en lo particular que es preciso además atender a las virtudes específicas para cada función o cargo. Ya Aristóteles proponía un ejemplo provocativo, cuando observa en el Libro V de la *Política* que, “para el generalato, se prefiere la experiencia a la virtud (...). Para un cargo de vigilancia y de tesorería es lo contrario (pues se necesita más virtud que la que la mayoría posee y un conocimiento al alcance de todos)”³.

En definitiva, nos encontramos en que no siendo útil que sea “filósofo” el gobernante, sí es necesario que sepa acudir a los mejores para que lo acompañen en su gestión. O sea, no corresponde que los académicos gobiernen, pero sí es necesario que el político pueda apoyarse en los académicos, para su buen gobierno.

Y daré, de mi propia cosecha, algunos ejemplos sobre el particular: no es necesario que el gobernante sepa todos los idiomas, pero sí que tenga buenos intérpretes o traductores. Y del mismo modo, buenos estrategas, funcionarios y diplomáticos con experiencia y formación, hábiles negociadores e investigadores.

Éste prolegómeno tiende precisamente a justificar la existencia de un Centro de Derecho Constitucional como el nuestro y de una publicación como *FORUM*, así como el requerimiento del necesario diálogo entre los especialistas y los decisores que, lamentablemente, muestra altibajos y muchas veces no existe.

Tal circunstancia obliga a reflexionar también sobre los obstáculos que obstruyen lo que debiera ser un canal de ida y de vuelta de fluida comunicación. Para mencionar algunos me atrevo a destacar los más notorios que pueden advertirse y que debieran superarse desde uno u otro sector. Por el lado político, un sesgo consistente en su orgulloso decisionismo voluntarista y la excesiva confianza en las

3. Aristóteles, *Política*, V, 4, 1309b. Para este trabajo, se ha consultado la edición de la Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1988, con traducción de García Valdéz, Manuela.

intuiciones y experiencias propias, fundada en la sensación de que, si se ha llegado al cenit del poder de que se trate, ha sido por las habilidades propias y que no necesita de las opiniones ajenas. En la otra ribera, el sesgo que afecta a los académicos parece ser la excesiva especialización, con déficit de conexión con la vida real, la del común de las gentes que transitan por las calles y habitan los hogares, lo que redundaría en la tendencia a aferrarse inflexiblemente a sus elaboraciones como dogmas intocables (y una cierta desconfianza hacia el fenómeno político). ¿Cómo superar estos desencuentros? ¿Cómo lograr que ambos sectores se allanen a un diálogo de ida y vuelta que les permita enriquecerse mutuamente?

Quizás una primera respuesta a estos interrogantes puede hallarse en reconocer que hay problemas que les son comunes y que puede ser fructífero el debate y el intercambio de experiencias para la búsqueda de soluciones. Pero, antes que eso, es necesario que unos y otros tengan conciencia de su equivalente igualdad como simples ciudadanos y pasajeros de la misma nave, debiendo desde su puesto ayudar a encontrar puertos seguros, lejos de la incertidumbre y los riesgos de las permanentes tempestades que afectan nuestra vida cotidiana.

Por nuestra parte, esta es en el fondo la verdadera y más propia “función social” de nuestra Universidad, y dentro de ella la razón de ser del Centro de Derecho Constitucional, donde buscamos generar espacios de puesta en común de experiencias y reflexiones, que abran puertas al debate y también en lo posible de soluciones para los temas críticos que se van debatiendo. La revista *FORUM* trata de ser reflejo de este espíritu que nos anima y hoy tenemos entre manos su decimoquinta edición.

El número que aquí se presenta inicia con un trabajo de investigación del profesor italiano Filippo Pizzolato, que aborda la temática de la fraternidad como principio jurídico y político (Parte I). Seguidamente, en la sección destinada a notas y comentarios, se agrega un estudio de Armando S. Andruet (h) sobre el *Código de Ética de Jueces y Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, que comenzó a regir el 1° de enero de 2023. Luego, Franco Melchiori nos invita a revisar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en *Denegri*

(2022)⁴, desde una mirada que se enfoca en el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos en el caso de menores de edad (Parte II).

Con indudable actitud dialógica, esta edición contiene dos reseñas de libros de reciente publicación y de importancia para el derecho constitucional. Primero, Estela Sacristán nos adentra en la obra del jurista norteamericano Adrian Vermeule, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition* (Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022). Mientras Ignacio Colombo Murúa reseña la obra colectiva, de la que participaron Alberto F. Garay, Santiago Legarre, Carolina Ahumada, Florencia Ratti Mendaña y Juan S. Ylarri, titulada *La Corte Suprema y los precedentes obligatorios* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2022) (Parte III).

La revista se completa con la reproducción del *amicus curiae* presentado por los profesores Juan G. Navarro Floria, Alfonso Santiago y Horacio Bermúdez, en representación del CALIR, en la causa *Caso Natalia Jaramillo Sandoval y otros vs. la Universidad Nacional* (Expediente T9117732), que tramita en Colombia (Parte IV). El documento es, además, prueba de la riqueza de las conversaciones de los académicos y estudiosos con el mundo práctico del derecho.

Esperamos que este número resulte de interés para nuestros lectores y los impulsamos a formar parte del diálogo que como Universidad –y en particular desde el Centro de Derecho Constitucional– propiciamos.

4. CSJN, *Denegri, Natalia Ruth c/ Google inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas*, sentencia del 28/06/2022, Fallos: 345:482.

PARTE I

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

DALLA RIVOLUZIONE FRANCESE ALLA *FRATRES OMNES*: CRITICITÀ E DECLINAZIONI DELLA FRATERNITÀ COME PRINCIPIO GIURIDICO E POLITICO

FROM THE FRENCH REVOLUTION TO THE *FRATRES OMNES*: CRITICISM AND DECLINATIONS OF FRATERNITY AS A JURIDICAL AND POLITICAL PRINCIPLE

FILIPPO PIZZOLATO¹

Recibido: 21 de marzo de 2023

Aprobado: 8 de junio de 2023

RESUMEN

Este trabajo analiza el camino del difícil reconocimiento de la importancia política y jurídica del principio de fraternidad y muestra sus posibles declinaciones. Se destaca el aporte de la encíclica *Fratres omnes* para las declinaciones identificadas.

1. Catedrático de Instituciones de Derecho Público en la Universidad de Padua (Italia); enseña Doctrina del Estado en la Universidad Católica de Milán (Italia). Este artículo es la reelaboración de un informe presentado en la conferencia "*Mai senza l'altro. L'imperativo etico della fratellanza*", organizada por la Facultad de Teología del Norte de Italia el 16 de febrero de 2021. Correo electrónico: filippo.pizzolato@unipd.it.

PALABRAS CLAVE

Principio de fraternidad; Democracia; Solidaridad.

ABSTRACT

The essay analyzes the path of complicated recognition of political and juridical relevance of fraternity and shows its possible declinations. It reconstructs the contribution of the *Fratres omnes* encyclical to these declinations.

KEYWORDS

Fraternity; Democracy; Solidarity.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Pizzolato, Filippo, "Dalla Rivoluzione Francese alla *fratres omnes*: criticità e declinazioni della fraternità come principio giuridico e político", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 15, 2023, pp. 23-45.

1. LA FRATERNITÀ, DALLA CONDIZIONE NON ELETTIVA AL CRITERIO DI CONDOTTA

A monte della individuazione del rilievo politico-giuridico della fraternità si pone la questione aperta della fondazione teorica e della definizione di tale principio. Tale premessa, complessa e non risolta in modo univoco, rinvia alla considerazione delle radici plurali, filosofiche o religiose, di questo principio. Si può tentare di definire la fraternità come quel principio che, muovendo dal riconoscimento di una condizione di natura non elettiva –l'essere fratelli– o comunque di un legame preesistente e indisponibile, ne fa discendere un criterio di condotta personale, sociale e, eventualmente, politica. Il movimen-

to e il passaggio cruciale che la fraternità traccia è dunque quello che dal riconoscimento di un legame, che è assunto come dato, conduce a una conseguente (ma tutt'altro che automatica e anzi problematica) condotta di cura. Il lemma "fraternità" esprime infatti sia una condizione esistenziale, sia un criterio valoriale.

Il tipo di condotte che la fraternità vorrebbe ispirare presenta tratti peculiari e, in particolare, i caratteri di una prossimità curativa e di una relazionalità intensa e tendenzialmente non mediata. Su questa linea, il filosofo Edgar Morin ha recentemente proposto di distinguerla da quelle espressioni di solidarietà sociale "organizzate burocraticamente, (ch)e non possono offrire quel rapporto affettivo e affettuoso, da persona a persona, che è la fraternità"². Inoltre, i protagonisti del rapporto fraterno rimangono, per così dire, su uno stesso piano, disposti orizzontalmente, al di fuori o al di là di schemi gerarchici di sovra/sotto-ordinazione, e sono chiamati alla corresponsabilità.

Un punto importante, sul piano pre-politico, riguarda l'identificazione della condizione che è riconosciuta come data. Sappiamo che il principio di fraternità può avere una sorgente di tipo religioso o di tipo filosofico (o entrambe). L'origine religiosa muove dal riconoscimento di una paternità divina affratellante. L'origine filosofica interpreta il legame come fondato su una comune *natura* umana o su un'appartenenza politica condivisa (la Patria o la Nazione). Su queste basi, appena stilizzate³, si reggono la fraternità (anche) cristiana e quella laico-illuministica, e cioè le fondamentali declinazioni del principio che hanno attraversato, con alterne fortune, la storia politica. La fraternità ebraico-cristiana affonda le sue radici nei testi dell'Antico Testamento, in cui essa sembra oscillare tra il riferimento al popolo

2. Morin, Edgar, *La fraternità, perché? Resistere alla crudeltà del mondo*, Roma, Ave, 2020, pp. 13 e 29: "(...) in modo più o meno consapevole, la comunità vissuta delle fraternizzazioni comporta una sostanza avvolgente quasi materna".

3. Mi permetto di rinviare, per svolgimenti più puntuali, a Pizzolato, Filippo, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, Città Nuova, 2012, p. 9 ss.; e Idem, "A proposito di fraternità cristiana e fraternità giuridica", in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vita e Pensiero, 2011, p. 541 ss.

eletto di Israele e un'apertura di tipo universale⁴. È ricorrente nella Bibbia lo schema della coppia di fratelli (Abele e Caino, Isacco e Ismaele, Giacobbe ed Esaù), in cui si distinguono l'eletto e il riprovato, il quale ultimo resta ciò nondimeno radicalmente fratello. Nel Nuovo Testamento, questa ambivalenza, se non si scioglie, assume forme nuove, segnando il confine (mobile) tra una fraternità vissuta secondo un ideale di comunione, che dovrebbe caratterizzare l'anello stretto della comunità cristiana, e una fraternità universale, verso cui la Chiesa resta protesa. Le immagini che descrivono questo doppio movimento sono quelle del cenacolo e della croce⁵.

La fraternità laico-illuministica poggia le sue basi universalistiche su una comune natura umana, che si trova affermata, come sorgente dei diritti, nei testi classici del giusnaturalismo e del costituzionalismo liberale, il cui inizio risuona spesso in questo modo: "tutti gli uomini nascono liberi, uguali, (...)"; o, è declinata, in senso più squisitamente politico, come appartenenza a una medesima Patria e dunque come legame identitario dei cittadini. In questa seconda declinazione, la fraternità trova il suo referente logico-concettuale nell'idea di Nazione o di Patria, intesa, in scia a Rousseau, come "Padre protettore" o "Madre nutrice"⁶.

Le due prospettive non coincidono affatto, ma neppure vanno intese come inconciliabili. A loro volta, le due matrici possono originare diramazioni ed esiti differenti. A favore della conciliabilità (antropologica) delle due prospettive, religiosa e filosofica, si può riportare l'esortazione contenuta nell'enciclica *Fratres omnes* di Papa Francesco (par. 8): "(...) sogniamo come un'unica umanità, come viandanti fatti della stessa carne umana, come figli di questa stessa terra

4. Ratzinger, Joseph, *La fraternità cristiana*, Brescia, Queriniana, 2005, p. 14 ss.

5. Lombardi Vallauri, Luigi, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 96.

6. Borgetto, Michel, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 26, 30 e 34; Ozouf, Mona, "Fraternité", in Furet, François-Ozouf, *Mona, Dizionario critico della rivoluzione francese. Creazioni e istituzioni. Idee*, II, Milano, Bompiani, 1994, p. 814, in cui viene ripresa la definizione di Daunou (settembre 1789): "(...) la rivoluzione ha regalato ai francesi una patria, una società in cui tutti gli uomini possono essere fratelli".

che ospita tutti noi, ciascuno con la ricchezza della sua fede o delle sue convinzioni, ciascuno con la propria voce, tutti fratelli!". La concretezza della carne e della terra traccia un alveo che ospita il cammino comune dei viandanti, nella ricchezza delle differenze.

Va anche segnalato come in entrambe le macro-declinazioni sia dato riscontrare (su un piano teorico, ma soprattutto di invero storico) un'insidia, e cioè una possibile (dis)torsione del modo di intendere questa condizione originaria fraterna, fino a farne un dato di separazione⁷. Non sempre la fraternità è concepita come condizione e/o legame aperto all'universale e anzi del principio hanno provato ad appropriarsi movimenti politici di orientamento particolaristico o addirittura xenofobo.

2. LA DIFFICILE TRASPOSIZIONE DEL CONCETTO SUL PIANO POLITICO-GIURIDICO: RAGIONI E VICENDE

Non è affidato a questo contributo l'approfondimento della fondazione teologica o filosofica della fraternità. Al centro della presente riflessione sta il suo rilievo giuridico e politico. Tale rilevanza è stata contestata ed è tuttora incerta. Lo conferma la circostanza per cui, affrontando questo tema, il giurista senta quasi il dovere di giustificare la sua scelta. Ad ostacolare la traduzione della fraternità sul piano politico-istituzionale è stata nel tempo una serie di obiezioni o pregiudizi che la confinavano entro la sfera privata dei sentimenti, o ne facevano una questione legata a una precomprensione religiosa o, nella migliore delle ipotesi, a un ambito etico, non giuridico. Non a caso, sul piano politico e giuridico, la fraternità è stata affacciata sulla scena (quasi esclusivamente) all'interno di un motto e di preamboli e cioè nella parte di una costituzione di incerta prescrittività.

La fraternità è stata proclamata nel celebre motto del 1789 francese (*liberté égalité fraternité*), con funzione di collante civico e di richiamo alla concordia, al fine di unire e mobilitare i cittadini a difesa

7. Da ultimo, Morin, Edgar, *La fraternità, perché?*, cit., p. 15 distingue "fraternità chiusa" e "fraternità aperta".

delle conquiste della rivoluzione, rispetto al possibile ritorno dei nemici della rivoluzione stessa e dei privilegi d'*ancien régime*. La *fraternité* è stata declamata soprattutto nelle fasi conflittuali, coerentemente con questo suo ruolo di appello patriottico, e tuttavia, nella storia costituzionale francese, ha faticato a depositarsi in dispositivi giuridici, che non fossero, appunto, i preamboli, e a divenire principio fondativo di politiche pubbliche.

In effetti, al di là del richiamo del motto rivoluzionario, la *fraternité* non ha trovato posto nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, né nella Costituzione del 1791 (se non in un articolo aggiuntivo che, non a caso, istituisce feste nazionali per conservare il ricordo della Rivoluzione e per coltivare la fraternità fra i cittadini; similmente avviene nel 1795); e nemmeno nella Costituzione del 1793, che pure è ispirata da ideali fortemente egualitari. Occorre attendere la Costituzione del 1848, che si caratterizza per l'azione redistributiva e interventista della Repubblica e per la messa in opera di politiche di solidarietà sociale, per trovare riferimenti costituzionali alla *fraternité*, benché ancora tutti e solo nel preambolo⁸.

Dopo un successivo e lungo oblio, la triade del motto rivoluzionario si riaffaccia nel testo della Costituzione francese del 1946 e in quella vigente del 1958⁹. Al di là della sua tormentata trasposizione nelle Carte costituzionali, il principio di fraternità, nelle vicende politico-istituzionali francesi, è stato invocato in stretto collegamento con la promozione di un ideale politico repubblicano e, più precisamente, con il processo di istituzionalizzazione di apparati pubblici con

8. Esso richiama (art. IV) il motto rivoluzionario *Liberté Egalité Fraternité*; all'art. VII afferma che "i cittadini devono amare la Patria, servire la Repubblica, difenderla a costo della loro vita (...); devono concorrere al benessere comune aiutandosi fraternamente gli uni con gli altri"; all'art. VIII, dispone che "la Repubblica deve proteggere il cittadino nella persona, la famiglia, la religione, la proprietà, il lavoro e mettere alla portata di ognuno l'istruzione indispensabile a tutti gli uomini; deve, con un'assistenza fraterna, assicurare l'esistenza dei cittadini bisognosi sia procurando loro del lavoro nei limiti delle sue possibilità, sia dando, in mancanza della famiglia, dei sussidi a coloro che non sono in condizioni di lavorare".

9. Per una analitica storia della fraternità nell'ordinamento giuridico francese insuperabile è il già citato testo di Borgetto, Michel, *La notion de fraternité*, cit., cui si deve rinviare.

funzioni di solidarietà e di protezione sociale. Con riguardo a questo processo, la fraternità è l'ideale che accompagna l'istituzionalizzazione di un sistema di solidarietà pubblica e che poi, di fronte ai pericoli della burocratizzazione dell'apparato di sicurezza sociale, contribuisce a mantenere alta, attorno alla sua sorte, la tensione etica e civica. In Francia la solidarietà si struttura e si caratterizza tradizionalmente per una marcata mediazione pubblica (*l'Etat providence*)¹⁰, ma alla fraternità si attinge, nel dibattito politico e parlamentare, per tenere alti la tensione ideale e il consenso verso lo Stato sociale, soprattutto quando questo soffre delle conseguenze legate alla burocratizzazione dei servizi resi. Proprio per questa funzione, il Borgetto –uno dei più accreditati studiosi del principio– si è riferito alla fraternità come al passato, al presente e anche all'avvenire della solidarietà.

Una svolta interessante, nelle vicende giuridico-istituzionali francesi, si è registrata recentemente (luglio 2018), quando, per la prima volta, il *Conseil constitutionnel* ha esplicitamente utilizzato come parametro costituzionale il principio di fraternità, vedendovi la matrice di una "libertà di aiutare gli altri", sulla cui base sono state dichiarate incostituzionali norme di legge che impedivano l'aiuto, prestato da singoli individui per esclusivi intenti solidaristici, alla circolazione degli stranieri irregolari¹¹. Per la prima volta si è così riconosciuto il rango di principio costituzionale della *fraternité* e se n'è ricavato un diritto costituzionale. La novità è stata salutata con toni molto differenti nel dibattito costituzionalistico francese, diviso tra espressioni di sollievo e sospetti di invadenza giurisdizionale nello spazio della discrezionalità politica¹².

Al di fuori della seminale esperienza politico-giuridica francese, le vicende del panorama giuridico internazionale confermano, da un lato, le difficoltà di tradurre il principio di fraternità in dispositivi

10. Si rinvia alla preziosa lezione di Supiot, Alain, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Fayard, Collège de France, 2013; cfr. anche Ewald, François, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986.

11. Decisione n. 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018.

12. Molto critica, ad esempio, Le Pourhiet, Anne-Marie, "Fraternité avec les migrants illégaux: le coup d'État du Conseil constitutionnel", *Le Figaro*, 11 juillet 2018, p. 12.

giuridici efficaci, ma, dall'altro, offrono testimonianza di una sua significativa vocazione universalistica, che ne fa candidato a un riconoscimento trasversale da parte di culture e filosofie politico-giuridiche diverse¹³. Questa vocazione universale, transculturale, sembra parzialmente compensare la debolezza di immediate traduzioni prescrittive, tipica peraltro di molti principi.

Storicamente, il richiamo alla fraternità ha operato come “pietra di scandalo”, e cioè come appello rivolto da minoranze o da comunità escluse al potere politico affinché questo, nelle sue decisioni, sia coerente rispetto alle dichiarazioni solenni dei diritti e della dignità umana: in questo senso, alla fraternità (cristiana e giusnaturalistica) si sono richiamati movimenti di emancipazione dalla schiavitù e dalla discriminazione come la rivolta degli schiavi, guidata da Toussaint Louverture, a Santo Domingo (Haiti) nel 1791¹⁴; o il famoso discorso di Martin Luther King sul sogno che neri e bianchi si seggano insieme “al tavolo della fratellanza”, che si tramuta in un severo richiamo alla coerenza rivolto alle istituzioni americane rispetto alle proclamazioni della Dichiarazione di indipendenza del 1776¹⁵.

La fraternità campeggia in posizione eminente nella “Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”, approvata nel 1948 dall'Assemblea Generale dell'ONU, che apre (art. 1°) con la solenne affermazione per cui: “(...) tutti gli esseri umani (...) devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza”. La portata universale del principio è confermata dai riferimenti contenuti nella “Carta araba dei diritti umani”, adottata con propria risoluzione (n. 5437) dal Consiglio della Lega degli Stati arabi nel 1994 (ed emendata nel 2004), che afferma, nel preambolo, che gli Stati Parti si impegnano a perseguire “i principi eterni di fratellanza, eguaglianza e tolleranza tra gli esseri umani, consacrati dalla nobile religione islamica e dalle altre religio-

13. Pizzolato, Filippo, “Fraternità (principio di)”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, V, Torino, Utet, 2012, pp. 392 ss. e 397 ss.

14. Louverture, Toussaint, *Lettres à la France. Idées pour la libération du Peuple Noir d'Haïti (1794-1798)*, Bruyères-le-Châtel, Nouvelle Cité, 2011, p. 56 ss., con il prezioso apparato critico di A.M. Baggio.

15. Sono parole pronunciate nel discorso tenuto il 28 agosto 1963 al Lincoln Memorial di Washington.

ni rivelate da Dio"; l'art. 1° enuncia la finalità di "insegnare ad ogni persona umana negli Stati arabi la fierezza della propria identità, la lealtà al proprio paese, l'attaccamento alla propria terra, alla propria storia e al comune interesse, instillando in ogni persona una cultura di fratellanza umana, tolleranza ed apertura verso gli altri, in conformità con i principi e valori universali e con quelli proclamanti negli strumenti internazionali sui diritti umani".

Nel preambolo della Costituzione del Ciad del 1996 si fa un eloquente riferimento ai "valori africani di solidarietà e di fraternità". E ulteriori riferimenti potrebbero essere tratti dall'esperienza latino-americana.

3. LE TRE DECLINAZIONI DELLA FRATERNITÀ SUL VERSANTE POLITICO E GIURIDICO

Facendo astrazione e insieme sintesi dalle diverse esperienze giuridico-costituzionali ricordate, si possono individuare tre fondamentali versanti lungo i quali il principio di fraternità ha trovato una declinazione politica e, in qualche caso, giuridica.

Un primo versante può essere definito genericamente *civile* e la fraternità vi opera come principio che richiama a un'eguaglianza inclusiva contro forme, vecchie e nuove, più o meno degradanti, di discriminazione. La fraternità opera qui a rinforzo dell'uguaglianza di tipo formale, che completa con la valorizzazione e il richiamo alla complementarità delle differenze. Soprattutto quando sia declinata in senso universalistico, la fraternità ha ispirato –e ispira tuttora– battaglie e misure miranti alla lotta a manifestazioni tradizionali e nuove di schiavitù, all'accoglienza e alla tolleranza nei confronti degli stranieri¹⁶, alla repressione di pratiche discriminatorie a danno di esseri

16. Julien-Laferrrière, François, "La fraternité mise à l'épreuve: l'Europe, la crise des migrants et le dévoiement du droit d'asile", in *Fraternité*, sous la direction du RERDH, Paris, Institut Universitaire Varennes - Lextenso-LGDJ, 2018, p. 145 ss.; Mieth, Dietmar, "Migranten und Fluechtlinge", in Thiel, Marie Jo-Feix, Marc (eds.), *Le défi de la fraternité*, Vienne-Zürich, Lit, 2018, p. 113 ss.

umani. Già nella storia costituzionale francese, in attuazione del motto rivoluzionario e, in esso, specialmente della *fraternité*, sono state perseguite l'abolizione, nella Costituzione del 1791, del "droit d'aubaine" (l'albinaggio), e cioè di quell'istituto per cui lo straniero non gode della protezione delle leggi, nonché della schiavitù nelle colonie (decreti del 16 piovoso dell'anno II e del Governo provvisorio del 27 aprile 1848), l'estensione del suffragio verso l'universalità e la soppressione della pena di morte (ancora nel 1848)¹⁷. In questa stessa direzione di contrasto alle discriminazioni si sono orientate la battaglia civile di Martin Luther King e, in tempi più recenti, la menzionata decisione del *Conseil constitutionnel* francese. Il principio di fraternità esige il riconoscimento della dignità umana al di sopra di ogni differenza, quale assioma dell'ordinamento¹⁸, indirizzando la regolazione dei rapporti sociali oltre la soglia della tolleranza, verso una benevolenza e collaborazione tra diversi¹⁹.

Un secondo versante, che potremmo sintetizzare come *sociale*, mette in correlazione più diretta la fraternità con la *solidarietà* e con le forme organizzate, pubbliche o private, della protezione sociale. Si tratta di una declinazione della fraternità strettamente connessa alla sua vocazione "curativa". La fraternità vi opera come rinforzo del profilo sostanziale dell'eguaglianza e al contempo come suo arricchimento. Essa è infatti declinata sia come principio che si giuridifica in solidarietà²⁰, portando all'istituzionalizzazione dell'intervento pubblico di assistenza nei confronti delle fragilità umane, mediante le strutture del *welfare state*; sia, e più propriamente, come fonamen-

17. Borgetto, Michel, *La notion de fraternité*, cit., pp. 213-214 e 269 ss.

18. Sull'uguaglianza come assioma v. Fabre-Magnan, Muriel, *L'institution de la liberté*, Paris, Puf, 2018, pp. 302-303.

19. L'attuazione di tale declinazione del principio può risultare particolarmente difficile in società fortemente multiculturali, attraversate da acuti conflitti morali e differenze filosofiche e religiose. Una recentissima e documentata riflessione, che affronta anche questa questione con riferimento soprattutto al Sud America, è in Palumbo, Lucio M., *La fraternidad humana como categoría político-jurídica*, Buenos Aires, Ábaco, 2023.

20. Mattioni, Angelo, "Solidarietà giuridicizzazione della fraternità", in Marzanati, Anna-Mattioni, Angelo (eds.), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova, 2007, p. 7.

to giuridico-assiologico della corresponsabilità interpersonale che può giungere sino ad assumere la forma di doveri di cura ricadenti direttamente e orizzontalmente sui cittadini e sulle loro formazioni sociali. È proprio questa valenza *orizzontale* (perché attiva tra fratelli, appunto) della solidarietà, che chiama in causa la corresponsabilità delle condotte personali, a essere illuminata dal principio di fraternità²¹. Questo conduce a interpretare la vulnerabilità quale *condizione* comune strutturale, non una patologia o una colpa, dell'umano e pertanto fondamento di responsabilità, anche interpersonale, di cura²². Dalla fraternità germoglia pertanto una solidarietà che non si esaurisce nell'intervento autoritativo e pubblico, ma che si diffonde in doveri interpersonali di assistenza e nella promozione di condotte di cura liberamente intraprese, secondo gli auspici del principio di sussidiarietà. Le stesse istituzioni pubbliche sono pertanto chiamate ad agire secondo la logica del sistema integrato, coinvolgendo cioè le iniziative scaturenti dalla società organizzata (formazioni sociali, associazioni di volontariato, espressioni del mutualismo, ecc.). Questa coesistenza (e integrazione) di forme di solidarietà istituzionalizzata e di libera iniziativa curativa si presenta –negli ordinamenti giuridici– miscelata in maniera variabile: nella Costituzione italiana, ispirata dal principio di sussidiarietà, è marcata la componente della corresponsabilizzazione interpersonale, sia in termini di doveri di solidarietà in capo ai cittadini (soprattutto nelle formazioni sociali), sia di promozione di compiti di cura liberamente intrapresi; in Francia è invece storicamente prevalsa la solidarietà mediata pubblicamente, e ciò nondimeno la fraternità resta –come si è detto– l'ispirazione ideale necessaria a tenere alti la tensione etica e il consenso civile attorno all'impegno pubblico per la solidarietà. Si può intravedere un parallelismo tra il modo in cui è declinata la fraternità nelle due esperienze politico-giuridiche e la loro maniera di interpretare la laicità (promozionale in Italia; orientata alla neutralità del servizio pubblico in Francia). Non è un accostamento casuale, posto che una parte signi-

21. Galeotti, Serio, "Il valore della solidarietà", in *Diritto e società*, 1/1996, p. 10.

22. Pizzolato, Filippo, *Il principio costituzionale di fraternità*, cit., pp. 96-97.

ficativa delle iniziative di solidarietà “privata” è stata, storicamente, religiosamente ispirata.

Si può infine isolare un terzo versante, più specificamente *politico-democratico*, della fraternità, che la ricollega, sin dall’esperienza rivoluzionaria francese, a un ideale repubblicano²³. Con questo termine non si allude semplicemente a una forma di Stato alternativa alla monarchia, ma, più intensamente, a un ideale partecipativo che impegna i cittadini a un coinvolgimento personale e diretto nelle sorti della Patria. Il “*républicanisme*” si declina in termini di valorizzazione del patriottismo civico, concepito come una risorsa necessaria per conferire linfa vitale alle istituzioni politiche. Per il filosofo Jules Barni, autore di un discusso *Manuel républicain*, ogni elemento della triade rivoluzionaria (*liberté, égalité, fraternité*) aveva un senso specifico e la *fraternité* era ritenuta indispensabile alla Repubblica perché “le respect du droit strict ne suffit pas dans la société. Il ne suffit pas de ne pas attenter à la liberté d’autrui et de ne pas blesser l’égalité qui dérive du principe même de la liberté; pour qu’une société d’hommes soit vraiment humaine, il faut qu’ils se regardent comme faisant partie, à titre d’hommes, d’une seule et même famille, et qu’ils s’aiment comme des frères”²⁴. Si tratta di un’idea politica di chiara ascendenza rousseauviana. Nel *Discours sur l’inégalité*, J.J. Rousseau si era riferito ai concittadini come fratelli. E nel *Contrat Social* la *fraternité* è richiamata (IV, 8), laddove Rousseau tratta della “religione civile”, invocata per promuovere “sentiments de sociabilité” tra i cittadini.

Siamo al cospetto di una traduzione giuridica della fraternità potenzialmente di grande attualità. Ancora oggi tale valenza del principio può infatti risultare preziosa per provare a rinvigorire le istituzioni democratiche, che appaiono estenuate dalla diffusa crisi della mediazione rappresentativa, e a rilanciare un ideale partecipativo coerente con un’immagine di democrazia intesa come autogoverno, e

23. Ménessier, Thierry, “République et fraternité. Une approche de théorie politique”, in Bertrand, Gilles- Brice, Catherine-Montègre, Gilles (dir.), *Fraternité. Pour une histoire du concept*, Grenoble, CHRIPA, 2012, p. 49. L’A. parla di fraternità come “*idéal vécu*” (p. 50) e suggerisce di porre fianco a fianco “fraternité civique” e una “*nouvelle république du genre humain*” (p. 51).

24. Barni, Jules, *Manuel républicain*, Paris, Librairie Germer Baillière, 1872, p. 6.

cioè come costruzione corresponsabile, da parte dei cittadini, della convivenza e come cooperazione alla cura del bene comune. Contro la riduzione della democrazia a delega all'autorità e l'affidamento nelle virtù "magiche" di capi, la democrazia, quando si lasci illuminare dalla fraternità, non è vista solo come insieme di poteri, di diretta o indiretta investitura popolare, ma come azione cooperativa in cui è attivamente ingaggiata la libertà dei cittadini²⁵. In questo senso, il principio di sussidiarietà, impegnando i cittadini nella cura dell'interesse generale, è un ingrediente essenziale del funzionamento feriale di una democrazia ispirata dalla fraternità.

Questa concezione complessiva è all'origine della definizione di democrazia "fondata sul lavoro" della Costituzione repubblicana italiana (art. 1^o)²⁶. La fraternità, per quanto non esplicitata, vi opera a livello di ispirazione ideale. La Costituzione italiana muove infatti dall'idea di *persona (l'homme situé)* e alle istituzioni attribuisce il compito di promuovere l'autonomia e le espressioni di solidarietà dei cittadini e delle formazioni sociali. Il principio di fraternità, ricavabile dall'intreccio tra principi solidaristico e di sussidiarietà, richiede il riconoscimento del rilievo pubblico di condotte personali e relazioni strutturate (le formazioni sociali) che danno consistenza e coesione al rapporto sociale e che, in questo modo, offrono all'ordinamento giuridico una specie di infrastruttura essenziale su cui questo può reggersi e intessere il proprio ordito normativo²⁷.

La necessità del coinvolgimento attivo dei cittadini nella cura dell'interesse generale appare oggi particolarmente urgente alla luce della percezione di una minaccia globale (potenzialmente affratellante) e quindi di un destino comune: vi si è fatto appello con riguardo al pericolo imminente di una guerra nucleare²⁸, o alle crisi generate dal cambiamento climatico o dalla pandemia, che esigono la partecipa-

25. Pizzolato, Filippo, "La fraternité fondatrice de la démocratie comme idéal coopératif", in Thiel, Marie Jo-Feix, Marc (eds.), *Le défi de la fraternité*, cit., pp. 73-83.

