

PRUDENTIA IURIS N° 87

Revista de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”



Junio 2019

Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

**Autoridades de la Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”**

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

María Clara Zamora de Najún

Secretario Académico

Gabriel Limodio

Administrador General

Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Pablo Garat

Decano

Dr. Daniel Herrera

Director de Carrera

Dr. Carlos Muñiz

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Dra. Cristina Marín Henriquez

Directora de la carrera de Martillero/

Gestión y Dirección de Bienes

Dr. Néstor Raymundo
Director de Relaciones Institucionales

Director de la Revista

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Secretaria de Redacción

Dra. Débora Ranieri de Cechini
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Asistente Editorial

Estefanía Rogora

Comité Editorial

Gabriel Limodio

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

Daniel Herrera

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

Francesco D'Agostino

(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Carlos I. Massini Correas

(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Raúl Madrid

(Pontificia Universidad Católica de Chile,
Santiago de Chile, Chile)

Joaquín García Huidobro

(Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia)

Rafael Santa María D'Angelo

(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Andrés Ollero

(Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España)

Consejo Académico

Eduardo Quintana

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

Rodolfo Vigo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

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

Félix Adolfo Lamas
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Florencio Hubeňak
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Jorge Guillermo Portela
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Pedro Coviello
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Eugenio Palazzo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Laura Corso de Estrada
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Fernando Ubiría
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Marcelo U. Salerno
(Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Luis Fernando Barzotto
(Universidad Federal de Porto Alegre,
Porto Alegre, Brasil)

Wambert Gomes Di Lorenzo
(Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
Porto Alegre, Brasil)

Claudio Sartea
(Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia)

José Chávez Fernández Postigo
(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Gabriella Gambino
(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Fernando Toller
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Alfonso Santiago
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Renato Rabbi Baldi Cabanillas
(Universidad de Buenos Aires, Ciudad
Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Héctor Iribarne
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Juan Cianciardo
(Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires)

Ligia de Jesús
(Ave María Law School, Florida, Estados Unidos)

Iván Garzón Vallejo
(Universidad de La Sabana, Chía, Colombia)

Ángela Vivanco
(Universidad de Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile, Chile)

Francesco Viola
(Universidad de Palermo, Palermo, Italia)

Mauro Ronco
(Universidad de Padova, Padua, Italia)

José Tobías
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Hernán Mathieu
(Universidad Católica de La Plata, La Plata, Buenos Aires)

Ilva Myriam Hoyos
(Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia)

Carlos Barbé Delacroix
(Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay)

Carlos Martínez de Aguirre
(Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España)

PRUDENTIA IURIS

Prudentia Iuris es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, que tiene por objeto la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, pág. 3).

Su cobertura temática comprende: Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas); Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional); Derecho Privado (Civil y Comercial); Historia del Derecho; Derecho Canónico y Eclesiástico; Derecho Comparado.

Entre nuestros destinatarios se encuentran profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes de las Ciencias Jurídicas, como así también bibliotecas de Universidades, Centros de Investigación y otros organismos. La publicación mantiene intercambio con aproximadamente 350 publicaciones, tanto nacionales como extranjeras.

En las últimas páginas del ejemplar 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, cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Los contenidos también pueden ser encontrados en Open Journal System (OJS) en el portal de la Pontificia Universidad Católica Argentina (<http://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) y en la Biblioteca Digital de la Universidad.

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

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar; <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>.

Prudentia Iuris is a biannual Journal of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, which is aimed at developing a framework of legal thinking consistent with the basic principles of justice and natural order, illuminated by faith (*Prudentia Iuris*, no. 1, August 1980, p. 3).

The Journal covers the following fields: philosophy of law (natural law, legal theory, legal principles and concepts); public law (constitutional, administrative, labor and employment, social security), private law (civil and business law); history of law; canon law; comparative law.

Its subscribers include professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students of legal science as well as university libraries, research centers and other public agencies. The journal maintains exchanges with approximately 350 national and foreign publications.

In the last pages we include the Publication Standards for authors with the evaluation system used for the selection of the articles that are included for publishing (peer-review system). The authors of published articles also transfer their rights to the publisher, in a non-exclusive basis, to incorporate its digital version to the institutional repository of the Pontifical Catholic University of Argentina as well as other relevant databases.

Prudentia Iuris is included in the database ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Scholar, and REBIUN. All content can also be found in the Digital Library of the University and in the Open Journal System (OJS) of the University (<http://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>).

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar, <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Buenos Aires, Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

JUNIO 2019 – N° 87

Presentación 13

PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

CLÉRICO, Juan Manuel

Los fines medicinales de la pena y el bien común político en Santo Tomás: consideraciones en torno al delito de aborto. (*Medicinal purposes of punishment and political common good in Saint Thomas: reflections into the crime of abortion*) 19

PARTE II. Artículos de investigación

ABARRATEGUI FERNÁNDEZ, María Inés

Fortalecimiento de las instituciones republicanas en la Argentina. Consideraciones derivadas de la actuación pública de Indalecio Gómez. (*The strengthening of republican institutions in Argentina. Derived considerations from the public performance of Indalecio Gómez*) ... 39

DI MARCO, Rudi

Autodeterminazione e bene comune. L'ordine razionale della persona (umana) quale criterio di verità oggettiva per l'ordine (*in se*) razionale della comunità politica. (*La autodeterminación y el bien común. El orden racional de la persona humana, criterio de verdad objetiva para el orden (per se) racional de la comunidad política*) 51

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam

La justificación de la eutanasia infantil: Aporías desde el *interés superior del niño*. A propósito de la Sentencia T-544 de 2017. (*The justification of child euthanasia: Contributions from the superior interest of the child. Regarding Decision T-544 of 2017*)..... 73

DIDIER, María Marta

Objeción de conciencia y test de convencionalidad. (*Conscientious objection and conventionality test*) 105

SUMARIO

PRECI, Gabriel A. La frontera marítima en el ordenamiento jurídico argentino. (<i>The maritime frontier in the Argentine legal system</i>)	133
---	-----

PARTE III. Notas y comentarios

El proceso de Nuestro Señor, perenne cátedra jurídica. (<i>The process of our Lord, perennial legal chair</i>), por Carlos Manuel Romero Berdullas	173
Derecho a la salud: una mirada desde la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (<i>Right to health: A look from the recent jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation</i>), por Juan Bautista Eleta.....	185

PARTE IV. Documentos y crónicas

Mensaje del Santo Padre Francisco para la celebración de la LII Jornada Mundial de la Paz el 1º enero 2019.....	201
<i>In Memoriam</i> de Jorge Rodríguez Mancini. Por Roberto A. Punte.....	207
<i>In Memoriam</i> de Carlos Raúl Sanz. Por Antonio Budano Roig	211

RECENSIONES

D. HERRERA - N. LAFFERRIERE - G. MAINO - D. RANIERI (coords.), <i>Estado de Derecho y Derechos Humanos. (Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana - Konrad Adenauer Stiftung)</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2019. (Por Rodolfo L. Vigo)	217
HERNÁNDEZ, Héctor H., <i>Violación de Derechos en cadena. (La doctrina del fruto del árbol envenenado)</i> , Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018. (Por Carlos Manuel Romero Berdullas)	221
Normas de publicación	227

PRESENTACIÓN

Presentamos el nro. 87 de la Revista *Prudentia Iuris* de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Continuando con lo iniciado durante el 2018, el presente número se publica bajo el sistema OJS en el sitio web de revistas electrónicas de la Universidad, además de sumarse formalmente a la Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias creada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Este volumen inicia en la sección “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” con el trabajo de Juan Manuel Clérico, quien como experto en Derecho Penal escribe sobre los fines medicinales de la pena y el bien común político. El texto que se centra en torno al delito del aborto tendrá especial relevancia en un año en el cual se prevé el debate legislativo del proyecto de nuevo Código Penal y donde la figura penal del aborto tendrá un lugar protagónico.

En la sección “Artículos de investigación” la Dra. María Inés Abarra-tegui Fernández nos acerca a una parte de la historia argentina, a través de su trabajo sobre la actuación en la vida pública del país de Indalecio Gómez y su aporte al afianzamiento del Estado de Derecho y el desarrollo de las instituciones republicanas del, por entonces, centenario país. Desde Italia, el Dr. Rudi Di Marco invita a retomar la noción de bien común no como un bien público o privado sino como verdadero bien de la comunidad política. La Dra. Ilva Hoyos escribe sobre los problemas que se generan en torno al margen de apreciación judicial a la luz de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que reconoce la llamada eutanasia infantil, utilizando el principio internacional del interés superior del niño como fundamento.

Completan la sección el trabajo de la Dra. María Marta Didier sobre la regulación normativa de la objeción de conciencia y su compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y el artículo del Dr. Gabriel

Preci, quien escribe sobre el estado actual de la frontera marítima en el ordenamiento jurídico argentino, como parte integrante del territorio nacional y este, a su vez, como elemento fundamental del Estado.

En la sección “Notas y comentarios” se encuentra el trabajo del Dr. Carlos M. Romero Berdullas, quien escribe sobre el proceso al cual fuera sometido nuestro Señor Jesucristo haciendo una breve explicación sobre las características del proceso penal hebreo de la época, para luego exponer las enseñanzas jurídicas del proceso. Por otra parte, el abogado Juan Bautista Eleta escribe sobre el derecho a la salud y su judicialización, tomando tres grandes áreas en las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fallado recientemente: cobertura de salud, discapacidad y técnicas de reproducción humana asistida.

La sección “Documentos y crónicas” cuenta con el texto del mensaje del Santo Padre Francisco para la LII Jornada Mundial de la Paz celebrada el 1° de enero de 2019 y cuyo tema fue: La buena política está al servicio de la paz. El Dr. Roberto Punte recuerda la destacada vida y obra de quien fuera uno de sus primeros maestros en la carrera y luego en la docencia: el Dr. Jorge Rodríguez Mancini, quien falleció en diciembre de 2018. Cierra la sección el Dr. Antonio Budano Roig recordando al Dr., Carlos R. Sanz.

El presente número se cierra con las reseñas del Dr. Rodolfo Vigo del libro *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, el cual es fruto de los trabajos presentados en el marco del workshop organizado por la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Luego, el Dr. Carlos Romero Berdullas reseña el libro del Dr. Héctor Hernández sobre la doctrina del fruto del árbol envenenado.

Finalmente, deseamos recordar a dos grandes profesores recientemente fallecidos. Jorge Rodríguez Mancini y Carlos R. Sanz. Además de sus diversos aportes a la Filosofía del Derecho, el Dr. Sanz fue Director de *Prudentia Iuris* durante el período 2007-08. También fue un destacado profesor de la UCA y contribuyó a la gestión universitaria desde distintas responsabilidades. Sus aportes han marcado a muchos abogados formados por nuestra Facultad. Además, sobresalió por la constante preocupación por el debate público y el bien común, con activas participaciones en la discusión de los temas que atravesaron la agenda nacional y también la agenda universitaria. Lo recordamos con profundo aprecio y reconocimiento por su entrega y su entereza de vida personal y familiar. Rogamos una oración por su memoria, con fe en la Resurrección.

Como siempre, agradecemos a los colaboradores que permiten que la Revista salga a la luz, sobre todo a la abogada Estefanía Rogora, quien con incansable esfuerzo desarrolla las tareas cotidianas que hacen posible que

PRESENTACIÓN

Prudentia Iuris se publique en tiempo y cumpliendo con los estándares de calidad que fijan las distintas bases de indexación científica.

DR. JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

DRA. DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Secretaria de Redacción

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL
Y PERSONA HUMANA**

**LOS FINES MEDICINALES DE LA PENA
Y EL BIEN COMÚN POLÍTICO EN SANTO TOMÁS:
CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE ABORTO**
*Medicinal purposes of punishment and political common good
in Saint Thomas: reflections into the crime of abortion*

Juan Manuel Clérico¹

Recibido: 27 de octubre de 2018

Aprobado: 20 de noviembre de 2018

Resumen: El texto analiza la relación entre los fines medicinales de la pena y el bien común político en Santo Tomás de Aquino, especialmente en torno al delito de aborto. Advierte al respecto que, en las recientes deliberaciones públicas desarrolladas respecto del aborto, se omitió la consideración del fin de la ley penal, y se restringieron, y en algunos casos hasta se desacreditaron, la amplia gama de legítimos, buenos y necesarios fines que tienen las penas, especialmente los denominados “medicinales” que, según el texto, revisten especial importancia, tanto por evidenciar el principio de la primacía del bien común como por brindar herramientas para la realidad a cuenta de la compleja problemática vinculada al aborto. Asimismo, debe tener muy presente el valor y la función educativa de la ley, que debe colaborar en la configuración cultural de una sociedad determinada, y en la transmisión de los valores tradicionales, fundamentalmente el de la primacía del bien común y, ligado éste, el de la vida.

Palabras claves: Derecho Penal; Fines de la pena; Bien común; Aborto.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” y doctorando de la misma Facultad. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

Abstract: The article analyzes the relation between the medicinal purposes of punishment and the political common good in Saint Thomas Aquinas, and reflects especially into the crime of abortion. In this regard, the article notes that in recent public debates on the subject of abortion the overall purpose of the penal law was not considered whatsoever. Also, in many cases, a wide range of the legitimate, good and necessary purposes were curtailed and even discredited, notably, those denominated “medicinal”. According to the text, these “medicinal” purposes are of particular relevance both because they reveal the principle of the primacy of common good and because they provide with instruments to address reality in view of the complex issue of abortion. In the same vein, the text highlights the need to take account of the worth and educational role of law, which contributes in the shaping of the cultural set-up of a certain society as well as in the transmission of traditional values, paramountly those of the primacy of common good and, associated with this, the value of life.

Keywords: Criminal Law; Purposes of punishment; Common good; Abortion.

Sommario: Il testo analizza la relazione tra gli scopi medicinali della punizione e il bene politico comune in San Tommaso d’Aquino, in particolare per quanto riguarda il crimine dell’aborto. Egli mette in guardia che negli ultimi discussioni pubbliche sviluppate sull’aborto, considerando lo scopo del diritto penale è stato omesso, e limitata, e in alcuni casi screditato, la vasta gamma di scopi legittimi, buoni e necessari che hanno sanzioni, in particolare il “medicinale” chiamato che, secondo il testo, particolarmente importante, sia per dimostrare il principio del primato del bene comune, fornendo strumenti alla realtà dei problemi complessi legati all’aborto. Si deve anche tenere a mente il valore e la funzione educativa della legge, che dovrebbe lavorare nel contesto culturale di una data società, e la trasmissione dei valori tradizionali, soprattutto il primato del bene comune e collegato esso, quello della vita.

Parole chiave: Diritto penale; Fine del dolore; Bene comune; L’aborto.

Para citar este texto:

Clérico, J. M. (2019).

“Los fines medicinales de la pena y el bien común político en Santo Tomás: consideraciones en torno al delito de aborto”, *Prudentia Iuris*, N° 87, pp.

I. Aclaración previa. Delimitación del objeto de estudio. Razones

Me limitaré a considerar la relación entre los fines medicinales de la pena y el bien común político² en Santo Tomás de Aquino, con especial atención al tratado sobre la ley, ubicado en la I-II de su *Suma Teológica*, a partir de la q. 90, y al tratado sobre la justicia, de la II-II, q. 57 y sigs.

Aclaro lo anterior porque el tema es amplísimo, e involucra numerosas cuestiones, que podrían ser abordadas desde muy variadas perspectivas. Una evidente, que siempre estará implicada, es aquella que atiende especialmente a los actos humanos, considerados por el Doctor Angélico en la I-II, q. 6 y sigs. Y otras, tal vez, no tan evidentes pero de igual modo siempre presentes, la relativa a la pena, que Santo Tomás presenta como uno de los temas básicos y universales de la creación, en la I, q. 48³, o antes aun, la inherente al mal en sí mismo⁴.

Mis consideraciones se focalizarán de un modo todavía más restringido, pues girarán en torno al delito de aborto. Vale aclarar también, aunque pueda parecer una redundancia, que me referiré estrictamente al aborto en cuanto práctica dirigida a dar muerte a un ser humano aún no nacido o, en otros términos, homicidio prenatal⁵.

¿Por qué en torno a este delito? La primera respuesta es obvia, y en gran medida cierta: porque el tema del aborto ha sido impuesto recientemente, con enorme presión mediática, económica y política, en los diversos planos de discusiones, estudios y trabajos públicos de nuestro país.

Pero también por otra razón, que tal vez no sea tan obvia pero que, a mi entender, es más importante y seria: en las discusiones, estudios y trabajos públicos sobre el aborto desarrollados en los últimos meses, pocas, poquísimas voces, han expresado con claridad el pensamiento penal clásico⁶. Y

2 La noción de bien común es análoga. Como lo indico por el título del trabajo, sólo me referiré al bien común político, es decir, a aquél que es fin último propio de la comunidad política. Y de aquí en adelante, lo mencionaré simplemente como bien común. Véase: Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Madrid. España. Gredos, L. I. y Lamas, F. A. (2009). *El bien común político*. Para el posgrado de Derecho Constitucional - Cátedra de Filosofía del Estado - UCA. Disponible en: http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia_estado/bien_comun_politico.pdf.

3 Artículo 5º, donde demuestra que, en la criatura racional, el mal se divide en mal de pena y mal de culpa.

4 Tomás de Aquino (2010). *Suma Teológica*. Madrid. España. BAC, Tratado de la Creación, y Tomás de Aquino (1997). *Cuestiones disputadas sobre el mal*. Navarra, España. EUNSA, fundamentalmente.

5 Artículos 85 a 88 del Código Penal. Véanse las precisiones brindadas en Tale, C. (2017). *El principio ético-jurídico que prohíbe matar. (Formulación precisa. Aplicaciones en las cuestiones bioéticas y de filosofía política)*. Córdoba. Argentina.

6 Por “clásico” refiero a aristotélico y tomista, no a “moderno”, como pretenden los historiadores y los penalistas contemporáneos.

quienes lo intentaron, acaso por privilegiar la consideración de aspectos no estrictamente penales, lo hicieron de modo incompleto⁷.

¿Por qué digo incompleto? Fundamentalmente porque omitieron la consideración del fin de la ley penal⁸. Pero también porque restringieron, y en algunos casos hasta desacreditaron, la amplia gama de legítimos, buenos y necesarios fines que tienen las penas.

Y esta segunda es, precisamente, la deficiencia que abordaré. En efecto, dentro de los fines de la pena hay algunos que pueden ser considerados en conjunto, llamados “medicinales”; y se incluyen entre ellos los que Santo Tomás alude como “sanativos del pecado, del delito, o de la culpa pasada”. Pero para decirlo en términos penales, “culpable o inculpablemente”, no suelen incluirse otros “fines medicinales de la pena” que, como aquéllos, también son legítimos, buenos y necesarios, tales como los que el Aquinate señala como “preservativos del pecado o del delito futuro, y promotores de cierto bien”⁹.

Estos últimos fines mencionados, a mi entender, revisten especial importancia. Expresamente son considerados por Santo Tomás y, lo que ahora me interesa destacar, brindan precisas y preciosas herramientas para nuestra realidad concreta a cuenta de la compleja problemática vinculada al aborto.

II. El pensamiento penal clásico, aristotélico tomista

El valor de la tradición aristotélico tomista en todo lo relativo al bien común, a la ley humana positiva¹⁰, y a la relación entre ambos, ha sido muy

7 Vale aclarar: una enorme cantidad de personas han intervenido activa y brillantemente en diversos ámbitos públicos en defensa de los niños por nacer (en gran medida, coincidiendo con el lema “Salvemos las dos vidas”, en alusión a la del *nasciturus* y a la de su madre). Para ello han hecho uso de excelentes argumentos, desde muy variadas perspectivas (biológica, antropológica, psicológica, moral, social, política, jurídica, económica, religiosa). Simplemente destaco que, en el plano jurídico, dichos argumentos no se fundaron primordialmente en la tradición clásica desde el enfoque penal.

8 En un ámbito eminentemente práctico como el jurídico, en el que todo se estructura y fundamenta en función de dirigir las acciones humanas, omitir la consideración del fin, “aquello por cuya razón algo es”, reviste especial gravedad.

En otra publicación me referí a la importancia de la consideración del fin en materia penal, entre otras razones, por ser el término intencional del movimiento del agente y de su principio, es decir, de la causa eficiente y, por ende, propiamente causa final [Clérico, J. M. (2012). “Conciencia e imputación penal. Una aproximación a la luz del principio de finalidad”. *Prudentia Iuris*, N° 74, 117-139. Allí me remito, por razones de brevedad].

9 Santo Tomás (2010). *Suma Teológica*. Ob. cit., II-II, q. 108, a. 4. En base a este texto, pero fundamentalmente por razones prácticas, sigo desde ahora esta subdivisión de los fines medicinales en cuatro, que también pueden válidamente ser desmenuzados en otros más específicos.

10 Instrumento fundamental para la obtención del bien común.

bien tratado en numerosas obras de autores de dicha tradición de nuestro país¹¹. Nada puedo agregar al respecto.

Sí me sirve todo ello para destacar la figura de Santo Tomás¹² también en lo relativo a la fundamentación doctrinal de lo que antes señalé como el pensamiento penal clásico. Esto también ha sido muy bien desarrollado, y vale la pena volver, una y otra vez, especialmente sobre los lineamientos trazados al respecto por algunos de aquellos autores. Entre ellos:

- el profesor Félix Adolfo Lamas, y sus precisiones en torno a la conducta humana, herramientas fundamentales para todo lo relativo a la imputación penal¹³;
- el profesor Héctor Hernández, quien desde hace años advierte sobre los errores y daños de la ideología “garanto-abolicionista” del Derecho Penal y enseña sobre la bondad y necesidad de éste¹⁴; y
- el profesor Camilo Tale, que con rigurosidad científica abordó el estudio de los fines de la pena^{15,16}.

11 Al margen, por supuesto, de las extranjeras, que en gran medida precedieron y facilitaron las nuestras. Cabe destacar, entre muchas otras: Castaño, S. R. (2008). *Los principios políticos de St. Tomás en entredicho. Una confrontación con Aquinas, de John Finnis*. Bariloche, Argentina. Club Diseño. Castaño, S. R. (2011). “¿Es el bien común un conjunto de condiciones?”. Publicado, entre otros lugares, en *www.lircocervo.it*. Recuperado de: http://www.lircocervo.it/index/pdf/2011_01/dottrina/2011_01_02.pdf. Hernández, H. H. (1982). “Sobre libertad política y bien común. Acerca de la validez de la doctrina de León XIII”. *Moenia (IX)*, 61-98. Hernández, H. H. (1998). *Valor y Derecho*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires, Argentina. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino. Lamas, F. A. (2015). “La estructura del orden moral: una introducción a la ética de cuño aristotélico-tomista.” *Prudentia Iuris N° 79*, 57-86. Soaje Ramos, G. (1958). “Sobre la politicidad del Derecho”. *Boletín de Estudios Políticos*. Mendoza, Argentina. Y Tale, C. (1997). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Córdoba, Argentina. Alveroni.

12 Quien en esto sigue (y complementa) a Aristóteles.

13 Véase, fundamentalmente, Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. Buenos Aires, Argentina. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

14 Aunque tiene numerosos trabajos sobre el tema, el tratamiento sistemático puede verse mejor en Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires, Argentina. Marcial Pons. Y en Hernández, H. H. (2013). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Buenos Aires, Argentina. Cathedra Jurídica.

15 En la obra conjunta de Hernández, Tale, Dip, Bonastre y De Martini (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires, Argentina. Cathedra Jurídica.

16 También abordaron esta cuestión, entre nosotros, los profesores Eduardo Codesido y Siro de Martini [Codesido y De Martini (2005). *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*. Buenos Aires, Argentina. El Derecho]. Sin embargo, debo señalar que disiento de una de las tesis centrales de dicho trabajo, a saber, la de que “para el Doctor Angélico, en esta vida las penas, tanto divinas como humanas y, por tanto, las penas jurídicas, no tienen nunca una finalidad retributiva”. Por razones de brevedad y por lo que aclaro en la siguiente nota al pie, no profundizaré ahora al respecto. Solo advierto que la

En torno a ésta última cuestión, la de los fines de la pena, la doctrina de Santo Tomás es sumamente rica. Y como toda su obra, de fecunda actualidad.

No me detendré en la consideración del fin retributivo de la pena¹⁷ sino que, como adelanté, remarcaré especialmente algunos de sus fines medicinales, que entiendo han sido menospreciados, o hasta lisa y llanamente obviados, en las recientes deliberaciones públicas desarrolladas en torno al aborto.

III. Los fines medicinales de la pena en Santo Tomás. La prevención y la promoción del bien común

La denominación “fines medicinales”, en referencia a la pena, tiene un claro sentido metafórico, con analogía al arte de curar. La tradición clásica en esto se remonta a Platón, quien decía que los jueces que aplican penas son como los médicos del alma. Destaco dos textos:

- de *Las Leyes*: “Las penas tienen regularmente por fin, en el espíritu de la ley, el mal del culpable que las sufre; pero su efecto debe ser mejorar al delincuente. El legislador, considerando las injusticias o crímenes como enfermedades del alma, debe aplicar los remedios a aquéllos que sean capaces de curación”¹⁸; y
- del *Gorgias*: “Y cuando uno mismo o algún otro entre los allegados comete una injusticia, debe dirigirse espontáneamente allí donde, cuanto antes, se le imponga su pena, al juez, como si fuera al médico, evitando así que, al hacerse crónica la enfermedad de la injusticia, torne al alma interiormente corrupta e incurable”¹⁹.

Su mejor discípulo, Aristóteles, afirmó rotundamente la finalidad retributiva de la pena en su *Ética Nicomáquea*²⁰, aunque en esa misma obra también le admitió cierta función “medicinal”, al señalar que los castigos que se imponen para procurar la virtud “son una medicina”²¹.

criticada tesis contradice textos fundamentales del propio Santo Tomás y a la tradición penal clásica en general.

17 Aunque aclaro que, en mi opinión, su negación vacía de contenido y de verdadera fundamentación a todo el Derecho Penal y, además, hace incurrir en groseras contradicciones al momento de pretender legitimar razonablemente las penas. Someramente me referí antes a éstas cuestiones en otra publicación [Clérico, J. M. (2017). “La tónica y la reciprocidad en los cambios en el Derecho Penal”. *Prudentia Iuris* N° 83, 201-217].

18 Platón (1960). *Las Leyes*. Madrid, España. Instituto de Estudios Políticos, L. IX, 854 d.

19 Platón (1967). *Gorgias*. Buenos Aires, Argentina. Eudeba, 480 a.

20 Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., L. V, 1132 a.

21 *Ibidem*, L. II, 1104 b 17.

En Santo Tomás es claro que los denominados “fines medicinales” no refieren solamente a la mejora moral del delincuente, sino también al bien de los demás, obtenido²² mediante la disuasión de imitar el delito. Es decir, la metáfora es doblemente abarcativa, del sentido “terapéutico” de la medicina (salud o corrección interior de la persona –“resocialización”, en el lenguaje actual–, y también sanación de su culpa –expiación subjetiva–), y de su significación “preventiva” (evitación de nuevos delitos que pudieran cometer, sea el mismo infractor, sean otros hombres –“prevención especial negativa” y “prevención general negativa” en la denominación actual de los fines de la pena, respectivamente–) y “promotora de bien”²³.

Como adelanté, dicha segunda gama de “fines medicinales de la pena” son los que ahora me interesa considerar y destacar, en torno al delito de aborto. No sólo –ni principalmente– porque tales fines hayan sido silenciados y hasta deslegitimados durante las recientes deliberaciones públicas, sino también –y sobre todo– porque, a mi juicio:

1. en ellos se vislumbra con claridad el principio fundante de todo el orden jurídico y, por ende, del propio Derecho Penal: el de la primacía del bien común, y
2. brindan precisas y preciosas herramientas para nuestra realidad concreta a cuenta de la compleja problemática vinculada al aborto.

En torno a lo primero, es decir, al testimonio que los fines medicinales “preventivos” y “promotores del bien” dan acerca de la primacía del bien común, vale detenerse. Es que varias de las impugnaciones a la legitimidad, bondad y necesidad del Derecho Penal, en general, y de las penas, en particular, se fundan en la negación de dicho principio. Para ello, entre otros ardides, se suelen enfatizar como únicos fines legítimos de las penas aquellos otros “medicinales” que buscan la “resocialización” de la persona. Y así, indirectamente, se centra la cuestión, con afán de exclusividad, en el individuo y su bien, y se desplaza la consideración de la comunidad política y del bien común. Una expresión muy actual de esto es la llamada “privatización del conflicto”, con la que se pretende, además, la negación de los principios jurídicos en los órdenes teóricos y prácticos mediante la manipulación del lenguaje.

Antes de avanzar, y a cuenta de lo anterior, vale aclarar: aquellos fines “medicinales” que buscan la “resocialización” de la persona también se fun-

²² Entre otros medios.

²³ Véase lo señalado al respecto por Camilo Tale en Hernández, Tale, Dip, Bonastre y De Martini (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Ob. cit., 35.

dan en la primacía del bien común, y lo tienen como principal objetivo²⁴. La crítica de la perspectiva “individualista” con la que se presentan dichos fines no afecta a la tradición clásica del pensamiento, pues para ésta es evidente que la finalidad de dicha “resocialización” también tiene primordialmente en miras el bien común, que justamente por ser “común”, también es bien de la persona²⁵. La realidad da cuenta suficiente de esto. Y hasta la propia noción del término “resocialización” lo hace, y sirve de primera aproximación para el correcto entendimiento del alcance de dicha finalidad.

La doctrina aristotélico tomista sobre la finalidad de la ley fundamenta sobradamente los señalados fines “preventivos” y “promotores del bien”. Contundente síntesis es la que realiza Santo Tomás en la I-II, q. 90, a.2: “[...] la ley, al ser regla y medida de los actos humanos, pertenece a aquello que es principio de estos actos. Pero así como la razón es principio de los actos humanos, también hay en la razón misma algo que es principio de todo lo demás, a lo cual, por tanto, ha de responder la ley de manera principal y primaria. Ahora bien, el primer principio en el orden operativo, del que se ocupa la razón práctica, es el último fin. Y, como el último fin de la vida humana [...] es la felicidad o bienaventuranza, síguese que la ley debe ocuparse primariamente del orden a la bienaventuranza. Además, la parte se ordena al todo como lo imperfecto a lo perfecto, y el hombre individual es parte de la comunidad perfecta. Luego es necesario que la ley se ocupe de suyo del orden a la felicidad común. De ahí que el Filósofo, en la sobredicha definición de las cosas legales, haga mención tanto de la felicidad como de la comunidad política. Dice, en efecto [...] que llamamos cosas legales justas a las que promueven y conservan la felicidad y todos sus requisitos en la convivencia política”.

Remarco lo que también el Aquinate destaca de su maestro: llamamos cosas legales justas a las que promueven y conservan la felicidad; promoción y conservación, que en nuestro contexto significa lo mismo que prevención.

Pero además corresponde destacar que con relación a esto se patentiza el fin educativo de la ley²⁶, en general, y de la pena, en particular. Este fin educativo se desprende de la señalada “promoción del bien”, aunque se vincula también con la finalidad de prevención. Y en lo relativo al delito de aborto y su penalización, cobra singular relevancia.

24 En el pensamiento de Santo Tomás y en toda la tradición clásica en la que él se entronca, pero también (y esto es lo importante, y lo que caracteriza a dicha tradición), en la propia realidad.

25 Según la clásica expresión, “el bien común es el mejor bien de la persona”.

26 Que Santo Tomás destaca en numerosos pasajes, especialmente al afirmar que “el cometido de la ley es dirigir al hombre a sus actos propios con vistas al último fin”. Véase, entre otros, Tomás de Aquino (2010). *Suma Teológica*. Ob. cit., I-II, q. 91, a.4.

En efecto, incriminar²⁷ una conducta implica que la comunidad política considera que esa conducta está mal, es mala, causa daños. Y está tan mal, es tan mala, y parece tan importante prevenir los daños que causa, que la considera un delito, y como comunidad se protege de esa conducta con una de sus herramientas más importantes: el Derecho Penal²⁸. Y, en definitiva, la condena con una pena.

Ahora bien, al incriminar no sólo se condena con una pena una cierta conducta. Primero, y por sobre todo, se marca con claridad qué cosas son buenas y especialmente importantes para la sociedad. En el caso del delito de aborto: la vida humana. Y se la promociona y protege, entre otras formas, penalizando los atentados o amenazas a esa vida humana inocente.

Pero además, la ley penal, al condenar como delito al aborto, enseña a todos que abortar está mal. Y aunque muchos de nosotros tal vez no necesitemos que la ley penal nos lo enseñe, muchas otras personas sí. Y aunque muchos de nosotros tal vez no necesitemos que nos amenacen con una pena para que no abortemos, porque aunque no nos amenacen no lo haríamos, otras personas sí lo necesitan. Y en todos estos casos, la ley penal disuade²⁹ y educa³⁰. Como decimos los padres, a veces, a nuestros hijos: por las buenas, mejor, y si no por las malas³¹.

Santo Tomás lo dice de un modo mucho más elegante y científico: “[...] como la ley se da para dirigir los actos humanos, cuanto más estos actos contribuyen a la virtud tanto más la ley hace buenos a los hombres. Por eso dice el Filósofo [...] que los legisladores hacen buenos a los hombres susci-

27 O penalizar.

28 O más estrictamente: el *ius puniendi*.

29 La ideología “garanto-abolicionista” que despóticamente impera (desde la mayoría de los cargos judiciales, cátedras universitarias y libros de referencia), como parte de la general deslegitimación del Derecho Penal, también deslegitima el fin disuasorio de la ley penal. Para ello se afirma dogmáticamente que como “política criminal” sería inconducente.

Por el momento, baste destacar que no sería posible establecer una cifra siquiera aproximada de cuántas personas no cometen un delito, o en cuántas ocasiones no se delinque, por temor a una pena o a un incómodo proceso penal; son unas de las tantas llamadas “cifras negras”, que escapan a la posibilidad de ser plasmadas en estadísticas.

A pesar de ello, un mínimo contacto con la realidad nos da suficiente cuenta de la efectiva operatividad de la disuasión en la vida cotidiana. Quienes trabajamos en tribunales lo vemos a diario, y el contacto con “la gente de a pie” nos lo confirma (ilustrativa confesión la del actor argentino Hugo Arana a un medio digital: “No he degollado a 2000 tipos con un tramontina por miedo a ir en cana, pero la pulsión violenta está”; en entrevista publicada en *www.infobae.com.ar* el 17-3-2018).

30 Ambas cosas, cada una por su lado, y también en conjunto: disuade educando, y educa disuadiendo. Así de valiosas pueden ser las penas. Muchas veces no se dan todos los frutos de las mismas, pero siempre se dan algunos. Y todos pueden ser legítimos.

31 Se entiende: siempre con paternal cariño.

tando costumbres. 2. No siempre se obedece la ley a impulsos de la bondad perfecta de la virtud, sino que a veces se hace por el temor de la pena”³². Y “Cuando uno se va acostumbrando a evitar las malas acciones y a practicar las buenas por temor al castigo, acaba a veces haciéndolo con gusto y voluntariamente, Y de este modo, también castigando coopera la ley a que los hombres sean buenos”³³.

Y a cuento de una objeción que resulta muy actual y valiosa³⁴, destaca: “[...] para los jóvenes que, por su buena disposición, por la costumbre adquirida o, sobre todo, por un don divino, son inclinados a las obras de virtud, basta la disciplina paterna, que se ejerce mediante admoniciones. Mas como hay también individuos rebeldes y propensos al vicio, a los que no es fácil persuadir con palabras, a éstos era necesario retraerlos del mal mediante la fuerza y el miedo, para que así, desistiendo, cuando menos, de cometer sus desmanes, dejasen en paz a los demás, y ellos mismos, acostumbrándose a esto, acabaran haciendo voluntariamente lo que antes hacían por miedo al castigo, llegando así a hacerse virtuosos. Ahora bien, esta disciplina que obliga mediante el temor a la pena, es la disciplina de la ley”³⁵.

Lo anterior fue recientemente destacado por un prestigioso penalista argentino³⁶, también a cuenta específica de la protección penal de la vida humana prenatal: “[...] no se puede alegar que si por ‘protección’ se entiende una ‘conminación penal’ ésta sería sólo ‘simbólica’, puesto que —se argumenta—, de todos modos, el aborto puede hacerse clandestinamente y ‘ninguna mujer decidida a abortar’ dejaría de practicar el aborto por el mero hecho de que la ley lo prohíba. No se puede razonar así, en primer lugar, porque eso mismo sucede en todos los ámbitos de la protección jurídico-penal y no por eso hacemos decaer todas las normas³⁷, y, en segundo lugar, porque si la cultura general de los medios de comunicación acompañase a las mujeres embarazadas *en el apoyo a la visión de que llevan consigo una vida humana*, esa supuesta ‘decisión de abortar’ posiblemente dejaría de ser tomada en un número muy elevado de casos [...] El Derecho Penal [...] tiene por fin ratificar la vigencia de la norma comprometida por el delito, como modelo de orientación de la relación

32 Tomás de Aquino (2010). *Suma Teológica*. Ob. cit., I-II, q. 92, a.1.

33 *Ibidem*, I-II, q. 92, a.2.

34 La de si es mejor encomendar la aplicación del Derecho al arbitrio de los jueces o formular leyes al respecto (*ibíd.*, I-II, q. 95, a.1.).

35 *Ibid.*, I-II, q. 95, a.1.

36 En un artículo muy valiente y honesto (lo primero, por sostener una postura constantemente atacada por la mayoría de los medios de comunicación; lo segundo, en tanto incluyó una confesión de cambio de postura de su autor), que causó cierto “alboroto” en el ámbito académico pero que, tal como muchos otros que bregan por la defensa de los seres humanos no nacidos, no fue muy difundido.

37 Véase la nota al pie número 26.

social [...] Si el Estado está obligado a proteger la vida humana, en general, a partir del momento de la concepción, entonces, no puede imponerles a los médicos *un deber de abortar*, eliminando así al ser humano ya concebido. Eso *no* es puro ‘simbolismo’. El autorizar el aborto significaría: ‘ese hecho está *bien*’, es ‘moralmente *correcto*’ o al menos ‘soportable socialmente’³⁸.

En definitiva, es claro que una misión muy importante del Derecho Penal en este asunto es la de marcar los límites: “No matarás. Y si lo hacés... vas preso”. Porque si la ley no habla claro, si balbucea, los jóvenes y las próximas generaciones pueden verse tentados de creer que el aborto no es una cosa tan fea. Y la cultura de la muerte avanzará. Y los niños, las principales víctimas, morirán³⁹.

Y en torno a lo segundo, es decir, las herramientas que los fines medicinales “preventivos” y “promotores del bien” brindan para nuestra realidad concreta a cuenta de la compleja problemática vinculada al aborto, además de todo lo anterior⁴⁰ y entre muchas cosas que se podrían destacar⁴¹, cabe señalar que son ellos los que, de modo directo e inmediato, habilitan la intervención de los órganos públicos frente a los hechos ilícitos⁴².

Esto también parece obvio, y sin embargo es notoria y frecuentemente soslayado: si el aborto deja de ser considerado delito, cuando cualquier mujer quiera dar muerte a su hijo no nacido⁴³ podrá hacerlo. Y ni el padre, ni la policía, ni los jueces, ni ninguno de nosotros, podrá hacer nada. La vida humana más inocente e indefensa podrá ser eliminada por quien primero tiene el deber de cuidarla. Y la comunidad política, sin poder hacer nada al respecto, verá acelerados diversos procesos de desintegración.

Para comprobar que lo anterior no es mera especulación teórica, vale resaltar que uno de los peores antecedentes⁴⁴ de la Corte Suprema de Jus-

38 Sancinetti, M. A. (2018). “¿Aniquilamiento de la vida humana del no-nacido por parte del Estado? Reflexiones sobre el derecho a la vida humana intrauterina y al nacimiento”. *La Ley - Sup. Const.* 2018 (mayo), 15-5-2018. Cita online: AR/DOC/809/2018.

39 Se patentiza así la íntima vinculación entre “prevención” y “promoción del bien”, a la que aludí antes.

40 Que válida y fácilmente puede aplicarse también a esta cuestión.

41 Que por razones de brevedad dejo para otra ocasión, pero entre las primeras de las cuales se encuentra aquella destacada por el ya citado artículo de Sancinetti: la protección penal de la vida humana prenatal, coordinada con otras herramientas (educación, comunicación, asistencia), bien puede desalentar la práctica de abortos frente a “embarazos no deseados”.

42 Contundente demostración de esto se ofrece en Hernández, H. H. (2018). *Salvar vidas con el Derecho Penal (testimonio de un defensor)*. Buenos Aires, Argentina. Círculo Rojo.

43 Por las razones que sea.

44 Si no el peor. Excede en demasía el objeto de este trabajo la crítica integral del fallo, que incurrió en numerosos errores jurídicos (de fondo, en tanto, entre muchas cosas, pretendió consagrar como “derecho” un acto ilegítimo e ilícito –abortar–, y propuso un trato desigualmente injusto para con los seres humanos todavía no nacidos, a los que les reconoció existencia y

ticia de nuestro país dio y todavía da pie a lo aquí señalado, aunque en sentido contrario. En efecto, mediante el trágicamente célebre fallo “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, F. 259. XLVI, del 13 de marzo de 2012⁴⁵, los entonces miembros del tribunal pretendieron consagrar el asesinato de bebés inocentes por nacer como un “derecho”; y, lo que resulta de mayor gravedad pero que es consecuencia de lo anterior, obligar a todos los actores del ordenamiento jurídico y político de la Argentina a asumir dicha interpretación; todo en pos de que no se persiga penalmente a quienes abortan⁴⁶ y, en definitiva, de legitimar y facilitar dicha práctica.

Las mortales consecuencias de esto se han dado desde entonces con siniestra eficacia, a punto tal de que, amparados por el mentado antecedente y por protocolos o guías administrativas evidentemente injustas⁴⁷ e ilegales⁴⁸, se han sucedido en nuestro país numerosos asesinatos de bebés con pretendida y ostentosa impunidad⁴⁹.

personalidad pero no tutela jurídico-penal plena; y procesales, en la medida que la Corte no podía expedirse, pues el caso había devenido en abstracto), políticos (entre otros, atentó contra el sistema republicano de gobierno, por arrogarse la Corte funciones legislativas que no le competían), morales (avaló los atentados contra la vida de seres humanos inocentes e indefensos) y lógicos (entre varios errores, para fundamentar su decisión razonó que, al existir en el Código Penal una norma que contempla la “no punibilidad” del aborto, había un “derecho” a abortar. Desde dicha “lógica”, en Argentina habría “derecho” a evadir, y el Estado debería consagrarlo y tutelarlos, en tanto la evasión de \$1.499.999 no es punible. Simplemente absurdo). Me remito a los comentarios que prestigiosos juristas ya han efectuado, que cito *infra*.

45 *Fallos*: 335:197.

46 Lo cual implica, vale resaltar, la admisión de cierto valor y eficacia de los antes referidos “fines preventivos” de la pena.

47 Por procurar el asesinato impune de bebés por nacer.

48 Por violar todo nuestro ordenamiento jurídico positivo, desde la Constitución, los Tratados Internacionales incorporados con jerarquía constitucional, y el Código Civil y Comercial aprobado y promulgado en octubre de 2014, que valoran y tutelan la vida humana desde el momento de la concepción, hasta el Código Penal, que protege dichas vidas, también desde el momento de la concepción, conminando con penas a quienes atenten injustamente contra ellas, y expresamente contempla al aborto como delito. Paradójica y cínicamente, suele denominarse a dichos protocolos o guías con el eufemismo de “para Abortos no Punibles”.

49 Y se ha perseguido y amenazado, incluso mediante acciones penales, a quienes no han querido ser cómplices de dichos asesinatos. Todo, insisto, en línea con el fallo citado (conf. especialmente el considerando 21°). Entre otros, véase el caso del doctor Leandro Rodríguez Lastra, jefe de Ginecología del Hospital Pedro Moguillansky de Cipolletti, Provincia de Río Negro, quien se negó a practicar un aborto a una joven paciente de 19 años que, en 2017, había concurrido a la guardia con fuertes dolores por haber ingerido una droga abortiva proporcionada por una organización no médica.

El doctor Rodríguez Lastra, tras corroborar que el bebé tenía 22 semanas y media de gestación y pesaba más de 500 gramos, administró la medicación correspondiente para detener el proceso abortivo y, de tal modo, salvar a la madre y al niño en gestación. El embarazo recién fue “interrumpido” a las 35 semanas, y así, habiéndose preservado plenamente la salud de la madre, nació un niño sano que fue dado en adopción.

Además, el contenido del fallo inspira las argumentaciones, los estudios y trabajos públicos de quienes pretenden consagrar la legalización positiva del aborto como derecho, tanto a través de los ya mencionados protocolos y guías de “Abortos No Punibles”, como mediante la sanción de exclusivos proyectos de ley sobre el tema⁵⁰, así como también por la reforma “matizada” del Código Penal, presentada como integral en junio de 2018^{51, 52}.

Por último, debe tenerse muy presente otra particularidad, también llamativamente silenciada, aunque advertida recientemente por algunas personas, entre ellas el ya citado penalista Sancinetti, y la licenciada en ciencias políticas Ana Valoy⁵³: al considerar el aborto, en general se omite tener en cuenta la participación que le cabe al co-progenitor masculino (padre genético del bebé concebido), quien en muchos casos es “el que incita a la interrupción del embarazo como *instigador*, sino incluso como *autor mediato*, si es que llega al ejercicio de *coacción*”⁵⁴.

A pesar de, o tal vez por ello, el ginecólogo fue denunciado y procesado por “violencia obstétrica” e “incumplimiento de deberes de funcionario público”.

Resulta significativo que la mentada denuncia no fue presentada por la madre del niño, presunta “víctima” de la conducta del médico, sino por la legisladora rionegrina Marta Mile-si, promotora de una ley provincial de “Atención Sanitaria en casos de Abortos No Punibles” (véase: NOTIVIDA, Año XVIII, N° 1135, 25 de octubre de 2018).

50 Cuyos fundamentos expresamente remiten al fallo, tal como el rechazado en agosto de 2018 en el Senado de la Nación.

51 Véanse los artículos 86, apartado 2°, y 88, del Anteproyecto elaborado por la “Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación”, creada por Decreto N° 103/2017 y compuesta, entre otros, por el juez federal de Casación, Mariano Borinsky (presidente) y por el juez del Tribunal Oral en lo Criminal N° 6, Guillermo Yacobucci (vicepresidente); disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/nuevocodigopenal>.

52 Resultan de especial valor e interés, entre otras, las siguientes críticas al fallo: Bach de Chazal, R. (2012). “Sobre el aborto en el reciente fallo de la Corte”. *Prudentia Iuris* N° 73, 33-56. Basset, U. C. (2012). “Acerca del aborto restaurativo o reparador”. *El Derecho*, N° 12.981, 20-4-2012. Gelli, M. A. (2012). “Efectos regresivos de una sentencia en punto a la protección del derecho a la vida”. *SJA* 23-5-2012, 9-5-2012, 68. Cita online: AP/DOC/2110/2012. Y Rosatti, H. D. (2013). *Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2003-2013*. Buenos Aires-Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 123-138.

53 Véase su exposición ante la Cámara de Diputados de la Nación, el 17-5-2018, centrada en la descripción de la relación entre abuso sexual y aborto. Entre otras cosas afirmó que, en caso de abuso, practicar el aborto sin hacer la denuncia y haciendo desaparecer el cuerpo, implica dejar suelto al violador para que siga abusando. Con vehemencia denunció: “Maldito garantismo argentino que cobija abusadores [...] los pedófilos, los proxenetas, los tratantes y los violadores seriales estarían a favor [de la despenalización del aborto]. El aborto es un delito que tapa otros delitos” (disponible en: <https://m.youtube.com/watch?v=I1ORvfbpvnw>).

54 Sancinetti, M. A. (2018). “¿Aniquilamiento de la vida humana del no-nacido por parte del Estado? Reflexiones sobre el derecho a la vida humana intrauterina y al nacimiento”. Ob. cit., 10.

Tal como respecto de lo anterior, todo se desprende fundamentalmente de la negación de la primacía del bien común como principio del Derecho Penal.

IV. Consideraciones “finales”

El Derecho, las leyes y las penas son herramientas que buscan el bien común, el bien de todos. De un modo muy especial la ley penal nos marca con claridad que la vida humana es valiosa, y que hay que protegerla; y que no se puede matar a un inocente. Y que el que lo hace merece pena de prisión, porque ninguna sociedad puede sobrevivir como tal si no se protege a sí misma de los delitos.

No tengo dudas de la idoneidad y de la necesidad de las penas en pos de la “resocialización”⁵⁵ de quienes procuran o practican un aborto. Sería muy valioso y enriquecedor que esto sea nuevamente estudiado y enseñado, y públicamente expresado, sin pudores injustificados. Creo, además, que sería una herramienta retórica adecuada para la consideración de lo directamente relacionado con la figura de la madre y las diversas situaciones de vulnerabilidad⁵⁶.

55 Véanse los artículos 1° de la Ley N° 24.660, de ejecución penal; el 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Vale recordar que, desde 1994, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tienen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

56 Parece evidente que no se puede sostener con suficiente rigor ni razonabilidad la “despenalización” de la mujer que aborta a (o procura el aborto de) su hijo, postulada como solución normativa específica para la parte especial del Código Penal, por muchas personas, con fundamento en una pretendida “vulnerabilidad” de dicha mujer que operaría *iure et de iure* (sin admitir prueba en contrario).

Por lo pronto, nótese que, para el caso de que una persona cometa un delito (cualquiera, pero también el de aborto) coaccionada, presionada, sin libertad o sin comprender la criminalidad de su acto, en nuestro actual sistema penal funcionan siempre las causales de inimputabilidad, previstas en la parte general del Código Penal (art. 34). Esas causales, al ser de la parte general, rigen y operan siempre y para cualquier delito. Por eso no hay necesidad de “despenalizar” algún delito en particular, por ejemplo, por la vulnerabilidad de quien lo comete.

Y también funcionan siempre, para cualquier delito, las atenuantes de los artículos 40 y 41 del mismo Código (que contemplan, entre otras cosas, la edad, la educación, y las costumbres del sujeto que delinquiró). También, al ser de la parte general, estas atenuantes rigen y operan siempre y para cualquier delito.

No parece lógico ni conveniente despenalizar una conducta que en sí misma (sin considerar cada caso particular ni sus circunstancias) es grave, mala e injusta siempre. Y, vale insistir: matar a un ser humano inocente es grave, malo e injusto siempre, sin excepciones.

Pero además, se debe tener muy presente el valor y la función educativa de la ley, pues es esa ley la que, en cierta medida, colabora en la configuración cultural de una sociedad determinada y, por tanto, mediante ella, deben ser transmitidos los valores tradicionales, fundamentalmente el de la primacía del bien común y, ligado éste, el de la vida.

El Derecho Penal, sin dicha fundamentación, oscilará peligrosamente entre una represión progresiva como instrumento de control social⁵⁷, y el “garanto-abolicionismo”, con sus secuelas inevitables de impunidad e inseguridad generalizadas⁵⁸.

En esta línea, es importante que, como comunidad política, se pueda reclamar una pena para el delincuente. Porque, insisto, están en juego bienes, valores y cuestiones que tienen suma importancia, y que trascienden las coyunturas políticas y socio-culturales.

La ley, en general, y las leyes penales, en particular, deben servir para buscar y promover el bien de toda la comunidad. Y para proteger y ayudar especialmente a aquellas personas más necesitadas y vulnerables, que son, indudablemente, los bebés que todavía no nacieron; y también a las embarazadas en situaciones difíciles; y también a todos los jóvenes y adolescentes que están muy atentos a las valoraciones que como sociedad hacemos de las cosas, y que, si defendemos las vidas inocentes, aprenden que eso es bueno, mientras que si permitimos el asesinato de bebés⁵⁹ en función de intereses individuales, se educan en el individualismo que nos está desgarrando como sociedad.

Por otra parte, también debe tenerse presente aquello denunciado por la licenciada Ana Valoy, referido por la nota al pie número 52: el aborto es un delito que [muchas veces] tapa otros delitos.

⁵⁷ Véase Gentile, F. (2008). *Ordenamiento jurídico, entre virtualidad y realidad. ¿Control social y/o comunicación interpersonal?* Buenos Aires, Argentina. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

⁵⁸ Véanse las obras colectivas: De Martini, S. (Comp.). (2008). *En defensa del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina. EDUCA y Hernández, Tale, Dip, Bonastre y De Martini (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Ob. cit., así como también lo trabajado a continuación de ellas por el profesor Héctor Hernández en Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Ob. cit. y en Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Ob. cit.

⁵⁹ Marcelo Alberto Sancinetti afirma contundentemente: “La eliminación de centenares de miles de embriones por año, ya concebidos en el seno materno –de hecho, ya vigente en muchos países como algo ‘legalizado’–, es otra forma de gran holocausto, que alguna vez juzgarán con horror otras sociedades”. Y bien advierte: “¿Cómo pudo llegar el mundo occidental a una matanza tan generalizada, sin graves cuestionamientos morales?” [Sancinetti, M. A. (2018). “¿Aniquilamiento de la vida humana del no-nacido por parte del Estado? Reflexiones sobre el derecho a la vida humana intrauterina y al nacimiento”. Ob. cit.].

V. Bibliografía

I. Fuentes

- Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Madrid, España. Gredos.
- Platón (1960). *Las Leyes*. Madrid, España. Instituto de Estudios Políticos.
- Platón (1967). *Gorgias*. Buenos Aires, Argentina. Eudeba.
- Tomás de Aquino (2010). *Comentario de la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Navarra, España. EUNSA.
- Tomás de Aquino (2010). *Suma Teológica*. Madrid, España. BAC.
- Tomás de Aquino (1997). *Cuestiones disputadas sobre el mal*. Navarra, España. EUNSA.

II. Bibliografía específica

- Bach de Chazal, R. (2012). “Sobre el aborto en el reciente fallo de la Corte”. *Prudentia Iuris* N° 73, 33-56. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/sobre-aborto-reciente-fallo-corte.pdf>.
- Basset, U. C. (2012). “Acerca del aborto restaurativo o reparador”. *El Derecho*, N° 12.981, 20-4-2012.
- Codesido y De Martini (2005). *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*. Buenos Aires, Argentina. El Derecho.
- Gelli, M. A. (2012). Efectos regresivos de una sentencia en punto a la protección del derecho a la vida. *SJA* 23-5-2012, 9-5-2012, 68. Cita online: AP/DOC/2110/2012.
- Hernández, Tale, Dip, Bonastre y De Martini (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires, Argentina. Cathedra Jurídica.
- Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires, Argentina. Marcial Pons.
- Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Buenos Aires, Argentina. Cathedra Jurídica.
- Hernández, H. H. (2018). *Salvar vidas con el Derecho Penal (testimonio de un defensor)*. Buenos Aires, Argentina. Círculo Rojo.
- Rosatti, H. D. (2013). *Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2003-2013*. Buenos Aires-Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 123-138.
- Sancinetti, M. A. (2018). “¿Aniquilamiento de la vida humana del no-nacido por parte del Estado? Reflexiones sobre el derecho a la vida humana intrauterina y al nacimiento”. *La Ley - Sup. Const.* 2018 (mayo), 15-5-2018. Cita online: AR/DOC/809/2018.
- Tale, C. (2017). *El principio ético-jurídico que prohíbe matar. (Formulación precisa. Aplicaciones en las cuestiones bioéticas y de filosofía política)*. Córdoba, Argentina.

III. Bibliografía general

- Castaño, S. R. (2008). *Los principios políticos de St. Tomás en entredicho. Una confrontación con Aquinas, de John Finnis*. Bariloche, Argentina. Club Diseño.
- Castaño, S. R. (2011). “¿Es el bien común un conjunto de condiciones?”. Publicado, entre otros lugares, en www.lircocervo.it. Recuperado de: http://www.lircocervo.it/index/pdf/2011_01/dottrina/2011_01_02.pdf.
- Clérico, J. M. (2012). “Conciencia e imputación penal. Una aproximación a la luz del principio de finalidad”. *Prudentia Iuris* N° 74, 117-139. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/conciencia-imputacion-penal-principio-finalidad.pdf>.
- Clérico, J. M. (2017). “La tópica y la reciprocidad en los cambios en el Derecho Penal”. *Prudentia Iuris* N° 83, 201-217. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/topica-reciprocidad-derecho-penal.pdf>.
- De Martini, S. (Comp.). (2008). *En defensa del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina. EDUCA.
- Gentile, F. (2008). *Ordenamiento jurídico, entre virtualidad y realidad. ¿Control social y/o comunicación interpersonal?* Buenos Aires, Argentina. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Hernández, H. H. (1982). “Sobre libertad política y bien común. Acerca de la validez de la doctrina de León XIII”. *Moenia* (IX), 61-98.
- Hernández, H. H. (1998). *Valor y Derecho*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires, Argentina. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. Buenos Aires, Argentina. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Lamas, F. A. (2015). “La estructura del orden moral: una introducción a la ética de cuño aristotélico-tomista [en línea]”, *Prudentia Iuris* N° 79. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/estructura-orden-moral-etica.pdf>.
- Lamas, F. A. (2009). *El bien común político*. Para el posgrado de Derecho Constitucional - Cátedra de Filosofía del Estado - UCA. Disponible en: http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia_estado/bien_comun_politico.pdf.
- Soaje Ramos, G. (1958). “Sobre la politicidad del Derecho”. *Boletín de Estudios Políticos*. Mendoza, Argentina.
- Tale, C. (1997). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Córdoba, Argentina Alveroni.

IV. Legislación

- Constitución Nacional Argentina, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 10 de enero de 1995, mediante Ley N° 24.430.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por nuestro país mediante Ley N° 23.054, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 27 de marzo de 1984.

- Ley N° 24.660, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 16 de julio de 1996.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por nuestro país mediante Ley N° 23.313, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 13 de mayo de 1986.

V. Jurisprudencia

- CSJN, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, *Fallos*: 335:197 (2012).

PARTE II

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

**FORTALECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES REPUBLICANAS
EN LA ARGENTINA. CONSIDERACIONES DERIVADAS
DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA DE INDALECIO GÓMEZ**
*The strengthening of republican institutions in Argentina.
Derived considerations from the public performance of Indalecio Gómez*

María Inés Abarrategui Fernández¹

Recibido: 29 de agosto de 2018
Aprobado: 7 de octubre de 2018 (1ra. corrección),
9 de febrero de 2019 (2da. corrección)

Resumen: El propósito de este trabajo es exhibir cómo Indalecio Gómez, a través de su actuación pública, abogó por el afianzamiento del Estado de Derecho y por el desarrollo de las instituciones republicanas. Él ejerció como funcionario en años que resultaban cruciales para un joven e incipiente país, que se estaba levantando e intentaba encauzarse en un rumbo organizado, plasmando en la práctica y en la experiencia los principios constitucionales. Dentro de este contexto pretendo sintetizar determinadas consideraciones cuyas relativas a la primacía del orden institucional y, concordantemente, a la preeminencia de la forma republicana de gobierno, como cimientos elementales para el progreso del país.

Palabras claves: Argentina; Constitución Nacional; Estado de Derecho; Instituciones republicanas; Compromiso cívico; Sufragio.

1 Abogada, Universidad de Buenos Aires. Doctora en Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: minesaba@yahoo.com.ar.

Este artículo fue elaborado en el marco del Programa IUS (2016-2018), dentro del Proyecto 10/16, titulado: “La primacía del orden y el derecho en tres individualidades católicas: el obispo Benito de Lue y Riega (s. XVIII-XIX), el doctor Indalecio Gómez (s. XIX) y el R. P. Cayetano Bruno s. d. b (s. XX)”. (Director: Alberto David Leiva).

Abstract: The purpose of this work is to show how Indalecio Gómez, through his public performance, advocated the strengthening of the Rule of Law and the development of republican institutions. He served as a civil servant in years that were crucial for a young and incipient country, which was getting up and trying to get on an organized path, reflecting in practice and experience the constitutional principles. Within this context I will try to synthesize certain considerations related to the primacy of the institutional order and, also, to the preeminence of the republican form of government, as elementary foundations for the progress of the country.

Keywords: Argentine; Supreme Law; Rule of Law; Republican institutions; Civic engagement; Suffrage.

Sommario: Lo scopo di questo articolo è mostrare come Indalecio Gómez, attraverso la sua performance pubblica, ha sostenuto il rafforzamento dello Stato di Diritto e lo sviluppo delle istituzioni repubblicane. È stato ufficiale in anni cruciali per un paese giovane e incipiente, che si stava alzando e tentava di intraprendere un percorso organizzato, riflettendo in pratica e sperimentando i principi costituzionali. In questo contesto intendo sintetizzare alcune considerazioni relative al primato dell'ordine istituzionale e, di conseguenza, alla preminenza della forma di governo repubblicana, come le basi fondamentali per il progresso dello Stato.

Parole chiave: Costituzione nazionale; Stato di Diritto; Istituzioni repubblicane; Impegno civico; Suffragio; Indalecio Gomez.

Para citar este texto:

Abarrategui Fernández, M. I. (2019).

“Fortalecimiento de las instituciones republicanas en la Argentina. Consideraciones derivadas de la actuación pública de Indalecio Gómez”, *Prudentia Iuris*, N° 87, pp.

I. Introducción

Al confeccionarse la Norma Fundamental, en 1853, se previó en el primer artículo: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”. Por supuesto que, una vez sancionada la Carta Magna, era necesario que los preceptos constitucionales y, en particular, la fórmula transcrita al comienzo de este párrafo, se trasladasen a los hábitos políticos, sociales y culturales.

