





# **PRUDENTIA IURIS N° 91**

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



**Junio 2021**  
**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, Santiago de Chile, Chile)

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 Hubeñak  
(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 Sarteia  
(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 Scopus, ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico, REBIUN, REDIB y DOAJ. Los contenidos también pueden ser encontrados en Open Journal System (OJS) en el portal de la Pontificia Universidad Católica Argentina (<http://erevistas.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](mailto: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 Scopus, ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Scholar, REBIUN, REDIB and DOAJ. All content can also be found in the Digital Library of the University and in the Open Journal System (OJS) of the University (<http://erevistas.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](mailto: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

SUMARIO

Presentación ..... 15

**PARTE I. Cátedra Internacional  
Ley Natural y Persona Humana**

RANIERI DE CECHINI, Débora  
Crónica del Seminario de Ley Natural y Persona Humana. .... 21

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás  
El debate sobre el aborto en el Congreso: intervenciones de profesores de la Pontificia Universidad Católica Argentina. .... 23

**PARTE II. Artículos de investigación**

BARNECH CUERVO, M. Cecilia  
Deber de veracidad de las partes en el proceso civil: ¿Una exigencia más allá de su consagración legal? Análisis a propósito del sistema procesal civil uruguayo. *Duty of Veracity of the Parties in the Civil Process: A Requirement Beyond its Legal Consecration? Analysis in Apropos of the Uruguayan Civil Procedure System.* ..... 45

CASTRO, Soledad Inés  
El terrorismo en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and its Case Law on Terrorism.*..... 73

OLAGUIBE, Luis H. y OLAGUIBE, José  
La conciliación de la vida laboral y familiar en Argentina a partir de la experiencia española: Hacia una política pública basada en la corresponsabilidad y solidaridad familiar. *The Conciliation of Work and Family Life in Argentina from the Spanish Experience:*

## SUMARIO

<i>Towards a Public Policy Based on Co-Responsibility and Family Solidarity</i> .....	101
GALLARDO - MACIP, Cecilia El mercado como condición para una teoría institucional de la justicia en Axel Honneth. <i>The Market as a Condition for an Institutional Theory of Justice in Axel Honneth</i> .....	127
FEDERIK, Guillermina Derecho y realidad, una “línea arbitraria”. A propósito de las prepersonas de Philip Dick. <i>Law and Reality, an “Arbitrary Line”. Regarding the Pre-Persons by Philip Dick</i> .....	157
FEUILLADE, Milton C. Derechos Reales y bienes registrables en el Derecho Internacional Privado. <i>Property Law and Real Recordable in Private International Law</i> .....	183
SEGOVIA, Juan Fernando Sobre el contractualismo. Consecuencias políticas y jurídicas (I). <i>On Contractualism. Political and Legal Aftermaths (I)</i> .....	203

### PARTE III. Notas y comentarios

Autonomía de las confesiones y profesores de religión: El caso “Fernández Martínez c/ España”, por Gonzalo Castellanos ( <i>Autonomy of the Confessions and Professors of Religion: The Case “Fernández Martínez v/ Spain”</i> ) .....	225
--	-----

### PARTE IV. Documentos y crónicas

Por la cultura de la vida y los niños por nacer. Documento de Facultades de Derecho de las Universidades Católicas en la Argentina, 25 de marzo de 2021.....	241
--	-----

### RECENSIONES

Juan Cianciardo, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

## SUMARIO

cas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, 217 pp. (por María Capatti) .....	247
Débora Ranieri de Cechini, <i>Los crucifijos en los espacios públicos: un estudio desde el Derecho Comparado</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2019, 358 pp. (por Roberto Bosca) .....	255
Alfonso Santiago, <i>Discursos</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dunken, 2019, 248 pp. (por Roberto Bosca) .....	259
Jorge Nicolás Lafferriere, <i>Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley N° 27.610</i> , Buenos Aires, Centro de Bioética, Persona y Familia, 2021, 145 pp. (por Juan Bautista Eleta) .....	263
<b>Normas de publicación</b> .....	269



## PRESENTACIÓN

Presentamos el nro. 91 de la Revista *Prudentia Iuris*, de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Al igual que los números precedentes su publicación se realiza bajo el sistema OJS en el sitio web de revistas electrónicas de la Universidad; complementando la publicación en línea el Repositorio Institucional de la Universidad permite acceder de manera libre a todos los números publicados de *Prudentia Iuris* desde su aparición en 1980.