26. Pizzolato, Filippo, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, Carocci, 2019, p. 63 ss.

27. Pizzolato, Filippo, *Il principio costituzionale di fraternità*, cit., p. 50 ss.

28. Curi, Umberto, *Pensare la guerra. L'Europa e il destino della politica*, Bari, Dedalo, 1999, p. 55.

zione responsabile dei cittadini, al di là dei vincoli e delle prescrizioni autoritative.

4. IL POTENZIALE APPORTO DELLA *FRATRES OMNES*

Come si inserisce l'enciclica *Fratres omnes* di Papa Francesco in questa secolare evoluzione? Quali sviluppi potrebbe favorire? Come è nella vocazione della dottrina sociale della Chiesa, anche questa enciclica propone una mediazione di principi a fondazione teologica per la vita sociale e, potenzialmente, anche politica. Senza volerne in questa sede valutare l'impianto teologico, si può riconoscerne la portata parzialmente innovativa anche rispetto alla precedente impostazione in argomento della dottrina sociale della Chiesa. E questo, a cominciare dallo stile aderente al dato esperienziale e antropologico, più che condotto mediante argomentazioni teoretiche e definitorie.

Si cercherà di evidenziare questo apporto originale, declinandolo lungo i tre versanti che si sono distinti e richiamando i passaggi più significativi del documento di Papa Francesco per ciascuno di essi.

Sul primo versante, quello *civile*, l'enciclica insiste nel coniugare energicamente la riaffermazione dell'eguaglianza tra gli esseri umani con la valorizzazione delle differenze (par. 1), contrastando tanto l'insorgenza di nazionalismi chiusi (par. 11), quanto l'ingannevole universalizzazione indotta da una globalizzazione che tende ad annullare la diversità. Al par. 78 si parla espressamente di un "falso sogno universalistico" che "finisce per privare il mondo della varietà dei suoi colori, della sua bellezza e in definitiva della sua umanità". Sembra proprio che la preoccupazione preminente del Pontefice sia che si smarrisca il valore delle differenze e delle culture popolari in una globalizzazione indifferente e dello scarto (par. 18). L'universalizzazione può divenire ideologia al servizio di posizioni di potere e delle relative culture egemoni (par. 12 e 100). Il Papa denuncia apertamente queste forme di colonizzazione culturale (par. 14 e 52). Nell'ottica del principio di fraternità, le diversità non devono essere solamente accettate e tollerate, ma sono, per così dire, "amate". L'unità che si auspica possa scaturire dal dialogo cordiale tra le differenze non può dunque sfociare nell'imposizione di un'omogeneità conformistica,

ma è rappresentabile con l'immagine del *poliedro*, più volte evocata dall'enciclica stessa: "(...) il poliedro rappresenta una società in cui le differenze convivono integrandosi, arricchendosi e illuminandosi a vicenda, benché ciò comporti discussioni e diffidenze. Da tutti, infatti, si può imparare qualcosa, nessuno è inutile, nessuno è superfluo" (par. 215).

Già in un precedente discorso (Messaggio alla Professoressa M. Archer, Presidente della Pontificia Accademia delle Scienze Sociali del 24 aprile 2017), Papa Francesco aveva caratterizzato la fraternità come quel principio "che consente agli eguali di essere persone diverse (...) di partecipare diversamente al bene comune secondo la loro capacità, il loro piano di vita, la loro vocazione, il loro lavoro o il loro carisma di principio". La dinamica sociale verso cui l'enciclica tende non è la competizione, ma la collaborazione in cui la varietà delle vocazioni dei popoli e delle persone si può esprimere a beneficio di tutti. È questo, in fondo, lo stile cooperativo insito nella sussidiarietà che, secondo la felice espressione della *Caritas in veritate* (n. 57) di Benedetto XVI, è "manifestazione particolare della carità e criterio guida per la collaborazione fraterna di credenti e non credenti (...). La sussidiarietà rispetta la dignità della persona, nella quale vede un soggetto sempre capace di dare qualcosa agli altri".

Se questo è il contesto interpretativo, non sembra coerente la lettura (che non di rado è proposta) dell'enciclica come rivolta specificamente contro il populismo, che rischia di diventare un tentativo ambiguo di assoldare il Papa alla causa di poteri politici ed economici. Nella migliore delle ipotesi, sarebbe un'interpretazione parziale. L'urgenza del Papa sembra piuttosto quella di sottrarre al "populismo" –e al relativo discredito– l'idea di "popolo", che incarna la concretezza plurale dei valori, delle relazioni, della storia d'una comunità di base. Per lui, il popolo non è un'astrazione, ma una realtà che si forma e si rinnova nelle esperienze storiche concrete (par. 182). In questo senso, si può affermare che sia il populismo a manipolare l'idea di popolo. Al par. 160, il passaggio è netto: "I gruppi populistici chiudono e deformano la parola «popolo», poiché in realtà ciò di cui parlano non è un vero popolo. Infatti, la categoria di «popolo» è aperta. Un popolo vivo, dinamico e con un futuro è quello che rimane costantemente aperto a nuove sintesi assumendo in sé ciò che è diverso. Non lo fa

negando sé stesso, ma piuttosto con la disposizione ad essere messo in movimento e in discussione, ad essere allargato, arricchito da altri, e in tal modo può evolversi". È la pretesa di chiusura la deformazione a cui è esposto il popolo e la negazione della sua natura intrinsecamente relazionale e quindi aperta. In cauta analogia con il racconto biblico di Babele, ci si può allora spingere fino a dire, a proposito del popolo, che si tratta di tutelarne "il nome moltiplicando le narrazioni. Per non dirlo invano, per non ridurlo all'idolo, che si consegna tutto nella presa immediata, lo si dice in molti modi"²⁹. E forse non ci si allontana troppo dallo spirito dell'enciclica se si afferma che il vero rischio del populismo non è il moto di contestazione verso élites di potere che si dimostrino irresponsabili e autoreferenziali³⁰, ma l'idolatria di un immaginario popolo ridotto a una sola voce (che diventa, fatalmente, quella del potere)³¹.

Sul versante che si è definito *sociale*, nell'enciclica il legame tra la fraternità e le forme della solidarietà è esaltato dalla centralità della parabola del Buon Samaritano. La parabola enuncia il criterio veritativo della condotta del cristiano, e dell'uomo in generale, identificandolo con la cura delle fragilità umane: "(...) le nostre molteplici maschere, le nostre etichette e i nostri travestimenti cadono: è l'ora della verità. Ci chineremo per toccare e curare le ferite degli altri? Ci chineremo per caricarci sulle spalle gli uni gli altri? Questa è la sfida attuale, di cui non dobbiamo avere paura" (par. 70). Il Pontefice si riferisce qui a una cura concreta e liberamente intrapresa, impossibile da trasporre immediatamente su di un piano politico-giuridico. E tuttavia, nella valorizzazione della figura del Buon Samaritano, ritorna, nemmeno troppo a margine, una considerazione critica verso le forme del potere, che si conferma nota saliente dell'enciclica. Il Papa sembra infatti ammonire che non è dal potere che si possa attendere il riscatto e la speranza del popolo. Esso appare spesso disattento,

29. Reginato, Angelo, "Babele. La sfida di leggere il mondo", in *Servitium*, 249/2020, p. 20.

30. Diamanti, Ilvo-Lazar, Marc, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari-Roma, Laterza, 2018, pp. 26-27.

31. A conclusione simile perviene Müller, Jan-Werner, *What is Populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016.

quando non malvagio: "(...) i personaggi che passavano accanto a lui (*scil.* l'uomo ferito dai briganti) non si concentravano sulla chiamata interiore a farsi vicini, ma sulla loro funzione, sulla posizione sociale che occupavano, su una professione di prestigio nella società. Si sentivano importanti per la società di quel tempo e ciò che premeva loro era il ruolo che dovevano svolgere" (par. 101)³².

Di fronte a questo disincanto (o forse, più severamente, diffidenza) verso le maschere del potere, la parabola invita a riscoprire la vocazione di esseri umani e di cittadini: "Guardiamo il modello del buon samaritano. È un testo che ci invita a far risorgere la nostra vocazione di cittadini del nostro Paese e del mondo intero, costruttori di un nuovo legame sociale. È un richiamo sempre nuovo, benché sia scritto come legge fondamentale del nostro essere: che la società si incammini verso il perseguimento del bene comune e, a partire da questa finalità, ricostruisca sempre nuovamente il suo ordine politico e sociale, il suo tessuto di relazioni, il suo progetto umano" (par. 66).

Questi passaggi della parabola introducono naturalmente all'apporto dell'enciclica *Fratres omnes* alla delineazione del versante più specificamente politico-democratico (repubblicano) della fraternità. A una visione partecipativa si volge l'enciclica nella parte in cui (al par. 77), di nuovo in polemica con il potere, formula l'invito ad agire entro "uno spazio di corresponsabilità capace di avviare e generare nuovi processi e trasformazioni. Dobbiamo essere parte attiva nella riabilitazione e nel sostegno delle società ferite. (...) Che altri continuino a pensare alla politica o all'economia per i loro giochi di potere. Alimentiamo ciò che è buono e mettiamoci al servizio del bene". Per Papa Francesco, "non dobbiamo aspettare tutto da coloro che ci governano, sarebbe infantile" (par. 77); e, ancora, la nota di speranza poco oltre (par. 78): "È possibile cominciare dal basso e caso per caso, lottare per ciò che è più concreto e locale, fino all'ultimo angolo del-

32. Si v. anche l'interpretazione della parabola evangelica di Reginato, Angelo, "Cristianesimo: trasformati dalla creatività di Dio", in *Aggiornamenti sociali*, 4/2021, pp. 234-235, per il quale a tenere lontani questi uomini di Chiesa dal ferito è il timore del contatto con un (presunto) cadavere, che li avrebbe resi impuri.

la patria e del mondo, con la stessa cura che il viandante di Samaria ebbe per ogni piaga dell'uomo ferito".

Per questa via, per la fraternità si recupera una rilevanza almeno indirettamente politica, in quanto principio capace di condurre al riconoscimento e alla valorizzazione delle differenze (secondo l'immagine suggerita dal poliedro) e di incoraggiare un dialogo cordiale e concrete prassi di cooperazione tra tutti gli uomini e le donne che mettano al centro della cura le condizioni di fragilità.

5. UNA FRATERNITÀ INTERSTIZIALE O RESISTENZIALE?

Il luogo privilegiato di manifestazione della fraternità è collocato, dall'enciclica *Fratres omnes*, in comunità concrete e in prassi quotidiane di cura e di cooperazione. Per questa via, l'enciclica sembra muovere un passo in avanti nella teorizzazione del principio di sussidiarietà. Rispetto all'elaborazione tradizionale della dottrina sociale della Chiesa, a rischio di nostalgie organicistiche, si abbandonano i richiami a un'architettura stabile e strutturata di formazioni sociali, inattuali in una società di tipo "liquido", per privilegiare relazioni di prossimità e finanche semplici gesti di cura. Sembra pertanto condivisibile l'osservazione di chi ha colto in questa enciclica un elemento di novità rispetto alla classica impostazione della dottrina sociale della Chiesa in ordine al rapporto tra corpi intermedi e la società politica: "(...) abbandonando tale visione della società, la comunità politica che persegue il bene comune, alla luce del principio di fraternità, secondo Francesco, non deriva da una struttura ben ordinata e gerarchicamente organizzata della società, ma è frutto di una capacità di fare gesti di bene nelle relazioni quotidiane e semplici: questi gesti sono il segno della fraternità più autentica e capace di iniziare processi generativi"³³. E ancora: "Si tratta di una fraternità che crea processi e

33. Michieli, Andrea, "La fraternità della prossimità concreta", in *Appunti di cultura e politica*, 1/2021, p. 18; Reginato, Angelo, "Cristianesimo", cit., p. 237 scrive di una fraternità che "non si costruisce a tavolino: necessita di un atteggiamento mobile,

che non è istituita dal potere e che, anzi, da esso fugge per non essere strumentalizzata e sopita”³⁴.

L'appello alla fraternità si traduce complessivamente nell'apertura al dialogo, non però inteso in senso intellettualistico e ancor meno confinato nella sfera virtuale, ma incarnato nella concretezza e nella prossimità di rapporti interpersonali e soprattutto invero da un agire insieme. Si promuove un dialogo “cordiale”, capace cioè non solo di rispettare le differenze, ma di apprezzarne il contributo, necessariamente parziale, alla comune ricerca della verità. La fraternità promuove questa cooperazione che riconosce e valorizza le differenze tra gli uomini³⁵, come viatico per la ricerca di una convivenza umanizzante.

Le traduzioni politico-giuridiche del principio di fraternità che si sono indicate sembrano scorrere sottotraccia, lungo alvei quasi sotterranei. L'universalizzazione concretamente trainata dalla globalizzazione non è certo al servizio dell'inclusione delle differenze; e la riscoperta della sussidiarietà –in molti ordinamenti giuridici– si rivela spesso una copertura retorica o consolatoria al cospetto della de-istituzionalizzazione e della regressione dello Stato sociale. Al cospetto dello scacco subito dalle prime due declinazioni della fraternità, la prospettiva più vitale ed insieme più urgente, per il rilancio del principio, appare quella repubblicana, della promozione della democrazia dal basso, cooperativa o partecipativa.

Eppure, anche con riferimento a questo ultimo versante, è difficile sfuggire all'impressione, che può divenire demotivante e frustrante, che si tratti di una linea di posizionamento politico-democratico interstiziale, se non resistenziale. Lo stato di salute democratico sembra pregiudicato dal ripiegamento della classe politica e da un crescente, e non del tutto ingiustificato, sentimento popolare di alienazione rispetto all'egemonia inafferrabile e incontrastabile delle for-

plastico, che si lascia dettare l'ordine del giorno dalla realtà”, secondo un approccio di “etica sapienziale”.

34. Michieli, Andrea, “La fraternità della prossimità concreta”, cit., p. 19.

35. Sulla categoria di cooperazione, v. Viola, Francesco, “Il modello della cooperazione”, in Idem (cur.), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Bologna, Il Mulino, 2004.

ze della globalizzazione finanziaria e tecnocratica. L'emersione delle democrazie illiberali e la concettualizzazione della post-democrazia attestano lo stato di involuzione delle istituzioni democratiche³⁶. E ciò nondimeno, a fare da contraltare a questo quadro pessimistico, vi è una fioritura di forme gracili ma vitali di partecipazione dei cittadini.

Di questo quadro contrastato e incerto, proprio ragionando attorno alla fraternità, mostra consapevolezza Edgar Morin, che osserva un universo di "resistenze spontanee alla grande macchina calcolatrice, algoritmizzante, che riduce la vita umana alla sua dimensione tecno-economica e l'essere umano a un oggetto di calcolo, resistenze alla grande macchina che ignora l'affettività umana (...) e che è animata dalla ricerca ossessiva e demente della massimizzazione"³⁷. Il filosofo francese coglie "in ogni paese, un ribollire d'iniziativa private, personali, comunitarie e associative (che) fa germinare qui e là gli abbozzi di una civiltà votata alla fioritura personale nell'inserimento comunitario, emergendo come oasi se non nel deserto, quanto meno nella giungla. Queste iniziative aprono delle brecce all'interno delle enormi macchine tecno-economiche che corrompono le nostre civiltà, che colonizzano i poteri politici, che impongono alla società gli imperativi di un pensiero fondato sul calcolo e votato alla massimizzazione dei profitti"³⁸. Sono proprio queste "reti di mutuo appoggio" a gettare semi di speranza in direzione della "formazione e (...) espansione di oasi di fraternità"³⁹.

La via, non certo larga e comoda, che Morin indica per l'oggi è quella di "creare degli isolotti di vita altra": "(...) dobbiamo moltiplicare questi isolotti dal momento che o le cose continueranno a regredire e le oasi saranno degli isolotti di resistenza della fraternità, oppure vi saranno delle possibilità positive ed esse diverranno allora i punti di partenza per una fraternità più generalizzata in una civiltà riformata"⁴⁰. Via stretta, impervia, non egemone, secondo la logica del

36. Crouch, Colin, *Post-democracy. After the Crisis*, Cambridge, Polity Press, 2020.

37. Morin, Edgar, *La fraternità, perché?*, cit., p. 43.

38. Morin, Edgar, *La fraternità, perché?*, cit., p. 44.

39. Morin, Edgar, *La fraternità, perché?*, cit., p. 46.

40. Morin, Edgar, *La fraternità, perché?*, cit., p. 53.

mondo, eppure sorgente inestinguibile perché connaturata alla natura relazionale e “chiamata” dell'uomo: in questa speranza, la fraternità si congiunge alle sorti della democrazia costituzionale, contro la tentazione della scorciatoia ingannevole dell'affidamento nel potere.

6. BIBLIOGRAFIA

- Barni, Jules, *Manuel républicain*, Paris, Librairie Germer Baillière, 1872.
- Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, 29 giugno 2009, disponibile in: https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/it/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html (data della consultazione: 4/4/2023).
- Borgetto, Michel, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993.
- Curi, Umberto, *Pensare la guerra. L'Europa e il destino della politica*, Bari, Dedalo, 1999.
- Crouch, Colin, *Post-democracy. After the Crisis*, Cambridge, Polity Press, 2020.
- Diamanti, Ilvo-Lazar, Marc, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari-Roma, Laterza, 2018.
- Ewald, François, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986.
- Fabre-Magnan, Muriel, *L'institution de la liberté*, Paris, Puf, 2018.
- Francesco I, *Fratelli tutti*, *Fratelli tutti*, 3 ottobre 2020, disponibile in: https://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html (data della consultazione: 4/4/2023).
- Galeotti, Serio, “Il valore della solidarietà”, in *Diritto e società*, 1/1996, pp. 1-24.
- Julien-Laferrrière, François, “La fraternité mise à l'épreuve: l'Europe, la crise des migrants et le dévoiement du droit d'asile”, in *Fraternité*, sous la direction du RERDH, Paris, Institut Universitaire Varennes - Lextenso-LGDJ, 2018, pp. 145-156.
- Le Pourhiet, Anne-Marie, “Fraternité avec les migrants illégaux: le coup d'État du Conseil constitutionnel”, *Le Figaro*, 11 juillet 2018.
- Lombardi Vallauri, Luigi, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, Giuffrè, 1969.
- Louverture, Toussaint, *Lettres à la France. Idées pour la libération du Peuple Noir d'Haïti (1794-1798)*, Bruyères-le-Châtel, Nouvelle Cité, 2011.
- Luther King, Martin, discorso tenuto il 28 agosto 1963 al Lincoln Memorial di Washington.

- Mattioni, Angelo, "Solidarietà giuridicizzazione della fraternità", in Marzani, Anna-Mattioni, Angelo (eds.), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova, 2007, pp. 7-43.
- Ménissier, Thierry, "République et fraternité. Une approche de théorie politique", in Bertrand, Gilles- Brice, Catherine-Montègre, Gilles (dir.), *Fraternité. Pour une histoire du concept*, Grenoble, CHRIPA, 2012, pp. 35-51.
- Michieli, Andrea, "La fraternità della prossimità concreta", in *Appunti di cultura e politica*, 1/2021, pp. 15-19.
- Mieth, Dietmar, "Migranten und Fluechtlinge", in Thiel, Marie Jo-Feix, Marc (eds.), *Le défi de la fraternité*, Vienne-Zürich, Lit, 2018, pp. 113-125.
- Morin, Edgar, *La fraternità, perché? Resistere alla crudeltà del mondo*, Roma, Ave, 2020.
- Müller, Jan-Werner, *What is Populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016.
- Ozouf, Mona, "Fraternité", in Furet, François-Ozouf, Mona, *Dizionario critico della rivoluzione francese. Creazioni e istituzioni. Idee*, II, Milano, Bompiani, 1994.
- Palumbo, Lucio M., *La fraternidad humana como categoría político-jurídica*, Buenos Aires, Ábaco, 2023.
- Pizzolato, Filippo, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, Città Nuova, 2012.
- Pizzolato, Filippo, "Fraternità (principio di)", *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, V, Torino, Utet, 2012, pp. 378-402.
- Pizzolato, Filippo, "A proposito di fraternità cristiana e fraternità giuridica", in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vita e Pensiero, 2011, pp. 541-550.
- Pizzolato, Filippo, "La fraternité fondatrice de la démocratie comme idéal coopératif", in Thiel, Marie Jo-Feix, Marc (eds.), *Le défi de la fraternité*, Vienne-Zürich, Lit, 2018, pp. 73-83.
- Pizzolato, Filippo, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, Carocci, 2019.
- Ratzinger, Joseph, *La fraternità cristiana*, Brescia, Queriniana, 2005.
- Reginato, Angelo, "Babele. La sfida di leggere il mondo", in *Servitium*, 249/2020, pp. 15-23.
- Reginato, Angelo, "Cristianesimo: trasformati dalla creatività di Dio", in *Aggiornamenti sociali*, 4/2021, pp. 234-235.
- Suptot, Alain, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Fayard, Collège de France, 2013;
- Viola, Francesco, "Il modello della cooperazione", in Idem (cur.), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Bologna, Il Mulino, 2004.

Norme giuridiche

“Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”, approvata nel 1948 dall'Assemblea Generale dell'ONU.

“Carta araba dei diritti umani”, adottata con risoluzione (n. 5437 del 1994) dal Consiglio della Lega degli Stati arabi.

Costituzione della Repubblica italiana.

Costituzione della Francia.

PARTE II

NOTAS O COMENTARIOS

EXÉGESIS Y CRÍTICA AL CÓDIGO DE ÉTICA DE JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

EXEGESIS AND CRITICISM OF THE CODE OF ETHICS FOR JUDGES OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ARMANDO S. ANDRUET (H)¹

Recibido: 15 de mayo de 2023
Aprobado: 22 de mayo de 2023

RESUMEN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a finales del año 2022, ha dictado su Código de Ética, que alcanza a los jueces y juezas que la integran. Tal cuestión es un avance significativo y refiere el interés que dicha Corte IDH tiene por los temas relacionados con las buenas prácticas y por los comportamientos públicos y privados de sus jueces y juezas.

1. Doctor en Derecho. Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Profesor Titular Consulto de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Córdoba. Presidente del Tribunal de Ética Judicial del Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Vocal y Presidente en retiro del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba. Código ORSI 0000-0002-7447-9590. Correo electrónico: armandoandruet@gmail.com.

La Corte IDH no integra la Cumbre Judicial Iberoamericana y por ello el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial que en tal ámbito se ha dictado en el año 2006 no le resulta aplicable *per se*; pero bien pudo tomarlo igualmente y, de ser necesario, efectuarle los ajustes convenientes. Sin embargo, optó por la construcción de un Código específico, con las fortalezas y riesgos que ello importa; del análisis que efectuamos, parece haber más de lo segundo que de lo primero.

De cualquier modo, no se puede dejar de reconocer que existe en la mencionada realización un vector de transformación importante con respecto a la manera en que las prácticas judiciales, la función y gestión de los jueces y juezas es llevada a cabo, las que, a la luz de dicho instrumento, podrán ser seguidas y eventualmente rectificadas, si en ellas aparece algún extremo controversial con las virtudes, excelencias o principios que el Código, en un número por demás estrecho y limitado, expone. En el texto de este aporte, se intentan referenciar las nombradas fortalezas y debilidades que se advierten en el Código de Ética de Juezas y Jueces de la Corte IDH.

Sin embargo, hay una cuestión que no puede ser soslayada bajo ninguna consideración, como es que siempre es preferible que en las instituciones que tienen por objetivo ocuparse de hacer juzgamientos a ciudadanos o Estados, existan instrumentos que orientan la realización ética de quienes son juzgadores. De esta forma, consideramos que la realización de la Corte IDH es objetivamente muy importante; sin embargo, el instrumento generado guarda algunas inconsistencias que en el texto se apuntan con alguna definición.

PALABRAS CLAVE

Códigos; Ética judicial; Código Iberoamericano; Función preventiva; Inconsistencias; Comportamientos impropios.

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) at the end of 2022, has issued its own Code of Ethics. This means a significant

step forward and reveals the interest that the IACHR has in good practices as well as in public and private behavior of its judges.

Although the IACHR is not a member of the Ibero-American Judicial Summit and, therefore, the Ibero-American Model Code of Judicial Ethics that was issued by that Summit in 2006 is not applicable, the IACHR could have taken that document as a reference and, if necessary, could have made the appropriate adjustments. However, it preferred to construct a specific code, with the strengths and risks that this entails. From the analysis that we carried out, it seems that there is more of the latter than of the former.

In any case, there is in the aforementioned realization an important transformation vector with respect to the way in which judicial practices, the function and management of judges is carried out. In light of the referred Code, they may be followed and eventually rectified if any controversial point appears with the virtues, excellences or principles that the Code, even though in a narrow and limited number, exposes. In the text of this contribution, an attempt is made to reference the named strengths and weaknesses that are noted in the Code of Ethics for judges of the IACHR.

However, there is a question that cannot be ignored under any consideration: it is always preferable that those institutions whose objective is to deal with judging citizens or States have instruments that guide the ethical realization of those who are part of them. In this way, we consider that the IACHR's Code is objectively very important; however, the generated instrument has some inconsistencies that are pointed out

KEYWORDS

Codes; Judicial Ethics; Ibero-American Code; Preventive function; Inconsistencies; Improper behavior.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Andruet, Armando S. (h), "Exégesis y crítica al Código de Ética de Juezas y Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

manos”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 15, 2023, pp. 49-79.

I. CONTEXTO NECESARIO

Nuestra primera consideración no puede ser de otra entidad que no sea la de externar una profunda alegría y satisfacción por implicar el “Código de Ética de Juezas y Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”² (en adelante, el *Código*) un logro central para la práctica judicial de aquellos que operan en tal función en dicho ámbito jurisdiccional, atento a la significación para la comunidad internacional y, en especial, para la mayoría de los países de América que dicho Tribunal internacional posee.

Desde este punto de vista, también nos invade el entusiasmo porque, finalmente, dicho instrumento en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) sin duda que era una deuda pendiente y que, al fin, con esta novedad, la obligación moral de dicho Tribunal se ha cancelado de la manera que ha resultado, seguramente, posible de poder hacerlo.

Es siempre un adelanto y aunque la tardanza haya implicado que algunas cuestiones que han sucedido no debieran ocurrir, pues nos queda una cierta tranquilidad hacia el futuro. Es posible que algunas situaciones análogas a las acontecidas no puedan volver a acontecer y para el fortuito caso de que ellas ocurran, lo que ya no podrá entonces producirse es que las mismas queden solapadas con ligereza tal como se ha hecho en algunas ocasiones, lo cual es de una extrema gravedad en un ámbito tan especial como es el de la Corte IDH y para el cual, tal como señala el artículo 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José–, son sus jueces y juezas personas de reconocida solvencia moral. Sin embargo,

2. Corte IDH, *Código de Ética de Juezas y Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 10 de octubre de 2022. Rescatado de: <https://www.corteidh.or.cr/docs/Codigo-etica.pdf> (consultado el 14/6/2023).

veremos *infra* que no todo es consecuente a dicho resultado. Señala el artículo indicado:

Artículo 52. 1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, *elegidos a título personal* entre juristas de la *más alta autoridad moral*, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. 2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad (el destacado es nuestro).

Quizás haya sido ese concepto normativo y fundante en grado extremo que hemos resaltado del artículo 52 y que, como tal, no existe con esa precisión en su formulación en ninguno de los instrumentos constitucionales o institucionales de los Estados miembros de la Organización, lo que ha hecho pensar –con error sin duda– que resultaba innecesaria la existencia de un instrumento ético-judicial.

Marcamos la distancia entre la indicación expresa del artículo 52 citado, respecto a la condición ética de la persona que habrá de ocupar su sitial en la Corte IDH, de todos aquellos otros jueces y juezas que ocupan cargos jurisdiccionales en los Estados miembros; y donde, por defecto, se satisface el Cuerpo que hace la designación con conocer que el candidato reúne la condición de “idoneidad” suficiente para ocupar dicha plaza. De esta manera, aparece incuestionado que, en el citado artículo, se refuerza dicha condición de idoneidad³ exigiendo, además de ella, una incontrovertida “integridad” del candidato⁴.

3. Véase Ceballos, Nicolás, “Las idoneidades para el ejercicio de la función judicial y los procedimientos de selección, designación, evaluación y remoción de magistrados judiciales”, en Vigo, Rodolfo y Gattinoni de Mujía, María (directores), *Tratado de Derecho Judicial*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 681-748.

4. Véase Gómez Martínez, Carlos, *Ética judicial – Una indagación en los valores del ejercicio de la jurisdicción*, Porto, Jurá, 2020, pp. 129 y ss.

Hemos querido poner de resalto dicha exigencia, especialmente apuntada, porque en los ámbitos nacionales, reiteramos, la elección de las personas para ocupar las plazas judiciales –en cualquiera de sus instancias y sin importar si es para el orden nacional o provincial– es satisfecha solo con las condiciones suficientes de idoneidades técnicas del postulante. Esto es, que solo basta con ser una persona suficientemente entrenada en competencias epistemológicas de la ciencia jurídica y, solo por accidente, se observan las condiciones que hacen a las condiciones éticas mediante la satisfacción de informes a los cuerpos profesionales y policiales para conocer la existencia de alguna denuncia y/o evento allí asentado.

Cuando, por el contrario, conocemos sobradamente que no tener el postulante denuncias policiales y/o deontológicas profesionales no es ninguna prueba de competencia ética de la persona. Es solo un indicio documental que tales ámbitos no han tenido intervención respecto a esa persona en sucesos de naturaleza profesional y/o ético o nada más.

La estirpe del artículo 52 profundiza el punto y, quizás por ello, es una razón que acaso se pudo tener en alguna ponderación para considerar que era innecesaria la existencia de un código de ética en dicho ámbito, puesto que la condición de ser la persona que habrá de ocupar la plaza en la Corte IDH de la más “alta autoridad moral” podría llevar a pensar razonablemente –aunque en modo equivocado, según nuestro parecer– que, con ello, quedaba a salvo cualquier interferencia que en dicha materia se pudiera presentar.

Esto así, porque bien sabemos que, en la realidad de la vida, como de la función y gestión judicial la prescripción del artículo 52 es insuficiente y resulta inadecuado como completa disposición ética de la persona, puesto que las situaciones dilemáticas que se le habrán de presentar aun a quienes gocen de la “más alta autoridad moral”, como también a quien no pueda ser ubicado en dicho estándar, podrán ser igualmente insalvables a unos y otros. De allí que la pertinencia del reciente *Código* para la Corte IDH viene a cooperar en tal cuestión y ello hay que ponerlo de manifiesto en modo contundente.

Por todo ello es que no podemos dejar de reconocer que el haber alcanzado la sanción de un Código la Corte IDH –que estimamos que no habrá sido una cuestión sencilla y que habrá demandado una

gran cuota de negociaciones, sabiduría y paciencia– es fortalecer de manera efectiva el tránsito ético de aquél o aquélla a quien ya se le ha reconocido una incuestionada moral anterior, al tiempo de su ingreso al valioso órgano internacional.

Así es como volvemos a denotar alegría y satisfacción académica por lo alcanzado y hacemos votos, también, para que no implique este instrumento un solo evento declamativo que, por desgracia y también defecto, suele ser una de las variables persistentes que en esta materia también ocurre. Y para lo cual, un repaso genérico por la mayoría de los Poderes Judiciales de la región habrá de devolver al observador atento, un paisaje sumamente florido normativamente de códigos de ética para los Poderes Judiciales, pero a la vez, terrenos poco sembrados de acciones efectivas en la materia; y la muestra de ello se asienta –en no pocos casos– sobre la base de la confusión que existe entre las responsabilidades éticas y las disciplinarias/administrativas.

Lo cual coloca por definición en profunda desventaja a la ética como tal, que queda por defecto subsumida en la responsabilidad administrativa/disciplinaria y, de esta manera, para un lector no experto en la materia, produce la sensación de que los contornos éticos de los problemas de la función judicial son tan baladíes que de ellos no hace falta ocuparse. Todo lo cual es completamente inadecuado.

II. ANATOMÍA DEL CÓDIGO DE LA CORTE IDH

Por definición, todo instrumento normativo, sea el mismo un código ético o un código prescriptivo sin más, tiene una estructura que como tal corresponde examinar. Puesto que en general de dicho examen resultan sus aspectos centrales ya sea en la misma construcción y metodología que posee y también en el tipo de prescripciones y reglas que son utilizadas, para que, con ello a la vista, se pueda efectuar una ponderación de las fuentes que se han utilizado y finalmente conocer acerca de los órganos que, como tal, cooperan a su misma ejecutividad ante los comportamientos impropios o inadecuados que se puedan producir.

A tales efectos, haremos una formulación concisa y también incompleta. Comenzaremos por destacar que se trata de un instrumen-

to breve, que morfológicamente tiene un preámbulo con cuatro párrafos, que como tal sitúan el presente *Código* de la Corte IDH en el estilo y tradición escrituraria de los instrumentos internacionales. Se destaca, en tal lugar, que es posibilitada su realización al amparo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como así también del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Huelga señalar que de ninguno de los artículos que se han indicado de esos instrumentos resulta exigencia alguna de poseer un *Código* dicha Corte IDH y, por lo tanto, su dictado no era, desde ningún punto de vista, una exigencia legal a la que no se había dado cumplimiento, mas sí era de una imposición ética el hacerlo. Simplemente ha sido una adecuada y demandante percepción de la realidad socio-jurídica y también del funcionamiento del mismo Cuerpo, lo que ha llevado a la Corte IDH a poner en terreno esta norma, todo ello, según nuestro juicio meramente intuitivo.