Hacia finales del siglo XIX, las incumbencias que debían solventar los gobernantes eran amplias. Dentro de ellas se encontraba, por ejemplo, la necesidad de salvaguardar el orden social en la Argentina. En el escenario de lo económico las condiciones eran favorables, el país, en el denominado modelo “agroexportador”, poseía una actuación destacada en la economía mundial, al punto de ser calificado como el “granero del mundo”. No obstante, diversas situaciones sociales y económicas requerían respuestas legislativas; en esta coyuntura del novicio país, se presentaban problemáticas inéditas que necesitaban soluciones adecuadas.

Las políticas anteriores para el fomento de la inmigración habían sido satisfactorias y, en consecuencia, una enorme cantidad de inmigrantes había comenzado a poblar estas tierras del sur del continente. De este modo, surgían nuevas y variadas necesidades de quienes habitaban el suelo argentino, que debían ser resueltas por la clase dirigente y, también, por los legisladores. Entonces, era posible advertir la presencia de diversas culturas, de nuevos pobladores que no hablaban el idioma nacional, de niños que debían introducirse en el ámbito escolar. En definitiva, se necesitaban nuevas leyes para resolver cuestiones sociales, educativas, laborales, económicas, etcétera. Más aún teniendo en cuenta que, en consonancia con el constitucionalismo clásico o liberal, el artículo 14 de la Constitución Nacional garantizaba estos derechos: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

Asimismo, los nuevos pobladores debían convertirse en ciudadanos, para poner en marcha los principios representativos y republicanos que habían ideado los Padres Fundadores de esta República. En un sentido similar, el texto del Preámbulo, “[...] con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino [...]”, también, debía ser una letra viva, impresa en las prácticas cotidianas.

De modo que los funcionarios que tenían a su cargo la tarea de definir el rumbo del país, sabían que era una ardua misión, pero muchos de ellos se comprometieron con el trabajo de forjar las normas más propicias para el desarrollo de la Argentina. Entre estos funcionarios se encontraba Indalecio Gómez, quien –tal como se desprende del título– será el protagonista de este ensayo.

II. Indalecio Gómez, formación profesional y actividad pública

En las próximas líneas presentaré un compendio sobre la vida de este salteño, nacido en el año 1850². Participó en distintos sucesos políticos de valiosa importancia para la vida institucional del país, ocupando diferentes cargos públicos desde su Provincia natal, hasta llegar a los espacios más relevantes de la política nacional –fue senador provincial, diputado nacional por dos períodos consecutivos, diplomático en Europa, Ministro del Interior, etcétera³.

Sin lugar a dudas, Gómez fue un funcionario destacado para el desarrollo integral del país, cuya actuación pública se ubica a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Él abogó por el respeto de los lineamientos republicanos adoptados por la Constitución Nacional y, particularmente, por el cuidado del orden y del Derecho, manifestando un claro temor por las situaciones revolucionarias y/o de conflictividad social.

Del estudio de las diferentes intervenciones gubernamentales de Indalecio Gómez⁴ he podido advertir su compromiso con la gestión pública y, en concreto, quisiera destacar sus intervenciones en el Congreso, al desempeñarse como diputado y, luego, como Ministro del Interior. En esta instancia, cabe resaltar que él ejerció un rol protagónico en la elaboración, promoción y defensa del proyecto de reforma electoral de 1912, junto al presidente Roque Sáenz Peña. En ese sentido, y en equilibrio con sus aspiraciones republicanas, defendió los principios de la división de poderes y, a la par, la transparencia, la veracidad y la virtud cívica, como elementos primordiales para la evolución del país.

Como he expresado al comienzo, las problemáticas que en dicha época debían resolver los gobernantes eran diversas: económicas, sociales, políticas, laborales, limítrofes, electorales, entre otras. Esto requería que los fun-

2 Indalecio Gómez (1850, Molinos, Salta - 1920, Buenos Aires). En cuanto a su formación profesional obtuvo en el año 1876 el título de doctor en jurisprudencia –cursando la carrera en el Departamento de Jurisprudencia que luego, a partir de 1874, llevó el nombre de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

3 En el año 1886 fue senador en la legislatura de la provincia de Salta, elegido por el departamento de San Carlos. Fue diputado nacional desde 1892 hasta el 1900, por dos períodos consecutivos. Fue diplomático en Europa al desempeñarse como ministro plenipotenciario ante Alemania, Austria-Hungría y Rusia, en 1905. Fue Ministro del Interior del presidente Roque Sáenz Peña durante los años 1910 y 1914.

4 En la obra de Atilio Dell’Oro Maini, *La vida ejemplar de Indalecio Gómez*, se detallan los aspectos más relevantes de su biografía y, por su parte, en otra obra de la misma editorial –Kraft–, que se titula *Los discursos de Indalecio Gómez: estadista - diplomático - parlamentario*, con la introducción del mismo autor y en dos tomos, se recopilan diversos discursos suyos.

cionarios poseyesen una formación versátil⁵, que les permitiese involucrarse con sapiencia y prontitud en las urgencias que se presentasen, propias de las coyunturas emergentes de una sociedad inexperta e, incluso, atomizada, en un extenso territorio. En este contexto, es importante destacar que Gómez, a través de su experiencia diplomática en Europa, en la primera década del siglo XX, había adquirido una gran preparación en diversas cuestiones de Derecho Comparado, entre ellas, en lo atinente al sufragio.

Continuando con lo expuesto en el párrafo anterior, en lo referente a la materia electoral, el salteño había estudiado las distintas innovaciones de la época, realizadas en el plano internacional –por ejemplo, en España, en Italia, en el Reino Unido y en Rusia–; las mismas que influyeron en la ampliación y en la universalización del sufragio⁶. El rumbo de los tiempos se encaminaba hacia la ampliación de los derechos políticos y Gómez supo comprender esta orientación. En momentos decisivos para la consolidación del orden democrático y republicano en el joven país, la Argentina requería de una ciudadanía comprometida con los asuntos públicos y, en dicho afán, el ejercicio adecuado de los derechos políticos resultaba fundamental.

En el próximo apartado me adentraré en un análisis puntual que, salvando las diferencias de más de una centena de años, puede trasladarse como modelo útil a la realidad actual, al punto en que me permitiré exhibir el siguiente interrogante: la transparencia, la continuidad en las políticas públicas y el altruismo de las propuestas, acaso, ¿han sido elementos presentes en los diferentes gobiernos de este país? De esta forma, siguiendo los pasos del protagonista de este artículo pretendo abrir una ventana hacia la reflexión y, acompañando este juicio, puedo adelantar que Indalecio Gómez respaldó la defensa de dichos valores, en su conjunto, tal como profundizaré en las próximas líneas.

III. El legado de un estadista

Como puede apreciarse en el título de este segmento se incorpora el término “estadista”, mientras que para definir esta expresión encuentro

5 Si hablamos de una formación versátil, no caben dudas de que Gómez la poseía. Él, a través de las diferentes tareas que emprendió como profesional, funcionario e, incluso, empresario agropecuario, fue adquiriendo una variada experiencia en asuntos de diversa índole.

6 Particularmente, Gómez manifestó su predilección por el modelo español y, en concreto, por las modificaciones introducidas por el reformador Antonio Maura, quien fue el promotor de la reforma electoral española, acaecida en el año 1907. En los debates parlamentarios que precedieron a la reforma electoral de 1912, el salteño citó las virtudes de este modelo, por ejemplo, al referirse a la experiencia del país ibérico, mediante la disposición del voto obligatorio, como un elemento jurídico para disminuir la abstención electoral.

propicia una reseña de la obra de Piedra Buena, quien explica que el estadista posee “habilidad para construir consensos y alcanzar la visión”; “es un experto orador” y “sigue sus principios morales a pesar de la opinión pública”⁷. Sin lugar a dudas, la figura que analizo poseía estos atributos.

Además, continuando con las ideas expuestas al inicio de este ensayo, estimo que Gómez ha dejado un legado que, en la mayor proporción, no se encuentra escrito; más bien, el mismo puede extraerse del análisis de sus numerosas intervenciones como funcionario público⁸. Profundizando aún más en este asunto, pretendo sintetizar en este artículo determinadas consideraciones suyas, relativas a la primacía del orden institucional y, concordantemente, a la preeminencia de la forma republicana de gobierno, como cimientos elementales para el auge y para el florecimiento del país, dentro de la estabilidad y de los mandatos legales y constitucionales.

Ahora, ¿por qué he elegido estas cuestiones? Pues, bien, lo hice porque considero que, en la actualidad, existe en cierta medida una vulneración de los puntos citados. Y, siguiendo el mismo razonamiento, creo que basta con preguntarnos si, en la República Argentina, las instituciones previstas constitucionalmente pueden imponerse sobre las situaciones ilícitas, o bien, sobre los intereses particulares que menoscaban las máximas del Estado de Derecho.

a. Primacía del orden institucional

Puede decirse que Gómez fue un acérrimo defensor de la Constitución Nacional, contra los posibles embates que podrían provenir desde dirigentes autoritarios hasta de la propia anarquía, al punto en que él expresaba: “[...] cuando la Constitución dice que garante la forma republicana de gobierno, no se entiende que la garante contra posibles restauraciones monárquicas o aristocráticas; la garante, sí, contra los atropellos de los caudillos, contra las subversiones de la anarquía”⁹.

Tanto es así que puede visualizarse su respeto hacia la institucionalidad, precisamente, en sus elogios hacia el trabajo de quienes gestaron la sanción de la Constitución Nacional. En este sentido, el salteño ha expre-

7 Piedra Buena, C. A. (2016). *Julio Argentino Roca. Figura arquetípica de un estadista conservador*. Academia Provincial de Ciencias y Artes de San Isidro, 11.

8 Él poseía una gran habilidad para la oratoria. Mediante el relevamiento de la información sobre su vida he podido vislumbrar que los autores, quienes escribieron sobre él, elogiaron con unanimidad esta destreza.

9 Discurso de Indalecio Gómez. Cámara de Diputados, 31-7-1895 (1953). *Los discursos de Indalecio Gómez, estadista - diplomático - parlamentario*, Tomo I. Buenos Aires. Kraft, 334.

sado al referirse a ésta: “No fue, en verdad, nuestra Constitución un pacto entre soberanos, ni una deducción lógica de antecedentes sociológicos coordinados y perfectamente observados. Fue algo más grande, algo más extraordinario [...]. Fue una intuición genial [...]”¹⁰.

De igual forma, él consideraba que los actos y las intervenciones del Gobierno tenían que estar debidamente fundados ante el Congreso, pues el Poder Ejecutivo tampoco podía cometer actos arbitrarios, que transgrediesen las instituciones del país¹¹.

Por su parte, él advertía que uno de los males de la sociedad en aquella época era, ciertamente, vivir al margen de la legalidad. Entonces, esta situación debía superarse y entre los remedios para sanear dicha tendencia estaban la virtud cívica, la educación y la moral, mediante las cuales se podría alcanzar el bienestar común y el impulso necesario para el desarrollo del país. A continuación, reproduciré palabras de Gómez que, en clave poética, reflejaban esta idea: “[...] de la calidad y del caudal de la enseñanza que se difunde en un pueblo, dependen la índole de sus usos y costumbres, su carácter, sus atributos morales e intelectuales, sus aptitudes para utilizar la materia, para crear y apropiarse la riqueza, multiplicando y dignificando sus comodidades, la verdad de sus instituciones, el refinamiento de sus gustos, su arte, su literatura, el sello peculiar de su personalidad y, para expresarlo todo en dos palabras, el alma nacional excelsa y eminente”¹².

Mientras que, si hablamos de virtudes ciudadanas, para el ideario de este funcionario, los gobernantes también debían poseer dichas virtudes. En consecuencia, ellos debían respetar a los gobernados, sin oprimirlos, afianzando sus derechos y sus garantías; o, así, expuesto en otros términos: el poder era un servicio e implicaba una responsabilidad en quien lo ejercía, sobre la base de la normativa constitucional. De modo que él enfatizaba: “La Constitución no es solamente el texto que está escrito en el libro que nos es familiar. Es más que eso: es su espíritu, investigado y descubierto diariamente por los hombres que tienen la responsabilidad de aplicar esa Constitución y de hacer efectivos los derechos que ella otorga y consolidar la instituciones que ella crea”¹³.

10 Discurso de Indalecio Gómez. Cámara de Diputados, 22-7-1895. Obra y tomo citados, 273 y 274.

11 Es relevante destacar que esto lo manifestó en uno de sus discursos, emitido cuando era Ministro del Interior, durante la presidencia de Roque Sáenz Peña. Discurso de Indalecio Gómez. Cámara de Diputados, 24-1-1913. Obra y tomo citados, 401.

12 Discurso de Indalecio Gómez. Cámara de Diputados, 6-8-1894. Obra citada, Tomo II, 9 y 10.

13 Discurso de Indalecio Gómez. Cámara de Diputados, 19-9-1912. Obra citada, Tomo I, 367.

Igualmente, dentro de este cometido por la defensa institucional, él trasladó esta voluntad al marco electoral, propiciando la transparencia y la veracidad en esta materia, manifestando que los representantes elegidos debían emanar de la voluntad de la ciudadanía y no de quienes detentaban el poder¹⁴. En ciertas ocasiones él aludió a la organización de la democracia “sana y firme”¹⁵, donde los dirigentes cumplirían un mandato legal y limitado, mientras que las instituciones subsistirían, con vocación de permanencia.

También, Gómez destacaba que en la reforma de 1912 se habían involucrado los diferentes poderes del Estado: el Presidente del país, proclamando la libertad electoral; el Congreso, sancionando la norma y, a la par, el Poder Judicial, prestando una eficiente cooperación en dicho propósito. En suma, todo este accionar había significado un “adelanto institucional”, tal como él lo definía¹⁶.

b. Preeminencia de la forma republicana de gobierno

En concordancia con las ideas expuestas en el apartado anterior, puede decirse que los principios republicanos respaldan la defensa y la permanencia del orden institucional. Si bien, como expresa Gargarella, el significado de “republicanismo” posee cierta vaguedad, este autor también afirma que no se trata de una situación de indeterminación conceptual radical; mientras que, entre las características de esta corriente, se encuentra la defensa de una concepción “antitiránica”, contraria a toda dominación, junto a la reivindicación de la libertad y a la defensa de determinados valores cívicos¹⁷.

Volviendo ahora al protagonista de este trabajo, cabe resaltar que para Gómez resultaban fundamentales las cuestiones vinculadas a la enseñanza y a la educación, ya que ambas influirían en las aptitudes públicas de la ciudadanía, resultando estas últimas necesarias para el desarrollo del país. En este punto, el salteño estimaba que los derechos de los ciudadanos eran medios para cumplir con sus deberes, en pos del bienestar del conjunto de la sociedad. Y, en particular, el primero de todos los deberes era que “los

14 Finalmente, este objetivo se cumplió con la reforma electoral de 1912, ya que las consecuencias prácticas de la misma tuvieron una influencia decisiva en la realidad social y política del momento y, también, en los años posteriores.

15 Discurso de Indalecio Gómez. Cámara de Diputados, 25-8-1911. Obra citada, Tomo II, 289.

16 Conferencia de Indalecio Gómez en homenaje a la memoria de Roque Sáenz Peña, Córdoba, 9-8-1915. Obra y tomo citados, 491.

17 Gargarella, R. (2001). “El republicanismo y la filosofía política contemporánea”. En *Teoría y filosofía política, la tradición clásica y las nuevas fronteras*. Atilio A. Boron (compilador). Buenos Aires. CLACSO, 42 y 43.

ciudadanos concurran a la formación de su buen gobierno”, ya que la falta de emisión del voto era una manifestación de la apatía ciudadana que vulneraba el sistema democrático¹⁸.

Es posible advertir que entre los anhelos de los reformadores de 1912, dentro de su propósito de sanear el sistema electoral en la Argentina, se encontraba la intención de garantizar la continuidad democrática, conforme al sistema republicano y representativo de gobierno¹⁹. En el marco de este objetivo, a través del estudio de las intervenciones públicas de Indalecio Gómez, pueden encontrarse conductas que merecen ser destacadas. Por un lado, puede vislumbrarse que él no escatimaba elogios hacia los representantes que lo habían precedido en las funciones, destacando la labor realizada por las clases conservadoras en la Argentina, especialmente porque ellas lograron vencer el anarquismo. Él manifestaba que la transformación del país dependía de un variado cúmulo de causas, que se iban gestando y preparando a lo largo del tiempo.

Adentrándonos en el tema, es interesante resaltar que para el salteño los opositores al oficialismo debían permitirle a la clase dirigente gobernar sin difamaciones infundadas. Esta reflexión resulta concordante con la intención de gestar transiciones republicanas ordenadas.

En otros términos, él defendía la importancia del deber colectivo de cada uno de los ciudadanos en la práctica de la democracia, tal como lo manifestaba en una conferencia, donde homenajeaba la memoria de Roque Sáenz Peña: “Yo tengo para mí, que si bien es una bendición de Dios que el pueblo tenga hombres eminentes, es una felicidad que los pueblos sean capaces de realizar grandes acciones, aún sin tener grandes hombres”²⁰.

18 Discurso de Indalecio Gómez. Cámara de Senadores, 2-2-1912. Resulta oportuno mencionar que en un sistema representativo las elecciones democráticas poseen un papel clave. Allí, la ciudadanía elegirá a los gobernantes, quienes ejercerán sus mandatos en el marco de los lineamientos establecidos en la Norma Fundamental y, por supuesto, dentro de los períodos estipulados para dicho ejercicio. En los debates parlamentarios que precedieron a la reforma electoral de 1912, las diversas opiniones de los legisladores se habían dividido respecto a dos puntos fundamentales: el voto obligatorio y el sistema electoral. En cuanto a este último, la propuesta oficial –presentada por Gómez– incorporaba el denominado sistema de la “lista incompleta”. El entonces Ministro del Interior se esforzó por dejar en claro, básicamente, que dicho modelo no contrariaba la letra de la Constitución. De acuerdo a la profundización en el tema, él consideraba que este sistema era el más adecuado para garantizar la representación de los distintos partidos políticos y, en particular, de las minorías en el poder. Por ello, también configuraría una herramienta eficaz para erradicar el fraude en los comicios.

19 En este sentido, las expectativas de Gómez respecto al sufragio eran positivas. Él confiaba en que pudieran cambiarse las costumbres electorales y que, como consecuencia de ello, el pueblo recuperaría la confianza en los gobernantes.

20 Conferencia de Indalecio Gómez. Ciudad de Córdoba, Teatro Rivera Indarte, 9-8-1915. Obra citada, Tomo II, 492.

También, luego de la reforma electoral de 1912, Gómez acompañó la voluntad de “prescindencia” del presidente Sáenz Peña, la cual significaba que el Poder Ejecutivo no tendría preferencias por ningún candidato o partido en las elecciones posteriores a la reforma, hasta la elección presidencial de 1916. Con ello, básicamente, se intentaba generar confianza en la ciudadanía, dejando en claro de que la verdadera voluntad del oficialismo era garantizar la transparencia electoral, allanando de esta manera el camino para que nuevas fuerzas políticas se incorporasen a la conducción política.

Y, en definitiva, las instituciones debían ser las verdaderas protagonistas del porvenir y del progreso del país, razón por la cual había que cuidarlas, respetarlas y fortalecerlas, conforme a los principios vectores de la Norma Fundamental. Puesto que las grandes obras trascenderían a las personas y sólo podían realizarse a través de las distintas generaciones, con la participación activa y comprometida de la ciudadanía.

IV. Breves reflexiones finales

Como adelanté al comienzo, el propósito de este trabajo es exhibir cómo Indalecio Gómez, a través de su actuación pública, abogó por el afianzamiento del Estado de Derecho, mientras que sus contribuciones han sido fructíferas para fortalecer los canales de la transición republicana en la Argentina; especialmente, cuando siendo Ministro del Interior, durante la presidencia de Sáenz Peña, acompañó los propósitos del oficialismo para garantizar la transparencia en los comicios.

Como han observado los autores que escribieron sobre su vida, los aportes que él ha realizado al sistema político-institucional argentino todavía ameritan ser estudiados, de ellos pueden extraerse fundamentos doctrinarios que guardan consonancia con la defensa de los preceptos constitucionales.

Luego, en armonía con el pensamiento y con el proceder de Gómez, resulta loable que a través de la función pública se puedan generar consensos; más aún, cuando se trata de decisiones que afectarán al conjunto de la ciudadanía, en aspectos fundamentales de sus vidas –como la educación, la economía, el sufragio, las condiciones laborales, etcétera. Asimismo, considero que resultan valiosas sus manifestaciones alusivas, precisamente, al ejercicio apropiado de la labor parlamentaria²¹; lo que, en definitiva, fortale-

21 En distintas de sus intervenciones se refiere a la cuestión de la actuación legislativa, partiendo de la base de que él reconocía las limitaciones propias del trabajo parlamentario y, por este motivo, él recomendaba que dicha labor debía realizarse con preparación y con meditación: “Porque la pluma es más discreta que la lengua: el que escribe se reconcentra

ce el principio de la división de poderes, donde todos –y, en particular, quienes detentan el poder– deben someterse al imperio de la ley. En definitiva, creo que estas reflexiones tuyas denotan un compromiso altruista hacia las tareas gubernamentales. Por ello, para culminar este artículo –siguiendo el legado que él nos ha dejado–, me permito reproducir un anhelo: ¡qué importante es que las grandes obras trasciendan a los diferentes gobiernos y que, en esa marcha, se efectivicen con el trabajo mancomunado de las diversas generaciones, ciudadanos y representantes, en una labor ordenada, responsable y virtuosa!

Bibliografía citada

Libros

- Botana, N. R. (1985). *El orden conservador*. Buenos Aires. Hyspamérica.
- Botana, N. R. (1984). *La tradición republicana; Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*. Buenos Aires. Sudamericana.
- Dell’Oro Maini, A. (1953). *La vida ejemplar de Indalecio Gómez*. Buenos Aires. Kraft.
- Gargarella, R. (2001). “El republicanismo y la filosofía política contemporánea”. En *Teoría y filosofía política, la tradición clásica y las nuevas fronteras*. Atilio A. Boron (compilador). Buenos Aires. CLACSO.
- (1953). *Los discursos de Indalecio Gómez: estadista - diplomático - parlamentario*. 2 Tomos. Buenos Aires. Kraft.
- Nino, C. S. (2017). *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires. Astrea.
- Piedra Buena, C. A. (2011). “El aporte de Indalecio Gómez a la Ley Sáenz Peña”. En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Tomo II. Buenos Aires.
- Piedra Buena, C. A. (2016). *Julio Argentino Roca. Figura arquetípica de un estadista conservador*. Academia Provincial de Ciencias y Artes de San Isidro.
- Sáenz Peña, R. (1952). *La Reforma Electoral y temas de política internacional americana, Selección de escritos, discursos y cartas, con una noticia biográfica y varias notas*. Buenos Aires. Editorial Raigal.
- Sánchez de Loria Parodi, H. M. (2012). *Indalecio Gómez y su época: sus ideas político-jurídicas*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.

más, se consagra más a su tema, lo estudia mejor, es más claro, acumula más pensamiento, y es más sincero [...]”. Entre otras ideas, él resaltaba que dentro de esta prestación pública no era buena la improvisación, más bien era adecuado exponer un criterio justificado por el análisis, por la información y por la reflexión. Discurso de Indalecio Gómez, 3-7-1895. Obra y tomo citados, 231.

En línea

- Abarrategui Fernández, M. I. (2016). *Indalecio Gómez, la virtud cívica y la participación electoral obligatoria en la República Argentina* [en línea]. Tesis de Doctorado. Universidad Católica Argentina, Facultad de Ciencias Sociales. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/indalecio-gomez-virtud-civica.pdf>.
- Debates parlamentarios, Ley N° 8.871. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/adebates.htm>.

**AUTODETERMINAZIONE E BENE COMUNE.
L'ORDINE RAZIONALE DELLA PERSONA (UMANA) QUALE
CRITERIO DI VERITÀ OGGETTIVA PER L'ORDINE (IN SE)
RAZIONALE DELLA COMUNITÀ POLITICA¹**

La autodeterminación y el bien común.

*El orden racional de la persona humana, criterio de verdad
objetiva para el orden (per se) racional de la comunidad política*

Rudi Di Marco²

1 Il saggio propone, ampliato e riveduto, il testo del contributo offerto dall'Autore di esso (su invito del Comitato organizzatore composto dai Proff. Mauro Ronco e Felix Adolfo Lamas) a Buenos Aires, nel settembre 2018, nell'ambito delle *XXI Jornadas abiertas de profundización y Discusión sobre el tema: El bien común como principio de las ciencias prácticas*, organizzate dal *Doctorado en Ciencias Jurídicas - Seminario de Filosofía del Derecho* - in collaborazione col *Centro de Estudios Ítalo-Argentinos de Dialéctica, Metodología y Filosofía del Derecho*. L'incontro di studio e di ricerca ha avuto luogo presso la *Facultad de Derecho* della *Pontificia Universidad Católica Argentina*. Il lavoro – svolto nell'ambito del Gruppo di Ricerca italo-argentino-cileno (che coinvolge l'Università di Padova, l'Università di Udine, la Pontificia Università Cattolica Argentina e l'Università San Tommaso del Cile) – si pone in regime di continuità con la conferenza tenuta a Buenos Aires, su invito del *Comité de Evaluación*, presso la *Pontificia Universidad Católica Argentina*, nel settembre del 2017, in occasione delle *XX Jornadas abiertas de profundización y discusión sobre el tema Verdad, causalidad y dialéctica del Derecho*, già pubblicato in una Rivista cilena (cfr R. Di Marco, *Il dogmatismo dell'autodeterminazione "giuridica" contemporanea. Il diritto di autodeterminazione quale problema giusfilosofico*, in *Derecho Público Iberoamericano*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad del Desarrollo, 2018) e con la relazione tenuta a Padova il giorno 7 Marzo 2017, nell'ambito delle *II Jornadas italo-argentinas de tópicos jurídicos*, organizzate dal Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università degli Studi di Padova in collaborazione con la *Facultad de Derecho* della *Pontificia Universidad Católica Argentina*, anch'esso già pubblicato nella Rivista della Facoltà di Giurisprudenza dell'U.C.A. (cfr R. Di Marco, *Filosofia, scienza e verità: la verità come esigenza e come essenza del diritto*, in *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina – Facultad de Derecho, 2018, 85).

2 Dottore Magistrale in Giurisprudenza dell'Università di Udine; Dottore di Ricerca dell'Università di Padova. Abilitato all'esercizio della professione di Avvocato.

“Civitas homini, non homo Civitati existit”.
(PIUS XI, *Divini Redemptoris*, Roma, 19 Marzo 1937 – XVI, III)

Recibido: 12 de octubre de 2018
Aprobado: 24 de octubre de 2018

Sommario: Il bene comune è il bene proprio della comunità politica (classicamente intesa); esso è il bene dell'essere umano che, essendo ontologicamente proprio di ciascuna persona, è necessariamente comune a tutte le persone. Il bene comune è, quindi, il fine della politica intesa come regalità (e non come esercizio della sovranità), come ars politica; esso rappresenta il criterio dell'ordine proprio della comunità umana. Esso è il bene della ragione intesa in senso contemplativo e conseguentemente è il bene della persona “*naturae rationalis individua substantia*”. Le moderne teorie politiche, erroneamente, identificano il bene comune o come bene privato (modernità debole) o come bene pubblico (modernità forte). In esse manca l'oggettività propria del bene, in quanto ne fanno dipendere il contenuto dalla volontà, sia essa quella del singolo individuo che si autodetermina come vuole, sia essa quella dello Stato che esercita il proprio potere sovrano, incondizionato e incondizionabile.

Parole chiave: Bene comune; Bene pubblico; Bene privato; Autodeterminazione; Personalità; Ordine politico.

Resumen: El bien común es propiedad de la comunidad política; es el bien del ser humano que, siendo ontológicamente apropiado para cada persona, es necesariamente común a todas las personas. El bien común es, por lo tanto, el objetivo de la política entendida como realeza (y no como un ejercicio de soberanía); representa el criterio del orden propio de la comunidad humana. Es el bien de la razón entendido en un sentido contemplativo y, en consecuencia, es el bien de la persona “*naturae rationalis individua substantia*”. Las teorías políticas modernas, erróneamente, identifican el bien común como un bien privado (modernidad débil) o como un bien público (modernidad fuerte). Carecen de la objetividad propia del bien, ya que hacen que el contenido dependa de la voluntad, ya sea la del individuo que se determina a sí mismo como desea, o la del Estado que ejerce su poder soberano e incondicional.

Palabras claves: Bien común; Bien público; Bien privado; Libre determinación; Personalidad; Orden político.

Abstract: The common good is the good of the political community. It is the good of the human being and it is necessarily common to all people, because it belongs to them on the ontological level. The common good is, therefore,

re, the purpose of politics understood as royalty (and not as an exercise of sovereignty); it represents the criterion of the proper order of the human community. It is the good of reason, understood in a contemplative sense and consequently it is the good of the person “*naturae rationalis individua substantia*”. Modern political theories, mistakenly, identify the common good or as a private good (weak modernity), or as a public good (strong modernity). They lack the objectivity proper to the good, because they make the good depend on the content of the will.

Keywords: Common good; Public good; Private good; Self-determination; Personality; Political order.

Para citar este texto:

Di Marco, R. (2019). “Autodeterminazione e bene comune. L'ordine razionale della persona (umana) quale criterio di verità oggettiva per l'ordine (*in se*) razionale della comunità politica”, *Prudentia Iuris*, N° 87, pp.

1. Premessa: bene o benessere?

Le prime due questioni, terminologiche e concettuali in un tempo, le quali è necessario di chiarire in via preliminare, concernono, da un lato il “che cosa” del bene e dall'altro il “che cosa” dell'autodeterminazione.

Per quanto riguarda il bene, infatti, altro è dire che esso rappresenta un valore in sé, poiché esso medesimo dipende dalla verità e dall'ordine oggettivo delle cose, onde è bene ciò che consente e ciò che rappresenta la condizione oggettivamente normale e naturale di un dato *ens* e altro, tutt'altro, è dire che il bene dipende da una data e particolare opzione soggettiva, la quale, solo in quanto auto-voluta per sé dal proprio autore, assurge al rango di bene e di valore-del-bene qualunque suo contenuto.

Per esempio, altro è dire che la salute sia un bene, in quanto essa, rappresentando l'ordine fisiologico oggettivo del corpo, consente al corpo medesimo di vivere bene, secondo la propria natura e altro è dire che una data sensazione di benessere, provata o rivendicata per sé dall'individuo, sia un bene, o, per meglio dire, sia il bene di lui e per lui, solo in quanto egli medesimo così voglia e desideri per sé in un dato momento, in una data circostanza³. Nel primo caso, infatti, il bene della salute ha una dimensione oggettiva

3 Sul paradigmatico caso di Alfie Evans, per esempio, facciamo rinvio *–si vis–* a un nostro recente contributo. Cfr. Di Marco, R. (2018). “Le paradoxe du bien-être contre le bien”. In *Catholica*. Parigi. Catholica, 140, pp. 88 e ss.

va, razionalmente coglibile nel suo *proprium* ed espressiva di un valore in sé (metafisico), mentre nel secondo caso, esso, coincidendo e confondendosi con il benessere psico-fisico, anzi derivando concettualmente dalla sua percezione soggettiva, incondizionata e incondizionabile, inevitabilmente precaria ed *ex se* transeunte, diventa un prodotto effimero della volontà contingente, un'opzione che pretende di essere valore solo in quanto attualizzazione di quella che Danilo Catellano opportunamente chiama libertà negativa⁴.

Con riguardo al tema del bene comune, allora, occorre, prima di ogni altra riflessione, dire se esso debba essere considerato nei termini proprii dell'oggettività, come il bene, cioè, che non dipendendo da alcuna opzione, è dato *in se* dall'ordine, dalla razionalità e dalla verità naturale della comunità politica –per riprendere la tripartizione metafisica di Danilo Castellano⁵– come il bene, dunque, che in quanto tale rappresenta il valore, il fine e la causa, in un tempo, della comunità stessa e di ciascuno dei suoi membri, oppure occorre dire se esso debba essere considerato nei termini proprii del soggettivismo volontaristico *lato sensu* inteso, come benessere, vale a dire come sensazione o percezione di “bene”, legata all'affermazione e all'attuazione di una volontà purchessia (negativamente libera). Nel primo caso, infatti, il bene è criterio, mezzo e fine in un tempo del buon governo, il quale, appunto, è e può dirsi buono, proprio se e in quanto esso, perseguendo e attuando il bene (oggettivamente) proprio di ciascuno, riconosce il bene *in se* della comunità politica, tende al bene di questa e opera con gli strumenti buoni che essa richieda⁶; nel secondo caso, *viceversa*, il bene-benessere è un

4 In un articolo-intervista apparso in Argentina, per esempio, Danilo Castellano, alla domanda “¿Puede definir la 'libertad negativa' que Ud. considera irracional?”, risponde osservando che “la 'che la negativa' es aquélla que pretende poder ser ejercida con el solo criterio de la libertad, esto es, con ningún criterio” [Montejano, B. (2014). “Reportaje a Danilo Castellano”. En *Centurión*, octubre – noviembre 2014. Buenos Aires. Marcelo H. Loberto, 18].

5 Facciamo riferimento alla “trilogia”: Castellano, D. (1993). *La razionalità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane; Castellano, D. (1997). *L'ordine della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane; Castellano, D. (2002). *La verità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.

6 A questo proposito, per esempio, De Koninck, riprendendo il pensiero di Aristotele, correttamente osserva che “el bien común difiere del bien singular en esta misma universalidad. Tiene razón de superabundancia y es eminentemente difusivo de suyo en tanto que es más comunicable: se extiende todavía más al singular que el bien singular: es el mejor bien del singular. El bien común es mejor, no porque comprenda el bien singular de todos los singulares: no se daría entonces esa unidad del bien común mediante la cual es en alguna manera universal; sería una mera colección y no sería sino materialmente mejor. El bien común es mejor para cada uno de los particulares que en él participan, en tanto que es comunicable a otros particulares; la comunicabilidad es la razón misma de su perfección” [De Koninck, C. (1952). *De la primacía del bien común contra los personalistas*. Madrid. Ediciones Cultura Hispanica, 26 e s.].

mero obiettivo operativo, un mero “capriccio” da realizzarsi *hic et nunc*, una mera volontà da assecondare. Esso è, infatti, il prodotto di una opzione che “vale” solo per il suo autore e in virtù del di lui potere di attuarla in un dato contesto di riferimento; essa –non rileva sotto il profilo sostanziale– può derivare, per esempio, sia dall’opzione fatta propria (senza argomenti) dalle scelte habermasianamente condivise⁷; sia dal contenuto di una “consuetudine” tayloryanamente concepita⁸; sia, in fine, da una decisione della maggioranza democratico-costituzionale⁹.

Date queste premesse, ora, possiamo brevemente dire, richiamando la distinzione già proposta da Castellano¹⁰, che tre –anzi tre più una, per essere precisi– sono le possibili forme di declinazione del bene comune. Il bene comune, infatti, può essere inteso: α) come bene pubblico, β) come bene privato, γ) come insieme delle condizioni che consentono il libero sviluppo della personalità, δ) come bene comune propriamente detto. Ovviamente –lo anticipiamo per evitare equivoci– a nostro avviso solo l’ultima di queste declina in modo compiuto il principio del bene comune in quanto tale e –diremo– nel suo proprio valore ontologico (e razionale) di bene *in se*.

2. La “contraffazione” del bene pubblico

Il bene comune inteso come bene pubblico, allora, fa immediatamente riferimento all’ideologia propria della modernità c.d. forte: esso, infatti, è il bene dello Stato rousseauiano, il quale bene, proprio in quanto bene del corpo politico tutto, sarebbe, per partecipazione frazionaria, da considerarsi comu-

7 È noto che secondo Habermas i vari “progetti di vita individuali non si formano al di fuori dei contesti di vita intersoggettivamente condivisi” [Habermas, J. (2002). *Il futuro della natura umana*. Torino. Einaudi, 6].

8 Taylor –come è noto– afferma che, siccome “noi qui facciamo così” [Taylor, C. (1998). “La politica del riconoscimento”. In Habermas, J. - Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*. Milano. Feltrinelli, 51], chiunque venga qui deve fare così e che questa “è la risposta che si deve dare davanti a casi [...] nei quali il ‘facciamo così’ riguarda questioni come il diritto alla vita e la libertà di parola” (*Ivi*, p. 52).

9 Infatti, “la democrazia come fondamento del governo è costretta, per essere coerente, a identificarsi con le regole del gioco, vale a dire con la sola procedura. Kelsen [pertanto (nda)] ha penetrato l’essenza, se così si può dire, della convenzionalità del diritto, in particolare del diritto costituzionale” [Castellano, D. (2013). *Costituzione e costituzionalismo*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 92]. *Contra*, per esempio, Francesco Galgano il quale scrive che il “principio di diritto, qual è il principio di maggioranza [è quel principio (nda)] in ragione del quale si usa misurare la legittimità del potere” [Galgano, F. (2007). *La forza del numero e la legge della ragione*. Bologna. Il Mulino, 7 e s.].

10 Cfr. Castellano, D. (2013). “¿Qué es el bien común?”. En Ayuso, M. (a cura di). *El bien común*. Madrid. Itinerarios – Fundación Elías de Tejada, 13-25.

ne a tutti i cittadini¹¹. In questo caso, però, rilevano tre dati. *In primis* rileva che il bene in questione si sostanzia nel bene privato della *Persona civitatis*: esso si sostanzia, cioè, nel bene dello Stato in quanto Corpo politico sovrano. *In secundis* rileva che il bene pubblico, a volere essere precisi, non può essere comune a nessuno, non essendovi, infatti, alcuna possibilità di comunanza né tra lo Stato e i cittadini, né tra i cittadini, proprio in quanto il primo si inverte nel Corpo politico e i secondi si riducono a “organi” di esso, a capi d’imputazione che sono in funzione dello Stato medesimo¹², di talché... il bene del Corpo, come la libertà del Corpo medesimo –per riprendere il discorso di Francesco Gentile¹³– non è comune ai suoi membri o tra i suoi membri, ma è il bene di loro *sic et simpliciter*¹⁴: così come, infatti, il cittadino è libero, partecipando della libertà dello Stato, egli gode, *pro quota*, il bene che è proprio del Corpo cui appartiene¹⁵. *In tertiis* rileva che il bene comune quale bene pubblico, non

11 Come è noto, per Rousseau “la volontà generale è sempre retta e tende sempre all’utilità pubblica [...] questa mira unicamente all’interesse comune [...] è dunque importante, perché si abbia chiaramente enunciazione della volontà generale, che non ci siano società parziali [...] vero è che (nda) come la natura dà a ogni uomo un potere assoluto su tutte le sua membra, il patto sociale dà al corpo politico un potere assoluto su tutte le sue ed è appunto questo potere che, diretto dalla volontà generale, porta [...] il nome di sovranità” [Rousseau, J. J. (2005). *Il contratto sociale*. Milano. Rizzoli, 80 e s.].

12 De Koninck, per esempio, opportunamente, osserva che “si el bien común fuese el bien de la ciudad, en tanto que ella es, bajo un respectu accidental, una suerte de individuo, sería bien particular y propiamente extraño a los miembros de la sociedad. [...] La ciudad sería entonces como un tirano anónimo a que el hombre se sujeta. El hombre sería para la ciudad. Este bien no sería ni común, ni bien de naturalezas racionales. El hombre estaría sometido a un bien extraño” (De Koninck, C. *De la primacia del bien común contra los personalistas*. Ob. cit., 107 e s.).

13 Francesco Gentile, infatti, rileva che per Rousseau “l’obbedienza alla legge potrà costringere, ma senza attingere e violare la libertà dell’uomo, perché, per il meccanismo del contratto sociale, attraverso la partecipazione al voto in assemblea e la somma algebrica di tutti i voti, l’obbedienza è data ad un qualcosa che è il risultato di un mio atto libero di volontà” [Berardi, A. (2006). “Navigazione nell’arcipelago delle geometrie legali”. In Gentile, F. *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM, 80].

14 Lo stesso Rousseau, invero, coerentemente scrive, rispetto alla legge, che “è questo salutare organo della volontà di tutti che ristabilisce nel diritto l’uguaglianza naturale tra li uomini. È questa voce celeste che detta a ciascun cittadino i precetti della ragione [e del bene, diremo noi (nda)] pubblica e gli insegna a modellare la propria condotta sui principi dettati dal suo proprio giudizio e a non essere in contraddizione con se stesso” [Rousseau, J. J. (2005). “Discorso sull’economia politica”. In Garin, M. (a cura di). *Scritti politici. Volume primo*. Roma – Bari. Laterza, 285]; giacché “quando tutto il popolo statuisce su tutto il popolo non considera che se stesso [...] in tal caso la materia su cui si statuisce è generale, così come la volontà che statuisce [...]. Se ci si basa su quest’idea si capisce subito che non è più necessario chiedere a chi spetta di fare le leggi, dato che sono atti della volontà generale [...] né come si rimane liberi pur essendo sottomessi alle leggi, poiché esse registrano semplicemente le nostre volontà” (Rousseau, J. J. *Il contratto sociale*. Ob. cit., 89 e s.).

15 Talché –come è stato scritto commentando Hegel– “l’individuo raggiunge la pienezza della sua essenza spirituale soltanto nello Stato” [Pizzorni, R. (2006). *Diritto, etica e religione*.

è né il bene in sé della comunità politica, né esso è una declinazione, magari parziale, del valore del bene: esso, infatti, si riduce –propriamente– al benessere della *Persona civitatis*, vale a dire che esso si riduce all'opzione che lo Stato sovrano fa propria e attua nell'esercizio della sua stessa libertà negativa. Si tratta, in ultima istanza, della negazione metafisica del bene¹⁶ e della “surrogazione” di esso con un'opzione volontaristica capace di auto-affermarsi e di auto-imporsi quale parametro (e/o quale protocollo) di un “bene legale”, per ciò stesso convenzionale, operativo e autoreferenziale, ma non mai fondato nel *bonum*¹⁷. Il bene pubblico, allora, coincide –e la tesi richiama il “pensiero” di Machiavelli¹⁸– con l'attuale esistenza dello Stato in quanto sovrano¹⁹ e in quanto tale capace di autodeterminazione *ab-soluta*.

È chiaro, allora, che non essendo il bene pubblico un bene in sé oggettivo e nemmeno una forma di partecipazione del bene in sé (poiché esso medesimo

Bologna. Edizioni Studio Domenicano, 557] e fa esperienza del proprio “bene privato”, solo in guisa di partecipazione del e al bene pubblico, onde il “bene privato” –come il diritto soggettivo– diviene un riflesso sul soggetto o capo d'imputazione di una “frazione” del bene pubblico.

16 Infatti: “[...] la identificación de bien común y bien público es la negación de la posibilidad misma del bien, ya que éste viene a depender de la voluntad de la realidad que es considerada ética y racional sobre la base de la consideración de que su voluntad efectiva aporta el criterio de la racionalidad universal sólo porque es única y, por ello, general” [Castellano, D. “¿Qué es el bien común?”. In Ayuso, M. (a cura di). *El bien común*. Ob. cit., 16].

17 È da rilevarsi, infatti, che il *bonum* –il bene in sé– non è né la conseguenza di una sensazione personale, né esso è il frutto di un'opzione volontaristica: se così fosse, invero, il bene non esistere in quanto tale (anzi, non esisterebbe affatto) e non sarebbe coglibile razionalmente; non avrebbe, insomma, sostanza metafisica e si ridurrebbe a *flatus vocis*, Il *bonum*, al contrario, ha una sostanza ontologica che è palese nella realtà delle cose e che dipende –come insegna lo stesso san Tommaso– dal loro stesso essere: “[...] bonum et ens sunt idem secundum rem [...]. Ratio enim boni in hoc consistit, quod aliquid sit appetibile, unde philosophus, in 1 Etich. Dicit quod bonum est quod omnia appetunt. Manifestum est autem quod unumquodque est appetibile secundum quod est perfectum, nam omnia appetunt suam perfectionem. Intantum est autem perfectum unumquodque, inquantum est actu, unde manifestum est quod intantum est aliquid bonum, inquantum est ens, esse enim est actualitas omnis rei, ut ex superioribus patet. Unde manifestum est quod bonum et ens sunt idem secundum rem, sed bonum dicit rationem appetibilis, quam non dicit ens” (San Tommaso. *Summa Theologiae*, I, q. 5, 1). Ciò significa, allora, che il fine naturale di ogni *ens* è rappresentato dal proprio bene, cioè dal perfetto compimento della propria natura: “[...] quicquid est in rebus habet aliquam inclinationem et appetitum alicuius sibi convenientis. Quod autem habet rationem appetibilis habet rationem boni” (San Tommaso. *De malo*, Art. I, *Responsio*).

18 Cfr. Berardi, A. “Navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali”. In Gentile, F. *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Ob. cit., 25 e ss.

19 Opportunamente osserva Danilo Castellano che “el llamado bien público se identifica, así, en último termino y desde cualquier teoría constructivista, con la conservación del Estado, en vista de la cual se entiende legítima toda acción [...]. El Estado, su existencia, es el bien por excelencia, el bien que se conserva siempre y a toda costa, el bien que permitiría una vida civil” [Castellano, D. “¿Qué es el bien común?”. In Ayuso, M. (a cura di). *El bien común*. Ob. cit., 15 e s.].

–come detto– si riduce al contenuto concettuale e al prodotto operativo della volontà sovrana), esso medesimo, da un lato non può appartenere ad altri che non sia lo Stato-*Persona civitatis*, esso non è, quindi, per essenza “*comunicable y comunicativo*”²⁰, e dall’altro esso stesso non può rappresentare un elemento di coesione dell’Ordinamento, né un criterio per la coerenza interna di esso; anzi: il (non-)criterio del bene pubblico che importa direttamente la (non-)logica della c.d. ragion di Stato è, almeno virtualmente, un elemento e una causa di disordine nel Sistema e di disomogeneità sostanziale di esso, anche se, dati i presupposti del c.d. Stato di diritto, ben possono essere fatti salvi gli aspetti formal(-istic-)i delle procedure²¹. Invero, le varie declinazioni del c.d. bene pubblico danno luogo a problemi e a contraddizioni interne allo stesso Sistema di riferimento e rendono provvisorie, per non dire che negano *sic et simpliciter* (o quantomeno che possono negare), tutte le posizioni soggettive che l’Ordinamento stesso pur contempla in sé. Facciamo un solo esempio per intendere la portata, anche pratico-operativa, della questione in disamina. Si pensi alla disciplina della espropriazione immobiliare per c.d. pubblica utilità, o, potrebbe dirsi, richiamando il testo della Costituzione italiana, per “motivi di interesse generale” (art. 42 co. III cost.). Ebbene, tale disciplina consente alla Pubblica Amministrazione di privare dell’oggetto del suo diritto, il titolare di una posizione gius-soggettiva riconosciutagli dallo stesso Ordinamento positivo vigente e ciò –si badi– proprio sulla base di una decisione “politica” dell’Organo competente, il quale abbia dichiarata la pubblica utilità dell’opera da realizzarsi e dunque la necessità di procedere all’acquisizione coatta del bene *de quo* (si parla, tecnicamente, di apposizione del vincolo preordinato all’esproprio). In altri termini e rimanendo aderenti al nostro tema, potremmo dire che il presupposto dell’esproprio (*recte*, della legalità della procedura di esproprio) è rappresentato, quasi paradigmaticamente, dal perseguimento

20 R. P. S. Ramírez (1956). *Pueblo y gobernantes al servicio del bien comun*. Madrid. Artes Gráficas Ibarra, 48. L’Autore correttamente rileva, peraltro, che il bene (autenticamente) comune è un “bien esencialmente comunicable y comunicativo a todos y a cada uno de sus miembros componentes, por el mero hecho de ser común y de ser inmanente. No está, ni puede estar, fuera del hombre, de la persona humana, sin en él [... infatti (nda)] es como el ser común, esencialmente envuelto en los diversos modos de ser particulares de la substancia y del accidente, del acto y de la potencia. Desciende y se comunica a ellos por sí mismo, sin intermedio de diferencias extrínsecas como se comunica un género a sus especies. El bien común se difunde y se comunica a todos y a cada uno de los miembros de la sociedad como el ser a sus modos particulares, como la salud y el bienestar del organismo a todos sus miembros, como la virtud vivificante del alma a todas las partes del cuerpo” (ibidem).

21 È stato opportunamente detto che “il costituzionalismo [...] rimanda ad una concezione della comunità politica, del potere e dei suoi limiti che siamo soliti racchiudere nella formula [...] dello Stato di diritto [...] il quale, se (nda) è limitato dalla legge, [...] non c’è legge che non possa essere modificata purché si osservino le formalità previste dalla Costituzione” [Ayuso Torres, M. (2004). *L’Àgora e la piramide*. Torino. Giappichelli, 42 et 63].

del c.d. bene pubblico, vale a dire dal perseguimento del “fine operativo” che lo Stato (*lato sensu* inteso come Pubblica Amministrazione) ritiene e vuole per sé come bene (*recte*, come benessere)²². Il c.d. bene pubblico, allora, diventa –come abbiamo detto– il fine ultimo dell’Ordinamento, per il perseguimento del quale, tutto, anche i cc.dd. diritti codificati e acquisiti, diventa sempre e comunque sacrificabile (magari, come in questo caso, riconoscendo all’interessato un indennizzo... il cui *quantum*, però, viene definito in modo sostanzialmente unilaterale dalla stessa Pubblica Amministrazione). E ciò, anche se, in un certo senso, si tratta di un fine per sua natura “liquido”, in quanto dipendente dalle opzioni di volta in volta operate dal Sovrano e dalla modalità attuativa di esse che egli ritiene per sé preferibile. Lo stesso discorso, peraltro, potrebbe farsi, *mutatis mutandis*, anche per la disciplina del c.d. prelievo fiscale sui depositi bancari, la quale punto viola il diritto di proprietà del correntista, per il perseguimento del bene pubblico rappresentato –secondo l’opinione di “quel Legislatore”– dalla regolarità contabile dei bilanci dello Stato; potrebbe farsi anche per la normativa in materia di c.d. *bail-in*, la quale, trasformando il creditore in debitore, con palese atto di irrazionalità e di iniquità, pur persegue il c.d. bene pubblico, ora inteso, sempre dallo Stato, come preservazione finanziaria del (o di un certo) sistema bancario; *de minimis*, in fine, potrebbe farsi anche con riguardo agli interventi conformativi della proprietà fondiaria che i Comuni attuano, attraverso le cc.dd. varianti ai Piani Regolatori, per il perseguimento di ciò che, in un dato momento, viene “politicamente” ritenuto bene pubblico, anche se –di fatto– tali interventi sono potenzialmente lesivi dei diritti e degli interessi economici dei vari proprietari (i quali, per esempio, possono avere avuto un danno dalla modifica dello strumento urbanistico che abbia trasformato un lotto residenziale ed edificabile in c.d. area verde).

Insomma la logica del bene pubblico al posto del bene comune, la quale –come già osservava Rosmini– “è l’utilità sostituita alla giustizia, è la Politica, che, preso nelle sue mani prepotenti il Diritto, ne fa quel governo che più le piace”²³, rappresenta la negazione del diritto in sé e anche del diritto positivo, tutto riducendosi a un giuoco di procedure funzionali alla c.d. ragion di Stato²⁴.

22 È stato eloquentemente affermato, infatti, che l’interesse pubblico, quale analogato principale del c.d. bene pubblico “va inteso nella sua accezione tecnico-giuridica di interesse tipico, il cui soddisfacimento e la cui tutela sono assunti dalla p.a., quindi non nel senso di interesse collettivo e generale, bensì in quello specifico di interesse qualificato dalla sua rispondenza a fini perseguiti dall’amministrazione stessa” (21 Gennaio 1969, Consiglio di Stato [italiano], Sez. II, Parere N° 5).

23 A. Rosmini Serbati (1845). *Opere*. Napoli. C. Batelli, XIV, 349.

24 Cfr. Gentile, F. (1984). *Intelligenza politica e ragion di Stato*. Milano. Giuffrè.

3. La Gorgone del bene privato

Il bene comune inteso come bene privato, invece, nascendo “per reazione” contro il totalitarismo che è insito e palese nel paradigma del bene pubblico (rousseauinano-hobbesiano)²⁵ testé veduto, si sostanzia nel “bene” dell’individuo; il bene comune, in questo caso, allora, verrebbe a coincidere con il bene dei singoli solipsisticamente (*id est*, individualisticamente) intesi, con il bene –diremo– del cittadino visto in una prospettiva, ovviamente solo teorica, di alterità strutturale e concettuale rispetto allo Stato. Il bene *de quo*, allora, sarebbe comune, non perché e in quanto partecipe di una comune natura ed essenza –quella umana–, quanto piuttosto perché geograficamente “diffuso” tra gli individui e reso possibile e massimizzato, tra loro, dall’attività *lato sensu* amministrativa (*rectius*, amministrativo-assistenziale) dello Stato-struttura, dello Stato che si fa servente rispetto al c.d. bene privato. In ultima istanza, allora, potrebbe dirsi, con riferimento al bene comune quale bene privato, che si tratta del bene declinato secondo le categorie della *property* lockiana; del bene, dunque, che è sì, in un certo senso estrinseco, comune ai varii proprietari e che è garantito loro dall’Ordinamento positivo dello Stato, ma che per ciascuno di essi assume, *in concreto*, il contenuto dipendente dalla volontà autodeterminantesi del suo stesso titolare. Anche in questo caso, allora, il bene coincide con “una certa” libertà negativa²⁶.

25 Coerentemente, per esempio, Rousseau sostiene che “le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l’uomo” [Rousseau, J. J. (1994). *Emilio o dell’educazione*. Roma. Armando, 192], cioè a trasformarlo *in toto* nel “*citoyen*-unità frazionaria”, parte, porzione, del Corpo politico; infatti –osserva Gioele Solari– “non può negarsi che lo Stato del Rousseau sia assoluto e assoluto non solo nella forma, ma nella sostanza. Ma l’assolutismo del Rousseau è la condizione del suo liberalismo: l’uno e l’altro debbono intendersi eticamente. Lo Stato, scrive il Rousseau, deve poter costringere l’uomo [*recte*, il cittadino (nda)] ad essere libero del suo malgrado. Nello Stato del Rousseau [infatti (nda)] l’uomo [*recte*, il cittadino (nda)] non ha la scelta tra la legge del senso e quella del dovere: esso deve seguire quest’ultima perché vuole essere libero” [Solari, G. (2004). *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*. Napoli. Guida, 67]. Vero è che “il contratto sociale [...] è per Rousseau lo strumento di [...] ‘liberazione’, per la qualcosa il corpo politico, cui esso dà vita, diventa la *condicio sine qua non* della libertà. Di quale libertà? [si chiede giustamente Danilo Castellano (nda)]. Di quella negativa, ovviamente, che si ritroverebbe nella società in forma ‘reale’ e potenziata” (Castellano, D. *La verità della politica*. Ob. cit., 123).

26 È noto che secondo Locke “lo stato in cui tutti gli uomini si trovano naturalmente [...] è uno stato (nda) di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e di disporre dei propri beni e senza chiedere permesso o dipendere dalla volontà di un altro” [Locke, J. (2013). *Secondo trattato sul governo*. Milano. BUR, 65] e che “la ragione per cui gli uomini [medesimi (nda)] entrano in società è la conservazione della loro proprietà e il fine in vista del quale essi [...] conferiscono autorità al legislativo è che possano essere emanate leggi [...] per la custodia e la difesa della proprietà di tutti i membri” (*Ivi*, 363).

Ciò detto, però, rilevano due elementi da considerarsi. *In primis* rileva che anche questo bene privato, in realtà, è, sotto un certo profilo... pubblico in quanto dipendente dallo Stato: esso, infatti, si riduce alla e deriva dalla conformazione dei confini che l'Ordinamento medesimo traccia tra le varie *properties* lockianamente intese. Il bene comune quale bene privato, invero, in questo caso, non è il bene dei privati –il *bonum* che è garantito dallo *ius privatorum*²⁷–, ma è il bene inteso come frazione di libertà negativa che sopra di loro si riflette, per effetto delle norme conformatrici il diritto di proprietà *lato sensu* considerato. *In secundis* rileva che anche il bene comune come bene privato (cioè degli individui) non è un bene in sé, un valore del bene che s'impone nella sua oggettività razionale, ma, come il bene pubblico di prima, anch'esso si sostanzia in una forma di benessere,

27 Il problema del diritto privato è ampio e complesso. Esso non può essere nemmeno enunziato in una nota, meritando un'ampia trattazione. Giova segnalare, però, in estrema sintesi, che altro è considerare il diritto privato alla stregua di un sistema di norme funzionale a garantire ai singoli individui uno spettro di *privacy* nell'ambito del quale è loro concesso di attuare la propria libertà negativa, coi soli limiti esterni del c.d. ordine pubblico, cioè coi soli limiti esterni del Sistema normativo-positivo di riferimento e altro –tutt'altro– è considerare il diritto privato quale diritto dei privati, quale diritto, cioè, che regola giuridicamente, informandole ai principii della giustizia, le relazioni intersoggettive e i rapporti che da queste nascono *sub iure*. In questo secondo caso, infatti, lo *ius privatorum* non si limita a un apparato amministrativo-geografico di presidio esterno alla libertà negativa dei singoli, ma regola l'esercizio delle private libertà nell'ordine proprio della ragione e della giustizia che deve presiedere e informare, sempre, l'attività dell'uomo in quanto tale. Per esempio: altro è dire che per contratto le parti consenzienti possano pattuire qualunque cosa e in qualsiasi modo, salvi i citati limiti esteri del c.d. ordine pubblico e altro è dire che per contratto, ovverosia per il diritto dei contratti, le parti consenzienti possano solo dare luogo a un rapporto veramente giuridico, cioè a un rapporto sì dispositivo dei rispettivi interessi, secondo le rispettive volontà, ma nondimeno necessariamente informato, nella sua stessa disciplina convenzionale, secondo i principii proprii del giure per quanto attiene alla causa, all'oggetto, alla struttura del vincolo sinallagmatico e al modo di adempimento delle prestazioni. Nel primo caso, invero, il diritto privato-contrattuale sarebbe un "diritto α -nomico", cioè sarebbe un "diritto" il quale si ridurrebbe a un insieme di norme poste a tutela della libertà negativa dei singoli e della di loro autodeterminazione del *velle*; nel secondo caso, *viceversa*, il diritto privato dei contratti sarebbe veramente giuridico poiché esso darebbe luogo a un insieme di norme funzionali alla regolamentazione dei privati rapporti secondo l'ordine proprio della loro natura di rapporti *in se* giuridici. Ciò significa, allora, che le discipline codicistiche relative alla rescissione *sub artt.* 1447 e ss. c.c., alla riduzione della penale manifestamente eccessiva *sub art.* 1384 c.c., al divieto di compiere atti dispositivi del proprio corpo, i quali "cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica" *sub art.* 5 c.c. (i riferimenti sono al Codice civile italiano) *et coetera* –per portare solo alcuni esempi– sarebbero illegittime e assurde secondo il primo modo di intendere il diritto privato, inquantocché esse da un lato lederebbero la *privacy* individuale e dall'altro limiterebbero l'autodeterminazione del *velle subiecti*, mentre sono pienamente coerenti con il secondo, dacché esse medesime regolano il rapporto contrattuale ovvero la condotta della persona sopra il proprio corpo, in modo conforme al principio oggettivamente proprio del diritto il cui fondamento è nella giustizia.

cioè in un'opzione soggettiva ritenuta soddisfacente *hic et nunc* e integrante il proprio modello vitalistico-relativistico di “bene-per-sé”²⁸. Questo benessere privato, però, palesa una più complessa struttura rispetto a quella del benessere pubblico proprio della c.d. modernità forte: esso dipende, infatti, solo in parte “interna” dall'opzione individuale, cioè dall'attualizzazione della libertà negativa dell'individuo entro gli spazi propri della sua *property*, ma in parte “esterna” –si badi– dipende sempre dal *quantum* e dal *quomodo* dell'opzione sovrano-statuale che punto ne tratteggia confini e limiti²⁹. Sicché, anche in questo caso è la Gorgone della libertà negativa a riempire di contenuto e a dare struttura al bene comune in quanto bene privato, sol che... se il bene comune quale bene pubblico realizza compiutamente, almeno *in thesis*, le premesse dalle quali parte, dato che la libertà negativa dello Stato è per definizione sovrana, il bene comune quale bene privato già nella sua teorizzazione concettuale rinunzia al proprio compimento, dacché la libertà negativa che lo inverte e che, in fondo, ne dà sostanza, si struttura

28 In un certo senso qui si può richiamare il discorso di Kant secondo il quale “nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo (come, cioè, egli si immagina il benessere degli altri uomini), ma ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona” [Kant, I. (1995). “Sopra il detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”. In Kant, I. *Scritti politici*. Torino. UTET, 255] e nondimeno può anche riprendersi la coerente impostazione milliana, a mente della quale “la sola libertà che meriti questo nome è quella di perseguire il nostro bene [inteso come sensazione/percezione di benessere (nda)] a nostro modo, purché non cerchiamo di privare gli altri del loro o li ostacoliamo nella loro ricerca” [Stuard Mill, J. (1993). *Saggio sulla libertà*. Milano. Il Saggiatore, 25 e s.). Ciò significa, allora, che l'Ordinamento giuridico positivo –rappresentando il diritto stesso un “insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale di libertà” [Kant, I. (1970). *Metafisica dei costumi*. Bari. Laterza, 34 e s.]– dovrebbe consentire agli individui, nel modo più ampio possibile, di disporre in termini assoluti di quanto rientri nella loro *property*. Per esempio dovrebbe consentire, senza limitazione alcuna, di disporre del proprio corpo e della propria vita: dovrebbe consentire, quindi, non solo il suicidio *manu propria*, ma anche le condotte di terzi, ausiliarie rispetto al proponimento suicidiario dell'interessato (penalmente perseguite, invece, *ex art.* 580 c.p.); dovrebbe consentire le forme di mutilazione corporea per finalità di comodo e la compra-vendita degli organi umani (invece vietate dall'art. 5 c.c.); la c.d. locazione dell'utero o surrogazione di maternità (già vietata *ex art.* 12 co. VI L. 40/2004); l'omicidio del consenziente (punito *ex art.* 579 c.p.); l'appalto del proprio corpo per iscopi di sperimentazione farmacologica e clinica (vietato dal D.P.R. 211/2003) *et coetera*.