En el *Preámbulo* del citado *Código* se señala la necesidad de dictar un “conjunto de principios éticos esenciales orientadores (...)”, y en otro párrafo se indica que el Código “reúne un conjunto de principios como guías orientadoras (...)”. De esta manera, queda por demás de manifiesto que la Corte IDH ha querido ubicarse en una lexicografía lo más apegada a la semántica judicial y, por ello, ha utilizado el giro de “principios” que, como bien conocemos, siempre que ellos se invocan proponen una reverberación de las tesis de Robert Alexy, a propósito de que “un principio es un mandato de optimización (...)”⁵.

Y si acaso respecto a ello existía alguna incertidumbre, la indicación acerca de que dichos principios son “guías orientadoras” no deja

5. “En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos; esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios” (Alexy, Robert, *El concepto de validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 162).

lugar a dudas de que se ha dictado un código de ética en el cual se ha guardado una respetuosa distancia con todo concepto o vocablo que pueda llevar el nombrado instrumento a un territorio donde se deban discutir cuestiones que hacen a la matriz profunda de cosmovisiones diversas que desde la *iusfilosofía* se puedan articular.

Una buena perspectiva de dicha tesis es que ha evitado el instrumento referirse a “virtudes judiciales” o “excelencias judiciales”, ha dicho “principios” sin más⁶.

Sin embargo, también hay que señalar que el mismo nombre de principio tiene una connotación –más allá de la jurídica antes dicha– otra que se recuesta sobre una incuestionada matriz filosófica profunda, en tanto que el principio es también *arje* o *arqué*. Y con ello se invoca a aquel ser desde donde proviene, principio como realidad –*principium essendi*–, o como principio del conocer –*principium cognoscendi*–, que permite adscribir a sistemas filosóficos más realistas o idealistas, respectivamente⁷. Sin embargo, en ámbitos de la filosofía práctica, como son los que referencia el *Código* de la Corte IDH, la utilización de dicho sintagma es lo mismo que señalar que las realizaciones que se enumeran como “principios” son de una naturaleza fundante y originaria para la práctica judicial de los miembros de la Corte IDH.

Si continuamos con la disección anatómica del instrumento, apuntamos que se anotan nueve principios, estos son: independencia, imparcialidad, integridad, prudencia, confidencialidad, lealtad, libertad de expresión, diligencia y actividades extrajudiciales; cada uno de ellos enumerados en parágrafos que van del I al IX.

6. En nuestro parecer, la debilidad de no haber emplazado al menos circunstancialmente conceptos como los dichos: virtudes, excelencia. Le ha quitado una cierta entidad de compromiso y responsabilidad verdaderamente ética a todo el texto del código. De cualquier modo, reconocemos que puede ser una apreciación de quien se encuentra más vinculado en las proposiciones de la teoría de la virtud de naturaleza aristotélica y, por ello, bajo lo que se ha dado en nombrar como el “giro aretaico”. Al respecto, las siguientes lecturas pueden ser de interés: Lariguet, Guillermo, *Virtudes, ética profesional y derecho – Una introducción filosófica*, Montevideo, BdeF, 2012; Aránguez Sánchez, Tasia, *Argumentación jurídica y ética de la virtud*, Madrid, Reus, 2018.

7. Véase Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, T. III, Madrid, Alianza, 1984, pp. 2690 y ss.

No podemos hacer aquí una ponderación de cada uno de ellos⁸, lo cual podría ser muy útil para confrontar con otros textos y visualizar algunas rarezas, y solo haremos una indicación respecto a un principio que anotamos de cierta debilidad su ausencia –aunque pueda parecer redundante–, como es el que se anota en el Código de Comportamiento Ético de República Dominicana del año 2021 en su Regla 15: “Compromiso con los derechos humanos y la democracia”⁹.

Le continúa, luego, una sección que curiosamente no lleva numeral alguno, sino que va seguida al último principio indicado y que se nombra como “Observancia del Código y ámbito de aplicación”, que consta de cuatro párrafos numerados sucesivamente y, por último, se vuelve a la numeración central, con el X y que corresponde al título “Entrada en vigencia”.

Sin ánimo el nuestro de hacer juicios que puedan parecer exagerados y desatinados, no podemos dejar de señalar una cierta inconsistencia en la morfología nominativa del instrumento. Pues consideramos que claramente el título “Observancia del Código y ámbito de aplicación” debió llevar el numeral X y luego el siguiente XI. Sin ello, no queda intelectivamente separada dicha sección del nombrado acápite de los principios y, en realidad, una cosa son los principios y otra

8. A todo efecto, remitimos a las explicaciones que de ellos ha efectuado Vigo, Rodolfo, *Ética y responsabilidad judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, pp. 57 y ss. También nos hemos referido a ellos con detalle en Andruet, Armando, “Código de ética modelo para las magistraturas provinciales”, en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, N° 25, Buenos Aires, 2000, pp. 79-119.

9. Regla 15: “Compromiso con los derechos humanos y la democracia. Principio. Tal como resulta del texto constitucional, el gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. El Poder Judicial habrá de velar en sus decisiones y acciones por el fiel cumplimiento de dicha manda constitucional. La dignidad de la persona humana es el asiento de los derechos humanos. Conceptualización. La democracia como forma de gobierno es custodiada por las prácticas judiciales y son los jueces/juezas los primeros en estar dispuestos a señalar cualquier amenaza que sobre ella se pueda presentar”.

Véase Garzón Valdés, Ernesto, “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús, *et al.*, *La función judicial – Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 129-146; Andrés Ibáñez, Perfecto, “El Poder Judicial y la democracia”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús, *et al.*, *La función judicial – Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-234.

muy diferente la manera en que se produce la operatividad de ellos hacia dentro de los miembros de la Corte IDH, a lo cual nos referiremos ulteriormente.

Por último, al amparo del numeral X se señala la “Entrada en vigencia” a partir del 1° de enero de 2023, habiendo sido acordado el nombrado *Código* con fecha 10 de octubre de 2022. En tal orden de cosas, no podemos dejar de señalar el acierto que significa que este tipo de instrumentos no tenga una entrada en vigor inmediatamente, sino que es correcto que exista un tiempo de maduración del nombrado instrumento por parte de quienes vienen a ser ahora los sujetos pasivos de este y que indefectiblemente son los jueces y juezas de la Corte IDH.

De cualquier manera, apuntamos que nos parece un tanto mezquino el mencionado ámbito de aplicación del *Código*, puesto que, hubiera sido conveniente, y en la medida de su condición, que alcanzara también a los colaboradores de los nombrados jueces y juezas, como también al mismo personal técnico y administrativo que en dicha Corte IDH ciertamente existe.

Volvemos a reiterar que dicha ampliación del ámbito de aplicación lo debió ser a los indicados en la medida de su condición. De tal manera que a un funcionario que no tiene a su cargo la formulación de una resolución, no tiene por qué alcanzarle la exigencia del principio de “Imparcialidad”, puesto que no tiene con quién ser o dejar de ser imparcial; pero bien se le puede requerir a dicha persona una “Lealtad” suficiente para con la Institución.

Apuntamos también, desde esta perspectiva morfológica del instrumento, una cuestión que nos ha llamado la atención y que no hemos podido leer en ningún otro código semejante al presente y que se relaciona con una salvedad indicada en el parágrafo X de “[e]ntrada en vigencia”. En tal lugar, se señala que su vigencia será en la fecha ya indicada y como es de rigor su alcance es inmediato a quienes ocupan un sitial en la mencionada Corte IDH.

Mas lo extraño es la última oración del párrafo, que indica: “[e]ste Código no se aplicará respecto de los antiguos miembros de la Corte que hayan cesado en sus funciones antes de la fecha indicada”, o sea, del 1/1/2023. La mencionada cláusula de no retroactividad de aplicación del *Código* en ámbitos jurisdiccionales parece sin duda una

exageración, pero a la vez, creemos que no ha sido un descuido, sino que se ha querido dejar a salvo y a buen resguardo comportamientos de antiguos miembros que, muy seguramente, han sido ostensiblemente perturbatorios y desleales desde la ética judicial con la institución, no solo por lo que ella es como tal, sino por la representatividad simbólica que posee¹⁰.

Proyectamos la nombrada tesis, cuando, a la vez, leemos el principio que lleva el numeral VI, “Lealtad”, que, sin duda, es un tanto infrecuente la nombrada denominación, aunque se le puede encontrar algún parentesco lejano con alguna otra conceptualización utilizada en los códigos de ética, aunque en realidad nos cuesta mucho así pensarlo y quizás debamos darle el crédito de ser dicho principio algo innovativo –quizás lo único– y, en tal caso, tampoco lo terminamos de comprender del todo bien.

Animamos a proponer una tesis justificatoria de todo ello, la cual hemos construido a la luz de la comprensión *in claris* del texto *sub examine* del apartado 2 del mismo principio, donde se puede leer una indicación, que parece tener mucha correlación con lo que hemos enunciado en el párrafo X a propósito del carácter no retroactivo del Código. Pues dice el párrafo 2 del numeral VI: “Al cesar en sus funciones [los Miembros], conservarán su deber de lealtad con la institución”.

De la articulación entre ambos textos, resulta evidente que ha existido una preocupación notable que descansa en los comportamientos que de futuro quien ha sido miembro de la Corte IDH habrá de tener; toda vez que respecto de quienes son miembros hoy o lo sean mañana, la cláusula de la última parte del párrafo X no le alcanza y sí le corresponde la exigencia de “Lealtad” que la segunda parte del párrafo VI postula. Hasta se podría llegar a afirmar que parece haber una mayor preocupación por quienes han sido miembros, que por quienes lo son actualmente, y de lo cual indicaremos *infra*.

De cualquier modo, lo dicho no implica que no compartamos la télesis de la razón del principio de “Lealtad”. Quien ha tenido el

10. Véase Andrés Ibáñez, Perfecto, “Ética de la función de juzgar”, en Fernández Fernández, José y Hortal Alonso, Augusto (compil.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2001, pp. 67-81.

privilegio singular de haber sido propuesto para ocupar un sitio tan relevante para los Estados parte de la Organización y ha tenido la responsabilidad de juzgar causas de los Estados que se han llevado ante dicho Tribunal, pues que deviene en un completo despropósito que luego de concluida dicha función, en su ejercicio público o privado con trascendencia pública, se comporte de una manera que para cualquier observador razonable ponga en severa crisis¹¹ no solo la eticidad de la nombrada persona sino, y que –según creemos– es lo que la Corte IDH quiere proteger, que dicho ex miembro con ese solo comportamiento desprestige por anexión al mismo colectivo que otrora ha integrado¹².

Desearíamos que a futuro, y siendo la Corte IDH consecuente con la letra que acaba de sancionar, ante eventuales casos de antiguos miembros que conformen una práctica de vida privada, con trascendencia pública o pública, ofensiva a los mencionados principios ya indicados¹³, merezcan una consideración orientativa por parte de

11. El concepto de observador razonable proviene de la tradición angloamericana y está expresamente indicado en el Código de Bangalore, cuando considera el Valor 2, indica en su parágrafo 54: “Al decidir si existe un motivo legítimo para suponer que un juez determinado de un proceso penal carece de imparcialidad, el punto de vista del acusado es importante pero no determinante. Lo decisivo es saber si puede estimarse que ese temor se justifica objetivamente a los ojos del observador razonable que representa a la sociedad”. En el Código Iberoamericano de Ética Judicial, el nombrado sintagma está materializado en los arts. 11, 14, 54 y 81.

12. No podríamos señalar cuántos casos existen respecto a ello, pero pocas dudas nos caben respecto a que cuando existen expresiones completamente denostativas del rol y funcionamiento de un Poder del Estado, como es el Judicial, tiene ello una significación por demás grave a tal imagen y si proviene ello de quien ha integrado dicho espacio judicial, agrega un componente de deslealtad incuestionable.

En orden al concepto de deslealtad se pueden leer las consideraciones desde la filosofía política que en torno al patriotismo Martha Nussbaum y otros autores formulan. Véase Nussbaum, Martha, *Los límites del patriotismo – Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Barcelona, Paidós, 1999.

13. Malem Seña, Jorge, “La vida privada de los jueces”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús, et al., *La función judicial – Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, pp. 163-180; Finn, Santiago, “La vida privada de los jueces: La tensión entre su autonomía y las exigencias de la ética judicial”, en Cossola, Sebastián; Del Carril, Enrique, et al., *Ética de las profesiones jurídicas – Abogados, jueces, notarios*, Buenos Aires, Ad Hoc, pp.

quien ejerce la función de órgano aplicativo del nombrado *Código*, y que según resulta del nombrado instrumento es quien ejerce la Presidencia del Tribunal.

Por último, y para dejar completamente a salvo que a partir del 1/1/2023 se ha venido a definir lo anterior y que bien podríamos nombrar como una suerte de permanencia de la exigencia ética de los miembros y de los que han sido tales, como resulta con letra prístina en el cuarto párrafo del apartado que se titula “Observancia del Código y ámbito de aplicación”, se indica: “Los jueces y juezas que concluyan su mandato jurisdiccional así como los jueces ad hoc se orientarán por estos principios en lo que corresponda”.

Nos parece de valiosa significación el resultado al que se ha alcanzado en dicho punto, y que ello incluso lo hemos considerado nosotros antes de aplicación para cualquier juez o jueza que se ha acogido a la pasividad en la función judicial. En nuestro parecer, existe una ultraactividad de la noción de estado judicial que, si bien la persona que ha dejado de ser juez o jueza pierde la jurisdicción, conserva la observancia de las exigencias éticas y de integridad que naturalmente serán siempre consideradas acorde a la condición de que no está activo en la jurisdicción¹⁴.

La vida institucional, al menos de la República Argentina, ha mostrado espectáculos de máxima devaluación de jueces y juezas de todas las instancias, que habiéndose acogido a los beneficios jubilatorios de la magistratura han mostrado comportamientos de tanta lesividad institucional a lo judicial, que cuesta mucho entender la compatibilidad que pudieron tener –o quizás nunca la tuvieron– con la buena y dedicada función judicial¹⁵.

91-126; Hernández García, Javier, “¿La ideología de los jueces es un problema privado?”, en González Pascual, Maribel (dir.), *Independencia judicial y estado constitucional. El estatuto de los jueces*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 203-224.

14. Nos hemos referido a ello en Andruet, Armando, *Teoría y práctica de la ética judicial*, Córdoba, Advocatus, 2017, p. 197.

15. En tal perspectiva de análisis de comportamientos éticos de quienes han sido jueces o juezas, el Código IDH ha dado un paso importante y ello impone, entonces, al nombrado juez o jueza, que cualquiera sea la desinteligencia política o ideológica que pueda existir legítimamente con quienes poseen la respectiva jurisdicción, debe

Sin duda que la Corte IDH no quiere experimentar sucesos de esa naturaleza o ha tenido que soportar tanto de ellos, que quiere ponerle coto para otros casos y que por ello ha insistido de tal manera en dicho punto.

III. FISIOLÓGIA DEL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA CORTE IDH

Nos ocuparemos ahora de señalar el núcleo central, de la manera en que los principios se materializan en la práctica corriente de los miembros de la Corte IDH; debiendo previamente reconocerse que, en la teoría ético judicial comparada, existen dos modos muy diferentes de entender dicha materia.

Por una parte, están aquellos códigos en donde los mencionados principios tienen un carácter, si bien orientativo en las conductas, su no atención promueve una acción consecuente por quien tiene el ejercicio del gobierno del Poder Judicial o en quien éste lo ha delega-

canalizar las mencionadas diferencias o críticas profundas por las vías adecuadas y respetuosas que no tienen por qué ser tímidas, pero en ningún caso alcanzar con ellas a perforar la malla simbólica e institucional del mismo espacio judicial que se ha conformado.

Al ex integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eugenio Zaffaroni, le alcanzaría materialmente la manda ahora indicada en el Código IDH, de haber afectado el principio de "Lealtad", pero por la natural irretroactividad de la ley ello no es posible. A tal efecto, un repaso periodístico devuelve juicios por él formulados, que no resultan ser los más adecuados y respetuosos desde la ética judicial, para quien ha ocupado los sitios que se han indicado. Entre otros artículos, en: Sin autor, "Raúl Zaffaroni, contra los medios: «Generan una realidad única, como los de Hitler y Stalin»", *La Nación*, 5 de abril de 2022, rescatado de: <https://www.lanacion.com.ar/politica/raul-zaffaroni-contra-los-medios-generan-una-realidad-unica-como-los-de-hitler-y-stalin-nid05042022/> (consultado el 4/4/2023); Sin autor, "Cristina Kirchner compartió un artículo de Zaffaroni que advierte sobre «la desaparición del derecho»", *Tiempo Argentino*, 28/12/2023, rescatado de: <https://www.tiempoar.com.ar/politica/cfk-compartio-un-articulo-de-zaffaroni-que-advierte-sobre-la-desaparicion-del-derecho/> (consultado el 4/4/2023); Nota de Redacción, "Carrió pidió la remoción de Zaffaroni de la CIDH", *La Voz*, 10 de enero de 2021, rescatado de: <https://www.lavoz.com.ar/politica/carrio-pidio-remocion-de-zaffaroni-de-cidh/> (consultado el 4/4/2023).

do y, en función de ello, se le hace al juez o jueza que ha realizado dicho comportamiento impropio una “recomendación ética” que no es asimilable a sanción o falta disciplinaria alguna¹⁶. Otros modelos no ejecutan ninguna acción directa, independiente y autónoma ante ello y, en todo caso, pueden considerar dicho comportamiento incurso en algún capítulo disciplinario; por lo tanto, se puede concluir en una sanción administrativa.

En este último caso, se advierte lo que hemos indicado más arriba y que es una severa confusión entre la responsabilidad ética y la responsabilidad disciplinaria¹⁷, diluyéndose la primera en la segunda. Estos aspectos han sido materia de especial consideración por parte de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial en su Dictamen N° 16 de fecha 23/9/2021, intitulado “La acción disciplinaria y la ética en el control del comportamiento de los jueces”¹⁸.

Está fuera de toda duda que el *Código* sobre el cual hemos puesto acento en este aporte es antes que todo un instrumento que, al brindar principios que son guías para el comportamiento, denota que su carácter no es otro –y como lo reafirma en manera harto suficiente– que el de “orientar” conductas para la acción y ejecución de la función judicial y jurisdiccional que en principio resultan auto-ejecutadas en su comprensión por el mismo juez o jueza de la Corte IDH¹⁹.

16. El Poder Judicial de la República del Paraguay y República Dominicana lo tiene establecido de esa manera, el Poder Judicial de la provincia de Córdoba de igual modo. En una forma también próxima a ello, la Comisión de Ética del Poder Judicial del Reino de España.

17. Véase Gómez Martínez, Carlos, *Ética judicial – Una indagación en los valores del ejercicio de la jurisdicción*, Porto, Jurá, 2020, pp. 29 y ss.

18. Se puede consultar en la obra que recoge y comenta la totalidad de dictámenes producidos hasta el año 2022 inclusive. Respecto a dicho Dictamen N° 16, se pueden leer con interés los aportes reflexivos que ha formulado Vigo, Rodolfo, “Comentario al decimosexto dictamen”, en Andruet, Armando y Montero Montero, Justiniano (directores), *Comentarios a los dictámenes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial*, Santo Domingo, ENJ-CIEJ, 2022, pp. 449-465. Rescatado de: <https://biblioteca.enj.org/handle/123456789/125421> (consultado el 4/4/2023).

19. Con provecho se pueden apreciar las consideraciones realizadas por Saiz Arnaiz, Alejandro, “Los derechos de los jueces: Entre el legislador y la autorregulación”, en Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Madrid, Mar-

Debe también advertirse una cierta estrechez en el ámbito material al cual las nombradas cuestiones alcanzan, en contra de lo que los códigos de ética judicial indican, esto es, que desde ya alcanzan a los comportamientos relacionados con la función y gestión judicial-jurisdiccional del juez como igualmente a los comportamientos impropios o inadecuados que se brindan en el ámbito privado con trascendencia pública que el nombrado juez o jueza haya tenido²⁰. En el *Código* que ahora comentamos, se ha limitado inexplicablemente al solo “desempeño de las funciones jurisdiccionales” (*Preámbulo*, 3^{er} párrafo), lo cual deviene para nada consecuente con el énfasis que antes se colocó sobre quienes han sido miembros y son requeridos en “Lealtad”, esto es, por sus comportamientos privados con trascendencia pública, puesto que ya no tienen función jurisdicción-judicial alguna. Que no se haya considerado ello, para los miembros actuales en orden a esa misma categoría de conductas, es un demérito que no puede ser disimulado.

Por otra parte, si se leen con un foco cuidadoso los dos primeros párrafos del título “Observancia del Código y ámbito de aplicación”, se muestra que si bien es orientativo –como se acaba de decir–, en rigor habría que decir que es también “limitadamente recomendativo”. Lo primero, orientativo, porque se puede indicar que tiene un funcionamiento que puede asimilarse a una especie de ejercicio de tipo auto-administrado por los propios miembros de la Corte IDH, toda vez, que es una “ayuda” que a ellos, respecto a cuestiones éticas que se le pueden presentar en la función jurisdiccional, las mencionadas guías vienen a cumplir.

cial Pons, 2012, pp. 9-25. También, véase Andruet, Armando, “Realización y desafíos de la función judicial contemporánea”, en Steidel Figueroa, Sigfrido (ed.), *Reflexiones sobre la función judicial*, Puerto Rico, Situm, 2020, pp. 1-40.

20. Se puede leer expresamente en el Código de Ética para el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba en la regla 4.3, que dice: “Dignidad. Los magistrados y funcionarios cultivan sus virtudes personales y velan por su buen nombre y honor en todos los ámbitos de su desenvolvimiento personal.

Muestran en su *actuación pública y privada con trascendencia pública*, prudencia y sobriedad en sus palabras, actitudes y comportamientos; firme compromiso con la justicia y la República, y constante defensa de las normas constitucionales y legales que dan sustento a la convivencia” (el destacado es nuestro).

Pero también pueden dichos miembros hacer lo que en el Código Iberoamericano (en adelante, Código Ib.) (art. 92²¹) y en el de la provincia de Córdoba (regla 6:4.1)²² se nombra como el “ejercicio de la consulta ética”, y que aquí no se le ha dado rótulo alguno, pero no se podría estar refiriendo a otra cuestión que no sea ella. Y quien ejerce la presidencia del Cuerpo será quien habrá de orientar al juez o jueza acerca de la manera de cómo proceder en la materia en que ha existido la inquietud, duda, incertidumbre o dilema ético.

Y con ello, se evidencia que no solo hay una *praxis* orientativa general que el mismo texto del Código propone y limitada al exclusivo campo de lo jurisdiccional y que en nuestro conocimiento, no solo como expertos en la materia, sino por nuestro propio rol presidiendo el Tribunal de Ética Judicial del Poder Judicial de la provincia de Córdoba, cuando por el contrario dichas orientaciones resultan de mayor necesidad para los comportamientos privados con trascendencia pública. Sin embargo, nada se dice respecto a dicha esfera de acción.

A ella se suma la orientación que a solicitud del propio miembro puede haber y que por ello parece asemejarse a una respuesta recomendativa y generada por la consulta que se ha formulado, según resulta del párrafo 2 del acápite “Observancia del Código y ámbito de aplicación”, y que desde una perspectiva amplia y generosa, se podría comprender que no teniendo el texto calificación alguna –como lo tiene el párrafo 1, que limita “al ejercicio de sus funciones [del juez o jueza] jurisdiccionales”–, bien se podría entender que en este supuesto habilita a lo que antes se limitaba, lo cual es lógico porque es el mismo juez o jueza quienes habilitan la intervención del Presidente para la respuesta orientativa.

A lo que agregamos, y según lo hemos dicho más arriba, respecto a quienes han sido miembros de la Corte IDH y entran en conflicto con la Institución por acciones de deslealtad, entendemos que, aquí,

21. “Las solicitudes de asesoría o cualquier otra petición de los órganos integrantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana o los de la propia Cumbre Judicial deberán dirigirse a la Secretaría Ejecutiva”.

22. “Funciones. El Tribunal de Ética Judicial tiene por funciones, además de las medidas correctivas: 1) Evacuar consultas escritas de magistrados y funcionarios que así lo requieran o del propio Tribunal Superior de Justicia (...)”.

debería ser derechamente el Presidente quien habrá de recomendar *ex officio* al antiguo miembro que su comportamiento deviene en conflicto con el *Código* y en especial con el principio VI de “Lealtad”, pero ello no está expresamente indicado, lo cual demuestra también fragilidad en la intervención que acaso se pudiera hacer.

Ahora lo que queda al margen de esta consideración, y sería una pena que también quede al margen operativo de la Corte IDH, se vincula con el carácter primariamente endogámico que se advierte que tiene dicho instrumento. Esto es, como se ha indicado, que los miembros lo podrán tener al mismo como una buena y valiosa brújula para su orientación personal sobre las cuestiones en las que tengan incertidumbre ética y ello es muy positivo, como también que el Presidente del Cuerpo, frente a la consulta que se le realiza, pueda recomendar una determinada vía de acción respecto al tópico en cuestión.

Sin embargo, al menos hay tres aspectos que quedan en un estado de cierta sombra o incertidumbre desde su operatividad ética. Adelantamos que algunas de estas cuestiones pueden ser clarificadas y ser retiradas –con buena disposición– de esa situación de penumbra, mientras que la restante, definitivamente, no parece posible someterla a igual trámite. Todo ello así, desde la lectura que corresponde efectuar tal como está el instrumento, sin perjuicio que una hermenéutica holística y un connatural sentido común pueden confluir en otro resultado.

Por una parte, no se advierte en modo –reiteramos– claro qué sucede si el Presidente nota algún tipo de comportamiento impropio jurisdiccional de alguno de los miembros y que resulta reñido con alguno de los principios que se han enunciado en el *Código*, si está dentro de sus facultades, de oficio, poder hacerle a dicho miembro algún tipo de orientación acerca de tales comportamientos. El sentido común nos lleva a pensar que, si ello no fuera posible, el Código de Ética de la Corte IDH sería un código de muy baja relevancia real y sería algo más próximo a la ficción que a la realidad; pero lo cierto es que no lo dice y ello es un registro en verdad muy preocupante y perturbatorio y al borde de la descalificación.

Preocupación que se maximiza cuando por definición las personas que no ajustan *per se* sus comportamientos a las guías éticas, tampoco buscan ser orientadas respecto a tales prácticas, y mucho menos

se puede esperar de ellas que sean generosas y abiertas para escuchar una orientación de alguien –más allá de su posición de Presidente–, quien no tendría técnicamente acordada ninguna legitimidad para ello. Al menos, de la letra expresa del *Código* es lo que resulta²³.

Si ello es así, naturalmente que tampoco tendría autoridad alguna el Presidente para hacer valer una orientación a quien ha dejado de ser miembro y tiene un comportamiento claramente reñido con el principio de “Lealtad” a la Institución.

A la luz de todo ello, no podemos dejar de reflexionar que, si el *Código* queda limitado solo a la auto-aplicación orientativa o a la auto-gestionada consulta, nos cuesta creer que la operatividad y transformación, que se han pensado sin duda de buena fe y con los mayores esfuerzos, puedan ser posibles materializarlas y servir, así, para transformar situaciones que habrán sido causa suficiente para poner en marcha la mencionada labor de construcción del Instrumento.

De cualquier modo, podemos hacer una labor de inclusión hipotética mental y señalar acerca de lo absurdo que devendría el resultado que en esta consideración final se alcanza, aunque sea la que genuinamente de la interpretación fidedigna del texto se sigue. Resultaría a todas luces un juicio equivocado y extraviado de una razonabilidad básica inscripta en dicho *Código*, a lo que se suma una hermenéutica teleológica que corresponde ponderar en un código de ética y, entonces, desde este constructo, es que podemos alcanzar la comprensión positiva acerca de que el Presidente del Cuerpo puede intervenir *ex officio*.

Más de allí no se puede seguir en modo alguno y poner en grado de claridad –o al menos sería más dudosa la conclusión– en lo referido al tercero de los aspectos que hemos señalado como suficientemente grave en el instrumento, y que se relaciona con quienes son partes en un litigio ante la Corte IDH, que no están en condiciones operativas posibles de hacer una presentación ante el Presidente de la Corte IDH, relacionando una supuesta situación de comportamiento

23. Véase Ortuño Muñoz, Pascual, “La difícil tarea de educar buenos jueces”, en García Pascual, Cristina (coord.), *El buen jurista – Deontología del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 117-176.

reñido con los mencionados principios por alguno de los jueces o juezas intervinientes.

Ello en ningún lugar está autorizado y no parece, como en el caso anterior, que pueda ser atendido mediante un carácter interpretativo generoso y, por ello, se debería pensar en alguna revisión técnica del Instrumento para evitar que tal cuestión central quede al margen de las acciones públicas de quienes intervienen en el pleito y advierten el comportamiento impropio –según su parecer– de alguno de los miembros²⁴. No se nos escapa que sería por demás razonable, aunque muy improbable, que sea posible habilitar la recepción de dicha queja también a terceros en el pleito, y que podrían demostrar algún interés legítimo en ello; pero parece del mayor sentido de justicia y razón que, al menos quienes son partes en la contienda, lo puedan hacer y, para lo cual, la naturaleza ética de la cuestión y no jurisdiccional bien podría admitir dicha habilitación a quien ejercite la Presidencia del Cuerpo.

Mediante dicho mecanismo alternativo y de emergencia ética, se evitaría caer en una situación que promueve un efecto precisamente inverso al que se ha tenido en origen y génesis del *Código*, como bien se puede leer en el tercer párrafo del “Preámbulo”, que indica que “es necesario precisar un conjunto de principios éticos esenciales orientadores para el buen y prudente desempeño de las funciones jurisdiccionales”, todo lo cual, y en un marco de sentido común, es vincular la práctica de dicha función jurisdiccional de la Corte IDH con la confianza pública que tales prácticas despiertan²⁵.

Naturalmente que resulta claramente reñido con la estimulación de la confianza pública de un tribunal²⁶, con independencia de cuál

24. Véase Paredes Paredes, Felipe, “La independencia e imparcialidad judicial en el sistema interamericano”, en González Pascual, Maribel (dir.), *Independencia judicial y estado constitucional. El estatuto de los jueces*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 61-80.

25. Nos hemos referido especialmente a dicho aspecto en Andruet, Armando, “La ética y la confianza pública”, en Andruet, Armando (director), *Ética Judicial*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 3-25. Véase Rosler, Andrés, *Razones públicas – Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016, pp. 67-112.

26. Vide Berman, Marcelo y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, FCE, 2009.

sea el mismo, si a la vez, a aquellos a quienes se los quiere convencer en confianza hacia el tribunal, se les indica que no están autorizados para hacer ninguna denuncia en tal materia y que solo el Presidente puede actuar –en el criterio amplio, que interpretamos, pero que la letra no dice– por vía oficiosa.

IV. NECESARIA REALIZACIÓN DEL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA CORTE IDH

Con independencia de los aspectos que hemos señalado más arriba y que muestran las fragilidades y debilidades que en nuestro parecer tiene el mencionado Instrumento, todas ellas son siempre de menor peso específico, puesto que son técnicamente corregibles cuando se contraponen a ello una de las grandes razones y quizás la más significativa que tiene dicho *Código*. Esto es que, gracias a él, dejan de estar nada menos que los jueces y juezas que integran la Corte Interamericana de Derechos Humanos al margen de cualquier tipo de consideración ética. Aun cuando la realización, ahora generada, no sea completa.

Con independencia de que el Instrumento que sea alcanzado, permita definir claramente la existencia de un reproche y recomendación ética al juez o jueza²⁷ o su textura indique aquella otra alternativa de alcance limitado a una mera “orientación” por parte del mismo tribunal que se integra, tal como es, en el caso de los jueces y juezas de la Corte IDH, no se puede dejar de advertir que el estatus que en esta materia tenían los jueces y juezas de la Corte IDH era completamente desconcertante y más se asemejaba dicho Tribunal por ese aspecto y no por ningún otro, como uno propio del *Ancien Regime*, y por lo que ninguna crítica al mismo comportamiento de los jueces o

27. Por ejemplo, el Código de Ética para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de Córdoba, en su regla 5.1., indica: “Medidas correctivas. Recomendaciones. Los magistrados y funcionarios que incurran en actos de inobservancia a algunas de las reglas precedentes, se hacen pasibles de alguna de las siguientes medidas: 1) Simple recomendación, 2) Recomendación con elevación al Tribunal Superior de Justicia, a los efectos de su ponderación y resolución en el marco de las facultades constitucionalmente asignadas”.

juezas eran posibles de ser realizados, porque las vías para introducir ellas sencillamente no existían. Todo lo cual se podría resumir en la tesis de la “oclusión ética” del tribunal, y que *per se* es ello un registro descalificante para cualquier “sistema de justicia”²⁸.

Con la entrada en vigor del mencionado Código para la Corte IDH, sin duda que dicho Tribunal fortalece la “infraestructura” del nombrado Cuerpo y también proyecta una incuestionable mejora en su estatura internacional, no solo por sus resoluciones tan valiosas, sino por la misma conciencia moral que importa *a priori* siempre, que un tribunal posea un instrumento ético que oriente su proceder.

Dichos instrumentos éticos, en los tiempos que corren, no son una cuestión de gusto que se puede despreciar de poseerlos sin costo político e institucional; son, por el contrario, elementos suficientemente significativos para poder hacer un juicio acerca del valor y trascendencia que, en un Poder Judicial o en una Corte Internacional, se le brinda a la transparencia de los actos jurisdiccionales que se cumplen, a la integridad de las personas que los dictan y las buenas prácticas que en su función y gestión ellos tienen.