29 Non a caso –come è noto– lo stesso Locke è costretto ad affermare pur attraverso il ricorso al meccanismo della c.d. rappresentanza politica, che il Sovrano, in ultima istanza e salva la preservazione “formale” dei cc.dd. diritti positivi, si fa ed è interprete del loro contenuto e dunque che egli dice, per norma, in che cosa la titolarità di loro consista circa il *quantum* e il *quomodo* del loro esercizio. Diversamente, peraltro, Locke stesso avrebbe dovuto escludere –per esempio– qualsiasi forma di prelievo fiscale e qualsiasi vincolo o limite alla proprietà fondiaria e non solo (cfr. Locke, J. *Secondo trattato sul governo*. Ob. cit., *passim*, in particolare cap. XI, § 140, 255).

nella libertà del proprietario lockiano, nella di lui possibilità, cioè, di disporre di quanto gli compete per norma e nei limiti delle norme medesime; nella libertà, finalmente, che è data sì dal godimento dei cc.dd. diritti civili, ma che nel contempo è limitata dalla conformazione positiva delle loro fattispecie³⁰.

Ed è qui, allora, che proprio si comprendono le ragioni della “neutralità includente” –per usare le efficaci categorie di Danilo Castellano³¹– le quali informano la teoria (α -)politica della c.d. modernità debole, sia essa declinata secondo gli schemi del liberalismo o secondo quelli del socialismo. Data, infatti, l'identificazione del bene comune con il benessere privato e questo con la libertà negativa dei singoli (la quale sia garantita – secondo il liberalismo – e/o promossa – secondo il socialismo – dallo Stato), è evidente che la massimizzazione di essa, ottenuta per via di normazione e di deregolamentazione (per esempio per via di depenalizzazione di certune fattispecie di reato), coincida con la massimizzazione del primo ed è altrettanto evidente che essa implichi, di fatto, una certa neutralità di Stato, cioè una certa indifferenza dello Stato rispetto a quanto lo Stato medesimo ritiene appartenere al privato. La qualcosa, evidentemente, non può che tradursi, ai fini della legittimazione dello stesso Ordinamento giuridico rispetto all'*a priori* del bene comune quale benessere privato e rispetto al suo fine di renderlo il più ampio possibile, nella ricerca “democraticistica” del consenso circa lo “spartiacque” tra ciò che deve riguardare il pubblico *lato sensu* inteso³² e ciò che, invece, deve concernere il binomio *privacy-property*, cioè il “recinto” individuale all'interno del quale l'Ordinamento non deve andare. Come a dire che lo Stato, allora, per non tradire il suo scopo operativo, deve rendersi garante rispetto a un processo endo-istituzionale di composizione degli interessi, il

30 Per esempio, la *Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen* del 22 agosto 1795 (premessa alla c.d. *Constitution du 5 Fructidor An III*), all'art. 1, dopo avere detto che “les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété” precisa che “la liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui”.

31 Facciamo riferimento alla terminologia che Danilo Castellano ha efficacemente usata con riguardo al tema della laicità: egli, infatti, osserva che la laicità escludente “implica [indicativo nostro (nda)], da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa pretende [indicativo nostro (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso [... mentre la laicità includente (nda)] considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa” [Castellano, D. (2011). *Ordine etico e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 31].

32 Non a caso è stato rilevato che “el orden jurídico positivo es el resultado, o así se dice, del juego de la deliberación, de la participación, de manera que el hecho de participar en la construcción de este modelo de sociedad equivale ya a ser un medio útil para el sistema y equivale [...] a prescindir de la perfección personal, que es el punto de encuentro del bien común, para convertirse por el contrario en un necesario engranaje que mantiene la virtualidad de la ideología nihilista imperante” (Martínez, C. - Sicluna y Sepúlveda. “Las falsificaciones ideológicas del bien común”. In Ayuso, M. (a cura di). *El bien común*. Ob. cit., 61).

quale è proprio –come osserva per esempio Zagrebelsky³³– delle varie teorie politologiche e dal quale deve derivare, in forma sempre provvisoria, la “mappa geografica” delle libertà individuali.

4. Verità, ordine e razionalità del bene comune. La sua ontologia

Altro, ovviamente, tutt'altro, è il bene comune in sé, il bene comune –se vogliamo– del quale parla Aristotele, per esempio, nel primo Libro dell' *Ética a Nicómaco*³⁴ e che viene ivi opportunamente indicato come fine dell'*ars politica*. Esso –possiamo dire– è un bene in senso metafisico ed è metafisicamente comune, cioè esso è un bene il quale ha valore nella sua oggettività ontologica ed è un bene il quale rappresenta l'ordine proprio di ciascuna persona, pertanto, esso è naturalmente comune a tutte le persone³⁵ ed è coesenziale al consorzio civile nel quale esse vivono *ut natura*³⁶.

33 Gustavo Zagrebelsky ben descrive il c.d. Stato politologico quale stato nel cui sistema “l'atto creativo di diritto legislativo è l'esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti)” [Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino. Einaudi, 44]. Carlo Cereti –per fare un altro esempio– nota che “la sovranità dello Stato [...] non può mai prescindere dalle finalità determinate e volute dalle forze politiche” [Cereti, C. (1963). *Diritto costituzionale italiano*. Torino. UTET, 247] prevalenti nelle istituzioni e nei processi formativi delle istituzioni, tant'è che “il carattere elettivo e rappresentativo dei supremi organi costituzionali è garanzia che quelli e non altri fini [...] saranno perseguiti e attuati” (*Ivi*, pp. 247 e s.).

34 Cfr. Aristotele (2000). *Ética a Nicómaco*. Milano. Bompiani, 53 - 1094 b. È noto, infatti, che per Aristotele “se anche il bene è il medesimo per il singolo e per la città, è manifestamente qualcosa di più grande e di più perfetto perseguire e salvaguardare quello della città: infatti, ci si può, sì, contentare anche del bene di un solo individuo, ma è più bello e più divino il bene di un popolo, cioè di intere città. La nostra ricerca mi appunto a questo, dal momento che è una ricerca politica”. Lo stesso concetto, *mutatis mutandis*, viene anche espresso dall'Autore con riferimento al fine della comunità politica; egli, infatti, osserva che “ogni stato è una comunità e ogni comunità si costituisce in vista di un bene (perché proprio in grazia di quel che pare bene tutti compiono tutto) è evidente che tutte tendano a un bene, e particolarmente al bene più importante tra tutti quella che è di tutte la più importante e tutte le altre comprende: questa è il cosiddetto 'stato' e cioè la comunità statale” [Aristotele (2005). *Politica*. Roma-Bari. Laterza, 3 - 1252 a].

35 Correttamente è stato osservato –per esempio da parte di Ramirez– che il bene comune “es de todos y de cada uno, pero no lo es total ni igualmente con absoluta igualdad [...] el bien común inmanente de la sociedad política es de todos y de cada uno de sus miembros según la totalidad de su esencia, pero no según la totalidad de su virtud y de su valor, que se miden según la capacidad y la aptitud funcional de tipo social de los mismos” (R. P. S. Ramírez. *Pueblo y gobernantes al servicio del bien comun*. Ob. cit., 47 e s.).

36 Per esempio De Koninck opportunamente ha fatto rilevare che “el bien común no es un bien tal que no sería el bien de los particulares, y que no sería más que el bien de la colectividad tomada como cierta suerte de singular. En este caso, sería común por accidente nada más, y propiamente singular [...]. Así, cuando distinguimos el bien común del bien particular,

Si tratta, invero, di un bene che, in quanto tale, è portatore di un valore oggettivo e normativo dipendente dalla sua stessa fondazione ontologica, esso, dunque, non è soggetto né al mutare del tempo, né al cambiamento dei costumi, né all'evolversi delle varie forme di governo, né ai movimenti della volontà, sia questa individuale, collettiva, maggioritario-democratica, lobbistica, statuale *et coetera*³⁷.

Per capire, allora, che cosa rappresenti in concreto il bene comune e per intendere le ragioni per le quali esso sia veramente bene e sia veramente comune, occorre preliminarmente dire quale sia la natura della persona e quale sia la natura della comunità politica. Ebbene, senza entrare troppo a fondo nelle questioni *de quibus*, possiamo immediatamente rilevare che la persona, come insegna Severino Boezio, è "*naturae rationalis individua substantia*"³⁸; il suo *proprium* ontologico, dunque, è dato dalla razionalità. Questa, ovviamente, non potendosi e non dovendosi ridurre né al calcolo hobbesiano, né alla capacità vitalistica di affermare l'auto-progettualità mounieriana³⁹, si sostanzia –diremo sinteticamente– nella "attitudine" della persona medesima a cogliere l'essere in sé delle cose, avendone inte-

no entendemos que aquél no sea el bien de los particulares, porque si no fuese el bien de los particulares no sería verdaderamente común" (De Koninck, C. *De la primacia del bien común contra los personalistas*. Ob. cit., 27 e s.).

37 *Viceversa* –lo abbiamo cennato *supra*–, il bene pubblico è per sua stessa definizione dipendente dalla volontà dello Stato; esso, in altri termini, deriva e dipende dal contenuto delle cc.dd. fonti del diritto e muta col mutare di queste. Invero "per lo 'statualismo' [cioè –potremmo dire– per la c.d. modernità forte di matrice rousseauiana (nda)] è 'bene pubblico' tutto ciò che va a vantaggio dello Stato in quanto tale (il diritto si confonde così con la 'ragion di Stato')" [Kojève, A. (1989). *Linee di una fenomenologia del diritto*. Milano. Jaca Book, 115].

38 Boezio, S. (1882-1891). "Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)", c. 4. In Migne, G. P. (a cura di). *Patrologia latina*. Parigi. Garnier, LXIV, 1343.

39 È noto, infatti, che per Mounier "la persona è un attività [anziché un ente in sé (nda)] vissuta come autocreazione, comunicazione e adesione che si coglie e si conosce nel suo atto, come movimento di personalizzazione" [Mounier, E. (1952). *Il personalismo*. Milano. Garzanti, 8]. Danilo Castellano, criticando la *Weltanschauung* (liberal-radical) personalista propria della *post-modernità* politico-giuridica, opportunamente rileva che il personalismo contemporaneo "va sì oltre la dottrina liberale (che lascia tutto nelle mani dell'individuo, garantendogli la possibilità d'iniziativa e alcuni diritti essenziali), ma per consentire la sua effettiva, piena e universale realizzazione. Il personalismo contemporaneo propone, infatti, di assicurare alla persona la realizzazione dei suoi desideri e dei suoi progetti, di tutti i desideri e di tutti i progetti, per mezzo dello Stato [...]: l'ordinamento giuridico [che in questo caso non sarebbe affatto ordinato, né, tantomeno ordinante, men che meno ordinato secondo i principii del giure e ordinante gli stessi (nda)] deve, in questa prospettiva, garantire le condizioni formali e sostanziali dell'eguaglianza nella diversità e alla diversità delle opzioni, ritenute tutte legittime [anzi... proprio insindacabili, ben oltre, quindi, rispetto alla c.d. eguaglianza illuministica (nda)], perché tutte consentirebbero alla persona il suo sviluppo e la sua piena realizzazione" [Castellano, D. (2007). *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 11].

lligenza del fine, e ad adeguare la propria condotta secondo una volontà sempre cosciente e consapevole.

La natura razionale dell'essere umano, la quale punto lo discerne da ogni altro ente e la quale ne fonda la soggettività propriamente detta, pertanto, dà contenuto al di lui bene sul piano ontologico (dell'essere): il bene della persona, infatti, è rappresentato *ex se* dall'ordine proprio della sua natura, eppertanto esso è rappresentato dall'ordine razionale, quale ordine colto dalla ragione intesa in senso contemplativo⁴⁰. Ciò non significa –si badi– che la persona umana sia deterministicamente necessitata, per natura, ad agire razionalmente: essa, infatti –salvo i casi di c.d. incapacità naturale– proprio perché dotata di ragione, è libera nel senso del libero arbitrio, è –diremo– *compos sui et suorum*, sicché essa stessa può anche agire –come spesso accade– contro ragione, cioè contro la sua stessa natura, ma questo –ecco il punto– non incide sulla verità del suo bene, sulla verità, cioè, del bene della ragione, onde la persona che si comporti irrazionalmente, per quanto lo faccia “nella libertà (negativa)”, fa il male, fa il suo male, fa ciò che è contrario alla sua essenza ontologica (natura), fa, infine, ciò che la deprime rendendola peggiore rispetto agli stessi animali, i quali, invece, sono sempre come devono essere, essendo guidati dall'istinto ed essendo privi di libero arbitrio.

Da questo, allora, si può evincere –pur nella assoluta brevità del discorso– la natura della comunità politica, la quale è –come insegna Aristotele– “comunità di [uomini (nda)] liberi”⁴¹, essa è –si può aggiungere– “comunanza di famiglie e di stirpi nel vivere bene [e (nda)] il suo oggetto è un'esistenza pienamente realizzata”⁴². È chiaro, infatti, che la comunità politica, essendo comunità di uomini, sia comunità di soggetti che condividono la medesima natura, onde il “vivere bene” di essi, come anche la di loro piena realizzazione, altro non è e altro non può essere, se non il vivere secondo la natura che è comune a tutti loro, la quale natura, come abbiamo testé detto, è proprio quella razionale, quella, cioè, che consente l'intelligenza dell'essere in sé delle cose e il responsabile adeguamento della condotta

40 Scrive opportunamente Ramirez che “la sociedad politica es una sociedad humana perfecta. Sociedad de hombres, no rebaño, no piara, no manada de bestias. La sociedad humana no debe contradecir a la naturaleza del hombre, sino que debe fundarse en ella y serle en todo conforme [...] filosóficamente hablando, el hombre es un animal racional: un animal que entiende, que discurre, que razona [...] un animal que posee una alma racional, es decir, dotada de razón e inteligencia por la cual es capaz de trascender lo singular y particular” (R. P. S. Ramírez. *Pueblo y gobernantes al servicio del bien comun*. Ob. cit., 13 e s.).

41 Aristotele. *Politica*. Ob. cit., p. 84 (1279 a).

42 *Ivi*, pp. 88 e s. (1280 b – 1281 a). L'Autore prosegue affermando che “è questo [*id est*, quello propriamente politico (nda) ...] il vivere in modo felice e bello. E proprio in grazia delle opere belle [...] si deve ammettere l'esistenza della comunità politica” (*ibidem*).

(*rectius*, del libero arbitrio) alla natura di esse. Il fine quindi della comunità politica e con esso il suo bene oggettivo non possono dipendere da un'opzione sovrana –nemmeno se questa derivi dai processi algebrici della moderna democrazia⁴³– il fine e il bene della comunità politica, infatti, in altro non si palesano, se non nel “consentire” e se necessario imporre agli uomini di vivere nell'ordine proprio della loro natura, di vivere, dunque, nell'ordine della ragione, adeguando la loro condotta al dovere-essere espresso dalla loro stessa essenza. Ecco dunque che il bene comune qui veramente si esprime in tutto il suo valore normativo e regolativo del consorzio umano e in tutta la sua sostanza di bene, che, essendo proprio di ciascun uomo, è comune a tutti gli uomini ed è coesenziale sotto il profilo ontologico e teleologico alla comunità politica⁴⁴.

5. Personalità o “animalità”?

L'ultima e più ambigua declinazione del bene comune che abbiamo *supra* citata, facendo sempre riferimento all'analisi proposta da Danilo Castellano, è quella “offerta” dal Catechismo della Chiesa Cattolica, il quale, a sua volta, riprende *in parte qua* il testo della Costituzione apostolica *Gaudium et spes*⁴⁵.

Tale definizione –come è noto– considera il bene comune alla stregua dello “insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono ai grup-

43 *Id est* della democrazia intesa –come insegna Castellano– come fondamento e non solo come forma del Governo politico. Danilo Castellano, infatti, ebbe modo di precisare che “la democrazia come forma di governo ritiene che la libertà sia valore in quanto mezzo; la democrazia come fondamento del governo ritiene, invece, che la libertà [negativa (nda)] sia valore in quanto fine. La democrazia come forma di governo antepone il bene alla libertà; la democrazia come fondamento del governo fa della libertà il bene supremo. La prima, poi, deve ritenere che criterio della libertà sia la verità [oggettiva (nda)]; la seconda che la libertà, per essere tale, non debba avere alcun criterio che vincoli la volontà” [Castellano, D. (2010). *La politica tra Scilla e Cariddi. Augusto Del Noce un filosofo della politica attraverso la storia. Un dialogo mai interrotto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 71], infatti “lo spartiacque è dato dalla grande divisione tra democrazia come forma di governo in vista del bene comune e democrazia come fondamento del governo che, sulla base del consenso (inteso come mera adesione senza razionale giustificazione a un progetto qualsiasi) legittima qualsiasi fine” (cfr. Castellano, D. *Costituzione e costituzionalismo*. Ob. cit., 88 e s.).

44 Infatti: “[...] compito della politica [intesa, ovviamente, come *ars politica* (nda)] è la ricerca del bene comune, cioè del bene proprio di ogni uomo in quanto uomo e in quanto bene proprio di ogni uomo, comune a tutti gli uomini. Il che impone al politico il dovere di conoscere chi è l'uomo, il suo ordine metafisico ed etico, i suoi doveri e i suoi diritti” (Castellano, D. *La politica tra Scilla e Cariddi. Augusto Del Noce un filosofo della politica attraverso la storia. Un dialogo mai interrotto*. Ob. cit., 48).

45 Cfr. Concilio Vaticano II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 26: AAS 58 (1966) 1046.

pi, come ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione⁴⁶, in altri termini si potrebbe anche dire, rimanendo nella “possibile ambiguità” del testo, che il bene comune sarebbe dato dalle condizioni socio-politico-giuridiche, le quali consentano all’essere umano il libero sviluppo della sua personalità.

Il problema, però e con esso l’ambiguità cui facevamo cenno, sono legati al significato che assume il termine “perfezione”, o, se si preferisce, al significato che assume l’espressione “libero sviluppo della personalità”.

È chiaro –lo precisiamo subito per evitare equivoci– che al di là di “silenzii e [...] indicazioni operative discutibili”⁴⁷, il magistero della Chiesa, in continuità (faticosa) con la propria Tradizione, intenda il significato teleologico della perfezione nel senso della natura umana, nel senso, cioè, del compimento attuale e concreto dell’essere-in-sé del soggetto(-ens) umano, quindi nel senso “dell’ordine inscritto da Dio anche nella persona”⁴⁸, di talché le condizioni cui si riferisce il testo citato, altro non potrebbero essere che quelle proprie della comunità politica classicamente intesa, quelle, infine, che consentono e che impongono all’uomo di vivere... umanamente, di condurre una vita ordinata secondo il fine che gli è ontologicamente proprio. Sicché il c.d. libero sviluppo della personalità, in questo caso, non sarebbe quello volontaristico-mounieriano proprio del personalismo moderno, quello che concepisce la libertà come negativa⁴⁹ e la personalità come (auto-) progetto, ma sarebbe quello ontologico, quello, cioè, che consente al soggetto *compos sui* l’esercizio del diritto all’autodeterminazione dell’*esse*, cioè l’esercizio del diritto all’autodeterminazione della propria volontà, sì libera, ma non negativamente libera; cioè libera in quanto sostanziantesi nell’esercizio di un’opzione, ma nel contempo qualificata dall’umanità propria dell’autore di essa sul piano metafisico, eppertanto qualificata dall’essere *in se* razionale; dall’essere, finalmente, un’opzione *in se* legittima⁵⁰.

46 *Catechismo della Chiesa Cattolica*, § 1906. Riportiamo il testo originale in latino “*summam earum vitae socialis conditionum, quae tum coetibus, tum singulis membris permittunt ut propriam perfectionem plenius atque expeditius consequantur*”.

47 Castellano, D. (2017). “Il bene comune e le sue contraffazioni”. In *Bollettino di dottrina sociale della Chiesa – Le ragioni del bene comune*. Siena. Cantagalli, 18.

48 *Ibidem*.

49 *Ergo* il diritto di autodeterminazione come “diritto” all’assoluta autodeterminazione del *velle* [cfr. Di Marco, R. (2017). *Autodeterminazione e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane] e la libertà come libertà negativa, cioè, in termini hegeliani, come libertà-liberantesi “determinata in sé e per sé, perché essa non è altro che l’autodeterminarsi” [Hegel, G. W. F. (1965). *Lezioni sulla filosofia della storia*. Firenze. La Nuova Italia, 197 e s.].

50 Il già citato Ramírez, per esempio, correttamente scrive che “la sociedad política perfecta es postulada por la misma naturaleza del hombre para el completo desarrollo de su personalidad. Nace de las más íntimas exigencias de nuestra naturaleza racional y culmina en el bien común de los hombres asociados, que en ella encuentran las posibilidades y las facili-

Tuttavia, una distorta lettura di questa “definizione” e una sua interpretazione in senso *πάν*-liberale, se non addirittura radical-liberale, porta a intendere il bene comune in una forma ancora più nihilistica e ancora più vitalistica rispetto a quella che sottostà alla dommatica del bene privato (vetero-liberalista) e che abbiamo identificata con la libertà negativa dei singoli individui di operare entro i limiti della loro *property* lockiana⁵¹.

Qualora, infatti, le condizioni per raggiungere la “perfezione” e dunque per liberamente sviluppare la propria “personalità” venissero intese al modo –per esempio– di *von Hayek*, come “ordine astratto che in una società libera [...] lascia (nda) indeterminato il grado in cui i molteplici bisogni particolari saranno soddisfatti”⁵², ciò porta *tout-court* alla modularità (e al disordine) strutturale del personalismo contemporaneo⁵³, il quale punto concepisce la perfezione del soggetto come piena e compiuta realizzazione della di lui volontà negativamente libera e la personalità di esso come autenticità (del volere) heideggerianamente intesa⁵⁴, come pulsione vitalistica, come –potremmo dire– felicità kantiana che egli esprime, per sé, nell’*hic et nunc* del suo

dades, esto es, los medios necesarios y convenientes, para conseguir el completo desarrollo de su personalidad natural de hombres y, por tanto, su felicidad terrestre y temporal de la vida presente” (R. P. S. Ramírez. *Pueblo y gobernantes al servicio del bien comun*. Ob. cit., 53).

51 È stato opportunamente rilevato, in merito, che “la desintegración del bien común está directamente relacionada con el desconocimiento de su primacía sobre un concepto distorsionado de bien individual o de ‘no interferencia’ sobre el individuo, el cual a su vez implica entender a la persona como un todo, como una totalidad, que se basta a sí, y en cuya existencia se agota su bien” (Ordóñez Maldonado, A. “Personalismo, libre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común”. In Ayuso, M. (a cura di). *El bien común*. Ob. cit., 100 e s.).

52 F. A. von Hayek (1986). *Legge, legislazione, libertà*. Milano. Il Saggiatore, 323.

53 Infatti “il personalismo contemporaneo è fortemente ipotecato dalla cultura di origine protestante che ha generato la soggettività moderna, vale a dire il soggettivismo nihilistico [...] così la persona della modernità ‘debole’, come lo Stato della modernità ‘forte’, si è eretta a sovrano nel senso bodiniano del termine: essa ‘riconosce’ esclusivamente la propria ‘signoria’ e afferma il proprio potere, ritenuto costitutivo del diritto [...]. L’ordine politico-giuridico ‘modulare’ del personalismo contemporaneo si rivela un surrogato del vero ordine, indispensabile a ogni persona e a ogni società [...]. L’ordinamento giuridico [allora (nda)] altro non sarebbe che un provvisorio ‘regolamento’ subordinato alle sempre mutevoli ‘decisioni’ della persona e, quindi, delle persone” (Castellano, D. *L’ordine politico-giuridico “modulare” del personalismo contemporaneo*. Ob. cit., 13 e ss).

54 È stato opportunamente osservato che per Heidegger “essere autentico significa essere autentico nel mondo, accettare le cose nel mondo come meramente fattuali e il proprio essere come meramente fattuale [...] siamo, in ultima analisi, di fronte alla mera fatticità o contingenza” [Strauss, L. (1998). “Introduzione all’esistenzialismo di Heidegger”. In Volpi, F. (a cura di). *Su Heidegger, cinque voci ebraiche*. Roma. Donzelli, 12], infatti –scrive Heidegger stesso– “l’esserci per essenza è via via la propria possibilità [onde (nda)] questo ente può nel suo essere ‘scegliere’ sé stesso, conquistarsi, perdersi, o conquistarsi solo ‘in apparenza’. Esso può essersi perso o non ancora conquistato, solo in quanto è per sua essenza possibilità di essere autentico, cioè a sé proprio” [Heidegger, M. (2011). *Essere e tempo*. Milano. Mondadori, 69].

atto volitivo. Sicché, in un tale contesto, viene proprio a mancare in termini radicali e assoluti –come implicitamente afferma Taylor, per esempio– uno spazio concettuale, il quale consenta anche solo di tratteggiare il contenuto del bene comune, o, per meglio dire, il contenuto comune del concetto di bene (o anche soltanto del paradigma del benessere)⁵⁵.

Il personalismo contemporaneo, invero, il quale permea gli Ordinamenti giuridici del nostro, soprattutto attraverso le strutture concettuali del costituzionalismo, intende il bene comune non alla stregua di un bene che ha in sé stesso una sostanza ontologica determinata dall'essere-in-sé della persona e dal suo ordine metafisico, quanto piuttosto alla stregua di un accordo socio-politico-giuridico sui meri mezzi che lo Stato stesso deve predisporre per gli individui, al fine di consentire a ciascuno di loro la realizzazione contingente del proprio auto-progetto⁵⁶, in altre parole... l'esercizio attuale del proprio diritto all'assoluta autodeterminazione del *velle*. Vero è, infatti, che se –come afferma Kant– “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona”⁵⁷, in quanto la felicità dell'uomo è slegata dalla sua natura e dipende solo dalla sua volontà autodeterminatesi, la condotta umana deve ritenersi “conforme al diritto” non quando essa sia in sé giuridica, in sé razionale, in sé buona, bensì “quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro”⁵⁸, la qualcosa –è evidente– impone proprio di considerare il diritto stesso e l'Ordinamento giuridico nel suo complesso come un mero “insieme

55 Taylor, infatti, sostiene che “una società liberale debba [congiuntivo nostro (nda)] rimanere neutrale [*id est*, indifferente sul piano sostanziale (nda)] riguardo alla vita buona [...] poiché in essa (nda)] non c'è posto per una nozione pubblica del bene” (Taylor, C. “La politica del riconoscimento”. In Habermas, J. - Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*. Ob. cit., 44 e s.), *ergo* –ricaviamo noi, parafrasando l'Autore– non c'è posto per una nozione né di bene comune *in se*, né di bene ↔ benessere privato, quale obiettivo operativo dello Stato-ordinamento che sia diverso dal mero “piano formale” di conformazione delle *properties* individuali, ovverosia dalla mera definizione esterna dei limiti della c.d. *privacy* soggettiva. Questo, ovviamente, porta –come osserva Castellano– “all'indifferentismo che, sul piano politico-giuridico, è costretto a sua volta a individuare il criterio di [e della (nda)] legittimità nel consenso modernamente inteso” (Castellano, D. *La verità della politica*. Ob. cit., 74); esso, infatti, proprio serve a rendere “legittima” (ovviamente solo sotto il profilo operativo) la normazione amministrativo-geografica che definisce gli ambiti del “privato”, o, per meglio dire, con le parole dell'art. 8 C.E.D.U., gli ambiti della “*privée et familiale*”.

56 Ciò significa, allora, che in siffatto contesto “el ordenamiento jurídico, para legitimarse, habría debido encontrar el consenso [...] de los ciudadanos [...] giacché (nda) lo público no debe tener opinión alguna acerca de la vida buena, sino que al contrario debe ser absolutamente indiferente” (Castellano, D. “¿Qué es el bien común?”. In Ayuso, M. (a cura di). *El bien común*. Ob. cit., 18 e s.).

57 Kant, I. “Sopra il detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”. In Kant, I. *Scritti politici*. Ob. cit., 255.

58 Kant, I. *Metafisica dei costumi*. Ob. cit., 34 e s.

delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio dell'altro"⁵⁹. E in ciò risiede –com'è evidente– la dissoluzione totale e radicale e della comunità politica e della convivenza civile, tutto riducendosi a una mera vicinanza geografica tra ἄπομοι.

In questo senso, allora e cioè nel senso di un Ordinamento strutturato e concepito per favorire quello che Ordóñez-Maldonado acutamente chiama “el libre desarrollo de nuestra animalidad”⁶⁰ e che, con altra espressione, potrebbe anche definirsi diritto all'assoluta autodeterminazione del *velle*, va letta e intesa proprio la dottrina costituzionalistica del nostro tempo e la sua costante evoluzione⁶¹. Essa, infatti, esplicitamente (come per esempio nell'art. 16 della Costituzione colombiana, nell'art. 10 della Costituzione spagnola *et coetera*) o implicitamente (come, sempre per esempio, nell'art. 2 della Costituzione italiana⁶²), si caratterizza e si qualifica segnatamente per la sua vocazione a consentire e a promuovere, nel massimo grado possibile, i “diritti soggettivi” modernamente intesi –si pensi ai cc.dd. diritti civili e alle varie “generazioni” di essi, secondo l'analisi bobbiana– i quali siano funzionali al libero sviluppo vitalistico di una personalità orba dello statuto ontologico suo proprio, in quanto riducendosi al mero compimento dei progetti che la persona medesima ha confezionato per sé e per sé intende realizzare⁶³.

59 *Ibidem*.

60 Ordóñez Maldonado, A. (2003). *Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad*. Bucaramanga. Universidad Santo Tomás.

61 Invero nell'ambito dei moderni Ordinamenti giuridici “prevale [presente nostro (nda)] la linea *lato sensu* ‘liberale’ che assume [presente nostro (nda)] la libertà come indifferenza garantita [proprio (nda)] dall'ordinamento giuridico positivo [... talché si arriva alla concezione della libertà (nda)] in termini adalativi” (Castellano, D. *Ordine etico e diritto*. Ob. cit., 58).

62 È oramai consolidato l'orientamento della Corte costituzionale, secondo il quale la disposizione *sub* art. 2 Cost. dev'essere intesa, come detto nel testo, in guisa di norma a “fattispecie aperta”, vale a dire alla stregua di una norma sotto il cui spettro di protezione abbiano a ricadere, a seconda delle interpretazioni del Dettato costituzionale, di volta in volta date dalla Corte stessa, tutti i vari diritti subiettivi che l'Ordinamento contempli in sé e che siano anche latamente riconducibili alla *ratio tutelae* della *Weltanschauung* costituzionale. I Giudici costituzionali (italiani), invero, con riguardo all'art. 2 Cost., hanno riaffermato “il carattere di detto parametro quale norma a fattispecie aperta, diretta a recepire e garantire le nuove esigenze di tutela della persona” (6 Febbraio 2006, Corte Costituzionale, Sentenza N° 61, Presidente Marini, Redattore Finocchiaro). Conformemente la Corte costituzionale si era espressa già con le Sentenze N° 561/1987 (sulla c.d. libertà/identità sessuale); N° 139/1990 (sul c.d. diritto alla *privacy*); N° 346/1989 (sui cc.dd. diritti degli invalidi/disabili); N° 559/1989 (sul c.d. diritto all'abitazione).

63 È stato opportunamente rilevato, infatti, che “el bien público ha terminado por consistir más que en la conservación del Estado, en la configuración del orden en todos los niveles y en todos los grupos sociales, de manera que el caos de valores, de principios, de fines y de medios sea también un valor en sí mismo que el Estado ha de preservar” (C. Martínez-Sicluna

Bibliografía

- Aristotele (2000). *Etica nicomachea*. Milano. Bompiani, p. 53 – 1094 b.
- Aristotele. *Politica*. Roma-Bari, Laterza, 20057.
- M. Ayuso Torres (2004). *L'Àgora e la piramide*. Torino. Giappichelli, pp. 42 et 63.
- D. Castellano (1993). *La razionalità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- D. Castellano (1997). *L'ordine della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- D. Castellano (2011). *Ordine etico e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, p. 31.
- D. Castellano (2002). *La verità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- D. Castellano (2013). “¿Qué es el bien común?”, in M. Ayuso (a cura di). *El bien común*. Madrid. Itinerarios – Fundación Elías de Tejada, pp. 13 – 25.
- A. Kojève (1989), *Linee di una fenomenologia del diritto*. Milano. Jaca Book, p. 115 .
- C. De Koninck (1952). *De la primacia del bien común contra los personalistas*. Madrid. Ediciones Cultura Hispanica, pp. 26 e s.
- R. Di Marco (2018). “Le paradoxe du bien-être contre le bien”, in *Catholica*. Parigi. *Catholica 140*, pp. 88 e ss.
- F. Galgano (2007). *La forza del numero e la legge della ragione*. Bologna. Il Mulino, pp. 7 e s.
- J. Habermas (2002). *Il futuro della natura umana*. Torino. Einaudi, p. 6.
- Martínez-Sicluna y Sepúlveda. “Las falsificaciones ideológicas del bien común”, in M. Ayuso (a cura di). *El bien común*, cit., p. 61.
- B. Montejano (2014), “Reportaje a Danilo Castellano”. in Centuriòn, Octubre – Noviembre 2014. Buenos Aires. Marcelo H. Loberto, p. 18.
- R. Pizzorni (2006). *Diritto, etica e religione*. Bologna. Edizioni Studio Domenicano, p. 557.
- J. J. Rousseau (2005). *Il contratto sociale*. Milano. Rizzoli, pp. 80 e s.
- C. Taylor (1998). “La politica del riconoscimento”. in J. Habermas – C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*. Milano. Feltrinelli, p. 51.
- San Tommaso. *De malo*. Art. I. Responsio.

y Sepúlveda. “Las falsificaciones ideológicas del bien común”. In Ayuso, M. (a cura di). *El bien común*. Ob. cit., 59).

**LA JUSTIFICACIÓN DE LA EUTANASIA INFANTIL:
APORÍAS DESDE EL *INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO*.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA T-544 DE 2017**
*The justification of child euthanasia:
Contributions from the superior interest of the child
Regarding Decision T-544 of 2017*

Ilva Myriam Hoyos Castañeda¹

Recibido: 28 de febrero de 2019

Aprobado: 15 de mayo de 2019

Resumen: El propósito del presente trabajo consiste en analizar, desde una perspectiva crítica y en el marco de la decisión que reconoció la llamada eutanasia infantil (Sentencia T-544 de 2017), la manera como la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional interpretó y aplicó en esta decisión judicial el interés superior del niño y cuál fue el peso que se le otorgó en la argumentación y en la decisión.

Palabras claves: Eutanasia; Corte Constitucional; Derechos del niño; Interés superior del menor.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze, from a critical perspective and within the framework of the decision that recognized the so-called infantile euthanasia (Decision T-544 of 2017), the manner in which the Fifth Chamber of Review of the Constitutional Court interpreted and it applied in this judicial decision the best interest of the child and what was the weight that was granted to him in the argumentation and in the decision.

1 Ex Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Correo electrónico: ihoyos.proc@gmail.com.

Keywords: Euthanasia; Constitutional court; Children's rights; Higher interest of the minor.

Sommario: Lo scopo di questo lavoro è quello di analizzare, da una prospettiva critica e nell'ambito della decisione che ha riconosciuto la cosiddetta eutanasia infantile (Sentenza T-544 del 2017), il modo in cui la Quinta Sezione di revisione della Corte costituzionale ha interpretato e ha applicato in questa decisione giudiziaria il miglior interesse del bambino e qual è stato il peso che gli è stato concesso nell'argomentazione e nella decisione.

Parole chiave: Eutanasia; Corte costituzionale; Diritti dei bambini; Maggiore interesse del minore.

Para citar este texto:

Hoyos Castañeda, I. M. (2019). "La justificación de la eutanasia infantil: Aporías desde el *interés superior del niño*. A propósito de la Sentencia T-544 de 2017", *Prudentia Iuris*, N° 87, pp.

A manera de introducción

En 2017, Colombia pasó, a través de una decisión de amparo (acción de tutela) de la Corte Constitucional, a ser el tercer Estado en el mundo en aceptar la eutanasia infantil, a través de la figura del "derecho a la muerte digna", que ya tenía precedente en las legislaciones de Holanda (2001) y Bélgica (2014).

Con esta decisión se continuó un proceso, especialmente de carácter judicial, iniciado por ese Alto Tribunal veinte años atrás (1997) y que ha tenido su desarrollo en una sentencia de constitucionalidad y en seis sentencias de tutela, las que, si bien son todas relativas a la eutanasia, no son coincidentes entre sí; proceso también de carácter administrativo por la reglamentación expedida.

La Sentencia de constitucionalidad (C-239 de 1997) reconoció "el derecho a morir dignamente"², declaró exequible de manera condicionada la

2 La Corte consideró: "El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP, art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto". Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; S. V. José Gregorio Hernández; S. V. Vladimiro Naranjo Mesa; S. V. Hernando Herrera Vergara; A. V. Eduardo Cifuentes Muñoz; A. V. Jorge Arango Mejía y Carlos Gaviria Díaz).

norma del Código Penal relativa al homicidio por piedad (artículo 326³), por considerar que, a pesar de la omisión normativa absoluta, (i) “en el caso de los enfermos terminales” y (ii) si concurre “la voluntad libre del sujeto pasivo del acto”, (iii) “no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor” porque “la conducta está justificada” (primer resuelve). Con base en este precedente judicial, proferido por la Sala Plena, en ejercicio del control abstracto de las normas legales, las sentencias de tutela, en las que la Corte ha actuado como tribunal de cierre a través de las respectivas Salas de Revisión, han desarrollado, ampliado y, en algunos casos, modificado la sentencia-hito de 1997 sobre “el derecho a la muerte digna”.

La finalidad de este escrito no radica, sin embargo, en presentar las etapas más relevantes del camino o tránsito jurídico entre la despenalización condicionada del homicidio pietístico, el carácter fundamental del derecho a morir dignamente y del derecho de los niños a la muerte digna, que sería tanto como desarrollar el *iter* de la “pendiente resbaladiza”⁴ de la eutanasia en Colombia.

Su propósito es otro: consiste en analizar, desde una perspectiva crítica, y en el marco de la decisión que reconoció la llamada eutanasia infantil (Sentencia T-544 de 2017⁵), la manera como la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional interpretó y aplicó en esta decisión judicial *el interés superior del niño* y cuál fue el peso que se le otorgó en la argumentación y en la decisión. Principio dinámico, abierto, mandato de optimización, que, si bien otorga al juez constitucional un amplio “margen de apreciación”, le compromete aún más en el deber de *fallar justificadamente*, porque toda decisión judicial exige estar correctamente justificada tanto por su forma (estructura lógica) como por su fondo (fuerza o peso de las premisas o de las razones judiciales).

El razonable “margen de apreciación” impone al juez una exigencia de razonar suficientemente, de soportar en premisas las razones y, de ser posible, las buenas razones –consistentes, plausibles, convincentes– de sus deci-

3 El texto de la norma acusada fue el siguiente: Decreto N° 100 de 1980. “Artículo 326. *Homicidio por piedad*. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

4 Este proceso podría explicarse a través del argumento de la “pendiente resbaladiza” o del “plano inclinado”, que puede sintetizarse en la siguiente fórmula: Si se da un paso por una pendiente resbaladiza será muy difícil volver atrás o quedarse en ese punto y evitar caer en fondo. Por lo tanto, si no se quiere ese resultado, no se debe dar el primer paso en esa dirección. O, para decirlo en forma más gráfica: si se da el paso A, que es el límite de la pendiente, se darán los pasos B, C, D...Z, que llevan hasta el fondo de la pendiente.

5 Corte Constitucional, Sentencia T-544 de 2017 [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. La Sala Quinta la integraron Iván Humberto Escrucería Mayolo (M. E.) y Cristina Pardo Schlesinger, con aclaración y salvamento parciales de voto]. Se citará Sentencia T-544 de 2017.

siones, porque a través de ellas se resuelven problemas jurídicos concretos y se actualizan bienes (derechos) para la persona o las personas.

Estimo necesario insistir en esta tesis que sirve de premisa para el desarrollo de este artículo: la actividad judicial no está exenta, porque es de carácter libre (actividad de índole racional y volitiva), de ese “margen de apreciación” tanto respecto de los hechos como de las fuentes jurídicas. Pero en tanto actividad reglada, el juez tiene que fallar con base en el ordenamiento jurídico y teniendo en cuenta la misma estructura de la interpretación y determinación del Derecho, como medios para la realización de la justicia. Los jueces, por tanto, deben dar cuenta de las razones a través de las cuales adoptan una decisión judicial; razones que han de estar enmarcadas en las particularidades del caso, examinando de la mejor manera posible la situación fáctica, pero también dando cuenta de las razones jurídicas que les sirven para valorar la realidad desde la perspectiva de la justicia y *dar a cada uno lo suyo*, así como actuar con prudencia jurídica, entendida como la *recta razón en el obrar jurídico*⁶. Ese razonable “margen de apreciación” no puede, en consecuencia, confundirse con una arbitraria “discrecionalidad judicial”, así sea presentada a través de una habilidosa argumentación que le sirve de mero ropaje al fallo proferido.

Por eso resulta significativo determinar y evaluar el proceder de los jueces y, en orden a esa finalidad, un medio puede ser conocer cómo justifican las decisiones en el plano eminentemente racional o si van más allá y se adentran en los supuestos mismos de las razones justificativas a través de la fundamentación de sus decisiones.

En el caso del llamado “derecho a la muerte digna”, o “derecho a morir dignamente”, o “derecho a morir con dignidad”, se torna mucho más compleja “la justificación” o “la fundamentación” cuando el sujeto pasivo de la acción eutanásica es una persona menor de edad, situación que exige una mayor carga argumentativa que justifique frente a un “caso difícil” una decisión justa. Si los jueces para sustentar sus decisiones deben ejercer una razonable motivación, ésta ha de tener una mayor intensidad en el caso de las personas menores de edad no sólo para generar legitimidad en la decisión, sino para garantizar que a los niños se les otorgue un tratamiento prevalente, por ser sujetos de especial protección *iusconstitucional*, *iusconvencional*, así como *iusfundamental*.

En este sentido, recurrir a los principios como criterio de evaluación del proceder judicial, en este caso, el *interés superior del niño* no debe resul-

6 Sobre este tema confrontar: Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons Argentina.

tar extraño, porque si los principios son exigencias de justicia, este principio ha de expresar en un caso concreto la mejor y mayor realización humana. Intentar, por tanto, valorar la determinación y el proceder de la Corte Constitucional en su decisión de extender el derecho de la muerte digna a los menores de edad es una manera de adentrarse en “la justificación” o en “la fundamentación” de esta decisión judicial; pero también un medio para dar a conocer esas razones, porque las reglas de conducta que se adoptan en los fallos judiciales no sólo deben ser susceptibles de ser *razonadas*, sino que esas *razones* deben ser susceptibles de ser *comunicadas* y esas mismas razones deben ser susceptibles de ser *controvertidas*.

Para conocer cuál es la vía recorrida por la Sala de Revisión hay que adentrarse en la Sentencia T-544 de 2017. Para tal efecto, presentaré, de manera inicial, unas consideraciones sobre el principio del interés superior del niño para determinar los criterios de evaluación y así procurar entender cómo se argumentó y justificó la decisión respecto de la eutanasia infantil. Posteriormente, analizaré la situación fáctica y el *iter* argumentativo en relación con el *interés superior del niño* para evaluar la “justificación interna” y “la justificación externa” de la decisión. Concluiré presentando algunas de las aporías de ese cuestionado y controvertido fallo.

1. De vuelta sobre el interés superior del niño

Reconociendo que el *interés superior del niño* puede abordarse desde perspectivas diversas, y que es necesario precisar, a través de las cuales se evaluará la Sentencia T-544 de 2017, presentaré, de manera muy sucinta, algunas consideraciones respecto a la manera cómo este principio ha sido interpretado en la Convención sobre los Derechos del Niño, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la legislación colombiana, con la finalidad de determinar cuáles son las notas o características esenciales en la decisiones que con base en él se adopten.

a) De nuevo sobre los alcances del interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño

El enunciado normativo “interés superior del niño” fue introducido, primero, en las legislaciones domésticas (Francia, Italia y Reino Unido)⁷ y,

7 Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, 903 y sigs.

posteriormente, se inició el proceso de su recepción a nivel internacional, de manera muy incipiente, en la Declaración de Ginebra (1924), mencionado formalmente en la Declaración de los Derechos del Niño (1959), y finalmente reconocido y desarrollado como uno de los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)⁸, eje axial de esta Convención, interpretado y desarrollado ampliamente en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013)⁹, que desarrolló el artículo 3.1 de la citada Convención.

Interés superior entendido como “concepto dinámico”¹⁰ y que debe evaluarse adecuadamente en cada caso concreto. Su objetivo “es el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Constitución y el desarrollo holístico del niño”¹¹. Y como la Convención no establece una jerarquía de derechos, ningún derecho debe ser perjudicado por una interpretación negativa de este concepto.

El *interés superior del niño* es, a su vez, (i) un *principio interpretativo fundamental*, en el sentido de que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”¹²; (ii) un *derecho sustantivo* del niño para que sea no sólo “una consideración primordial” sino, más bien, “la consideración primordial”¹³ al evaluar, analizar, juzgar y adoptar las decisiones a través de las cuales se decida en sede jurisdiccional o administrativa la cuestión debatida; (iii) un *procedimiento* porque en el proceso de de-

8 El artículo 3.1. de la Convención establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

9 En esta Observación se precisó que el artículo 3º, párrafo 1, de la Convención, implica para los Estados Parte una triple obligación: (i) la de garantizar que este principio se “integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y [en] los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños”; (ii) la de velar porque “todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño y la importancia que se ha atribuido en la decisión”, y (iii) la de garantizar que este principio “se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño”. Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párrafo 1). Se citará CRC C/GC/14.

10 CRC C/GC/14, párrafo 1.

11 CRC C/GC/14, párrafo 4.

12 CRC C/GC/14, párrafo 6 b).

13 CRC C/GC/14, párrafo 6 a).

terminación de las órdenes que la autoridad del caso deba impartir siempre “deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño”¹⁴.

De otra parte, en la citada Observación General N° 14, el Comité de los Derechos del Niño introdujo los conceptos de “evaluación” y de “determinación” como elementos determinantes del *interés superior del niño*, que ya eran usados en el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La *evaluación o estimación del interés superior del niño* la entiende el Comité como la “actividad singular que debe realizarse en cada caso”¹⁵, que consiste en la contextualización de la situación concreta en la que está involucrado un menor de edad, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada niño que lo hacen único e irrepetible, como son su edad, sexo, grado de madurez, experiencia, contexto social y cultural en el que vive y se desenvuelve, o la calidad de la relación entre el niño y su familia, así como el entorno en relación con su seguridad. Esa singularidad y especificidad de cada caso, por lo demás, implica hacer énfasis en unos elementos sobre otros y, en todo caso, la autoridad competente deberá ponderar esos elementos con la finalidad de determinar en la situación específica cuál es la decisión acorde con ese interés.

La *determinación del interés superior del niño* es la “evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva a la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí”¹⁶. Lo que quiere decir que, en esta etapa, y en orden a la decisión que deba ser adoptada, deben ponderarse, analizarse y armonizarse las diversas situaciones con el fin de determinar cuál es en el caso concreto el *interés superior del niño*, siempre teniendo en cuenta su desarrollo físico, emocional, cognitivo y social para evaluar su nivel de madurez.

Ahora bien, en todo caso, en una y otra etapa, *la de la valoración y la de la determinación*, se deben ponderar los diversos elementos, dependiendo de la naturaleza del caso, ya que no todos tienen la misma pertinencia en una decisión concreta. Lo anterior, en tanto el Comité reconoce que “[e]l contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general”¹⁷ y que la ponderación de los diversos elementos implica tener siempre presente que la valoración y la determinación del *interés superior del niño* está ordenada a garantizar el pleno y total disfrute de sus derechos fundamentales.

14 CRC C/GC/14, párrafo 6 c).

15 CRC C/GC/14, párrafo 48.

16 CRC C/GC/14, párrafo 49.

17 CRC C/GC/14, párrafo 80.

b) De nuevo sobre el enunciado normativo “interés superior del niño” en Colombia

Por su parte, en Colombia el *interés superior del niño* es de raigambre constitucional, en tanto se encuentra reconocido en el artículo 44, norma que define el alcance de los derechos de los niños¹⁸, que ha sido desarrollada ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir del reconocimiento de que los niños son personas titulares de derechos fundamentales y sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual implica que la garantía, la protección y la efectividad de sus derechos debe constituir la finalidad esencial de toda aquella actividad pública o privada que les concierna.

Además, Colombia es signataria de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que este principio también es reconocido, como, por ejemplo, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)¹⁹; Convenciones incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley N° 12 de 1991 y la Ley N° 1.346 de 2009, respectivamente.

El *interés superior del niño* ha estado presente aún antes de que se expidiera la Ley N° 1.098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) y de que se regulara en esta normatividad. En efecto, la Corte Constitucional

18 Esta norma establece: (i) la *fundamentalidad expresa* de los derechos de los niños, no sólo los que se enuncian en el articulado, sino de los demás derechos de los que son titulares todas las personas y han sido reconocidos en la Constitución, en las leyes y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; (ii) la *titularidad* no sólo de los derechos enunciados en la norma, sino también de los que se encuentran reconocidos en la Constitución, las leyes y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia; (iii) la *protección* especial de los niños frente a riesgos prohibidos; (iv) la *obligatoriedad* de la familia, la sociedad y el Estado “de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; (v) la *exigibilidad, el cumplimiento y el restablecimiento* de los derechos de los niños por parte de cualquier persona y la solicitud de sanción para quienes hayan amenazado o vulnerado sus derechos; y (vi) la *prevalencia de sus derechos*.

19 Esta Convención reconoce el principio del *interés superior del niño* en la siguiente forma: “Artículo 7°. *Niños y niñas con discapacidad*. 1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

ya lo había considerado como “un concepto de suma importancia”²⁰, y que, a pesar de su carácter eminentemente abstracto y su alto grado de indeterminación, es esencial para asegurar la protección integral de los derechos del niño y en diversos pronunciamientos fue precisando su contenido.

Tal es el caso de la Sentencia T-408 de 1995, en donde determinó, acogiendo la doctrina de esa época, aunque esa interpretación ha permanecido invariable en su jurisprudencia, sus notas esenciales, las que sintetizó así: (i) *real*, es decir, debe hacer relación a las particulares necesidades y las especiales aptitudes físicas y psicológicas del niño; (ii) *independiente* del criterio arbitrario de los demás; (iii) *relacional*, “pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio”; y (iv) *bien* porque “tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor [de edad]”²¹.

En esa misma línea, más recientemente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-683 de 2015, ha insistido en la tesis de que *interés superior del niño*, como criterio hermenéutico de naturaleza real y relacional, debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso y de cada niño particular, así como aquéllas en las que se configure una colisión de derechos, que debe ser resuelta considerando el contenido y la ponderación de ese interés. En un esfuerzo por sistematizar la jurisprudencia constitucional, la Corporación fijó dos criterios para identificar cuándo puede estar involucrado ese principio y cómo debe orientarse el análisis y la resolución de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales del niño, a saber: (i) *las condiciones jurídicas* o “pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio *pro infans*)”²² y (ii) *las condiciones fácticas* o “las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado”²³.

Ese también es el alcance que se le da en el artículo 8° la Ley N° 1.098 de 2006, que define el *interés superior del niño* como el “imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Asimismo, en esa normativa se reconoce el carácter de criterio de interpretación y aplicación para la protección integral del niño (artículo 7°); se positiviza, en caso de conflicto entre las normas aplicables, el principio de favorabilidad en la determinación de la prevalencia de sus derechos (artículo 9°).

20 Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

21 *Ibidem*.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

23 *Ibidem*.

De esta forma, el *interés superior del niño*, al que también la Corte Constitucional le ha reconocido su dimensión de principio, derecho y procedimiento²⁴, tiene “una caracterización jurídica específica”²⁵, que consiste, por una parte, en el reconocimiento al niño de la titularidad de derechos fundamentales, su condición de ciudadano, en un contexto especial de protección integral y en el marco de un Estado Social y de Derecho, que vincula a la familia y a la sociedad en el desarrollo equilibrado de su personalidad que le permita, en un ambiente de respeto, cuidado y ayuda, el disfrute pleno y efectivo de los derechos de los que es titular, así como la armónica convivencia en la sociedad; pero también es una exigencia o un imperativo, que internacionalmente obliga al Estado, para que las autoridades judiciales o administrativas integren, interpreten, apliquen, ponderen y armonicen este interés de manera sistemática en todas las medidas o decisiones que conciernan o afecten a los niños.

Ahora bien, si para precisar ese *interés superior* en un caso concreto deben tenerse en cuenta las *etapas de evaluación* y de *determinación*, así como sus *condiciones fácticas y jurídicas*, que forman parte de lo que el Comité de los Derechos del Niño y la Corte Constitucional han reconocido como la dimensión procedimental de este principio, esas etapas y condiciones corresponden a la exigencia de que los jueces deben fallar justificadamente, con lo cual si no se da una justificación correcta, adecuada o suficiente, se desconoce el *interés superior del niño* y, por ende, se afecta su dimensión de principio y de derecho.

De ahí que la justificación de una decisión judicial o administrativa respecto de un niño, que tiene una protección reforzada, resulta ser especialmente exigente, porque el *deber de fallar justificadamente* es una exigencia del *interés superior del niño*, que implica ser especialmente riguroso en lo que la doctrina ha llamado “la justificación interna”, ordenada a buscar que el razonamiento judicial se muestre “como producto de un ejercicio coherente o lógico”²⁶ y también en “la justificación externa” en la que, además, ese razonamiento dé “cuenta debidamente de las fuentes jurídicas y de sus respectivos puntos de apoyo por medio de los cuales se conceden derechos o atribuyen obligaciones”²⁷. Para ello, es necesario conocer cuál es la estructura del razonamiento judicial, la coherencia entre las premisas y sus conclusiones; pero también analizar las razones sustantivas en apoyo de cada una de esas premisas, porque la justificación en materia judicial, mucho más si compromete a un niño, “apunta a que las decisiones judiciales

24 Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 2017 (M. P. María Victoria Calle Correa).

25 *Ibidem*.

26 Mora Restrepo, G. *Justicia constitucional...* Ob. cit., 365.

27 *Ibidem*.

tomadas por los jueces sean el resultado de argumentos identificables y ordenados por la vía de la lógica, y además, que sean relevantes y apropiados justificadamente, por vía de fondo o materia, para la resolución de los casos concretos”²⁸.

Ésta será la vía para dar cuenta de “la justificación interna” y “la justificación externa” de la Sentencia T-544 de 2017. Para tal efecto, es necesario precisar la situación fáctica, así como el *iter argumentativo* de la citada decisión judicial, respecto al *interés superior del niño*.

2. En torno a los hechos de la Sentencia T-544 de 2017

Los padres de un adolescente, de trece años de edad, que padecía una parálisis cerebral severa desde su nacimiento y otras graves patologías derivadas de aquélla (epilepsia, escoliosis, displasia de cadera bilateral y reflujo gastroesofágico severos), elevaron un derecho de petición, el 6 de octubre de 2016, a una entidad prestadora de salud (EPS) con el propósito de que se llevara a cabo a su hijo la valoración prevista en la Resolución N° 1.216 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social²⁹ para que pudiera hacerse efectivo el derecho del niño a morir con dignidad. Esta solicitud no fue contestada por la EPS.

Ante este silencio, los padres del adolescente presentaron, el 18 de noviembre de 2016, acción de tutela para que se les diera respuesta al derecho de petición y para que el juez constitucional amparara los demás derechos que habían sido vulnerados. En el desarrollo del trámite judicial, la EPS, el 22 de noviembre del mismo año, dio respuesta a los progenitores del menor de edad, en el sentido de que no se evidenciaba que se hubiera dado inicio al procedimiento establecido para determinar si el adolescente-paciente era candidato o no al procedimiento de la eutanasia y solicitó al juzgado denegar el amparo solicitado por carencia actual del objeto.

El juez constitucional en decisión de única instancia, el 28 de noviembre del mismo año, concedió el amparo al derecho fundamental de petición y ordenó a la correspondiente EPS para que en un término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la sentencia, diera respuesta de fondo y de manera clara y suficiente a la petición presentada por los accionantes. Del mismo modo, ordenó que se les informara de mane-

²⁸ Mora Restrepo, G. *Justicia constitucional...* Ob. cit., 366.

²⁹ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución N° 1.216 de 2015, “[p]or medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la Sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad”.

ra minuciosa sobre la situación médica del menor de edad y se les indicara el procedimiento a seguir, según los criterios establecidos por la ya citada Resolución N° 1.216 de 2015, que reguló el “procedimiento a morir con dignidad” para las personas mayores de edad.

Luego de haber estado hospitalizado durante casi una semana, el 15 de marzo de 2017, el adolescente-paciente murió, a la edad de catorce años, como consecuencia de una insuficiencia respiratoria aguda.

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, previas algunas actuaciones de la Magistrada sustanciadora³⁰, profirió la Sentencia T-544 de 2017 en la que, por una parte, (i) confirmó el fallo de tutela proferido por el juez de instancia y amparó el derecho de petición de los accionantes, “a pesar de haberse configurado la carencia actual de objeto por daño consumado, como consecuencia de las reiteradas y prolongadas omisiones” de la EPS (primer resuelve); pero también (ii) adoptó otras órdenes dirigidas a la entidad prestadora de salud, a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social, así como a la Defensoría del Pueblo con la finalidad de garantizar de manera más efectiva el derecho de los niños a la muerte digna³¹ (segundo a séptimo resuelve).

30 Esas actuaciones fueron la vinculación al trámite de la acción de tutela al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud. La Magistrada Sustanciadora decretó diversas pruebas.

31 Las otras órdenes impartidas fueron las siguientes: (i) a la EPS para que no vuelva a incurrir en conductas vulneradoras de los derechos fundamentales como las que se dieron en este caso y que “preste en forma adecuada y oportuna los servicios de salud y trámite, de forma oportuna, seria y celer, las solicitudes relacionadas con el ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna” (segundo resuelve); (ii) a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el ámbito de sus competencias, valore si debe iniciar investigación contra la EPS, en esa valoración de los hechos “debe considerar que se trataba de un sujeto de especial protección constitucional por dos vías, era un menor de edad y se encontraba en situación de discapacidad” (tercer resuelve); (iii) al Ministerio de Salud y Protección Social para que, (a) en un término de cuatro (4) meses, las entidades prestadoras de salud, “cuenten con comités interdisciplinarios, tales como los reglamentados en la Resolución N° 1.216 de 2015, en aras de garantizar el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes” (cuarto resuelve); (b) sugerir que se adopte “un protocolo médico para que sea discutido por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para la realización de los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente de los Niños, Niñas y Adolescentes” (ibídem) y (c) presentar, en ejercicio de su iniciativa legislativa y dentro del año siguiente a la expedición de esta Sentencia, “un proyecto de ley en el que proponga la regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y para Niños, Niñas y Adolescentes, en la que considere los presupuestos y criterios establecidos por toda la jurisprudencia de esta Corporación” (quinto resuelve); (iv) al Congreso de la República le reiteró el exhorto para que, en el término de dos años, regule el derecho fundamental a morir dignamente para los mayores de edad y para los niños y adolescentes, teniendo en cuenta los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional (sexto resuelve); (v) a la Defensoría del Pueblo le invitó, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, a dar a conocer la sentencia y al “cumplimiento de las órdenes impartidas

La decisión de la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional que profirió la T-544 de 2017, integrada por tres Magistrados, no estuvo exenta de discrepancias a su interior porque sólo obtuvo el voto favorable de dos Magistrados, uno de ellos actuando a título de encargo, la otra Magistrada presentó aclaración y salvamento parciales de voto. Acompañó la decisión contenida en los tres primeros resuelve de la Sentencia, por las reiteradas y prolongadas omisiones de la EPS, y expresó que actuó “con fundamento en la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, cual es la sentencia de constitucionalidad C-239 de 1997”³²; sin embargo, respecto de ella presentó su “posición frente a la línea jurisprudencial”³³ instaurada. Y se apartó de los resuelve cuarto a séptimo por considerar que desconocían el citado precedente judicial y por estimar que ese tipo de regulaciones debían ser adoptadas por el Congreso de la República.

Con base en la situación fáctica, la Corte estimó que no sólo debía pronunciarse sobre la posible afectación del derecho de petición, sino también respecto de la indebida prestación de los servicios de salud, así como sobre la vulneración del derecho a la muerte digna. Y planteó la existencia de tres problemas jurídicos concretos, relativos al derecho a la salud, al derecho de petición y a las implicaciones en los derechos del adolescente de la falta de regulación sobre los derechos de los niños a la muerte digna.

La Sala desarrolló una amplia temática para resolver los problemas planteados y presentar las consideraciones previas a las decisiones adoptadas, entre las que incluyó el carácter prevalente de los derechos de los niños, que desarrolló con base en el principio del interés superior del niño, y el derecho fundamental a la muerte digna, así como las barreras para materializar ese derecho³⁴.

Teniendo en cuenta esta situación fáctica y la finalidad de este escrito, no analizaré de manera particular cada una de las temáticas que fueron abordadas en la citada Sentencia, sino que me detendré a presentar la manera como la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional justificó

al público en general con el fin de generar conciencia de derechos, agencia ciudadana y debate público” (séptimo resuelve).

32 Pardo Schlesinger, Cristina. Aclaración y salvamento parciales de voto, considerando 1°. Se citará ASVP-PSC-ST-544-2017.

33 *Ibidem*.

34 Las temáticas abordadas por la Sala Revisión fueron las siguientes: (i) la carencia actual de objeto por daño consumado y la competencia del juez de tutela para pronunciarse de fondo en el asunto puesto a su conocimiento; (ii) el carácter prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con énfasis en el derecho a la salud; (iii) el derecho fundamental de petición y su relación con la prestación de servicios de salud y el ejercicio de otros derechos fundamentales; (iv) el derecho fundamental a la muerte digna, desarrollo jurisprudencial y normativo; y finalmente, (v) el caso concreto.

el derecho de los niños a una muerte digna, las problemáticas, los vacíos y desafíos que surgen de ese reconocimiento, a partir del interés superior del niño, lo que exige reconstruir el *iter* argumentativo de la Sentencia T-544 de 2017 en relación con esta temática.

3. Iter argumentativo sobre el interés superior del niño en la Sentencia T-544 de 2017

La T-544 de 2017 abordó en un epígrafe, con el título “El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia. Reiteración de jurisprudencia” (considerandos 17-20), el enunciado normativo “interés superior del niño”, aunque en otros apartados del fallo también hizo mención de él.

La Sala Quinta de Revisión partió de la premisa de que “el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es relativamente reciente”³⁵ y, en su apoyo, citó las Sentencias T-044 de 2017 y T-955 de 2013³⁶. El inicio de ese reconocimiento lo situó en la Convención sobre los Derechos del Niño que, además del *interés superior del niño*, se estructuró en el principio de igualdad y no discriminación (artículo 2.1), en la efectividad y prioridad absoluta de sus derechos (artículo 3.1) y en la participación solidaria (artículo 5°).

Posteriormente, citó el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionó el artículo 44 constitucional y transcribió el artículo 8° de la Ley N° 1.098 de 2006. Con base en estos documentos jurídicos, confirmó la tesis, reiterada en la jurisprudencia, de que los niños “no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico”³⁷.

Y, en orden a determinar cómo opera ese interés superior en una decisión judicial, citó la Sentencia T-510 de 2003³⁸ para recordar los estándares de satisfacción que deben tener las decisiones que afecten los derechos de los niños, tanto los de carácter fáctico (exigen se analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso), como los de carácter jurídico (suponen tener presente los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico) para promover el bienestar del niño.

Prosiguió con la transcripción de un párrafo de esta última sentencia para poner de presente el “margen de discrecionalidad” que tienen los jueces

35 Sentencia T-544 de 2017, considerando 17.

36 En ambas sentencias, el Magistrado Ponente fue Luis Ernesto Vargas Silva.

37 Sentencia T-544 de 2017, considerando 17.

38 Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

al evaluar y aplicar las disposiciones relevantes de un caso en los que estén implicadas personas menores de edad.

A continuación, recordó las reglas establecidas por la jurisprudencia para determinar ese interés superior, las que sintetizó en la siguiente forma: (i) garantizar el derecho integral de los niños, las niñas y los adolescentes; (ii) asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos; (iii) protegerlos de riesgos prohibidos; (iv) equilibrar los derechos de los niños con los derechos de sus familiares, en todo caso si ese equilibrio se altera debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los menores de edad; (v) garantizar un ambiente familiar para su desarrollo; (vi) justificar la intervención en las relaciones familiares y (vii) evitar cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados. Sin detenerse, sin embargo, a desarrollar cada una de esas reglas en relación con el caso objeto de debate constitucional.

Reconoció el “carácter transversal”³⁹ del *interés superior del niño* y, afirmó que, si al resolver un caso concreto pueden resultar afectados los derechos de los niños, “al emitir la decisión se debe apelar al principio del interés superior del niño”⁴⁰. Tesis que repitió más adelante, en los siguientes términos: “[...] en suma, al adoptar la decisión se debe apelar al principio de primacía de su interés superior”⁴¹.

Concluyó este epígrafe reiterando que, cuando no sea claro “cómo se satisface dicho interés, se deben presentar las consideraciones fácticas y jurídicas necesarias con base en los criterios jurisprudenciales establecidos, bajo la comprensión del margen de discrecionalidad de los funcionarios administrativos y judiciales que adelantan la labor de protección de niños, niñas y adolescentes”⁴².

A todas luces, las consideraciones precedentes resultan insuficientes para tratar de valorar, con base en los criterios anteriormente precisados, la justificación de la decisión de la Corte Constitucional en relación con la eutanasia infantil, porque, si bien es cierto que en el epígrafe específico sobre el tema pudo haberse contextualizado de manera insuficiente las exigencias y el contenido del *interés superior del niño*, en otros apartados procuró dar un paso más allá.

En efecto, la Sala en otras tres ocasiones hizo referencia al *interés superior del niño*, en considerandos que están ubicados en el epígrafe “El derecho fundamental a la muerte digna de los NNA: un derecho reconocido pero negado de *facto* por la ausencia de reglamentación” (considerandos 37-38).

39 Sentencia T-544 de 2017, considerando 19.

40 Sentencia T-544 de 2017, considerando 20.

41 Sentencia T-544 de 2017, considerando 42.

42 Sentencia T-544 de 2017, considerando 20.

Con independencia del título de este epígrafe, cuestión que abordaré más adelante, he de llamar la atención respecto de la explícita mención al *interés superior del niño* en este apartado de la sentencia.

La primera, al considerar que, si sólo son “titulares del derecho” a la muerte digna los mayores de edad, ello “implicaría la violación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes previsto en el artículo 44 Superior”⁴³. La Sala, sin embargo, omitió dar las razones para sustentar esta afirmación.

Las otras dos menciones están ubicadas en la parte de la Sentencia en las que enunció las subreglas en relación con el derecho de los niños a la muerte digna, de manera especial la (vii) porque el *interés superior del niño*, así como el principio de igualdad y no discriminación, imponen un “tratamiento análogo”⁴⁴ al que se da a las personas mayores de edad y, por tanto, en razón de ese “tratamiento” los niños son “titulares de este derecho fundamental”⁴⁵ y la (viii) porque “un razonamiento en contrario avalaría el desconocimiento del interés superior de los NNA”⁴⁶.

Estas tres cuestiones desarrollan temáticas diversas, pero en dos de ellas la argumentación para justificar la existencia del derecho del niño a la muerte digna se recondujo a la dignidad humana. Y este nuevo soporte argumentativo resulta comprensible, por lo menos, por tres razones. La primera, porque el derecho a la muerte digna tiene íntima relación con la dignidad humana. La segunda, porque si la dignidad es el presupuesto de todo principio y de todo derecho, el *interés superior del niño* no puede configurarse o precisarse sin tener en cuenta la dignidad humana ni la dignidad del niño. La tercera, porque es exigencia, derivada de ese *interés superior*, la armonización de las fuentes del Derecho a través de las cuales puedan darse razones para resolver un caso concreto en favor de los derechos del niño.

En efecto, la propia Sala reconoció que “la previsión de la eutanasia”⁴⁷, en particular la de los niños, “genera diversas reflexiones, polémicas y cues-

43 Sentencia T-544 de 2017, considerando 37.

44 El texto de la subregla (vii) es el siguiente: “[...] en virtud de los principios de igualdad y no discriminación, defensa del interés superior de los NNA, la efectividad y prioridad absoluta de los derechos de los NNA, y de la ausencia de argumentos razonables para hacer una diferencia, se impone un tratamiento análogo, es decir, los NNA son titulares de este derecho fundamental”. Sentencia T-544 de 2017, considerando 50.

45 *Ibidem*.

46 El texto de la subregla (viii) es el siguiente: “[...] un razonamiento en contrario avalaría el desconocimiento del interés superior de los NNA y llevaría a admitir que el Estado impide que los adultos sufran intensamente como consecuencia de una enfermedad en fase terminal, pero no lo hace con los NNA, pues con ellos si es permisible el padecimiento de sufrimientos que comportarían tratos crueles e inhumanos, con la consecuente afectación de su dignidad”.

47 Sentencia T-544 de 2017, considerando 38.

tionamientos”, por “las tensiones [...] entre el bien jurídico de la vida, la concepción y el alcance de este bien, la dignidad humana y el sometimiento a intensos sufrimientos y dolores”⁴⁸. Y se limitó a reconocer que estas tensiones “son susceptibles de ser abordadas desde diferentes áreas y perspectivas”⁴⁹ y recurrió a la legislación de Bélgica y Holanda porque en estas legislaciones las tensiones entre esos bienes “han sido definidas en favor del derecho a la dignidad de los niños”⁵⁰. Omitió, sin embargo, hacer referencia a otras legislaciones que no aprueben la eutanasia en los menores de edad.

Por otra parte, la estrategia de recurrir al Derecho Comparado condujo a la Sala de Revisión a abordar el problema de determinar la edad para que el niño pueda expresar libremente su consentimiento y pueda aplicársele el procedimiento eutanásico. Y, en relación con este tema afirmó que, “con independencia de esas discusiones”⁵¹, respecto de las cuales prefirió guardar silencio, en el ordenamiento jurídico colombiano la dignidad es principio fundante y derecho autónomo y que “el reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la muerte digna obedece a la dignidad humana”⁵², la cual “obliga a reconocer la titularidad”⁵³ de ese derecho a “los niños, niñas y adolescentes”⁵⁴ e impide al Estado y a terceros que se les imponga “la prolongación de la vida por un limitado espacio de tiempo, en la medida que se trata de enfermos en fase terminal, y a obligarlos a soportar graves sufrimientos e intensos dolores”⁵⁵.

Es razonable, por tanto, afirmar que la Sala de Revisión “apeló” al *interés superior del niño*, pero ésta no fue “la consideración primordial”, ni de su argumentación ni de su decisión, porque recondujo este interés a la *dignidad humana*, en el intento de procurar dar razones en favor de las dos premisas centrales del fallo: el reconocimiento, aun antes de proferir la Sentencia T-544 de 2017, del derecho de los niños a la muerte digna, en especial al procedimiento de la eutanasia; y el desconocimiento de *facto* de ese derecho por la ausencia de legislación.

Si está desarrollado el *iter* argumentativo de la T-544 de 2017 en relación con el *interés superior del niño*, resta por abordar si este interés cumplió los estándares de satisfacción requeridos para una decisión debidamente justificada en favor de los niños. Para tal efecto, haré uso de la vía de “la justificación interna”, así como la vía de “la justificación externa”.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

4. El desconocimiento del interés superior del niño por una indebida “justificación interna” de la Sentencia T-544 de 2017

La situación fáctica y el *iter argumentativo* de la Sentencia T-544 de 2017, por lo menos en lo que hace referencia al *interés superior del niño*, han puesto de relieve la complejidad del caso, así como la diversidad de temáticas que fueron abordadas por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en una decisión que fue unánime, en relación con sus tres primeros resuelve, aunque con una aclaración de voto de la Magistrada disidente respecto de las consideraciones del fallo; pero mayoritaria en relación con los resuelve restantes ante el salvamento parcial de voto por ella misma presentado.

Para los efectos de este escrito, entiendo por “la justificación interna” aquella que hace referencia al ejercicio de la *sindéresis* lógica, en tanto revisa si el juez ha seguido las reglas de la lógica, si entra o no en contradicciones, si las premisas fácticas se adecuan y tipifican dentro del ordenamiento jurídico, si hay una secuencia de congruencia entre las premisas mayores y las premisas fácticas, si se dan por ciertos hechos falsos o no acreditados en el expediente, si se omite la valoración de las pruebas. Esta vía bien puede asimilarse a la dimensión del *interés superior del niño* como procedimiento y en ella, como ya ha sido desarrollado, deben tenerse en cuenta las *condiciones fácticas* y las *condiciones jurídicas* con base en las cuales la Sala de Revisión procedió a *determinar, evaluar y adoptar* la decisión.

En la *etapa de evaluación* y en lo relativo a las *condiciones fácticas*, es decir, a los supuestos de hecho, debe reconocerse el esfuerzo realizado para poner de presente las circunstancias específicas en las que se encontró un niño, una persona menor de edad (cuando se presentó la acción de tutela tenía 13 años y cuando falleció tenía 14 años) que, además, prácticamente desde su nacimiento estuvo en situación de discapacidad y con una compleja patología. Sin embargo, por la forma como está redactada la sentencia y por la manera como fueron presentados los hechos, se hizo más visible su condición de “niño”, que la de persona en situación de discapacidad, que lo hacía sujeto de reforzada y especial protección *iusconstitucional, iusconvencional*, así como *iusfundamental*.

No puede, sin embargo, afirmarse lo mismo respecto de las *condiciones jurídicas*, por las omisiones en que incurrió la Sala de Revisión al determinar las fuentes jurídicas aplicables al caso, al valorar la situación fáctica, al formular los problemas para ser resueltos, para sólo hacer mención de algunas aporías que suscitan dudas acerca de si la misma Sala hizo uso de los criterios de interpretación del *interés superior del niño* que ella misma consideró como indispensables en una decisión respecto a los derechos de los niños; o si, por el contrario, dio un alcance muy amplio a la expresión

“margen de discrecionalidad”⁵⁶ utilizada en la misma T-544, con lo cual su uso no sería algo fortuito, sino que esa “discrecionalidad”, ejercida de modo consciente, le podría haber abierto las puertas a una indebida justificación e incluso le permitiría hacer uso de razones contra-evidentes. Los siguientes apartados estarán dedicados a resolver estas cuestiones.

a) Omisión en la determinación de las fuentes jurídicas

A pesar de que el caso implicaba, en palabras de la propia Sala, a “un sujeto de especial protección constitucional por dos vías, era un menor de edad y se encontraba en situación de discapacidad”⁵⁷, la Corte omitió hacer uso de cualquier fuente jurídica aplicable al tema de la discapacidad. Ni la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2009) ni la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad (1999), que forman parte del bloque de constitucionalidad y del ordenamiento jurídico interno (Ley N° 1.346 de 2009 y Ley N° 762 de 2002), y que obligan al Estado Colombiano a adoptar todas las medidas que permitan hacer efectivos los derechos reconocidos en esos tratados internacionales, merecieron la atención de la Sala de Revisión. Tampoco hizo uso de la Ley Estatutaria N° 1.618 de 2018, “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” ni de la amplísima jurisprudencia que la propia Corte Constitucional ha proferido sobre el tema. La protección reforzada de la persona menor de edad en situación de discapacidad exigía mucho más de esa Corporación, porque era su deber –sigue siéndolo– adoptar como criterio de interpretación y aplicación del caso objeto de debate las fuentes jurídicas más relevantes sobre el tema, también relativas a las personas en situación de discapacidad, como lo puso de presente la Asociación de Discapacitados del Valle (Asodisvalle) en la acción de tutela que presentó ante el Consejo de Estado contra la Sentencia T-544 de 2017⁵⁸.

56 Sentencia T-544 de 2017, considerando 19.

57 Sentencia T-544 de 2017, considerando 45.

58 La acción de tutela se presentó ante la imposibilidad de impetrar la solicitud de nulidad de la Sentencia T-544 de 2011, por no haberse conocido el momento de la notificación de citada sentencia, debido a las restricciones establecidas por la Corte Constitucional para conocer las partes intervinientes y proteger la identidad del adolescente-paciente. El Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo, en sentencia de primera instancia, del 6 de julio de 2018, declaró improcedente la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por activa y por estimar que no es viable instaurar acción de tutela contra sentencia de tutela.

Pero no fue esa la única omisión sobre la determinación de las fuentes jurídicas en las que incurrió la Sala de Revisión, porque al reconstruir la línea jurisprudencial sobre “el reconocimiento del derecho a la muerte digna”, sólo mencionó las Sentencias T-493 de 1993⁵⁹, la C-239 de 1997⁶⁰, la T-970 de 2014⁶¹ y la T-423 de 2017⁶². Pero omitió hacer mención de las Sentencias T-132 de 2016⁶³ y T-322 de 2017⁶⁴, en las que se puso de presente, en la primera de ellas, que no se había evidenciado una enfermedad terminal que comprometiera las funciones vitales del actor y que, por tanto, no se cumplía con las exigencias establecidas por la Sentencia C-239 de 1997 para practicar la muerte asistida; en la segunda, porque, cumpliendo un “deber estricto de constatación”, la Corte sí verificó que la pretensión del accionante de la tutela no era “morir de forma digna”, sino “vivir de forma digna”⁶⁵.

Con estas omisiones, la Sala de Revisión puso de presente que con la elección de las fuentes jurídicas no sólo privilegió aquéllas que respaldaban sus tesis, sino que desechó otras decisiones que también forman parte de la línea jurisprudencial del derecho a la muerte digna, que son precedentes vinculantes, pero que no coinciden con algunas de las consideraciones de esa Sala.

Esta reiterada manera de proceder pone en duda, una vez más, el razonable “margen de discrecionalidad” del que hicieron uso los Magistrados de la Sala Quinta de Revisión y la manera de explicitar el *interés superior del niño*.

b) Omisión en el deber de constatar los requisitos para la aplicación del procedimiento de la eutanasia

La Sala de Revisión, por un parte, aceptó que la respuesta dada por la entidad prestadora de salud, en el trámite de la acción de tutela, a la petición formulada por los progenitores del adolescente-paciente para hacer efectivo el procedimiento de la eutanasia, “no consideró las circunstancias de los actores, el desarrollo jurisprudencial, la normativa vigente ni la re-

59 Corte Constitucional, Sentencia T-493 de 1993 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).

60 Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

61 Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 2014 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

62 Corte Constitucional, Sentencia T-423 de 2017 (M. P. Iván Humberto Escruería Mayolo).

63 Corte Constitucional, Sentencia T-132 de 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

64 Corte Constitucional, Sentencia T-322 de 2017. (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

65 Sentencia T-322 de 2017, considerando 6.1. Más recientemente donde se hace una síntesis de la línea jurisprudencial sobre eutanasia puede consultarse: Corte Constitucional, Sentencia T-721 de 2017 (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

gulación del derecho a la muerte digna prevista en la Resolución N° 1.216 de 2015⁶⁶, todas relativas a las personas mayores de edad; pero a pesar de ello, expresó que “en el caso de que la entidad hubiera considerado la legislación existente, habría indicado a los actores que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe regulación sobre el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes⁶⁷.”

Más adelante también expresó que, ante la propia situación de salud del adolescente-paciente y frente a la solicitud de sus padres para que se le practicara el procedimiento de la eutanasia, “la respuesta de la entidad fue ambigua y les trasladó la carga de establecer, junto con el médico tratante, la normativa aplicable, a pesar de que la reglamentación de ese derecho no existe⁶⁸.” Insistió en que “es indiscutible que los profesionales médicos de la entidad no tenían un marco jurídico para actuar y, por lo tanto, enfrentaban el vacío normativo en torno a la solicitud⁶⁹ y que, de acuerdo “con las pruebas obrantes en el expediente [...] ningún funcionario ni entidad precisó la inexistencia de la normativa, a pesar de ser una cuestión de alta relevancia⁷⁰.”

Las suposiciones, sin más, reemplazan los hechos. El razonamiento de la Sala de Revisión fue el siguiente: la respuesta “no consideró”, pero “en el caso de que hubiera considerado”, “habría indicado”, “por ser una cuestión de alta relevancia” (para la Corte), que la inexistencia de la normativa sobre el derecho de los niños a la muerte digna se convirtió en una barrera para su efectivo ejercicio. O, para decirlo de manera alterna: la Sala advirtió que no se hicieron consideraciones fácticas ni jurídicas en las respuestas a la solicitud para la aplicación de la eutanasia al menor de edad, pero precisamente porque no se hicieron, la Sala interpretó, a manera de suposición o de simple conjetura, la posible razón para que no se hubieran hecho y la razón que dio es la inexistencia de la legislación para el procedimiento de la eutanasia, que es una de las tesis que la Sala de Revisión pretendió defender.

Pero eso no es todo, también la Sala aceptó que el trámite de la petición de la eutanasia “no necesariamente conlleva la práctica del procedimiento⁷¹, porque “si se determina que no concurren los requisitos⁷², esa conducta no estaría protegida jurídicamente. Sin embargo, a pesar de esta premisa y teniendo en cuenta que “no obra en el expediente un concepto médico que pre-

66 Sentencia T-544 de 2017, considerando 9°.

67 *Ibidem*.

68 Sentencia T-544 de 2017, considerando 51.

69 *Ibidem*.

70 *Ibidem*.

71 Sentencia T-544 de 2017, considerando 52.

72 *Ibidem*.

cise que por las circunstancias⁷³ del adolescente-paciente “podía ser considerado ‘enfermo en fase terminal’ ni si concurrían los demás presupuestos para acceder al procedimiento de eutanasia”⁷⁴, la Sala afirmó, contra toda evidencia, que, en todo caso, “la Corte advierte que se vulneró su derecho a la muerte digna”⁷⁵. Y esa vulneración se dio por “la desidia” de la EPS, “aunada a la falta de reglamentación del derecho”⁷⁶, las cuales “impidieron que se determinara en el caso concreto si el joven estaba en la fase terminal de su vida”⁷⁷.

Todas esas ausencias, tanto de pruebas, de consideraciones en torno a una normativa inexistente, así como del certificado que acredite que el adolescente-paciente era un enfermo terminal, fueron el *pretexto* para que la Sala de Revisión afirmara que “el derecho a la muerte digna no solo comprende el acto médico de eutanasia sino que para su efectividad abarca también el trámite oportuno y expedito de las solicitudes elevadas por los pacientes dirigidas a obtener la garantía del derecho en mención”⁷⁸.

A juicio de la posición mayoritaria de la Corte, la omisión de la EPS y la falta de regulación del derecho a la muerte digna fueron las que impidieron “que se determinara si concurrían los requisitos para la realización de la eutanasia en el adolescente y la consecuente prolongación de su aflicción”, lo cual “no tiene justificación alguna y corresponde a un trato cruel e inhumano que no respetó su dignidad ni consideró su situación como sujeto de especial protección constitucional”⁷⁹. Pero es oportuno preguntar: ¿puede hacerse responsable a la entidad prestadora de salud y a los médicos tratantes de la ausencia de esa reglamentación? Es posible que la “desidia” de la una y de los otros se haya dado, pero tampoco esta situación pretermite el deber de los Magistrados de constatar los requisitos exigidos y si están incorporados al expediente.

Los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para la práctica del procedimiento eutanásico (Sentencia C-239 de 1997), con la argumentación usada en la T-544, han dejado de ser determinantes en su práctica. La Sala de Revisión habilidosamente desechó los criterios de la precitada sentencia que no le convenían, con lo que desconoció el precedente judicial. Y lo hizo a partir de una indebida valoración de los hechos y a partir de esa valoración ajustó la situación fáctica.

73 *Ibidem.*

74 *Ibidem.*

75 *Ibidem.*

76 *Ibidem.*

77 *Ibidem.*

78 *Ibidem.*

79 *Ibidem.*

Pero las omisiones en la valoración del material probatorio van más allá. En la T-544 de 2017 se dio cuenta de que los padres del niño-paciente consideraron que la muerte de su hijo se había dado por la “negligencia” de la entidad prestadora de salud y por haber sido “negligente” en el suministro de los insumos y de los servicios requeridos para el tratamiento de las enfermedades que padeció. Sin embargo, para la Sala, esas afirmaciones son, “lógicamente”, “apreciaciones subjetivas”, que pueden “ser el resultado del sufrimiento por la enfermedad y [el] fallecimiento del joven”⁸⁰. Afirmaciones a las que les restó importancia porque con ellas habría podido poner en entredicho la existencia de un consentimiento libre y auténtico, sin el cual tampoco se habría configurado el procedimiento eutanásico. Y, como lo puso de relieve la Magistrada que parcialmente aclaró y salvó su voto, “la realización de la eutanasia se sustentó en una situación de desespero por parte de los padres”, quienes, “ante la negligencia de la EPS, y ver el sufrimiento de su hijo, decidieron que el mejor destino era su muerte”⁸¹.

Estimo necesario afirmar que el “margen de apreciación” que tiene el juez para interpretar y aplicar el *interés superior del niño* no le faculta para desconocer los precedentes judiciales ni los requisitos exigidos para la práctica de la eutanasia, simplemente porque se trata de un caso en el que está involucrado una persona menor de edad. Todo lo contrario, este interés, como principio y como derecho, abarca todos los derechos fundamentales del niño y ha de estar en consonancia con el ordenamiento jurídico, que es un bien protegido también en beneficio del niño. Y debe amparar, de manera prevalente, todas aquellas circunstancias o situaciones que le impidan el efectivo ejercicio de sus derechos, también los derechos a la vida y a la salud.

Esta omisión pone en entredicho la manera como la Sala de Revisión interpretó el *interés superior del niño*, que ha de estar encaminado a asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos, es decir, a la mejor y mayor realización humana.

c) Indebida formulación de los problemas jurídicos para ser debatidos y solucionados

Con base en la situación fáctica, la Corte estimó que no sólo debía pronunciarse sobre la posible afectación del derecho de petición, sino también respecto de la indebida prestación de los servicios de salud, así como sobre

80 Sentencia T-544 de 2017, considerando 45.

81 ASPV-PSC-ST-544 de 2017, considerando 2°.

la vulneración del derecho a la muerte digna. Y, como ya se expresó, planteó la existencia de tres problemas jurídicos concretos. El primero: si la entidad prestadora de salud vulneró el derecho a la salud “por incurrir en diversas prácticas que hacían más gravosa su situación, por ejemplo, omitir, de forma prolongada, el suministro de los medicamentos e insumos prescritos por el médico tratante”⁸². El segundo: si el silencio de la entidad prestadora de salud y las actuaciones adelantadas en sede de tutela vulneraron el derecho fundamental de petición de los accionantes. Y el tercero: “¿Cuáles son las implicaciones que se generaron sobre los derechos fundamentales (del adolescente...) debido a la falta de regulación precisa del derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico colombiano?”⁸³.

La misma Sala Quinta de Revisión en la formulación del tercer problema, pero también en la manera de abordarlo y resolverlo, partió de la siguiente premisa: la existencia del derecho de los niños a la muerte digna. Esta tesis, sin embargo, la fue construyendo durante todo el *iter argumentativo* de su decisión, con lo cual, en verdad no fue una premisa, sino, más bien, un *pretexto* para no cuestionar de entrada la existencia de ese derecho, porque, a partir de un análisis objetivo de las *condiciones fácticas* y de las *condiciones jurídicas*, según lo que consta en la sentencia, el problema para ser debatido era otro: si la situación del niño-paciente cumplía o no las condiciones exigidas por la sentencia de constitucionalidad de 1997 e incluso por la jurisprudencia derivada de ella (certificado médico y consentimiento libre e informado). Éste era el problema esencial. La Sala, sin embargo, optó por otro cuestionamiento para que, a partir de su resolución, pudiera defender la tesis de que la falta de regulación sí afectaba el derecho a la muerte digna de los niños y así se autohabilitó para ordenar la respectiva regulación. Lo diré de manera más gráfica: el derecho existía, faltaba la ley, de ahí que fuera necesaria, ante la omisión del legislador, su regulación por vía administrativa. Para llegar a esta afirmación debió justificar esa ausencia normativa, lo cual le exigió decir que la ausencia de los requisitos se debió a la “desidia” y a la ausencia de la reglamentación respecto de un derecho preexistente al fallo de tutela, pero no exigible.

Ya no sólo se pone en entredicho el *interés superior del niño*, sino la misma noción de derecho y de derechos fundamentales, que para tener tal carácter deben ser regulados a través de lineamientos y de los criterios dados por la Corte Constitucional. De vuelta al positivismo. En este caso, al positivismo judicial.

82 Sentencia T-544 de 2017, considerando 41.

83 Sentencia T-544 de 2017, considerando 41.

Sin embargo, la cuestión central, no planteada de manera expresa, sí estuvo implícita en la argumentación de la Sala de Revisión y propició, entre otras, la siguiente afirmación: “[...] la dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico colombiano”⁸⁴, pero también como “derecho fundamental autónomo obliga a reconocer la titularidad del derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes”⁸⁵. Pero es oportuno preguntar: ¿por qué se reconoce si el derecho está ya reconocido? Además, ¿cuál es la razón para que obligue? ¿Ese reconocimiento tiene efecto retroactivo? ¿Desde cuándo se ha dado el reconocimiento de ese derecho? No son cuestiones meramente accidentales, sino que apuntan a precisar las premisas de la decisión judicial.

La indebida formulación de los problemas jurídicos y la existencia de otros implícitos, presentes como fastidiosa sombra, ponen en duda el “margen de discrecionalidad” de la Sala de Revisión y ratifican su preferencia por “la técnica del olvido”, o “la técnica del silencio”, o “la técnica del cuando lo desee, lo decida o lo ordene la Corte”, con las que incurrió en la indebida “justificación interna” en la sentencia sobre la eutanasia infantil. A continuación, abordaré lo relativo a la “justificación externa”.

5. El desconocimiento del interés superior del niño por una indebida “justificación externa” de la Sentencia T-544 de 2017

He de precisar que “la justificación externa” hace referencia a la manera como se articulan “las razones de fondo que sustentan las decisiones judiciales”⁸⁶, en el entendido de que lo son cuando “se aducen (o pueden ser aducidas) *buenas razones* en su favor”⁸⁷, es decir, aquéllas “que articulan o formulan las fuentes o los títulos de los derechos y las obligaciones concretas”⁸⁸, articulación y formulación obviamente referida a los hechos, a los datos que configuran el caso y suscitan problemas jurídicos que deben ser resueltos. En este sentido, esas razones son el soporte o la *ratio de la decisión*, razones –factuales, interpretativas, sustantivas– que, en todo caso, deben ser *pertinentes*, tener en cuenta las *condiciones de refutación*, los *criterios de respaldo*, sus premisas deben ser *explícitas* y debe haber compatibilidad o consonancia entre el *decisum* del fallo y la causa o la fuente que lo determine (*ratio decidendi*).

84 Sentencia T-544 de 2017, considerando 38.

85 *Ibidem*.

86 Mora Restrepo, G. *Justicia constitucional y...* Ob. cit., 371.

87 *Ibidem*.

88 Mora Restrepo, G. *Justicia constitucional y...* Ob. cit., 372.

Entre “la justificación interna” y la “justificación externa” de esta decisión hay una íntima relación, porque la existencia de la una conlleva la de la otra.

a) Falta de coherencia entre las razones aducidas y las decisiones adoptadas

La Sala de Revisión, a pesar de haber considerado que “se vulneró el derecho a la muerte digna”⁸⁹, en ninguno de los resueltos del fallo amparó este derecho, porque en el primero protegió el derecho de petición y en los restantes dio órdenes para que, de forma oportuna, seria y celeres se tramitaran las solicitudes relacionadas con el ejercicio de ese derecho y se expediera la reglamentación respectiva.

Si bien es cierto, en este caso, se declaró la carencia de objeto por el hecho superado, ante el fallecimiento del adolescente-paciente, ¿por qué no se amparó un derecho que se consideró vulnerado? Acaso, ¿porque ya no existía un sujeto titular cuyos derechos debían ser amparados? Pero entonces, de ser así, ¿por qué se pronunció de fondo?

En todo caso, el peso de “reconocer” el derecho a la muerte digna como preexistente a la decisión de la T-544 de 2017 sigue estando presente, porque este derecho, al decir de la Sala de Revisión, fue vulnerado en un adolescente-paciente ya fallecido, pero no amparado formalmente, como sí lo fue el derecho de petición, a pesar de que toda la argumentación estuvo orientada a insistir, una y otra vez, que ese derecho era preexistente al fallo y que en el caso concreto había sido vulnerado, con lo cual lo más razonable hubiera sido que la Corte, a pesar de la carencia de objeto por el hecho consumado y al decidir fallar de fondo, también lo hubiera amparado.

b) Indebida justificación de la ratio decidendi de la Sentencia T-544 de 2017

Ya se puso de presente que la Sala Quinta de Revisión admitió que la aplicación del procedimiento de la eutanasia en los niños “genera diversas reflexiones, polémicas y cuestionamientos”⁹⁰, cuestión no desarrollada en la sentencia, y aceptó, de manera expresa, que “no existe jurisprudencia en casos de control concreto”⁹¹, con lo cual admitió que la titularidad del “derecho

89 Sentencia T-544 de 2017, considerando 52.

90 Sentencia T-577 de 2017, considerando 37.

91 Sentencia T-577 de 2017, considerando 50.

a la muerte digna” de las personas menores de edad no sólo era un derecho sin reglamentación, sino un derecho sin respaldo jurisprudencial, es decir, un derecho sin fuente jurídica. A renglón seguido, la misma Sala expresó que “los lineamientos generales del derecho fijados en la Sentencia C-239 de 1997 permiten establecer”⁹² siete nuevas subreglas constitucionales.

No es claro el párrafo, porque no se logra advertir si para la Sala “los lineamientos generales” corresponden a su *ratio decidendi* y si “establecer” es sinónimo de “declarar”, de “reconocer” o de “construir” un derecho, porque de ser así, el derecho de los niños a la muerte digna no tendría carácter preexistente, sino, por el contrario, habría sido establecido, declarado, reconocido o construido por la T-544 de 2017, como parece ser lo que en verdad ocurrió. Por eso se hace necesario escudriñar más la decisión con el fin de lograr claridad sobre la manera como la Corte infirió la existencia del derecho de los niños a la muerte digna.

El *iter argumentativo* de la Corte puede describirse gráficamente de la siguiente forma: el derecho a morir dignamente ha sido reconocido por una decisión judicial (Sentencia C-239 de 1997), que ha dado origen a una línea jurisprudencial “que no ha efectuado distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios de este derecho fundamental” (regla vi); sin embargo, esos “lineamientos generales”, establecidos en la sentencia de constitucionalidad de 1997, a la Corte le “permiten establecer” subreglas específicas sobre el derecho de los niños a la muerte digna.

Y, como se ha advertido “una situación inconstitucional” (regla xii), no declarada por la Corte, por “la inexistencia de la reglamentación” sobre la eutanasia que “niega de *facto* la exigibilidad del derecho” (regla xi), “es necesario ordenar la expedición urgente de la regulación a la muerte digna de los NNA”⁹³, porque “a pesar de tratarse del mismo derecho” de las personas mayores de edad, “es imperativo considerar las características especiales de los derechos de los NNA”⁹⁴, con el fin de “diseñar un sistema normativo que atienda a su situación particular de manera adecuada”⁹⁵.

Es decir que “los lineamientos generales” de la sentencia de constitucionalidad sobre el homicidio pietístico sirven para inferir que los niños son titulares del derecho a la muerte digna, pero esos mismos “lineamientos generales” son insuficientes para expedir su reglamentación, porque la materialización de ese derecho presenta “algunas diferencias y particularidades en relación con los niños”⁹⁶, principalmente en los aspectos relacionados con

92 Sentencia T-544 de 2017, considerando 50.

93 Sentencia T-544 de 2017, considerando 53.

94 *Ibidem*.

95 *Ibidem*.

96 Sentencia T-544 de 2017, considerando 38.

el consentimiento y la manifestación de la voluntad, que fueron algunos de los requisitos que la misma Sala reinterpretó al analizar el caso y respecto de los cuales, a pesar de haber constatado su incumplimiento, estimó no aplicables.

Y, como si todo esto fuera poco, la Corte, a través de su Sala Quinta de Revisión, expresó que, como la línea jurisprudencial en relación con la eutanasia, “no ha efectuado distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios de este derecho fundamental” (regla vi); en todo caso, esa distinción sí debe hacerse al expedir su reglamentación, que “no existe” (regla x), pero es necesaria para asegurar la “exigibilidad del derecho” (regla xi), porque la ausencia de esta regulación ha permitido “tratos crueles e inhumanos, vejatorios de la dignidad de los NNA (regla xi)”.

Tiene tanto peso en este derecho la regulación que su “ausencia” normativa es la que ha generado “una situación inconstitucional, que debe ser atendida inmediatamente” (regla xii) y respecto de la cual la Corte impartió una orden con el fin de que se expidieran y tuvieran presentes los “elementos específicos que orientan la interpretación de los derechos de los NNA” (regla xii), entre ellos, la manifestación del consentimiento de acuerdo con el nivel de desarrollo cognitivo y psicosocial de cada niño, las particularidades del consentimiento sustituto y las relaciones con sus padres y representantes legales.

Como si las precedentes consideraciones no fueran suficientes en esa cadena de ausencias, contradicciones, saltos conceptuales, indebidas inferencias, la Sala Quinta de Revisión afirmó que, ante “la ausencia de argumentos razonables para hacer una diferencia” (regla vii), que nunca confrontó ni refutó, entre los derechos de las personas mayores y de los niños, “se impone aplicar un tratamiento análogo”, y concluyó esta regla diciendo: “[...] es decir, los NNA son titulares de este derecho fundamental” (regla vii). La Sala no ahondó sobre la aplicación de la analogía. No explicó por qué razones se “impone” su uso.

Vaya paradoja, la analogía, por una parte, ya no supone la diferencia; pero por otra, es por ese “tratamiento análogo” que los niños son titulares del mismo derecho que las personas mayores. Pero bien vale la pena preguntar, si los niños son titulares del derecho a la muerte digna, ¿por qué se requiere de la analogía? ¿Para reconocer *a posteriori* la existencia de este derecho? Acaso ¿no era un derecho *a priori* a la decisión? Si el derecho pre-existe no se sabe cuál es su fuente jurídica, porque al parecer tampoco lo es en su totalidad la Sentencia C-239 de 1997, que la propia Sala no estimó en lo relativo a los requisitos del consentimiento libre e informado, ni tampoco le mereció comentario alguno la versión de la dignidad humana que subyace a esa decisión, centrada en la ecuación *dignidad humana-autonomía del enfermo terminal-calidad de vida*, ni la posición divergente en esta temática de la Magistrada que aclaró y salvó parcialmente su voto.

Además, la Sala de Revisión pretendió con su argumentación, expresada a través de subreglas, obviar todo “razonamiento en contrario”, porque ello avalaría “el desconocimiento del interés superior de los NNA y llevaría a admitir que el Estado impide que los adultos sufran intensamente como consecuencia de una enfermedad en fase terminal” (regla viii), pero no lo hace con los niños, “pues con ellos sí es permisible el padecimiento de sufrimientos que comportan tratos crueles e inhumanos con la consecuente afectación de su dignidad” (regla viii).

La Sala de Revisión no sólo descalificó los razonamientos contrarios, sin presentarlos ni refutarlos con anterioridad, simplemente los desvalorizó. Incluso guardó silencio sobre los de la propia Magistrada parcialmente disidente que formó parte de la Sala Quinta de Revisión, y con la argumentación usada por la posición mayoritaria llegó al absurdo de afirmar no sólo que la ausencia de la reglamentación sobre la práctica de la eutanasia para las personas menores de edad “permite tratos crueles e inhumanos” (regla xi), sino que quienes defienden “un razonamiento en contrario” (regla viii) estarían avalando “el desconocimiento del interés superior del niño” y estimarían “permisible el padecimiento de sufrimientos que comportan tratos crueles e inhumanos, con la afectación de su dignidad” (regla ix).

El salto conceptual es evidente porque sin saber cuál es y en qué se sustenta el razonamiento contrario, no podía incluirse ni inferirse la regla de que con ese razonamiento se desconocía el *interés superior del niño* y la *dignidad humana*.

Preocupa, en orden a la protección integral de los derechos del niño, el afán por establecer subreglas a las que parece conferírseles el carácter de axiomas, porque no requieren demostración. Ese afán, en este caso, se extendió a establecer términos perentorios y criterios regulatorios, que exceden a las atribuciones de la Corte Constitucional.

En esos argumentos está contenida la *ratio decidendi* de la Sentencia T-544 de 2017. A todas luces es razonable concluir que la Sala Quinta de Revisión no cumplió, siguiendo en este punto a Alexy, con las *reglas de razón* (plantean las condiciones de razonabilidad del discurso a través de las reglas de fundamentabilidad de las afirmaciones y sus problemas relevantes) ni con las *reglas de fundamentación* (referidas a las características de la argumentación mediante las cuales puede ser posible justificar y sustentar las formas de los argumentos)⁹⁷, porque, como he reiterado, se quedó en una argumentación auto-referente, circular, en la que las razones, expresadas en reglas, se justi-

97 Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. al castellano de Atienza, Manuel. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 187-190; 197-200.

ficaron en las propias razones, es decir, en las mismas reglas. Lo justificado pasó a justificar y lo que se pensó justificar pasó a ser justificado.

Pero algo más, la propia Sala quedó inmersa en las trampas de su misma argumentación, porque adoptó como premisa, que en verdad fue un *pretexto*, aquello que debía ser demostrado: la preexistencia del derecho de los niños a la muerte digna y a la aplicación del procedimiento de la eutanasia. Para evitar que la creación de este derecho fuera *ex post facto* pudo haber pesado la tesis de que en “vez de inventar retroactivamente un derecho nuevo”⁹⁸, porque ello implicaría tener que explicar por qué razón variaba la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional y justificar la existencia de “un nuevo derecho”, era mejor optar por la vía de aceptar su preexistencia, que tampoco parece haberla convencido porque “la existencia de ese derecho” tuvo que ser explicada y sustentada de manera reiterativa y esa opción la condujo a una indebida justificación de la sentencia, que comprometió el interés superior del niño, en sus dimensiones de principio, derecho y procedimiento.

Como ha podido advertirse, la Corte, a pesar de haber pretendido justificar su decisión en el principio del “interés superior del niño”, terminó justificándola en el principio de la dignidad humana. La manera de proceder en relación con este principio amerita un estudio posterior.

A manera de conclusión

Recapitulando sobre la manera como la Corte Constitucional a través de la Sala Quinta de Revisión adoptó el principio del interés superior del niño, puede afirmarse que sí “apeló” a él, pero no fue la consideración primordial ni de la argumentación ni de la decisión. Hizo uso, como se puso de presente, del enunciado normativo “interés superior del niño”, pero más en un sentido formal o retórico, que en un sentido material, de principio y de derecho. El énfasis estuvo en el enfoque procedimental, no sólo por las órdenes que impartió, sino por la manera como evadió las cuestiones de fondo, por las ideas preconcebidas que adoptó como premisas auto-habilitadoras, de las que dependían las premisas subsiguientes, para “descubrir”, o “construir”, o “establecer”, o “reconocer” el derecho de los niños a la muerte digna, así como por el “sospechoso” silencio que guardó respecto del contenido esencial del *interés superior del niño* como el pleno y total disfrute de sus derechos fundamentales.

⁹⁸ Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Trad. al castellano de Guastavino, Marta. Barcelona. Ed. Ariel, 100-101.

Con estas “evasiones”, “omisiones” y actitudes “silenciosas”, adoptadas de manera reiterada por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, desconoció el sentido razonable de juridicidad del *interés superior del niño*, tanto por las deficiencias en “la justificación interna” como en “la justificación externa”, al omitir la posibilidad de realizar un ejercicio de comprensión de aquello a lo que en realidad el *interés superior del niño* y la *dignidad humana* interpelan o cuestionan para el caso concreto. Y le dio énfasis a subreglas constitucionales que se convirtieron en las reglas formales de la argumentación racional, estructuradas en la “sesgada” interpretación que realizó de la línea jurisprudencial de la eutanasia, donde pasó de excepciones condicionadas a reglas permisivas, aunque indebidamente justificadas. De esta forma, la argumentación de la cuestionada Sentencia T-544 de 2017 siguió el procedimiento señalado por las reglas, que fueron no sólo premisas de la argumentación, sino las mismas reglas de la decisión, con lo cual las premisas dejaron de serlo para convertirse en pretextos de la “discrecionalidad judicial”.

Algunas de las aporías de la Sentencia T-544 de 2017 han quedado señaladas, pero hay algo más. Soy consciente de que la remisión que la Sala de Revisión hizo del interés superior del niño a la dignidad humana amerita una reflexión más pormenorizada, que va más allá de la finalidad de este escrito, centrado en el *interés superior del niño*. Sin embargo, esta delimitación temática no me exime para expresar que la Corte Constitucional en las sentencias sobre la eutanasia de 1997, 2014 y 2017, partió de la distinción entre la vida corporal y la vida digna de la persona humana. La primera sería condición o substrato de la vida personal, que es la vida digna. A partir de esta “distinción” las acciones que destruyen la vida corporal serían moral y jurídicamente justificables si pueden mejorar las condiciones de la persona como sujeto moral, consciente de sí mismo, capaz de dominar su propia vida. Desde esta postura dualista, parece dársele más relevancia a la dimensión moral de la persona que a su dimensión biológica, que podría afectar incluso el reconocimiento de esa dignidad a las personas menores de edad. Frente a esta restrictiva “concepción” de la persona y de su dignidad, debe afirmarse que la dimensión biológica de la persona participa de todo su ser personal y tiene por ello relevancia *iusfundamental*, pero también *iusconstitucional*. Por esta misma razón, toda persona, también los niños, no pierden su dignidad porque padezcan una enfermedad terminal ni por los sufrimientos ni dolores que tengan ni por la ausencia de una determinada normativa que regule procedimiento alguno. Ninguna de esas situaciones ni todas juntas hacen una vida indigna.

En la comprensión de la dignidad humana y, en especial de la dignidad del niño, está la clave, incluso también si se examina rigurosamente la Sentencia C-239 de 1997, para manifestar que sí se da una diferencia, que

debe ser tenida en cuenta para abordar la dignidad de la persona, la dignidad del niño y la titularidad de los derechos fundamentales⁹⁹, que a ellos corresponden.

Esta temática exige, sin duda alguna, una pausada reflexión, que rebasa la pretensión de este escrito, pero que desde ya me comprometo a continuarla porque también es una forma de recuperar el sentido integral del *interés superior del niño* y de superar las vías de “la justificación interna” y “la justificación externa” de la decisión e ingresar por “la vía de la fundamentación”.

Bibliografía

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. al castellano de Atienza, Manuel. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 187-190; 197-200.
- M. P. Carlos Gaviria Díaz; S. V. José Gregorio Hernández; S. V. Vladimiro Naranjo Mesa; S. V. Hernando Herrera Vergara; A. V. Eduardo Cifuentes Muñoz; A. V. Jorge Arango Mejía y Carlos Gaviria Díaz.
- Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons Argentina.
- Corte Constitucional, Sentencia T-493 de 1993 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).
- Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional, Sentencia T- 970 de 2014 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional, Sentencia T-423 de 2017 (M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo).
- Corte Constitucional, Sentencia T-132 de 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional, Sentencia T-322 de 2017. (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Trad. al castellano de Guastavino, Marta. Barcelona. Ed. Ariel, 100-101.
- Hoyos Castañeda, I. M. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*. Bogotá. Editorial Temis, Universidad de La Sabana.
- Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, 903 y sigs.

⁹⁹ Hoyos Castañeda, I. M. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*. Bogotá. Editorial Temis, Universidad de La Sabana. De la misma autora y sobre el mismo tema (2000). *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*. Bogotá. Editorial Temis, Universidad de La Sabana.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y TEST DE CONVENCIONALIDAD¹ *Conscientious objection and conventionality test*

María Marta Didier²

Recibido: 12 de febrero de 2019
Aprobado: 12 de marzo de 2019

Resumen: En el presente se propone el uso de un test de convencionalidad de las regulaciones normativas del derecho a la objeción de conciencia, conforme a los estándares aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en supuestos diversos, pero que resultan analógicamente aplicables al referido Derecho Humano. En tal sentido, se defenderá la hipótesis conforme a la cual debe aplicarse un escrutinio estricto para juzgar la compatibilidad de la reglamentación del derecho a la objeción de conciencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por estar en juego criterios de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 1.1. de la precitada Convención, además de inferirse dicho examen de los términos del artículo 12.3.

Palabras claves: Objeción de conciencia; Libertad religiosa y de conciencia; Razonabilidad; Discriminación; Test de convencionalidad

Abstract: The present article proposes the use of a conventionality test for the normative regulations of the right to conscientious objection, which is in accordance with the standards applied by the Inter-American Court of Hu-

1 El presente trabajo se nutre de las conclusiones del proyecto de investigación titulado “Derecho a la igualdad y objeción de conciencia”, financiado por la Universidad Católica de Santa Fe (Argentina).

2 Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe y de la Facultad Teresa de Ávila de la Universidad Católica Argentina. E-mail: mdidier@ucsf.edu.ar.

man Rights in cases that, though different, result applicable through analogy to the aforementioned human right. In this regard, the study argues the hypothesis according to which strict scrutiny must be applied in order to judge the compatibility of the right to conscientious objection's regulation with the American Convention on Human Rights, taking into account that, in addition to what can be inferred of article 12.3 of the aforementioned Convention, criteria of discrimination expressly prohibited by article 1.1 is involved.

Keywords: Conscientious objection; Freedom of religion and conscience; Reasonableness; Discrimination; Conventionality test.

Sommario: Nel presente studio si propone di utilizzare un test di convenzionalità delle regolazioni normative del diritto all'obiezione di coscienza conforme agli standard applicati dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani in casi diversi, ma applicabili per analogia al suddetto diritto umano. In tal senso, si sosterrà l'ipotesi secondo la quale debba essere applicato uno scrutinio rigoroso al fine di giudicare la compatibilità della regolamentazione del diritto all'obiezione di coscienza con la Convenzione americana sui diritti umani, essendovi in gioco criteri di discriminazione espressamente vietati dall'articolo 1.1. di detta Convenzione, esame per di più deducibile dai termini dell'articolo 12.3.

Parole chiave: Obiezione di coscienza; Libertà religiosa e di coscienza; Ragionevolezza; Discriminazione; Test di convenzionalità.

Para citar este texto:

Didier, M. M. (2019). "Objeción de conciencia y test de convencionalidad", *Prudentia Iuris*, N° 87, pp.

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado expresamente sobre el derecho a la objeción de conciencia, aunque sí lo ha hecho la Comisión en casos vinculados a la objeción de conciencia al servicio militar. Tales fueron los casos "Sahli Vera" (Chile)³ y "León Vega" (Ecuador)⁴. En ambos informes sostuvo que la objeción de conciencia era un

3 CIDH, Informe N° 43/05, "Sahli Vera" (Chile), 10 de marzo de 2005.

4 CIDH, Informe N° 22/06, Admisibilidad, "Xavier Alejandro León Vega" (Ecuador), 2 de marzo de 2006.

derecho emanado del artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo en los Estados donde fue reconocido en su legislación interna. Con referencia a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio también se presentaron otros dos casos, “Díaz Bustos” (Bolivia)⁵ y “Caldas León” (Colombia)⁶. El primero de ellos culminó con una solución amistosa entre el Estado y la víctima; el segundo fue archivado por falta de información del peticionario⁷.

Asimismo, la Comisión también se pronunció en un informe sobre “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de género”⁸, reconociendo que “los y las profesionales de la salud tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia”. Con cita expresa del artículo 18, incisos 1), 2) y 3) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, señaló que la libertad de conciencia del profesional de la salud podría colisionar con la libertad de los pacientes, por lo que el “equilibrio entre los derechos de los profesionales de la salud y los derechos de los pacientes se mantiene a través de la referencia”, es decir, que el profesional objetor debe “transferir sin objeción a otro profesional de la salud que pueda proveer lo solicitado por la paciente”.

Sin perjuicio de las limitaciones irrazonables que la Comisión ha señalado en el informe precitado –denegando la objeción de conciencia institucional⁹, refiriéndose a los profesionales de la salud y no al personal o agente

5 CIDH, Informe N° 97/05, Solución amistosa, “Alfredo Díaz Bustos” (Bolivia), 27 de octubre de 2005.

6 CIDH, Informe N° 137/10, “Luis Gabriel Caldas León” (Colombia), 23 de octubre de 2010.

7 Un buen comentario de los cuatro casos puede verse en Londoño Lazaro, M. C. y Acosta López, J. I. (2016). “La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 9, 233-272.

8 Informe recuperado de <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresaccesoinformacionmateriareproductiva.pdf> (fecha de consulta: 1-2-2019).

9 Sobre la objeción de conciencia institucional como una dimensión colectiva del ejercicio de la libertad de conciencia y religiosa, cfr. Didier, M. M.; Romero, E. J. I. y Parini, N. F. “Fundamentos jurídicos de la objeción de conciencia institucional”. *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, 26 de mayo de 2014, 15-19; Didier, M. M.; Romero, E. J. I. y Parini, N. F. “Objeción de conciencia: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. *La Ley*, 11-11-2014, 3-8; Laise, L. (2019). “Libertad de conciencia y objeción de conciencia de establecimientos privados de salud: bases conceptuales para su interpretación constitucional”. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 40, 317-352.; Navarro Floria, J. G. “La llamada objeción de conciencia institucional”. *Vida y ética*, Año 8, N° 2, 121-140; Prieto, V. (2012). *Dimensiones individuales e institucionales de la objeción de conciencia al aborto*. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 1-64; Santiago, A. (2017). *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Marcial Pons, 343-358; Toller, F. (2007). “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”. *Vida y ética*, Año 8, N° 2, 163-189.

sanitario en general, obligando al profesional de la salud a transferir el paciente a otro profesional no objetor¹⁰-, resulta un acierto no haber exigido que el derecho en análisis esté consagrado expresamente en el Derecho Interno. Ello, cabría afirmar, constituye un avance en el respeto del derecho a la objeción de conciencia y podría estar señalando una tendencia similar a la adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Bayatyan vs. Armenia” (2011)¹¹, sobre objeción de conciencia al servicio militar, en el que resolvió que la objeción de conciencia constituye un derecho autónomo, el que se desprende de la libertad de conciencia y religión, no estando librado al margen de apreciación razonable de los Estados.

En efecto, entiendo que el referido derecho es una manifestación inescindible de la libertad de conciencia y religión, no pudiéndose garantizar plenamente el ejercicio de esta última sin el reconocimiento del primero. Ello, por cuanto si la libertad de conciencia y religión se funda, como todo Derecho Humano, en la dignidad de la persona humana¹², el obligar a un ser humano a actuar en contra de sus íntimas convicciones morales o religiosas constituiría un avasallamiento de esa misma dignidad, transformándolo en un medio para la consecución de fines ulteriores. En tal sentido, se ha señalado que el derecho a la objeción de conciencia “[...] se trata de un Derecho Humano que, por ende, reclama su reconocimiento del Derecho Positivo y vigente en una sociedad, en tanto su negación supondría que el ser humano no es considerado un fin de éste, dado que se le imponen obligaciones no justificadas racionalmente y que le significan sacrificios o perjuicios muy importantes¹³.

Es preciso considerar que “[...] lo que está en juego en la objeción de conciencia no es tanto la defensa de una cierta concepción moral frente a la ley positiva, sino primero y, ante todo, la propia identidad moral del

10 No resulta posible en este trabajo explayarme sobre las razones por las que considero irrazonable las limitaciones señaladas por la Comisión Interamericana. Sólo pongo de manifiesto que quien presta su asistencia o cooperación para un acto que considera intrínsecamente malo por violentar principios éticos o religiosos que sustenta con seriedad y sinceridad, se constituye en un cómplice moral, en partícipe del acto. No sólo es responsable moralmente el autor, sino también quien detenta la condición de partícipe del acto, brindando su colaboración.

11 “Bayatyan vs. Armenia” (Gran Sala), aplicación N° 23459/03, decisión del 7 de julio de 2011.

12 Sobre la dignidad humana como fundamento de los Derechos Humanos cfr. Massini Correas, C. I. (1996). “Acerca del fundamento de los Derechos Humanos”. *El iusnaturalismo actual*. Carlos I. Massini Correas (compilador). Buenos Aires. Abeledo Perrot, 187-214 y Hervada, J. (1993). *Los eclesiasticistas ante un espectador*. Pamplona. Eunsa, 190. Una buena síntesis de los intentos de fundamentación de los Derechos Humanos en el pensamiento iusnaturalista actual puede verse en Maino, G. (2013). *Concepto y fundamento de los Derechos Humanos*. Madrid. Tecnos, 203-217.

13 Vigo, R. L. “Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”. *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, 28-8-2015, 2.

objeto¹⁴. En efecto, el objetor percibe que el ejercicio de su derecho, más que una prerrogativa o una facultad, se trata de un deber de desobediencia a la ley injusta¹⁵, de “[...] un deber de defensa del sistema jurídico, de protección y promoción de su más auténtico deber ser”¹⁶.

La misma Convención Americana de Derechos Humanos prescribe en su artículo 29, inciso c), que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]”. Dicha norma, en conjunción con los artículos 11 y 12 de la Convención, también constituyen pautas hermenéuticas para sostener el reconocimiento de la objeción de conciencia.

No obstante considerar que el derecho a la objeción de conciencia recibe una tutela directa de la Convención Americana de Derechos Humanos, por formar parte del contenido de la libertad de conciencia y religión y una garantía de su plena realización, con independencia de su reconocimiento expreso en el Derecho Interno de los Estados; cabe señalar que, aun cuando se exigiera una consagración en el Derecho Interno, es posible sostener que, en el orden jurídico argentino la objeción de conciencia constituye un derecho emanado del artículo 12 de la referida Convención. Ello, por estar reconocida como Derecho Constitucional, según lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Portillo”¹⁷, y haber sido también consagrada como Derecho en normas legales y reglamentarias de carácter nacional y provincial¹⁸.

En el presente artículo se propondrá un test de convencionalidad de las regulaciones normativas del derecho a la objeción de conciencia, conforme a los estándares aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en supuestos diversos, pero que considero resultan analógicamente aplicables al precitado Derecho Humano.

Entiendo que el test de convencionalidad referido es plenamente compatible con el ordenamiento constitucional argentino, complementando y reforzando la protección de que goza el derecho a la objeción de conciencia en nuestro sistema constitucional, en el sentido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹⁹.

14 Laise, L., “Libertad de conciencia y objeción de conciencia...”. Ob. cit., 320.

15 Cfr. Sarthea, C. (2013). “¿Qué objeción? ¿Qué conciencia? Reflexiones en torno a la objeción de conciencia y su fundamentación conceptual”. *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 3ª, 394.

16 *Ibidem*.

17 *Fallos*: 312:496 (1989).

18 Cfr. Cunha Ferré, M. M. “Mapa normativo de la objeción de conciencia en la República Argentina”. *El Derecho*, 31-8-2016, 1-6.

19 *Fallos*: 340:47 (2017). Conforme a lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, “[...] se autodefine como subsidiario. Así, se afirma que la CADH crea una protección internacional, de naturaleza

A continuación, desarrollaré las relaciones entre los derechos a la igualdad y a la objeción de conciencia, señalando luego algunas conexiones entre la libertad de pensamiento y expresión con la libertad de conciencia y religiosa, para culminar proponiendo un test de convencionalidad aplicable a la reglamentación del derecho en análisis.

2. Relaciones entre los derechos a la igualdad y a la objeción de conciencia

Existen estrechas vinculaciones entre los derechos a la igualdad y a la objeción de conciencia. Así lo ha puesto de manifiesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Portillo”, al sostener que el fundamento positivo del mencionado derecho se encuentra en los artículos 14, 16 y 19 de la Constitución Nacional. En el artículo 14, en tanto consagra la libertad de cultos; en el artículo 19, por cuanto contiene el principio de autonomía y en el artículo 16, referido a la igualdad ante la ley y en el que se sustenta la obligación de protección de las minorías²⁰.

En el caso “Bahamondez”, los jueces Cavagna Martínez y Boggiano destacaron la relación existente entre el principio de no discriminación y el derecho a la objeción de conciencia. En tal sentido, sostuvieron: “[...] la convivencia pacífica y tolerante también impone el respeto de los valores religiosos del objetor de conciencia, en las condiciones enunciadas, aunque la sociedad no los asuma mayoritariamente. De lo contrario, bajo el pretexto de la tutela de un orden público erróneamente concebido, podría violentarse la conciencia de ciertas personas que sufrirían una arbitraria discriminación por parte de la mayoría con perjuicio para el saludable pluralismo de un Estado democrático”²¹.

Asimismo, en el precedente “Asociación Testigos de Jehová”, la jueza Highton sostuvo que obligar a los docentes que formaban parte de los Testigos de Jehová a honrar los símbolos patrios resultaba incompatible con la prohibición de discriminar por razones religiosas consagrada en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional²².

convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho Interno de los Estados americanos (Preámbulo CADH)” (considerando 8°). Agregó, también, que “el constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de Derecho Público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (*Fallos*: 316:1669; entre otros)” (considerando 16).

²⁰ Cfr. *Fallos*: 312:496, considerando 10.

²¹ *Fallos*: 316: 479 (1993), voto de los jueces Antonio Boggiano y Mariano Cavagna Martínez, considerando 18.

²² Cfr. *Fallos*: 326:2966 (2005), voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 16.