El *Código* de la Corte IDH tiene como nota característica central la de ser primariamente un instrumento orientativo para la praxis de la función judicial. Así es como se indica en el apartado “Observancia del Código y ámbito de aplicación”, que se conforma con cuatro párrafos, y en cada uno de ellos se puede leer una acción de orientación respecto a los jueces o juezas. Así: “1. Los principios éticos aquí señalados son de carácter *orientador* de la conducta (...);” “2. La Presidencia *orientará* al juez o jueza (...);” “3. Este conjunto de principios éticos de conducta *orientarán* a las juezas y jueces (...)” y “4. Los jueces y juezas

28. Preferimos nosotros utilizar el giro “Sistema de Justicia”, puesto que allí se pueden integrar muy claramente dos elementos constitutivos del mismo; por una parte, la “Estructura” de todo Poder Judicial y que se relaciona con la materialidad de lo judicial, esto es, edificios, parque informático, normas procesales, acuerdos, jurisdicciones, etc., a todo lo cual nombramos como “Sistema de administración de justicia”. Y, por otro lado, lo que denominamos “Servicio de Justicia”, que tiene una condición de “Infraestructura” del Sistema Judicial y, allí, se ubican los jueces y juezas como tal, con su doble dimensión epistémica. Por una parte, la que se corresponde con las competencias científico jurídicas y, por la otra, las necesarias competencias éticas.

que concluyan su mandato jurisdiccional así como los jueces ad hoc se *orientarán* por estos principios (...)” (el destacado es nuestro).

La acción de “orientar” –presente en los cuatro párrafos– que el *Código* postula hace las veces y resuelve las dificultades aquí éticas, de la misma forma que lo hace en manera análoga una brújula al caminante, con la diferencia de que, en la situación ponderada, tiene como norte lo que concierne al “buen y prudente desempeño de las funciones jurisdiccionales”²⁹.

Cabe también sumar en esta consideración el esfuerzo que sostenidamente, desde al menos el año 1990, aunque con una fisonomía un tanto diferente a la actual, la Cumbre Judicial Iberoamericana le ha otorgado al tema de la ética judicial como muy gravitante, y en función de lo cual se han brindado una serie de instrumentos internacionales que cooperan a los fines de la mejor práctica ética en dichos Poderes Judiciales³⁰. Siendo en esta ocasión el más importante de ponderación el ya indicado Código Iberoamericano de Ética Judicial, que fuera aprobado en la XIII Reunión de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en su sesión en la ciudad de Santo Domingo (República Dominicana) en el año 2006. Cabe señalar, para dimensionar la fortaleza de la Cumbre Judicial, que ella abraza a 21 países de la América Ibérica, más España y Portugal.

Dicho Código Ib. tiene una finalidad claramente ejemplificativa para los Estados miembros de la Cumbre, sin importar si ellos ya tienen un código anterior o no; toda vez que se trata, antes que nada, de un código modelo³¹ que permite que cualquier Estado pueda apro-

29. “Reconociendo que es necesario precisar un conjunto de principios éticos esenciales orientadores para el buen y prudente desempeño de las funciones jurisdiccionales de las juezas y jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Preámbulo, 3^{er} párrafo).

30. Entre otros, la “Carta de derechos de las personas ante la justicia”, “Decálogo Iberoamericano de la Justicia de calidad”, “Estatuto del Juez Iberoamericano”, “Protocolo de acceso a la Justicia para personas y grupos vulnerables”, “Transparencia, rendición de cuentas e integridad”.

31. Expresamente se indica en la Exposición de Motivos (numeral 2) que se trata de un Código Modelo y por ello tiene la característica de ser protoplástico para diversas especificidades de otros códigos.

vechar de sus buenas bases para dictar un instrumento ulterior propio, o en su defecto, apropiarse *in totum* del nombrado Código Ib., tal como en nuestro país han consumado diferentes Estados provinciales³²; y para lo cual, solo se requiere de algunos instrumentos administrativos suplementarios que deberían dictarse en modo complementario. Ello así, toda vez que el Código Ib. no formula ningún capítulo específico relacionado ni con recomendaciones éticas, ni modos en que se deberían conformar las comisiones o tribunales éticos, en el caso de querer ser pretendidos estos alcances.

Mas lo que está fuera de cualquier duda es que estamos frente a un instrumento –el Código Ib.– que difícilmente pueda ser soslayado, por cualquier Estado o por quien quiera construir o reflexionar sobre la ética en los Poderes Judiciales. Ello es un dato inequívoco de la realidad.

Sin duda alguna que dicho instrumento es para la región de América Latina y el Caribe, el más relevante de los que existen; no solo por la misma entidad doctrinaria, técnica y metodológica que el nombrado Código Ib. posee³³, sino porque dentro de su estructura interna están previstos los propios mecanismos de actualización permanente mediante el funcionamiento de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial³⁴, que tiene por función –entre otras– la de evitar la obsolescencia del Código Ib., y para lo cual emite dictámenes, ya sean ellos requeridos por vía de una consulta que se ha hecho o simple-

32. En la República Argentina, en varias provincias –San Juan, Tierra del Fuego, La Pampa, Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, han dictado sus Tribunales Superiores de Justicia los Acuerdos respectivos y han tomado como instrumento local el mencionado Código Iberoamericano.

33. Huelga recordar que fue realizado por Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, en su función de expertos convocados por la Cumbre Judicial Iberoamericana a dichos efectos.

34. Dicha Comisión se integra en el universo de las siete Comisiones permanentes que tiene la Cumbre, y que son: Comisión de Justicia Medioambiental, Comisión de Mecanismos Alternativos y Restaurativos de Resolución de Conflictos y Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol (MARC-TTD), Comisión de Seguimiento de las Reglas de Brasilia, Comisión de Coordinación y Seguimiento, Comisión de Género y Acceso a la Justicia y Comisión de Calidad para la Justicia (CICAJ).

mente por la misma comprensión que los integrantes de esa Comisión han considerado adecuado³⁵.

Mediante la realización de dichos dictámenes no solo que hacen una práctica esclarecedora de la aplicación de los cánones éticos del Código Ib., sino que además, por dicha vía, se ejecuta un ejercicio de introducción de anexiones temáticas que otrora fueron de bajo o inexistente interés para la ética judicial y que con el tiempo se han vuelto transversales a ella, como bien podría ser el tema de las redes sociales en sintonía con la misma libertad de expresión de los jueces³⁶, por citar solo una de tales cuestiones.

Se comprende, acorde a la naturaleza y diagrama institucional que tiene la Corte IDH, que siendo quienes ejercen la magistratura en tal espacio juristas que lo están haciendo no en representación del país del cual son nacionales, sino a título personal y por sus propios méritos³⁷, más allá de que hayan sido postulados por un Estado miembro, es que dicha heterogeneidad de base nacional que cada uno de los miembros posee tiende a descalificar que se hubiera podido emergencialmente aplicar el código ético del país de donde proviene en particular dicho juez o jueza, puesto que con ello se podrían generar desigualdades en los regímenes de consecuencias para comportamientos que fueran semejantes, debido a la diversidad y especificidad que los códigos éticos nacionales podrían implicar y, además de ello, porque –reiteramos– la intervención en la Corte IDH no es representativa del país del cual es nacional el miembro.

35. La CIEJ se conforma con nueve Comisionados más un Secretario Ejecutivo. Cada uno de ellos, por los países integrantes de la Cumbre (argumento art. 84 del Código Ib.).

36. Dichos dictámenes en total al día de hoy son 23, los dos últimos se han dictado durante el mes de febrero del corriente año. Todos los demás están recogidos en un volumen editado por la Escuela Nacional de la Judicatura en cooperación con la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial y donde se encuentran comentados por los mejores especialistas en la materia de la ética judicial y al que nos hemos referido en nota anterior. Andruet, Armando y Montero Montero, Justiniano (directores), *Comentarios a los dictámenes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial...*, rescatado de: <https://biblioteca.enj.org/handle/123456789/125421> (consultado el 4/4/2023).

37. Art. 52, copiado más arriba.

Por otra parte, tampoco es posible pensar que a la Corte IDH le alcance el Código Ib. *–materiae personae–*, puesto que no es un Estado y no integra la Cumbre Judicial Iberoamericana como tal. Pero ninguna de estas razones es óbice para que, en el caso de quererlo, pueda haber sido adoptado intencionalmente dicho Código Ib. parcial o totalmente y con ello se hubieran soslayado algunas de las debilidades apuntadas.

De cualquier modo, no se nos escapa que el Código Ib. ha sido una fuente mediata para el resultado del Código de la Corte IDH; para ello hay dos razones que en nuestra opinión lo abonan. Por una parte, porque en el texto del *Código* de la Corte IDH existen una serie de giros que son muy propios –aunque no exclusivos en su originalidad del Código Ib.– y que se han materializado en algunos de sus artículos, así: cuando se indica en el *Código* que los jueces en sus funciones jurisdiccionales deben “ser imparciales y asegurar la apariencia de imparcialidad” (parágrafo II, 1), se puede advertir una cierta paráfrasis con el artículo 13 del Código Ib. (“El juez debe evitar toda apariencia de trato preferencial...”).

Se puede hacer el mismo procedimiento leyendo el artículo 68, que trata acerca de la “Prudencia” en el Código Ib. (“La prudencia está orientada al autocontrol del poder de decisión de los jueces y al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional”) y el texto que se puede leer en el parágrafo IV –“Prudencia”– del *Código* de la Corte IDH (“Deben ejercer con moderación y prudencia la responsabilidad que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional”).

De cualquier modo, bien cabe decir que las indicadas percepciones tienen, al fin, poca relevancia para la demostración que pretendemos presentar, puesto que lo central de comprender en este punto está en detenerse no en la letra del texto, sino en quien ha presidido la Corte IDH en cuyo tiempo se ha alumbrado dicho *Código*. Lo cual lleva al doctor Ricardo Pérez Manrique, quien ha sido elegido por sus pares para presidir dicho Tribunal desde el 1/1/2022 hasta el 31/12/2023, y el nombrado cuenta en su hoja de vida laboral judicial haber integrado y presidido la Corte Suprema de Justicia de la República Oriental del Uruguay entre los años 2012 y 2017, pero además de ello –y aquí lo importante–, en el año 2016, fue Secretario Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana, lo cual hace presumir,

sin equívoco posible, el reconocimiento cercano y natural que debía tener con los temas relativos a la ética judicial.

A más de ello, se integró el nombrado jurista como Comisionado por Uruguay ante la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, por lo que, sin duda, que no le resultaba en modo alguno ajeno el Código Ib., ni sus dictámenes; como también muy seguramente debió haber advertido que se presentaba como una debilidad seria y superable que la Corte IDH no tuviera su propio *Código*.

V. REFLEXIÓN FINAL

Frente a todo lo que hemos considerado, proponemos las siguientes consideraciones finales. Por una parte, que mucho nos reconforta que un jurista como Ricardo Pérez Manrique, quien ha conocido de primera mano el funcionamiento de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, haya podido con dicho *bagaje* técnico en la memoria reciente haber tenido el estímulo suficiente para dotar de un instrumento ético a la misma Corte IDH.

Por la otra, que si bien no hemos podido ocultar que tal resultado pudo y debió ser de una mayor entidad, eficacia y relevancia ética, no podemos dejar de comprender que, en los ámbitos colegiados, y donde son tan diversas y quizás contradictorias las vertientes ideológicas y morales que circulan, quizás esto fue el mejor resultado posible.

Finalmente, profesamos –para decirlo con Terry Eagleton– la esperanza, aunque sea sin optimismo, porque en el fondo somos racionalistas trágicos, y por ello es nuestro deseo que el *Código de Ética para Juezas y Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* ojalá tuviera una segunda vuelta y que lo colocara, ella, dentro de la mejor estirpe de los instrumentos regionales³⁸.

38. Eagleton, Terry, *Esperanza sin optimismo*, Buenos Aires, Taurus, 2016, pp. 69 y ss.

Queremos destacar que, cuando este trabajo estaba próximo a ser concluido, tomamos conocimiento de un artículo muy reciente que, sobre el mismo tema, ha escrito el apreciado colega y amigo Rodolfo Vigo, intitulado “El Código de Ética para Jueces y Juezas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Un avance, esperando

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *El concepto de validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, “Ética de la función de juzgar”, en Fernández Fernández, José y Hortal Alonso, Augusto (compil.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2001, pp. 67-81.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, “El Poder Judicial y la democracia”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús *et al.*, *La función judicial – Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-234.
- Andruet, Armando, “Código de ética modelo para las magistraturas provinciales”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, N° 25, 2000, pp. 79-119.
- Andruet, Armando, *Teoría y práctica de la ética judicial*, Córdoba, Advocatus, 2017.
- Andruet, Armando, “La ética y la confianza pública”, en Andruet, Armando (director), *Ética Judicial*, Buenos Aires, Astrea, 2018, pp. 3-25.
- Andruet, Armando, “Realización y desafíos de la función judicial contemporánea”, en Steidel Figueroa, Sigfrido (ed.), *Reflexiones sobre la función judicial*, Puerto Rico, Situm, 2020, pp. 1-40.
- Andruet, Armando y Montero Montero, Justiniano (directores), *Comentarios a los dictámenes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial*, Santo Domingo, ENJ-CIEJ, 2022, pp. 449-465. Rescatado de: <https://biblioteca.enj.org/handle/123456789/125421> (consultado el 4/4/2023).
- Aránguez Sánchez, Tasia, *Argumentación jurídica y ética de la virtud*, Madrid, Reus, 2018.
- Berman, Marcelo y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, FCE, 2009.
- Ceballos, Nicolás, “Las idoneidades para el ejercicio de la función judicial y los procedimientos de selección, designación, evaluación y remoción de magistrados judiciales”, en Vigo, Rodolfo y Gattinoni de Mujía, María (directores), *Tratado de Derecho Judicial*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 681-748.

que sigan otros)” (*El Derecho - Diario*, Tomo 300, 11/4/2023, Cita Digital: ED-MVCLX-VIII-964); la urgencia editorial de cumplir nosotros con esta solicitud y entregar, nos ha impedido referenciarlo en particular a dicho estudio en este trabajo, sin embargo, de la lectura general, nos alegra advertir que sin tener ninguna conversación ambos sobre el tema, las reflexiones van por una misma senda con los matices propios y personales de cada uno de nosotros.

- Eagleton, Terry, *Esperanza sin optimismo*, Buenos Aires, Taurus, 2016.
- Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, T. III, Madrid, Alianza, 1984.
- Finn, Santiago, "La vida privada de los jueces: La tensión entre su autonomía y las exigencias de la ética judicial", en Cossola, Sebastián; Del Carril, Enrique, *et al.*, *Ética de las profesiones jurídicas – Abogados, jueces, notarios*, Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 91-126.
- Garzón Valdés, Ernesto, "El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia", en Malem, Jorge; Orozco, Jesús, *et al.*, *La función judicial – Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 129-146.
- Gómez Martínez, Carlos, *Ética judicial – Una indagación en los valores del ejercicio de la jurisdicción*, Porto, Jurá, 2020.
- Hernández García, Javier, "¿La ideología de los jueces es un problema privado?", en González Pascual, Maribel (dir.), *Independencia judicial y estado constitucional. El estatuto de los jueces*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 203-224.
- Larigué, Guillermo, *Virtudes, ética profesional y derecho – Una introducción filosófica*, Montevideo, BdeF, 2012.
- Malem Seña, Jorge, "La vida privada de los jueces", en Malem, Jorge; Orozco, Jesús, *et al.*, *La función judicial – Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 163-180.- Nussbaum, Martha, *Los límites del patriotismo – Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Ortuño Muñoz, Pascual, "La difícil tarea de educar buenos jueces", en García Pascual, Cristina (coord.), *El buen jurista – Deontología del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 117-176.
- Paredes Paredes, Felipe, "La independencia e imparcialidad judicial en el sistema interamericano", en González Pascual, Maribel (dir.), *Independencia judicial y estado constitucional. El estatuto de los jueces*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 61-80.
- Rosler, Andrés, *Razones públicas – Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016, pp. 67-112.
- Saiz Arnaiz, Alejandro, "Los derechos de los jueces: Entre el legislador y la autorregulación", en Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 9-25.
- Vigo, Rodolfo, *Ética y responsabilidad judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.
- Vigo, Rodolfo, "Comentario al decimosexto dictamen", en Andruet, Armando y Montero Montero, Justiniano (directores), *Comentarios a los dictámenes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial*, Santo Domingo, ENJ-CIEJ, 2022, pp. 449-465. Rescatado de: <https://biblioteca.enj.org/handle/123456789/125421> (consultado el 4/4/2023).

EXÉGESIS Y CRÍTICA AL CÓDIGO DE ÉTICA DE JUEZAS...

- Vigo, Rodolfo, “El Código de Ética para Jueces y Juezas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Un avance, esperando que sigan otros)”, *El Derecho - Diario*, Tomo 300, 11/4/2023, Cita Digital: ED-MV-CLXVIII-964.
- Sin autor, “Raúl Zaffaroni, contra los medios: «Generan una realidad única, como los de Hitler y Stalin»”, *La Nación*, 5 de abril de 2022. Rescatado de: <https://www.lanacion.com.ar/politica/raul-zaffaroni-contralos-medios-generan-una-realidad-unica-como-los-de-hitler-y-stalin-nid05042022/> (consultado el 4/4/2023).
- Sin autor, “Cristina Kirchner compartió un artículo de Zaffaroni que advierte sobre «la desaparición del derecho»”, *Tiempo Argentino*, 28/12/2023. Rescatado de: <https://www.tiempoar.com.ar/politica/cfk-compartio-un-articulo-de-zaffaroni-que-advierte-sobre-la-desaparicion-del-derecho/> (consultado el 4/4/2023).
- Sin autor, “Carrió pidió la remoción de Zaffaroni de la CIDH”, *La Voz*, 10 de enero de 2021. Rescatado de: <https://www.lavoz.com.ar/politica/carrio-pidio-remocion-de-zaffaroni-de-cidh/> (consultado el 4/4/2023).

Normas citadas

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH, *Código de Ética de Juezas y Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 10 de octubre de 2022. Rescatado de: <https://www.corteidh.or.cr/docs/Codigo-etica.pdf> (consultado el 14/6/2023).

Código de Bangalore.

Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Código de Comportamiento Ético de República Dominicana del año 2021.

**CASO *DENEGRI*: EL CONSENTIMIENTO
PARA LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS
PERSONALÍSIMOS, EL INTERÉS PÚBLICO
Y LOS MOTORES DE BÚSQUEDA**

**DENEGRI CASE: CONSENT TO ALLOW FOR
THE INTERFERENCE IN STRICTLY PERSONAL RIGHTS,
PUBLIC INTEREST, AND SEARCH ENGINES**

FRANCO ANDRÉS MELCHIORI¹

Recibido: 13 de marzo de 2023

Aprobado: 23 de abril de 2023

RESUMEN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido, recientemente, en el fallo *Denegri*, que el paso del tiempo no torna obsoleta información que al momento de su publicación era de interés público. Dado que ella se encuentra protegida por el derecho a la informa-

1. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina, 2013), Magíster en Teología Bíblica por la Universidad de Navarra (España, 2017), Abogado por la Universidad Austral (Argentina, 2008), Profesor Asociado de Derecho Privado en la Universidad Austral. Correo electrónico: fmelchiori@austral.edu.ar.

Agradezco la colaboración brindada por Javier Lariguet para la revisión del artículo.

ción y a la libertad de prensa sin censura previa, el derecho al olvido no puede fundarse exclusivamente en el mero transcurso del tiempo, siendo solo la afectación a un derecho personalísimo lo que habilita su procedencia. En el presente comentario se efectúa un somero examen del fallo reflexionando con especial detenimiento en algunos temas relevantes, tales como el consentimiento en lo relativo a los derechos personalísimos dado por sujetos en situación de vulnerabilidad, los criterios utilizados por la Corte Suprema para definir qué información es de interés público y el *obiter dictum* de la Corte sobre la falta de neutralidad en los resultados de los motores de búsqueda.

PALABRAS CLAVE

Derecho al olvido; Información; Interés público; Intimidad; Internet; Libertad de prensa.

ABSTRACT

The Supreme Court of Justice of the Nation has recently decided in the ruling *Denegri* that the passage of time does not render obsolete information that was of public interest at the time of its publication. Given that it is protected by the right to information and freedom of the press without prior censorship, the right to be forgotten cannot be based exclusively on the mere passage of time, being only the affectation of a very personal right that allows its recognition. In the present commentary, a brief examination of the ruling is carried out, reflecting with special attention on certain relevant points such as the consent in relation to personal rights given by subjects in a situation of vulnerability, the criteria used by the Supreme Court to define what information is of public interest and the Court's *obiter dictum* on the lack of neutrality in search engine results.

KEYWORDS

Right to be forgotten; Information; Public interest; Privacy; Internet; Freedom of the Press.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Melchiori, Franco Andrés, “Caso *Denegri*: el consentimiento para la disponibilidad de derechos personalísimos, el interés público y los motores de búsqueda”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 15, 2023, pp. 81-102.

1. INTRODUCCIÓN

El 28 de junio del año 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó su sentencia en el caso *Denegri*, finalizando así una intervención tan esperada como analizada (y controversial, se podría agregar).

En previsión de la sentencia se organizaron diferentes actividades y se publicaron trabajos doctrinales dedicados al tema, incluso hubo números especiales de revistas especializadas². Luego de la sentencia no ha sido muy diferente, pues se publicaron diversos comentarios y números especiales de revistas. Además, el asunto se trató muy detenidamente en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mendoza en septiembre de 2022: desde la conferencia inaugural del Dr. Lorenzetti, pasando por alguna que otra exposición en un panel, hasta el tratamiento bastante extenso realizado en el seno de la Comisión I, sobre “Derechos personalísimos y nuevas tecnologías”³.

En tal contexto se inscribe el presente comentario. Espero que, aunque haya muchas gotas en este mar de discusiones, el lector considere que dicho mar sería menos sin esta gota. Se busca realizar un pequeño aporte haciendo notar la postura tomada por la Corte en lo

2. Entre otras obras, cabría mencionar el número especial publicado por la Editorial El Derecho: AA. VV., “El derecho al olvido ante la Corte Suprema. Suplemento especial”, *El Derecho - Suplemento especial 1*, 2022, pp. 1-26.

3. Pueden verse las ponencias de la Comisión I en <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023).

relacionado a ciertos derechos constitucionales y principios involucrados con el llamado “derecho al olvido”. En concreto, luego de una síntesis de la sentencia y de una somera mención de sus antecedentes fácticos y jurídicos (apartado 2), se hará referencia, en el apartado 3, a algunos asuntos en los que conviene detenerse, pues no han sido suficientemente tratados por la doctrina posterior al pronunciamiento. En concreto, serán: a. El consentimiento y la disponibilidad de los derechos personalísimos cuando intervienen niños, niñas y adolescentes; b. La aplicación de algunos de los principios pensados para personas en situaciones vulnerables al consentimiento dado por la actora; c. La extensiva interpretación que realiza la Corte para calificar a la información como una información de interés público; d. Finalmente, también en el marco de la protección del Estado constitucional de Derecho, se expondrá una breve reflexión sobre la supuesta imparcialidad de los motores de búsqueda y del procesamiento de la información en internet, mencionada por la Corte, *obiter dictum*, en un considerando de su sentencia.

2. LOS ANTECEDENTES Y EL FALLO EN ESTUDIO

La actora, Natalia R. Denegri, demandó a Google Inc. con el objeto de que se le ordene suprimir ciertos sitios web en los que se exponía información suya relativa a hechos ocurridos hace más de veinte años. En estos sitios, a los que podía accederse mediante el ingreso de su nombre en el motor de búsqueda de la demandada, aparecían noticias gráficas y videos que involucraban a la Sra. Denegri participando en programas de televisión y noticias periodísticas; algunas directamente relacionadas con el llamado “Caso Cópola”; otras más bien en programas llamados de “chimentos”.

En la demanda se afirmó que los datos contenidos en los sitios que se detallaron menoscababan derechos personalísimos de la actora (intimidad, honor, privacidad). Mantener al acceso público en la red tal información sobre la actora resulta en un menoscabo por ser “perjudicial, antigua, irrelevante e innecesaria”, se dice en el libelo. El mero paso del tiempo habría hecho que la información, que avergon-

zaba gravemente su vida “personal, profesional, laboral y familiar”, perdiera importancia informativa y periodística⁴.

El juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 78 entendió que ciertas publicaciones “no presentan interés periodístico alguno, sino que su publicación solo parece hallarse fundada en razones de morbosidad”. Por tanto, ordenó que se suprimiera de los buscadores toda vinculación entre los nombres de la actora y aquellas publicaciones que pudieran “mostrar agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile, así como también, eventuales videos de posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada”⁵.

Ante el acogimiento parcial de la demanda, las partes apelaron y la alzada confirmó la sentencia. Coincidió en que la información detallada por el juez *a quo* carece de “interés público, histórico, científico”. Por ello, su desindexación no afecta el derecho de la sociedad a estar informada ni la libertad de prensa. El tribunal se detiene también en otro argumento: la actora era en su momento una persona joven y “sin experiencia”⁶.

La Corte Suprema, por su parte, acepta los recursos (extraordinario y de queja) interpuestos por la parte demandada, revoca la sentencia anterior y rechaza la demanda. En el considerando 6° de la sentencia puede leerse una síntesis de la cuestión a analizar, que “se

4. *Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas* (2022), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de junio de 2022, Fallos: 345:482.

5. *Denegri, Natalia Ruth c. Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas* (2020), Juzgado Nacional Civil N° 78, 20 de febrero 2020, *La Ley* 2020-B, p. 226, cita online: TR *La Ley* AR/JUR/184/2020. El juez deja muy en claro en su sentencia que no toda la información publicada en el momento de los sucesos es relevante para el interés público. Discrimina entre sucesos, involucrados e, incluso, por los modos y la intención de los medios al publicarlos.

6. *Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas* (2020), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 11 de agosto de 2020, *La Ley*, 09/12/2020, p. 5, cita online: TR *La Ley* AR/JUR/30392/2020. La Cámara toma los argumentos del juez de grado y los profundiza, yendo en la misma línea de discriminar entre información que sí es de interés público e información que no lo es.

centra en determinar si una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público tiene –según invoca– un «derecho al olvido»⁷. Después de sintetizar lo que podría significar el invocado “derecho al olvido”, continúa diciendo: “(...) o si, por el contrario, la medida de desindexación de información ordenada (...) restringe indebidamente el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva”⁷.

Ya en el modo de hacer referencia al supuesto “derecho al olvido” se percibe la postura de la Corte al respecto. Sintetiza el contenido de dicho derecho diciendo que le permitiría a la actora:

[solicitar la desvinculación de] su nombre de determinados contenidos que la involucran, alegando que por el paso del tiempo han perdido dicho interés y que, a su criterio, resultan inapropiados a la autopercepción de su identidad actual y, en consecuencia, lesionan sus derechos al honor y/o a la intimidad.

Desde el considerando 7° en adelante, la exposición de la CSJN podría sintetizarse del siguiente modo: del considerando 7° al 12, la Corte reafirma su postura sobre la importancia de la libertad de expresión y el derecho a la información y las consecuencias jurídicas de ello; del considerando 13 al 20, analiza la calidad de la información y los derechos personalísimos en juego (honor y privacidad), para aplicar tales principios a la situación específica del caso; en el considerando 21, hace una síntesis conclusiva de los considerandos 7° a 20 y concreta su opinión resolutive. Luego, la Corte, *obiter dicta*, explica las diferencias entre este caso y los casos *Rodríguez, María Belén, Gimbutas* y *Paquez* (considerando 22) y efectúa una consideración sobre el funcionamiento de los buscadores de internet con su no tan aleatorio o inocuo orden de presentar los perfiles digitales de los sujetos (considerando 23).

7. *Denegri*, CSJN, cit., considerando 6°.

Como síntesis del núcleo de la sentencia, conviene aquí reproducir el mencionado considerando 21:

Que, en conclusión, en las circunstancias descriptas, no se advierte fundamento constitucional ni legal alguno que sustente la pretensión de Denegri. Concretamente, no se han brindado argumentos suficientes que demuestren que una persona que fue y es figura pública tenga el derecho a limitar el acceso a información veraz y de interés público que sobre ella circula en internet y resulta accesible al público de acuerdo a su propia discreción y preferencias, restringiendo de este modo esa información a los aspectos que ella misma considera relevantes o, por el contrario, inapropiados a la autoprotección de su identidad actual.

Para la Corte no existe una norma constitucional *ni legal* que fundamente el pedido de la actora, “figura pública”, pues la información es “veraz y de interés público”. Se cierra así la solución del caso. La decisión se fundamenta en los principios generales expuestos durante décadas por la Corte Suprema sobre los derechos en juego. No se toman en cuenta ni aportan criterios diferenciados para las particularidades del mundo de *internet*.

La Corte, de este modo, parece tomar al llamado “derecho al olvido” como una herramienta para la protección de otros derechos. No habría nada de novedad. La posibilidad de otorgar una medida tendiente al “olvido” de cierta información debe guiarse por los principios y reglas aplicables a cualquier medida de protección de derechos personalísimos⁸.

8. Algunos autores se refieren al derecho al olvido como un derecho autónomo. Otros, a nuestro modo de ver, de modo más acorde al pensamiento de la Corte, lo ven como una herramienta de protección de otros derechos, una medida, un recurso (cfr. Fornari, María Julia, “El derecho al olvido digital como tutela de los derechos personalísimos”, presentado en XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza. Recuperado de la página oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, 1 y 12.

3. ALGUNOS ASPECTOS DEL FALLO EN LOS QUE CONVIENE DETENERSE

a. Consentimiento y disponibilidad de los derechos personalísimos: el caso especial de los niños, niñas y adolescentes

La especial situación a la que se ven expuestos los menores frente a las nuevas tecnologías, especialmente a internet y las redes sociales, es una realidad que todo jurista debe considerar al momento de velar por un orden social justo. Tanto la legislación, como la jurisprudencia y la doctrina deben tener en cuenta su realidad.

La inexperiencia, la posible falta de desarrollo emocional, psíquico y físico, la falta de madurez para valorar el impacto que ciertas decisiones personales causan en la propia vida –entre otros factores– pueden colocar a los menores de edad en una situación de indefensión, de vulnerabilidad, frente a la vertiginosa realidad digital. Tal es así que se los ha llamado “hipervulnerables digitales”⁹.

Por tanto, en lo que a legislación se refiere, existen criterios normativos sobre el modo en que se debe tratar el juego entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, por un lado, y los derechos personalísimos de los menores, por el otro. La Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, su Decreto Reglamentario (N° 415/2006) y la Disposición N° 12/2010 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales aportan principios y reglas aplicables de modo directo y por analogía a la protección de los niños, niñas y adolescentes¹⁰.

9. Cfr. Galdós, Jorge Mario, “Cesación del daño en las redes sociales – Principales estándares valorativos”, *RC D 397/2022*, 2022, p. 6.

10. Cfr. Farina, Marina Leonor, “Derechos personalísimos de los niños, niñas y adolescentes en el entorno digital. La sobreexposición y el derecho al olvido”, presentado en XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, ap. VI, VII y VIII; Maluf Martínez, Melina, “El consentimiento de niñas, niños y adolescentes para el tratamiento de sus datos personales en entornos digitales”, presentado en XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza. Recuperado de la

En lo tocante al fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho expresa referencia al particular trato que exige la situación de los menores:

En lo que respecta a la censura propiamente dicha, este Tribunal ha considerado revertida la presunción referida en un caso sumamente excepcional en el que se buscaba prevenir una lesión al derecho a la intimidad de una menor de edad. Allí se entendió –con fundamento en el interés superior del niño consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional– que en ese supuesto la prevención del daño se imponía como única forma de lograr la protección judicial efectiva. Sin embargo, esta Corte, siguiendo la naturaleza excepcional de la medida dispuesta, la redujo a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva (conf. doctrina que surge de *Fallos*: 324:975).

La cita entre paréntesis refiere al caso *S., V. c/M., D. A.* (2001). En tal pronunciamiento, luego de hablar de la importancia de la libertad de prensa y del derecho a la información, por un lado, y, por otro lado, de los derechos del niño, se falló en favor de la menor prohibiendo de modo preventivo la divulgación de cierta información. En el considerando 12 del voto de la mayoría puede leerse:

Corresponde a la Corte Suprema armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa –que juegan un rol decisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno– con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su

página oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponecias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, ap. III; Melchiori, Franco Andrés, “Los criterios para otorgar el llamado «derecho al olvido» ante información que involucre a niños, niñas y adolescentes deben ser más amplios”, *El Derecho*, 2022, pp. 3-6.

intimidad, ya que el artículo 16, inc. 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño es suficientemente explícito al respecto¹¹.

La armonización entre los derechos en juego fue resuelta por el máximo tribunal del siguiente modo:

La publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio civil en trámite –cuya exhibición se encuentra reservada a las partes y directamente interesados (conf. art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional)– reclama el reconocimiento de la afiliación de su presunto padre, representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la niña, aun cuando la noticia haya alcanzado el dominio público, pues su reiteración agravaría la violación del bien protegido por las normas constitucionales que tutelan la intimidad de los menores¹².

En esta línea se encuentra la sentencia de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que en el caso *G., G., X. c/ Google Inc. s/ habeas data (art. 43 CN)*¹³ resolvió confirmar la medida cautelar dictada en contra de Google Inc. por la magistrada de primera instancia. La medida dictada ordenó al buscador de internet

11. *S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias* (2001), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2001, *Fallos*: 324:975. Podrían agregarse aún mayores precisiones si se recurre a los votos concurrentes de los jueces Moliné O'Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez (considerandos 26 y 35 de los votos mencionados, respectivamente).