La vinculación entre los derechos a la igualdad y a la objeción de conciencia puede verse según diversas modalidades. Por una parte, por cuanto todos los seres humanos son titulares por igual del derecho a la libertad de conciencia y religión, en el que se fundamenta el derecho a la objeción de conciencia; y por la otra, nadie debe ser discriminado con sustento en su religión o su concepción ética, pues de tal modo se violaría el derecho a la igualdad (cfr. artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En el precedente “Castillo” el Máximo Tribunal argentino aplicó el instituto de la discriminación indirecta o el impacto desigual, con relación al derecho a no ser discriminado por razón de la religión, considerando que pueden existir normas que con la apariencia de neutralidad, tienen decisivos efectos discriminatorios, al producir un impacto desproporcionado en un grupo determinado²³. La discriminación indirecta ha tenido expresa regulación en los Estados Unidos, a través de la Ley de Derechos Civiles de 1991, la que prohíbe el “impacto desigual” de todo aquel criterio de acceso o promoción a un empleo que sea aparentemente neutral pero provoque, en realidad, un resultado discriminatorio para los colectivos protegidos por la Ley de Derechos Civiles de 1964, la que prohíbe (entre otras cosas) el “trato desigual” del empleador al empleado con sustento en la raza, el color, la religión, el sexo o el origen nacional²⁴. Cuando esto último ocurre se produce una *prima facie discrimination*, y el empleador tiene la carga de demostrar que no ha discriminado²⁵.

Asimismo, la discriminación indirecta fue receptada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con respecto a las desigualdades que afectan a las mujeres en las relaciones laborales²⁶, y por la Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa.

23 *Fallos*: 340:1795 (2017), considerandos 20 a 23. No me referiré en este artículo a las inconsistencias argumentativas de que adolece el voto de la mayoría en el caso “Castillo” y a la incorrecta aplicación del instituto de la discriminación indirecta, por exceder los propósitos de este trabajo.

24 Una aplicación de la norma que consagra la discriminación por impacto desigual en la Ley de Derechos Civiles de 1991 puede verse en el caso “Ricci v. Distéfano”, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos el 29 de junio de 2009. Para un comentario del caso cfr. Didier, M. M. y Cianciardo, J. “El derecho a la igualdad y el impacto desigual. A propósito de una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. *El Derecho*, 9-10-2009, 1-4.

25 Cfr. Giménez Gluck, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 97.

26 Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: asunto 170/84 (Bilka-Kaufhof), de fecha 13-5-1986; asunto 237/85 (Rummeler), de fecha 1-7-1986; asunto 171/88 (Rinner-Kühn), de fecha 13-7-1989; asunto 109/88 (Danfoss), de fecha 17-10-1989; asunto C-33/89 (Kowalska), de fecha 27-6-1990; asunto C-184/89 (Nimz), de fecha 7-2-1991; asunto C-360/90 (Bötel), de fecha 4-6-1992 y asunto C-127/92 (Enderby), de fecha 27-10-1993.

También en España, la Ley N° 62/2003, del 30 de diciembre, ha modificado los artículos 4.2. letra c) y 17.1. del Estatuto de los Trabajadores, que tan sólo protegían frente a las discriminaciones directas. El artículo 28.1. de la referida Ley N° 62/2003 define la discriminación directa y la indirecta.

En el sistema jurídico argentino la discriminación indirecta no ha tenido una regulación en la legislación nacional, habiendo sido receptada en el artículo 2º, inciso a) ii), de la Ley N° 5.261, contra la discriminación, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así también, ha sido aplicada por la jurisprudencia, la que resolvió que debía darse por despedida sin justa causa una trabajadora que se había negado a trabajar los días sábados por profesar la religión adventista, considerando que la aplicación de normas generales neutrales en materia laboral sin contemplar los supuestos de objeción de conciencia, implicaría una vulneración del principio de no discriminación, requiriendo la implementación de una “acomodación razonable” de las normas laborales, con cita de la Corte Suprema de Canadá²⁷.

La discriminación indirecta constituye un instituto fecundo para tutelar el derecho a la objeción de conciencia, deslegitimando la adopción de medidas que producen un impacto desigual o discriminatorio, tales como los denominados “registro de objetores de conciencia”²⁸, vigentes en la provincia de Santa Fe²⁹, Argentina y también en las Comunidades Autónomas de Navarra y Castilla-La Mancha, España³⁰.

Así también, resulta relevante a los fines de esclarecer las relaciones entre el derecho a la igualdad y la objeción de conciencia, la denominada discriminación por indiferenciación, la que ha sido receptada por la jurisprudencia constitucional argentina, estadounidense e italiana, sosteniendo

27 Cfr. Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, “Belotto, Rosa E. c/ Asociación Bancaria (SEB) s/ despido”, 3-12-2014, [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Belotto,%20Rosa%20c.%20Asociaci%C3%B3n%20Bancaria%20\(S.E.B.\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Belotto,%20Rosa%20c.%20Asociaci%C3%B3n%20Bancaria%20(S.E.B.).pdf) (fecha de consulta: 3 abril de 2019). En igual sentido se había pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, el 26-4-2004, en autos “S. M. R. c/ Longseller S.A. s/ despido”, *El Derecho*, 208-352 (2004).

28 Una aplicación del instituto de la discriminación indirecta a los registros de objetores de conciencia puede consultarse en Didier, M. M.; Romero, E. J. I. y Parini, N. F. (2015). “Registro de objetores de conciencia. Implicancias del derecho a la igualdad y a la protección de datos personales”. *Persona y Derecho* N° 73, 2015/2, 231-259.

29 En la provincia de Santa Fe, la Resolución N° 843/2010, del Ministerio de Salud, crea y reglamenta un Registro de Objetores de Conciencia, disponiendo en su artículo 3º que la Sectorial Informática del Ministerio de Salud tendrá a su cargo el desarrollo de un sistema web que concentre los datos del registro en una base central que tomará el carácter de información pública (cfr. <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/126199/623653/file/Res%20843%20-%20Objecion%20de%20Conciencia.pdf>, fecha de consulta: 2 de abril de 2019).

30 Cfr. Navarro Valls, R. (2014). “Una ocasión perdida. Comentario a la STC de 23 de septiembre de 2014, sobre Registro de Objetores de Conciencia al Aborto”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 36, 6.

que el principio de igualdad no sólo implica que el creador de la norma jurídica general no pueda introducir diferenciaciones irrazonables, sino que también exige que situaciones desiguales no sean tratadas de modo igual por el legislador o el poder administrador, estando obligado en tales casos a efectuar un tratamiento desigual³¹. Con relación a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en su Opinión Consultiva 17/2002, que “existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contrarie la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”³². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que resulta discriminatorio el trato idéntico de dos situaciones que son sustancialmente diferentes³³, ampliando de tal modo el contenido del principio de no discriminación.

Desde la doctrina se ha sostenido que la prohibición de discriminación no “[...] debe entenderse como uniformidad, sino como una proporcionalidad cualitativa, lo que supone no la existencia de un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, sino en función de las circunstancias que concurran en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca”³⁴. Coincidiendo con lo expuesto, Pérez Luño ha señalado que la igualdad exige tanto equiparar como diferenciar, “[...] ya que la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera indiscriminada, como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales”³⁵.

31 Para la Corte Suprema argentina, el principio de igualdad resultaría vulnerado “[...] si se contemplare en forma idéntica casos que entre sí son diferentes” (*Fallos*: 327:4495, 2004). Según la Corte Suprema de Estados Unidos, a veces la mayor discriminación puede consistir en tratar cosas que son diferentes como si fueran exactamente iguales (“*Jenness vs. Fortson*”, 403 U.S. 431, 1971). La Corte Constitucional italiana ha sostenido: “[...] el principio de igualdad también se viola si situaciones desiguales reciben un trato normativamente igual [...]” [Suay Rincón, J. (1985). *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Madrid. Instituto de estudios de administración local, 52]. El autor también menciona las siguientes sentencias: 99/65; 22 y 81/66; 119/69; 14/71; 93/72; 36/73 y 119/76.

32 Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 46.

33 Caso “*Thlimmenos c/ Grecia*”, del 6 de abril de 2000. Un comentario de dicha sentencia puede verse en Navarro Valls, R. y Martínez Torrón, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2ª edición. Madrid. Iustel, 101.

34 Contreras Mazarío, J. M. “Libertad de conciencia y convicción en el sistema constitucional español”. En *Revista CIDOB D’Afers Internacionals*, 77, 45 y cfr. STC del 2 de julio de 1981, fundamento jurídico 3 y STC del 10 de julio de 1981, fundamento jurídico 4.

35 Pérez Luño, A. E. (1981). “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Anuario de Derechos Humanos* I. Universidad Complutense, 268.

Desde la doctrina constitucional estadounidense también se ha contemplado esta forma de discriminación por indiferenciación, al señalarse que la violación del principio de igualdad no sólo se da cuando el Estado o los particulares clasifican o diferencian entre personas o grupos de personas, sino también cuando omiten clasificar entre personas que se encuentran diversamente situadas³⁶.

En el mismo sentido, Alexy, si bien ha defendido la carga de la argumentación para el tratamiento desigual como un postulado de la racionalidad práctica³⁷, ha reconocido que el principio de igualdad no se agota en un mandato de parificación, indicando que impone un tratamiento desigual cuando existen razones suficientes. Así, ha afirmado que “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”³⁸.

Considerando lo expuesto, la discriminación por razón de la religión o la concepción ética podría configurarse en el siguiente supuesto: “[...] cuando las normas o prácticas obstaculizan su ejercicio, denegando o limitando la pretensión de objetar por razón de las convicciones religiosas o éticas, sin que exista una justificación objetiva y razonable. En tal supuesto, la persona a quien se le deniega o limita el derecho a objetar estaría siendo discriminada por adherir a determinada religión u opinión ética, viéndose obligada a cumplir con prestaciones o conductas que contrarían sus convicciones. Se la trataría formalmente igual al resto de los sujetos a quienes está dirigida la obligación constitucional, legal, reglamentaria o convencional, pero se violentaría la igualdad proporcional, conforme a la cual la distribución de obligaciones o cargas dentro del grupo social no debe responder a una igualdad aritmética o a una simetría abstracta, sino a una igualdad geométrica, es decir, proporcionada a las personas y circunstancias. [...] En otros términos, se trataría de una hipótesis de discriminación por indiferenciación”³⁹, al omitir atender a la posición de

36 Cfr. Tribe, L. (1988). *American constitutional law*. 2nd edition. New York, Mineola. The Foundation Press, Inc., 1438-1439.

37 Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Garzón Valdés, E. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 405 y (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 191.

38 Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*... Ob. cit., 397.

39 Didier, M. M. (2015). *El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación*. *Dikaion*, 24, 2, 272-273. Sobre las distinciones entre igualdad aritmética e igualdad geométrica cfr. Aristóteles. *Ética Nicomáquea*, Libro V; Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA, 221-224; Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*. Pamplona. EUNSA, 90-95 y Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derechos Naturales*. Buenos aires. Abeledo Perrot, 214-221.

desigualdad en que se encuentran los sujetos sobre los que se imponen las obligaciones objetadas.

La discriminación que supone una denegación o limitación irrazonable del ejercicio de la objeción de conciencia resulta relevante a los fines de determinar el test de convencionalidad que debe ser aplicado, sobre el que me referiré a continuación.

3. El test de convencionalidad aplicable

3.1. Considero que para juzgar la conformidad de la reglamentación del derecho a la objeción de conciencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe aplicarse un escrutinio estricto, por estar en juego criterios de discriminación expresamente prohibidos por la referida Convención, cuales son la religión y la opinión ética. En cuanto a este último criterio, entiendo que estaría comprendido en los términos “opiniones políticas o de cualquier otra índole” a que refiere el artículo 1.1. de dicho cuerpo normativo, criterios que, según la jurisprudencia del Máximo Tribunal argentino, se presumen inconstitucionales y dan lugar a la aplicación de un examen más riguroso de razonabilidad⁴⁰.

Dicho escrutinio estricto también debe ser aplicado con sustento en la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han conferido a las normas que integran la Convención, en supuestos diversos a la objeción de conciencia, pero cuyos criterios resultan analógicamente aplicables. En tal sentido, y en coincidencia con lo resuelto por la Corte Suprema de Argentina, la Comisión ha sostenido: “[...] las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”⁴¹.

40 Cfr. “Hooft”, Fallos: 327:5118 (2004); “Gottschau”, Fallos: 329:2986 (2006); “Mantecón Valdés”, Fallos: 331:1715 (2008), “Partido Nuevo Triunfo”, Fallos: 332:433 (2009) y “Castillo”, Fallos: 340:1795 (2017). Asimismo ver Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Buenos Aires. Marcial Pons, 243-332.

41 Comisión IDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/SER.L/V/11.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, original: inglés, párrafo 338. Sobre los estándares para juzgar normas que realizan distinciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cfr. Giardelli, L.; Toller, F. y Cianciardo, J. “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del sistema

Asimismo, la Corte Interamericana ha exigido también un “test estricto de análisis”, por considerar que se encontraba en juego un criterio de discriminación prohibido por el artículo 1.1. de la Convención, interpretando el criterio “cualquier otra condición social”⁴².

3.2. Por otra parte, dicho escrutinio estricto también debería ser aplicado por cuanto el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia constituye una modalidad del ejercicio de la libertad de conciencia y religión, expresamente consagrada en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana se ha pronunciado expresamente sobre la interpretación del artículo 13.2., relativo a la libertad de pensamiento y expresión. Entiendo que tales criterios interpretativos podrían aplicarse analógicamente a la libertad de conciencia y religión por dos órdenes de razones:

- a) En primer lugar, desde una interpretación gramatical, es preciso advertir que el artículo 13.2. se encuentra redactado de modo similar al artículo 12.3, por lo que entiendo que los criterios allí señalados resultarían aplicables a la libertad de conciencia y religión⁴³.
- b) En segundo lugar, apoyándome en una interpretación teleológica, es preciso considerar que ambos derechos se conectan estrechamente con el sistema democrático, en tanto están dirigidos a su preservación y mantenimiento. Tal como lo ha reconocido la misma Corte Interamericana, al señalar que “la libertad religiosa es uno de los ci-

interamericano sobre el derecho a la igualdad”. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. T. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, 301-343.

42 Cfr. Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24-2-2012, párrafos 83 a 93 y 131.

43 Compartiendo la posibilidad de extrapolar a la libertad de religión los criterios interpretativos sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la libertad de pensamiento y expresión, se ha señalado que “la restricción debe servir a alguno de los fines legítimos enunciados en la Convención, [...] las medidas deben ser necesarias para alcanzar esos fines. Esto ha de interpretarse, según lo ha entendido la Corte en un caso que se refería a otro derecho pero con un criterio que puede ser extrapolado, en el sentido de que debe existir un interés público imperativo que justifique la medida [...]. La necesidad a la que se refiere el artículo es, así, la necesidad de una sociedad democrática (Úbeda de Torres, 2007, 510). Este requisito aparece como bastante estricto, si se tiene en cuenta que, según lo ha dicho la Corte, hay que demostrar no sólo la proporcionalidad entre medios y fines, sino que el fin perseguido no puede ser alcanzado por otros medios menos restrictivos del Derecho” [Arlettaz, F. (2011). “La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 1, 52].

mientos de la sociedad democrática”⁴⁴, sosteniendo también que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”⁴⁵.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Argentina, al reconocer el carácter constitucional del derecho a la objeción de conciencia, destacó la relevancia del respeto a la libertad religiosa y de conciencia en una democracia, afirmando que esta última no es sólo una forma de organización del poder, “[...] sino un orden social destinado a la plena realización del ser humano. De otro modo, no se habrían establecido derechos individuales para limitar anticipadamente la acción legislativa; por el contrario, se hubiera prescripto al legislador la promoción del bienestar de la mayoría de la población, sin tener en consideración a las minorías”⁴⁶. En efecto, el reconocimiento de la objeción de conciencia como derecho fundamental, y podría agregarse como Derecho Humano, es “la piedra de toque de la madurez democrática de un ordenamiento jurídico”⁴⁷.

Cabe a esta altura detenerse en el texto de ambas normas convencionales, advirtiendo que establecen que las limitaciones a los derechos allí reconocidos deben ser “necesarias”:

El artículo 12.3. de la precitada Convención prescribe: “La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.

El artículo 13.2., referido a la libertad de pensamiento y de expresión establece: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Al respecto, siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana entendió, en la Opinión Consultiva 5/85 sobre “Colegiación Obligatoria de Periodistas”, que el término “necesarias” utilizado en

44 Corte IDH, “La última tentación de Cristo – Olmedo Bustos y otros c/ Chile”, sentencia de fondo (5-2-2001), párrafo 79.

45 Corte IDH, “La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva 5/85 (13-11-1985), párrafo 70.

46 “Portillo”, *Fallos*: 312:496, considerando 10.

47 Ollero, A. “Soy en realidad iusnaturalista”, recuperado de <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Ollero-Soy-en-realidad-iusnaturalista.pdf>, p. 6 (fecha de consulta: 1º de febrero de 2019).

el artículo 13.2. de la Convención Americana implica la existencia de una necesidad social imperiosa, por lo que las restricciones o limitaciones a la libertad de pensamiento y expresión –y se podría afirmar también *mutatis mutandis* a la libertad de conciencia y religión– deben estar orientadas a satisfacer un “interés público imperativo”. Agregó, también, que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”, concluyendo en que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”⁴⁸.

3.3. Los juicios del escrutinio estricto

Con fundamento en los argumentos expuestos, cabe afirmar que, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las reglamentaciones del derecho a la objeción de conciencia están sujetas a un escrutinio estricto. Ello significa que el test de convencionalidad aplicable constará de los siguientes juicios o subprincipios:

3.3.1. Reglamentación legal

En primer lugar, y a tenor de la exigencia establecida en el artículo 12.3., se deberá constatar que la reglamentación o limitación de las normas convencionales relativas a la libertad de conciencia y religión deben estar previstas en la ley, entendiendo por tal a la norma de carácter general emanada del Poder Legislativo, conforme ha interpretado el término *ley* la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-6/86⁴⁹.

Dicha exigencia de regulación legal también puede ser derivada del artículo 30 de la referida Convención, conforme al cual las restricciones aplicables a los derechos reconocidos en la misma deben ser establecidas a través de leyes dictadas para salvaguardar el interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Ello significa que, aquellas reglamentaciones del derecho a la objeción de conciencia plasmadas en los denominados protocolos de interrupción le-

48 Corte IDH, “La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva 5/85 (13-11-1985), párrafo 46.

49 Corte IDH, “La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, Nro. 6, 1986, párrafo 31.

gal del embarazo o de aborto no punible⁵⁰, que han proliferado en la República Argentina, en algunos casos como resoluciones del Ministerio de Salud y en otros ni siquiera con el estatus de actos administrativos, no llegan a sortear el primer juicio que integra este test de convencionalidad. Idéntica conclusión cabe inferir con respecto a la Resolución N° 843/2010, como a sus consecuentes, las Nros. 2.136/2010 y 267/2014, todas del Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe, que crean y reglamentan el llamado “Registro de objetores de conciencia”, estableciendo plazos y condiciones de ejercicio para el mencionado Derecho Humano.

3.3.2. *El juicio de adecuación*

En segundo lugar, este test de convencionalidad está compuesto por el juicio de adecuación, el que integra la estructura del principio de proporcionalidad o razonabilidad⁵¹, requiriéndose que la obligación objetada que se pretende imponer persiga un objetivo legítimo y socialmente relevante, el que puede identificarse con la consecución de un bien público o con la satisfacción del derecho de un tercero. Asimismo, la obligación objetada debe ser idónea para alcanzar dicho objetivo, no bastando una genérica adecuación a los fines. Ello significa que el juicio de adecuación ha de ser aplicado mediante un control estricto, no bastando un control de evidencia⁵², puesto que

50 Cfr. punto 5.2. del “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”, publicado por el Ministerio de Salud de la Nación, recuperado de http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000875cnt-protocolo_ile_octubre%202016.pdf (fecha de consulta: 22-1-2019).

51 Sobre el principio de razonabilidad o proporcionalidad cfr. Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. New York. Cambridge University Press; Barnes, J. “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”. *Revista de Administración Pública*, N° 135, septiembre-diciembre de 1994; Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Carbonell, M. (coord.) (2007). *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá, Universidad del Externado; Cianciardo, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma; Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires. EUDEBA; Gavara de Cara, J. C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales; Linares, J. F. (1970). *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea; Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid. McGraw-Hill.

52 Sobre los diversos niveles de intensidad en el juicio de adecuación cfr. Bernal Pulido, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...* Ob. cit., 730-732. En lo que

la restricción –es decir, los medios– debe ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo legítimo, según lo sostenido por la Corte en el párrafo 46, de la Opinión Consultiva 5/85, sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas, analógicamente aplicable.

Cabe aclarar que el control intensivo de la idoneidad de la medida no admite generalizaciones o clasificaciones *overinclusive*, debiendo analizarse caso por caso si la medida adoptada es idónea para alcanzar la finalidad pretendida. La clasificación *overinclusive* tiene lugar cuando “[...] el gobierno omite clasificar con el resultado de que sus reglas o programas no distingan entre personas que, para los propósitos de la igual protección, deberían ser consideradas como diferentemente situadas”⁵³.

3.3.3. *El juicio de necesidad*

En tercer lugar, el juicio de necesidad, el que también forma parte del principio de proporcionalidad y conforme al cual la denegación del ejercicio de la objeción de conciencia ha de constituir el medio menos restrictivo para alcanzar la finalidad perseguida mediante la imposición de la obligación. Ello implica, al decir de la Corte Interamericana, que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido” (párrafo 46, Opinión Consultiva 5/85, sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas). Por tanto, el órgano legislativo, al reglamentar el derecho a la objeción de conciencia y los órganos administrativos y judiciales, al determinar su procedencia, “[...] deberán preguntarse si el deber objetado que persigue la finalidad de bien público o constituye la contraprestación para la salvaguarda del derecho de un tercero, puede ser cumplido por otra persona o mediante una prestación alternativa que resulte igualmente idónea para alcanzar el objetivo perseguido”⁵⁴. Ello implica ponderar la existencia de otras medidas posibles igualmente adecuadas para la realización del fin pretendido, por las que se mantenga al mismo tiempo incólume la conciencia del objeto.

respecta al derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional argentina y estadounidense han aplicado el examen de adecuación con diversa intensidad, según los criterios de diferenciación empleados por la norma y la clase de derechos con relación a los cuales se establece la distinción de trato. Al respecto cfr. Didier, M. M. *El principio de igualdad en las normas jurídicas...* Ob. cit.

53 Tribe, L. *American constitutional law...* Ob. cit., 1438-1439.

54 Didier, M. M. “El derecho a la objeción de conciencia...”. Ob. cit., 264.

3.3.4. *El juicio de proporcionalidad en sentido estricto*

En cuarto lugar, deberá aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por el que la obligación objetada deberá dirigirse a la obtención de un interés público imperativo o de una necesidad social imperiosa (párrafo 46, Opinión Consultiva 5/85, sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas). Esto supone efectuar un control intensivo de la proporcionalidad en sentido estricto, practicado desde la perspectiva del tribunal, no resultando suficiente un control de evidencia efectuado desde la perspectiva del legislador⁵⁵.

La exigencia de un interés público imperativo también debe ser requerido por estar en juego criterios de discriminación prohibidos en el artículo 1.1. de la Convención Americana –en el caso del derecho en análisis, la religión y la opinión ética–, lo que demanda un test estricto de análisis –según lo sostenido por la Corte en el caso “Atala Riffo”–.

3.3.5. *El juicio de alteración del contenido esencial del Derecho*

Considero que el test de convencionalidad referido resultaría insuficiente, y podría colisionar con los principios de Derecho Público establecidos en nuestra Constitución (artículo 27, CN), si no se complementa con los derechos y garantías allí reconocidos⁵⁶.

En el Derecho argentino, la garantía de la inalterabilidad de los derechos fundamentales (muchos de ellos también Derechos Humanos) constituye una exigencia de razonabilidad de la regulación normativa de tales derechos, prescripta por el artículo 28 de la CN, según el cual “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. De allí, el criterio sustentado por la Corte Suprema, para quien “[...] cuando la sustancia de un Derecho Constitucional se ve aniquilada por las normas que lo reglamentan,

55 Sobre los dos niveles de control de la proporcionalidad en sentido estricto cfr. Bernal Pulido, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...* Ob. cit., 796.

56 Alfonso Santiago destaca que a partir del caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” ya citado, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pueden derivarse seis tesis fundamentales, entre las que destaca “la primacía final de la Constitución sobre los tratados internacionales, incluso sobre aquellos a los que el constituyente de 1994 les ha reconocido carácter complementario y otorgado jerarquía constitucional” (Santiago, A. *Estudios de Derecho Constitucional...* Ob. cit., 283) y “la reafirmación de la supremacía constitucional como instancia jurídica suprema y la obligación por parte de los jueces nacionales de su defensa ante cualquier otra norma que la contradiga” (Santiago, A. *Estudios de Derecho Constitucional...* Ob. cit., 284).

ni las circunstancias de emergencia son atendibles, incluso en el terreno del Derecho Patrimonial”⁵⁷. Ello significa que, aun existiendo un interés sustancial para el Estado, cual es el de superar una situación de emergencia, no sería razonable aniquilar o violentar el Derecho Constitucional en juego, resultando insuficiente un mero balance entre ventajas y desventajas para juzgar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida considerada.

En este sentido, se ha señalado que “la postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios, y otra, la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego”⁵⁸.

Con fundamento en lo señalado, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto no debería reducirse a un balanceo entre costos y beneficios, ponderando el mayor o menor peso de los derechos o bienes públicos comprometidos en el caso, pues en tal supuesto bastaría invocar la existencia de un interés estatal imperioso para desconocer derechos humanos y fundamentales. A los fines de evitar incurrir en una análisis utilitarista, que concibe la razonabilidad como mera racionalidad técnica o instrumental, es preciso complementar dicho juicio de proporcionalidad en sentido estricto con el denominado juicio de alteración del contenido esencial del derecho, el que se funda en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Por tanto, conforme a lo señalado por Cianciardo, la proporcionalidad *stricto sensu* de una medida presupone dos cosas: “a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora introduce precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido”⁵⁹. De este modo, es preciso “[...] comprobar que no se ha afectado el contenido del derecho. A partir de ahí se efectuará el balanceo de ventajas y cargas”⁶⁰.

A los fines de precisar el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia, sin perjuicio de las diversas pautas hermenéuticas que se han señalado en la doctrina y la jurisprudencia, resulta necesario determinar los bienes humanos que constituyen el objeto del mencionado derecho⁶¹,

57 “Dessy”, *Fallos*: 318:1894 (1995), considerando 12 del voto de los ministros Fayt, Petracchi y Boggiano.

58 Cianciardo, J. *El principio de razonabilidad...* Ob. cit., 98.

59 Ídem, 99.

60 Íbidem.

61 Diversas pautas metodológicas para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales pueden ser consultadas en Serna, P. y Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires. La Ley, 40-60; Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 255-280 y Toller, F. (2012). “Los derechos *in concert*. Metodologías para tomar

atento a que la materia de los Derechos Humanos, o sea, su contenido, se corresponde con los bienes humanos básicos y sus derivados, conforme a lo sostenido en este aspecto por John Finnis, para quien el proceso de especificación y demarcación de los derechos necesita de “[...] una concepción del bien humano, de la realización individual, según una forma (o conjunto de formas) de vida en común que promueva en lugar de obstaculizar tal realización”⁶².

Tomando en cuenta la enumeración propuesta por Finnis, tales bienes humanos, objeto del derecho a la objeción de conciencia, estarían dados, a mi entender, por la “razonabilidad práctica” y la “religión”⁶³. La razonabilidad práctica es concebida como “el bien básico de ser capaz de hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente (en el razonamiento práctico que da por resultado una acción) a los problemas de elegir las acciones y el estilo de vida de cada uno y de formar el propio carácter. Dicho de modo negativo, esto implica que uno tiene una medida de libertad efectiva; de modo positivo, implica que uno busca introducir un orden inteligente y razonable en las propias acciones y hábitos y actitudes prácticas”⁶⁴. La razonabilidad práctica plantea determinadas exigencias que se refieren a lo que uno debe hacer, o pensar, o ser, si ha de participar en el valor básico de la razonabilidad práctica; cada una de ellas es fundamental, inderivada e irreductible⁶⁵. Entre las nueve exigencias, está la que consiste en “seguir la propia conciencia”, a la que Finnis considera un aspecto particular de la séptima exigencia (ningún bien básico puede ser atacado directamente en ningún acto) o también un resumen de todas las exigencias. El seguir la propia conciencia supone que uno no debe hacer lo que juzga o piensa que no debiera hacerse, o sea, debe actuar conforme a su conciencia⁶⁶. La razonabilidad práctica también exige no atentar directamente contra un bien humano básico y procurar el bien común de las propias comunidades⁶⁷. Por ello, no se considerará incluido

decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”. En Cianciardo, J. (coord.). *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos*. México. Porrúa, 124-132 y STC 11/1981, FJ 8. En el caso “Partido Nuevo Triunfo”, el juez Fayt expresa fundamentos con relación al derecho a formar un partido político, que proyectan pautas esclarecedoras de la metodología para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental (*Fallos*: 332:433, 2009). Un comentario a dicho fallo cfr. en Didier, M. M. *El principio de igualdad en las normas jurídicas...* Ob. cit., 322-328.

62 Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derechos Naturales*. Trad. de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires, 247-248.

63 Cfr. *idem*, 117-121.

64 *Ibidem*, 119.

65 Cfr. *idem*, 133.

66 Cfr. *idem*, 154.

67 Cfr. *idem*, 131-156.

dentro del contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia, el acto que, mediante el incumplimiento de una obligación, suponga un atentado directo contra un bien humano básico o una afectación grave al bien común, no evitable por otros medios.

Desde esta perspectiva, no formarían parte de la denominada “esfera material” del derecho a la objeción de conciencia⁶⁸, aquellas acciones por las que el objetor daña o impide la realización o participación en una forma básica de bien humano, como sería el caso, por ejemplo, de quien presta su asistencia al suicidio y justifica su acción en imperativos de conciencia para eximirse de la sanción penal; o las prácticas de infibulación o escisión femenina, propias de ciertas comunidades islámicas, respaldadas en una determinada interpretación del Corán. Debido a que mediante dichas conductas se estaría atentando directamente contra el bien humano de la vida de quien solicita su asistencia para el suicidio, y contra el bien humano de la salud e integridad física de la mujer sobre la que se realiza dicha práctica, no cabría considerarlas como un ejercicio razonable de la objeción de conciencia, encontrándose fuera del ámbito de protección del derecho en análisis⁶⁹.

Lo expuesto con relación a los bienes humanos que constituyen el contenido del derecho a la objeción de conciencia, se conecta con el sentido y contenido del principio de razonabilidad, puesto que una reglamentación razonable o proporcionada del derecho a la objeción de conciencia, o una decisión razonable referida a la pretensión de objetar, supone la consideración del otro como un igual, portador de idéntica dignidad, con capacidad de reconocer “[...] el carácter intangible de algunos bienes, merecedores de un respeto absoluto”⁷⁰.

4. La carga de la justificación y de la prueba

Un problema que plantea el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, cuando éste es denegado por la autoridad administrativa o judicial, es la imposición de la carga de la justificación y de la prueba. La primera

68 La terminología “esfera material” es propuesta por Toller, F. “Los derechos *in concert...*”. Ob. cit., 137-144.

69 Adviértase que, para Finnis, el carácter inviolable de los Derechos Humanos básicos se sustenta en la exigencia de la razonabilidad práctica conforme a la cual no se debe realizar ningún acto que de suyo no hace más que dañar o impedir la realización o participación en una o más de las formas básicas de bien humano. (Cfr. Finnis, *J. Ley natural y Derechos Naturales...* Ob. cit., 148, 151 y 251-253).

70 Cianciardo, J. “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley. Tensiones y relaciones”. *Estudios de Deusto* 66, N° 2, 68.

hace referencia a la exposición de las razones por las que se intenta demostrar que la negativa del ejercicio de la objeción de conciencia logra superar el test de convencionalidad propuesto en los epígrafes precedentes. Dicho de otro modo, en palabras del Tribunal Constitucional Español, implica la “[...] imposición dialéctica justificadora de las razones y valores que hagan posible constitucionalmente la desigualdad, sin caer en la discriminación producto de la irrazonabilidad y de su consecuencia, la inconstitucionalidad”⁷¹.

Es posible que, según el caso, no baste la sola justificación dialéctica, y también sea necesario acreditar hechos empíricos, a través de diversos medios de prueba. En tal supuesto, la carga de la prueba ha de entenderse como una “[...] noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables”⁷².

Efectuada dicha aclaración conceptual, cabe señalar que, a mi entender, la carga de la justificación y de la prueba deberá imponerse sobre el Estado o la persona que deniegue el ejercicio de la objeción de conciencia, a quienes corresponderá demostrar que dicha denegación logra sortear los juicios referidos, con los alcances y grados de intensidad especificados en el epígrafe 3.3.

Dicha carga debe ser impuesta sobre quien se opone al ejercicio del mencionado derecho, por estar en juego criterios de discriminación prohibidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuales son la religión y la opinión ética. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en los casos donde se encuentran involucrados tales criterios, la carga de la justificación y de la prueba recae sobre quien defiende el trato desigual impugnado⁷³. Cabe advertir que la Corte ha resuelto que “[...] los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘cualquier otra condición social’ para incorporar, así, a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas”⁷⁴.

71 STC 75/1983.

72 Devis Echandía, H. (1988). *La teoría general de la prueba judicial*. T. I. 2ª edición. Buenos Aires. Editorial Víctor de Zabalía, 426.

73 Cfr. “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafos 124, 125 y 131.

74 Ídem, párrafo 85.

Dicha doctrina es también compartida, aunque parcialmente⁷⁵, por la Corte Suprema de Justicia argentina, para la cual “[...] el Derecho Constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”⁷⁶, agregando que, en concordancia con lo sostenido en los precedentes “Hooft”⁷⁷, “Gottschau”⁷⁸ y “Mantecón Valdés”⁷⁹, las leyes que utilizan clasificaciones basadas en los criterios referidos se presumen inconstitucionales, por lo que quien defiende la validez del trato desigual deberá demostrar “[...] que responde a fines sustanciales –antes que meramente convenientes– y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”⁸⁰.

Considero que la carga de la justificación y de la prueba también debe ser impuesta sobre quien se opone al ejercicio de la objeción de conciencia, por cuanto concurren razones de orden práctico, vinculadas con que es el Estado, en cuanto creador del deber objetado, el que tiene el conocimiento, la información necesaria y los medios para acreditar los fines que se intentan alcanzar a través del referido deber; la existencia de medios alternativos no eficaces para cumplir con dichos fines y el carácter imperioso de los mismos.

5. Conclusiones

Llegados a este punto, es preciso extraer las siguientes conclusiones:

5.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre el derecho a la objeción de conciencia y su reconocimiento en la Convención, aunque sí lo ha hecho la Comisión Interamericana de Dere-

⁷⁵ Se afirma que dicha doctrina es compartida parcialmente, por cuanto la Corte Suprema de Argentina no ha sostenido que tales criterios son meramente enunciativos y no taxativos, afirmando que corresponde “[...] la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos)” (*Fallos*: 332:433, 2009, considerando 6º del primer voto).

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Fallos*. 327:5118 (2004).

⁷⁸ *Fallos*: 329:2986 (2006).

⁷⁹ *Fallos*: 331:1715 (2008).

⁸⁰ *Ibidem*.

chos Humanos, sosteniendo en una primera etapa que constituye un derecho emanado del artículo 12 de la Convención sólo en los Estados donde fue reconocido en la legislación interna. En una segunda etapa, al referirse a la objeción de conciencia en materia de salud sexual y reproductiva, no requirió que el derecho en análisis se encuentre consagrado en el Derecho Interno.

5.2. El ejercicio regular o razonable de la objeción de conciencia debe ser reconocido como una manifestación inescindible del derecho a la libertad de conciencia y religión, en tanto resulta contrario a la dignidad humana instrumentalizar a una persona, obligándola a actuar en contra de sus más íntimas convicciones, lesionando lo que constituye su identidad moral.

5.3. Independientemente de ello, y aún desde los mismos postulados de la Comisión, cabe afirmar que la objeción de conciencia constituye un derecho emanado del artículo 12 de la Convención, en tanto se encuentra reconocido en normas legales y reglamentarias de carácter nacional y provincial, así como en la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina.

5.4. La denegación o limitación irrazonable del ejercicio de la objeción de conciencia implica no sólo una violación de la libertad de conciencia y de religión, sino también un supuesto de discriminación por razón de la religión o la opinión ética, al no respetarse la igualdad proporcional en la distribución de obligaciones o cargas dentro del grupo social. Se trataría de un caso de discriminación por indiferenciación.

5.5. La compatibilidad de la reglamentación del derecho a la objeción de conciencia con la Convención Americana debe ser sometida a un escrutinio estricto, por las siguientes razones:

5.5.1. Por estar en juego criterios de discriminación expresamente prohibidos en el artículo 1.1. de la Convención, cuales son la religión y la opinión ética, pudiendo encuadrarse esta última dentro del criterio “opinión política o de cualquier otra índole”. Esa otra índole puede ser de carácter ética.

5.5.2. Por cuanto el artículo 12.3. que consagra la libertad de conciencia y religión se encuentra redactado de modo similar al artículo 13.2. de la Convención, referido a la libertad de pensamiento y expresión, además de que ambos derechos están íntimamente vinculados con la preservación y mantenimiento del sistema democrático, lo que también justifica la aplicación de un escrutinio estricto.

5.5.3. Porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo al Tribunal Europeo, interpretó el artículo 13.2., sosteniendo que las

restricciones a la libertad de pensamiento y expresión deben ajustarse estrechamente al logro de un interés público imperativo, debiendo escogerse aquellas opciones que restrinjan en menor escala el derecho protegido.

5.6. El escrutinio estricto que debe aplicarse a las reglamentaciones del derecho a la objeción de conciencia consta de los siguientes juicios o sub-principios:

5.6.1. El juicio de legalidad, conforme al cual, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.3., la reglamentación o limitación de las normas convencionales relativas a la libertad de conciencia y religión deben estar previstas en la ley, en el sentido de ley formal, emanada del Poder Legislativo.

5.6.2. El juicio de adecuación, por el que se requiere que el deber objetado esté estrictamente adaptado a la consecución de un objetivo legítimo, no bastando una genérica adecuación a dicho objetivo.

5.6.3. El juicio de necesidad, el que impone adoptar la medida menos restrictiva del ejercicio de la objeción de conciencia, como puede ser el cumplimiento del deber por otra persona o mediante una prestación alternativa.

5.6.4. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el que exige que el deber objetado tenga por finalidad el logro de un interés público imperativo o una necesidad social imperiosa.

5.6.5. El juicio de alteración del contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia, considerando los bienes humanos protegidos por el referido derecho, además de las restantes pautas hermenéuticas que acertadamente se han señalado por la doctrina y jurisprudencia.

5.7. La carga de la justificación y de la prueba deberá imponerse sobre la parte que deniegue el ejercicio de la objeción de conciencia, por estar en juego criterios de discriminación expresamente prohibidos en el artículo 1.1. de la Convención, y por ser el creador del deber objetado quien se encuentra en mejores posibilidades prácticas de justificar las razones de la denegación y acreditar los hechos que fuesen necesarios.

6. Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Garzón Valdés, E. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- ----- (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles. *Ética Nicomáquea*.
- Arlettaz, F. (2011). “La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 1, Nº 1, 39-58.

- Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. New York. Cambridge University Press.
- Barnes, J. “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”. *Revista de Administración Pública*, N° 135, septiembrediciembre de 1994.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carbonell, M. (coord.) (2007). *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá.
- Cianciardo, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- ----- (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- ----- “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley. Tensiones y relaciones”. *Estudios de Deusto* 66, N° 2, 47-70.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires. EUDEBA.
- Contreras Mazarío, J. M. “Libertad de conciencia y convicción en el sistema constitucional español”. En *Revista CIDOB D’Afers Internacionals*, 77.
- Cunha Ferré, M. M. (2016, 31 de agosto). “Mapa normativo de la objeción de conciencia en la República Argentina”. *El Derecho*, 1-6.
- Devis Echandía, H. (1988). *La teoría general de la prueba judicial*. T. I. 2ª edición. Buenos Aires. Editorial Víctor de Zabalía.
- Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- ----- (2015). “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, *Dikaion*, 24, 2, 253-281.
- Didier, M. M. y Cianciardo, J. “El derecho a la igualdad y el impacto desigual. A propósito de una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. *El Derecho*, 9 de octubre de 2009, 1-4.
- Didier, M. M.; Romero, E. J. I. y Parini, N. F. “Fundamentos jurídicos de la objeción de conciencia institucional”. *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, 26 de mayo de 2014, 15-19.
- ----- “Objeción de conciencia: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. *La Ley*, 11-11-2014, 3-8.
- ----- (2015). “Registro de objetores de conciencia. Implicancias del derecho a la igualdad y a la protección de datos personales”. *Persona y Derecho* N° 73, 2015/2, 231-259.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derechos Naturales*. Trad. de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

- Gavara de Cara, J. C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Giardelli, L.; Toller, F. y Cianciardo, J. “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad”. En *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. T. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, 301-343.
- Giménez Gluck, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA.
- ----- (1993). *Los eclesiasticistas ante un espectador*. Pamplona. Eunsa.
- Laise, L. (2019). “Libertad de conciencia y objeción de conciencia de establecimientos privados de salud: bases conceptuales para su interpretación constitucional”. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 40, 317-352.
- Linares, J. F. (1970). *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea.
- Londoño Lazaro, M. C. y Acosta López, J. I. (2016). “La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 9, 233-272.
- Maino, G. (2013). *Concepto y fundamento de los Derechos Humanos*. Madrid. Tecnos.
- Massini Correas, C. I. (1996). “Acerca del fundamento de los Derechos Humanos”. *El iusnaturalismo actual*. Carlos I. Massini Correas (compilador). Buenos Aires. Abeledo Perrot, 187-214 y p. 190.
- Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid. McGraw-Hill.
- Navarro Floria, J. G. “La llamada objeción de conciencia institucional”. *Vida y ética*, Año 8, Nº 2, 121-140.
- Navarro Valls, R. (2014). “Una ocasión perdida. Comentario a la STC de 23 de septiembre de 2014, sobre Registro de Objetores de Conciencia al Aborto”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 36.
- Navarro Valls, R. y Martínez Torrón, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2ª edición. Madrid. Iustel.
- Ollero, A. (2015). “Soy en realidad iusnaturalista”, recuperado de <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Ollero-Soy-en-realidad-iusnaturalista.pdf>.
- Pérez Luño, A. E. (1981). “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Anuario de Derechos Humanos* I. Universidad Complutense, 256-275.
- Prieto, V. (2012). “Dimensiones individuales e institucionales de la objeción de conciencia al aborto”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 1-64.

- Santiago, A. (2017). *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Sarteau, C. (2013). “¿Qué objeción? ¿Qué conciencia? Reflexiones en torno a la objeción de conciencia y su fundamentación conceptual”. *Cuadernos de Bioética*, XXIV 2013/3^a, 391-397.
- Serna, P. y Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires. La Ley.
- Suay Rincón, J. (1985). *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración local, 52.
- Toller, F. (2007). “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”. En *Vida y ética*, Año 8, N° 2, 163-189.
- ----- (2012). “Los derechos *in concert*. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”. En Juan Cianciardo (coord.). *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos*. México. Porrúa 111-155.
- Tribe, L. (1998). *American constitutional law*. 2nd edition. New York, Mineloa. The Foundation Press, Inc.
- Vigo, R. L. “Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”. *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, 28-8-2015.
- Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*. Pamplona. EUNSA.

LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

The maritime frontier in the Argentine legal system

Gabriel A. Preci¹

Recibido: 27 de febrero de 2019

Aprobado: 15 de marzo de 2019

Resumen: En el ordenamiento jurídico argentino la frontera marítima es una figura cuya concepción es dinámica y posee raigambre constitucional. La misma está constituida por una porción de territorio de ancho determinado adyacente a la línea de costa del mar territorial. Su seguridad debe ser resguardada por el Estado de modo permanente al amparo de la jerarquía constitucional consagrada en el artículo 75, inciso 16, de la Constitución Nacional, contemplando las amenazas del crimen transnacional y la eventualidad de una agresión interestatal. La frontera marítima es una figura estratégica que determina gran parte de la integridad territorial del Estado, siendo un componente inherente al territorio del Estado, en general y al borde nacional adyacente al mar territorial, en particular. Sostenemos que en un futuro los legisladores deberían volver a incluir en la frontera marítima la variable de su desarrollo sustentable, excluida en el año 1994.

Palabras claves: Frontera marítima; Mar territorial; Frontera internacional; Integridad territorial; Crimen transnacional; Desarrollo sustentable.

1 Investigador independiente. El autor es Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Email: gabrielpreci@gmail.com.

El autor quiere agradecer expresamente a la abogada Mirta Graciela Giménez, de INFO-LEG (Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica), por su desinteresada colaboración y profesionalidad.

Abstract: In the Argentine legal system the maritime frontier is a figure whose conception is dynamic and has constitutional root. It is constituted by a portion of territory of determined width adjacent to the coastline of the territorial sea. Its security must be protected by the State permanently under the protection of the constitutional hierarchy enshrined in article 75, paragraph 16 of the National Constitution, contemplating the threats of transnational crime and the possibility of an inter-state aggression. The maritime frontier is a strategic figure that determines a large part of the territorial integrity of the State, being an inherent component of the territory of the State in general and the national border adjacent to territorial sea in particular. We argue that in the future, legislators should include the variable of sustainable development, excluded in 1994, back at the maritime frontier.

Keywords: Maritime frontier; Territorial sea; International frontier; Territorial integrity; Transnational crime; Sustainable development.

Sommario: Nel sistema legale argentino il confine marittimo è una figura la cui concezione è dinamica e ha radici costituzionali. È costituito da una porzione di territorio di larghezza determinata adiacente alla linea costiera del mare territoriale. La sua sicurezza deve essere protetta dallo Stato in modo permanente secondo la gerarchia costituzionale sancita dall'articolo 75, paragrafo 16, della Costituzione nazionale, considerando le minacce del crimine transnazionale e la possibilità di un'aggressione interstatale. Il confine marittimo è una figura strategica che determina gran parte dell'integrità territoriale dello Stato, essendo una componente intrinseca del territorio dello Stato, in generale e del confine nazionale adiacente al mare territoriale, in particolare. Sosteniamo che in futuro i legislatori dovrebbero includere la variabile dello sviluppo sostenibile, esclusa nel 1994, al confine marittimo.

Parole chiave: confine marittimo; Mare territoriale; Confine internazionale; Integrità territoriale; Crimine transnazionale; Sviluppo sostenibile.

Para citar este texto:

Preci, G. A. (2019). "La frontera marítima en el ordenamiento jurídico argentino", *Prudentia Iuris*, N° 87, pp.

I. Introducción

La *frontera marítima argentina* constituye en nuestro ordenamiento jurídico un subgénero de la figura de la frontera internacional. La evolución de su concepto legal guarda estrecha relación con su concepción dinámica y el devenir histórico de la primigenia consagración constitucional de la frontera en la Constitución de 1853. Los alcances y el significado de la figura de la frontera en un principio no estaban asociados a los actuales límites internacionales del Estado argentino, sino a la precariedad y al alcance efectivo de su jurisdicción sobre el inmenso territorio conocido como “desierto”, conforme lo reseñaremos.

La gradual evolución o mutación de la figura constitucional de la frontera fue configurando en las fachadas territoriales oceánicas una particular naturaleza e identidad jurídica, supeditada a ciertos aspectos y características propias de la frontera internacional. Tal supeditación no siempre resulta comprensible, dado que incluso en distintos ámbitos académicos suele incurrirse en no pocos equívocos al emplearse el vocablo “fronteras marítimas” (tanto en su acepción singular como plural).

Uno de los errores más recurrentes consiste en asociar la superficie del territorio o continente emergido de las fronteras marítimas con su mar lindante y el lecho y subsuelo de las áreas marinas, sobre los cuales la República Argentina ejerce su soberanía en distintos grados según se trate del *mar territorial* (también llamado “mar jurisdiccional”, “mar adyacente”, “mar costero” o “mar litoral”), la *zona contigua* o bien la *zona económica exclusiva*, cuestión ésta cuyo análisis pormenorizado desborda la presente exposición².

Para nuestros fines expositivos, adoptamos el concepto de *mar territorial* de Morzone, que lo define como la franja de agua comprendida entre las costas de un Estado, a partir de la zona de la más baja marea hasta una línea imaginaria que corre paralelamente a cierta distancia, y que se halla

2 A grandes rasgos, el *mar territorial argentino* se extiende hasta las 12 millas marinas a partir de la línea de base establecida en el artículo 1° de la Ley N° 23.968. Sobre el mismo, el Estado posee y ejerce soberanía plena, reconociendo solo el derecho de paso inocente a los buques de terceros Estados. La *zona contigua* se extiende hasta 24 millas marinas a partir de la misma línea de base y del mismo modo la *zona económica exclusiva* hasta una distancia de 200 millas marinas. En esta última Argentina ejerce derechos de soberanía para la exploración, conservación de recursos naturales, explotación y producción de energía derivada del agua, entre otras. Por otro lado, la soberanía nacional no concluye a las 200 millas marinas sino que se extiende hasta la isóbata de 200 metros en lo que al lecho y subsuelo marítimo se refiere, y aun más allá de dicho límite hasta, donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dicha zona, conforme el artículo 2° de la Ley N° 17.094.

bajo la soberanía del Estado costero, con la limitación impuesta por el tránsito inocuo³. Precisamente este mar territorial es inherente a las fronteras marítimas del mismo modo que el límite internacional es inherente a las fronteras denominadas “terrestres”.

En nuestra legislación podemos definir la frontera marítima como la porción de continente o territorio emergido, de ancho expresamente determinado y adyacente a la línea de costa del mar territorial argentino, cuya seguridad el Estado debe permanentemente resguardar al amparo de la jerarquía constitucional consagrada en el artículo 75, inciso 16, el cual establece como una atribución del Congreso el “proveer a la seguridad de las fronteras”.

La tipificación de las fronteras marítimas, claramente diferenciadas de su mar territorial adyacente, surge de las disposiciones vertidas en un desordenado camino normativo conformado por leyes, decretos, decretos-leyes, leyes de facto y resoluciones ministeriales. Estas normas fueron delimitando desde el año 1899 una porción de ancho determinado de territorio emergido en el borde nacional, adyacente a la línea de costa del mar territorial argentino.

La determinación y delimitación de la frontera marítima estuvo asociada en un primer momento a la implementación de políticas fiscales que fomentaban su ocupación y desarrollo, para luego asociárselas, hacia fines de la Segunda Guerra Mundial, con el resguardo de su seguridad frente a eventuales agresiones interestatales. Del mismo modo con las fronteras terrestres lindantes con nuestros países limítrofes.

En los años posteriores y durante el período de la Guerra Fría, esta política de seguridad de fronteras fue complementada con otras políticas estatales de desarrollo sustentable en las porciones de territorio correspondiente a las fronteras marítimas y terrestres. Estas políticas entendían que la baja densidad poblacional y precariedad típica de los confines jurisdiccionales del Estado, iba en desmedro de la seguridad de la frontera y, en última instancia, del ejercicio efectivo de la soberanía territorial en las mismas.

Lamentablemente, a partir del año 1994 la tendencia del Derecho Comparado de legislar sobre la frontera bajo los aspectos indisolubles de su seguridad y desarrollo, dejó de aplicarse en Argentina a la figura de la frontera marítima. Desde ese año hasta la actualidad se dispuso que el Estado bregue por la seguridad de la frontera marítima de modo exclusivo y excluyente de las normativas de desarrollo.

Es nuestro propósito fundamentar por qué somos críticos con la reiteración en el tiempo de esta poco afortunada técnica jurídica, que contradice una tendencia legislativa reflejada en el Derecho Constitucional Compara-

3 Morzone, L. A. (1978). *Soberanía territorial argentina*. Buenos Aires. Depalma, 150.

do. Esta tendencia es conteste en señalar que los aspectos o dimensiones relacionados con la seguridad y el desarrollo en las fronteras de un Estado deben encontrarse indisolublemente vinculados.

Siendo que los confines del territorio del Estado argentino estuvieron siempre relacionados con la precariedad jurisdiccional y demográfica –sea en las fronteras internas de la Constitución de 1853 o en los actuales bordes nacionales e internacionales–, en ellos la seguridad conlleva al desarrollo y el desarrollo trae aparejada la seguridad.

II. Distingo entre frontera marítima, frontera y límite internacional

Los equívocos concernientes al empleo indiferente de los vocablos *frontera marítima* y *mar territorial* son producto de que la frontera marítima constituye un subgénero especial de la frontera internacional con características particulares. El vocablo *frontera internacional* también suele derivar en ciertas imprecisiones en la doctrina y Derecho Comparado, al emplearse indistintamente el término límite internacional y frontera internacional.

Suele afirmarse que parte de esa confusión o asimilación del vocablo *frontera* con el de *límite* proviene del uso indistinto en las lenguas sajonas de las expresiones *frontier* y *boundary*, atribuyéndoles a ambos términos el mismo sentido de frontera y límite. Tal confusión redundante en cierta carencia de homogeneidad en las clasificaciones y definiciones consecuentes⁴. Por otro lado, la etimología de la palabra *frontera* en las lenguas romances tiene su origen en las expresiones latinas *frons* y *frontis*, siendo su sentido originario asociado a la frontera territorial, definida como *limes*.

Entendemos que tal confusión no deriva de las indistintas expresiones de la lengua sajona, sino más bien de la propia naturaleza de la figura de la frontera internacional. Ésta indefectiblemente es un producto de los hechos, la geografía del territorio al cual determina y la historia del Estado en cuestión. Tal es el caso de los territorios hispanoamericanos que se han formado mayoritariamente aplicando el principio del *uti possidetis juris* de 1810.

4 Por citar algunos ejemplos, Díaz Cisneros afirma que los límites se configuran cuando se encuentra definida la serie de puntos que forman líneas, rectas y curvas hasta donde se extiende el territorio del Estado y en donde este deja de existir, en contraste con la expresión “frontera”, que aludiría a “un conjunto geográfico más indefinido” [Díaz Cisneros, C. (1955). *Derecho Internacional Público*. vol. I. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 499]. Morzone entiende por fronteras “la serie de líneas rectas y curvas hasta donde llegue el territorio de un Estado” (Morzone, L. A. Ob. cit., 15). En cambio, Rousseau, sin perjuicio de reconocer que cierta doctrina diferencia a ambas figuras, entiende que en realidad la expresión “frontera” alude a la vez el límite y la zona delimitada [Rousseau, C. (1966). *Derecho Internacional Público*. Trad. Artigues. F. G. Barcelona. Ediciones Ariel, 258].

Si pretendemos definir un concepto de frontera con visos de cierta homogeneidad, debemos tener presente que la misma constituye uno de los elementos de la *periferia*, concepto este asociado al del *territorio* del Estado.

No es nuestro propósito ahondar sobre el concepto del *territorio*. Para nuestros fines, basta señalar que la etimología de su palabra proviene del latín *territorium*, y conforme el Diccionario de la Real Academia Española, en un primer sentido, es la “porción de la superficie terrestre perteneciente a una nación, región, provincia, etc.”. Es casi unánime la postura que afirma que el territorio constituye uno de los elementos inherentes a la figura del Estado⁵, siendo el ámbito donde este último ejerce el derecho a su integridad territorial, el cual se configura plenamente cuando se está en presencia del derecho a la soberanía territorial, a la supremacía territorial, a la unidad geográfica y a la unidad nacional.

Ahora bien, el territorio, en cuanto elemento esencial del Estado, encuentra en la periferia una de sus figuras determinantes. Esta última, según Balmaceda, es la franja de territorio que constituye el borde del territorio de un Estado, su epidermis o confín. Coincidimos con este autor en que, precisamente, dentro de la periferia de un Estado, es donde podemos diferenciar el *límite internacional*, que es una línea representada por hitos y mojones, de la *frontera internacional*, que es la periferia propiamente dicha, poseyendo un determinado ancho, y siendo una verdadera franja en el más amplio sentido de la palabra⁶.

A grandes rasgos, debemos tener presente que el límite es siempre una abstracción que puede ser materializada en expresiones concretas por distintos elementos (hitos, alambradas, barreras, elementos naturales, entre otros), siendo una mera línea que como tal posee únicamente una longitud que demarca el confín del territorio de un Estado delimitando jurisdicciones.

La frontera, en cambio, es una isobara política que además de longitud posee una superficie determinada (sea por una constitución, ley o decreto), en donde suele producirse cierta porosidad económica, idiomática y cultural con la frontera del país lindante⁷, que deriva en regímenes de vecindad a

5 Con variables coinciden en esta postura Kriele, M. (1980). *Introducción a la Teoría del Estado*. Trad. Bulygin, E. Buenos Aires. Depalma, 107; Rousseau, C. (1966). *Derecho Internacional Público*. Trad. Artigues, F. G. Barcelona. Ediciones Ariel, 85; Jellinek, G. (2004). *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. México. Fondo de Cultura Económica, 196 y Akehurst, M. (1979). *Introducción al Derecho Internacional*. Trad. Ortega, M. M. Madrid. Alianza Editorial, 75.

6 Rey Balmaceda, R. C. (1985). *Integración territorial de la Argentina*. Buenos Aires. SENOC, 16-17.

7 La antítesis de esta concepción predominante la encontramos en aquellos Estados como Corea del Norte y Corea del sur, divididos ambos por el paralelo 38 (límite) y sendas zonas contiguas (fronteras) plagadas de minas, alambradas, circuitos de televisión y tropas acantona-

nivel municipal y en una regulación permanente a nivel nacional, dado su carácter dinámico y multifuncional.

Balmaceda define la frontera como la franja, banda o lonjas de territorio de ancho variable, de territorio contiguo al límite internacional, que constituye la “epidermis del estado”, acompañando a toda la periferia del territorio de un Estado y poniéndolo en contacto con los países vecinos, salvo “en los casos correspondientes a los países insulares y en las costas, pues en estos casos puede existir la frontera pero no un país confinante”⁸.

Ahora bien, llegados a este punto cabe preguntarse cómo es posible que los bordes oceánicos puedan ser considerados fronteras, al carecer de la presencia de dos países colindantes y no ser adyacentes a un límite internacional delimitador de soberanías. Máxime que suele afirmarse que el requisito del país confinante adyacente al límite internacional es con su consecuente régimen de vecindad un requisito esencial que define a la figura frontera.

Cabe traer a colación que el mismo Balmaceda, en un primer momento, fue de la postura, en sus escritos, de que las fronteras marítimas no eran *stricto sensu* fronteras. Ello sin perjuicio de que este autor reconocía que toda vez que las fronteras marítimas compartían ciertas características de las fronteras internacionales, era aconsejable definir las como “fachadas” marítimas⁹.

Secundados por el camino normativo producido por el Estado en conjunto con las referidas características comunes de la figura de la *frontera marítima* con la *frontera internacional*, podemos afirmar que en nuestro sistema legal las “fachadas marítimas” argentinas deben ser indudablemente consideradas como fronteras.

Si bien se carece de la adyacencia a un límite internacional y del régimen de vecindad propio de dos países colindantes, debemos tener presente que la frontera marítima conforma un extenso borde nacional adyacente a un mar territorial que la comunica con otros Estados soberanos. En conjunto con las denominadas “fronteras terrestres”, la frontera marítima integra y configura una gran parte de la epidermis de nuestro territorio.

Es en esta extensa porción de continente emergido donde coexisten distintos puertos marítimos separados por largas distancias, con un régimen de transporte que los configura como puerta de entrada y salida de

das. O bien, la Cortina de Hierro en Europa durante la Guerra Fría, que separaba a los Estados Europeos de Occidente de los Estados Socialistas de Oriente, evitando entablar todo tipo de contacto entre las poblaciones aledañas.

8 Rey Balmaceda, R. C. (1985). Ob. cit., 22-23.

9 Rey Balmaceda, R. C. (1979). *Límites y fronteras de la República Argentina. Epítome geográfico*. Buenos Aires. OIKOS. Asociación para la promoción de los estudios territoriales y ambientales, 337.

mercaderías y personas con el resto de los puertos de otros países. A su vez, debemos advertir que en las instalaciones portuarias de la frontera marítima se realizan permanentemente controles aduaneros y migratorios propios de los controles efectuados en los puestos fronterizos internacionales, siendo también isobaras políticas y permeables a los flujos y movimientos de cargas y personas provenientes de buques de otras unidades estatales.

Durante nuestra exposición señalaremos cómo la determinación de la frontera marítima fue sufriendo distintas modificaciones desde el año 1899, siendo actualmente, desde el punto de vista jurídico, una línea perimetral consistente en una porción de territorio emergido, de ancho determinado por el Poder Ejecutivo y adyacente a gran parte del litoral marítimo. Esta misma determinación normativa por parte del Estado, acotada actualmente al resguardo de las variables de su seguridad, por sí misma, configura a la frontera marítima como frontera, poseyendo en consecuencia raigambre constitucional e identidad jurídica vinculada.

Tal como señalamos, la frontera internacional de cualquier Estado moderno es siempre producto de las distintas realidades históricas que la configuran. En nuestro Derecho, la frontera internacional es una zona permeable que requiere, a diferencia de la figura del límite internacional, una regulación jurídica permanente en virtud de su carácter dinámico y multifuncional. Este carácter se traduce en aspectos tan disímiles, como, por ejemplo, cuestiones aduaneras, controles migratorios, alertas sanitarias, acuerdos de cooperación en materia de salud¹⁰, cooperación entre las fuerzas de seguridad de Estados limítrofes¹¹, sanidad vegetal, régimen de escuelas de frontera¹², ejercicio de tropas combinados, corretaje inmobiliario y prevención de lavado de activos¹³, transporte de cargas y pasajeros, turismo

10 El Convenio de Cooperación en Materia de Salud suscripto con el Gobierno de la República de Chile y aprobado por Ley N° 25.130 (ADLA. 1999. LIX-D. Buenos Aires. La Ley, 3839-3841) establece la comunicación de medidas en las fronteras comunes, tendientes a evitar la introducción o propagación de enfermedades.

11 Por ejemplo, la Ley N° 24.969 (ADLA. 1998. LVIII-C. Buenos Aires. La Ley, 2849-2850) aprueba un acuerdo suscripto con la República de Paraguay para la cooperación entre la Gendarmería Nacional Argentina y la Policía Nacional del Paraguay.

12 La Ley N° 25.170 (ADLA. 1999. LIX-E. Buenos Aires. La Ley, 5266) modifica el artículo 11 de la Ley N° 19.524, estableciendo que el personal docente en las zonas y áreas de frontera “deberá ser argentino nativo, por opción o naturalizado y cumplir con las demás exigencias establecidas en la jurisdicción respectiva para el ingreso y ascenso en la carrera docente”.

13 Véase el artículo 26, inciso v) de la Resolución N° 16-UIF-2012 sobre “Prevención del lavado de activos y de la financiación del terrorismo”, cuando señala como circunstancias a valorar para informar a la UIF, las “Operaciones referidas a propiedades situadas en la Zona de Frontera para el Desarrollo y Zona de Seguridad de Fronteras establecidas por el Decreto N° 887/1994, independientemente de las personas involucradas y del monto de las mismas” (BO del 27-1-2012, N° 32327, 6).

y realización de actividades deportivas (como por ejemplo, el Rally Dakar)¹⁴ y culturales, entre otras. De esta magra enumeración, podemos apreciar que muchas cuestiones, como ser las cuestiones migratorias, alertas sanitarias y el transporte de carga y pasajeros, son comunes entre las fronteras terrestres y marítimas, con las salvedades del caso.

Es por ello que sostenemos que así como la frontera internacional es una figura estratégica determinante de la integridad del territorio del Estado, siendo un componente inherente al territorio del Estado en general y al límite internacional en particular, la *frontera marítima* también es una figura estratégica y determinante de la integridad del territorio estatal. La diferencia de la frontera marítima radica en que la misma, en lugar de ser inherente en lo particular al límite internacional (del cual carece por su propia naturaleza), lo es, en cambio, al límite o borde nacional del territorio del Estado lindante con el mar territorial, poniéndola en contacto con otros Estados soberanos.

Siendo que la frontera marítima es tributaria de la figura de la frontera internacional, la cual a su vez es un producto de las distintas realidades y circunstancias históricas de un Estado, previo a exponer su regulación actual desarrollaremos una prieta reseña de la evolución de su figura en Argentina, comenzando por su concepción constitucional como límite interno frente al indio del desierto, para luego avanzar con su mutación constitucional dentro del plazo de más de 140 años de vigencia normológica del viejo artículo 67, inciso 15, de la Constitución de 1853.

Cabe, asimismo, aclarar que toda vez que sostenemos que la figura de la frontera es una figura con naturaleza jurídica propia diferenciada de la figura del límite internacional (del mismo modo que la frontera marítima se diferencia del borde nacional adyacente al mar territorial), prescindiremos de reseñar los tratados sobre delimitación de límites a lo largo de los siglos XIX y XX, focalizándonos en exponer una reseña del itinerario normativo de la frontera argentina hasta nuestros días.

III. La figura de la frontera interna de la Constitución de 1853

Los asambleístas constituyentes de 1853, en base a su realidad histórica, tenían una particular visión de la frontera como límite interior del alcance efectivo de la jurisdicción del Estado, que no se condecía con la visión actual en el plano internacional. Los mismos tenían frente a sí a un incipiente

¹⁴ Resolución General N° 3817-AFIP-2015 del 9-12-2015, relativa al evento del “Rally Dakar Argentina-Bolivia 2016” (BO del 21-12-2015, N° 33280, 5).

Estado que detentaba una inmensidad de territorios heredados de la vieja estructura virreinal, los cuales, en su mayoría, estaban inexplorados, con el agravante del señorío del indio en distintas partes de ellos¹⁵. Al momento de su consagración constitucional, su figura fue ajena a la noción de un límite internacional, salvo como objetivo final en un largo plan y camino que llevó a cabo el Estado, para lentamente y desde su centro ir pujando hacia sus periferias hasta alcanzar la unidad y conformación definitiva de su territorio, teniendo precisamente como punto extremo esa epidermis que constituye el límite internacional del territorio de cualquier Estado moderno.

La figura de la frontera se incorporó en el texto constitucional de 1853 en la *Parte Segunda. Autoridades de la Confederación; Título Primero. Gobierno Federal; Sección Primera. Del Poder Legislativo; Capítulo IV*, relativo a las *Atribuciones del Congreso*. Disponía el artículo 64, inciso 15, que corresponde al Congreso: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”¹⁶.

Esta atribución del Congreso de la seguridad de las fronteras se mantuvo incólume en el texto en la Reforma Constitucional de 1860, más allá del cambio de su numeración (artículo 67), producto del agregado de artículos al texto de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853.

La norma, en su momento, constituyó una clara disposición original, sin precedente legislativo conocido, cuya finalidad fue abordar una problemática concreta: la seguridad de la frontera frente al accionar del indio díscolo al Estado, cuyo dominio marcaba el límite de la jurisdicción territorial efectiva. Si bien actualmente no se cuenta con definiciones uniformes sobre la figura de la frontera interna argentina, nosotros entendemos que la misma, desde el año 1853 hasta 1884, fue un “confín” en permanente movimiento. Un límite interno, precario, móvil y difuso de la efectiva jurisdicción del Estado frente a su inmenso territorio conocido como desierto¹⁷, al cual

15 Empleamos la denominación *indio* para aquellos nativos o moradores del territorio, por tener dicha expresión visos de constitucional dada su referencia en la Constitución de 1853. Tal identificación la reemplazaremos por el vocablo *aborigen* en ocasión de referirnos a la Reforma Constitucional de 1994.

16 Transcripción efectuada del *Registro Oficial de la República Argentina* que comprende los documentos expedidos desde 1810 hasta 1873. Tomo tercero 1852 a 1856. (1882). Buenos Aires. Imprenta especial de obras de La República, 68-69. Obviamos la ortografía del facsimilar sito en Ravignani, E. (Dir.). (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*. vol. VI, II. Buenos Aires. Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, Ltda., 807-809.

17 Esta expresión “desierto”, desde la época colonial hasta fines del siglo XIX, fue asimilada a grandes extensiones territoriales y como sinónimo de espacio despoblado o deshabitado. El término se utilizó indistintamente junto a las expresiones “pampa” y “llanura”, pero sobre

aspiraba urgentemente a conformar e integrar para alcanzar su unidad geográfica.

Con relación a la seguridad de la frontera, la misma se encontraba en 1853 materializada en una línea abstracta en donde se asentaban precarios fortines cual hitos fronterizos, que resguardaba la seguridad de lo que se conocía como “línea de fronteras frente al indio”. Esta línea era una proyección militar que marcaba el límite de lo que Joaquín V. González denominaba “sociedad civilizada”¹⁸, dándose cita en su “periferia” a un complejo entramado de relaciones económicas, políticas, jurídicas y culturales entre los diversos actores de los distintos y difusos mundos que intentaba delimitar. El ámbito de la frontera era recurrentemente denominado por algunos de sus contemporáneos como el punto de contacto entre “la barbarie” y “la civilización”.

La primera ley significativa tendiente a “arrastrar” la frontera interna en dirección a los confines internacionales, a fin de paliar la inseguridad que se vivía en las zonas fronterizas por el accionar del indio y la necesidad de ampliar los mercados de hacienda ante los crecientes requerimientos internacionales, surgió tras largos debates legislativos que derivaron en la sanción de la Ley N° 215 del 13 de agosto de 1867¹⁹. Su objeto consistía en ocupar militarmente la ribera del río Neuquén, desde su nacimiento en los Andes hasta su confluencia en el río Negro hacia el Atlántico. Respecto a los indios que estuvieran en el territorio comprendido entre lo que era la línea vigente de fronteras y la nueva a alcanzar, la ley prescribía concederles todo lo necesario para su existencia pacífica, ordenando, por el contrario, organizar una expedición militar contra las tribus que fueren consideradas sediciosas, a fin de expulsarlas al Sur del río Negro o Neuquén.

Consideramos que la sanción de la Ley N° 215 constituyó la concreción de un objetivo político y económico, más que militar, tendiente a dar un

todo después de los escritos de Esteban Echeverría, en donde pasó a utilizarse exclusivamente como metáfora y sinónimo de las inmensas tierras en las que habitó el indio. Véase a Castellán, Á. A. (1980). Nacimiento historiográfico del término “desierto”, en Academia Nacional de la Historia (Ed.). *Congreso Nacional de Historia sobre la Conquista del desierto. Celebrado en la Ciudad de Gral. Roca del 6 al 10 de noviembre de 1979* (vol. IV, 293-301). Buenos Aires.

18 González, J. V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires. Editores Ángel Estrada y Cía, 485. Señalaba este autor que “la palabra fronteras no significó límite con naciones extrañas, sino el término donde se detenía la población civilizada, dentro de nuestro propio territorio”.

19 Véase el texto completo en Congreso Nacional (1867). *Cámara de Diputados. Diario de Sesiones de 1867*. Buenos Aires. Imprenta del Siglo, 348-349. No recomendamos tomar el texto de los anales de la Editorial La Ley de 1954, porque el mismo indica como fuente la transcripción del Registro Nacional, siendo que este último transcribe el texto aprobado con deficiencias, cambios y omisiones que, sin ser sustanciales, difieren del texto sancionado por el Congreso el 13 de agosto de 1867.

salto cuantitativo para extender la frontera interna, defendida en aquel momento solo por un oneroso y precario sistema de fortines/cantones/fuertes o comandancias integrado en un principio por blandengues y milicianos y, luego, por guardias nacionales y un limitado ejército de línea; sistema que no bastaba para proteger a los pobladores fronterizos aledaños. Su ejecución estaba ordenada para la finalización de la contienda bélica que Argentina sostenía con el Paraguay. Pese a que la guerra finalizó en 1870, su ejecución demoró más de diez años, debido a las pujas internas entre Buenos Aires y el interior del país.

En la última parte del interregno referido precedentemente, surgió durante el gobierno del Presidente Nicolás Avellaneda una concepción política y militar de cómo sortear las fronteras internas, cuya finalidad era que el Estado gradualmente ejerciera su supremacía territorial por medio de una propuesta colonizadora, integradora y civilizadora. Esta nueva concepción estaba encabezada por su artífice, el Ministro de Guerra y Marina Adolfo Alsina, quien sostenía que “el plan es contra el desierto para poblarlo, y no contra los indios para destruirlos”²⁰.

Somos contestes con Gamboni respecto a que la finalidad del plan de Alsina no se acotaba a poner en práctica una operación militar hacia el oeste por el desierto para alcanzar la cordillera, sino que también buscaba fusionar gradualmente el oeste con el este incorporándolo a la realidad política, social y económica del país²¹.

La nueva propuesta se materializó el 1° de octubre de 1875 con la sanción de la Ley N° 752²², por medio de la cual se autorizaba al Poder Ejecutivo a invertir 200.000 pesos fuertes con el objeto de “crear pueblos, levantar fortines y hacer construcciones adecuadas en la nueva línea de fronteras que se establezca en la Provincia de Buenos Aires y en otras de la República, que urgentemente lo requieran”. El artículo 3° de la ley establecía, asimismo: “Tan luego como la línea de frontera avance sobre el desierto en cualquier dirección²³, el Poder Ejecutivo, tomando por base el nuevo punto

20 Congreso Nacional (1876). *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*. Año 1875. Tomo segundo. Buenos Aires. Imprenta de Pablo E. Coni. Calle Potosí 60, 1338.

21 Gamboni, O. D. (1994). *Adolfo Alsina, Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y conquistador del desierto*. Buenos Aires. Universidad Católica de La Plata, 221.

22 Registro Nacional de la República Argentina (1895). Tomo séptimo. 1874 a 1877. Buenos Aires. Publicación Oficial. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 246 (Registro 10387).

23 Entendemos que esta prescripción relativa a que la línea de frontera avance sobre el desierto “en cualquier dirección”, refleja la urgencia que tenía el Estado por efectuar acciones conducentes tendientes a afianzar su soberanía en el lugar y dirección donde primero pudiera concretarse, dentro de ese inmenso territorio que le era propio, incontrolado y todavía en gran parte desconocido.

ocupado, adoptará a la mayor brevedad las medidas necesarias para adelantar y uniformar el resto de la frontera de la República”.

Lamentablemente los frutos del plan fronterizo de Alsina no son reconocidos por muchos historiadores, quienes relacionan únicamente al Ministro con la realización de su malograda “zanja fronteriza”²⁴ y los recrudescimientos de los malones contra esta nueva línea de fronteras.

Pese a las críticas que en su momento acarreó la citada zanja (la cual era comparada con la muralla china)²⁵, la concreción de gran parte del plan civilizador fronterizo de Alsina trajo como frutos el ganarle al desierto 56.000 kilómetros cuadrados de campos aptos para la ganadería y la agricultura; la fundación de cinco pueblos nuevos (que actualmente son ciudades y localidades de la Provincia de Buenos Aires); la realización de un relevamiento topográfico oficial sobre el oeste de la Provincia de Buenos Aires, la Pampa y parte del norte de la Patagonia (identificándose regiones del territorio poco conocidas); extender la red telegráfica hasta la frontera, uniendo los pueblos y las comandancias con Buenos Aires y el establecimiento de nuevas bases del ejército de línea en el territorio consolidado.

Habiendo fallecido Alsina, su sucesor en el cargo fue el general Julio Argentino Roca, quien usufructuó el corrimiento fronterizo de su predecesor. Para el nuevo ministro, el sistema clásico de las líneas defensivas de frontera, auxiliadas por fuertes y fortines cual hitos fronterizos que el Estado incipientemente iba adelantándolos hacia el desierto, eran una pérdida de tiempo. Consecuentemente, propuso desde un primer momento un plan netamente ofensivo contra los indios tras la frontera interna del Estado.

24 El emplazamiento de este costoso y precario foso fronterizo se había proyectado inicialmente desde el fortín Cuatrerros (Bahía Blanca) hasta la frontera Sur de Córdoba (laguna La Amarga), abarcando una línea de 610 kilómetros, de los cuales solo se llegaron a construir unos 374 kilómetros. Sostenemos que esta zanja fue un ícono de la debilidad jurisdiccional del Estado sobre el territorio que le era propio.

25 Roca había escrito: “¡Qué disparate la zanja de Alsina!... atajar con murallas a sus enemigos. Así pensaron los chinos, y no se libraron de ser conquistados por un puñado de tártaros, insignificante, comparado con la población china”. [Walther, J. C. (1964). *La conquista del desierto*. Buenos Aires. Círculo Militar, 556]. Del mismo modo señalaba Olascoaga que Argentina había retrocedido “dos mil cincuenta años a copiar en proporciones pequeñas la obra que el emperador Ching Tseng Wang emprendió para defenderse de los tártaros” [Olascoaga, M. J. (1974). *Estudio topográfico de La Pampa y Río Negro*. Buenos Aires. Eudeba, 51]. A su vez, narraba el cronista Lupo al diario *La Pampa*, el 2-5-1879: “[...] he visto la zanja [...] detrás de la zanja hay un parapeto [...] con el cabo del rebenque, sin esfuerzo alguno, he desmoronado una parte del parapeto [...] la famosa segunda edición de la muralla china, fue una invención ridícula, costosa e ineficaz. No hay militar que no convenga en ello, y no es necesario ser muy versado en estas materias para dar idéntico juicio [...]” [Lupo, R. (1938). *La conquista del desierto, Crónicas enviadas desde el Cuartel General de la expedición de 1879*. Buenos Aires. Comisión Nacional Monumento al Teniente General Roca, 66].

Roca utilizó, primero como Ministro y luego como Presidente de la Nación, un modo extremo para asegurar la defensa de las fronteras internas: precisamente, hacer desaparecer las mismas, para que la noción de *frontera* fuera una noción asimilada a un límite con una nación extranjera. Sin perjuicio de sus claras diferencias, tanto la política de Alsina como la de Roca eran diametralmente opuestas pero apuntaban hacia el mismo objetivo.

Ante los nuevos contextos políticos, económicos e internacionales imperantes en el año 1878, el Estado consideró que había llegado el momento de ejecutar una expedición militar a gran escala, entre el arco superior de la frontera sur y el río Negro. Su objetivo sería terminar con las invasiones de los indios a los pueblos de frontera y el posterior arreo de la hacienda robada por las rastrilladas hacia los pasos fronterizos con Chile. De ese modo, se permitiría que el Estado argentino ejerciera jurisdicción efectiva sobre sus territorios, los cuales eran discutidos con su vecino país, avizorándose que en un futuro cercano podrían ser el eje de una contienda bélica por su dominio.

El proyecto de ley para cumplir con la ocupación militar del río Negro fue presentado el 18 de agosto de 1878 al Congreso Nacional, mediante una nota suscripta por el Presidente Avellaneda y el Ministro Roca. Dentro de los extensos argumentos esgrimidos en la presentación, se demuestra la concepción dinámica de la frontera que venimos indicando desde el principio, al afirmarse que se haría perder en poco tiempo: “hasta el significado de la palabra frontera, cuando no se trata de naciones extrañas, puesto que para la República Argentina no hay otra frontera por el Oeste y por el Sud, que las cumbres de los Andes y el Océano”²⁶.

La referencia al “Océano” argentino citada precedentemente se presentaba para el Estado en 1878 como uno de los objetivos por consolidar. Lejos estaban en ese entonces las discusiones acerca de si los bordes nacionales o fachadas marítimas eran o no fronteras en sentido estricto. Si el Estado pretendía ejercer soberanía efectiva sobre los territorios adyacentes al litoral marítimo, debía previamente concluir esa larga puja de las fronteras internas que sostenía desde su centro hacia la periferia territorial²⁷.

26 Cf. el mensaje reproducido en el acta de la 39ª Sesión Ordinaria celebrada el 14-8-1878 en la Cámara de Diputados [Congreso Nacional (1879). *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1878*. Buenos Aires. Imprenta y Librería de Mayo, 680].

27 Esta puja del Estado desde su centro a la periferia es reflejada en el testimonio del comandante Prado, al recordar que cuando ingresó al ejército en el año 1877 el tren que debía llevarlo hasta Chivilcoy salía “del mismo lugar en donde ahora se levanta, soberbio e imponente, el teatro Colón. Y no debe sorprender que el tren tuviese su punto de partida en el centro de la ciudad, si se considera que el desierto empezaba ahí no más, a cuarenta leguas de la casa de gobierno”. Prado, M. (1961). *La guerra al malón*. Buenos Aires. Eudeba, 17.

La Ley N° 947 fue sancionada el 4 de octubre de 1878, estableciendo en su artículo 1° que se autorizaba al Poder Ejecutivo para invertir una considerable suma en la ejecución de la Ley N° 215. La norma declaraba tierras nacionales a todas aquellas que estaban fuera del límite de la frontera sur, estableciendo su artículo 19 que el Poder Ejecutivo reservaría, en las partes que considerara más convenientes, “los terrenos necesarios para la creación de nuevos pueblos y para el establecimiento de los indios que se sometan”²⁸.

Por su extensión excede a la presente exposición el relato de los prolegómenos y el desarrollo de la campaña luego conocida como “la conquista del desierto”. Basta señalar que la misma no se limitó a la mera ocupación del río Negro de 1879, sino que se desarrolló en varias etapas entre los años 1879 y 1884, que nosotros identificamos como la campaña al río Negro; la del lago Nahuel Huapi; la de los Andes; la de la Patagonia y la relegada, por la historia, campaña al Chaco.

Por sí sola, la campaña militar de 1879 logró cuantitativamente extender la frontera al lograr la posesión efectiva y ejercicio de soberanía sobre 15.000 leguas de tierras en el desierto, además de la recuperación de 500 cautivos, asegurar los pasos fronterizos hacia Chile (produciendo el fin del arreo de hacienda robada hacia ese país), facilitar las comunicaciones hacia el litoral atlántico, actualizar los conocimientos geográficos, de flora y de fauna y neutralizar el accionar de los indios en los pueblos antaño fronterizos²⁹.

Las campañas posteriores incrementaron los conocimientos geográficos y de flora y fauna. En el caso de la campaña a los Andes, se trazó una línea de defensa paralela a la cordillera, no solo para evitar que los indios “que habían sido arrojados de nuestro territorio volvieran a pasar a él” a través de la colocación de puestos militares en los boquetes de ella, sino también para vigilar “los caminos que conducen del oriente al occidente de los Andes”³⁰. Esta “protolínea” internacional de frontera se concretó a través

28 Registro Nacional de la República Argentina (1896). *Tomo Octavo. 1878 a 1881*. Buenos Aires. Publicación Oficial. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 57-58 (Registro 11132).

29 Sin pretender caer en visiones “maniqueas”, no podemos obviar los daños que esta campaña produjo a los indios, como ser la ruptura de vínculos familiares, muertes por enfermedades en los traslados por tierra o en barcos, confinamientos, situaciones extremas de servidumbre en el norte del país, como también demoras injustificadas en la entrega de tierras a las tribus sometidas. En este sentido, compartimos las dudas de Monseñor Durand en sus obras, acerca de si no hubo un exceso de venganza por parte del ejército de línea. Ello por supuesto no justifica los cruentos malones a las poblaciones de frontera y robos de hacienda hacia Chile, ya que los indios estaban asimilados a la población del Estado y tales acciones para 1879 no se podían consentir. Tampoco desmerece el derecho del Estado a conformar e integrar su territorio para alcanzar su unidad geográfica.

30 Informe de Villegas del 5-5-1883, en Ministerio de Guerra y marina (1978). *Campaña de los Andes al sur de la Patagonia, Partes detallados y diario de la expedición*. Buenos Aires. Eudeba, 12-13.

de la colocación de tres fuertes y trece fortines, como por ejemplo el Fuerte Maipú (San Martín de los Andes) y o el Fuerte Junín (Junín de los Andes).

Meses antes de la finalización de la campaña para “eliminar” la frontera sur, se sancionó el 11 de septiembre de 1884 la Ley N° 1.470, por la que se autorizaba al Poder Ejecutivo para atender los gastos que demandara “la ocupación militar de los territorios del Chaco, establecimiento de los acantonamientos, seguridad de los caminos de Salta, Santiago y Tucumán a las costas del Paraná y estudio y navegación de los ríos Bermejo y Pilcomayo”³¹. Esta campaña al “impenetrable Chaco” no pudo emular los éxitos de su par de la campaña a la Patagonia, ya que solo se sortearon las fronteras internas con el indio hasta el río Bermejo, en donde se constituyó una precaria línea militar que constituyó la última frontera interna del territorio del Estado argentino.

Vislumbrándose el final de la extensa guerra de fronteras, se sancionó el 10 de octubre de 1884 la Ley N° 1.532³², en la que se dividían los Territorios Nacionales, creando las gobernaciones de la *Pampa, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Misiones, Formosa y Chaco*. Los mismos fueron los últimos bastiones del “desierto residual” sin indios, cuyos alcances se proyectaron en gran parte del siglo XX.

Con la rendición el 1° de enero de 1885 del cacique Sayhueque, en el fuerte Junín de los Andes, se considera que concluyó la campaña al desierto, al menos del “desierto sur”, dado que nosotros sostenemos que recién en el año 1911 con la ocupación militar del río Pilcomayo en la periferia Norte, el Estado alcanzó la añorada unidad geográfica al sortearse la última frontera interna del Estado: el río Bermejo³³.

IV. La nueva interpretación en el siglo XX de la frontera relacionada con la colonización, su seguridad y su desarrollo

Hacia finales de 1884, la dirigencia política del país, en conjunto con los sectores ilustrados, comenzaron gradualmente a considerar a las fronteras del Estado en su acepción relacionada a los confines internacionales del

31 Registro Nacional de la República Argentina (1896). *Tomo Noveno. 1882 a 1884*. Buenos Aires. Publicación Oficial. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 830 (Registro 13863).

32 *Ibidem*, 857/860 (Registro 13958).

33 Cabe señalar que algunos historiadores consideran que en 1917 finalizó la totalidad de la campaña al desierto del Chaco. Sin perjuicio de que las hostilidades en la región recién finalizaron en el año 1938, nosotros entendemos que la ocupación militar del río Pilcomayo (límite internacional natural), sorteando la frontera interna del río Bermejo, marca el fin de las fronteras internas del territorio del Estado.

Estado. Bien lo señalaba Linares Quintana, en su tesis doctoral, que tras haber finalizado la Campaña al Desierto, “la frontera argentina no tuvo ya más límite que las fronteras de las vecinas naciones”³⁴. Esta nueva concepción de la frontera, vinculada a la periferia del territorio del Estado, se tradujo en un nuevo camino normativo que coexistió con la vieja consagración constitucional de 1853 hasta la “actualización” de su texto en la Reforma Constitucional de 1994.

Si bien las primeras normativas relevantes sobre el resguardo de la seguridad de la frontera surgieron a partir del año 1944, debemos tener presente que su regulación estuvo enfocada desde principios del siglo XX a los inmensos territorios nacionales que surgieron tras las campañas militares al Sur, teniendo como eje cuestiones fiscales, de colonización y adjudicación de tierras en zonas de frontera.

No consideramos un detalle menor que el punto de partida de este nuevo itinerario normativo de la frontera como franja de territorio periférico, estuvo precisamente relacionado con el territorio de las fachadas marítimas argentinas.

Durante la segunda presidencia de Roca, se dictó el 12 de junio de 1899 un decreto propiciado por el Ministerio de Agricultura, referido a las extensas y despobladas costas marítimas. De los breves considerandos del decreto, surge que era de suma importancia para la futura colonización de los territorios nacionales del Sur, que el Estado pudiera disponer de tierras suficientes en la costa del mar para la formación de centros agrícolas y de pescadores, como también para usos fiscales y la fundación de pueblos junto a los puertos. A tal fin, se dispuso que el Estado efectuara en los territorios de Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego, una reserva de todas las tierras públicas que estuvieran libres y que se hallasen comprendidas “entre la costa del Océano Atlántico y una línea situada a veinte kilómetros de ella”³⁵.

Sin perjuicio de las posteriores reglamentaciones, esta normativa sobre la reserva de territorio en la frontera marítima se mantuvo vigente hasta 1944. A partir de allí se la empezó a contemplar como una figura acotada al resguardo de su seguridad.

Dentro del contexto de las regulaciones sobre colonización, creación de pueblos, venta y adjudicación de tierras fiscales, el 15 de enero de 1924 se dictó un decreto que establecía modificaciones y reglamentaciones a la Ley N° 4.167. El artículo 17 del mismo estableció que las tierras fiscales

34 Linares Quintana, S. V. (1937). *Derecho Público de los Territorios Nacionales. Argentino y comparado*. Buenos Aires. S/E, 55.

35 Registro Nacional de la República Argentina (1899). *Año 1899 (segundo cuatrimestre)*. Buenos Aires. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 314.

“situadas en las zonas de fronteras y que comprenderán una faja de 20 a 50 kilómetros, según su ubicación y territorio”, no podrían ser arrendadas sin previas informaciones especiales que serían oportunamente requeridas³⁶.

Parte de la reglamentación del artículo citado precedentemente se efectuó a través del Decreto N° 62.908, del 2 de julio de 1935³⁷. Meses después, el Decreto N° 69.134³⁸ (a los efectos del Decreto N° 62.908 del 15 de enero de 1924) aprobaba definitivamente las zonas que deberían considerarse de fronteras en los territorios del Chaco, Formosa, Misiones, Los Andes, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego. Para el caso de los territorios del Chaco, Formosa y Misiones, la zona de fronteras quedaba establecida por el decreto en una faja de 20 kilómetros de ancho apoyada en la línea divisoria internacional, siendo establecida para los territorios de Los Andes, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego en una faja de 50 kilómetros apoyada en la línea divisoria internacional. Esta delimitación se hizo en base a las recomendaciones y observaciones producidas por la Dirección de Tierras.

Sin perjuicio de varias disposiciones relativas a paliar el contrabando, control aduanero, sanitario y migratorio en las fronteras fluviales, marítimas y terrestres, un hito normativo que vincula incipientemente la colonización de las tierras fronterizas con la doctrina de la defensa nacional, fue el artículo 64 de la Ley N° 12.636 sobre la creación y funciones del Consejo Agrario Nacional. En él se estableció que las tierras situadas en las fronteras del país, comprendidas en una faja de 20 a 150 kilómetros de la línea internacional según su ubicación y territorio, se destinarían a la formación de colonias agrarias pobladas con familias de ciudadanos nativos. A tal efecto se declaraban de utilidad pública las tierras fronterizas en poder de los particulares, las provincias o municipalidades, debiendo requerir el Consejo Agrario Nacional un informe al Ministerio de Guerra previo a efectuar las respectivas adjudicaciones de tierras³⁹.

Una de las primeras definiciones doctrinarias que sintetiza a la figura de la *frontera*, en cuanto concepción militar frente a la amenaza eventual de un conflicto interestatal, la efectúa Joaquín V. González. Señala este autor que desde que se había cumplido el mandato constitucional sobre la frontera, al finalizar la guerra con el indio, su sentido interno desaparecía para

36 Restoy, E.; Doeste, A. (Comp.). (1942). *Compilación de Leyes, Decretos Resoluciones. Tomo I. Agricultura, ganadería, industrias, comercio*. Buenos Aires. Editorial Claridad S.A., 908-910.

37 *Ibidem*, 921.

38 *Boletín Oficial*. 20-11-1935, 3.

39 Restoy, E.; Doeste, A. (Comp.). *Ob. cit.*, 899. La ley fue sancionada el 2 de septiembre de 1940.

convertirse en “un deber permanente de velar por la seguridad de las fronteras internacionales, lo que debe cumplirse manteniendo en ellas distribuido el ejército, y construyendo fortalezas y las obras de defensa necesarias”⁴⁰.

El desarrollo de la evolución de la doctrina de la defensa nacional y su vinculación con las fronteras terrestres y marítimas nos aleja de nuestra exposición. Para nuestros fines, solo señalamos que es justamente en la frontera donde al menos inicialmente para esta doctrina se constituye el escenario de las operaciones militares ante una invasión externa⁴¹. A tal fin señalaba Munilla, en 1916, que era el ejército argentino quien con carácter exclusivo debía velar por la seguridad de las fronteras⁴².

Hacia finales de la Segunda Guerra Mundial, las fronteras dejaron de estar acotadas exclusivamente a la cuestión de su colonización y venta de tierras fiscales, dado que el Estado comenzó a vislumbrar la eventualidad de agresiones interestatales a través de la periferia de su territorio. Tampoco consideramos un detalle menor que así como la primera norma sobre fronteras contempló en el año 1899 a las fachadas marítimas desde el punto de vista de su futura colonización, la primera norma relevante sobre la seguridad de las fronteras –en su nueva acepción internacional– contemplaba exclusivamente a la frontera marítima argentina: el Decreto N° 9.221 del 13 de abril de 1944 por el que se constituye la “Zona de Frontera Marítima”⁴³.

Por medio del Decreto N° 9.221/1944 se deroga el citado decreto del 12 de junio de 1899, relativo a la reserva de tierras fiscales adyacentes a la costa del Océano Atlántico. Entre sus fundamentos, se indicaba que la Marina de Guerra contaba a lo largo de la Costa Atlántica con las reservas de tierras fiscales necesarias para la instalación de bases navales y de aviación, y que el levantamiento de la reserva de las tierras fiscales establecida en 1899 redundaría en beneficios de sus pobladores, al poder acceder estos a su título de propiedad si así lo dispusiese el Poder Ejecutivo. Asimismo, desde el punto de vista militar, se indicaba que era menester ejercer una vigilancia constante sobre la costa y sus pobladores⁴⁴.

40 González, J. V. Ob. cit., 486.

41 Cf. Campos, D. E. (1975). *Política de fronteras: Seguridad y desarrollo. La política de fronteras propiamente dicha*. Buenos Aires. CFI, 4-5.

42 Munilla, E. (1916). *La Defensa Nacional. Ideas y conceptos que la inspiran*. Buenos Aires. Librería “La Facultad” de Juan Roldán, 20-21. Cabe aclarar que la idea de asignar una policía militarizada que no fuera parte integrante del ejército nacional, no fue concebida sino alrededor del año 1944, cuando se crea la Gendarmería Nacional, siendo hasta ese momento el ejército quien debía velar por la seguridad de las fronteras, estando presto a repeler una eventual invasión extranjera.

43 ADLA (1945). V. Buenos Aires. La Ley, 208-209.

44 Cabe señalar que los considerandos del decreto no fueron publicados en los Anales de La Ley. Los mismos los tomamos de *Boletín Oficial*. 22-4-1944, 3.

El artículo 2º del Decreto N° 9.221/1944 determinaba como Zona de Frontera Marítima la faja de costa de 50 kilómetros de ancho, desde Punta Atalaya (ubicada sobre el río de la Plata, Provincia de Buenos Aires) hasta Punta Dungeness, incluyendo las islas adyacentes. Dentro de la Zona de Frontera Marítima la norma hacía expresa mención a que se consideraban incluidas las islas de Tierra del Fuego, de los Estados y Martín García, quedando sometidos todos sus habitantes y actividades al contralor y vigilancia del Ministerio de Marina.

La norma aclaraba que en los centros urbanos los límites de la Zona de Frontera Marítima serían fijados por el Ministerio de Marina, quedando prohibido en la zona fronteriza correspondiente a los territorios nacionales efectuar actos de constitución y transferencia de Derechos Reales sobre bienes inmuebles sin previa autorización del Estado. Esta facultad del Estado de la policía de radicación fue mantenida en las sucesivas regulaciones sobre la frontera internacional.

El Decreto N° 9.221/1944 es un claro ejemplo de la concepción dinámica de la figura jurídica de la frontera, quien hace abstención de definiciones doctrinarias o del ámbito académico de la geografía o geopolítica, considerando y determinando sin más la totalidad de la fachada marítima y parte de la fachada fluvial rioplatense como frontera marítima.

El decreto ciertamente tuvo una corta vigencia (dos meses), ya que por el dinamismo característico de la figura de la frontera fue derogado por otro que contemplaba tanto a la frontera marítima como a la terrestre: el actualmente vigente Decreto N° 15.385/1944 sobre la creación de “zonas de seguridad destinadas a complementar las previsiones territoriales de la Defensa Nacional”⁴⁵, suscripto por Luis C. Perlinger, Juan D. Perón, César Ameghino y Juan Pistarini, entre otros.

Este último decreto, suscrito durante el gobierno de facto de la Revolución del 43, fue publicado al año siguiente de su dictado, siendo posteriormente ratificado por la Ley N° 12.913, dentro del contexto de un voluminoso listado de decretos-leyes que ostentaban el carácter de reservado, dada su intrínseca relación con cuestiones de seguridad y defensa nacional⁴⁶. Estas cuestiones reservadas no eran indiferentes al Estado argentino, quien venía siguiendo atentamente los informes del desarrollo de la contienda bélica

45 ADLA (1945). V. Ob. cit., 143-144.

46 Cf. la Consideración del despacho de la Comisión de Defensa Nacional en el proyecto de ley en segunda revisión sobre ratificación de decretos-leyes, relacionados con el Ministerio de Guerra, en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*. 85º Reunión, 18º Sesión Extraordinaria de 1946, 492. La ratificación legislativa de este decreto coexistió con otros de carácter reservado, como ser los Decretos Nros. 16.162 y 19.160 de 1945, que ponen a disposición de los Estados Unidos e Inglaterra los submarinos alemanes U-530 y U-977 (Reunión N° 37 del 29-8-1946. Cámara de Senadores, 165).

que se venía suscitando en Europa, que tornaba anacrónicas numerosas lecciones en materia de defensa de las fronteras, como por ejemplo la inutilidad de la construcción de fortalezas fronterizas⁴⁷.

La figura de la frontera en el Decreto N° 15.385/1944 se circunscribía a ser tratada como un subgénero de la zona de seguridad y vinculada estrictamente a la defensa nacional. Esta comprendía un ancho territorial dinámico, cuya extensión se determinaría según la situación, población, recursos e intereses de la defensa nacional, haciéndose la salvedad de que su determinación no podría exceder en ningún caso el máximo de 150 kilómetros en la frontera terrestre y de 50 kilómetros en la frontera marítima, siendo en los centros urbanos objeto de una regulación especial.

Las limitaciones a las transferencias de dominio también se mantuvieron en este decreto, prescribiendo que se declaraba de conveniencia nacional que los bienes ubicados en las zonas de fronteras pertenezcan a ciudadanos argentinos, y estableciendo que el Poder Ejecutivo ejerza la policía de radicación, al exigir que la venta, transferencia o locación de bienes en ciertas zonas de la frontera, no se realice sin obtener antes la conformidad de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad.

Por medio del Decreto N° 14.587, del 22 de mayo de 1946⁴⁸, se estableció como límite provisional de la zona de fronteras establecida por el Decreto N° 15.385/1944 una línea que correría:

“a) A 100 kilómetros en la zona de seguridad de la frontera Oeste (contados desde el límite internacional Norte y Oeste de las Provincias de Salta y Jujuy, Oeste de las de Catamarca, La Rioja, San Juan y Mendoza y territorios nacionales de Neuquén, Río Negro y Chubut y Oeste y Sud del de Santa Cruz)⁴⁹;

b) A 50 kilómetros en la zona de seguridad de las fronteras Norte y Noroeste (contados desde el límite internacional de los territorios nacionales de Formosa, Chaco y Misiones y Provincias de Corrientes y Entre Ríos);

47 Por ejemplo, la inutilidad de la Línea Maginot que no pudo evitar la derrota de Francia en 1940, frente al avance de los alemanes y su nuevo concepto de la *Blitzkrieg* mecanizada. Para mayores precisiones respecto a las funciones de esta muralla fronteriza emplazada en la frontera de Francia con Alemania e Italia, véase a Rommanyh, M.; Rupp, M. (2010). *Maginot Line 1940*. United Kingdom. Osprey Publishing y Allcorn, W. (2003). *The Maginot Line 1928-45*. United Kingdom. Osprey Publishing.

48 *Boletín Oficial*. 31-5-1946, 2.

49 La mayor extensión de la frontera Oeste obedeció a todas las cuestiones limítrofes y tensiones políticas que se suscitaron desde la celebración del Tratado de Límites de 1881 con Chile, con quien Argentina comparte alrededor de 5.200 kilómetros de frontera. Estas tensiones (hoy lejanas) fueron gradualmente aumentando al punto de casi derivar en un conflicto bélico por las cuestiones del Canal del Beagle e islas aledañas. Para una síntesis de las tensiones diplomáticas con Chile en los siglos XIX y XX, véase a Scenna, M. Á. (1981). *Argentina – Chile. Una frontera caliente*. Buenos Aires. Editorial de Belgrano.

c) A 25 kilómetros en la zona de seguridad de la frontera marítima (contados desde la costa del río de la Plata y Océano Atlántico en la Provincia de Buenos Aires y territorios nacionales de Río Negro, Chubut y Santa Cruz)”.

Hasta la Reforma Constitucional de 1994 las prescripciones del Decreto N° 15.385/1944 fueron permanentemente actualizadas, en virtud del carácter dinámico propio de la frontera, coexistiendo con leyes sancionadas por el Congreso, leyes de facto, decretos y resoluciones que la regulaban. Dentro del camino normativo de la frontera, una de las normativas más relevantes fue la Ley N° 18.575, relativa a las normas para el desarrollo e integración de las zonas y áreas de frontera⁵⁰.

La Ley N° 18.575, actualmente vigente con sus naturales modificaciones, estableció en su artículo 1° las previsiones tendientes a promover el crecimiento sostenido de la frontera, definiéndola como el espacio que era adyacente al límite internacional de la República, el cual a los efectos sancionados pasaba a ser considerado como “Zona de Frontera para el desarrollo”. En esta norma de facto, por primera vez, se presentaban vinculados los conceptos de *desarrollo* y *seguridad* dentro de la frontera argentina, debiendo el Consejo Nacional de Seguridad velar por la integración y puesta en práctica de los mismos. En la nota dirigida al Poder Ejecutivo para la consideración del proyecto (suscripta el mismo día de la sanción y publicación), se indicaba que su proyección había sido considerada en base a observaciones efectuadas en la frontera, que reflejaban sectores que presentaban condiciones de una gran debilidad económica y demográfica, por lo que era necesario establecer políticas tendientes a imprimir factores de desarrollo en las zonas fronterizas⁵¹.

El artículo 2° de la Ley N° 18.575 estableció que los objetivos generales de la ley serían crear las condiciones adecuadas para la radicación de pobladores, mejorar la infraestructura y explotar los recursos naturales, asegurar la integración de la zona de frontera al resto de la Nación y alentar el afianzamiento de vínculos espirituales, culturales y económicos entre la población de la zona y la de los países limítrofes, conforme a la política internacional de la República.

Dentro de la nueva zona de frontera, el artículo 3° prescribió que se establecerían “áreas de frontera”, las cuales por su situación y características especiales requerían la promoción prioritaria de su desarrollo, facultándose

50 ADLA (1970). XXX-A. Buenos Aires. La Ley, 142-144. Esta normativa identificada como ley fue sancionada y promulgada el 30 de enero de 1970 por el presidente de facto Juan Carlos Onganía.

51 Cf. texto de la nota del 30-1-1970 suscripta por el Ministro del Interior, General Francisco A. Imaz, en nota al pie de *ibidem*, 142-144.

al Poder Ejecutivo, conforme el artículo 4º, para determinar las mismas, como también la modificación y cesación del régimen general, una vez logrados los objetivos propuestos.

Las medidas tendientes a lograr esta nueva visión de desarrollo son indicadas en el artículo 6º, prescribiendo que debían proporcionarse los estímulos suficientes para la radicación y arraigo de la población; una adecuada infraestructura de transporte y comunicaciones, apoyos de carácter económico y financiero que faciliten la explotación, elaboración y transformación de los recursos naturales de la zona, un régimen especial crediticio, impositivo y arancelario a efectos de instalar industrias o ampliar las existentes, facilidad de acceso a la tierra y a la vivienda propia, asistencia técnica a la economía regional, elevación del nivel educacional, sociocultural y sanitario y cualquier otra medida y facilidades que posibiliten concretar los objetivos señalados.

Con relación al factor humano, la norma estableció que debía fomentarse la radicación en la frontera de desarrollo de “habitantes argentinos nativos, o argentinos naturalizados y extranjeros con probado arraigo al país y de reconocida moralidad”. Del mismo modo, se señalaba que las vacantes de cargos docentes o de funcionarios públicos nacionales, provinciales y municipales en la zona de frontera, deberían ser cubiertas por argentinos nativos o naturalizados, debiendo contar como mínimo con seis años de ejercicio de ciudadanía.

En cuanto al ámbito de aplicación, el artículo 15 determinaba y delimitaba expresamente la zona de frontera (en su momento, conforme cartografía 1:500.000 del Instituto Geográfico Militar). La frontera marítima fue acertadamente contemplada, al indicarse que quedaba incluido:

“c) El territorio comprendido sobre el litoral marítimo y la intersección de la Ruta Nacional N° 22 con la Ruta N° 3 en la Provincia de Buenos Aires. Por la misma hasta Puerto Madryn, continuando por vías del Ferrocarril Nacional General Roca hasta Trelew, Ruta Nacional N° 3 hasta Pico de Salamanca; Pampa del Castillo; Ruta N° 277 hasta Colonia Las Heras, Ferrocarril a Puerto Deseado hasta Jaramillo; Ruta Nacional N° 3 hasta Monte Aymond, incluyendo las localidades de San Julián, Comandante Piedrabuena y Río Gallegos.

d) El Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”.

V. El desarrollo y la seguridad en la frontera marítima como aspectos indisolubles hasta la Reforma Constitucional de 1994

Unos días antes de que las tropas argentinas desembarcaran en las Islas Malvinas, el gobierno de facto presidido por Galtieri dicta el Decreto

Nº 193-82⁵², por el que se dispuso la unificación de los límites de las Zonas de Seguridad de Frontera del Decreto Nº 15.385/1944 con los de la Zona de Frontera para el Desarrollo de la Ley Nº 18.575, conformando la “Zona de Frontera”.

Utilizando una cartografía 1:500.000 del Instituto Geográfico Militar, el Anexo I del Decreto Nº 193-82 enumera y determina cuáles deberían ser los nuevos límites de la ahora unificada zona de frontera, especificando los límites de la frontera marítima en el Punto XIII con el título “Región Marítima Sud Este”.

El Punto XIII.1 prescribe que en el caso del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, quedaba comprometido todo el territorio como zona de frontera, prescribiéndose en el Punto XIII.2 la delimitación para la zona marítima de las Provincias de Santa Cruz, Chubut y Río Negro. En esta norma la determinación de los límites de la zona de frontera marítima fue mucho más acotada que los que corresponden a los límites geográficos de la fachada territorial atlántica. Geográficamente, el litoral marítimo argentino se extiende desde Punta Rasa del cabo San Antonio hasta el cabo de Hornos. En razón de ello, se observa del texto de la norma que se excluyó como zona de frontera al tramo de la costa marítima correspondiente a la Provincia de Buenos Aires. Dicho tramo, desde el punto de vista del resguardo de su seguridad fronteriza, fue cubierto durante la vigencia del Decreto Nº 9.221/1944 y la posterior determinación del Decreto Nº 14.587/1946.

La exclusión de la fachada marítima de la Provincia de Buenos Aires como frontera marítima perduró en el tiempo, probablemente por la diferencia de densidad de población entre la fachada territorial marítima bonaerense y la patagónica-fueguina.

A la baja densidad de la fachada marítima patagónica-fueguina, se suma la falta de un verdadero desarrollo sustentable en muchas de sus regiones, que se traduce en la consecuente presencia de rutas precarias, puertos con bajos movimientos de cargas, instalaciones hospitalarias insuficientes, carencia de industrias, ausencia de inversiones y desempleo, entre otros. Tal situación contrasta con la costa del litoral marítimo de la Provincia de Buenos Aires, la cual presenta una densidad poblacional continua, repartida en concurridos balnearios marítimos y ciudades turísticas de envergadura, en conjunto con instalaciones portuarias como los puertos de Mar del Plata, Quequén y Bahía Blanca, instalaciones militares y polos de explotación de recursos naturales, entre otros.

Habiendo retornado en Argentina la plena vigencia de la Constitución Nacional, durante la presidencia de Raúl Ricardo Alfonsín se dicta, el 23 de

52 Boletín Oficial N. 24849. 1-2-1982, 2.

julio de 1987, el Decreto N° 1.182/1987 sobre las jurisdicciones territoriales de las zonas y áreas de frontera⁵³.

En un giro de ciento ochenta grados de técnica normativa, en sus considerandos se indica que si bien el Decreto N° 193/1982 estableció una zona de frontera común para la ejecución del Decreto N° 15.385/1944 y la Ley N° 18.575, por razones funcionales de claridad y sistematización resultaba conveniente establecer por separado los ámbitos territoriales de la jurisdicción de seguridad y de desarrollo, denominando a los mismos “Zonas de Seguridad de Fronteras” y “Zona de Frontera para el desarrollo”, respectivamente.

Si bien el Decreto N° 1.182/1987 se apartó de la tendencia del Derecho Comparado de considerar que los aspectos del desarrollo y la seguridad en las fronteras se encuentran indisolublemente vinculados, sus prescripciones mantuvieron como zonas de frontera para el desarrollo a las fachadas marítimas de las Provincias de Río Negro, Chubut, Santa Cruz y el territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Ello sin perjuicio de que la conservación del carácter de frontera de desarrollo en la frontera marítima no se realizó considerando a la misma como tal, sino por incluirse como “Zona de Frontera para el desarrollo” a la totalidad de la jurisdicción territorial de las provincias en las cuales estaban precisamente ubicadas tales porciones de continente emergido.

En base a los objetivos detallados y propuestos en los considerandos, el artículo 5° del Decreto N° 1.182/1987 actualiza los límites de la Zona de Seguridad de Fronteras, empleando en su Anexo II la técnica jurídica de dividir la frontera en “terrestre” y “marítima”. La frontera de seguridad marítima en este caso vuelve a comprender a las fachadas marítimas del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, como también a la fachada marítima de las Provincias de Santa Cruz, Chubut y Río Negro, ratificándose en el artículo 6° la facultad otorgada a la Superintendencia Nacional de Fronteras para excluir a determinados centros urbanos (ubicados en las Zonas de Seguridad de Fronteras) del ejercicio de la policía de radicación que establece el Decreto N° 15.385/44.

Durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, en un nuevo giro de técnica normativa, vuelven a unificarse las jurisdicciones de la seguridad y el desarrollo sustentable en la frontera, coincidiendo tal decisión con las sesiones de los asambleístas constituyentes de la Reforma Constitucional de 1994. En los considerandos del Decreto N° 887/1994, del 6 de junio de 1994⁵⁴, acertadamente se hacía expresa mención a que resultaba “práctico y aconsejable unificar los límites de la Zona de Frontera para el Desarrollo y

53 ADLA (1988). 1987. XLVII-D. Buenos Aires. La Ley, 4224-4227.

54 ADLA (1994). LIV-C. Buenos Aires. La Ley, 3160-3185.

de la Zona de Seguridad de Fronteras, por cuanto se trata de dos jurisdicciones donde se desarrollan acciones concurrentes a un mismo fin”.

Ahora bien, en los referidos considerandos se indicaba que resultaba necesario reconsiderar y restringir la *Zona de Frontera para el Desarrollo* de la Ley N° 18.575, estableciendo una nueva delimitación que fuera con teste con lo prescripto en el artículo 90 de la Ley N° 23.697 de Emergencia Económica. Esta última ley ordenaba al Poder Ejecutivo que al momento de su reglamentación y aplicación se debería tener en cuenta no afectar los objetivos de la política de frontera establecidos en la Ley N° 18.575.

Lamentablemente, la referida facultad del Estado de restricción de la *Zona de Frontera para el Desarrollo* de la Ley N° 18.575 alcanzó a nuestra frontera marítima, cuya jurisdicción quedó acotada estrictamente al plano del resguardo de su seguridad. El artículo 1° del Decreto N° 887/1994 estableció que debían unificarse las superficies de la *Zona de Frontera para el Desarrollo* establecida por la Ley N° 18.575, con las de la *Zona de Seguridad de Fronteras* creada por el Decreto Ley N° 15.385/1944 en el ámbito del espacio fronterizo nacional que se determinaba en el Anexo I, “excepto en el litoral marítimo de las Provincias de Santa Cruz, Chubut y Río Negro, el que quedará sujeto al régimen de Zona de Seguridad de Fronteras exclusivamente”.

En virtud de lo prescripto en el Anexo I, únicamente quedaba unificada la jurisdicción de la seguridad y el desarrollo de frontera en la fachada marítima de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, no por ser una frontera marítima sino en virtud de que la norma siguió contemplando la totalidad del ámbito territorial del antaño territorio nacional devenido en provincia. En consecuencia, al limitar esta provincia internacionalmente con Chile, las fachadas marítimas de la misma se vieron únicamente incluidas dentro de la jurisdicción del desarrollo como consecuencia de la particular situación y ubicación del territorio emergido que conforma la provincia fueguina.

En síntesis, las fronteras marítimas en el Decreto N° 887/1994 quedaron acotadas solo al ámbito del resguardo de su seguridad, al ser excluidas expresamente de la variable de la promoción de su desarrollo sustentable. A tal fin, en una pésima técnica jurídica, el Anexo I, Punto VI, del decreto, prescribe la delimitación de estas fachadas, ya no identificándolas como fronteras marítimas sino como “Zona de Seguridad de Fronteras (exclusivamente)”:

“VI. Provincias de Santa Cruz, Chubut y Río Negro.

Desde Cabo Vírgenes, Ruta Provincial N° 1 hasta Río Gallegos, desde esta ciudad por Ruta Nacional N° 3 hacia el Norte hasta El Salado. Desde este punto por Rutas Provinciales N° 47 y N° 66 hasta Antonio de Biedma, desde allí por vías del Ferrocarril hasta Las Heras. Desde este punto por Ruta Provincial N° 16 hasta Holdich y vías del Ferrocarril General Roca

hasta Pampa del Castillo en la Provincia de Chubut. Desde esta localidad por Ruta Provincial N° 37 hasta su intersección con la Ruta Nacional N° 3 y, por esta última hasta San Antonio Oeste en la Provincia de Río Negro, en cuyo puerto finaliza esta delimitación.

VII. Los ejidos municipales de aquellas localidades divididas por el trazado de límite de cualquiera de las dos Zonas establecidas, deberán ser considerados totalmente incluidos en dichas Zonas”.

Si bien el Decreto N° 887/1994 no fue original en unificar las jurisdicciones de seguridad y desarrollo en un mismo ámbito territorial de frontera, podemos destacar que a diferencia del dictado del Decreto N° 193/1992 se indicó expresamente en sus considerandos que el Estado estaba frente a dos jurisdicciones donde se desarrollan acciones concurrentes a un mismo fin. Ello sin perjuicio de que por una potestad política se excluye, de modo infundado, la jurisdicción de desarrollo sobre una enorme extensión de nuestras fronteras marítimas, a las que sintetiza con el mote de “litoral marítimo”.

No debe extrañarnos este desatino en la técnica jurídica sobre regulación en las fronteras marítimas, si tenemos presente que en ese mismo año se produce la austera “actualización” de la atribución del Congreso sobre la frontera en la Reforma Constitucional.

No cabe duda de que hacia el año 1994 las fronteras se presentaban como elementos estratégicos y determinantes para configurar la integridad territorial del Estado, y en razón de ello, en los cincuenta años anteriores a la reforma constitucional se produjo respecto a su figura todo un disperso camino normativo por parte del Estado. Este camino fue secundado incluso por la suscripción de tratados y acuerdos internacionales que prescriben un control fronterizo integrado, como es el caso del tratado del Mercosur o el Acuerdo de Recife.

Si nos atenemos a la síntesis que desarrollamos sobre el itinerario histórico normativo de la figura de la frontera, la mera eliminación de la referencia al indio en el nuevo inciso 16 del artículo 75, al indicar: “Corresponde al Congreso:... 16. Proveer a la seguridad de las fronteras”, se presentaba en ese momento insuficiente.

La redacción constitucional de 1994 sobre la frontera podía llegar a ser considerada correcta en el inciso 15, del artículo 68, de la efímera Constitución de 1949. En los albores de la Guerra Fría bastaba con la mera asociación de su figura con la defensa nacional, previendo la amenaza de una eventual invasión interestatal. Máxime si tenemos en cuenta que el Derecho Interno venía contemplándola de tal modo. No obstante, esa misma redacción que se limitó en 1949 a “podar” la referencia al indio se presentó en la Reforma Constitucional de 1994 incompleta ante el nuevo contexto sociológico nacional e internacional imperante.

A diferencia de la correcta lectura que los constituyentes de 1853 hicieron de la realidad política, jurídica, económica y social en que se desenvolvían, sus pares de 1994 no asignaron a la figura de la frontera la importancia política y estratégica que se le reconocía en la legislación nacional y supranacional proyectándola a las variables del desarrollo y de la integración.

Nos atrevemos a afirmar que los constituyentes de 1994, al momento de legislar sobre nuestra figura, apenas alcanzaron el estadio sociológico de la Guerra Fría, obviando que las fronteras son espacios territoriales permeables que deben permanentemente regularse desde las variables de su seguridad, desarrollo e integración. Tal desinterés e imprecisión contrasta con los extensos debates relativos al reconocimiento de derechos ancestrales hacia los aborígenes⁵⁵.

El austero abordaje sobre la frontera por parte de los constituyentes de 1994 contrasta con la consagración de la figura de la frontera en el Derecho Constitucional Comparado de América del Sur, en donde, pese a las distintas realidades políticas, económicas y sociales, se tendió jurídicamente hacia una visión integradora y de desarrollo en la frontera dentro del marco de políticas de control cooperativas celebradas entre los Estados limítrofes, llegando a tipificarse constitucionalmente su extensión territorial y sus alcances⁵⁶.

Por supuesto que nuestra crítica a la actual redacción constitucional es sin perjuicio de que sostenemos que la redacción del viejo inciso 15 de la Constitución de 1853 resultaba insostenible al momento de la reforma constitucional. La propia Conferencia Episcopal Argentina, en lo relativo a la manda de promover la conversión al catolicismo de los indios, reconoció en su oportunidad que esa redacción, finalizando el siglo XX, resultaba ofensiva tanto “para los pueblos indígenas, para la Iglesia Católica y también para el Congreso Nacional”⁵⁷.

55 De los debates suscitados en las comisiones constituyentes, surge respecto a la frontera que se llegó incluso a proponer su eliminación del texto constitucional. El análisis de los mismos se aleja del objeto del presente. A tal fin véase a Barra, R. C. *et al.* (Comps.) (1995). *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, vols. I-VIII. Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos. Ministerio de Justicia de la Nación.

56 Por citar algunos ejemplos, Brasil, en el artículo 20 de su Constitución, establece una franja de hasta 150 kilómetros de ancho a lo largo de sus fronteras terrestres. Bolivia, en su *Nueva Constitución Política del Estado*, asigna un capítulo exclusivo a la frontera, constituyendo en su artículo 261 una zona de seguridad fronteriza de 50 kilómetros a partir de la línea de frontera. Ecuador, en el artículo 249 de su texto constitucional, instituye una frontera de desarrollo dentro de una franja fronteriza de 40 kilómetros y Venezuela, en el artículo 15 de su *Constitución de la República Bolivariana*, refiere a los “espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos”.

57 Conferencia Episcopal Argentina (1994). *La Iglesia Católica y la Reforma Constitucional*. Buenos Aires. Oficina del Libro, 27-28.

VI. Seguridad y desarrollo de la frontera marítima en el siglo XXI. Conclusión y proyección

En el año 2018 se dictó el Decreto N° 253 sobre Zonas de Seguridad de Fronteras⁵⁸, derogando el Decreto N° 887/1994. En el texto de sus considerandos se indica correctamente que si bien la delimitación establecida en el Decreto N° 887/1994 no se ajustaba a los criterios actuales sobre seguridad de fronteras, resulta necesario mantener unificados los límites de la Zona de Frontera para el Desarrollo y de la Zona de Seguridad de Fronteras, por cuanto se trata de dos jurisdicciones donde se desarrollan acciones concurrentes a un mismo fin.

Dentro de los considerandos del Decreto N° 253/2018, también se indicó que resultaba necesario reconsiderar y modificar la Zona de Seguridad de Fronteras de acuerdo con los criterios actuales para la lucha contra el narcotráfico, la trata de personas, el contrabando y otros delitos transnacionales. No obstante ello, el artículo 2° establece que la Zona de Frontera para el Desarrollo indicada por la Ley N° 18.575 “mantendrá la misma determinación geográfica que la Zona de Seguridad de Fronteras terrestre”. En consecuencia, lamentablemente se vuelve a excluir a las fronteras marítimas de la jurisdicción del desarrollo, acotándose estas a la jurisdicción exclusiva del resguardo de seguridad.

Respecto a la asimilación de las fachadas marítimas patagónicas con la figura jurídica de la frontera, acertadamente observamos en el Anexo I que las mismas no se circunscriben a ser identificadas como una mera “Zona de Seguridad de Fronteras (exclusivamente)” sino como “Zona de Seguridad de Fronteras Marítima (exclusivamente)”, siendo su actual determinación geográfica: “Desde la Punta Bustamante, en la desembocadura del río Gallegos, subiendo por su ribera norte hasta la Ruta Nacional N° 3 y de allí hacia el Norte hasta la localidad de El Salado. Desde este punto por Ruta Provincial N° 47 hasta su intersección con Ruta Provincial N° 83. Desde este punto en línea recta hasta la intersección de las Rutas Provinciales N° 47 y N° 62 y a partir de allí continuando por la Ruta Provincial N° 47 hasta su intersección con la Ruta Provincial N° 66 y por esta última hasta la localidad de Antonio de Biedma. Desde este punto continúa por Ruta Nacional N° 281, continuando por Ruta Nacional N° 3 hasta su intersección con la Ruta Provincial N° 43, siguiendo por esta última hasta la Localidad de Pico Truncado. Desde este punto en línea recta hasta la localidad de Holdich en la Provincia del Chubut. Desde allí por Ruta Provincial N° 37 hasta la localidad de Pampa del Castillo, continuando hasta la intersección con la Ruta Nacional N° 3 y,

⁵⁸ *Boletín Oficial* N. 33841. 28-3-2018, 12.

por esta última, ya en la Provincia de Río Negro hasta la intersección con Ruta Nacional N° A025. A partir de allí por esta última hasta su intersección con Ruta Provincial N° 1, y desde este punto con dirección sur, en línea recta hasta el océano Atlántico.

La zona así delimitada exceptúa el ejido municipal de la ciudad de Rawson”.

De la letra del Decreto N° 253/2018 puede apreciarse que nuevamente queda unificada la jurisdicción de la seguridad y el desarrollo de frontera en la fachada marítima de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur por la sola circunstancia de ser territorio emergido, al incluir la norma a la totalidad del territorio de esa provincia como “Zona de Frontera para el Desarrollo y Zona de Seguridad de Fronteras Terrestre”, con excepción del ejido municipal de la Ciudad de Ushuaia.

Desde que se sancionó la Reforma Constitucional de 1994, independientemente de las innumerables regulaciones jurídicas que en lo particular involucraron a la figura de la frontera por su dinamismo y carácter multifuncional (enumeradas a modo de ejemplo en el punto III), a nivel general se prosiguió el disperso camino normativo, reflejando políticas de Estado que tendían a subestimar los alcances de la figura de la frontera internacional como elemento determinante de la integridad territorial del Estado. Un ejemplo de ello se advierte a partir del año 1996, en donde incorrectamente se comenzó a asociar a la seguridad de la frontera con el concepto de la seguridad interior (Decretos Nros. 483/1996 y 1.409/1996)⁵⁹. Ello fue así durante veinte años hasta el dictado de los Decretos Nros. 15/2016⁶⁰ y 27/2017⁶¹, en donde vuelven a transferirse las funciones de seguridad de la vieja Superintendencia Nacional de Fronteras a la órbita del Ministerio de Seguridad.