12. Véase considerando 14. Nótese que la Corte no habla de un conflicto que se resuelve mediante una jerarquización, sino que afirma que estos derechos pueden encontrarse en armonía.

13. *G., G., X. c/ Google Inc. s/ habeas data (art. 43 CN)*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Capital Federal, Sala III, 5 de diciembre de 2019, publicado en *SAIJ*.

que desindexe y bloquee determinadas URL en las que se encontraba información falsa sobre el menor y su madre. Para confirmar la sentencia, el voto de los dos magistrados se guió por dos principios: el interés superior del niño y la magnitud de la restricción ordenada.

Sobre el primero, afirmaron que aunque los hechos ventilados podrían ser categorizados como de interés público, el menor se encuentra amparado por la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuya virtud, la “consideración primordial” del interés superior del niño es un principio de rango constitucional. Nótese que en el fallo de la Cámara la información era de interés público, pero ello no bastó para exponer la intimidad, la imagen, la identidad o el honor de un menor.

Sobre el segundo principio considerado resuelve que “la restricción ordenada, que se circunscribe a la vinculación del nombre y apellido del menor con determinados enlaces (...), armoniza adecuadamente los derechos invocados por ambas partes”. La aplicación de iniciales para evitar la identificación de menores, que, para determinados casos, ya se encuentra prevista por nuestra normativa (cfr. Disposición N° 12/2010 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales).

Se ha dicho que “el derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a formar su identidad digital son derechos de cada niño, niña y adolescente, por tanto, está en ellos la libertad de ir disponiendo de ellos a medida que vayan alcanzando el grado de madurez suficiente para hacerlo”¹⁴.

En este orden de ideas, se han propuesto tres “pautas centrales para que el consentimiento de los NNyA sea válido en la utilización de su imagen en los entornos digitales”: a) su edad (se discute si la edad mínima debe ser 13 o 16, antes de esa edad lo pueden hacer sus representantes legales, que deben acompañar a los niños en estas decisiones); b) “si ese consentimiento fue válido pero luego el acto se

14. V. C. c/ S. B s/ Medidas precautorias (art. 232, CPCC) (2021), Juzgado de Familia N° 1 de Tigre, 20 de septiembre de 2021, disponible al 15 de febrero de 2023 en [https://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=48629&cn=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%BA%203672\).pdf](https://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=48629&cn=Ver%20sentencia%20(causa%20N%BA%203672).pdf).

torna lesivo y afecta su interés superior, prevalece su derecho a cesar en dicha publicación que le resulta perjudicial”, y c) que se haya publicado una imagen del menor en entornos digitales no habilita por sí su utilización por terceros, es necesario un consentimiento concreto y expreso válidamente emitido¹⁵.

b. El consentimiento de la actora

En ese orden de ideas, un asunto vinculado al caso llama la atención. Al analizar la posibilidad de que se haya visto conculcado el derecho a la intimidad de la actora, la CSJN afirma:

En efecto, la información conformada por programas de audiencias masivas y entrevistas periodísticas emitidos en medios de acceso público como lo fueron –y lo son– los canales de televisión, aun cuando revelan aspectos personales e incluso imágenes que exponen episodios que pueden resultar mortificantes para la actora, suscitados en el marco de los referidos programas televisivos, no lesiona su derecho a la intimidad. Tal como se ha manifestado en el dictamen del señor Procurador Fiscal, la protección de la privacidad no alcanza a aquellos aspectos de la vida personal que el titular consiente revelar al público. Como ya se ha manifestado, sin perjuicio de la escasa argumentación expresada por ella en sentido contrario en sus diferentes presentaciones y en la audiencia ante este Tribunal, no se advierten elementos de entidad que den sustento a su postura y conduzcan a tener por descartada la existencia de su consentimiento en la difusión de la información que hoy cuestiona.

15. Tordi, Nadia Anahí, “El derecho al olvido digital de NNyA como garantía de protección de sus derechos personalísimos en los ecosistemas digitales”, presentado en XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, ap. III.

Al criterio objetivo de la minoridad de edad debe sumarse un criterio de análisis sobre si su grado de madurez es suficiente. Es un análisis concreto, directamente relacionado al acto a realizar y a sus consecuencias.

El primero de ellos es la inexperiencia frente a los medios masivos. La vulnerabilidad a la que se vieron expuestas las tres personas involucradas se acrecienta frente a determinados programas televisivos: precisamente en los que aparecen imágenes más “mortificantes” y aquellos en los que el interés público aparece como difuso, los llamados programas de “chimentos”. En estos programas se proponen exponer a los invitados, generar o dar a conocer situaciones de escándalo, etc. Si la mencionada vulnerabilidad puede darse aun en personas adultas o profesionales que se dedican a otros rubros, mucho más en personas de veinte años.

Pero a tal vulnerabilidad debe sumarse una situación excepcional, una circunstancia que exige un estudio más detenido, porque cuestiona la validez del consentimiento en sí mismo, independientemente de la edad o grado de madurez de quien lo presta. Quien prestó el consentimiento para un programa de televisión que se realizó a mediados de los años noventa, ¿pudo válidamente prestarlo para que el contenido generado estuviera a disposición de cualquier persona (número y características del destinatario), en internet (medio) y hasta veinticinco años después (extensión temporal de la habilitación)? Dar el consentimiento para la divulgación en un medio, ¿habilita la divulgación en otro? Si internet era un medio desconocido e impensado en ese momento, al menos en sus posibilidades y efectos, ¿es posible interpretar “extensivamente” el consentimiento prestado para un programa de televisión?

Una respuesta afirmativa a las preguntas anteriores, ¿sería compatible con los principios del consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos?¹⁶ Yendo a otros principios aplicables,

16. Fornari efectúa una enumeración de las características del consentimiento para la disponibilidad de los derechos personalísimos aplicada a la información disponible en internet, siguiendo los lineamientos de la Ley N° 25.326 (cfr. Fornari, María Julia, “El derecho al olvido digital como tutela de los derechos personalísimos”, pp.

¿constituye una práctica de ejecución de buena fe de los contratos considerar que posibilidades de divulgación impensadas en el momento de prestar el consentimiento se encuentran habilitadas ilimitadamente hacia el futuro?

Finalmente, aunque la respuesta a esta pregunta requiera un análisis más profundo, pues es aplicable a otros casos, cabe reflexionar sobre lo siguiente: el consentimiento válidamente prestado ¿permite que quien no es titular disponga del derecho personalísimo de otro *in aeternum*, o, por el contrario, el consentimiento, así como casi todas las situaciones jurídicas, presupone un límite temporal? El hecho de que el objeto y el sujeto de derecho sean inseparables obliga a pensar la disponibilidad de un modo diverso al de otros derechos como, por ejemplo, la propiedad.

En relación a supuestos como el que pudo darse en el caso, parece atinada la medida prevista en la legislación española, que de modo expreso prevé que cuando los datos en cuestión hayan sido facilitados durante la minoría de edad del afectado, el prestador debe, “sin dilación”, suprimir el dato por su simple solicitud, sin importar las características del dato (art. 94)¹⁷.

c. Concepto de interés público

¿Cuándo una noticia es de interés público? ¿Es lo mismo interés público e interés del público? Las dos preguntas parecerían estar relacionadas en este caso. Por un lado, la actora estuvo involucrada en

7-8). Algunos de tales requisitos podrían no ser necesarios en todas las circunstancias (por ejemplo, el que sea escrito), pero sí resulta claro que debe ser informado, libre y expreso en toda su extensión. Lo vivido por la actora en este caso pareciera no ajustarse a tales requerimientos, siguiendo los lineamientos de la ley 25.326. Fornari, María Julia, “El derecho al olvido digital como tutela de los derechos personalísimos”, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, 7-8.

17. Cfr. Tordi, Nadia Anahí, “El derecho al olvido digital de NNyA como garantía de protección de sus derechos personalísimos en los ecosistemas digitales”, ap. IV.

programas y noticias en los que se habló estrictamente de los sucesos delictivos.

Por otro lado, la actora participó en programas televisivos en los que los temas tratados no versaban estrictamente sobre los hechos delictivos, sino sobre asuntos personales, la relación que vinculaba a las “testigos de identidad reservada”, amistades y enemistades, etc. Sobre estos últimos hechos, tanto el tribunal de grado como el de alzada hicieron lugar a la demanda. ¿El motivo? No eran de interés público, incluso llegaron a afirmar que carecían de interés periodístico alguno¹⁸.

¿Y qué dijo la Corte? Entre otras cosas, lo siguiente:

(...) concluir que por el mero paso del tiempo la noticia o información que formó parte de nuestro debate público pierde ese atributo, pone en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social que se nutre de los diferentes hechos de la cultura (...) Si se permitiera restringir recuerdos del acervo público sin más, se abriría un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar. En el contexto de una sociedad democrática, la información verdadera referida a una persona pública y a un suceso de relevante interés público –reflejado, principalmente, en las graves consecuencias que se derivaron de los hechos que lo componen– exige su permanencia y libre acceso por parte de los individuos que la integran.

18. El juez de grado afirma: “No obstante, sí advierto que entre los resultados de las búsquedas que se producen al introducir en el buscador de la demandada las palabras «N. D.» o «N. D. caso C.», aparecen videos o imágenes que reproducen escenas de peleas o discusiones entre la actora y alguna otra circunstancial entrevistada, generalmente vinculada con el caso C., así como, también, los que muestran episodios o reportajes que sólo habrían logrado alguna notoriedad a raíz de la procacidad o chabacanería propiciada por el espacio televisivo del momento. Tales reproducciones no presentan, a mi modo de ver, interés periodístico alguno (...) A más de veinte años de tales escenas, parece claro que, si alguien puede verse perjudicado por su reedición franca y abierta, se procure limitar su difusión en aras de propiciar que tales episodios sean olvidados”.

La lógica es lineal. Si toda la información traída a colación fue y es de interés público, entonces, debe seguir a disposición de los ciudadanos. Es la decisión de la Corte de calificar toda información como de interés público la que invierte la decisión de las dos instancias anteriores. Todos los magistrados intervinientes coincidieron en que el *mero paso del tiempo* no habilitaría a desindexar información que mantiene el interés público que tuvo al momento de ser publicada¹⁹. En lo que no coincidieron fue en cuál información presenta esas cualidades y cuál no.

Analicemos brevemente, pero en concreto, “la información referida a un suceso de relevante interés público”. Según el máximo tribunal, es suficiente para rechazar el pedido de la actora el hecho de que las intervenciones en las que ella aparece hayan tenido *alguna* relación con el debate público. La Corte usa la palabra “referida”. El término pareciera ser atinado si se lo utiliza en el sentido de “tratar de alguien o de algo”²⁰. Si la información versa o trata sobre el asunto de interés público (en este supuesto, el llamado “caso Cópola”), la conclusión debería ser la tomada por la Corte.

Sin embargo, el término parece excesivo si se utiliza en el sentido de “poner algo en relación con otra cosa o con una persona”, pues la relación podría ser muy indirecta y lejana. Participaciones en programas de chimentos con peleas, discusiones entre las involucradas, insultos, referencias a asuntos de vida privada, o ciertas canciones y reportajes hechos a la actora en programas humorísticos. Todo ello parece no cumplir con el sentido de la protección de cierta informa-

19. Nótese la argumentación que sobre el particular brinda el juez de grado: “De esta forma, entiendo que el mero paso del tiempo no resulta un factor determinante de la falta de actualidad y relevancia del contenido (...) De ahí que no considero que se encuentre demostrado en el caso, tal como ha pretendido sostener la actora, que la totalidad de los contenidos que procura que sean desindexados del buscador de Google en cuanto se trata de noticias que se refieren a la actora y su participación en el «caso C.», no obstante su antigüedad o la mayor o menor afectación que puedan producir en el honor o intimidad de la peticionaria, carezcan de toda actualidad o sean periodísticamente irrelevantes”.

20. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, voz “Referir”.

ción por formar parte del debate público. Aquí, pareciera que la Corte Suprema confunde “interés público” con “interés del público”. Esta clase de información es la que ordenaron desindexar los magistrados de las dos anteriores instancias.

En otros casos, la información, se podría decir, “refiere” al tema de interés público, pero no de un modo informativo, sino burlesco o conteniendo información parcialmente falsa. Esas intervenciones no aportan al debate público, no son necesarias ni, se debe aclarar, pertinentes; al contrario, toman al asunto de interés público como algo jocoso, diluyendo su relevancia. Sin embargo, para la Corte Suprema, todo es información que “reviste indudable interés público”.

d. Obiter dicta de un argumento obiter dictum: la protección de los derechos individuales frente a la supuesta imparcialidad de los resultados de los buscadores de internet

Dicho al pasar sobre los *obiter dicta*: existen *obiter dictum* que podrían complicar la lógica del argumento principal. ¿Será, en este caso, lo que sucede con el tema del funcionamiento de los buscadores de internet?

El orden en el cual un motor de búsqueda presenta sus resultados no es aleatorio, sino establecido por el mismo buscador de acuerdo a determinados patrones. Tal posibilidad expone a los buscadores a dar resultados discriminatorios y a presentar los perfiles digitales de los sujetos de un modo sesgado. Por ello, la Corte ha dicho, en el considerando 23:

(...) los criterios que utilizan los motores de búsqueda para determinar sus resultados –tales como el número de veces que las palabras-clave aparecen en el sitio, el lugar en el que aparecen, el título y la calidad del sitio, la cantidad de sitios que abrevan en tal lugar, el orden en el que los contenidos se presentan, entre otros factores– no pueden ser ignorados (...) el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría “Inteligencia Artificial” (IA), suscita

numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público²¹.

La Corte sí parece preocupada por este asunto. Su preocupación parece razonable, por diversos motivos. Al mencionar el asunto, en el considerando citado se transcriben las palabras del representante de Google, que dijo que el modo en que el algoritmo ordena los resultados responde a lo que “Google estima que es más relevante para ese usuario. Aparte es distinto si uno lo busca en Argentina, si lo busca en Estados Unidos, porque lo relevante va a ser distinto. (...) Es una cosa complejísima (...)”. Y, luego, agrega que el criterio no es “neutro”.

La preocupación de la Corte se debe a que “se podría generar un cierto perfil de las personas que podría condicionar la composición de lugar que el internauta se hará de la identidad de la persona auscultada”. Su preocupación es cierta²². El riesgo es real y, cabe agregar, difícilmente evitable.

21. La Corte, al referirse al debate que está suscitando la “autonomía” de la Inteligencia Artificial, cita las “Directrices Éticas para una IA fiable”, realizadas por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018. Puede verse en la página oficial de la Unión Europea (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, consultado el 15/2/2023).

22. La posibilidad de que los algoritmos previstos para arrojar los resultados adquieran o generen visiones discriminatorias es una realidad que preocupa a juristas de diversos lugares del mundo, ver, por ejemplo, Slane, Andrea, “Search Engines and the Right to Be Forgotten: Squaring the Remedy with Canadian Values on Personal Information Flow”, *Osgoode Hall Law Journal* 55, 2018, pp. 355-56; Woan, Tansi, “Searching for an Answer: Can Google Legally Manipulate Search Engine Results”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 16, 2013, p. 324; Muñiz, Carlos; Lammanna Guiñazú, Emanuel y Pérez, Matilde, “Inteligencia Artificial y derechos personalísimos: posibles afectaciones. Necesidad de una respuesta jurídica”, presentado en XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, ap. III, esp. nota 12.

Además, la situación debería preocupar a la Corte más de lo que menciona, pues la falta de neutralidad o imparcialidad de los motores de búsqueda pone en riesgo la postura, manifestada por la Corte y otros tribunales de diversos países, que afirma que internet funciona como una plaza de debate público. Esa definición de internet como un sitio de debate público es una de las premisas que permite llegar a la conclusión sobre la prohibición de modificar los resultados que arrojan los motores de búsqueda.

Debe decirse que los motores de búsqueda no parecen ser un ágora muy “abierto”. Si los resultados arrojados responden a determinados criterios, la información puesta a disposición de los usuarios formaría opiniones direccionadas en un sentido. Impediría, en primer lugar, que el usuario acceda a información que se oponga a sus gustos y preferencias, información que se oponga a sus opiniones, privando a la sociedad de un debate pluralista²³.

4. CONCLUSIONES

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación encuadra el llamado “derecho al olvido” dentro de los principios y reglas generales. Para el tribunal, el derecho al olvido constituye una herramienta que se aplica cuando ciertas expresiones o información exceden el ámbito protegido por el derecho y lesionan algún derecho personalísimo. El contexto digital no modifica tales criterios.
2. El consentimiento para la disponibilidad de los derechos personalísimos por parte de los niños, niñas y adolescentes en entornos digitales exige una protección especial. La vulnerabilidad que justifica las medidas jurídicas de protección de los menores es aún mayor en el ámbito digital, por la sobreexposición y la extensión y perdurabilidad de los efectos.

23. Benjamin, Stuart Minor, “Transmitting, Editing, and Communicating: Determining What «The Freedom of Speech» Encompasses”, *Duke Law Journal* 60, 2011, pp. 1673-1713.

3. El consentimiento dado por la actora en el caso comentado parece no adecuarse a las exigencias necesarias para proteger situaciones de vulnerabilidad. Para afirmar la licitud de la publicación, la Corte se ampara en que la actora no demostró suficientemente que su consentimiento estaba viciado, pero la situación de vulnerabilidad, dadas las circunstancias del caso, parecía evidente.
4. La Corte Suprema toma un concepto de interés público que incluye la información sobre los hechos concretamente relevantes y, además, toda información que presente cierto vínculo. En este caso, afirmó que es de interés público toda información que involucra a algunos de los sujetos que intervinieron en los hechos relevantes de interés público y en la que se mencionó, aunque sea indirectamente, el suceso de interés público.
5. Los motores de búsqueda no exponen sus resultados de modo aleatorio o “neutro”. Ello puede generar situaciones discriminatorias y, además, orientar el debate público en un sentido. Las consecuencias de ello serían varias y privan a la búsqueda de información por medio de internet de ciertas características muy importantes con miras a ser una herramienta para el debate público. Proteger el mecanismo de los buscadores no siempre resultará beneficioso para un debate plural.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., “El derecho al olvido ante la Corte Suprema. Suplemento especial”, *El Derecho - Suplemento especial* 1, 2022, pp. 1-26.
- Benjamin, Stuart Minor, “Transmitting, Editing, and Communicating: Determining What «The Freedom of Speech» Encompasses”, *Duke Law Journal* 60, 2011, pp. 1673-1713.
- Farina, Marina Leonor, “Derechos personalísimos de los niños, niñas y adolescentes en el entorno digital. La sobreexposición y el derecho al olvido”, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, 1-10.

- Fornari, María Julia, “El derecho al olvido digital como tutela de los derechos personalísimos”, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, 1-13.
- Galdós, Jorge Mario, “Cesación del daño en las redes sociales – Principales estándares valorativos”, *RC D 397/2022*, 2022, pp. 1-7.
- Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, “Directrices Éticas para una IA fiable”, 2018, publicado en la página oficial de la Unión Europea (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, consultado el 15/2/2023.)
- Maluf Martínez, Melina, “El consentimiento de niñas, niños y adolescentes para el tratamiento de sus datos personales en entornos digitales”, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, 1-9.
- Melchiori, Franco Andrés, “Los criterios para otorgar el llamado «derecho al olvido» ante información que involucre a niños, niñas y adolescentes deben ser más amplios”, *El Derecho* 2022, pp. 2-6.
- Muñiz, Carlos; Lamanna Guiñazú, Emiliano y Pérez, Matilde, “Inteligencia Artificial y derechos personalísimos: posibles afectaciones. Necesidad de una respuesta jurídica”, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, 1-8.
- Slane, Andrea, “Search Engines and the Right to Be Forgotten: Squaring the Remedy with Canadian Values on Personal Information Flow”, *Osgoode Hall Law Journal* 55, 2018, pp. 349-97.
- Tordi, Nadia Anahí, “El derecho al olvido digital de NNyA como garantía de protección de sus derechos personalísimos en los ecosistemas digitales”, Mendoza. Recuperado de la Página Oficial de las Jornadas: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general> (disponible al 15 de febrero de 2023), 2022, 1-9.
- Woan, Tansi, “Searching for an Answer: Can Google Legally Manipulate Search Engine Results”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 16, 2013, pp. 294-332.

Jurisprudencia

- Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas* (2022), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de junio de 2022, Fallos: 345:482.
- Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas* (2020), Juzgado Nacional Civil N° 78, 20 de febrero 2020, *La Ley* 2020-B, p. 226, cita online: TR *La Ley* AR/JUR/184/2020.
- Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas* (2020), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 11 de agosto de 2020, *La Ley*, 09/12/2020, p. 5, cita online: TR *La Ley* AR/JUR/30392/2020.
- G., G., X. c/ Google Inc. s/ habeas data (art. 43 CN)*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Capital Federal, Sala III, 5 de diciembre de 2019, publicado en *SAIJ. - S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias* (2001), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2001, Fallos: 324:975.
- V. C. c/ S. B s/ Medidas precautorias (art. 232, CPCC)* (2021), Juzgado de Familia N° 1 de Tigre, 20 de septiembre de 2021, disponible al 15 de febrero de 2023 en [https://www.scba.gov.ar/includes/download.asp?id=48629&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%BA%203672\).pdf](https://www.scba.gov.ar/includes/download.asp?id=48629&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%BA%203672).pdf).

PARTE III

**ENSAYOS, CRÓNICAS
Y RECENSIONES**

RECENSIÓN

VERMEULE, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, 241 pp.

ESTELA B. SACRISTÁN¹

En el campo del derecho constitucional, la tarea de interpretar –que recae tanto en los letrados como en los magistrados– parece colocarnos entre medio de al menos dos lindes o términos dentro de un espectro ideal: de un lado, el constitucionalismo “conservador”; del otro lado, el constitucionalismo “progresista”.

Adoptar uno u otro punto de vista puede llevar a concebir de muy diversas formas el rol del derecho constitucional y del constitucionalismo en general; también puede propiciar soluciones muy distintas para un caso constitucional dado; asimismo, puede conducir a miradas dispares sobre las formas de entender las garantías constitu-

1. Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires, 2006), con una tesis calificada como sobresaliente. Participante del United States Judiciary Training Program del Federal Judicial Center, Washington D.C., 2005 y 2006. Especialista en Derecho Administrativo-Económico (Universidad Católica Argentina, 1998). Profesora de Bases Constitucionales del Derecho Administrativo, MDA (Universidad Austral) y de Derecho Administrativo (UCA). Integrante del Instituto de Derecho Administrativo y del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Correo electrónico: es@bgcv.com.ar.

cionales; entre otras muchas otras variables. A fuer de la claridad, la existencia de esas dos posturas puede ser ejemplificada, en una orilla, con doctrinas que, privilegiando el apego al texto constitucional, vedan la creación jurisprudencial de derechos; o bien, en la otra orilla, con doctrinas que alientan –sin o con limitaciones– esa creación jurisprudencial de derechos.

Pero el mundo de la interpretación jurídica no se limitaría a una de aquellas dos posturas y sus múltiples desarrollos y variables: en el libro que motiva esta recensión bibliográfica, el profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Adrian Vermeule, propone un camino alternativo, superador, si se quiere, de aquella suerte de dialéctica: lo que él denomina “constitucionalismo del bien común”.

Para el citado profesor, esa opción, como constitucionalismo:

no consiste en el positivismo jurídico, en el sentido de que no identifica todo el derecho con las reglas establecidas por aquellos autorizados para hacerlo en virtud de convenciones sociales; por el contrario, admite que la verdad de las proposiciones legales a veces dependa de la verdad de las proposiciones morales².

Específicamente:

el constitucionalismo del bien común se nutre de una tradición inmemorial que incluye, en forma adicional al derecho positivo, fuentes tales como el derecho general común a todos los sistemas jurídicos civilizados (*ius gentium*) y principios de moral natural objetiva (*ius naturale*), incluyendo una moral jurídica procedimental en el sentido empleado por el teórico del derecho estadounidense

2. Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, pp. 7-8.

RECENSIÓN

Lon Fuller: la lógica interna que la actividad jurídica debería seguir a fin de funcionar bien como derecho³.

Para abrazar esta opción, el autor critica el progresivismo y rechaza el originalismo. Así lo expresa:

Hoy, el derecho público y la teoría jurídica están dominados por dos fuerzas. Por un lado, hay un derecho constitucional progresista, que trata, a los tribunales, como la arena para una agenda liberacionista y, al derecho, como un instrumento para llevar adelante esa agenda. Por el otro lado, hay un movimiento jurídico conservador, que en general se ha atado a sí mismo a un método constitucional en particular, el “originalismo” –en la versión en la que me centro aquí, esencialmente, una forma de positivismo que reclama interpretar el texto sancionado de conformidad con su significado público original⁴.

* * * * *

¿Cómo se encara, en la obra, el propósito fijado, es decir, el objetivo de elaborar y ofrecer, al lector, una teoría de un constitucionalismo que tenga al bien común como objetivo?

El camino adoptado comprende, a modo de simple enumeración, los siguientes estadios, según el índice de contenidos del libro: en la introducción, el autor se explaya en materia del regreso de la tradición jurídica clásica. Define al bien común (cap. 1º). Luego se centra en la tradición jurídica clásica en Estados Unidos (cap. 2º) y avanza sobre el originalismo como “ilusión” (cap. 3º). Encara luego el constitucionalismo progresista (*progressive constitutionalism*) y el constitucionalismo en desarrollo (*developing constitutionalism*) (cap. 4º). Fi-

3. Íd., p. 8.

4. Íd., p. 15.

RECENSIÓN

nalmente, ilustra su propuesta con una serie de aplicaciones concretas (cap. 5º). Una conclusión corona la obra.

* * * * *

Los capítulos 1º y 2º, tal como se explica, presentan “una visión positiva del constitucionalismo del bien común, tanto en general como para enfocar nuestro propio orden constitucional en particular”⁵. Esta visión positiva –suerte de argumentación a favor del constitucionalismo del bien común– se apoya en el distingo que el autor efectúa ya desde la Introducción: “(...) uno tiene que diferenciar: (1) pretensiones generales acerca del constitucionalismo ordenado al bien común; (2) interpretaciones constructivistas específicas de un orden constitucional dado que apuntan a poner ese orden [constitucional], a medida que se desarrolla en el tiempo, en su mejor faz”⁶.

Se divisan, así, dos cursos o derroteros independientes de análisis, y así lo explica el autor: “(...) la interpretación en particular de nuestro propio orden constitucional (...) es separable de las pretensiones generales acerca de la naturaleza y principios del constitucionalismo también ofrecidos aquí”⁷. Se advierte, así –entiendo–, la complejidad del abordaje, y la necesidad de que la obra satisfaga ambos renglones.

La mentada independencia de cursos de análisis le permite al autor plantearle, al lector, que “uno podría adherir al esquema de trabajo general de interpretación conforme al constitucionalismo del bien común sin suscribir a la interpretación plena, en particular, del derrotero del derecho público estadounidense sobre el que me he expedido”⁸.

Veamos ahora, en forma muy sucinta, los aspectos principales del desarrollo de cada capítulo.

* * * * *

5. Íd., p. 21.

6. Íd., p. 11.

7. Íd., p. 12.

8. Íd., p. 12.

El cap. 1º explicita, en cierta forma, el punto de abordaje adoptado, esto es: “(...) una definición general, positiva, del bien común, un bosquejo del constitucionalismo del bien común, y una reseña de sus contornos, premisas, y compromisos básicos”⁹.

Titulado “Definición del bien común”, este primer capítulo se halla dedicado al constitucionalismo del bien común en general, pero ya en él emerge la concepción del autor sobre el orden constitucional estadounidense. En efecto, luego de referirse a cuestiones de poderes federales y locales en materia de bienestar¹⁰; luego de desdeñar las discusiones entre originalistas y libertarios en materia de división del poder entre Nación y estados¹¹; y luego de sugerir principios propios que podrían gobernar la lectura constitucional¹², se pregunta:

¿Cómo, si es que lo fueran, se afianzarían estos principios en el texto constitucional y en fuentes jurídicas convencionales? Las amplias generalidades y famosas ambigüedades de nuestra Constitución brindan vasto espacio para lecturas sustantivamente morales que promuevan la paz, la justicia, la prosperidad, la salud y la seguridad, por medio de solo autoridad, solidaridad y subsidiariedad¹³.

Concluye en que, en las relaciones entre Gobierno nacional y gobiernos estatales, y “a pesar del alto volumen de la cháchara entre círculos originalistas y libertarios, el gobierno federal, a todo efecto y propósito, ha adquirido por prescripción, a lo largo del tiempo, un poder de policía de facto”¹⁴. Y después de referirse a artículos de la ley que habilitan a la Federal Communications Commission a regular por razones de “conveniencia pública” y a secciones de la Ley de Procedimiento Administrativo estadounidense sobre emisión de reglas

9. Íd., p. 21.

10. Íd., pp. 32-34.

11. Íd., p. 32.

12. Íd., pp. 36-38.

13. Íd., p. 38.

14. Íd., p. 34.

sin participación previa por mediar “justa causa”, propone que las normas que se refieren al “interés público” o alguna de sus variantes “deben tener una lectura u otra (incluyendo, entre las posibilidades, deferencia hacia la lectura efectuada por otros funcionarios); no puede, simplemente, desearse que desaparezcan”¹⁵.

El cap. 2º se titula “La tradición jurídica clásica en Estados Unidos”, y consta de dos unidades temáticas. La primera presenta un esquema histórico que brinda ricos ejemplos en materia de *ius commune* y *ius naturale*¹⁶. La segunda parte se dedica a desbrozar una cierta muestra jurisprudencial de elevado interés a efectos de la propuesta del autor: (1) *Lochner v. New York*, de 1905, fallado por la Suprema Corte estadounidense; (2) *Riggs v. Palmer*, de 1889, decidido por la Corte de Apelaciones de New York; y (3) *United States v. Curtiss Wright Export Corporation*, de 1936, fallado por la Suprema Corte estadounidense.

El fallo *Lochner* comprende una opinión mayoritaria redactada por el *Justice Peckham*, a la cual adhirieron los *Justices Fuller, Brewer, Brown y McKenna*, y una disidencia redactada por el *Justice Harlan*, a la cual adhirieron los *Justices Douglass White y Day*. Vermeule afirma que la disidencia del *Justice Harlan*, en este caso –que versó, recordemos, sobre la constitucionalidad de la ley estadual reguladora del máximo de horas de trabajo por semana–, constituye un “voto modelo para el constitucionalismo del bien común”¹⁷.

Respecto de *Riggs v. Palmer*, se trata del recordado caso del heredero que había matado a su abuelo y quería heredarlo bajo un testamento reputado válido según las leyes. El autor asevera que el desacuerdo en el decisorio, entre mayoría y disidencia, es “enteramente interno a la tradición jurídica clásica. Ambos votos ven a la ley como comprensiva de textos sancionados, al tiempo que no se hallan limitados por éstos”¹⁸.

Por último, *United States v. Curtiss Wright Export Corporation* contó con una opinión mayoritaria redactada por el *Justice Sutherland*,

15. Íd., p. 35.

16. Íd., pp. 52-60.

17. Íd., p. 61

18. Íd., p. 84.

a la cual adhirieron los *Justices* Van Devanter, Brandeis, Butler, Roberts, Cardozo y Hughes; la disidencia fue del *Justice* MacReynolds; el *Justice* Fiske Stone fue recusado. Este fallo, que se suele estudiar en materia de delegación legislativa, versó acerca de la convalidación de la resolución conjunta, de ambas Cámaras del Congreso estadounidense, que autorizara, por aclamación, al Presidente, a tipificar, como ilícita, la venta de armas a combatientes en un conflicto entre Bolivia y Paraguay. Vermeule acude al *ius gentium* en su análisis. Partiendo de la afirmación de que la delegación sólo iba a ser reputada inválida si hubiera involucrado asuntos internos o domésticos, y analizando la respuesta del Tribunal, a la pregunta acerca de si el contexto internacional conllevaba algún distingo, afirma que la respuesta, en el fallo, fue la que marcó toda una diferencia. Ello, en tanto se afirmó que, en materia de relaciones internacionales, “(...) los estándares de la delegación válida eran más espaciosos que en los asuntos domésticos”¹⁹. El autor advierte que, en la opinión mayoritaria, se adopta una postura histórica, y no por ello originalista; repara en la historia para desentrañar los alcances de la soberanía a efectos del *ius gentium*, y no para interpretar el significado de las cláusulas constitucionales²⁰.

Los caps. 3º y 4º se hallan dedicados a una crítica dirigida a –respectivamente– el originalismo, al cual califica como “ilusión”²¹, y el constitucionalismo progresivista (“*progressive constitutionalism*”) y en desarrollo (“*developing constitutionalism*”)²². En la visión de Vermeule, si bien estas posturas se hallarían en contienda mutua, no tendrían al constitucionalismo del bien común como adversario: “(...) el punto metodológico clave es sólo que tanto el originalismo como el progresivismo están ubicados en el mismo lado del golfo que los separa de la tradición jurídica clásica”²³.

El cap. 5º se denomina “Aplicaciones”. Allí adelanta el autor:

19. Íd., pp. 84-89.

20. Íd., p. 86.

21. Íd., pp. 91-116.

22. Íd., pp. 117-133.

23. Íd., p. 17.

Temáticamente, elegí aplicaciones teniendo en mira el alcance, demostrando que no hay parte alguna del derecho público que se halle fuera de los límites de la perspectiva clásica, y también teniendo en mira ilustrar acerca de uno o más temas volcados en capítulos anteriores: el rol del ius, en lugar de, o en forma adicional a la, lex; el carácter en desarrollo (pero no progresivista) de la doctrina constitucional a lo largo del tiempo; el amplio ámbito para que las autoridades públicas aseguren los bienes identificados por la *raison d'état*; la importancia de las determinaciones; el rol deferencial de los jueces; y la orientación de los derechos y del derecho en general hacia el bien común (...) ²⁴.

Agrega:

No tengo la ambición de escribir un tratado integral (...), sino, en cambio, ofrecer algunas ilustraciones sugerentes a fin de comenzar un proyecto que, con el tiempo, funcionará por sí ²⁵.

En materia de “aplicaciones,” se incluye un amplio rango de temas, ubicados en tres secciones, tituladas: (A) “El Estado administrativo: la voz viva del derecho” ²⁶; (B) “Subsidiariedad y solidaridad: «la fuerza de un gigante»” ²⁷, y (C) “Los derechos y el bien

24. Íd., p. 134.

25. Íd., p. 134.

26. Íd., pp. 136-154.

27. Íd., pp. 154-164. Con cita de Shakespeare, William, *Measure for Measure*, escrita en 1603-1604: “(...) *O, it is excellent / To have a giant's strength, but it is tyrannous / To use it like a giant*” (II.ii.) (Oh, es excelente tener la fuerza de un gigante, pero es tiránico emplearla como un gigante). Esta cita guardaría cierta relación con el Soneto 94, del Bardo, que remata con la célebre sentencia: “(...) las azucenas en descomposición huelen mucho peor que las malezas”. En ambos casos, parecería divisarse el riesgo de la “caída”: quien tiene la fuerza del gigante, cae (se hace un tirano) si no administra su fuerza; quien tiene excelencia o belleza como las azucenas, caerá (olerá mal) si se infecta, y prevalecerán las malezas. Esa caída parece más evitable en el primer caso

común”²⁸. En lo estrictamente material, se incluyen, en la serie de “aplicaciones”, importantes instituciones y doctrinas del derecho público, tales como: reglas, mandatos y principios; Pound y el crecimiento de la Justicia administrativa; Schmitt y la tiranía de los mandatos; Dworkin y los principios; la revisión judicial del accionar de la Administración bajo el *test* de arbitrariedad y capricho; procedimiento administrativo; revisibilidad y principios fundamentales; deferencia y determinación (sección A). A ellos se agregan: la subsidiariedad como estado de excepción; lo relativo al margen de poderes de los estados; y la prudencia, la subsidiariedad y la solidaridad, incluyendo principios procedimentales e interpretación de la ley y de la Constitución (sección B). Finalmente: la visión clásica de los derechos, incluyendo ilustraciones de la libertad de expresión, valores sustraídos, obscenidad y blasfemia; derechos del medio ambiente, incluyendo legitimación activa y *test* del daño de hecho; y la doctrina de la confianza pública y la habilitación al Estado para actuar como delegatario de esa confianza (sección C).

En este capítulo 5^o²⁹ se discuten, con variado nivel de profundidad, pluralidad de decisorios de la Suprema Corte estadounidense vinculados a los ejes abordados.

* * * * *

La obra del profesor Vermeule que motiva esta recensión bibliográfica parecería haber sido pasible de pluralidad de comentarios, y ello surgiría de una simple consulta en un buscador *online*. Entre los comentarios académicamente serios dedicados al libro que motiva esta recensión, puedo mencionar los dos que siguen.

que en el segundo. Cabe acotar, volviendo al volumen objeto de esta recensión, que Vermeule, *id.*, pp. 254-155, efectúa un doble análisis a los fines de que se evite la caída, en la tiranía, de quien tiene la fuerza de un gigante; figura de un gigante que puede traer, a la mente del lector, en forma casi instantánea, la del Estado.

28. Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, pp. 164-178.

29. *Íd.*, pp. 134-178.

Por un lado, el profesor Randy E. Barnett, de la Universidad de Georgetown, en “Deep State Constitutionalism”³⁰, concluye en que Vermeule no cumplió su deber básico, como académico, de “confrontar la versión más fuerte de las teorías que objeta”. El profesor Barnett acusa al profesor Vermeule de haber, en cierto modo, “facilitado las cosas”. Algo de ello podría percibirse –tal vez– en el tratamiento un tanto apresurado de la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense en el cap. 5º, que omite, de plano, objetar instituciones harto debatibles y debatidas del derecho público, como la doctrina de la deferencia o el rol deferencial de los jueces.

Por otro lado, el profesor Eric Segall, de la Georgia State University College of Law, en “Ten Observations about Adrian Vermeule’s Book «Common Good Constitutionalism»”³¹, pone de manifiesto que fue personalmente objeto de agresiones en una red social por haberse “tomado este libro en serio”. El profesor Segall enumera muchos aspectos del libro que tienen “reales implicancias para el derecho constitucional”. Entre ellos, destaco los siguientes: claridad, transparencia y accesibilidad, donde alguna expresión en latín depara atención, pero el resto está todo en la superficie (términos como gustar, amar, odiar, o sólo reflexionar); el propósito del libro, v. gr., que “el derecho debería promover el «bien común», y no la agregación de preferencias individuales”; respecto de la crítica dirigida al originalismo, el profesor Segall entiende que, si bien la teoría es equivocada, el resultado es correcto; respecto de las críticas al constitucionalismo viviente, son de cierto peso en general porque Vermeule coincide con Segall en materia de deferencia judicial en la mayoría de los casos; la defensa de un enorme “Estado administrativo” deja sin aliento en su faz persuasoria; la postura de Vermeule en materia de legitimación activa

30. Barnett, Randy E., “Deep-State Constitutionalism”, The Claremont Institute, Claremont Review of Books, 2022. rescatado de: <https://claremontreviewofbooks.com/deep-state-constitutionalism/> (consultado el 26/5/2023).

31. Segall, Eric, “Ten Observations about Adrian Vermeule’s Book «Common Good Constitutionalism»”, 2022, Dorf on Law – Opinionated Commentary on Law, Politics, Economics, and more from Michael Dorf, Neil Buchanan, Eric Segall, and (occasionally) others. Rescatado de: <http://www.dorfonlaw.org/2022/03/ten-observations-about-adrian-vermeules.html> (consultado el 26/5/2023).

RECENSIÓN

es correcta y sería bienvenida por la mayoría de los progresivistas; en contra de lo que se ha dicho en los medios y en otros lugares, no hay nada en este libro sobre establecer un gobierno religioso o emplear la doctrina religiosa para obtener ciertas conductas. Por último, según el profesor Segall, no se va a leer, en otro libro, una mejor defensa de los intentos estatales de hacer frente al cambio climático. Al final de su reseña, el profesor Segall deja aclarado que no conoce personalmente al profesor Vermeule, y concluye en la calidad de “punto de inflexión” (*game changer*) que posee el libro en cuestión³².

* * * * *

Desde un punto de vista personal, estimo que este libro bien vale una lectura, sea para luego ponderarlo o, eventualmente, para criticarlo, o tal vez para ponderarlo en alguna faz, y criticarlo en otra. En Argentina, tuvimos ocasión de debatir cada capítulo de *Common Good Constitutionalism* en el marco de un seminario conducido por el profesor Juan Bautista Etcheverry, en la Universidad Austral³³. Fue una experiencia académica enriquecedora, en la que, desde distintos puntos de abordaje, desbrozamos, capítulo por capítulo, la propuesta del autor.

Concluyo esta recensión bibliográfica con una reflexión, tal vez aventurada, pero honesta: pienso que *Common Good Constitutionalism* amerita dos lecturas; una, como teoría general, dentro del sano objetivo encarado, esto es, el de una teoría del constitucionalismo para el bien común; y la otra, en tanto obra que acude en muchísimas ocasio-

32. Segall, Eric, “Ten Observations about Adrian Vermeule’s Book «Common Good Constitutionalism»”, *Dorf on Law – Opinionated Commentary on Law, Politics, Economics, and more from Michael Dorf, Neil Buchanan, Eric Segall, and (occasionally) others*, 2022. Rescatado de: <http://www.dorfonlaw.org/2022/03/ten-observations-about-adrian-vermeules.html> (consultado el 26/5/2023).

33. “Seminario de discusión sobre el libro «Common Good Constitutionalism», de Adrian Vermeule”, Pilar, Universidad Austral, Facultad de Derecho, septiembre a noviembre 2022, con la participación de los profesores J. Podres Yaniz, P. Rivas, M. García Mansilla, J. B. Etcheverry y la suscripta.

nes a instituciones, jurisprudencia, normas del derecho administrativo estadounidense.

En punto a la primera lectura, la teoría general que propone Vermeule puede o no presentar su atractivo, pero es, en sí misma, buena. Así como estimo personalmente que no es buena la dialéctica infructífera, y que puede no resultar bueno el apego ciego a la letra de la ley, y que tampoco es bueno quedar, como ciudadana, en el barco de agendas que no comparto, entiendo que es bueno querer que el derecho constitucional apunte al bien común. Y este es el objetivo último que quiere transmitir el autor de este volumen. A modo de ilustración, y sin necesidad de acudir a la doctrina tomista, pensemos, tan solo, que vivimos, en cierto modo, en red, en un sistema humano, y, cada tanto, las disecciones, particiones, aislaciones que efectúan las leyes, e incluso los decisorios, si no apuntan al bien común, pueden redundar en resultados disvaliosos, dañinos, opuestos a los tenidos en mira originariamente.

Sin embargo, en el específico campo del derecho público, en países como Argentina, con abundancia de iniciativas cotidianas –concretadas o no–, tendientes al avance del Estado sobre el mundo de los particulares, con sus efectos sobre el desempeño de éstos en la sociedad, considero que debemos tomar la actitud de Vermeule hacia las ilustraciones de derecho administrativo estadounidense que nutren la obra con extrema prudencia.

Expresa el autor:

(...) el constitucionalismo del bien común (...) lee las disposiciones constitucionales para ofrecer, a las autoridades públicas, latitud para promover el florecimiento de las comunidades políticas (...)³⁴.

El margen de atribución o reconocimiento de esa “latitud” se halla –podrá coincidir el lector– inescindiblemente atado a la experien-

34. Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism. Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge, UK y Melford, MA, USA, Polity Press, 2022, p. 36.

cia histórica del país que provee las muchas ilustraciones y ejemplos que se brindan en el libro aquí reseñado. Ello, independientemente de que las ilustraciones y ejemplos se analicen desde lo histórico o no. Consideremos el complejo histórico institucional que informa, por ejemplo, a la doctrina de la “delegación legislativa” en Estados Unidos. Confrontémosla, en punto a ese mismo instituto, con nuestra propia historia y nuestras instituciones. Consideremos el “procedimiento” de toma de decisión del órgano administrativo, sea la decisión de alcance general o particular, las garantías de independencia de ese decisor, y su régimen de revisión judicial menos o más deferencial, en el ámbito estadounidense. Confrontémoslo con nuestro ordenamiento y práctica administrativa y jurisprudencial.

Por ello, un “trasplante”³⁵ apasionado o irreflexivo de la actitud de Vermeule, en la obra que reseño, hacia el denominado “Estado administrativo” y algunas de sus contestables –en el país de origen– instituciones y prácticas, tendrá que ser sofrenado o, al menos, adecuadamente adaptado a un medio muy distinto como el nuestro, a fin de que, en el plano metodológico, no pierda valor. ¡Feliz lectura!

35. Adopto la clásica expresión de Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens, Georgia, The University of Georgia Press, 1993.

RECENSIÓN

GARAY, Alberto F.; LEGARRE, Santiago; AHUMADA, Carolina; RATTI MENDAÑA, Florencia e YLARRI, Juan S., *La Corte Suprema y los precedentes obligatorios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2022, 242 pp. Prólogo de María del Carmen Battaini.

IGNACIO COLOMBO MURÚA¹

En la obra que reseñamos se realiza un exhaustivo análisis del fallo *Farina* (Fallos: 342:2344) dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 26 de diciembre de 2019 y que versa sobre la interpretación de la causal de interrupción de la prescripción de la acción penal que se estipula en el artículo 67, inc. e) del Código Penal (el dictado de una sentencia condenatoria no firme). En este pronunciamiento se dispone en la parte resolutive y de manera novedosa que “la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del

1. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA). Diploma de Estudios Avanzados (DEA) (Universidad de Castilla la Mancha, España). Profesor de Derecho Constitucional en grado y posgrado en las Universidades Nacional de Salta y Católica de Salta. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Salta. Miembro Correspondiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Juez de Garantías en el Poder Judicial de la Provincia de Salta. Correo electrónico: colombomurua@yahoo.com.ar.

artículo 67, inc. e) del CP es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales del país”.

El abordaje de la cuestión resulta ser una tarea acertada y necesaria, desde que la sentencia se presenta, al menos en principio, como novedosa respecto de la construcción del valor del precedente como fuente del derecho en el sistema constitucional argentino. Es, en ese sentido, un fallo que extiende sus efectos más allá de la solución del caso concreto, puesto que implica una concepción general de lo que la CSJN pretende generar con relación a su propia autoridad y respecto de la actitud que, consecuentemente, los operadores jurídicos deberían asumir con relación a su jurisprudencia.

Ahora bien, los autores plantean aquí diversos y agudos interrogantes críticos con relación a la estrategia asumida por el tribunal, ya que, por un lado, se marca que la selección del caso para efectuar esta tarea de diseño general es en extremo problemática y, por el otro, que la forma en que esa tarea constructiva se ha plasmado en el fallo resulta inconsistente con una buena técnica del precedente.

Como se destaca en diversos pasajes de la obra, en la configuración del sistema normativo argentino coexisten dos tradiciones que resultan de difícil conciliación, y que, si no se las delimita con claridad, pueden impactar negativamente a la hora de determinar la función específica de la Corte Suprema de Justicia. Es que nuestra principal fuente constitucional es la norteamericana (*common law*), pero nuestro derecho común arraiga en la tradición continental europea (*civil law*).

No obstante ello, esta divergencia ha tenido una consagración constitucional en la reforma de 1860 –extraña a la tradición norteamericana (art. 67, inc. 11, actual art. 75, inc. 12)– que ha establecido un interesante balance sistémico. Esta desarmonía, entonces, parecería corregirse adecuadamente en nuestro ordenamiento al delimitarse, sobre la base del esquema federal, los órganos jurisdiccionales encargados de interpretar al derecho común –ejerciendo casación a su respecto– del órgano encargado de la interpretación final del derecho federal (la CSJN).

Es precisamente en este punto en el que se concentra el eje de la crítica argumental que recorre e hilvana los distintos capítulos de la obra. Es que ese delicado equilibrio es el que se resquebraja en el pro-

nunciamento analizado, en donde la Corte Suprema se erige como intérprete final del derecho común, al modo casatorio, imponiendo una doctrina judicial obligatoria para todos los fueros del país. Ello demuestra, entiendo, que tanto el caso seleccionado como el modo de resolver han sido inadecuados para proyectar una robusta teoría del precedente vertical en el derecho argentino –como parece pretender la Corte en su actual composición–.

Para poder resolver adecuadamente un problema resulta necesario dividir analíticamente las cuestiones que se encuentran implicadas en él. Esta tarea es desarrollada exitosamente por los autores y es, tal vez, el aporte más significativo de la obra. Así, se destaca que: i) una cosa es la función y competencia de la Corte frente a un problema de interpretación del derecho común (como ocurre en el caso) y otra lo es frente a una cuestión federal; ii) no operan del mismo modo los fallos de última instancia dictados en un sistema de fuente civilista, que los dictados en el marco de un esquema de *common law*; iii) no es lo mismo construir un precedente con su respectiva argumentación y *ratio decidendi* que dictar un fallo que se pronuncia en el marco de una misma causa y ante el incumplimiento de un tribunal inferior (este último supuesto es el preponderante en la causa). La crítica articulada en el trabajo explica que en *Farina* estos niveles de análisis no se encuentran debidamente diferenciados en su tratamiento y allí radica su principal falencia.

Así, por ejemplo, la Corte parece desatender que se está resolviendo un caso concreto con ribetes procesales particulares y que, por ello, no parece una causa adecuada para construir un precedente general. Podría decirse que la principal cuestión, que llevó a la Corte a introducir un novedoso esquema “casatorio” en la parte resolutiva, era el particular incumplimiento en el marco de esa causa, al menos según la interpretación de la Corte, de las “claras” y “precisas” instrucciones impartidas al fuero de la provincia de Buenos Aires. Dicho de otro modo, en el caso *Farina*, la Corte se encontraba contrariada ante lo que consideraba un alzamiento del fuero provincial de Buenos Aires y por ello resolvió con vehemencia, por así decir, buscando asentar su propia autoridad en el caso concreto pero, tal vez, descuidando la dimensión general del pronunciamiento. Es por ello que resulta dudoso que el pronunciamiento pueda tomarse ple-

namente con valor general más allá de las particularidades concretas reseñadas.

En el primer capítulo, Alberto Garay efectúa un repaso de los vaivenes procesales de la causa y realiza un análisis de la “fundamentación de la sentencia desde la perspectiva que proporciona la doctrina del precedente, según como la Corte Suprema la ha venido empleando desde el siglo XIX”. En ese sentido destaca que el fallo, pese a los fundamentos esgrimidos, termina resolviendo una cuestión de interpretación de derecho común. Refiere a que el artículo 67, inc. e), es vago, puesto que no se indica si la única condena no firme a la que hace alusión es solo la de primera instancia o si también deben computarse a esos efectos las que se deriven de las distintas instancias recursivas. En consecuencia, “despejar esa vaguedad importa interpretar y aplicar el Código Penal, actividad que está reservada a los tribunales provinciales (arts. 75, inc. 12 y 116 de la CN, y 15 de la Ley N° 48)”².

En cuanto a la teoría del precedente, presenta una serie de consideraciones de cómo debe construirse correctamente una “doctrina judicial” y señala que la Corte no ha seguido esas reglas en el caso en análisis. En ese sentido, la Corte ha formulado argumentos divergentes, que hasta parecen incompatibles entre sí, y que por ello se dificulta la tarea del intérprete-aplicador que debe asir la *ratio decidendi*. Entiende, entonces, que la Corte podría haber resuelto la causa sin incurrir en estas contradicciones, recurriendo al mero aunque relevante fundamento de la violación de la garantía del plazo razonable –la causa llevaba en trámite recursivo catorce años–. Ello hubiera sido consistente con sus precedentes y no tendría que haber ingresado a consideraciones propias del derecho común –para lo cual, afirma el autor, carece de competencia–. Estos déficits de argumentación, en definitiva, atentan en contra de lo que la propia Corte pretende: que se sigan sus precedentes.

Santiago Legarre, a su turno, enmarca su análisis en la tradición acuñada por la Corte en los casos *Santín* (Fallos: 212:51, 59), *Balbuena* (Fallos: 303:1770) y *Cerámica San Lorenzo* (Fallos: 307:1094), que inaugu-

2. Garay, Alberto, Capítulo: “Simplezas y complicaciones de un caso fácil”, p. 25.

ra la “doctrina intermedia” del seguimiento del precedente, esto es, la que estipula que los precedentes se deben seguir salvo que se aporten “nuevos argumentos”. En palabras del autor, “el principio general es el seguimiento del precedente relevante y la excepción es el apartamiento justificado, mediante el aporte de nuevos argumentos por parte del tribunal inferior”. Esta doctrina, explica, es, una vez más, producto de la intersección problemática de marcos del *common law* con el *civil law*, puesto que uno exige el seguimiento rígido del precedente y, el otro, establece la no obligación de seguimiento.

Legarre explica la diferencia entre el esquema de seguimiento “atenuado”, esto es, la postulación de “nuevos argumentos”, y la técnica del *distinguishing* propia del *common law*. En el *common law* el tribunal inferior no puede apartarse válidamente de un precedente del tribunal superior ni aunque aporte nuevos argumentos. La única manera de escapar de la obligación de seguimiento es demostrar que el caso actual difiere, en su plataforma fáctica, del pronunciamiento precedente. No hay posibilidad, allí, de diálogo ni de marcar errores; el precedente debe ser seguido, salvo que se argumente exitosamente que es un supuesto fácticamente disímil.

Es en este marco que el autor presenta a *Farina* como un eslabón más en la construcción de la tesis intermedia. Tal vez, concluye, la única novedad esté en la parte resolutive del fallo, al declamar el seguimiento obligatorio de la interpretación del artículo 67, inc. e), para todos los tribunales del país, lo que parece implicar una imposibilidad de apartarse de ella, incluso aportando nuevos argumentos.

Sin embargo, el análisis no debe detenerse en un caso aislado, sino que es necesario estudiar la continuidad en la jurisprudencia. En esa línea, en los fallos *Vidal* (Fallos: 345:244), dictado pocos meses después de *Farina*, y *Vilte* (Fallos: 345:123) –del año 2022–, con cita a *Cerámica San Lorenzo* (Fallos: 311:2453), la Corte vuelve a enunciar la doctrina intermedia. Siendo ello así, concluye el autor, la doctrina intermedia goza de buena salud.

Carolina Ahumada analiza el impacto del fallo en el ámbito del derecho penal, en cuyo marco valora la importancia de la obligatoriedad vertical de los precedentes para establecer una interpretación restrictiva y taxativa respecto del poder punitivo estatal.

Destaca que en materia penal existe un amplio seguimiento y acatamiento de los fallos de la CSJN e indaga respecto de distintos pronunciamientos que han tenido gran incidencia en el modelo de enjuiciamiento penal. Ello implicó, valora, que cuestiones que “antes suscitaban innumerables planteos y litigios se aquietaran mediante la resolución del caso por la Corte y el acatamiento masivo de los tribunales penales del país”.

No obstante ello, y en consonancia con la crítica uniforme que realizan todos los autores de la obra, subraya que, incluso en el ámbito penal, la sentencia resulta problemática, puesto que se construye sobre la base de “sistemas contrapuestos, cuya compatibilización y coexistencia no parece viable en tanto se sustentan en principios políticos que se excluyen mutuamente”³. En esa línea, recalca que la Corte no se limita a atribuir una solución jurídica sobre un análisis de los hechos –siguiendo el modelo del *common law*–, sino que formula una interpretación concreta de un dispositivo normativo –en línea con el *civil law*–. Concluye, en consecuencia, que *Farina* es el reflejo de esta dualidad no resuelta.

A su turno, Florencia Ratti Mendaña llama la atención sobre el particular interés que la actual integración de la Corte ha manifestado respecto de la teoría del precedente. Tanto es así que, recuerda, el tribunal “indicó que los tribunales inferiores deben conformar sus decisiones a los precedentes de la Corte aun ante la inexistencia de una norma que así lo establezca”⁴. En ese marco, advierte, debe analizarse el precedente *Farina*.

La autora realiza un prolijo análisis de los hechos de la causa y de los argumentos vertidos por la Corte, y remarca el doble problema que este pronunciamiento enfrenta: “(...) tenemos aquí, por un lado, la cuestionable competencia constitucional de la Corte en materia de derecho común y, por el otro, la aún más cuestionable competencia constitucional de la Corte para interpretar derecho común con carác-

3. Ahumada, Carolina, Capítulo: “El caso «Farina»: certezas y disyuntivas”, p. 108.

4. Ratti Mendaña, Florencia, Capítulo: “Lo que «Farina» nos dejó. Análisis de la doctrina judicial obligatoria creada por la Corte”, pp. 118 y 119.

ter obligatorio y para todos los casos futuros que deban resolver los tribunales del país”⁵. A su vez, destaca que no queda para nada claro que la interpretación del artículo 67, inc. e), que realizan los tribunales de provincia sea arbitraria, pues parece ser una interpretación posible del texto legal. Ello, paradójicamente, marca una inconsistencia entre lo que se considera arbitrario en *Farina* y los propios precedentes de la Corte.

La autora demuestra, con una indagación precisa de los antecedentes citados por la Corte, que no resulta ajustada la afirmación respecto a que el fuero penal de la provincia de Buenos Aires se hubiera apartado de “reiterados fallos” de la Corte en los que se explicitó que el dictado de la condena no firme es el único acto que interrumpe la prescripción conforme la letra del artículo 67, inc. e), del CP. En síntesis, se muestra que, paradójicamente y en este caso, la Corte ha utilizado incorrectamente la teoría del precedente.

Efectúa un análisis de la doctrina del seguimiento “atenuado” que ha adoptado la Corte argentina desde sus orígenes y marca las inconsistencias de un viraje, como parece suceder ahora, hacia un modelo casatorio de raigambre continental-europeo. Repasa el voto parcialmente disidente de Rosenkrantz y proyecta las posibles soluciones que se pudieron haber tomado válidamente.

Desde una perspectiva “consecuencialista” reflexiona sobre el impacto que un pronunciamiento de estas características, impropias del sistema argentino, puede tener en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, por ejemplo, dejar impunes delitos graves en los que múltiples jueces confirmaron la condena. Deriva de un análisis de la jurisprudencia posterior al caso *Farina* que esas preocupaciones se están verificando en la praxis. Se pregunta, en ese sentido, si es posible, después de ese pronunciamiento cuasi-casatorio, una prudente vuelta al esquema del precedente, en donde la Corte pudiera admitir sentencias “en las que los tribunales inferiores se desvinculen de *Farina* a partir de la técnica del *distinguishing* (...). Por ejemplo, si se trata de delitos más graves o de procesos que no se han extinguido por tantos años, ¿se podría sostener que la interpretación amplia del artículo 67,

5. Ídem, p. 128.

inc. e), en tales casos, no es inconstitucional?”⁶. En esa línea, explora como posible solución una modificación legislativa para despejar los problemas interpretativos que ha generado el punto bajo discusión.

Recuerda el contexto específico y particular de la causa, relativo al enfrentamiento de la Corte con el Tribunal Superior de Buenos Aires y concluye que *Farina* no parece haber sido una buena elección para consagrar, de modo tan tajante, la obligatoriedad de una doctrina judicial de la Corte.

Por último, Juan Ylarri desarrolla un minucioso repaso respecto de la teoría del precedente, esto es, cómo fue tratada en la doctrina argentina y la evolución jurisprudencial –y zigzagueante– que ha tenido. Repasa los hechos de la causa y realiza una distinción entre el seguimiento de un precedente y cumplir, en una misma causa, con las indicaciones dadas por la CSJN –ambos extremos presentes en *Farina*–.

Por otro lado, efectúa consideraciones sobre la perspectiva que parece surgir del posicionamiento histórico del máximo tribunal, esto es, la de asignar a sus precedentes una obligatoriedad atenuada, esto es, que puede ser desatendido solo si se esgrimen nuevos argumentos. En ese sentido, plantea el problema práctico de este estándar débil, y que se verifica en el alto índice de incumplimiento por parte de los tribunales inferiores, multiplicando las causas que llegan a la Corte. A su vez, se pregunta si un sistema de control de constitucionalidad difuso puede funcionar sin un verdadero sistema de *stare decisis*.

El autor entiende que bien analizada la cuestión, en *Farina* se ha mantenido la posición respecto a que la Corte no tiene, en principio, la función de casación, solo que se ha marcado que en algunos casos excepcionales puede ejercerla. Eso se deriva de las particulares situaciones de la causa y que la jurisdicción local no había seguido las “reiteradas” indicaciones y la jurisprudencia emanada del tribunal.

Concluye que “[r]esulta claro que la situación de desigualdad e inseguridad jurídica que se produce con la aplicación del *stare decisis* «criollo» debe ser corregida, puesto que es una «buena doctrina» en la teoría, pero en la práctica es anárquica y caótica”.

6. Ídem, p. 151.

RECENSIÓN

En síntesis, la obra muestra cómo deben analizarse y desmenuzarse los fallos relevantes, como lo es el caso *Farina*; ello, a los efectos de comprender cabalmente su proyección jurídica pero, también, sus problemas e interrogantes. En ese sentido, diría, lo que se debe determinar es si el caso en estudio implica realmente un planteo novedoso en cuanto a la teoría del precedente doméstico, esto es, si es posible derivar del fallo efectos generales, o si debe concluirse que, arrebatada por las circunstancias particulares, esto es, por el supuesto incumplimiento reiterado de la jurisdicción bonaerense, la Corte particulariza su decisión y, por ende, solo debe ser considerado como un pronunciamiento coyuntural que, por ser tal, no aporta a la construcción general de la doctrina.

PARTE IV
DOCUMENTOS

**LAICIDAD POSITIVA Y LIBERTAD RELIGIOSA:
AMICUS CURIAE PRESENTADO POR CALIR EN LA
CAUSA CASO NATALIA JARAMILLO SANDOVAL
Y OTROS VS. LA UNIVERSIDAD NACIONAL
(EXPEDIENTE T9117732), COLOMBIA,
EL 23 DE MARZO DE 2023¹**

SE PRESENTA COMO *AMICUS CURIAE*

Honorable Magistrado Ponente
Paola Meneses
Corte Constitucional de Colombia

REF.: Acción de tutela para proteger la libertad religiosa, libertad de conciencia, libertad de expresión, el principio de Estado laico, el principio de neutralidad y pluralismo del Estado y el derecho a la igualdad. Radicación: 2022-0234. Expediente T9117732.

ACCIONANTE: Natalia Jaramillo y Otros (Estudiantes miembros del proyecto CUR - Club de Inglés y Estudio (Estudiantes de la Universidad Nacional 1).

1. El documento fue originalmente publicado en Bermúdez, Horacio; Navarro Floria, Juan G.; Santiago, Alfonso, “Laicidad positiva y libertad religiosa: *amicus curiae* presentado por CALIR en la causa «Caso Natalia Jaramillo Sandoval y otros vs. la Universidad Nacional»”, *El Derecho - Constitucional*, abril 2023, número 4, el 24 de abril de 2023, Cita Digital: ED-MVCCXXXIII-146. Agradecemos a los autores y al director editorial de El Derecho, Alejandro Borda, quienes han autorizado su reproducción en esta revista.

ACCIONADO: Universidad Nacional de Colombia.

Honorables Magistrados:

Juan Gregorio Navarro Floria, ciudadano argentino, abogado, en mi carácter de Presidente del *Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (CALIR)*, conforme la documentación justificativa que así lo acredita y que acompaño, en representación de dicha institución y por derecho propio juntamente con los doctores Alfonso Santiago y Horacio Bermúdez, todos integrantes del CALIR y académicos competentes en la materia como luego se dirá, respetuosamente presentamos ante V.E. el presente escrito con el propósito de aportar argumentos que podrían ser de vuestro interés respecto del *Caso Natalia Jaramillo Sandoval y otros vs. la Universidad Nacional - Exp. T9117732*.

I. PERSONERÍA

Acreditamos la personería del Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (CALIR) con la documentación que acompañamos en copia escaneada y declaramos que se encuentra vigente, consistente en la constancia de inscripción ante la Inspección General de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia de la República Argentina, y estatutos de la institución.

II. OBJETO

CALIR se presenta en las presentes actuaciones en carácter de *amicus curiae*, con el propósito de aportar al Tribunal consideraciones relativas a diversos principios y razones de derecho, nacional e internacional, de relevancia para la resolución de un caso, como el presente, en el que se debaten asuntos de relevancia institucional y de interés público, con repercusión tanto a nivel global como regional. La decisión que V.E. dicte sentará un insoslayable precedente en la amplitud de la protección de los derechos humanos y, en especial,

de los derechos de libertad religiosa y de expresión, tempranamente contemplados en el Preámbulo de la Constitución de la República de Colombia, de carácter teísta en cuanto se invoca la protección de Dios, en un marco jurídico democrático y participativo, y se encuentran expresamente amparados por sus artículos 1º (que declara que el Estado colombiano es una democracia representativa y participativa), 18 (libertad de conciencia), 19 (libertad religiosa) y 20 (libertad de expresión).

No hemos de ingresar en las cuestiones procesales planteadas en el presente caso, sino que nos limitaremos a proponer algunos aportes sobre las cuestiones sustanciales y de fondo implicadas en él.

III. EL CONSEJO ARGENTINO PARA LA LIBERTAD RELIGIOSA

Todos los firmantes somos miembros del Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (CALIR), una asociación civil que tiene entre sus fines estatutarios “promover la libertad religiosa y de conciencia en todas sus expresiones individuales y colectivas, y contribuir a afianzar su protección efectiva”; “educar para la convivencia y la paz principalmente en materia de libertad religiosa y de conciencia y desarrollar programas de docencia, investigación y extensión sobre la libertad religiosa y de conciencia”; “contribuir desde la valoración positiva del hecho religioso al ejercicio de las responsabilidades sociales; al aprecio de la cultura nacional en su pluralidad y diversidad; y al respeto de la persona sin discriminaciones de ningún tipo”; “promover la reforma y actualización de la legislación nacional y provincial en orden al pleno reconocimiento y garantía de la libertad religiosa y de conciencia”; y “formular las pertinentes recomendaciones o advertencias a los poderes públicos o a la opinión pública” en relación a “hechos o proyectos que puedan favorecer o lesionar la libertad religiosa y de conciencia”.

El CALIR tiene más de veinte años de existencia, y en este tiempo ha desarrollado una intensa labor en defensa de la libertad religiosa en el ámbito nacional e internacional, que ha sido ampliamente reconocida. El CALIR ha sido reconocido como organización de la sociedad civil registrada en la OEA en los términos de la Resolución

CP/RES759 (1217/99) de esa Organización, según acreditamos con la nota adjunta. En esa calidad somos regularmente consultados por la OEA en cuestiones atinentes a la protección de los derechos humanos, y en particular la libertad religiosa y de conciencia.