Actualmente, el resguardo de la seguridad de la frontera terrestre y marítima presenta un escenario complejo, en razón de las particularidades del accionar del delito transnacional. Este tipo de delito se configura como un acto ilícito cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un Estado pero su origen está más allá de las fronteras del mismo, involucrando u originándose en otras jurisdicciones estatales, siendo los artífices de esta violencia subestatal complejas organizaciones integradas por individuos de distintas nacionalidades.

Es por eso que la atribución constitucional del Congreso Nacional para garantizar la seguridad de la despoblada y en muchos casos precaria fron-

59 ADLA (1996). *LVI-B*. Buenos Aires. La Ley, 1825-1826 y (1996) *LVII-A*. Buenos Aires. La Ley, 60.

60 *Boletín Oficial* N. 33290. 6-1-2016, 19.

61 *Boletín Oficial* N. 33541. 10-1-2017, 1.

tera argentina, tanto en su acepción terrestre como marítima, actualmente debe considerarse en dos circunstancias fundamentales:

- a) El aspecto relacionado con su proyección militar, estando las fuerzas armadas, conforme las prescripciones de la Ley N° 23.554 destinadas a la defensa del territorio ante la hipótesis de un conflicto bélico con otra unidad estatal que traspase la frontera argentina (circunstancias actualmente poco probables).
- b) El aspecto vinculado a prevenir y combatir a las distintas modalidades del crimen transnacional organizado, conforme el texto de la *Convención Internacional contra la delincuencia organizada transnacional* y sus protocolos complementarios.

Combatir a estas organizaciones transnacionales requiere una prevención y accionar permanente por parte de las fuerzas de seguridad, a diferencia de la eventualidad de una agresión interestatal. Dada la complejidad y poca visibilidad del delito transnacional no basta con aplicar estrictas políticas de defensa nacional o de seguridad interior. Los autores intelectuales y materiales de las conductas criminales transnacionales, sea en los puestos internacionales de control integrado de frontera, los pasos limítrofes no habilitados, nuestros puertos provinciales y municipales o en nuestras poco pobladas costas marítimas patagónicas, tienden permanentemente a ocultar su presencia y accionar, en aras de lograr la consumación de sus distintas finalidades delictuales. Por otro lado, la baja densidad poblacional y/o presencia del subdesarrollo en muchos de los confines territoriales, favorece la proliferación de las organizaciones vinculadas a estos delitos.

En la actualidad, las modalidades de estos ilícitos en la frontera terrestre y marítima van más allá de las tipificaciones de nuestro Derecho Interno o de la *Convención Internacional contra la delincuencia organizada transnacional*. Estos lo constituyen la migración irregular, el delito informático, la trata de personas, lavado de activos, narcotráfico, la presencia y accionar de cédulas terroristas (caso de la Triple Frontera), tráfico de armamento, tráfico de órganos, tráfico de material o tecnología nuclear, delito informático o el accionar oculto de fuerzas militares irregulares, que configuran las llamadas “guerras híbridas” o “guerras de cuarta generación”⁶².

62 Señala Van Creveld, a lo largo de su obra, que el delito transnacional produce que las fuerzas armadas, actores por excelencia para defender las fronteras ante una eventual invasión interestatal al territorio de un Estado, dejen de ser los protagonistas centrales al momento de enfrentarlo. [Van Creveld, M. (1991). *The transformation of war*. United States of America. The Free Press].

La permeabilidad y el carácter dinámico de las fronteras trascienden nuestro continente. Baste observar la situación de los distintos países que integran la Unión Europea, ante los aluviones migratorios de refugiados provenientes de los países árabes, produciendo allí un criterio cada vez más restrictivo en la visión o dimensión de la frontera integradora de poblaciones, dados los problemas de seguridad que entrañan la migración ilegal y el crimen transnacional.

En Europa, el final de la Guerra Fría diluyó la hipótesis de un enfrentamiento nuclear. Las nuevas amenazas y riesgos en el viejo continente ya no son provenientes de las invasiones de otros Estados extranjeros, sino más bien de actores no estatales. Este escenario impone a los Estados de la Unión Europea replantear los riesgos que conllevan los vínculos entre migraciones internacionales y el crimen organizado, produciéndose así una concepción más extensa de la seguridad⁶³, superadora de la noción clásica de la seguridad fronteriza y abarcativa de las variables del desarrollo.

Recapitulando, la primigenia frontera argentina de la Constitución de 1853 era un confín en permanente movimiento, asociado a la problemática del indio del desierto. Estas fronteras internas fueron gradualmente “arrastradas” desde el centro administrativo del Estado hacia su periferia internacional. Hoy las “fronteras internas” en Argentina no son las divisiones provinciales o municipales del territorio del Estado, sino, como señala Molinari, las “rémoras del desierto originario [...] identificadas con nuevos nombres: cordones de pobreza, anillos suburbanos o interior profundo, donde la contrapartida a la civilización es otra clase de barbarie”⁶⁴.

Tras el paso “civilizador” del Estado hacia su periferia territorial, las políticas de usos fiscales y adjudicación de la tierra no pudieron revertir que Argentina sea un país que ha vivido de modo continental y a espaldas de su inmenso mar, poblando y desarrollando tardíamente su litoral marítimo, siendo su puerto principal fluvial y adyacente a una inmensa ciudad que lamentablemente tiende a renegar del mismo. Esta circunstancia en el futuro no puede seguir siendo ajena al legislador de fronteras, al momento de abordar la particular situación de la frontera marítima patagónica.

Esta última presenta una ocupación discontinua de distintas ciudades separadas entre sí por largas distancias, unidas por medio de la Ruta Nacional N° 3 y vinculadas casi exclusivamente a sus puertos. La zona presenta

63 Ferrero Turrión, R.; López Sala, A. M. (2012). “Fronteras y seguridad en el Mediterráneo”. En Zapata Barrero, R.; Feller Gallardo, X. (Eds.). *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto mediterráneo*. Barcelona. Edicions Bellaterra, 231.

64 Molinari, Á. E. (2010). “La Argentina y el mundo. Apuntes retrospectivos sobre el bicentenario”. En *Congreso hacia el Bicentenario (2010-2016) Memoria, identidad y reconciliación*. Buenos Aires. Educa, 358.

una baja densidad poblacional, desempleo, carencia de industrias significativas (salvo Tierra del Fuego), escasa asistencia sanitaria y falta de inversiones. Por otro lado, la extensa frontera marítima patagónica se comunica con el resto del país mediante los servicios aéreos de sus cinco aeropuertos, cabotaje marítimo y transporte en rutas no siempre óptimas. Sus puertos son San Antonio Oeste, Punta Colorada, Puerto Madryn, Caleta Córdova, Comodoro Rivadavia, Caleta Olivia, Caleta Paula, Puerto Deseado, San Julián, Punta Quilla y Presidente Illia⁶⁵.

Si nos atenemos al último registro de movimiento de contenedores en los puertos de Argentina, podemos confirmar nuestras apreciaciones relativas a que Argentina se desenvuelve a espaldas de su inmenso mar. Precisamente, en el año 2017 el Puerto Buenos Aires movió 1.468.960 TEU frente a los 30.963 de Puerto Madryn, 23.400 TEU de San Antonio Este y 11.200 TEU de Puerto Deseado. Estos tres últimos contabilizan y publican sus movimientos de cargas, no haciéndolo los restantes puertos patagónicos por sus características y escaso movimiento⁶⁶.

Insistimos en la necesidad de que en un futuro cercano el Estado vuelva a reconocer normativamente, en la frontera marítima, el otro aspecto o dimensión jurídica conexas a su particular naturaleza jurídica: el desarrollo sustentable de esas franjas o porciones de territorio adyacentes al mar territorial. Del mismo modo, el Congreso Nacional en ejercicio de la atribución constitucional debería sancionar una verdadera Ley Nacional de Fronteras. Un instrumento legal único y superador del estado de dispersión normativa producido durante los últimos setenta y cinco años.

Así como el Estado es consciente de la permanente permeabilidad de la denominada frontera terrestre (en razón de los regímenes de vecindad y el permanente tráfico de personas), debe del mismo modo reconocer que la frontera marítima es permeable al inmenso litoral marítimo que le es adyacente y sobre el cual ejerce distintos grados de jurisdicción. En el mar argentino existe una riqueza íctica y mineral inconmensurable que permanentemente es explotada y depredada por buques de organizaciones transnacionales o pertenecientes a otras unidades estatales, sin el conocimiento y mucho menos autorización del Estado.

Es en el ámbito territorial de la frontera marítima donde el aspecto relacionado con la proyección de la defensa nacional y el vinculado a prevenir

65 Para mayores precisiones sobre estos puertos patagónicos, véase a Ayude, D. (Comp.) (2011). *River Plate Shipping Guide. Ports & Inland transport*. Buenos Aires. Centro de Navegación. El análisis y reseña de la creación de los puertos patagónicos, como también de su actual operatoria, requiere un desarrollo que excede por su volumen al presente trabajo de investigación.

66 Armero, A. (Ed.) (2018). *Anuario Portuario y Marítimo de los Puertos Argentinos y del Mercosur*. Buenos Aires. Globalports, 20.

y combatir el crimen transnacional, ya sea en sus puertos, ciudades o en las despobladas y extensas costas, deben confluír, no para prevenir la eventualidad de una invasión interestatal, sino para que el Estado ejerza una efectiva soberanía y supremacía territorial en su descuidado mar adyacente.

A modo de conclusión, podemos proyectar nuestra propia definición de la frontera marítima en el ordenamiento jurídico argentino.

La *frontera marítima* es una figura jurídica cuya concepción es dinámica y multifuncional, estando constituida por una porción de territorio de ancho determinado adyacente a la línea de costa del mar territorial, cuya seguridad el Estado debe resguardar contemplando el permanente accionar del crimen transnacional y la eventualidad de una agresión interestatal, al amparo de la jerarquía constitucional consagrada en la atribución del Congreso de “proveer a la seguridad de las fronteras”. La frontera marítima es una figura estratégica, producto de una particular realidad histórica que fue configurándola, siendo actualmente determinante de gran parte de la integridad territorial del Estado. Esta constituye un componente inherente al territorio del Estado, en general, y al borde nacional adyacente al mar territorial, en particular.

Bibliografía

- AA.VV. (1980). *Congreso Nacional de Historia sobre la Conquista del desierto. Celebrado en la Ciudad de Gral. Roca del 6 al 10 de noviembre de 1979*. vols. I-IV. Buenos Aires. Academia Nacional de la Historia.
- Akehurst, M. (1979). *Introducción al Derecho Internacional*. Trad. Ortega, M. M. Madrid. Alianza Editorial.
- Alsina, A. (1977). *La nueva línea de fronteras. Memoria especial del Ministerio de Guerra y Marina Año 1877*. Buenos Aires. Eudeba.
- Álvarez Londoño, L. F. (1998). *Derecho Internacional Público*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.
- Ancel, J. et al. (1984). *Poder Global y Geopolítica*. Buenos Aires. Editorial Pleamar.
- Araujo, L. A. D.; Nunes Júnior, V. S. (2006). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo – Brasil. Editora Saraiva.
- Armero, A. (Ed.) (2018). *Anuario Portuario y Marítimo de los Puertos Argentinos y del Mercosur*. Buenos Aires. Globalports.
- Ayude, D. (Comp.) (2011). *River Plate Shipping Guide. Ports & Inland transport*. Buenos Aires. Centro de Navegación.
- Barberis, J. A. (2003). *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Barberis, J. A. (1984). *Los sujetos del Derecho Internacional actual*. Madrid. Tecnos.
- Barros, Á. (1975). *Indios, fronteras y seguridad interior*. Buenos Aires. Solar-Hachette.

- Barros, Á. (1975). *Fronteras y territorios federales de las Pampas del Sur*. Buenos Aires. Solar-Hachette.
- Belza, J. E. et al. (1979). *La expedición al desierto y los salesianos 1879*. Buenos Aires. Ediciones Don Bosco Argentina.
- Blengino, V. (2005). *La zanja de la Patagonia. Los nuevos conquistadores: militares, científicos, sacerdotes y escritores*. Trad. Huberman, L. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.
- Briones R., S.; Álvarez V., R. (2008). *¿Construyendo confianzas?, Fronteras, FFAA y Política en América Latina*. Santiago de Chile. Flacso-Chile.
- Campos, D. E. (1975). *Política de fronteras: Seguridad y desarrollo. La política de fronteras propiamente dicha*. Buenos Aires. C.F.I.
- Comando General del Ejército. Dirección de Estudios Históricos (1974). *Política seguida con el aborígen (1820-1852)*. T. I-III. vols. 664/671. Buenos Aires. Círculo Militar. Biblioteca del Oficial.
- Conferencia Episcopal Argentina (1994). *La Iglesia Católica y la Reforma Constitucional*. Buenos Aires. Oficina del Libro.
- De Marco, M. Á. (2010). *La guerra de la Frontera. Lucha entre indios y blancos. 1536-1917*. Buenos Aires. Emecé.
- De Meira Mattos, C. (1997). *Geopolítica y teoría de las fronteras*. Buenos Aires. Círculo Militar.
- Díaz Cisneros, C. (1955). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina.
- Duran, J. G. (2006). *Frontera, indios, soldados y cautivos. Historias guardadas en el archivo del cacique Manuel Namuncurá (1870-1880)*. Buenos Aires. Facultad de Teología UCA-Bouquet Editores.
- Ébélot, A. (1968). *Relatos de la frontera*. Trad. Bourillons. V. D. Buenos Aires. Solar/Hachette.
- Gamboni, O. D. (1994). *Adolfo Alsina, Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y conquistador del desierto*. Buenos Aires (La Plata). Universidad Católica de La Plata.
- García, J. L. (1975). *Defensa Nacional*. Buenos Aires. C.F.I.
- González, J. V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires. Ángel Estrada y Ca. Editores.
- Gugliamelli, J. E. (1979). *Geopolítica del Cono Sur*. Buenos Aires. El Cid Editor.
- Jellinek, G. (2004). *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. México. Fondo de Cultura Económica.
- Kriele, M. (1980). *Introducción a la Teoría del Estado*. Trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires. Depalma.
- Leiva, A. D. (Coord.) (2000). *Los territorios nacionales australes en la historia constitucional argentina*. Bahía Blanca. Publicaciones de la Cátedra de Historia Constitucional. Universidad Nacional del Sur.
- Levaggi, A. (2000). *Paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina (Siglos XVI-XIX)*. Buenos Aires. Universidad del Museo Social Argentino.
- Linares Quintana, S. V. (1937). *Derecho Público de los Territorios Nacionales. Argentino y comparado*. Buenos Aires. S/E.

- López Rosas, J. R. (2002). *Historia constitucional argentina*. Buenos Aires. Astrea.
- Lupo, R. (1938). *La conquista del desierto. Crónicas enviadas desde el Cuartel General de la expedición de 1879*. Buenos Aires. Comisión Nacional Monumento al Teniente General Roca.
- Lucaioli, C. P.; Nacuzzi, L. R. (Comps.). (2010). *Fronteras. Espacios de interacción en las tierras bajas del sur de América*. Buenos Aires. Sociedad Argentina de Antropología.
- Mandrini, R. J. et al. (2006). *Vivir entre dos mundos. Conflicto y convivencia en las fronteras del Sur de la Argentina, Siglos XVIII y XIX*. Buenos Aires. Taurus.
- Martínez Becerra, C. (Ed. Comp.) (2004). *Integración regional, fronteras y globalización en el continente americano*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia.
- Martínez Estrada, E. (1993). *Radiografía de la Pampa. Edición crítica*. Buenos Aires. Colección Archivos.
- Michaelsen, S.; Johnson, D. E. (Comps.) (2003). *Teoría de la frontera. Los límites de la política cultural*. Trad. Ventureira, G. Barcelona. Editorial Gedisa.
- Milia, J. G. (2015). *Geopolítica de límites y fronteras de la Argentina*. Buenos Aires. Dunken.
- Ministerio de Guerra y Marina (1978). *Campaña de los Andes al sur de la Patagonia, Partes detallados y diario de la expedición. Ministerio de Guerra y Marina*. Buenos Aires. Eudeba.
- Molinari, Á. E. (2010). “La Argentina y el mundo. Apuntes retrospectivos sobre el bicentenario”. En *Congreso hacia el Bicentenario (2010-2016) Memoria, identidad y reconciliación*. Buenos Aires. Educa, 358
- Morzone, L. A. (1978). *Soberanía territorial argentina*. Buenos Aires. Depalma.
- Mosquera, C. J. (1994). *La conciencia territorial argentina*. Buenos Aires. Círculo Militar.
- Moya Mena, S. I. (Ed.) (2012). *Las fronteras: Espacios de encuentro y cooperación*. San José. Flacso.
- Munilla, E. (1916). *La Defensa Nacional. Ideas y conceptos que la inspiran*. Buenos Aires. Librería “La Facultad” de Juan Roldán.
- Olascoaga, M. J. (1974). *Estudio topográfico de La Pampa y Río Negro*. Buenos Aires. Eudeba.
- Pfrirter, F. A.; Barberis, J. A. et al. (2000). *Los límites de la República Argentina*. Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Prado, M. (1961). *La guerra al malón*. Buenos Aires. Eudeba.
- Raone, J. M. (1969). *Fortines del desierto (mojones de civilización)*. Vols. I-III. Buenos Aires. Biblioteca del suboficial.
- Rey Balmaceda, R. C. (1985). *Integración territorial de la Argentina*. Buenos Aires. SENOC.
- Rey Balmaceda, R. C. (1979). *Límites y fronteras de la República Argentina. Epítome geográfico*. Buenos Aires. OIKOS. Asociación para la promoción de los estudios territoriales y ambientales.
- Rojas Lagarde, J. L. (1997). *Incidentes fronterizos con Chile durante la guerra con el indio*. Buenos Aires. Ediciones del Oeste.

- Rojas Lagarde, J. L. (2004). *Malones y comercio de ganado con Chile, Siglo XIX*. Buenos Aires. El Elefante Blanco.
- Rousseau, C. (1966). *Derecho Internacional Público*. Trad. Artigues, F. G. Barcelona. Ediciones Ariel.
- Sarmiento, D. F. (1903). *Facundo*. Buenos Aires. Biblioteca de La Nación.
- Scenna, M. Á. (1981). *Argentina – Chile. Una frontera caliente*. Buenos Aires. Editorial de Belgrano.
- Scunio, A. D. H. (1972). *La conquista del Chaco*. Buenos Aires. Círculo Militar.
- Soto Acosta, W. (Ed.) (2017). *Repensar las fronteras, la integración regional y el territorio*. Costa Rica. Clacso.
- Seelstrang, A. (1977). *Informe de la comisión exploradora del Chaco*. Buenos Aires. Eudeba.
- Thill, J. P.; Puigdomenech, J. A. (2003). *Guardias, fuertes y fortines de la frontera sur. Historia, antecedentes y ubicación catastral*. Vols. I-II. Buenos Aires. Ejército Argentino. Servicio Histórico del Ejército.
- Van Creveld, M. (1991). *The transformation of war*. United States of America. The Free Press.
- Villegas, C. (1974). *Expedición al gran lago Nahuel Huapi en el año 1881*. Buenos Aires. Eudeba.
- Walther, J. C. (1964). *La conquista del desierto*. Buenos Aires. Círculo Militar.
- Zapata Barrero, R.; Feller Gallardo, X. (2012). *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto mediterráneo*. Barcelona. Edicions Bellaterra.
- Zeballos, E. S. (2002). *La conquista de quince mil leguas. Estudio sobre la traslación de la frontera sur de la República Argentina al Río Negro*. Buenos Aires. Taurus.

Fuentes normativas

- Anales de Legislación Argentina, La Ley, Buenos Aires.
- Barra, R. C. et al. (Comps.) (1995). *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*. vols. I-VIII. Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos. Ministerio de Justicia de la Nación.
- Boletín Oficial de la República Argentina.
- Congreso Nacional. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados.
- Congreso Nacional. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores.
- Departamento Referencia Argentina y Atención al Usuario, Dirección Servicios Legislativos, Biblioteca del Congreso de la Nación.
- González, M. P. (1887). *Recopilación de Leyes Nacionales sancionadas por el Honorable Congreso Argentino durante los años 1854 hasta 1886. Tomo I. 1854 a 1870*. Buenos Aires. Imprenta Europea.
- InfoLEG (Información Legislativa y Documental), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (www.infoleg.gob.ar).
- Ravnani, E. (Dir.) (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron po-*

líticamente la Nación. vols. I-VI. Buenos Aires. Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, Ltda.

- Registro Nacional de la República Argentina.
- Registro Oficial de la República Argentina.
- Restoy, E.; Doeste, A. (Comps.) (1942). *Compilación de Leyes, Decretos Resoluciones. Tomo I. Agricultura, ganadería, industrias, comercio*. Buenos Aires. Editorial Claridad S.A.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

**EL PROCESO DE NUESTRO SEÑOR,
PERENNE CÁTEDRA JURÍDICA**
The process of our Lord, perennial legal chair

Carlos Manuel Romero Berdullas¹

Recibido: 27 de abril de 2018

Aprobado: 11 de julio de 2018

Resumen: El propósito de estas palabras es valorar el perenne magisterio legado a todos los hombres de Derecho por nuestro Señor Jesucristo, a través del proceso padecido para redimirnos. Con ese objetivo, primero repasaremos brevemente algunas características del proceso penal hebreo; y luego penetraremos en las enseñanzas jurídicas del proceso más significativo de la historia salvífica.

Palabras claves: Proceso; Proceso penal hebreo; Jesucristo; Ley del Talión.

Abstract: The purpose of these article is to value the perennial magisterium bequeathed to all men by our Lord Jesus Christ, through the process suffered to redeem us. With that objective, we will briefly review some characteristics of the hebrew penal process; and then we will penetrate into the legal teachings of the most significant process in the history of salvation.

Keywords: Process; Hebrew Criminal Procedure; Jesus Christ; Law of Talion.

¹ Investigador independiente. El autor es Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Secretario de Cámara de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Correo electrónico: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

Sommario: Lo scopo di queste parole è di valutare il magistero perenne lasciato in eredità a tutti gli uomini di diritto da nostro Signore Gesù Cristo, attraverso il processo sofferto per riscattarci. Con questo obiettivo, esamineremo brevemente alcune caratteristiche del processo penale ebraico; e poi penetreremo negli insegnamenti legali del processo più significativo nella storia della salvezza.

Parole chiave: Processo; Processo criminale ebraico; Gesù Cristo; Legge di Talion.

Para citar este texto:

Romero Berdullas, C. M. (2019).

“El proceso de Nuestro Señor, perenne cátedra jurídica”,
Prudentia Iuris, N° 87, pp.

Es tiempo de unirnos a la travesía del Patriarca Moisés, quien luego de transcurrir su juventud en la corte egipcia condujo el Éxodo de un esclavizado pueblo hebreo hacia la tierra prometida. Una vez abiertas las aguas del Mar Rojo, podemos sumergirnos en la cosmogonía jurídica de una comunidad israelita, en donde el *ius puniendi* procedía de delegación divina; el delito constituía una afrenta contra Dios; y la pena se mensuraba por una Ley del Talión², que en la cadena evolutiva constituyó un paso hacia adelante respecto a la venganza primitiva³.

En materia criminal juzgaba un pequeño Consejo de Ancianos conformado en poblaciones con más de ciento veinte familias⁴ e integrado por veintitrés hombres, cuya competencia se hallaba delimitada por conductas reprimidas con la muerte real o civil. Mientras que el Gran Sanedrín in-

2 Cf. Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología. Historia y Legislación Penal Comparada*. T. I. 3ª ed. Actualizada. Buenos Aires. Losada, 272.

3 Nótese que la institución de la ley del talión es un eslabón del camino iniciado para alcanzar cierta proporcionalidad entre los delitos y castigos administrados. Más aún, también se observa una evolución en cuanto al principio de identidad de la pena. Así pues, primero la pena no sólo comprendía al culpable, sino también a sus familiares hasta la cuarta generación (cf. Éxodo, cap. XXXIV, vers. 7; Génesis, cap. XV, vers. 16; Éxodo, cap. II, ver. 5; Números, cap. XIV, vers. 18); mas luego sólo se restringiría al autor del ilícito (*vid.* Deuteronomio, cap. XXIV, vers. 16; Jeremías, cap. XXXI, vers. 28 y 29), según citas de Goldstein, M. (2010). *Derecho Hebreo*. Primera y Segunda entregas. Ediciones Fundación Internacional Raoul Wallenberg, Casa Argentina en Israel Tierra Santa, Cap. V.B.6.

4 Cf. Goldstein, M. Ob. cit., cap. 4.2.b. y Mr. Dupin (1842). *El Proceso de Jesucristo tratado histórica y jurídicamente*. Madrid. Imprenta de Yenes, 20.

tervenía como suprema autoridad judicial, es decir, se emparentaba a las actuales Cortes Supremas de Justicia.

La valiosa prenda de la imparcialidad de los magistrados era resguardada a través de diversas normas⁵. Tanto es así, que el juez no podía invitar a una de las partes a sentarse y dejar a la otra de pie, por cuanto era considerado un acto viciado de parcialidad o al menos aparentemente parcial. En tanto que el procedimiento criminal del Pentateuco se hallaba afincado sobre las garantías del imputado y la publicidad de los debates sustanciados entre las partes ante la asamblea del pueblo⁶.

Con posterioridad a la lectura del proceso –seguido de cerca por los ancianos y auditores–, proseguía una declaración sumamente circunstanciada y bajo juramento de testigos, quienes de incurrir en falso testimonio padecían igual pena a la que expusieron al prójimo enjuiciado. La concurrencia de dos o tres testimonios configuraba condición *sine qua non* para probar la existencia de un hecho (prueba legal); y de imponerse pena capital a una persona, los testigos que habían colaborado a determinar el suceso criminal debían propinarle al condenado los primeros golpes, con el objeto de dotar del último grado de certeza a su deposición⁷.

Por su parte, la nuda declaración autoincriminatoria de un individuo no bastaba en orden a dar por acreditado un hecho penal, ya que tal como se anticipó, la prueba tasada requería el conteste testimonio de dos testigos con análogo sentido inculpador⁸.

Tras pasar por la criba las probanzas, los jueces a favor o en contra de la inocencia del imputado exponían sus motivos, y si algún auditor había asumido la defensa del acusado o deseaba presentar aclaraciones absolutorias se le concedía la palabra⁹.

Languidecido definitivamente el debate y escuchada en último término la palabra del encausado, dos escribas transcribían los votos, que debían ser trece negativos para condenar u once sobre veintitrés a los efectos de absolver¹⁰. Sin embargo, si parte de la magistratura afirmaba carecer de suficiente instrucción sobre el caso, se añadían sucesivamente dos ancianos hasta integrar un Consejo de setenta y dos.

De corresponder una sanción, el veredicto final se difería hasta el tercer día siguiente, oportunidad en la cual sólo los votos condenatorios po-

5 *Vide* Tratado Shabat y Deuteronomio, cap. 16, vers., 19, según citas de Goldstein en cap. IV.8 y IV.11.

6 Cf. Mr. Dupin. Ob. cit., 25-26.

7 Ídem.

8 *Ibidem*, 28-29.

9 *Ibidem*, 31-32.

10 Ídem.

dían modificarse por absoluciones. Si la mayoría consideraba culpable al acusado, dos jueces lo acompañaban al suplicio. Cabe destacar que en esta peregrinación aún podían el imputado u otra persona hacer valer nuevos elementos de convicción ante los jueces y con hasta cinco oportunidades. A tal fin, se colocaba un preboste en la entrada del tribunal, que de surgir alguna probanza agitaba una banderilla observada constantemente por otro par, quien cabalgaba junto al sentenciado y lo conducía hasta la magistratura para brindar las explicaciones necesarias¹¹.

Ex post la defunción del Tetrarca Herodes, nos sale al paso el proceso más trascendental de la historia salvífica: el juicio de Jesús de Nazareth desarrollado en Judea cuando se hallaba en poder de Roma.

Con buen tino sostiene Jiménez de Asúa, que el enjuiciamiento de Jesús por el Sanedrín fue ilegal e injusto¹². Lo cierto es que este proceso vastamente estudiado por los historiadores del Derecho nos permite comprender mejor el alcance de las normas judaicas, por cuanto todo el regadero de irregularidades suscitadas desde su génesis hasta el ocaso, posibilitan un más diáfano entendimiento sobre las máximas de Derecho y formas existentes en el sistema judicial de aquel entonces.

Por lo demás, la inquina y las estulticias manifestadas por los diversos magistrados en las etapas de este enjuiciamiento son una cátedra particularmente apta para comprender lo que no se debe imitar al llevar a término un enjuiciamiento, si se aspira a preservar las garantías individuales y el derecho de defensa en el marco de un juicio auténticamente justo.

Con el afán de alcanzar una mayor claridad expositiva, analizaremos desde un plano netamente jurídico la Pasión de Cristo hasta el veredicto condenatorio¹³, y la desglosaremos en tres peldaños: primero, el arresto de Jesús; luego, el proceso o interrogatorio ante el Sanedrín¹⁴; y finalmente, el juicio en el Pretorio.

Un aspecto que no conviene perder de vista es que ya en una fase incipiente, los maestros de la ley y los jefes de los sacerdotes enviaron espías con la meta de seguir a Jesús de cerca, fingir buena fe y capitalizar sus palabras

11 *Vide*, Mr. Dupin. Ob. cit., 29-34.

12 Cf. Jiménez de Asúa, L. Ob. cit., 273.

13 Los autores neotestamentarios serán una guía particularmente apta para alcanzar este cometido, puesto que sus descripciones del juicio han sido comprobadas por prolíficos estudios desarrollados con objetividad científica y el sistema histórico [*vide* Keller, W. (1998). *Y la Biblia tenía razón*. Barcelona. Ediciones Omega S.A., 398].

14 Se coloca "proceso o juicio" por cuanto parte de la doctrina estima verosímil que no se haya tratado de un auténtico proceso el juicio contra Jesús, sino más bien de un profundo interrogatorio, cuya conclusión habría sido la determinación de entregarlo a Pilato [*vide* Ratzinger, J. (2011). *Jesús de Nazareth –Desde la entrada en Jerusalén hasta la Resurrección–*. 1ª ed. Buenos Aires. Planeta & Ediciones Encuentro, 206-207].

en miras de entregarlo al gobernador¹⁵. Puede visualizarse aquí, tal vez, el primer antecedente del denominado “agente provocador”, práctica que hoy es blanco de algunas críticas¹⁶ y se configura cuando un agente encubierto crea, instiga o tienta a una persona a delinquir para penarla.

Otro acto teñido de ilegalidad es la detención de Jesús, que se produjo a raíz de la reunión realizada en casa de Caifás entre los grupos dominantes del judaísmo. El Domingo de Ramos, la purificación del templo y los milagros ejecutados por el Cordero de Dios –especialmente la resurrección de Lázaro– fueron los disparadores de esta congregación de la aristocracia sacerdotal y los fariseos¹⁷. La cuestión es que independientemente del contenido profético de la propuesta de Caifás al instar la muerte de Jesús para salvación de todo el Pueblo, no sólo se vislumbra la orfandad de un auto de prisión, sino también una predeterminación por aplicarle una pena capital al pesquisado, sin un debido juicio previo¹⁸.

A la incumplida veda de proceder de noche dispuesta en la ley judaica, ha de sumarse que no se condujo de inmediato al encausado frente a la autoridad competente¹⁹; se lo sometió tanto a malos tratos, como a vejámenes²⁰; y el veredicto de culpabilidad fue pronunciado en un lugar prohibido²¹. Debe añadirse a esto, que al celebrarse la fiesta de Pascua la ley impedía el desarrollo del procedimiento so pena de nulidad²².

15 Cf. *Lc.*, 20.20.

16 Cf. Fiscal C. Fernández, en *LL*, 1991-B-190, 145, 148, 150, 151, 337, 339 a, 343, 433 a 435; “Sorrells v. United States”, 287 U.S. 435 (1932); “Sherman v. United States”, 356 U.S. 369 (1958); “United States v. Russel”, 411 U.S. 423 (1973); “Hampton v. United States”, 425 U.S. 484 (1976); y “Jakobson v. United States”, 112 S. Ct. 1535 (1992), según citas de Carrió, A. (2015). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. 6ª ed. Buenos Aires. Hammurabi, 146-152.

17 Aunque Jesús era nuncio de una escisión entre la dimensión religiosa y la política, en la perspectiva del conciliábulo resultaban inseparables, dado que en esa defensa por la nación se hallaban de por medio la casa de Dios y su Pueblo. Digamos que, por un lado, se despertaba una razonable preocupación por el templo; en tanto, por otra parte, existía un desmesurado afán egoísta del poder hegemónico (*vide* Ratzinger, J. Ob. cit., 199-200).

18 Más aún, la manifiesta ilegitimidad de la aprehensión de Jesús se hizo patente al no detenerse a Pedro por resistencia a la autoridad al lesionar la oreja de Malco en la noche oscura de Getsemaní. La cuestión es que esta detención podría haberse ejecutado ante el hecho flagrante o con posterioridad en casa del gran sacerdote.

19 Se lo condujo primero a la casa de Annas, que era suegro del gran sacerdote; y luego a la de Caifás.

20 “Los hombres que custodiaban a Jesús lo ultrajaban y lo golpeaban; y tapándole el rostro, le decían: ‘Profetiza, ¿quién te golpeó?’. Y proferían contra él toda clase de insultos” (*Lc.* XXII. 63-65).

21 Pues no se había pronunciado en un lugar escogido por Dios (léase el salón de Fazitho, el salón de la piedra tallada), tal como se prescribía en Deuteronomio 17:8 y 9; y Maimónides, Sanedrín, XIV, según citas y explicaciones de Iturrealde, C. R. (2011). *La Inquisición*. Buenos Aires. Vórtice, 92.

22 Cf. Mr. Dupin. Ob. cit., 61-62.

Propiamente, en cuanto al juicio ante el Sanedrín, vale posar la mirada en una imparcialidad del juzgador mancillada desde dos prismas. En un plano subjetivo, resultaba ostensible que las actitudes, animadversión e intereses particulares de Caifás lo volvían recusable. Mientras que la faz objetiva de los hechos del procedimiento (v. gr., emisión previa de opinión, prejuicio, ideas preconcebidas, etc.) permite visualizar una parcialidad palpable, por cuanto el juez se había constituido en acusador de Jesús.

Ya a esta altura, este procedimiento nos permite atesorar una lección válida para todo tiempo y lugar que nos alerta sobre los peligros implícitos en cualquier acusación no deslindada debidamente del órgano juzgador. Puntualmente, se hace patente la significancia de que el magistrado se encuentre despojado de interés acusatorio y no se vuelva un adversario del acusado. Pues de lo contrario, de primar la dinámica de un inquisidor –como era el caso de Caifás–, la convergencia de funciones persecutorias, investigativas y decisorias en un mismo sujeto ponen en crisis la imparcialidad de un juez.

Tampoco puede soslayarse que este proceso no sólo fue epítome de la desigualdad entre la acusación y la defensa, sino también una cabal expresión de un proceso no respetuoso de las garantías individuales del encausado. Digamos que so capa de alcanzar una persecución penal eficaz, la acusación vulneró sistemáticamente el derecho de defensa del investigado. Prueba de ello es que al no recabar declaraciones testimoniales uniformes²³ contra Jesús, se ejerció coacción moral sobre Él²⁴ para que declarase contra sí mismo.

Esta afectación de la libre voluntad del imputado se profundizó todavía más, ya que a ese poner todos los medios ilegales en orden a obtener una confesión se adunó la ponderación de la solitaria declaración autoincriminatoria de Jesús, cuando se sabía que no resultaba suficiente para dar por comprobado un delito, pues tal como ya se adelantó, la ley exigía la concurrencia de por lo menos la deposición concordante de dos testigos (prueba tasada)²⁵.

A su vez, no puede obviarse que delante de Caifás uno de los guardias abofeteó al Redentor cuando le preguntó al sumo sacerdote por qué lo inte-

23 “[...] Los sumos sacerdotes y todo el Sanedrín buscaban un testimonio contra Jesús, para poder condenarlo a muerte, pero no lo encontraban. Porque se presentaron muchos con falsas acusaciones contra él, pero sus testimonios no concordaban. Algunos declaraban falsamente contra Jesús [...] Pero tampoco en esto concordaban sus declaraciones” (*Mt.* XIV, 55-57).

24 *Cf. Mt.* XXVI.

25 *Cf. A. Lémann y J. Lemann, La Asamblea que condenó a Jesús*, pp. 89-92 y 110, según cita de Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. 1ª ed. Buenos Aires. Marcial Pons Argentina, 371.

rrogaba a Él y no inquiría a quienes habían oído sus públicas enseñanzas. Esto permite entrever dos conductas ilícitas posibles por parte del juzgador. Una es el incumplimiento de los deberes de funcionario público de parte del magistrado, configurado al no ordenar la detención del guardia ante la flagrante comisión de un ilícito perpetrado en su presencia. Mientras que la restante variante consiste en la complicidad de Caifás respecto a esa conducta delictiva.

Al mismo tiempo, debe repararse en que no se ponderó el valor moral intrínseco de los medios aprontados para conseguir el fin procesal propuesto, pues por un lado ninguno de los jueces defendió al encartado; y, por otra parte, el veredicto de culpabilidad fue unánime. De esta manera, la sentencia se encontraba viciada de nulidad, puesto que al no prever la ley la existencia de abogados defensores, de mínima el acusado debía contar con la defensa de uno de los magistrados. Por lo que de no oficiar ninguno de los jueces de defensor y pronunciarse todos en dirección hacia la inculpación del imputado, el juicio debía necesariamente finalizar con la absolución²⁶.

Pasemos ahora a sopesar el juicio de Jesús de Nazareth ante el pretorio. Según el Derecho vigente de aquel entonces, la sentencia a pena capital debía ser confirmada por el procurador romano, ya que era un atributo principal de la soberanía reservado por Roma. En el caso de Judea era Poncio Pilato quien detentaba el *ius gladii*²⁷ y ante quien debía presentarse la acusación para que juzgara el asunto soberanamente²⁸.

Sin mayor dificultad, primero se avizora que los círculos sacerdotales más distinguidos (a quienes luego se acomuna el *ochlos*)²⁹ habían condenado por blasfemia a Jesús, pero al advertir que su pretensión se frustraba frente a Pilato modificaron intempestivamente el objeto de la acusación y violaron el principio de congruencia. De modo que el hecho indagado por el Sanedrín y ponderado en su sentencia final no guardaba correlación con el puesto a consideración del procurador. En efecto, tras comprobar que la competencia en la acusación por blasfemia sería declinada por Pilato, los acusadores la sustituyeron de manera sorpresiva por crímenes de estado (léase lesa majestad e impedir el tributo al César), y afectaron así garantías judiciales del acusado³⁰.

26 *Vide* Iturralde, C. R. *La Inquisición*. Ob. cit., 92.

27 Cf. Keller, W. Ob. cit., 399.

28 El derecho a condena de muerte, ya sea en su pronunciamiento o ejecución, se hallaba en manos del representante del César en Judea (cf. Mr. Dupin. Ob. cit., 84-86 y *Jn.* XVIII, 30-31).

29 Esto es significativo resaltarlo, ya que esta casta sacerdotal y los partidarios de Barrabás fueron los acusadores y no el pueblo judío propiamente dicho, tal como lo enseña Benedicto XVI en *Jesús de Nazaret*, 218.

30 Cf. *Jn.* XVIII, 30-31 y *Lc.* XXIII, 2.

Mas luego de indagar al acusado, Pilato afirma no encontrar crimen alguno en Cristo y conculca el binomio *cosa juzgada - ne bis in ídem*, ya que amén de pronunciar esta suerte de absolución lo coloca a disposición de Herodes, con el propósito de iniciar un nuevo juicio sobre los mismos hechos, en razón de su jurisdicción sobre los galileos³¹. De tal forma que se genera una múltiple y sucesiva persecución penal por un cuadro fáctico dotado de identidad en todos sus órdenes (léase persona-causa-objeto).

Aquí no puede obviarse que la garantía contra el doble juzgamiento no sólo restringe la aplicación de una pena por un mismo acontecimiento, sino también la exposición al peligro procesal de su acaecimiento, a través de un redivivo enjuiciamiento de quien ya ha experimentado las contingencias del juicio criminal por un hecho idéntico.

A propósito de esto, cabe destacar que la duplicación de riesgo a ser sentenciado a muerte se concretó sin culpa del imputado, pero Herodes tampoco lo juzgó culpable y lo remitió nuevamente al pretor, quien una vez más sostuvo su inocencia por los hechos endilgados³². No obstante, la presión política de los acusadores logró mellar la independencia personal del pretor³³; y a la flagelación³⁴ le sucedió el conocido lavatorio de manos que condujo a la ejecución del Justo de Dios³⁵.

Recapitulando, en derredor del estudio propuesto hemos comprobado variopintas violaciones a garantías individuales y al inviolable derecho de defensa, que pueden sintetizarse en:

- a) un prejuicio originado ya en el germen del proceso;
- b) una arbitraria restricción de la libertad física del encartado;
- c) la dispensa de apremios, tratos crueles e inhumanos hacia el encausado;
- d) la ubicación del imputado como objeto de investigación y no sujeto de derechos;
- e) el incumplimiento de la premisa *nemo iudex sine defensione*;

31 Cf. *Lc.* XXIII, 11-15.

32 Cf. *Lc.* XXIII, 14-17.

33 La amenaza de la turba de que si dejaba libre a Jesús no era amigo del César, definitivamente socavó la independencia de Pilato (cf. Keller, W. Ob. cit., 400 y *Jn.* XIX, 22).

34 La injusticia del azote ordenado por Pilato era del todo evidente, pues él mismo había manifestado que creía al Señor inocente. De hecho, el móvil que lo impulsó a aprontar ese castigo fue la expectativa de poder liberarlo tras aplacar los ánimos agitados de los fariseos y el *ochlos* (vide *Jn.* XIX, 1, 5 y 12; y *Lc.* 23, 14-17). Sin embargo, la enjundia de los grupos políticos dominantes y los aliados de Barrabás no sólo persistió, sino que, además, al grito de "Crucifícale" logró corromper la convicción del juzgador, luego de hacer éste un último intento para salvarlo mediante la amnistía pascual (vide *Jn.* XIX, 15; *Lc.* XXIII, 23-24; y *Mt.* XXVII, 24-26).

35 Vide *Mt.* XXVII, 24.

- f) el ejercicio de coacciones ordenadas a obligar al imputado a declarar contra sí mismo;
- g) la confluencia de funciones acusatorias y decisorias en un mismo magistrado (por ej.: en Caifás);
- h) una agostada imparcialidad del juzgador (v. gr.: en el gran sacerdote);
- i) la inexistencia de objetividad en el acusador (léase Caifás);
- j) la ausencia de ecuanimidad en las posiciones de las partes;
- k) la transgresión al principio de congruencia en la *acusatio*;
- l) una independencia de juicio (específicamente la del pretor romano) erosionada por la envidia de presiones exógenas;
- m) reiteradas vulneraciones a las garantías de cosa juzgada, doble juzgamiento y duplicada persecución;
- n) crasos errores procedimentales;
- o) la lesión de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*; y, finalmente,
- p) el punto máximo de las necesidades e injusticias aberrantes se vuelve tangible cuando ante la certeza positiva de inocencia del acusado, igualmente el magistrado lo condena a cumplir el *magis* de la respuesta penal (es decir, la pena capital).

En suma, el retrato del proceso ejecutado contra nuestro Redentor es un rico muestrario con validez universal de cómo no deben desarrollarse una persecución, acusación o enjuiciamiento penales; y correlativamente, su sórdido derrotero es potenciado por el inocultable contraste con la administración del servicio de justicia hebrea antes descripta.

Basta añadir, salvando la distancia, que una situación procesal con algunas notas comunes se replicó en otro de los juicios más remembrados en la literatura jurídica. Se alude al juicio por prodosia (lesa patria) e impiedad contra Sócrates, quien al negarse a negociar su honradez con el Consejo y los Treinta fue acusado de corromper a sus discípulos y descreer en los dioses atenienses.

Al repasar Sócrates el amplio espectro de acusadores que lo calumniaban desde antaño, el filósofo ungido por el Oráculo de Delfos ofrece una sabia lección sobre la significancia del principio de contradicción, la imparcialidad e independencia del juez. Al destacar la imposibilidad de conocer la identidad de aquellos sistemáticos difamadores, citarlos y refutarlos *vis a vis*³⁶, nos permite entrever la importancia de conceder al imputado la chance de confrontar toda aquella prueba de cargo decisiva en su perjuicio. Es

³⁶ Cf. Platón. (2001). "Apología de Sócrates". En *Diálogos*, Biblioteca Grandes Pensadores. Madrid. Editorial LIBSA - Editorial El Ateneo, 27.

que, de lo contrario, estas limitaciones al derecho de defensa lo conducirán a entablar sus lides contra espectros, sin poder contrainterrogarlos.

Asimismo, Sócrates (quien por su integridad moral se volvió un peligro para los sofistas, generales y políticos) alerta la inconveniencia de ser juzgado por quienes desde otrora poseían una predisposición a fallar en su contra (parcialidad); las dificultades entrañadas en la homérica faena de desvirtuar ideas preconcebidas en los magistrados acerca de su culpabilidad; y los peligros originados por la merma de independencia del juzgador frente a presiones externas³⁷.

Completa esto, que probablemente la pena capital de Sócrates no se hubiese dictado de tener plena vigencia en el sistema judicial griego el axioma *nulla poena sine lege*, pues dos clases de juicios existían en Atenas. Uno preveía legalmente la pena (*átmetoi*), en tanto que en el otro la sanción penal se estimaba (*agónes timetoi*). Este último supuesto fue el que rigió en el caso de Sócrates, pues los jueces debían decidirse por la pena solicitada por el acusador (*tímesis*) y la pena propuesta por el acusado (*antitímesis*)³⁸.

Ciertamente, cualquier proposición en este último sentido de parte del genio de la ironía hubiese implicado un reconocimiento de su culpabilidad. Por tanto, Sócrates se negó a postular una pena; y decidió fenecer por la verdad para no rebelarse a la ley o evadirla, tal como le habían sugerido sus amigos. De esta manera, al beber la cicuta el enemigo de los sofistas nos enseña, por un lado, que la opinión de la mayoría no es garantía de un parecer acorde a la verdad o lo justo; y por otra parte, en su elección por padecer la injusticia antes que cometerla³⁹ nos lega el deber de abogar por la justicia, cualquiera sea la prueba o coyuntura puesta por el destino.

En fin, el proceso de Sócrates también encarna la perenne cátedra jurídica de Nuestro Señor Jesucristo, que en todo tiempo y lugar, interpela a los amigos del buen mirar a participar de las bienaventuranzas, pues en definitiva, serán “Bienaventurados los perseguidos por causa de la justicia, porque de ellos es el Reino de los cielos”⁴⁰.

Bibliografía

- Carrió, A. (2015). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. 6ª ed. Buenos Aires. Hammurabi.

37 Cf. Platón. Ob. cit. y Jiménez de Asúa, L. Ob. cit., 278.

38 Cf. Platón (2001). “Fedón o del Alma”, nota al pie n° 3. En Platón. *El Banquete o del Amor – Fedón o del Alma*. Edición especial para la Biblioteca La Nación. España. Planeta S.A.

39 Cf. Platón (2001). “Kritón o del deber”. En *Diálogos*, Biblioteca Grandes Pensadores. Madrid. Editorial LIBSA - Editorial El Ateneo, 71.

40 *Mt.* 5-13-12.

- Goldstein, M. (2010). *Derecho Hebreo*. 1ª y 2ª entregas. Ediciones Fundación Internacional Raoul Wallenberg. Casa Argentina en Israel Tierra Santa.
- Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons Argentina.
- Iturralde, C. R. (2011). *La Inquisición*. Buenos Aires. Vórtice.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología. Historia y Legislación Penal Comparada*. T. I. 3ª ed. actualizada. Buenos Aires. Losada.
- Keller, W. (1981). *Y la Biblia tenía razón*. Barcelona. Ediciones Omega S.A.
- Mr. Dupin (1842). *El Proceso de Jesucristo tratado histórica y jurídicamente*. Madrid. Imprenta de Yenes.
- Platón (2001). *Diálogos*, Biblioteca Grandes Pensadores. Madrid. Editorial LIBSA - Editorial El Ateneo.
- Platón (2001). *El Banquete o del Amor – Fedón o del Alma*. Edición especial para la Biblioteca La Nación. España. Planeta S.A.
- Ratzinger, J. (2017). *Jesús de Nazareth –Desde la entrada en Jerusalén hasta la Resurrección–*. Buenos Aires. Planeta & Ediciones Encuentro.

**DERECHO A LA SALUD: UNA MIRADA DESDE
LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**
*Right to health: A look from the recent jurisprudence
of the Supreme Court of Justice of the Nation*

Juan Bautista Eleta¹

Recibido: 8 de marzo de 2019
Aprobado: 20 de marzo de 2019

Resumen: La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de salud continúa ratificando el carácter fundamental del derecho a la salud consagrado constitucionalmente; sin embargo, enfatiza que estos derechos de raigambre constitucional no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que no sean alterados en su sustancia. Tales lineamientos parecerían aportar algunas respuestas a la creciente judicialización de la salud.

Palabras claves: Derecho a la salud; Cobertura de salud; Discapacidad; Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Judicialización de la salud.

Abstract: The recent jurisprudence of the Supreme Court of Justice in the field of health continues to ratify the fundamental nature of the right to health enshrined in the constitution, however emphasizes that these constitutional rights are not absolute but should be exercised in accordance with the laws that regulate their exercise, provided that they are not altered

1 Abogado, UCA. Posgrado "Instituciones de Derecho de la Salud". Asesor legal de la Gerencia de Administración de Comisiones Médicas de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Miembro del Centro de Bioética, Persona y Familia. Correo electrónico: juanbautista-eleta@gmail.com.

in their substance. Such guidelines seem to provide some answers to the growing judicialization of health.

Keywords: Right to Health; Health Coverage; Health Judicialization; Disability; Reproductive Health.

Sommario: La recente giurisprudenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione sulla salute continua a ratificare la natura fondamentale del diritto alla salute constitucionalmente consacrato; questi diritti de las raíces constitucionales no son absolutos, ma devon essere esercitati in conformità con le leggi che regolano il loro esercizio, a condizione che non siano alterati nella loro sostanza. Tali linee guida sembrano fornire alcune risposte alla crescente giudizializzazione della salute.

Parole chiave: Diritto alla salute; Copertura sanitaria; Disabilità; Tecniche di riproduzione umana assistita; La giudizializzazione della salute.

Para citar este texto:

Eleta, J. B. (2019). “Derecho a la salud: una mirada desde la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Prudentia Iuris*, N° 87, pp.

1. Introducción

El tema *salud* ha sido un eje central en la agenda de los gobiernos desde larga data y no son pocas las discusiones suscitadas sobre cómo abordar su aplicación en miras a la salud de toda la población, teniendo en cuenta la escasez de los recursos aplicados a una tendencia mundial hacia la cobertura universal de la salud. Desde la constitución de la Organización Mundial de la Salud², en el año 1948, puede observarse la preocupación por la cobertura sanitaria universal, ratificada en la Declaración de Alma-Ata³ (1978), la Declaración de Astaná⁴ (2018) y en los diferentes informes emitidos año a año por los organismos internacionales con competencia en este ámbito.

2 Ver: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Disponible en línea [Último acceso: 9-3-2019].

3 Ver: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Alma-Ata-1978Declaracion.pdf> [Último acceso: 9-3-2019].

4 Ver: <https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf>. Disponible en línea [Último acceso: 9-3-2019].

La sensibilidad y dinamicidad del concepto *salud* exige una valoración constante de las necesidades humanas sanitarias, desde las más elementales hasta las que van surgiendo a lo largo del tiempo a causa de las nuevas tecnologías, debiendo indudablemente establecer cuáles son prioritarias para el bienestar de la población. En este sentido, resulta provechoso traer a colación lo expresado por voces calificadas que bien pueden echar luz al análisis de la temática, en este trabajo: la Corte de Suprema de Justicia de la Nación.

2. Marco conceptual

La cobertura de salud de la población conlleva la necesidad de reconocer la función esencial que desempeñan todos los sectores. En ese sentido, solo a modo de ejemplo, podemos mencionar que en el ámbito legislativo puede advertirse en los últimos años una extensión exponencial del PMO a través de leyes que regulan patología por patología. En un trabajo anterior nos preguntábamos si normativamente esta materia está planteada de forma coherente, integrada, sistemática y accesible, de manera que pueda evidenciarse que lo que se pretende es favorecer al paciente⁵.

Por otra parte, los reclamos judiciales por salud parecen ser una muestra de las desigualdades que experimenta nuestro país en materia sanitaria, principalmente por la segmentación y fragmentación del sistema.

La judicialización de la salud ha despertado intensos debates en cuanto a su conveniencia o no frente a los reclamos de los individuos a raíz de las inequidades del sistema de salud, ya sea por la falta de aplicación de las reglamentaciones existentes o la falta de políticas públicas en materia de salud.

Sin embargo, lo que no puede discutirse es el incremento de los reclamos judiciales de salud en las últimas décadas. Este hecho tiene consecuencias económicas concretas en el sistema⁶, generando costos que, en algún punto, terminan por ser trasladados a los mismos beneficiarios. Es decir, el reclamo de carácter individual genera indefectiblemente un impacto en el sistema de salud en su conjunto, por lo tanto, no puede realizarse un justo

5 Pucheta, L. L.; Eleta, J. B. "Cobertura de salud en la legislación argentina de los últimos ocho años" [en línea]. *Vida y Ética*, 16.1 (2015). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/cobertura-salud-legislacion-argentina.pdf> [Último acceso: 25-2-2019].

6 Pippo Briant, Altuna, Perez Ponsa *et al.* (2016). "Implicancias socioeconómicas de la utilización de instrumentos judiciales para la prestación de bienes y servicios sanitarios". Un estudio de casos –material aun no publicado.

análisis de los casos en particular sin tener en mente la dimensión colectiva de la salud. En el presente trabajo el carácter “colectivo” lo atribuyo al sistema de salud en el territorio nacional, pero resultaría razonable trasladar los interrogantes aquí planteados al ámbito regional o global.

En cuanto al Poder Ejecutivo, puede mencionarse la creación de una Agencia Nacional de Evaluación de las Tecnologías (AGNET) que, al día de la fecha, se encuentra bajo análisis del Senado de la Nación. Por el momento, el entonces Ministerio de Salud dictó la Resolución N° 623/18, mediante la cual se crea la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (CONETEC) y le atribuye, entre otras, la competencia de realizar estudios y evaluaciones de medicamentos, productos médicos e instrumentos, técnicas y procedimientos clínicos, quirúrgicos y de cualquier otra naturaleza destinados a la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades y/o rehabilitación de la salud, a fin de determinar su uso apropiado, oportunidad y modo de incorporación para su financiamiento y/o cobertura.

Sin embargo, se ha planteado que la creación de la AGNET sería insuficiente para contener judicialización. Ello se debe a la necesidad de que la agencia nacional sea acompañada por procesos transparentes de priorización explícita⁷.

3. Criterio de búsqueda

A los fines de establecer un universo concreto de estudio se realizó la búsqueda de los principales fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de salud desde el año 2016 hasta el 2018⁸. El corte de tipo cronológico no responde a un motivo en particular, sino que se tomaron aquellas sentencias dictadas a partir del cambio de gobierno presidencial. Cabe destacar que las sentencias escogidas se relacionan con la cobertura de salud, dejando de lado otras que, si bien tienen conexión con la salud, no aportan conclusiones relevantes para este trabajo. En concreto, se excluyeron los fallos en los cuales se resolvieron cuestiones previsionales, riesgos del trabajo, derecho ambiental, competencia de los juzgados, entre otros.

Teniendo en cuenta que se van a exponer las principales conclusiones sin realizar un análisis pormenorizado de cada caso, queda a disposición el listado completo de los fallos analizados en el “Anexo” del trabajo.

7 Freiberg, A.; Lafferriere, J. N.; Zambrano, M. (2019). “Aagnet y judicialization en Salud en Argentina”. *Value in Health Regional Issues* 20, 36-40.

8 Un estudio sobre fallos anteriores ha sido elaborado por Bazán: Bazán, V. (2012). “El derecho a la salud en el escenario jurídico argentino y algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia”. *La Ley*, Cita Online AP/DOC/126/2012.

4. Análisis de la jurisprudencia

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizadas podrían agruparse en tres tópicos a los fines metodológicos: cobertura de salud, discapacidad y técnicas de reproducción humana asistida. Cada una de ellas parece seguir una línea argumental uniforme que nos servirá para observar cuál es la voluntad de la CSJN en relación a la salud.

4.1. Cobertura

El Supremo Tribunal nacional afirma en reiteradas oportunidades la imperiosa necesidad de que los tribunales observen las normas estatutarias que reglamentan el ejercicio de los agentes de salud. Máxime cuando su invalidez constitucional no se encuentre cuestionada.

En los autos “A., F. J. c/ Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16.986”⁹, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, confirmando lo resuelto en primera instancia, ordenó la afiliación de la hija del Dr. A. en la categoría de titular extraordinario. La resolución de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación que dispuso la baja de la hija del actor había aplicado las disposiciones contenidas en los preceptos estatutarios vigentes al momento en que ella cumplió 26 años. De la norma citada se desprende que solo pueden afiliarse en la categoría de “extraordinario” los hijos mayores de 26 años que hayan pertenecido al grupo familiar de un titular activo o jubilado, categorías estas últimas en las que no se encontraba el Dr. A. ya que, al desvincularse de la justicia nacional, mantuvo su afiliación a la OSPJN en la categoría de titular extraordinario (cfr. considerandos 1° y 7°).

Sin embargo, la CSJN revirtió lo decidido por la instancia anterior y sostuvo que los agravios de la Obra Social resultan procedentes toda vez que había aplicado la norma vigente. Asimismo, afirma que el hecho de que la actora hubiera estado afiliada por muchos años en un régimen no constituye una manifestación de una situación definitivamente consolidada en favor de la actora sino simplemente le otorgaba la mera expectativa de que, cuando arribara a esa edad, contaría con la posibilidad de continuar afiliada a la Obra Social (cfr. considerando 8°).

Por otro lado, en el pronunciamiento de la cámara se había hecho alusión a la garantía de igualdad afirmando que el estatuto de la Obra Social debería otorgar al grupo familiar de los afiliados meramente extraordina-

9 Fallos: 339:245.

rios las mismas posibilidades de afiliación que brinda a los familiares de quienes son titulares activos y jubilados.

Acá queremos resaltar el último considerando de la Corte: remarca que el principio de igualdad no resulta afectado cuando se confiere un tratamiento diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas.

Por otro lado, en una serie de casos¹⁰ cuya parte demandada era el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas “Norberto Quirno” (CEMIC), la Corte Suprema, revirtiendo la decisión de Cámara, sostuvo que el agente de salud no se encontraba obligado a cubrir las prestaciones médicas prescriptas por un profesional ajeno a su cartilla. Argumenta su decisión en el hecho de que la sentencia de Cámara no funda debidamente la necesidad de expedirse en el sentido que lo hizo.

Resulta tajante la CSJN al afirmar que el reclamo fundado en la tutela del derecho a la salud no exime ni mitiga el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales de la República (cfr. considerando 7°).

En otra oportunidad, la Cámara de Salta ordenó a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (OSPJN) la afiliación de la hermana discapacitada de la actora a esta entidad. Para decidir de tal manera se atuvo al Estatuto de la Obra Social, el que dispone que dentro de los familiares adherentes se encuentran “los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado, menores de edad o que estén incapacitados para el trabajo y se encuentren a exclusivo cargo del afiliado que solicite su incorporación”. Contra tal pronunciamiento el Ministerio de Justicia, en representación de la demandada, interpuso el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja que dio intervención a la CSJN¹¹.

La Corte, expidiéndose sobre los agravios por arbitrariedad, sostuvo que la instancia anterior para determinar el cumplimiento del requisito de estar “a exclusivo cargo del titular” dio relevancia a elementos no definitorios y relativizó la existencia de otros que resultan hábiles para demostrar la falta de configuración de esa exigencia (cfr. consideranco 3°).

El hecho de que la amparista percibe una pensión derivada del fallecimiento de su madre y, como consecuencia de contar con un beneficio previsional, cuenta con la cobertura de PAMI, constataría que la denegación de la afiliación por la OSPJN no comporta un menoscabo a los derechos relativos al resguardo de la salud y a la protección de las personas con discapacidad.

¹⁰ Fallos: 339:290, 339:389 y 339:423.

¹¹ Fallos: 339:683.

4.2. Discapacidad

Son numerosos los reclamos judiciales en esta materia, principalmente por lo establecido en la Ley N° 24.901, en cuanto al carácter integral de la cobertura para las personas con discapacidad.