A título individual y entre otros antecedentes de los suscriptos, mencionamos los siguientes:

Juan G. Navarro Floria es Abogado (UCA), Profesor Superior en Ciencias Jurídicas (UCA) y Doctor en Derecho (*cum laude*) por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular Ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, y Profesor Estable de la Facultad de Derecho Canónico de la misma Universidad. Presidente del Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (CALIR); ex Presidente del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa; ex miembro del Comité Directivo del International Consortium for Law and Religion Studies (ICLARS); miembro de los comités académicos o consultivos de numerosas instituciones y publicaciones de distintos países dedicadas al estudio del Derecho y Religión (*Law and Religion*). Exasesor y Jefe de Gabinete de la Secretaría de Culto de la Nación. Ha publicado trece libros, más de treinta capítulos en libros colectivos y alrededor de cien artículos en revistas científicas de la Argentina y del exterior.

Alfonso Santiago es Abogado y Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires), miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Director de la Escuela de Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Austral. Es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Universidad de la que fue Vicerrector de Asuntos Académicos. Es juez de la Cámara Contencioso-Administrativo y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue asesor del Congreso de la Nación Argentina, de la Provincia de San Luis, de la Convención Constituyente de la Provincia de Santiago del Estero y de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires. Es miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, de la Academia Paulista de Letras Jurídicas, San Pablo, Brasil, y miembro de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, España. Autor de numerosos libros y publicaciones académicas.

Horacio Ricardo Bermúdez es Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, donde es también Profesor Adjunto Regular de Derecho Constitucional. Es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, miembro del Consejo Argentino para la Libertad Religiosa (CALIR), y miembro del Instituto de Culto y Libertad Religiosa del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

IV. LEGITIMACIÓN

Tanto los tribunales internacionales como los nacionales de diversos países han acogido favorablemente el instituto del *amicus curiae*. Su procedencia en el presente proceso se apoya en los principios constitucionales de participación ciudadana y democracia deliberativa, colaboración armónica entre las ramas y órganos del poder público, solidaridad, tutela judicial efectiva, prevalencia del derecho sustancial y en el deber ciudadano de colaborar con la justicia y, concretamente en los artículos 33 y ccdtes. de la Constitución Política de Colombia (revisión por la Corte de las sentencias de tutela) y en el Decreto Reglamentario N° 2.591/1991.

En tal sentido, se ha dicho: “El *amicus curiae* es un instrumento que permite una ampliación significativa del rol de contribuciones discursivas llevadas a juicio, ofreciendo no solo argumentaciones técnico jurídicas alternativas, como, por ejemplo, presentando estudios o compilados de otras decisiones afines, encauzando el debate en el derecho internacional o sugiriendo formas conciliatorias de decisión proporcionadas por actores no directamente involucrados en el proceso, etc., como también ampliando el conjunto de saberes extrajurídicos capaces de orientar la orientación dogmática de la decisión, remitiendo el caso al debate académico, presentando opiniones de autoridades no jurídicas o trayendo informaciones relevantes no invocadas por las partes” (Costa Cardoso, Evorah Lusci, *Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia*, Tesis Doctoral, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2012).

Al propiciar el carácter dialógico el proceso judicial, la doctrina especializada destaca que “la posibilidad de intervención de la ciuda-

danía ante los tribunales permite poner en igualdad de condiciones a todos los interesados en participar en los debates sobre asuntos de interés público que ante ellos se discuten y, de esta forma, la intervención del *amicus curiae* suple o atenúa el problema de subrepresentación de intereses que pueden ser afectados con la decisión a ser tomada, legitimando la prestación de la tutela jurisdiccional al asumir el rol de portador de las voces de la sociedad y del propio Estado que, sin su intervención, no serían oídas o si lo fueran lo serían de manera insuficiente por el juez” .

No es obstáculo para la aceptación de la intervención de terceros en calidad de *amicus curiae* la inexistencia de una norma procesal expresa ya que, en sede de revisión de tutela, se ha realizado con la simple aquiescencia de la Corte Constitucional e, incluso, por invitación o requerimiento del Tribunal (ver: Sentencia C-513/92 –en la que precisó que así se incorporan al proceso elementos de juicio, informaciones y evaluaciones para la mejor preparación de la ponencia respectiva, en especial cuando se trata de disciplinas especializadas o que requieren una cierta preparación académica o determinados niveles de experiencia–; Sentencia T-153/98; Sentencia T-730/1548; entre muchas otras).

En este orden de ideas, se entiende, por lo tanto, que la solidaridad “puede ser válidamente inducida, promocionada, patrocinada, premiada y estimulada por el Estado en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social” (Corte Constitucional. Sentencia C-459/04) y que el principio de solidaridad es de aplicación inmediata, es decir, no requiere desarrollo legislativo, en aquellos casos en que su transgresión origina la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de otras personas (Sentencia T-801/98).

Asimismo, la participación de terceros en carácter de *amicus curiae* permite que los tribunales puedan recabar distintos puntos de vista, al tener que resolver sobre cuestiones que requieren la interpretación de normas constitucionales de carácter genérico o de textura abierta, como las que amparan derechos humanos, en el marco de una sociedad pluralista [*brevitatis causae* nos remitimos a lo ya dicho *supra* sobre el reconocimiento normativo del pluralismo en el artículo 1º de la Constitución, así como en los artículos 7º (valoración de la

diversidad étnica y cultural), 75 (garantiza el pluralismo informativo) y 13 (prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica)]. La Corte Constitucional ha considerado que la deliberación democrática en el ámbito legislativo es inherente y requisito para la validez de las decisiones que se tomen en el proceso mismo, planteando la inexequibilidad de aquellas leyes en cuyo trámite legislativo se haya obstruido u omitido la realización de los debidos debates y deliberaciones, en especial, cuando no se da a las minorías la oportunidad de expresarse y debatir en igualdad de condiciones (Sentencias C-222 de 1997 y C-760 de 2001, C-668 de 2004).

También los tratados internacionales de derechos humanos, que integran el llamado “bloque de constitucionalidad”, consagran el “derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos” (art. 23.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 21.1, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre).

La figura del *amicus curiae* está expresamente prevista en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptado en 2009 (artículos 2° y 44). En efecto, el artículo 2° del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en noviembre de 2009, asume como definición de *amicus curiae* la de: “(...) persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.

En sentencia del 6 de agosto de 2008 (Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*), la CIDH precisó que los *amici curiae* pueden incluso referirse a cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la sentencia, y, además, que dada la trascendencia e interés general de los asuntos sobre los que decide, se justifica “la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados”, razón por la cual “los *amici curiae* tienen un importante valor para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad,

que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte”.

Para el caso de los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por ende sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha entendido que, toda vez que aquella permite y acepta intervenciones de *amicus curiae*, sería incoherente prohibir su procedencia en los casos tramitados ante tribunales locales, más aún si pueden hacer planteamientos que más adelante serán tenidos en cuenta en la señalada instancia internacional.

En la República Argentina, la figura del *amicus curiae* (amigo del Tribunal) fue reglamentada mediante la Acordada N° 7/2013 de la CSJN, poniendo fin a la existencia de eventuales dudas respecto de la procedencia de esta presentación. De esta forma, consolidó una práctica que se venía desarrollando, en relación al ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a peticionar ante las autoridades. Asimismo, como una consolidación del compromiso con la búsqueda de la resolución más justa e integral del caso.

V. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Los requisitos esenciales para que una persona física o jurídica participe en esta calidad son: 1) Tener una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; 2) Fundamentar el interés público de la causa, y 3) Informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso.

V.1. Reconocida competencia en la cuestión

Respecto del mencionado requisito, tal como se ha expuesto *supra*, tanto el CALIR institucionalmente como las personas firmantes poseen reconocida competencia en las cuestiones traídas a estudio, lo cual habilita su participación en el presente caso.

V.2. Interés público de la causa

El carácter público de un interés está ligado a sus posibilidades de proyección sobre temas de trascendencia comunitaria. En lo que respecta a CALIR, dicho interés radica en que dentro de su objeto como asociación se encuentra especialmente comprendida la defensa de la libertad religiosa, según se ha expuesto. Además, las cuestiones que se debaten en el presente caso poseen una trascendencia que supera el mero interés de las partes, ya que los derechos involucrados poseen importancia central para la vigencia del Estado de Derecho democrático.

V.3. Relación de CALIR con las partes

Cabe destacar que la presentación del *amicus curiae* de ninguna manera constituye un perjuicio para alguna de las partes del litigio, ya que, si bien puede favorecer la opinión de una de ellas, nada impide la presentación en ese carácter de otra opinión en sentido contrario. Tampoco restringe o afecta el principio de economía procesal, ya que la posibilidad de actuación del presentante se limita al agregado de la opinión al expediente; además, los jueces no están obligados a expedirse sobre todos los puntos del dictamen, ya que la finalidad de este instituto consiste, solamente, en aportar más elementos para tomar decisiones de trascendencia pública. Adicionalmente, en este caso, la institución que representamos no posee relación con ninguna de las partes, ni ha recibido financiamiento o apoyo alguno de las partes, lo que garantiza que la opinión que se emite en el presente no contenga otro interés que colaborar con una mejor dilucidación del caso.

VI. ANTECEDENTES DE HECHO

Tal como se argumenta en la demanda de referencia, los accionantes, en su condición de estudiantes de la Universidad Nacional, invocando el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, acu-

dieron ante el Juez para instaurar *acción de tutela* contra *La Universidad Nacional de Colombia*, con el objeto de que se protejan sus derechos constitucionales. La presente acción de tutela se enmarca en la malinterpretación de la Universidad Nacional del principio de Estado laico, que redundaría en la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad religiosa, libertad de expresión e igualdad. Los accionantes se quejan de que la Universidad Nacional desconoce que el principio de laicidad implica el reconocimiento del pluralismo en sus diversas dimensiones, incluida la religiosa. Ello así por cuanto sostienen que una adecuada aplicación del principio de Estado laico en modo alguno puede generar la exclusión de grupos por sus creencias religiosas, como ha ocurrido en el presente caso, sino que debe promover su inclusión en igualdad de condiciones.

El Proyecto Comunidad Universitaria Reformada (en adelante, Proyecto CUR Inglés y Estudio), promovido por los accionantes, es un proyecto de iniciativa estudiantil que nació en el año 2016 con el objetivo de garantizar, por un lado, un espacio académico en el que, voluntariamente, los estudiantes de la Universidad Nacional puedan reunirse para mejorar sus competencias en el idioma inglés a través de la participación en conversaciones informales. Por otro lado, el Proyecto CUR Inglés y Estudio invita a la participación de manera libre y voluntaria en un subgrupo, en el cual se permite a los estudiantes –en un horario distinto al del club de inglés– desarrollar su dimensión espiritual desde los principios y valores de la fe cristiana según la tradición reformada, en un espacio seguro y guiado por un profesional externo que apoya de manera gratuita este acompañamiento.

Oportunamente solicitaron la aprobación del proyecto a las autoridades de la Facultad y, en consecuencia, el día 12 de septiembre de 2016, se otorgó la aprobación por parte del Comité de Evaluación de proyectos de la dirección de Bienestar Universitario del proyecto titulado CUR Inglés y Estudio, como iniciativa de bienestar universitario de la Facultad de Ingeniería, para ser desarrollado en la ciudad de Bogotá hasta el 30 de noviembre de 2016.

Posteriormente, obtuvieron una serie de aprobaciones de la Facultad de Ingeniería y Ciencias Humanas por 3 años, entre 2017 y 2019, y la aprobación de la Facultad de Ciencias en el 2019. Esto implicó el funcionamiento con normalidad del Proyecto CUR Inglés y

Estudio en la Universidad Nacional durante este período. Así mismo, las Facultades de Ingeniería, Ciencias y Medicina avalaron el Proyecto CUR Inglés y Estudio durante el año 2020, situación que no ocurrió con la Facultad de Ciencias Humanas.

El 11 de mayo de 2020, se informó a los miembros de los proyectos estudiantiles que se presentaron en la Convocatoria Pública PGP 001-2020 y cumplieren los requisitos, dentro de los cuales se encontraba el proyecto CUR Inglés y Estudio, que fueron preseleccionados por el Comité Asesor de Bienestar Universitario de la Facultad de Ciencias Humanas para ser avalados como Proyectos de Bienestar Universitario.

El día 18 de mayo de 2020, la directora de Bienestar de la Facultad de Ciencias Humanas informó que el Consejo de la Facultad, en sesión del 14 de mayo de 2020, decidió no avalar el Proyecto CUR Inglés y Estudio por considerar que de hacerlo se estaría violando el “principio de laicidad y el deber de neutralidad en materia religiosa de la Universidad Nacional”.

El 22 de febrero de 2021, se realizó una reunión entre la Decanatura de Ciencias Humanas y Jorge Gracia (profesor que avala el Proyecto CUR Inglés y Estudio). Los miembros de la Decanatura plantearon abiertamente las dudas que les generaba el proyecto y, a manera de conclusión, la Decanatura toma la decisión de manera unilateral de requerir la redacción de un acta de compromiso que los coordinadores del grupo debían firmar si el grupo deseaba solicitar la (re) evaluación del proyecto estudiantil CUR en la Facultad de Ciencias Humanas para el año académico 2021. Dicho compromiso tenía tres elementos: a) “sostener una relación de apertura al diálogo ecuménico con los demás grupos de estudio o militancia religiosa en la Universidad”, b) “no endosar movimiento político alguno”, c) “respetar y propender la defensa de la diversidad sexual y la autonomía sobre el cuerpo”.

El grupo CUR Inglés y Estudio dio respuesta a cada uno de los ítems anteriores de la siguiente manera: a) ¿Se compromete a “sostener una relación de apertura a diálogo ecuménico con los demás grupos de estudio o militancia religiosa en la Universidad”? Compromiso CUR/ Valoramos el diálogo y estamos dispuestos a interactuar, entendiendo que estos espacios serán propiciados de manera voluntaria, dentro de un contexto constructivo de mutuo respeto y atendiendo al alcance de las actividades del grupo CUR. b) ¿Se com-

promete a “no endosar movimiento político alguno”? Compromiso CUR/ La CUR no forma parte de un movimiento político y no contempla promover o endosar personajes o partidos políticos. c) ¿Se compromete a “respetar y propender la defensa de la diversidad sexual y la autonomía sobre el cuerpo”? Compromiso CUR/ La CUR es un grupo que respeta la diversidad y que no comparte la discriminación ni los actos de agresión hacia grupos minoritarios. Por el contrario, la CUR afirma y defiende el valor intrínseco y la igualdad ontológica de cada ser humano, con respeto de su autonomía e individualidad. Esta postura se enmarca en los principios bíblicos que definen una perspectiva del mundo y de la vida distintos, visión que integra el concepto de comunidad plural que promueve Bienestar Universitario en la línea de trabajo “Inclusión Social y Educativa”.

En 2021, la Facultad de Ciencias Humanas y la de Ingeniería decidieron no avalar el Proyecto CUR Inglés y Estudio, según sus comunicaciones, para proteger el principio de Estado laico. Por estos rechazos reiterados, el día 15 de diciembre de 2021 los accionantes interpusieron una queja ante el Sistema de Quejas, Reclamos y Sugerencias Nivel Nacional (sisqueresu_nal@unal.edu.co) de la Universidad Nacional, en la cual expresaron su disconformidad por el retiro del aval de su proyecto, y por la postura tomada por las Facultades de Ingeniería, Ciencias, Ciencias Humanas y, en general, por la Universidad Nacional, frente a los motivos que sustentan dicho retiro, que aplican una interpretación errónea del principio de laicidad y deber de neutralidad en materia religiosa de las instituciones educativas oficiales, y terminan por discriminar a un grupo de estudiantes por sus creencias religiosas. El día 25 de enero de 2022 la Universidad Nacional respondió a la queja interpuesta lo siguiente: “Aunado a lo anterior, es preciso informar que nos sumamos a los conceptos emitidos en el oficio B.DBC.0073 del 5 de mayo 2021 de la oficina jurídica de la Facultad de Ciencias acogiéndonos al principio de laicidad y deber de neutralidad en materia religiosa de las instituciones educativas oficiales (Ley N° 133 de 1994 de la Constitución Política de Colombia)”. Adicionalmente, comunican la negativa de otorgar el aval bajo el argumento de que la Universidad ya ofrece cursos de inglés y de religión, motivo por el cual, los grupos de pertenencia no pueden desarrollar actividades propias de la docencia, la investigación y la

extensión. En definitiva, fundan su queja en que la Universidad Nacional ha violado sus derechos fundamentales: a la libertad de conciencia (artículo 18 de la CP), libertad religiosa y de cultos (artículo 19 de la CP), libertad de expresión (artículo 20 de la CP), igualdad (artículo 13 de la CP) y quebranta el principio de Estado laico junto con la confianza legítima.

En consecuencia, peticionaron ante el Juez de primera instancia:

1. Que se declare procedente la presente acción de tutela como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados.
2. Que se declare que la Universidad Nacional de Colombia vulneró nuestros derechos constitucionales a la igualdad (art. 13, CP), a la libertad de conciencia (art. 18, CP), libertad de culto (art. 19, CP) y libertad de expresión (art. 20), así como el principio de laicidad (art. 19) y neutralidad del Estado, y el principio de confianza legítima.
3. Que se ordene a la Universidad Nacional, a través de las distintas facultades, que avale el Proyecto CUR Inglés y Estudio bajo las mismas condiciones que son exigidas a todos los grupos de Bienestar Universitario sin condición adicional alguna.
4. Que se deje sin efecto la “declaración de compromiso ante la Facultad de Ciencias Humanas como requisito para solicitar aval al proyecto estudiantil CUR”.

VI.1. La sentencia de primera instancia

En fecha 22 de agosto de 2022 el Juzgado 26 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá resolvió negar el amparo constitucional solicitado por Natalia Jaramillo y Otros, en contra de la Universidad Nacional de Colombia. Si bien declara la procedencia de la acción de tutela, en definitiva, resuelve que la entidad demandada no ha vulnerado los derechos fundamentales de los actores².

2. Los fundamentos del fallo de primera instancia fueron los siguientes: para la Corte, la confianza legítima protege las razones objetivas con las que cuenta un ciudadano que le permiten inferir la consolidación de un derecho que no ha adquirido. Por ello, no resulta constitucionalmente admisible que la administración quebrante de manera intempestiva la confianza que había creado con su conducta en los ciudadanos, más aún, cuando con ello puede afectar derechos fundamentales.

La Corte constitucional se ha pronunciado al respecto, señalando que del principio de la buena fe se desprende el de confianza legítima, que pretende que la Administración se abstenga de modificar “situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que –se presume– informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”. El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata, pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales debe ser respetada y protegida por el juez constitucional.

En concordancia con lo anterior, se evidencia que no es procedente acoger las pretensiones solicitadas por los accionantes, como quiera que la decisión tomada por la entidad accionada en virtud de su autonomía universitaria no vulnera el derecho fundamental a la libertad de cultos y respeta el principio de laicidad y deber de neutralidad en materia religiosa de las instituciones educativas oficiales, establecida en la constitución nacional y en la Ley N° 133 de 1994. Lo anterior, por cuanto la decisión de la Universidad Nacional es libre de establecer sus propios reglamentos y requisitos para aprobar o no un curso de bienestar estudiantil, como en efecto, en el caso *sub examine*, decidió que dicho curso de inglés y estudio no iba acorde con los fines, principios y valores institucionales, aunado a que, con dicha decisión no se está vulnerando el derecho fundamental a la libertad de cultos pues, acorde con las reglas jurisprudenciales antes dichas: 1. La apertura de dicho curso no constituye un elemento fundamental de la religión que se profesa. 2. Tampoco cercena la exteriorización de la creencia en la fe cristiana. 3. El medio elegido, que sería la apertura del curso, no es absolutamente necesario para llegar al fin de desarrollar la espiritualidad de los estudiantes y la fe cristiana, pues la misma Universidad indicó que contaba con un curso especial de política, religión y sociedad donde se podrían expresar este tipo de valores religiosos. 4. La afectación de los estudiantes por no abrirse el curso no es desproporcionada, pues existen otros medios tanto internos como externos de la Universidad donde se puede profesar este tipo de creencias.

Lo anterior, aunado a que, en virtud de la Ley N° 133 de 1994 es obligación de las instituciones del estado, como lo es la Universidad Nacional, ser laicas, lo que implica neutralidad en materia religiosa y se traduce en la prohibición de patrocinar, promover o apoyar cualquier credo o actividad confesional. Así las cosas, mal podría exigir por este excepcional, extraordinario y expedito medio suprallegal, un resultado favorable, máxime cuando no es el Juez de Tutela el llamado a emitir órdenes de la dimensión que aquí se piden por el extremo actor, como es obligar a la institución educativa a avalar el Proyecto CUR Inglés y Estudio, aspecto que se itera, son de

VI.2. El fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC Sala Penal

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, en Sala de Decisión Penal, se pronunció en fecha 22 de septiembre de 2022 sobre la impugnación del fallo que rechazó el amparo, proveniente del Juzgado 26 Penal Circuito Conocimiento (aprobado por acta

exclusivo resorte de la institución educativa quien por ley y bajo el principio tantas veces citado de autonomía universitaria, debe estudiarlo, eso sí con apego de sus propios reglamentos y por los entes internos correspondientes, como en efecto ocurrió. De igual manera, esta Judicatura establece que las pretensiones de los accionantes no se encausan en los postulados sobre la violación al derecho a la igualdad, nótese que la parte actora menciona que se dio un trato diferencial entre el Proyecto CUR Inglés y Estudio y los demás grupos avalados por la Universidad Nacional en las diversas convocatorias, no obstante, como ya se mencionó, la Universidad Nacional a través de oficio N° B.SFCH-1402-21 explicó de manera suficiente porque el Proyecto CUR Inglés y Estudio no fue aprobado, sin advertir alguna razón de discriminación o trato diferencial por cuestiones religiosas frente a los demás cursos, pues, es claro que los demás cursos no tenían como objeto desarrollar la dimensión espiritual desde los principios y valores de la fe cristiana, por lo que no existe soporte alguno que permita establecer un trato diferencial o que se halle proscrito a uno de carácter discriminatorio. De otro lado, tampoco se encuentra probada la vulneración al derecho a la libre expresión, toda vez que, con la decisión de la Universidad Nacional de no dar aval al mencionado proyecto, no se pretendió censurar o cercenar a los estudiantes para que no puedan profesar su credo religioso, ni reunirse para tal fin, pues, el argumento principal es que al ser una entidad estatal, debe respetarse el principio de Estado laico y los valores institucionales, no siendo la religión cristiana la única que se pueda promover o desarrollar, aunada a que, se itera, la Universidad indicó que contaba con un curso especial de política, religión y sociedad, donde se podrían expresar este tipo de valores religiosos. Finalmente, tampoco se vulnera el principio de confianza legítima por el hecho de que durante varios años se les había dado aval para que desarrollen su proyecto en la Universidad, pues cada año la Universidad establecía una serie de requisitos para postularse a la convocatoria y la propuesta de dicho grupo ya no se presentaba como un grupo de estudio, sino como un grupo de pensamiento religioso, razón por la cual no se otorgó el aval, siendo una situación que cada año podía cambiar, de acuerdo a los criterios de aprobación de la Universidad, que, desde luego, bajo ninguna regla establecía que podía ser inmodificable. En consecuencia, el juez resuelve: “No es posible acceder al amparo de los derechos reclamados por este mecanismo expedito de la tutela, toda vez que con la situación expuesta no se acreditó la vulneración de derechos denunciados”.

462/2022), confirmando la decisión del *a quo* por los siguientes fundamentos y, además, resolviendo enviar el caso a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Para ello, sostuvo:

- a) El principio de neutralidad religiosa parte de la imparcialidad en el trato y la garantía para las distintas creencias de que el Estado no tendrá injerencia directa en el favorecimiento de una fe en particular. Esto implica, en materia de educación, que las instituciones de educación básica, secundaria y superior de carácter público no puedan institucionalizar una ideología específica. En consecuencia, no pueden promocionar, patrocinar, impulsar o favorecer actividades religiosas de cualquier confesión, en tanto que los llamados a realizar estas acciones son las confesiones religiosas y los miembros de las comunidades que voluntariamente las apoyen.
- b) La accionada negó el aval para la continuidad del Proyecto CUR Inglés y Estudio por cuanto consideró que iba en contra de los fines, principios y valores institucionales, los cuales parten de la neutralidad que en materia religiosa debe imperar, no solo frente a la religión cristiana, sino frente a las demás ideologías que profesen los miembros de la comunidad académica.
- c) La implementación de proyectos de cultura y bienestar dentro de las comunidades educativas parte de las premisas propias de la autonomía que tienen las instituciones de educación superior en materia académica, administrativa y presupuestal, máxime cuando dicha negativa de aval tampoco lesionó las prerrogativas de libertad religiosa y de cultos. Lo anterior, por cuanto con el cierre del Proyecto CUR Inglés y Estudio no se desconoció la libre escogencia de la fe cristiana de sus integrantes, dado que la Universidad Nacional de Colombia cuenta con otros espacios de integración como lo son los cursos de política, religión y sociedad, en los cuales los estudiantes de diferentes creencias podrían tener el acercamiento espiritual, dentro de las distintas ideologías que profesen.
- d) La Universidad accionada, de acceder a continuar con el aval al grupo estudiantil con una definida preferencia religiosa,

iría en contra de la neutralidad de cultos que debe imperar en toda institución del Estado, que no está llamada a la difusión, promoción y patrocinio de una fe específica, en este caso, la cristiana.

- e) No es cierto que el Proyecto CUR Inglés y Estudio no requiera de la financiación o el uso de las infraestructuras de la institución educativa para cumplir sus objetivos, por cuanto de la información aportada por los mismos accionantes se evidencia que efectivamente los encuentros se realizaban dentro de la sede universitaria, situación que sí comprometería el criterio imparcial frente al apoyo que como Universidad Pública brindaba a una comunidad con enfoque netamente religioso.
- f) La negativa del aval no ha cercenado la confianza legítima, dado que esta no se dio por criterios improvisados ni caprichosos, sino con fundamento en los principios constitucionales de neutralidad religiosa del Estado y de sus instituciones, además de que no se podía tener una actitud de privilegio para difusión de una comunidad con enfoque religioso por cuanto esto sí cercenaría la igualdad frente a los demás grupos con otros ideales confesionales.

VII. CONSIDERACIONES DE DERECHO

VII.1. *Presentación*

La adecuada resolución de la presente causa plantea, entre otros aspectos, la necesidad de su encuadre en algunos de los modelos propuestos acerca de la actitud de la comunidad política y de las instituciones y autoridades públicas hacia el fenómeno religioso y de la presencia de lo religioso en el ámbito público.

Como nos enseñan las modernas teorías hermenéuticas en la resolución de cualquier caso se parte de “pre-comprensiones” que iluminan y orientan la tarea interpretativa e inciden en la decisión que finalmente se adopta. Los modelos o paradigmas en el ámbito jurídico ayudan a explicitar dichas “pre-comprensiones” y pueden guiar a la adecuada solución del caso concreto. Los modelos o paradig-

mas brindan sentido, unidad y coherencia a la estructura normativa y axiológica de un sistema jurídico. Su identificación y elaboración constituye uno de los aportes que la doctrina, como fuente de derecho, puede realizar al mundo jurídico. Por eso, su mención y tratamiento es especialmente apropiada en una presentación que como *amicus curiae* se realiza ante un tribunal para colaboración en su alta misión institucional.

Partiendo del carácter indudablemente laico, no sacro ni confesional, del Estado colombiano, cabe distinguir dos modelos que presentan algunos matices diferenciales que pueden ser relevantes para la resolución de la presente causa. Esos modelos alternativos son el del Estado “laico” o “laicista” sin más y el propio de “laicidad positiva”.

El Estado laico sin más, además de una clara distinción y separación entre los ámbitos propios de la religión y de la política, mantiene una actitud de cierta indiferencia, distancia y frialdad, e incluso de hostilidad, hacia el fenómeno religioso al que considera algo poco relevante y valioso en la esfera pública y sostiene que todo lo relativo a la religión debe quedar relegado al ámbito de la vida privada de los ciudadanos. Laicidad implicaría exclusión de la presencia de lo religioso en cualquier ámbito público, como supuesta consecuencia de la necesaria neutralidad que el Estado debe mantener en estas cuestiones. Ese modelo tiene su origen en el siglo XIX en Francia³ y son muy pocos los estados que hoy lo sostienen, ejemplo de lo cual son las constituciones de México y Uruguay en el ámbito de los países latinoamericanos.

Más recientemente y como una evolución del anterior modelo se ha afianzado el paradigma de la laicidad positiva. Ese modelo, junto a mantener una clara y firme distinción de ámbitos de competencias entre la religión y la vida política estatal, adhiere a una concepción positiva del fenómeno religioso como parte integrante de la experien-

3. Según la doctrina, la idea que sustenta esta concepción de laicidad es que “el Estado no debe mezclarse en asuntos de la fe revelada –ha de ser neutral–, su papel es el de unificar a la nación; la libertad de conciencia es la base de toda convivencia ciudadana, según expone Spinoza, uno de los teóricos de esta corriente”; Martí Sánchez, José M., “El concepto de laicidad y su evolución en el derecho francés”, *Revista Española de Derecho Canónico*, N° 50, 1993, p. 251.

cia humana, tanto en la dimensión personal como comunitaria. A esta concepción adhieren países como Italia, España y la gran mayoría de los países latinoamericanos, entre ellos, la Argentina, Brasil, Perú y Colombia.

En el presente capítulo, desarrollaremos los principales puntos de lo que entendemos es la laicidad positiva, veremos cómo este principio ha sido reconocido en el ámbito del derecho comparado, señalaremos los motivos por los cuales sostenemos que el sistema constitucional colombiano adhiere a este paradigma y extraeremos las conclusiones que de ello se derivan para la presente causa.

VII.2. *¿Qué es la laicidad positiva?*

La laicidad positiva, como toda laicidad, parte de una clara distinción entre las competencias de la autoridad estatal y de las comunidades religiosas, a la vez que propone una consideración abierta, positiva, neutral y realista del fenómeno religioso en sus diversas expresiones y manifestaciones. Consagra una amplia libertad religiosa tanto a nivel personal como comunitario, a la vez que propone una relación abierta y colaborativa entre el Estado y las diversas comunidades religiosas que son expresión de la riqueza y pluralidad que se dan en el seno de una sociedad democrática.

De modo sintético y esquemático podríamos señalar que las principales notas que definen la laicidad positiva son las siguientes:

- A) Clara distinción de los ámbitos propios de la política y de la religión y laicidad del Estado;
- B) Consideración positiva del fenómeno religioso;
- C) Reconocimiento amplio y efectivo de la libertad religiosa como derecho humano fundamental de la persona y de las comunidades religiosas;
- D) Autonomía y libertad de las comunidades religiosas;
- E) Relaciones de cooperación entre el Estado y las comunidades religiosas.

Desarrollaremos brevemente el contenido de cada una de estas notas que integran y configuran el modelo de la laicidad positiva⁴:

A) Clara distinción de los ámbitos propios de la política y de la religión: la laicidad estatal

De acuerdo a la doctrina de la laicidad positiva, el principio fundamental que encuadra las relaciones entre religión y política es el dualismo que distingue con claridad entre el ámbito de lo religioso y de lo temporal y entre la comunidad política y las Iglesias o comunidades religiosas. Ambas instancias son distintas e independientes en cuanto a sus fines, ámbitos de competencia propia, organización, autoridades, principios por los que se rigen, actividades que desarrollan, medios que emplean para realizar su misión, etc.

Esta primigenia y fundamental “división de poderes”, junto con la afirmación del principio de la dignidad de cada persona humana, constituyen tal vez los mayores aportes de la tradición cristiana para la creación de auténticos espacios de libertad humana en la vida social y política, que se irán desplegando y desarrollando con el correr de los siglos.

El Estado es independiente de toda religión y toda religión es independiente del Estado. Los ciudadanos pueden ser creyentes o no creyentes, y pertenecer a distintos cultos religiosos. Más allá de ello, tendrán un estatus jurídico igualitario que se deriva de esa condición básica de ciudadanos. Los ámbitos públicos y el derecho son autónomos y neutrales respecto de los valores estrictamente religiosos, aunque no hostiles a los mismos.

Laicidad positiva significa, por un lado, en términos generales, una consideración positiva del fenómeno religioso, y por otro, la neutralidad e incompetencia del Estado en materia específicamente

4. Para un análisis más amplio y detallado de estos principios: Santiago, Alfonso, *Religión y Política*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008; “La relevancia cultural, política y social de la religión en los albores del siglo XXI”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2015.

religiosa. Haciendo una comparación, podemos decir que el Estado puede y debe promover y alentar la práctica deportiva, pero no le corresponde ser aficionado de ningún equipo en concreto. Laicidad significa también que el Estado protege ampliamente la libertad religiosa tanto en su dimensión personal como social, pero no impone coactivamente, a través del derecho, ninguna práctica religiosa, a la vez que permite y protege su libre ejercicio.

B) Consideración positiva del fenómeno religioso

A diferencia de la simple laicidad estatal, o laicismo, la laicidad positiva parte de una consideración positiva del fenómeno religioso. Lo considera como una de las dimensiones de la existencia humana que pueden enriquecer tanto a las personas como a la sociedad en su conjunto. Distinguida de las restantes dimensiones (cultura, política, derecho, arte, etc.), la religión está llamada a dialogar con ellas para su mutuo enriquecimiento⁵.

Como presupuesto del hecho religioso está siempre la plena libertad con que debe ser llevado a cabo. Por lo tanto, toda violencia, coerción o coactividad jurídica resultan impropias del fenómeno religioso, ya que lesionan gravemente uno de sus presupuestos y contenidos básicos: la libertad con que se lo realiza.

Entre los múltiples aportes que la religión y los creyentes pueden realizar a la vida cultural, social y política de nuestros días, cabe mencionar:

- a) El brindar un sentido positivo y total a la vida de las personas con todos los beneficios que ello acarrea consigo;

5. Con acierto señala Luis Romera: "(...) no es coherente con el ser de la persona cultivar una inteligencia en razón científica, pensamiento filosófico, razón práctica y fe, todo ello de un modo disgregado. No confundir epistemológicamente una cosa con otra no implica fragmentar la inteligencia en una multiplicidad de compartimientos estancos. Estar en la historia significa, por su parte, que la filosofía no desestima lo que la ciencia asevera, lo que el arte expresa, lo que la tradición transmite, lo que la religión anuncia". Romera, Luis, *El hombre ante el misterio de Dios*, Palabra, 2007, p. 7.

- b) Es un elemento natural de cohesión social que refuerza los vínculos sociales espontáneos. Habermas advierte que el “patriotismo constitucional” es insuficiente para dar vida a las modernas democracias constitucionales y ha de abrirse inteligentemente a los valiosos y necesarios aportes provenientes de las tradiciones religiosas, de las instituciones religiosas y de los creyentes;
- c) Consolidar los vínculos familiares y la familia como institución social básica y fundamental;
- d) El estímulo a la solidaridad y la preocupación por el otro, en especial la atención de lo que Adorno y Habermas han dado en llamar “la humanidad dañada”. El sentimiento religioso es un fortísimo estímulo para superar el natural egoísmo y búsqueda exclusiva del interés personal⁶;
- e) Estimular la moral de las personas y dar razones valederas para realizar lo valioso y evitar lo disvalioso y corrupto. Sin un sentido religioso trascendente los motivos para hacer el bien o evitar el mal se debilitan fuertemente y la coacción y represión estatal son insuficientes para garantizar la vida social;
- f) Atender y promover iniciativas educativas y formativas de las personas y grupos sociales;
- g) Contribuir a establecer límites morales al poder político;
- h) Contribuir a contrarrestar un economicismo exacerbado destructor de las personas y los vínculos sociales;
- i) Promover el arte y estimular las distintas manifestaciones culturales;
- j) Contribuir a equilibrar una exclusiva racionalidad científicista y tecnológica cosificadora de la persona humana;
- k) Motivar la realización de grandes empresas a favor del bien común político.

6. Habermas hace referencia a la amenaza que significa “la transformación de los miembros de las prósperas y pacíficas sociedades liberales en mónadas aisladas, que actúan intensamente, que no hacen sino lanzar sus derechos subjetivos como armas los unos contra los otros”.

Todas estas funciones y los valores que a ellas subyacen han colocado, entre otros motivos, a las instituciones religiosas entre las que tienen mayor prestigio, ascendente y predicamento social.

En base a esta consideración positiva del fenómeno religioso (no de una religión o iglesia en particular, sino de la religión en cuanto tal), el Estado tiene una actitud abierta, respetuosa, positiva, colaborativa hacia la religión que ha formado y forma parte de la realidad social y de su complejo entramado. No pretende desconocer ni “amputar” esta dimensión vida personal y social que las enriquece profundamente. Por ello mismo, la religión, como parte integrante y valiosa de toda la realidad humana, puede estar presente de alguna manera en los establecimientos educativos.

La doctrina de la laicidad positiva no se opone, de acuerdo con las características propias de cada comunidad política, al reconocimiento y afirmación genérica del teísmo⁷; o a la consideración favorable del aporte que las comunidades religiosas y la religión misma puede hacer a la vida pública.

La laicidad positiva no prohíbe, ni es hostil a las manifestaciones religiosas que natural y espontáneamente se hacen presentes en la vida social y política. No las promueve ni impone jurídicamente, pero tampoco las combate ni expulsa forzosamente del escenario público. Se opone, en cambio a dicha laicidad, la imposición o prohibición jurídica de determinada idea o práctica específicamente religiosa (no de moral natural), que atenta contra la libertad religiosa que el Estado debe reconocer a sus ciudadanos, y la discriminación jurídica de tales ciudadanos en virtud de la fe que profesan.

7. “La libertad religiosa y la correspondiente neutralidad del Estado son compatibles con el reconocimiento público –aun cuando no confesional– de la existencia de una trascendencia divina; y son igualmente compatibles con la asunción de medidas para facilitar la práctica religiosa a los diversos creyentes, de acuerdo con su propia autocomprensión. Así lo muestra la práctica de tantísimas naciones, pero también el texto de muchísimas constituciones de países europeos, las cuales, respetando plenamente la laicidad del Estado y la libertad religiosa de sus ciudadanos, no rebajan la religión al nivel de un hecho meramente privado”, Rhonheimer, Martín, *Cristianismo y laicidad: historia y actualidad de una relación compleja*, Madrid, Ediciones Rialp, 2009, p. 111.

C) Reconocimiento amplio y efectivo de la libertad religiosa como derecho humano fundamental de la persona y de las comunidades religiosas

Desde el punto de vista jurídico, la libertad religiosa exige el debido respeto por parte de las autoridades públicas, de los grupos sociales y de los demás ciudadanos, de las decisiones libres que cada persona y comunidad de creyentes realicen en materia religiosa. En el lenguaje contemporáneo la libertad religiosa es un derecho humano fundamental de primer orden, que se deriva de modo inmediato de la dignidad de la persona humana, que debe ser respetado y protegido por el orden jurídico frente a cualquier agravio público o privado que lo lesione. Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, la libertad religiosa es “particularmente valiosa”⁸. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho reiteradamente que la libertad de conciencia y religión “es uno de los cimientos de la sociedad democrática”⁹.

Los contenidos específicos de este derecho constitucional son múltiples, entre los que señalamos como derechos de las personas individuales los siguientes:

- a) A profesar las creencias religiosas que libremente elijan, o a abstenerse de hacerlo;
- b) A cambiar o a abandonar sus creencias religiosas;
- c) A manifestar sus creencias religiosas o a abstenerse de hacerlo;
- d) A transmitir y recibir información religiosa por cualquier medio lícito, en público y en privado;
- e) A no ser obligadas a prestar juramento o a hacer promesa, según fórmulas que violenten sus creencias religiosas o sus convicciones;
- f) A practicar individual o colectivamente actos de culto, pública o privadamente;

8. Cfr. caso *Portillo*, Fallos: 312:496.

9. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. 5 de febrero de 2001.

- g) A no ser obligadas a practicar actos de culto en contra de sus creencias o convicciones;
- h) A recibir asistencia religiosa o espiritual de los ministros de culto de su propia confesión religiosa en lugares de internación, detención o cuarteles;
- i) A dar sepultura digna a los muertos, de acuerdo a las propias creencias o convicciones;
- j) A reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos;
- k) A asociarse para el desarrollo y práctica comunitaria de actividades religiosas;
- l) A impartir y elegir para sí, o para los menores, incapaces o personas con capacidad restringida cuya representación legal ejerzan, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus propias creencias o convicciones, e impedir que reciban enseñanzas o participen en prácticas contrarias a ellas;
- m) A conmemorar las festividades religiosas y a guardar los días y horarios que según su religión se dediquen al culto o la observancia;
- n) A celebrar matrimonio según los ritos de su religión;
- o) A usar símbolos o vestimentas que distingan la pertenencia a su propia confesión religiosa.

D) Libertad y autonomía de las comunidades religiosas para el cumplimiento de su misión

Además de su dimensión personal, la libertad religiosa tiene un componente social y comunitario que se refleja en los derechos de libertad y autonomía que se deben reconocer a ellas de cara al cumplimiento de sus fines.

Las iglesias y comunidades religiosas, en el marco de su autonomía, deben ser reconocidas también como titulares de derechos, entre ellos:

- a) A definir sus fundamentos doctrinales, ritos y celebraciones públicas;
- b) A determinar su estructura de gobierno y funcionamiento según el propio dogma;

- c) A enunciar, comunicar y difundir, verbalmente, por escrito o cualquier otro medio, su propio credo y manifestar su doctrina de fe y moral;
- d) A establecer templos o lugares dedicados al culto o a actividades religiosas;
- e) A tener cementerios de conformidad a las normas religiosas, y de acuerdo a las reglamentaciones aplicables;
- f) A crear y mantener, de acuerdo a las normas vigentes, instituciones educativas, escuelas, hogares, centros de salud, hospitales, editoriales, medios de comunicación, entidades de servicios y otras que les permitan llevar a la práctica su misión;
- g) A tener comunicación libre con sus miembros y con otras entidades, dentro o fuera del país;
- h) A ser titulares y utilizar los medios públicos de difusión;
- i) A fijar los requisitos para el ingreso, preparación, designación y remoción de los ministros de su culto, y sostenerlos espiritual y económicamente;
- j) A enviar misioneros al exterior, recibirlos en el país, y sostenerlos espiritual y económicamente;
- k) A integrar organismos religiosos internacionales, y asociarse con otras entidades religiosas;
- l) A solicitar, recibir y otorgar contribuciones voluntarias financieras o de otra índole de personas humanas o jurídicas.

E) Las relaciones de cooperación entre el Estado y las comunidades y organizaciones de carácter religioso

La independencia recíproca entre las iglesias y comunidades religiosas y el Estado que se deriva del dualismo cristiano, en modo alguno significa que ambos deban ejercer sus funciones sin ninguna clase de relación y colaboración recíproca, mientras dicha colaboración no signifique privilegios indebidos. Al contrario.

En relación a la Iglesia Católica, enseña el Concilio Vaticano II que “la comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin embargo, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del

hombre. Este servicio lo realizarán con tanta mayor eficacia, para el bien de todos, cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas, habida cuenta de las circunstancias de lugar y tiempo"¹⁰. Lo mismo puede predicarse respecto de cualquier otra confesión religiosa.

Política y religión, Estado e Iglesia, se distinguen con claridad pero no existe entre ellos una relación de hostilidad o rivalidad, ya que ambos están al servicio de la persona humana y de su vocación social¹¹. Es por ello que deben establecerse mutuas y benéficas relaciones de cooperación, especialmente en aquellas materias que se han dado en conocer como cuestiones mixtas o comunes: estatus jurídico de las iglesias, libertad religiosa, matrimonio y familia, educación, acción social, patrimonio cultural y artístico, medios de comunicación, reconocimiento del ordenamiento religioso interno por parte de las autoridades estatales, cuestiones de índole económica, como serían las referidas al sostenimiento del culto, las desgravaciones impositivas y los aportes para la realización de actividades sociales por parte de las entidades religiosas, etc.

El Estado y las comunidades religiosas no son sistemas llamados a permanecer aislados y cerrados sobre sí mismos. Conservando su propia identidad y misión, están llamados a abrirse el uno al otro para enriquecerse mutuamente, evitando toda ignorancia, menospre-

10. Concilio Vaticano II, Const. Apost. *Gaudium et Spes*, n. 76.

11. Señala Maritain: "El requisito radical para una sólida cooperación entre la Iglesia y el cuerpo político no es la unidad del cuerpo religioso político, como lo era en la república cristiana de la Edad Media, sino la unidad de la persona humana, quien es simultáneamente miembro del cuerpo político y de la Iglesia, si libremente hace su adhesión a ella. La unidad religiosa no es prerrequisito para la unidad política de hombres adscritos a distintas religiones, o aun a criterios no religiosos, que tienen que compartir y luchar en favor de los mismos bienes políticos o terrenales. Muchas consecuencias se derivan de esta observación. Primero, el poder político no es el brazo secular de los poderes espirituales. El cuerpo político es autónomo e independiente en su propia esfera. Segundo, la igualdad de todos los miembros del cuerpo político se reconoce como una premisa básica. Tercero, la importancia de las fuerzas íntimas operantes en la persona humana, en contraste a las fuerzas externas de coacción, la libertad de la conciencia individual frente al Estado, el axioma siempre enseñado por la Iglesia Católica pero generalmente desatendido por los antiguos príncipes y reyes, es que la fe no puede imponerse por la fuerza".

cio u hostilidad recíprocas. En la compleja y plural sociedad política de nuestros días, los distintos subsistemas sociales que la conforman requieren, a la vez, de autonomía y cooperación mutua.

Los concordatos y acuerdos análogos o equivalentes entre la autoridad política y la religiosa son un instrumento adecuado para la instrumentación jurídica de estas relaciones de cooperación¹².

En esa oportunidad, dijo la Corte: "(...) en sociedades democráticas debe darse una coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte es reconocer la esfera en la cual cada uno de estos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro" (§71).

La laicidad positiva lleva al Estado a tener en cuenta esta dimensión religiosa de la vida personal en múltiples aspectos. Lo mismo que el arte, la literatura, el deporte, las actividades solidarias pueden ser tenidas en cuenta en los planes de estudios y en el ámbito educativo, incluso universitario, es legítimo que también la religión tenga allí carta de ciudadanía. En la instrumentación de esta delicada cuestión se tendrán en cuenta los derechos a la libertad religiosa y de educación de los niños y de sus padres cuando se trate de menores de edad, el principio de laicidad positiva, la igualdad de oportunidades y la no discriminación, la realidad social concreta en la que se brindará esta clase de enseñanza.

VII.3. El reconocimiento de la laicidad positiva en el derecho comparado

Más allá de su adhesión implícita al modelo de laicidad positiva contenida en sus disposiciones constitucionales, la jurisprudencia de

12. Un panorama sobre los concordatos celebrados por la Iglesia Católica con posterioridad al Concilio Vaticano II puede verse en Minnerath, Roland, "The position of the Catholic Church Regarding Concordats from a Doctrinal and Pragmatic Perspective", en *Catholic University Law Review*, vol. 47, 1998. En referencia a nuestro continente, incluyendo el caso particular de Colombia: Navarro Floria, Juan G. (coordinador), *Acuerdos y concordatos entre la Santa Sede y los países americanos*, Buenos Aires, EDUCA, 2011.

algunos tribunales constitucionales, de modo particular el italiano y español, se ha referido expresamente a ella.

Por ejemplo, en la Sentencia n. 203 de 1989, la Corte Constitucional italiana¹³ dedujo tal principio de los artículos 2º (primacía de los derechos inviolables del hombre respecto al Estado), 3º (principio de igualdad de los ciudadanos delante de la ley sin distinción religiosa), 7º (independencia de Estado e Iglesia), 8º (principio de igual libertad de todas las confesiones religiosas) y el 19 (derecho a la libertad religiosa). Según la Corte, estos artículos tomados integralmente concurrirían a describir “la actitud laica de un Estado-comunidad, que responde no a postulados ideologizados de hostilidad a la religión o a un credo en particular, sino que se coloca al servicio de instancias concretas de la conciencia civil y religiosa de los ciudadanos”¹⁴.

Luego la Corte agregó una aclaración que justamente ha dado lugar a la doctrina para señalar la configuración de una nueva clase de laicidad, al expresar que “el principio de laicidad implica no indiferencia del Estado frente a las religiones, sino garantía del Estado para la salvaguarda de la libertad religiosa, en un régimen de pluralismo confesional y cultural”¹⁵.

Así, este modo diferente de comprender la laicidad, no ya como hostilidad o erradicación de todo lo religioso a la manera francesa, sino como valoración de la realidad religiosa presente en la sociedad, ha dado lugar a la doctrina para distinguir el laicismo de la “laicidad positiva”, según la cual “existe el sereno y pacífico reconocimiento por parte del Estado de la decisiva y peculiar aportación social que supone el complemento de valores espirituales, éticos y culturales que genera el factor religioso en orden al bien de la sociedad”¹⁶.

Desde entonces la doctrina italiana argumentó sobre la necesaria distinción de ambas laicidades, oponiéndose principalmente a la pretensión de considerar solo como válida una clase de laicidad, la mane-

13. Cfr. Corte Costituzionale, Sentenza 12 aprile 1989, n. 203.

14. *Ibidem*.

15. *Ibidem*.

16. Cfr. Patruno, Francesco, “Crocifisso, giurisprudenza straniera e laicità”, www.olir.it, 2005, p. 11.

ra francesa denominada “laicismo”. Ejemplo de esta postura ha sido el profesor de Derecho Eclesiástico, R. Coppola, quien ha señalado que el diálogo en torno a la laicidad no puede prescindir de un nudo crucial cuya solución comporta un balance entre valores contrastantes: “(...) el deseo de integración, típico de una sociedad multicultural, frente al respeto del patrimonio común tradicional, aun religioso, de un pueblo o de una Nación pasando a través de los valores sustanciales interconectados de libertad, laicidad e igualdad”¹⁷. Por eso, con referencia a la experiencia italiana, debe destacarse la incidencia constitucional del fenómeno religioso, de allí que sobre el presupuesto de tal relevancia la Corte Constitucional ha sostenido que, entre los bienes constitucionalmente protegidos, debe tenerse en cuenta el sentimiento religioso¹⁸.

En consecuencia, la doctrina ha considerado que el principio de laicidad reconocido por la Corte Constitucional en 1989 “representa en la cuestión una bella definición, constituyendo el punto final de un largo proceso de maduración en el plano filosófico-jurídico, elástica y rica de significados concretos, que se coloca en el plano de la confluencia de los itinerarios culturales, de los recurrentes procesos de ósmosis, producidos por la circularidad y la civilidad del derecho”¹⁹. En la misma dirección se ha señalado que “tampoco entra en contradicción con este sentido más amplio y tolerante de la laicidad la opción del legislador de atribuir relevancia a la mayor difusión de una confesión y a su arraigo en la historia de un país”²⁰.

Con una evolución semejante a Italia, el constitucionalismo español ha elaborado un modelo en el tema que encuentra una notable analogía con la laicidad positiva.

17. Coppola, Raffaele, “Laicità relativa”, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telemática, 2007, p. 2, disponible en: www.statoechiese.it.

18. Cfr. Corte cost., 8 luglio 1975, n. 188, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, p. 1512.

19. “È in questione una bella definizione, costituente il punto terminale di un lungo processo di maturazione sul piano filosofico-giuridico, elastica e ricca di significati concreti, che si pone sul terreno delle confluenze degli itinerari culturali, dei ricorrenti processi di osmosi, produttivi della circolarità e della civiltà del diritto”, Coppola, Raffaele, “Laicità relativa”, ob. cit., p. 4.

20. Olivetti, Marco, “Principio de laicidad y símbolos religiosos en el sistema constitucional italiano: la controversia sobre la exposición del crucifijo en las escuelas públicas”, *Revista catalana de Dret públic*, número 39, 2009, p. 266.

En la Constitución española, según el artículo 16.3: “(...) ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

En la primera oración de este apartado 3º del artículo 16²¹ la Constitución española ha plasmado la denominada “aconfesionalidad” que según la doctrina española más especializada en la cuestión podría intercambiarse por el término “laicidad”²².

El Tribunal Constitucional español ha interpretado en varias ocasiones²³ el artículo 16.3 de la Constitución como la presencia en el ordenamiento español de una laicidad positiva, entendiendo con ello un reconocimiento del Estado español como positivamente laico, basado en la cooperación²⁴. Y esta concepción estaría además reafirmada con la segunda parte del mismo artículo 16.3, donde se reconoce explícitamente las creencias en la sociedad española.

De este modo, la doctrina ha señalado que el concepto de aconfesionalidad española es asimilable a la laicidad italiana, ya que considera a lo religioso como un factor socialmente positivo²⁵. Al mismo tiempo, como ha señalado Ollero, la laicidad positiva (aconfesionalidad) “implica el efectivo reconocimiento de la libertad religiosa como derecho fundamental del ciudadano (...) la laicidad no se opone a

21. En el debate constituyente de la enmienda nº 593, del senador real Ollero Gómez propuso sin éxito sustituir “ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal” por “el Estado no tiene religión oficial”, ya que “de lo que se trata no es de entrar en el «carácter» que puedan atribuirse las confesiones religiosas, sino de la actitud del Estado respecto a ellas”, *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. III, p. 2915.

22. Cfr. Ollero Tassara, Andrés, “Cómo entender la aconfesionalidad del Estado Español”, en *Gaceta Judicial de Cusco*, Año IV, Nro. 4, diciembre 2014, p. 9.

23. Cfr. SSTC 46/2001, p. 4; 128/2001, p. 2 *in fine*; 154/2002, p. 6 y 101/2004, p. 3.

24. Cfr. Ollero Tassara, Andrés, “Cómo entender la aconfesionalidad del Estado Español”, *ob. cit.*, p. 10.

25. Cfr. Murgoitio, José Manuel, *Igualdad religiosa y diversidad de trato de la Iglesia Católica*, Pamplona, Eunsa, 2008.

la cooperación con las confesiones sino al clericalismo”²⁶. Por tanto, como se ha señalado, nos encontramos con una aconfesionalidad reconocida constitucionalmente que, sin embargo, se complementa con el fenómeno religioso²⁷.

En una minuciosa tesis realizada en 2010 en la Universidad de Milán sobre los diferentes estilos de laicidad en la legislación europea se ha señalado que la redacción del artículo 16.3 de la Constitución española denota “la particular relevancia que el fenómeno religioso posee en el ordenamiento español”²⁸ y de allí que podría considerarse al concepto de aconfesionalidad como una “laicidad débil”²⁹.

Como ha señalado Ollero, “nos encontramos, pues, ante un Estado que se compromete a ser neutral, pero a la vez se reconoce al servicio de una sociedad que no es neutra ni, en la medida en que se respete su pluralismo, tiene por qué verse neutralizada. Esto modifica el planteamiento decimonónico de la laicidad, que la entendía como una declaración estatal de agnosticismo, indiferentismo o ateísmo. Ahora el Estado actúa laicamente al considerar lo religioso exclusivamente como factor social específico. Ello resulta compatible con un fomento de carácter positivo, que llevaría a aplicar al factor religioso un *favor iuris* similar al que se da al arte, el ahorro, la investigación, el deporte, etc.”³⁰.

26. Ollero Tassara, Andrés, “Cómo entender la aconfesionalidad del Estado Español”, ob. cit., p. 11.

27. Cfr. Cañamares Arribas, S., “Símbolos religiosos en un Estado democrático y plural”, *Revista de Estudios Jurídicos* (versión electrónica rej.ujaen.es), núm. 10, 2010, p. 4.

28. Salveti, Marina, “Il principio di laicità nelle dinamiche istituzionali e normative interne e comunitarie”, Università degli Studi di Milano, 2010, tesis doctoral, p. 85.

29. “(...) [U]na versione affievolita della laicità”, ibídem, p. 93.

30. Ollero Tassara, Andrés, “Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución española”, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, 2007, disponible en <http://dialnet.unirioja.es>.

VII.4. Colombia adscribe al modelo de laicidad positiva

Una vez expuesto el concepto de laicidad positiva, corresponde examinar si él es adecuado y pertinente para el caso de Colombia. Y no dudamos en afirmar que es así³¹.

Sería presuntuoso de nuestra parte explayarnos acerca de la legislación constitucional e infraconstitucional colombiana, cuando esa Corte ha desarrollado ya una amplia jurisprudencia al respecto. Sin embargo, no podemos obviar que la propia Constitución Política de Colombia, sancionada “invocando la protección de Dios” (Preámbulo), define al país como “un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (art. 1º). No aparece allí mencionada la laicidad, y menos aún en su versión estrecha y restrictiva de laicismo.

La Constitución Política garantiza la libertad de conciencia de las personas (art. 18) y la libertad de cultos, incluyendo el “derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva” (art. 19). Nuevamente, no se aprecia en esa formulación una definición laicista sino, por el contrario, una valoración positiva de la religión y de su práctica.

Por otra parte, no puede obviarse que la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos (Ley N° 133 del 23 de mayo de 1994), con la mayor claridad, expresa: “Ninguna Iglesia o confesión religiosa es ni será oficial o estatal. Sin embargo, el Estado no es ateo, agnóstico, o indiferente ante los sentimientos religiosos de los colombianos. El Poder Público protegerá a las personas en sus creencias, así como a las Iglesias y confesiones religiosas y facilitará la participación de estas y aquellas en la consecución del bien común. De igual manera, mantendrá relaciones armónicas y de común en-

31. Cfr. Prieto, Vicente, *Libertad religiosa y de conciencia en el Derecho colombiano*, Temis, Bogotá, 2019, pp. 5 y ss., y p. 173.

tendimiento con las Iglesias y confesiones religiosas existentes en la sociedad colombiana” (art. 2°).

Es difícil encontrar una formulación más adecuada de un sistema de laicidad positiva.

Para el legislador colombiano, la laicidad no implica rechazo o silenciamiento de la religión. “El Estado” (y no puede dejar de incluirse en él a la Universidad Pública) “no es ateo, agnóstico o indiferente ante los sentimientos religiosos de los colombianos”.

Al contrario, la ley obliga al Estado a tener una actitud deferente frente a tales sentimientos y a “facilitar” la práctica religiosa. Nada más alejado de lo ocurrido en el presente caso.

La ley reconoce a todos los colombianos el derecho de “profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente su religión o creencias religiosas o la ausencia de las mismas o abstenerse de declarar sobre ellas”, y el de “practicar, individual o colectivamente, en privado o en público, actos de oración y culto” (artículo 6°, incisos a y b). No hay, ni podría haber legítimamente, ninguna restricción a la práctica de esos derechos en el ámbito universitario.

Es más: la Ley N° 133 expresamente dice que “para la aplicación real y efectiva de estos derechos, las autoridades adoptarán las medidas necesarias que garanticen la asistencia religiosa ofrecida por las Iglesias y confesiones religiosas a sus miembros, cuando ellos se encuentren en establecimientos públicos docentes (...)” (art. 8°), sin excluir a los universitarios.

De manera que no solamente la ley no excluye las actividades de naturaleza religiosa del ámbito universitario, sino que impone a las autoridades públicas el deber de garantizar su práctica, naturalmente de modo razonable, sin imposiciones y sin que ello altere el funcionamiento normal de las instituciones.

La ley colombiana, lejos de imponer un muro de separación entre la religión y la sociedad política, ha optado por un modelo de colaboración amistosa entre ambas esferas, en la línea que hemos desarrollado más arriba. Ese modelo de cooperación es consistente con una tradicional política de relación con la Iglesia Católica por medio de concordatos (Colombia es el país de América que más concordatos

tos ha celebrado con la Santa Sede a lo largo de la historia), que en el actual marco constitucional y según la legislación vigente se ha extendido también a otras confesiones religiosas, tal como lo dispone el artículo 15 de la Ley N° 133.

VII.5. La discriminación por razón de la religión

La garantía del derecho a la libertad religiosa veda absolutamente la discriminación de las personas por razón de su religión. Esa discriminación consiste en negar a unos lo que se concede a otros, con fundamento en las creencias religiosas.

Lo ocurrido con los peticionantes, a los que se ha privado del derecho de utilizar las instalaciones de la Universidad para mantener reuniones voluntarias con cierto contenido religioso, luce a todas vistas como una discriminación religiosa. No se ha prohibido o vedado a otros grupos de alumnos reunirse en función de sus propias afinidades, sino únicamente a los peticionantes de esta causa que se reúnen basados en su afinidad religiosa. Por lo tanto, ha sido la religión que libremente profesan el motivo para retirar el reconocimiento a su grupo de estudio.

El artículo 3° de la Ley N° 133 dispone: “El Estado reconoce la diversidad de las creencias religiosas, las cuales no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la ley que anulen o restrinjan el reconocimiento o ejercicio de los derechos fundamentales”. En el caso que nos ocupa, el retiro de la autorización con la que contaban los peticionantes parece haberse fundado exclusivamente en el hecho de que algunas de sus reuniones, de participación absolutamente voluntaria, se realizaban en razón de su afinidad religiosa. Probablemente, si lo que aglutinaba a los estudiantes hubiera sido una afinidad artística, o deportiva, o de otra naturaleza, no se hubiera producido la prohibición o censura por parte de la Universidad.

Fue únicamente la identidad religiosa del grupo lo que, con el argumento de protección de la laicidad, justificó el retiro de la autorización para funcionar en el ámbito universitario. De ese modo, la religión fue el criterio para la privación o restricción de un derecho, lo que constituye claramente una discriminación.

Conviene notar que la disposición de la ley colombiana no es más que la ratificación por parte del país de lo que disponen los tratados internacionales de derechos humanos, de los que Colombia es parte, y que también vedan absolutamente la discriminación por razones religiosas. Baste citar al respecto el Pacto de San José de Costa Rica (artículos 12 y 24, entre otros).

Esa discriminación religiosa implica una violación del derecho a la libertad de conciencia y religión de los peticionantes (art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica). Según la norma recién citada, “La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” (art. 12.3).

La protección de la laicidad, entendida equivocadamente como erradicación de la religión, no es un fin legítimo para justificar la restricción del ejercicio de la libertad religiosa de los estudiantes.

La Universidad no alegó, ni mucho menos demostró, que la actividad del grupo de estudio formado en base a una afinidad religiosa implicara un peligro para la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas. Tampoco alegó, ni mucho menos demostró, que el retiro de la autorización y apoyo para el funcionamiento del grupo fuera indispensable para garantizar alguno de esos valores, y que no hubiese alguna otra forma menos gravosa para la libertad religiosa de los peticionantes que el retiro de la autorización.

La discriminación por motivos religiosos es especialmente grave e ilegítima en la normativa constitucional y convencional en materia de derechos humanos. Es considerada una “categoría sospechosa” de la que hay que presumir su inconstitucionalidad e inconvencionalidad. Solamente motivos de un sumo interés público, inexistentes en este caso, la tornarían legítima a luz de los estándares constitucionales y convencionales vigentes en materia de derechos humanos, derecho a la igualdad y a la no discriminación y al ejercicio pleno de la libertad religiosa.

VIII. CONCLUSIONES

Los argumentos que nos hemos permitido presentar al Tribunal nos permiten arribar a las siguientes conclusiones que también respetuosamente proponemos a su consideración.

1. No está en discusión que la Universidad Nacional de Colombia retiró el aval y autorización al “Proyecto CUR Inglés y Estudio”, invocando que este constituía una violación del “principio de laicidad y el deber de neutralidad en materia religiosa de la Universidad Nacional”.
2. Tampoco está en discusión que la Universidad llegó a esa conclusión al advertir que un grupo de los estudiantes que promovían el proyecto y participaban de él (de manera absolutamente voluntaria) se reunían en función de su afinidad religiosa, por compartir la profesión de fe cristiana evangélica reformada. Las reuniones con contenido religioso eran independientes de las mantenidas para el estudio de idioma, de participación también enteramente voluntaria, y no se ha alegado ni mucho menos probado que implicasen alguna suerte de proselitismo hacia otros miembros de la comunidad universitaria.
3. Está reconocido que antes de retirar su aval al proyecto, las autoridades de la Universidad quisieron imponer a los participantes la obligación de “propender la defensa de la diversidad sexual y la autonomía sobre el cuerpo”, obligación que notoriamente y según el alcance que se le quisiera asignar podría entrar en contradicción con convicciones morales fundadas en la identidad religiosa de los interesados.
4. Así las cosas, parece claro que la clave para dirimir el presente conflicto consiste en dilucidar:
 - a) el alcance del “principio de laicidad y el deber de neutralidad en materia religiosa de la Universidad Nacional”, supuesto que este efectivamente exista;
 - b) si tal principio de laicidad implica excluir las manifestaciones religiosas y la profesión de la propia fe por parte de los estudiantes;

- c) si dicho principio habilita a imponer determinadas orientaciones ideológicas en materia de género y sexualidad por encima de las convicciones personales. Esta cuestión aparece de modo colateral en la génesis del conflicto y tiene su propia complejidad, por lo que no ingresamos en ella a fin de no dar una mayor extensión a esta contribución, pero desde ya señalamos que al no haber sido central en la fundamentación de las medidas impugnadas es secundaria en relación a la cuestión del alcance del principio de laicidad.
5. Creemos haber demostrado que el concepto de laicidad puede tener alcances diversos. Principalmente, puede entenderse en el sentido de laicismo, como algo excluyente de la religión y hostil hacia ella; o como laicidad positiva, que, respetando la neutralidad del Estado y la diferenciación de esferas secular y religiosa, plantea una relación de cooperación entre ellas en orden a la más amplia garantía del derecho fundamental a la libertad de conciencia y religión garantizado a todas las personas.
 6. Creemos haber demostrado también que el Estado laico moderno es un Estado neutral respecto de todas las cosmovisiones de la vida, las religiosas y las ideológicas también. A ninguna les asigna privilegios y a todas les reconoce el derecho a la libre expresión y difusión de sus ideas, principios y creencias.
 7. Creemos también que Colombia, en tanto signatario de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la luz de su Constitución Política y su legislación interna, particularmente la Ley estatutaria N° 133 de libertad religiosa, claramente adscribe al modelo de laicidad positiva.
 8. Siendo así, la decisión de la Universidad Nacional de Colombia que da origen a este litigio luce equivocada, por cuanto al inscribirse en una forma de laicismo extremo, no es respetuosa del derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia de los estudiantes afectados.
 9. Adicionalmente, en el caso se ha producido una manifiesta situación de discriminación religiosa, que es inadmisibles a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y de la propia Constitución Política de la República de Colombia,

ya que se han restringido o suprimido derechos de un grupo de personas (los estudiantes afectados) únicamente por razón de su identidad y práctica religiosa, sin que tal restricción de derechos se encuentre justificada por alguna finalidad legítima ni sea razonable ni proporcional a la luz de la relevancia de los derechos afectados.

IX. PETITORIO

En razón de todo lo expuesto, respetuosamente solicitamos a ese Excmo. Tribunal tenga a bien considerar los argumentos presentados, a la hora de resolver la causa que motiva esta presentación.

Saludamos al Excmo. Tribunal con nuestra más alta consideración.

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, reseñaciones, 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.