En primer lugar, resultan recurrentes los planteos por la cobertura de la escolaridad de las personas discapacitadas. En este sentido, traemos a colación un planteo resuelto por la Corte¹² en el cual la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal había ordenado a OSDE hacerse cargo de la cobertura integral de la escolaridad común en el colegio San Carlos del menor discapacitado. Frente a tal decisorio, la demandada, a través de la vía recursiva correspondiente, sostuvo que las prestaciones que se le imponen a la Obra Social solo deben ser provistas a los beneficiarios que no cuenten con una oferta educativa estatal adecuada a las características de la discapacidad. Al expedirse, la CSJN consideró que la Cámara omitió explicar por qué no era suficiente que OSDE haya puesto a disposición de la actora el equipo de asistentes sociales a fin de trabajar en conjunto para la elección de una escuela común pública cerca de su domicilio, ni haberles hecho saber que, de necesitar su hijo algún tipo de apoyo dentro de dicho ámbito, le brindaría los prestadores contratados para tal fin. Asimismo, señaló que la Cámara omitió ponderar un hecho alegado por la actora, específicamente, que no había diferencia relevante entre escuelas públicas y privadas a la hora de brindar la cobertura de escolaridad pretendida (cfr. considerando 4°). Por lo expuesto, la CSJN terminó por revocar la sentencia de Cámara. Análoga interpretación se realiza en *Fallos*: 341:585 y en la causa “CTN c/ OSDE s/ amparo de salud”¹³.

En otra situación, la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas hizo lugar a la demanda presentada por los padres de un menor discapacitado en la cual requerían el reintegro de los gastos de asistencia médica en el período de tres años y la indemnización por daño moral. En este supuesto hay que considerar que el reclamo era de contenido patrimonial, no se requería brindar atención médica. El punto central del litigio radicaba en que no se encontraba acreditado en autos el certificado de discapacidad extendido por autoridad competente, por lo que la Cámara entendió prescindible tal certificado frente a las restantes contancias de la causa donde se observaba el estado de salud del menor. Concedido el recurso extraordinario, la CSJN revocó¹⁴ lo decidido en la instancia anterior haciendo saber que el tribunal

12 *Fallos*: 340:1062.

13 CCF 9260/2009/1/RH1.

14 *Fallos*: 340:1149.

descartó la aplicación del estatuto de la Obra Social y se apartó de la adecuada aplicación de las normas que rigen la materia, máxime cuando el contenido del reclamo es patrimonial y no está en juego la salud, la vida o la integridad física.

La Corte sostiene que si se flexibilizara el requisito del certificado mencionado, la condición de discapacidad dependería de la valoración discrecional de las obras sociales, cuando el legislador en realidad optó por atribuir esa facultad a las autoridades pertenecientes al Ministerio de Salud de la Nación o a otras autoridades provinciales (cfr. considerando 8°).

Tal como se indicó anteriormente, la cobertura “total e integral” que deriva de las Leyes Nros. 22.431 y 24.901 ha despertado numerosas discusiones sobre el alcance de tal característica que se otorga a las prestaciones comprendidas en las normas mencionadas y sus reglamentaciones.

En relación a ello, el caso “V., I. R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ ordinario”¹⁵ viene a ratificar la línea de argumentación sostenida en reiteradas oportunidades por la CSJN.

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia condenó a la OSPJN a abonar al reclamante el 100 % de la cobertura médico asistencial que el menor requería, incluyendo la totalidad de las prácticas educativas y asistenciales que le fueran prescriptas por los profesionales que lo trataran, como los gastos de las derivaciones médicas que fueran necesarias. Para pronunciarse de tal manera, entendió que la limitación de los valores establecidos por el Ministerio de Salud resultaba contradictoria con la cobertura “total e integral” y que la no adhesión de la Obra Social al sistema de las Leyes Nros. 23.660 y 23.661 no la eximía de la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización de los derechos del discapacitado.

La CSJN sostuvo, en primer lugar, que si bien es cierto que la OSPJN no se encuentra adherida al sistema de la Ley N° 23.660, la Obra Social cuenta con su propio régimen sobre prestaciones asistenciales para discapacitados y que éste se encuentra en línea con las disposiciones del Ministerio de Salud, organismo que es la autoridad de aplicación en la materia, es decir, el encargado de enmarcar y regular la “atención integral” que prevé la citada ley (cfr. considerando 5°).

En segundo lugar, la Corte reconoce, como en muchos otros antecedentes¹⁶, el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, pero también remarca que

¹⁵ Fallos: 340:1269.

¹⁶ Fallos: 172:21; 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11.

estos derechos de raigambre constitucional no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su sustancia (cfr. considerando 8°).

Por último, sostiene, para este caso concreto, que afrontar la cobertura del 100 % de las prestaciones requeridas no resulta razonable en tanto desconoce las normas reglamentarias, cuya constitucionalidad no fue objetada. De ese modo, lo resuelto por la Cámara soslayaría la competencia atribuida por ley a la autoridad de aplicación en la materia y deja en manos de los profesionales que atienden al menor la determinación de lo que debe entenderse por “atención integral” contemplada en el sistema (cfr. considerando 9°). Por lo tanto, al no estar demostrado que las prestaciones efectivamente otorgadas por la Obra Social significan una afectación del derecho del actor que importe su desnaturalización, revoca lo decidido por la instancia anterior. Misma inteligencia aplica a casos análogos donde se encontraba en discusión el alcance de las prestaciones. Y misma inteligencia se aplica en *Fallos*: 340:1600 y 340:1995.

En relación a esta temática, resulta oportuno señalar un último caso¹⁷ en el cual la actora le reclamaba a la OSPJN la cobertura total de la participación de su hijo menor discapacitado en un proyecto deportivo especial. La Corte, revocando lo decidido por la Cámara, determinó en su fallo “que la sola circunstancia de que la prestación requerida resulte beneficiosa para el menor, con miras a su integración e inclusión, no justifica la imposición a la entidad prestadora de salud de la obligación de solventarla pues, con el mismo criterio, debería hacerse pesar sobre ésta cualquier otra actividad de carácter social que tuviera esa misma finalidad (asistencia a espectáculos públicos o lugares de interés cultural, etc.), lo cual carece de toda razonabilidad y no encuentra basamento normativo alguno. Máxime en este caso en el que, como se señaló anteriormente, la actividad en cuestión no constituye una terapia específica de carácter médico o educativo y los encargados de su implementación no son profesionales de la salud o especialistas en el tratamiento y rehabilitación de personas con discapacidad” (considerando 8°).

Siguiendo tal tesitura, continúa: “Es correcto que la integración educativa, laboral, familiar y social de la persona que sufre discapacidad constituye un principio fundante y orientador del sistema instituido legalmente. Pero también lo es que ni las Leyes Nros. 22.431 y 24.901 que lo consagran, ni el Decreto Reglamentario de esta última –N° 1.193/1998–, como tampoco la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud (nomenclador) exigen la provisión de prestaciones de índole deportivo o recreacionales como las reclamadas en la causa, por lo que la Resolución N° 1.126/2004 de la Obra

17 FSM 44691/2014/2/RH1.

Social demandada que adopta idéntico criterio no merece reproche alguno” (considerando 9°).

4.3. Técnicas de Reproducción Humana Asistida

En esta materia la CSJN ha interpretado la normativa vigente de manera amplia; en concreto, extiende los límites de la cobertura de la prestación¹⁸.

En los autos “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud”¹⁹, la sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción, condenando a la demandada a cubrir integralmente la fertilización asistida (ICSI), incluyendo el 100 % de los procedimientos y la criopreservación de embriones, de acuerdo con lo prescripto por el médico tratante, hasta la consecución del embarazo. Apelada la decisión, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal limitó a tres los procedimientos puestos a cargo del IOSE y a 18 meses el plazo para la crioconservación de embriones.

Cabe advertir que el art. 8°, Anexo I, del Decreto N° 956/2013 –reglamentario de la Ley N° 26.982–, establece: “En los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos”.

El punto objeto de debate radica en que la norma indica que la cantidad de tratamientos de baja complejidad que deben cubrirse son cuatro *anuales*, ahora bien, dicha distinción temporal no está aclarada para los procedimientos de alta complejidad, donde únicamente aclara que son tres tratamientos, sin especificar si son en un lapso anual o de manera total. No puede pasarse por alto que la interpretación en uno u otro sentido puede generar un cambio sustancial en la eficiencia del gasto de los diferentes agentes de salud teniendo en consideración el costo de estos tratamientos. Más aún, habrá que analizar la repercusión que el decisorio traiga en primera y segunda instancia, teniendo en cuenta que el 10,5 % de los amparos versan sobre reclamos de tratamientos de fertilización asistida²⁰.

18 Cabe señalar que no entraré a considerar en este trabajo los problemas inherentes a las técnicas de reproducción humana asistida, que merecen serios reproches ético-jurídicos. Me remito a los trabajos de Jorge Nicolás Lafferriere. Ver: Lafferriere, J. N., “La Ley N° 26.862 y el Decreto N° 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas”. *ErreparNews*, agosto de 2013 (online); Lafferriere, J. N., “Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas”. *La Ley*, 4-2-2015, 1-7.

19 CCF 4612/2014/CS1.

20 Pippo Briant, Altuna, Perez Ponsa *et al.* (2016). Ob. cit.

Apelada la decisión de segunda instancia, las actuaciones quedaron sujetas a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En primer lugar, la Corte afirmó que el legislador ha dado amplio alcance a la cobertura de las prestaciones relacionadas a la salud reproductiva. En este sentido, entendió inconveniente la interpretación de la Cámara en cuanto a limitar la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad a tres intervenciones en total, ello por cuanto implicaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada (cfr. considerandos 4° y 5°).

La Corte sostiene que, de la interpretación de la letra de la norma, para los tratamientos de alta complejidad cabe aplicar la misma inteligencia que para los baja complejidad, toda vez que está redactado en un único párrafo y que la ausencia de referencia temporal en el caso de las técnicas de alta complejidad es solo producto de la utilización de un recurso idiomático para evitar la repetición de la palabra “anual” (cfr. considerando 5°).

Misma valoración realiza de la Resolución MSN N° 1-E/2017, que en el artículo 1° hace referencia a la cantidad “total” de tres tratamientos de alta complejidad. Vuelve a afirmar que no resulta aceptable que la reglamentación denaturalice los alcances del ejercicio de un derecho consagrado en la ley reglamentada, siendo única interpretación admisible la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos de alta complejidad “anuales” (cfr. considerando 5°). En esta misma línea, el supremo tribunal nacional calificó de “exiguo” el lapso fijado para la criopreservación de embriones tendiente a la consecución del fin que persigue el ordenamiento legal, sin calificar cuál sería el plazo razonable.

5. A modo de conclusión

En primer lugar, desde el aspecto estadístico, resulta interesante observar que en el 93.3 % de los casos analizados la CSJN revierte lo decidido por las diferentes Cámaras y rechaza la pretensión de la actora tendiente a la cobertura de algún aspecto de la salud. El porcentaje restante corresponde a lo decidido sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la que amplía su cobertura en el sentido expuesto precedentemente.

Por lo tanto, resulta sumamente categórica la Corte Suprema al afirmar que los derechos de raigambre constitucional no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su sustancia. A su vez, que el solo hecho de que una prestación sea beneficiosa para una persona no la torna necesariamente exigible para el prestador de salud, sino que debe adecuarse al marco normativo vigente.

A mi modo de ver, la distribución de recursos en salud nunca debería dejar de perseguir un fin claro: la equidad. Tal tarea exige dos grandes consensos: por un lado, aceptar la diferencia de necesidades sanitarias en la población (y establecer cuáles son); asimismo, comprender que no puede requerirse todo para todos; por el otro lado, que el sistema de salud debería adquirir los mecanismos pertinentes para alcanzar eficiencia en dicha distribución.

Por último, como sostiene el Dr. Schiavone, rediseños a nivel de prestadores, financiación, estabilidad en las políticas públicas, transparencia de la gestión y creación de recursos destinados a la atención primaria de la salud, sumado al desarrollo del recurso humano, se traducen en exigencias a gobiernos y organismos internacionales de cooperación técnica y financiera²¹.

Anexo

- “A., F. J. c/ Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16.986”. *Fallos*: 339:245, 8-3-2016.
- “S., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”. *Fallos*: 339:290, 15-3-2016.
- “T., M. C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”. *Fallos*: 339:389, 5-4-2016.
- “P., E. G. y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo”. *Fallos*: 339:423, 12-4-2016.
- “B., V. P. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ expedientes civiles”. *Fallos*: 339:683, 24-5-2016.
- “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.”. *Fallos*: 340:1038, 10-8-2017.
- “M., F. G. y otro c/ OSDE s/ amparo de salud”. *Fallos*: 340:1062, 10-8-2017.
- “Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios”. *Fallos*: 340:1111, 29-8-2017.
- “D. B., A. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”. *Fallos*: 340:1252, 12-9-2017.
- “A., M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero”. *Fallos*: 340:1149, 5-9-2017.
- “V. I., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ ordinario”. *Fallos*: 340:1269, 19-9-2017.
- “P., V. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”. *Fallos*: 340:1600, 9-11-2017.

21 Schiavone, M. A.; Aragües y Oroz, V.; Bernacchini, B. B. “Revisión de las políticas de atención primaria de salud” [en línea]. En: *Organización Panamericana de la Salud*. Seminario-taller Internacional sobre Atención Primaria de Salud: a 25 años de Alma Ata. Buenos Aires. OPS, 2003. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/rectorado/revision-politicas-atencion-primaria-salud.pdf> [Última consulta: 9-3-2019].

- “P., M. L. c/ OMINT S.A. s/ amparo de salud”. *Fallos*: 340:1327, 26-9-2017.
- “D. G., C. E. c/ Obra Social del Poder Judicial s/ amparo de salud”. *Fallos*: 340:1995, 26-12-2017.
- “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud”. CCF 4612/2014/CS1, 14-8-2018.
- “C., T. N. c/ OSDE s/ amparo de salud”. CCF 9260/2009/1/RH1, 23-8-2018.
- “T., I. H. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ leyes especiales”. FSM 44691/2014/2/RH1, 14-8-2018.
- “A., M. L. por su hija menor c/ OSDE s/ ley de medicina prepaga”. *Fallos*: 341:585, 29-5-2018.

Referencias bibliográficas

- Bazán, V. (2012). “El derecho a la salud en el escenario jurídico argentino y algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia”. *La Ley*. Cita Online AP/DOC/126/2012
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Colección “Fallos”, Tomos 339 a 341.
- Dworkin, R. (1993). *Justice in the Distribution of Health Care*, 38 McGill Law Journal, 883.
- Freiberg, A.; Lafferriere, J. N.; Zambrano, M. (2019). “Agnét y judicialization en Salud en Argentina”. *Value in Health Regional Issues* 20, 36-40.
- Pippo Briant, Altuna, Perez Ponsa *et al.* (2016). “Implicancias socioeconómicas de la utilización de instrumentos judiciales para la prestación de bienes y servicios sanitarios”. Un estudio de casos –material aun no publicado.
- Pucheta, L. L.; Eleta, J. B. (2015). “Cobertura de salud en la legislación argentina de los últimos ocho años” [en línea]. *Vida y Ética*, 16.1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/cobertura-salud-legislacion-argentina.pdf> [Última consulta: 25-2-2019].
- Rousset, G. (2016). “La judicialización de la salud en Francia: sus alcances y consecuencias” [en línea]. *Prudentia Iuris*, N° 81. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/judicializacion-salud-francia-rousset.pdf> [Última consulta: 10-3-2019].
- Schiavone, M. A.; Aragües y Oroz, V.; Bernacchini, B. B. (2003). “Revisión de las políticas de atención primaria de salud” [en línea]. En: *Organización Panamericana de la Salud*. Seminario-taller Internacional sobre Atención Primaria de Salud: a 25 años de Alma Ata. Buenos Aires. OPS. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/rectorado/revison-politicas-atencion-primaria-salud.pdf> [Última consulta: 9-3-2019].
- Talavera, P. (2008). “El derecho humano a la salud frente a las condiciones bio-sanitarias del planeta”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 12, 107-138.

PARTE IV

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

**MENSAJE DEL SANTO PADRE FRANCISCO PARA LA
CELEBRACIÓN DE LA LII JORNADA MUNDIAL DE LA PAZ
(1° ENERO 2019), 8-12-2018**

*Publicamos a continuación el texto del mensaje
del Santo Padre Francisco para la LII Jornada Mundial de la Paz
que se celebra el 1° de enero de 2019 y cuyo tema este año
es: “La buena política está al servicio de la paz”.*

La buena política está al servicio de la paz

1. “Paz a esta casa”

Jesús, al enviar a sus discípulos en misión, les dijo: “Cuando entréis en una casa, decid primero: ‘Paz a esta casa’. Y si allí hay gente de paz, descansará sobre ellos vuestra paz; si no, volverá a vosotros” (Lc. 10, 5-6).

Dar la paz está en el centro de la misión de los discípulos de Cristo. Y este ofrecimiento está dirigido a todos los hombres y mujeres que esperan la paz en medio de las tragedias y la violencia de la historia humana¹. La “casa” mencionada por Jesús es cada familia, cada comunidad, cada país, cada continente, con sus características propias y con su historia; es sobre todo cada persona, sin distinción ni discriminación. También es nuestra “casa común”: el planeta en el que Dios nos ha colocado para vivir y al que estamos llamados a cuidar con interés.

Por tanto, este es también mi deseo al comienzo del nuevo año: “Paz a esta casa”.

1 Cf. Lc. 2,14: “Gloria a Dios en el cielo, y en la tierra paz a los hombres de buena voluntad”.

2. El desafío de una buena política

La paz es como la esperanza de la que habla el poeta Charles Péguy²; es como una flor frágil que trata de florecer entre las piedras de la violencia. Sabemos bien que la búsqueda de poder a cualquier precio lleva al abuso y a la injusticia. La política es un vehículo fundamental para edificar la ciudadanía y la actividad del hombre, pero cuando aquellos que se dedican a ella no la viven como un servicio a la comunidad humana, puede convertirse en un instrumento de opresión, marginación e incluso de destrucción.

Dice Jesús: “Quien quiera ser el primero, que sea el último de todos y el servidor de todos” (Mc. 9, 35). Como subrayaba el Papa san Pablo VI: “Tomar en serio la política en sus diversos niveles –local, regional, nacional y mundial– es afirmar el deber de cada persona, de toda persona, de conocer cuál es el contenido y el valor de la opción que se le presenta y según la cual se busca realizar colectivamente el bien de la ciudad, de la nación, de la humanidad”³.

En efecto, la función y la responsabilidad política constituyen un desafío permanente para todos los que reciben el mandato de servir a su país, de proteger a cuantos viven en él y de trabajar a fin de crear las condiciones para un futuro digno y justo. La política, si se lleva a cabo en el respeto fundamental de la vida, la libertad y la dignidad de las personas, puede convertirse verdaderamente en una forma eminente de la caridad.

3. Caridad y virtudes humanas para una política al servicio de los derechos humanos y de la paz

El Papa Benedicto XVI recordaba que “todo cristiano está llamado a esta caridad, según su vocación y sus posibilidades de incidir en la *polis*. [...] El compromiso por el bien común, cuando está inspirado por la caridad, tiene una valencia superior al compromiso meramente secular y político. [...] La acción del hombre sobre la tierra, cuando está inspirada y sustentada por la caridad, contribuye a la edificación de esa ciudad de Dios universal hacia la cual avanza la historia de la familia humana”⁴. Es un programa con el que pueden estar de acuerdo todos los políticos, de cualquier procedencia cultural o religiosa que deseen trabajar juntos por el bien de la familia humana, practicando aquellas virtudes humanas que son la base de una buena acción política: la justicia, la equidad, el respeto mutuo, la sinceridad, la honestidad, la fidelidad.

2 Cf. *Le Porche du mystère de la deuxième vertu*, París, 1986.

3 Carta ap. *Octogesima adveniens* (14 de mayo de 1971), 46.

4 Carta enc. *Caritas in veritate* (29 de junio de 2009), 7.

A este respecto, merece la pena recordar las “bienaventuranzas del político”, propuestas por el cardenal vietnamita François-Xavier Nguyễn Văn Thuận, fallecido en el año 2002, y que fue un fiel testigo del Evangelio:

- Bienaventurado el político que tiene una alta consideración y una profunda conciencia de su papel.
- Bienaventurado el político cuya persona refleja credibilidad.
- Bienaventurado el político que trabaja por el bien común y no por su propio interés.
- Bienaventurado el político que permanece fielmente coherente.
- Bienaventurado el político que realiza la unidad.
- Bienaventurado el político que está comprometido en llevar a cabo un cambio radical.
- Bienaventurado el político que sabe escuchar.
- Bienaventurado el político que no tiene miedo⁵.

Cada renovación de las funciones electivas, cada cita electoral, cada etapa de la vida pública es una oportunidad para volver a la fuente y a los puntos de referencia que inspiran la justicia y el derecho. Estamos convencidos de que la buena política está al servicio de la paz; respeta y promueve los derechos humanos fundamentales, que son igualmente deberes recíprocos, de modo que se cree entre las generaciones presentes y futuras un vínculo de confianza y gratitud.

4. Los vicios de la política

En la política, desgraciadamente, junto a las virtudes no faltan los vicios, debidos tanto a la ineptitud personal como a distorsiones en el ambiente y en las instituciones. Es evidente para todos que los vicios de la vida política restan credibilidad a los sistemas en los que ella se ejerce, así como a la autoridad, a las decisiones y a las acciones de las personas que se dedican a ella. Estos vicios, que socavan el ideal de una democracia auténtica, son la vergüenza de la vida pública y ponen en peligro la paz social: la corrupción –en sus múltiples formas de apropiación indebida de bienes públicos o de aprovechamiento de las personas–, la negación del derecho, el incumplimiento de las normas comunitarias, el enriquecimiento ilegal, la justificación del poder mediante la fuerza o con el pretexto arbitrario de la “razón de Estado”, la tendencia a perpetuarse en el poder, la xenofobia y el

5 Cf. Discurso en la exposición-congreso “Civitas” de Padua: “30giorni” (2002), 5.

racismo, el rechazo al cuidado de la Tierra, la explotación ilimitada de los recursos naturales por un beneficio inmediato, el desprecio de los que se han visto obligados a ir al exilio.

5. La buena política promueve la participación de los jóvenes y la confianza en el otro

Cuando el ejercicio del poder político apunta únicamente a proteger los intereses de ciertos individuos privilegiados, el futuro está en peligro y los jóvenes pueden sentirse tentados por la desconfianza, porque se ven condenados a quedar al margen de la sociedad, sin la posibilidad de participar en un proyecto para el futuro. En cambio, cuando la política se traduce, concretamente, en un estímulo de los jóvenes talentos y de las vocaciones que quieren realizarse, la paz se propaga en las conciencias y sobre los rostros. Se llega a una confianza dinámica, que significa “yo confío en ti y creo contigo” en la posibilidad de trabajar juntos por el bien común. La política favorece la paz si se realiza, por lo tanto, reconociendo los carismas y las capacidades de cada persona. “¿Hay acaso algo más bello que una mano tendida? Esta ha sido querida por Dios para dar y recibir. Dios no la ha querido para que mate (cf. *Gn.* 4, 1 ss.) o haga sufrir, sino para que cuide y ayude a vivir. Junto con el corazón y la mente, también la mano puede hacerse un instrumento de diálogo”⁶.

Cada uno puede aportar su propia piedra para la construcción de la casa común. La auténtica vida política, fundada en el derecho y en un diálogo leal entre los protagonistas, se renueva con la convicción de que cada mujer, cada hombre y cada generación encierran en sí mismos una promesa que puede liberar nuevas energías relacionales, intelectuales, culturales y espirituales. Una confianza de ese tipo nunca es fácil de realizar porque las relaciones humanas son complejas. En particular, vivimos en estos tiempos en un clima de desconfianza que echa sus raíces en el miedo al otro o al extraño, en la ansiedad de perder beneficios personales y, lamentablemente, se manifiesta también a nivel político, a través de actitudes de clausura o nacionalismos que ponen en cuestión la fraternidad que tanto necesita nuestro mundo globalizado. Hoy más que nunca, nuestras sociedades necesitan “artesanos de la paz” que puedan ser auténticos mensajeros y testigos de Dios Padre que quiere el bien y la felicidad de la familia humana.

⁶ Benedicto XVI, *Discurso a las Autoridades de Benín* (Cotonou, 19 de noviembre de 2011).

6. No a la guerra ni a la estrategia del miedo

Cien años después del fin de la Primera Guerra Mundial, y con el recuerdo de los jóvenes caídos durante aquellos combates y las poblaciones civiles devastadas, conocemos mejor que nunca la terrible enseñanza de las guerras fratricidas, es decir que la paz jamás puede reducirse al simple equilibrio de la fuerza y el miedo. Mantener al otro bajo amenaza significa reducirlo al estado de objeto y negarle la dignidad. Es la razón por la que reafirmamos que el incremento de la intimidación, así como la proliferación incontrolada de las armas son contrarios a la moral y a la búsqueda de una verdadera concordia. El terror ejercido sobre las personas más vulnerables contribuye al exilio de poblaciones enteras en busca de una tierra de paz. No son aceptables los discursos políticos que tienden a culpabilizar a los migrantes de todos los males y a privar a los pobres de la esperanza. En cambio, cabe subrayar que la paz se basa en el respeto de cada persona, independientemente de su historia, en el respeto del derecho y del bien común, de la creación que nos ha sido confiada y de la riqueza moral transmitida por las generaciones pasadas.

Asimismo, nuestro pensamiento se dirige de modo particular a los niños que viven en las zonas de conflicto, y a todos los que se esfuerzan para que sus vidas y sus derechos sean protegidos. En el mundo, uno de cada seis niños sufre a causa de la violencia de la guerra y de sus consecuencias, e incluso es reclutado para convertirse en soldado o rehén de grupos armados. El testimonio de cuantos se comprometen en la defensa de la dignidad y el respeto de los niños es sumamente precioso para el futuro de la humanidad.

7. Un gran proyecto de paz

Celebramos en estos días los setenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue adoptada después del segundo conflicto mundial. Recordamos a este respecto la observación del Papa san Juan XXIII: “Cuando en un hombre surge la conciencia de los propios derechos, es necesario que aflore también la de las propias obligaciones; de forma que aquel que posee determinados derechos tiene asimismo, como expresión de su dignidad, la obligación de exigirlos, mientras los demás tienen el deber de reconocerlos y respetarlos”⁷.

La paz, en efecto, es fruto de un gran proyecto político que se funda en la responsabilidad recíproca y la interdependencia de los seres humanos,

7 Carta enc. *Pacem in terris* (11 de abril de 1963), 44.

pero es también un desafío que exige ser acogido día tras día. La paz es una conversión del corazón y del alma, y es fácil reconocer tres dimensiones inseparables de esta paz interior y comunitaria:

- la paz con nosotros mismos, rechazando la intransigencia, la ira, la impaciencia y –como aconsejaba san Francisco de Sales– teniendo “un poco de dulzura consigo mismo”, para ofrecer “un poco de dulzura a los demás”;
- la paz con el otro: el familiar, el amigo, el extranjero, el pobre, el que sufre...; atreviéndose al encuentro y escuchando el mensaje que lleva consigo;
- la paz con la creación, redescubriendo la grandeza del don de Dios y la parte de responsabilidad que corresponde a cada uno de nosotros, como habitantes del mundo, ciudadanos y artífices del futuro.

La política de la paz –que conoce bien y se hace cargo de las fragilidades humanas– puede recurrir siempre al espíritu del *Magnificat* que María, Madre de Cristo salvador y Reina de la paz, canta en nombre de todos los hombres: “Su misericordia llega a sus fieles de generación en generación. Él hace proezas con su brazo: dispersa a los soberbios de corazón, derriba del trono a los poderosos y enaltece a los humildes; [...] acordándose de la misericordia como lo había prometido a nuestros padres en favor de Abrahán y su descendencia por siempre” (*Lc.* 1, 50-55).

Vaticano, 8 de diciembre de 2018

Francisco

IN MEMORIAM

Jorge Rodríguez Mancini (29/2/29 – 10/12/18)

Le cupo sin mengua el título de maestro, y, en mi caso fue uno de mis primeros y más perdurables mentores. Con su guía hice los primeros pasos en la docencia en mi Alma Mater, Derecho –UCA–, como asistente, adjunto y finalmente titular de la cátedra de Economía Política que él fundara. Le debo, mucho más recientemente, un renovado impulso en uno de mis quehaceres académicos.

En consecuencia, tuve con él trato durante muchos años. De ahí la particular relevancia de escribir estas líneas a su memoria, que estarán constreñidas a una forzada síntesis, pues lo contrario implicaría, por sujeción a la rica verdad de su prolífica existencia, una biografía tan extensa como su propia vida, infatigablemente vivida.

La enumeración de sus títulos y galardones resulta sin embargo útil, pues cada uno refleja un hito, una de sus huellas en nuestro parcialmente compartido peregrinar, y, todas juntas, su definitiva lección magistral. De cómo los pasos de su biografía replican en nosotros, quienes lo conocimos, como colegas del abogado, asistentes del catedrático, lectores de sus artículos y ensayos, interlocutores de sus fértiles diálogos, herederos de sus iniciativas e ideas, beneficiarios de su honradez, sencillez, bonhomía y generosidad, discípulos de su enseñanza y orientaciones, compañeros de su patriotismo, testigos de su fe cristiana. El único hijo de su feliz matrimonio, Santiago, se consagró como religioso dedicado a la docencia dentro de la Orden fundada por Juan Bautista de La Salle.

Fue abogado –UBA–, y, pronto, Juez Nacional del Trabajo, Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Ex Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y luego, de nuevo, abogado.

Como docente, culminó su carrera como Profesor titular consulto de la Universidad Nacional de Buenos Aires y Profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina, donde ejerció por muchos años la ti-

tularidad de distintas cátedras: la de Economía Política y Política Económica –fundada a su impulso, pues sostuvo que estos conocimientos eran imprescindibles para el abogado moderno–, y la de Derecho del Trabajo. Integró una destacada generación junto con otros formidables profesores, como Humberto Podetti, Justo López, Julio Martínez Vivot, Carlos Alberto Etala, Antonio Vázquez Vialard, Mario Deveali, Juan D. Pozzo. Siendo Titular también en la UBA, y en ambas universidades, también dirigió y enseñó en sus Posgrados. Asimismo se desempeñó como profesor del Máster en Derecho Empresario de la Universidad Austral y Profesor visitante en la Carrera de Especialización de la Universidad Nacional del Litoral y en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral en Rosario. Fue Director de la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo de la UCA, en la que integró tanto el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho como el Consejo Superior de la universidad, destacándose por su firmes iniciativas y sus prudentes intervenciones.

Entre sus muchos libros, algunos personales, otros coordinados y dirigidos por él, se cuentan los cinco tomos de la *Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada*, Editorial La Ley, 2007; su *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, y otros títulos de pareja importancia (*La negociación colectiva*, Astrea, 1989; *Derecho colectivo del trabajo*, obra colectiva de Ed. La Ley; *La solidaridad en el derecho del trabajo*, Ed. Quórum, 2006; *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, 2004; *Riesgos del trabajo. El Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, 2015). Además, publicó numerosos artículos en revistas jurídicas (en *Derecho del Trabajo*, de Ed. La Ley; en *El Derecho*, Suplemento del Derecho y Seguridad Social; en *el Dial*; *Prudentia Iuris*; etc.).

Ha sido miembro de la Academia del Plata y presidió la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2003/05 y 2005/06), miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de la sección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, laureado con el Premio Konex de Platino en Humanidades.

Para cierre de este recordatorio he elegido unas muestras de la amplitud de su visión política y multidisciplinaria sumada a su equilibrada prudencia, tal como se refleja en la introducción al comentario del contrato de trabajo, cuando advierte: “[...] los instrumentos de que disponen los juristas son por demás modestos para colmar el propósito ansiado [...] y sobre esto debe insistirse, porque de otro modo, sucede como ha ocurrido en sucesivas oportunidades, que las intenciones con las que se legisla y aún con las que se interpreta y juzga, quedan como meras frustraciones, porque no es propio de las normas legales –ni de la acción judicial o doctrinaria– superar eficazmente los escollos serios y graves que las condiciones económicas ge-

nerales y sectoriales producen en el sector productivo, con las consiguientes consecuencias dañosas para las relaciones laborales y para los trabajadores sujetos de ellas. Es que, como se ha venido repitiendo, el tema de las relaciones recíprocas del Derecho con los presupuestos de orden económico, social y político, los altos valores que se aspira a realizar por medio de instrumentos como el derecho del trabajo, encuentran límites infranqueables en la disposición de los recursos de orden económico. Y esto no significa mediatizar objetivos de jerarquía como el respeto de la dignidad de las personas, sino simplemente tener en cuenta tales dificultades con que la obra del hombre se enfrenta a cada momento. En este sentido debe tenerse presente la prédica [...] acerca de las consecuencias de no respetar el principio elemental de la legislación como es el de la factibilidad”.

Medio siglo antes, en 1969, rescato en el número nueve de la revista *Universitas* sus reflexiones sobre los problemas económicos desde el punto de vista cristiano, que adquieren un relevante valor, para mostrar la continuidad y coherencia desde aquel momento, recién terminado el Concilio Vaticano II, con muchas de las expresiones del actual Pontífice. Cito: “[...] el pensamiento cristiano postula precisamente estos mismos ideales: la libertad de la persona humana, el pleno desenvolvimiento de su personalidad, para lo cual es preciso contemplar las necesidades vitales del individuo y de su familia, la participación activa de los trabajadores en los asuntos económicos y sociales. (*Concilio Vaticano, Constitución Pastoral, 22*). Las enseñanzas de la Iglesia, fiel intérprete del Evangelio, constantemente han servido para orientar los movimientos de reivindicación de los desposeídos, el respeto de la función social de la propiedad, la condena de los abusos del capitalismo, para culminar hoy con el Pontífice (*se refiere en ese momento a Pablo VI*) reconocido paladín en todo movimiento tendiente a favorecer todo esfuerzo honesto para promover la renovación y elevación de los pobres y cuantos viven en condiciones de inferioridad humana o social”, negando solidaridad con “sistemas y estructuras que encubren y favorecen graves y opresoras desigualdades en las clases y los ciudadanos de un mismo país”; recalcando la necesidad de tratar de “poner en acto un plan efectivo para remediar las condiciones insoportables de inferioridad que frecuentemente sufre la población menos pudiente” (*discurso a la Asamblea General del CELAM*). Este acuerdo, dice, “impide, sin embargo, que el cristiano pueda coincidir con métodos que no se concilien con el espíritu de caridad que debe informar su acción”. Aquí se ve cómo advertía sobre el inminente peligro de violencia que se cernía sobre nuestra sociedad. Citando al Papa, agrega: “[...] es un humanismo pleno aquel que debe promoverse, por cuanto el humanismo exclusivo, es un humanismo inhumano [...] No es el progreso económico en sí mismo sino el progreso social. La política de una gran nación moderna no debe ser entonces sino un compromiso entre el crecimiento y la

IN MEMORIAM

justicia [...] compromiso difícil como todos los compromisos [...] no corresponde a los tecnócratas ni a los técnicos decir cuál será ese compromiso: ello corresponde los ciudadanos”.

Roberto Antonio Punte

IN MEMORIAM

Dr. Carlos Raúl Sanz (10/11/1942 - 16/3/2019)

Tras recibir los santos sacramentos y rodeado del cariño de su esposa, doña María Angélica Chayer y de sus hijos y nietos, recientemente hubo que lamentar el fallecimiento del doctor Carlos Raúl Sanz, ocurrido en la ciudad de Buenos Aires, el 16 de marzo de 2019 –fiesta de San Gabriel Brochero, cuya vida y obra difundiera. Sus restos descansan en Vela (Tandil, provincia de Buenos Aires).

Nacido el 10 de noviembre de 1942 en San Andrés de Giles (provincia de Buenos Aires), donde se educó, cursó luego sus estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, en la que se graduó como abogado con diploma de honor. Complementó su formación en la Facultad de Filosofía de esa misma casa de estudios, con la guía de Mons. Guillermo P. Blanco. También en Lenguas Clásicas, Política y Economía.

Ayudante del P. Domingo Basso, O.P. en la Cátedra de Teología Moral en la Facultad de Filosofía y Letras –Escuela de Pedagogía y Psicopedagogía–, de la Universidad en que se graduara, también tuvo a su cargo la Cátedra de Filosofía Social. En la Carrera de Historia de la misma Facultad, fue Profesor Titular de la asignatura Elementos de Derecho y Economía.

En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA fue ayudante del Dr. Tomás Casares, en la Cátedra de Filosofía del Derecho. Posteriormente fue designado Profesor Titular de las Cátedras de Introducción al Derecho y de Derecho Civil I –Parte General. Fue también Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil I –Parte General– en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, como integrante de las cátedras de los Dres. Samuel W. Medrano y Bernardino Montejano, respectivamente.

En la Universidad Católica Argentina también ocupó la Cátedra de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas –Licenciatura de Economía.

Se retiró de la docencia universitaria como Profesor Titular Ordinario de la Cátedra de Filosofía del Derecho en la UCA.

La Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” premió su vasta trayectoria designándolo Profesor Emérito. No se agota en los antecedentes citados, ciertamente, su vasta labor académica.

Así, debe recordarse que pronunció gran número de conferencias en la Argentina y también en el exterior. Por otra parte, publicó una importante cantidad de artículos, casi todos ellos de gran riqueza doctrinaria. Solo a título de ejemplo, pueden mencionarse tres de ellos (“Reflexiones jus filosóficas en torno a la problemática actual del contrato”, “Consideración en torno al abuso del Derecho” y “Sobre el Derecho y el proceso”), publicados en la revista *La Ley*, en 1978, 1981 y 1983, respectivamente, que son profusamente citados por otros autores.

Muchos de sus artículos, notas y reflexiones fueron reeditados y sistematizados en forma de libro (*Sobre esto y aquello: De la lex al ius y Sobre esto y aquello: Cosas y personajes*, Buenos Aires, Ed. Teodicea, 2009).

Entre sus obras debe recordarse también la publicación del libro *Iusfilosóficas Cuestiones*, prologado por Abelardo Rossi y editado hace aproximadamente una década. Una nueva edición del mismo, actualizada y ampliada con sus notas por quienes fueran sus discípulos, está próxima a ser editada, como homenaje póstumo de éstos a su maestro, con el título de *Lecciones de Filosofía del Derecho*.

No puede obviarse en este breve recorrido de sus actividades, la traducción que realizó de la casi totalidad de la extensa obra de Michel Villey, uno de los maestros más notables entre los pensadores y jus filósofos católicos contemporáneos.

Prestigió, como Director de ella, la Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho que contribuyera a fundar.

Dirigió también la Comisión para la Celebración del V Centenario de la Evangelización de América (conmemoración ésta que diera origen a una compilación con cuatro publicaciones con el título *Cuadernos del Milenio*).

Del mismo modo, coordinó en la Universidad Católica Argentina la celebración del Segundo Centenario de la sanción del Código Napoleón, cuyas exposiciones –de juristas nacionales y extranjeros– ordenó y compiló en tres volúmenes titulados: *La codificación, raíces y prospectiva* (editados por El Derecho, 2002, 2003, 2004).

Otra de las múltiples tareas que desempeñó fue ocupar la Dirección del diario jurídico *El Derecho*. E idéntica función cumplió en la revista *Prudentia Iuris*, de la Facultad de Derecho de la UCA.

Miembro de la Corporación de Abogados Católicos, lo fue también de la Junta Nacional de la Acción Católica Argentina y del Centro Católico Universitario.

Luego de su retiro, fundó y animó –junto con numerosos discípulos– durante cinco años el Ateneo de Estudios ius filosóficos *San Justino Mártir*, aunque ello no le impidió seguir escribiendo. También se dedicó a la dirección de varias tesis doctorales así como a la actividad agropecuaria que desempeñara con singular éxito. Como productor rural, fue uno de los fundadores del CREA Nuestra Señora de las Pampas.

En lo que a su desempeño profesional respecta, éste discurrió sustancialmente en el Poder Judicial, donde ocupó la Magistratura, tanto en la Capital Federal, donde fue designado titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 13, como en la provincia de Buenos Aires, donde llegó a ser Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes.

Dejado sin acuerdo en 1984, ejerció la profesión de abogado hasta 1994, año en que se reintegró a la Justicia, al ser designado Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por acuerdo otorgado por ley del Congreso Nacional. Son particularmente valiosos muchos de los dictámenes que produjera en cumplimiento de tal función.

Podrían seguir llenándose páginas con el recuerdo de las numerosas e importantes labores llevadas a cabo por el Dr. Sanz a lo largo de su existencia. Pero sin embargo, todo el brillo de su actividad académica, la prudencia y justicia de sus sentencias y dictámenes como magistrado, su personalidad austera y modesta, su bonhomía para con quienes disfrutaron del privilegio de su amistad, y el amor que dispensara a los suyos en el seno de su familia, no pueden analizarse prescindiendo de su profunda fe en Dios. Porque la suya fue una fe que no supo de claudicaciones, auténticamente sentida en extensión y hondura, pero también vivida con el mismo sentimiento y la misma vastedad. Sus actos, en todos los órdenes, no fueron sino el producto y reflejo de un catolicismo vivido intensamente y con plena convicción. Por ello, su paso por la vida estuvo marcado por una poco común coherencia entre el sentir y el actuar, por convicciones fuertes apoyadas en argumentos sólidos, y por un coraje enorme que lo llevó durante toda su existencia y hasta el último momento a librar el buen combate, para hacer prevalecer, en cuanto estuviera a su alcance, la justicia que conlleva la infinita bondad de Dios.

Antonio Budano Roig

RECENSIONES

D. Herrera - N. Lafferriere - G. Maino - D. Ranieri (coords.), *Estado de Derecho y Derechos Humanos. (Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana - Konrad Adenauer Stiftung)*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2019.

Me complace referirme a un libro que no debería faltar en la biblioteca de cualquier jurista interesado en el tema de los Derechos Humanos. Es que la obra discurre en torno a problemas centrales y actuales de dicha cuestión, y en particular, afronta interrogantes relevantes en relación al Derecho argentino. Los veintiún trabajos agrupados en la misma se estructuran en tres partes: I. El problema del fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Sistemas Internacionales de Protección (colaboran: C. I. Massini Correas, C. Saratea, S. Legarre, H. M. Lell, N. E. Peci y E. López Ruf); II. Tensión entre los Sistemas Internacionales de los Derechos Humanos y el Principio de Soberanía de los Estados (escriben: L. M. Bandieri, S. Brandi Portorrico, J. A. Portela, R. A. Punte, N. P. Sagués, D. A. Herrera, S. A. Castaño, D. Ranieri de Cechini, C. A. G. Maino, M. Silva Abbot, J. N. Lafferriere y C. E. Guariglia); y III. Relación entre el Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Argentina (leemos a: E. B. Sacristán, A. Santiago y G. A. Ferrari).

Introduitoriamente, el lector disfrutará de artículos que procuran dilucidar el determinante y decisivo tema del concepto y fundamento de los Derechos Humanos. Frente a esa urgencia temática, fácil es detectar con qué imprecisión habitualmente se tratan los mismos, resultando imprescindible a esos fines contar con una antropología que descarte definiciones de la persona asociadas a funciones o características accidentales o meramente construidas, y opte por un personalismo ontológico y biológico que garantice a todo miembro de la especie humana una protección apropiada de los bienes humanos básicos. Predicar los Derechos Humanos con ligereza, incoherencias y oportunismos sólo va en desprestigio y banalización de una noción central del Derecho contemporáneo.

Por otro lado, es sabido el impacto que ha tenido y tiene en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales el Derecho Internacional de los

Derechos Humanos, llegando a poner en crisis la noción y el listado clásico de las fuentes del Derecho. Más allá de los beneficios que reporta el control de convencionalidad, se torna indispensable alertar los riesgos que conlleva, en la medida en que el mismo puede ser ejercido de manera desbordada y con oculta carga ideológica. La prudencia jurídica, y específicamente aquella que se reclama en el ámbito judicial, supone un puente entre exigencias universales o generales y las realidades concretas en las que cabe definir lo justo. De ahí el reclamo de que no se pierda de vista la saludable dimensión política del Derecho en aras a que el mismo resulte un medio adecuado al fin intrínseco que le es propio. Parece obvio que los problemas que suscita el Estado de Derecho Constitucional y las teorías que intentan explicarlo y avalarlo no pueden implicar el reclamo al retorno al Estado de Derecho Legal decimonónico y al positivismo jurídico que le fue funcional. De todas maneras, siempre será recomendable alertar sobre los riesgos y las prevenciones que corresponde adoptar, principalmente para que no se geste silenciosa e inercialmente un Estado de Derecho Judicial. El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una pieza clave en ese andamiaje, de ahí la necesidad de sus prudentes decisiones y el esfuerzo por promover su legitimidad –de origen y ejercicio– verdadera y auténtica.

Asimismo, en la Argentina el proceso de asimilación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el respectivo control de convencionalidad, generó y genera particulares problemas, que una jurisprudencia zigzagueante intenta controlar y resolver. Por eso resulta relevante que la academia se ocupe de aquéllos, estudiándolos, ordenándolos y valorando a la misma jurisprudencia nacional. Coincidimos en afirmar que el Derecho es una obra de la razón práctica que se despliega diacrónicamente en un espacio determinado, pero tiene el sentido focal de dirigir conductas sociales en orden a que se respeten y fomenten los bienes individuales y comunes. Por eso, la jurisprudencia se constituye en un verdadero banco de pruebas para que triunfe o sucumba el Derecho. Ese valor de la jurisprudencia, y la correspondiente mirada crítica desde el ámbito académico, queda acreditada en diferentes trabajos que analizan exhaustiva, integral y profundamente la obra de los jueces nacionales y regionales en la materia referida.

No es frecuente encontrar libros en donde se agrupen más de veinte autores, que si bien se nutren de ciertos núcleos de pensamiento en común, aportan, cada uno de ellos, su peculiar mirada a una misma materia, de lo que resulta una obra altamente aconsejable. Más aún, nos queda alentar para que ese ejemplo se repita en otros proyectos, para que en definitiva la doctrina cumpla el papel que le corresponde de orientar al Derecho en el servicio al ser humano y la sociedad. Estamos confiados de que la Cátedra

RODOLFO L. VIGO

Internacional Ley Natural y Persona Humana de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina perseverará en ese esfuerzo que viene haciendo desde el año 2006 en aras de estudiar y promover aquella juridicidad constitutiva de la vida social, la que remite finalmente a la misma naturaleza humana.

RODOLFO L. VIGO

Hernández, Héctor H., *Violación de Derechos en cadena. (La doctrina del fruto del árbol envenenado)*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018, 273 pp.

La doctrina del fruto del árbol envenenado (bautizada con la sigla DOFAV por Hernández) es un tópico de especial interés, dada su relación con las exclusiones probatorias en el proceso penal, recurso táctico que es propulsado a través de la prédica de Eugenio R. Zaffaroni –autor tipo del abolicionismo en nuestro país–, quien en traza de demoler el Derecho Penal con sus propias categorías, propone apelar a las nulidades procesales en ese continuo devenir hacia el abolicionismo (pp. 14-15).

Cuestión y principios

La primera parte de la obra (caps. 1-3) plantea el interrogante de si es justo, que tal como lo propone la DOFAV, ante el irregular desempeño de las fuerzas de seguridad en un procedimiento (denominado “delito de proceso”) se declare la nulidad de todo lo actuado y la secuencia de medidas probatorias posteriores; como así también se sobresea o absuelva al imputado por el “delito de fondo”, amén del conjunto de probanzas recabadas en su contra.

Tras alentar al lector en la búsqueda de una respuesta a la cuestión disputada, Hernández se aferra al faro de los primeros principios de la Ciencia Penal, cuyo epítome se encuentra sintetizado en las máximas de prevenir los delitos, investigarlos con el debido respeto de todas las garantías, y sancionarlos en pos del bien común político.

De esta manera, contrariamente a la *forma mentis* de los cultores del garanto-abolicionismo, y con la libertad propia de todo filósofo del Derecho, el jurista invalida la moderna concepción del Derecho Penal como carta magna del delincuente, al rubricar precisamente que “el Derecho Penal no está para proteger el delito”, sino a todas sus víctimas, entre las cuales incluye a la “víctima comunidad política” (p. 13).

Así, con clarividencia, el estudio demuestra que la justicia concretada en la pragmática de “dar a quien delinque su pena” se afinca en un Derecho Sub-

jetivo natural a la legalidad de ejercicio imperativo, por cuanto sin su actualización no puede preservarse la sociedad política, ni alcanzarse la concordia.

De ahí que con buen tino se aluda a “un artículo 0” del Código Penal y la Constitución Nacional, en tanto este principio de ley jurídica natural se encuentra supuesto, es decir, se da por sobreentendido (pp. 11-13). Tal es así, que la misma Constitución impera al Congreso a dictar, en nombre de la “víctima comunidad política”, un Código Penal destinado a resguardar a las víctimas actuales y potenciales de la violencia delictiva.

Completa este ágil tramo del libro, la desmitificación de una relación agonal entre estos principios del Derecho Penal y las garantías procesales; la reivindicación del *ius puniendi*, en tanto Derecho Humano del Estado ejercido en beneficio de todos los hombres que lo conforman; y finalmente, una serie de reflexiones esenciales en derredor a la presunción de inocencia, particularmente aptas para propiciar “el despertar del hombre jurídico penal argentino”.

Exposición crítica de la doctrina del fruto del árbol venenoso (DOFAV)

Seguidamente, la amena lectura de la primera parte del libro nos invita a descubrir el alcance de la regla de la DOFAV y cómo es inducida desde la jurisprudencia (caps. 4-6). Acrisolado por la pedagogía de un maestro oficioso, generoso y experimentado, en solo siete puntos el preclaro autor consigue describir con facilidad cómo el árbol envenenado es resultado de la utilización de una de las ramas envenenadas en el proceso penal. Acercando al lector, así, a la premisa de que si existe un eslabón ilegítimo (léase envenenado) y su supresión mental conduce a la no producción de las siguientes secuencias probatorias; luego, debe tenérselo por inexistente junto a los consiguientes eslabones para acreditar el delito de fondo, por cuanto de lo contrario, el veneno se trasvasaría a los restantes actos.

Ahora bien, expuesta la regla de exclusión probatoria, se descubren sus diferentes fundamentos, los cuales giran en torno a una tríada de ejes argumentales. Uno de estos se encuentra precisado por una finalidad con aparente sustrato moral, pues se afincaría en la idea de que si se echara mano a los elementos envenenados, se usaría un medio malo para un fin bueno, horadando así la máxima paulina (también conocida vulgarmente como anti-maquivélica) y la Constitución Nacional. En tanto las demás razones se reducen principalmente a dos: 1) un propósito utilitario, asentado en la convicción de que aplicar la regla es un medio idóneo para disuadir a los agentes del Estado a respetar el orden jurídico y mejorar el servicio de justicia; y 2) una finalidad docente, tendente a instruir cívicamente a la comunidad.

Profundizando la *via inventionis* y guiados por el ánimo de veracidad, luego nos topamos con una exhaustiva exposición de las excepciones a la

regla (cap. 8), paradójicamente admitidas por los preconizadores de la DOFAV. De esta manera, pivotando con dinamismo en fuentes doctrinarias especializadas en la materia y jurisprudencia específica del orden nacional e internacional, se obtiene una cabal comprensión de los disímiles supuestos de excepción sobre los cuales enseña cierta aquiescencia la literatura reformista (v. gr.: vía independiente, falta de conexión de antijuridicidad, infracción accidental del orden constitucional, descubrimiento inevitable, buena fe, tinte diluido, *clearing* de valores, etc.).

Prosiguen los caps. 10-31, donde el camino desandado permite concluir que la razonabilidad de la DOFAV y las exclusiones probatorias promovidas por esta errada doctrina zozobran, cuando detenemos la mirada en las variopintas excepciones reproducidas a granel por sus cultores, respecto a una regla tan exceptuada en la práctica, que deja de constituirse en tal.

Más aún, son tantas las aporías de la DOFAV enseñadas, que necesariamente conducen a la implosión de la trama argumental desarrollada en derredor a la irracional, inmoral e injusta máxima de absolver a quien cometió un delito, pese a contar con pruebas suficientes de su culpabilidad, en desmedro del bien común político de todos los argentinos.

En definitiva, lo escrito devela cómo la recepción de esta doctrina y el maremágnum provocado por sus mil y una excepciones ha sido capitalizados por el movimiento instituido “en favor del delincuente” (p. 143), que replicando sus habituales estratagemas ha transformado a la DOFAV, junto a otros tantos institutos (como, por ej., las excarcelaciones, el principio de oportunidad, etc.), en un medio más para concretar la anhelada aspiración de un garanto-abolicionismo convocado a cancelar el Derecho Penal, al punto de erigir al delito en un bien jurídico protegido (cap. 14).

De este modo, el estudio afrontado con caridad intelectual permite entrever cómo se aplica el adagio “el fin no justifica los medios” (principio moral efectivamente cierto, pero por demás inaplicable aquí, tal cual se explica en el cap. 17¹); o con el pretexto de un argumento utilitario huérfano de utilidad (*vide* cap. 28)², u otras razones también refutadas con

1 Al tratarse de actos realizados por sujetos distintos y no distinguir los bienes o males morales-jurídicos de los físicos.

2 La obra demuestra que en términos pragmáticos es más redituable sancionar ambos delitos –léase el de proceso y el de fondo–, sin revictimizar a nadie. También se enseña que de esta forma se puede corregir y educar a las fuerzas de seguridad; más aún, de este modo se alcanza con más eficacia el fin docente propuesto. Pues de lo contrario, la no sanción del delito de proceso (según el autor, habitual en esta clase de casos, e incluso aconsejada por parte de la doctrina) y la impunidad del delito de fondo tornarían infructuoso tanto el cumplimiento del propósito utilitario, como el del objetivo pedagógico.

suma solvencia³, se genera el entuerto axiológico de un delito de proceso consumado por un funcionario inferior que conduce a proteger un delito de fondo; e impide al juez (funcionario superior) el ejercicio imperativo del Derecho Subjetivo de dar a quien delinque su pena, en beneficio de toda la comunidad (caps. 14, 19 y 26).

La tesis

Los últimos capítulos (32-34) contienen la tesis de que la aplicación de la DOFAV acarrea inexorablemente la impunidad del delito de proceso cometido por las fuerzas de seguridad, la impunidad del delito de fondo consumado por quien delinquirá, y la impunidad del delito cometido por el juez al no dar a quien delinque su pena (según los arts. 71 y 274 del Código Penal). A lo que debe añadirse, la posible aplicación de la justicia por mano propia, a partir de una razonabilidad constitucional quebrantada, al volverse la ley en arcilla moldeable por los jueces, no respetarse la división de poderes y conculcar criterios elementales de igualdad (caps. 11 y 16).

Se hace evidente, entonces, que al rendir fruto el delito y expropiarse la seguridad de la justicia penal se produce una violación en cadena de Derechos Humanos, además de anonadarse el cumplimiento de los fines de la pena, en detrimento de toda la sociedad política.

Sin conformarse con construir una mera crítica, cierra este amigo del buen mirar su obra con una respuesta superadora, que nos permite reconciliarnos con el sentido común y se encuentra imperada por la tradicional “[...] máxima de la primacía de la verdad convincente y probada según la sana crítica por sobre la ficción del árbol envenenado” (p. 199). Proponiendo, así, una solución que conlleva a la justa sanción del delito de proceso y el delito de fondo, de consuno al cumplimiento de los fines de la pena, en procura del bien de todos los integrantes de una comunidad surcada por un espiral de conductas delictivas.

Conclusiones

La obra reseñada presenta una doble razón de mérito, que ineludiblemente la constituye en una referencia de obligada consulta. Primero, justifica su encomio la rigurosa investigación aprontada por el autor y la sólida

³ Tales como a modo de ej., entre otros, la proposición de que “El Estado no puede beneficiarse del delito” (cap. 25) u otros argumentos vertidos por doctrinarios como Guariglia (cap. 29) y Carrió (cap. 31).

reconstrucción de una doctrina foránea, que carece de una elaboración orgánica, pese a su acrítica recepción en los foros nacionales. Y en segundo lugar, su loa se ve aún más resignificada por una categórica refutación de la DOFAV, que es complementada con una tesis original e inédita, a partir de la cual se abre paso a una auténtica solución de la cuestión planteada, pero partiendo de los fundamentos del realismo clásico y el sentido común.

Por lo demás, este libro presenta el valor agregado de que Hernández es reconocido como una autoridad en esta temática⁴, la cual se ha entregado a estudiar sin medida y con aquella actitud de “total imparcialidad del corazón frente a la verdad de las cosas”, que otrora fuera caracterizada por Pieper⁵. En efecto, esta fecunda obra es el fruto de más de dos décadas de un afanoso trabajo intelectual, que comprende múltiples debates, disertaciones e infinidad de publicaciones⁶ citadas hacia el final de *Violación de Derechos en cadena* (pp. 268-273).

En fin, sin traicionar la fluidez de su clásico estilo (siempre caracterizado por la frescura de sus expresiones y una sencillez de dicción que allanan la comprensión de toda clase de lector, sea lego o no), este verdadero maestro del Derecho ha logrado alumbrar una obra que, a mi juicio, es fundamental, en tanto contiene la llave de bóveda para brindar un aporte más al bien común de todos los argentinos, al derribar el mitológico castillo de naipes de la “doctrina del fruto del árbol venenoso” (DOFAV), que en justicia debería llamarse “doctrina de la impunidad, fruto de la exclusión venenosa de inculinatorias pruebas” (DOIFEVIP).

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS

4 Tal como se puede recoger en Carrió, A. D. (2015). *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª ed. Buenos Aires. Hammurabi, 309.

5 Pieper, J. (2005). *Introducción a Tomás de Aquino*. Madrid. Rialp, 100.

6 Entre las cuales vale destacar, Hernández, H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, cap. 14; Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons, cap. 41; y Hernández, H. H. (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*, AA. VV. (dirigido por Hernández, H. H.). Buenos Aires. Cathedra Jurídica, caps. XXIV-XXVI.

PRUDENTIA IURIS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

A) Normas referidas a cada sección

1. Artículos de Investigación:

- 1.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. Los trabajos enviados a esta sección no podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras.
- 1.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 1.4. Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.
- 1.5. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma castellano, inglés e italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma castellano, inglés e italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.

2. Notas y Comentarios:

- 2.1. Se publicarán en esta sección trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión debe ser menor a 4.000 palabras.
- 2.2. Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.
- 2.3. Deberá enviarse el título en idioma castellano, inglés e italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma castellano, inglés e italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.
- 2.4. Los trabajos se someterán a evaluación por un árbitro externo conforme a las normas respectivas.

3. Recensiones:

Se publicarán en esta sección reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras. Los trabajos, para su inclusión en esta sección, deberán ser aprobados por, al menos, un miembro del Comité Editorial.

4. Cátedra Ley Natural y Persona Humana:

Se publicarán en esta sección artículos de investigación o notas y comentarios que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio de la Dirección Editorial merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que los puntos 1 y 2 del presente apartado según sea la índole del texto.

5. Documentos y crónicas:

La Dirección Editorial de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos 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. Igualmente se incluirán en esta sección crónicas de actividades académicas o de relevancia para el ámbito de la investigación jurídica.

6. Podrán agregarse otras secciones según la necesidad o planificación que se realice desde la Dirección Editorial.

B) Proceso de revisión por pares

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos respectivos. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.
2. Además, la Revista hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje.
3. *Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas de publicación. La adaptación de los originales a las normas 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 *Prudentia Iuris* para las secciones que requieren evaluación por pares serán evaluados por un especialista externo a la Pontificia Universidad Católica Argentina y al Cuerpo Editorial de la Revista, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros. La Dirección Editorial asegurará el anonimato del artículo eliminando del texto y archivo los nombres o referencias al autor.
5. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los trabajos conforme a las normas de publicación, según el formulario correspondiente y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje desde su aceptación será como máximo de 30 días. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará al árbitro un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido y se le expedirá un certificado por su actuación. La Revista no publicará los nombres de los árbitros como modo de garantizar el anonimato de la revisión.

7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado - Aprobado con cambios opcionales - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por la Dirección Editorial - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por el árbitro - Rechazado. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro. En caso de que se trate de un texto aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 30 días para el envío de la nueva versión. Por su parte, en caso que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la Dirección de la Revista podrá solicitar la opinión de un segundo árbitro externo. En caso de subsistir la controversia, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

C) Normas referidas a los autores

1. Los autores se registrarán en el sistema de gestión en línea de la Revista (<http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) para el envío de sus contribuciones, debiendo completar los datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores a que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional y al Portal de Revistas de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica. Las obras estarán sujetas a las licencias Creative Commons conforme se indica en el sitio de internet de la revista: <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses, tales como si la investigación ha sido finan-

ciada 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.

6. Los autores deberán declarar la originalidad de los trabajos enviados conforme a las normas de publicación. La Revista revisará que no se incurra en plagio a través del sistema Plagium (<https://www.plagium.com/>) y de la búsqueda de coincidencias por Google Scholar. En caso de detectarse esta situación, el trabajo será rechazado.
7. La Revista adhiere al Código de ética del Comité de Ética en las Publicaciones (Committee on Publication Ethics - Code of Conduct and Best Practices Guidelines for Journals Editors, COPE) y los autores al remitir los trabajos se comprometen a cumplir tales normas.
8. Para las secciones de Recensiones y Crónicas, excepcionalmente, a criterio de la Dirección Editorial, se aceptarán trabajos de alumnos de grado de destacado desempeño académico.

D) Normas sobre formato y citas bibliográficas

1. Formato de textos

Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRI**TA 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.

El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra **Negrita** de 11 puntos Times New Roman.

2. Citas bibliográficas

La Revista adopta en general las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales, con la única adaptación de admitir el uso habitual de notas al pie de página como sucede en las revistas jurídicas.

Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.

Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título* en cursiva. Ciudad. Editorial.

Ej. Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.

En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.wwww>.

Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de.

Capítulo de un libro: Apellido, A. A. “Título del capítulo”. En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Barrow, R. H. (1980), “El genio práctico romano”. En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.

Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. Nombre de la Revista (cursiva), Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), Nombre del Congreso, Simposio o Jornada (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. Nombre del diario (cursiva), páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.