La sección “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” presenta la crónica del Seminario de Ley Natural que se desarrolla desde el año 2019 en la Facultad de Derecho, coordinado por los profesores Siro De Martini y Débora Ranieri, junto a alumnos de los primeros años de la carrera que poseen interés en formarse e investigar cuestiones atinentes a los fundamentos del Derecho, la finalidad del orden jurídico, la relación con la moral y la ley natural. Participan también algunos profesores Adjuntos, Asistentes y Adscriptos del claustro académico.

Frente al debate sobre el aborto ocurrido en el Congreso durante diciembre de 2020, que condujo a la sanción de la Ley N° 27.610 que legaliza este crimen, quisimos ofrecer un testimonio de la participación que han tenido profesores de la Universidad en los debates parlamentarios. Convencidos de que se trata de una ley inconstitucional e inicua, ofrecemos una compilación de algunas de las intervenciones realizadas por los profesores de nuestra Universidad: Pablo Garat, Débora Ranieri, Úrsula C. Basset, María Inés Franck, Analía Pastore, Estela Sacristán, Néstor Sagüés, Siro De Martini, Jorge Nicolás Lafferriere, Hernán Munilla Lacasa, Alfredo Vítolo, Rodolfo Barra y Alberto Bianchi. Agradecemos especialmente a cada uno de ellos su compromiso público en defensa del derecho a la vida desde la concepción.

La sección “Artículos de investigación” comienza con el trabajo de Cecilia Barnech, quien investiga qué abarca para la doctrina y la ley uruguaya el concepto de veracidad y por qué en el sistema legal uruguayo el deber de veracidad impuesto a las partes en el proceso civil debería continuar

siendo exigible, aún sin contar el mencionado deber con una consagración jurídica expresa. Soledad Castro escribe sobre la evolución jurisprudencial del concepto de terrorismo en conflictos armados en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. La relevancia del tema se vincula con el hecho de que el Estatuto del Tribunal no contemplaba una definición de terrorismo, pero ello no fue obstáculo para que se elaborara una sistematización de su contenido. Este trabajo se inserta dentro las investigaciones llevadas a cabo por el Proyecto IUS “El Terrorismo internacional. Desafíos actuales del Derecho Penal local e internacional” (2019-2021), de la Pontificia Universidad Católica Argentina, dirigido por la Mg. Sofía J. Danessa.

Continúa la sección con el trabajo en coautoría de Luis Olaguibe y José Olaguibe, quienes abordan la conciliación de la vida laboral y familiar en Argentina a partir de la experiencia en España. Los autores identifican los problemas más comunes al momento de armonizar estos dos planos, como son: la dificultad para trabajar y tener hijos, el cuidado de los hijos menores, licencias por maternidad y paternidad reducidas, el retraso de la maternidad y paternidad. Ante ellos y mediante un estudio de las políticas públicas en ambos países se busca brindar recursos que puedan ser plasmados en una legislación más actual y contemplativa del impacto mutuo entre trabajo y vida familiar. Por otro lado, Cecilia Gallardo-Macip escribe un artículo la sobre teoría institucional de la justicia de Axel Honneth y la importancia del mercado en la realización de dicha teoría. El trabajo aporta una visión a un aspecto poco tratado del filósofo alemán en el ámbito del Derecho, sin descuidar la sana crítica a las deficiencias que posee la teoría de la justicia de A. Honneth, fundada en una visión hegeliana del ordenamiento jurídico.

A continuación, ofrecemos un trabajo nacido del proyecto de investigación que dirige el Dr. Siro De Martini y se titula “Principales problemas de justicia y su solución en la literatura universal”. Así, Guillermina Federik escribe sobre la obra distópica, *Las prepersonas*, de Philip Dick, referida a un niño que vive en un país donde, según una ley del Congreso, el alma ingresa al cuerpo a los 12 años y hasta esa edad el ser humano es una pre-persona y puede ser llevado por el camión de los abortos. Federik analiza entonces la relación entre ley y realidad y la función de la ley; en suma, la autora nos lleva a través de una obra publicada en 1974 a contemplar qué tan lejos estamos como sociedad de esa realidad de ciencia ficción. Por su parte, Milton Feuillade escribe sobre los Derechos Reales y bienes registrables en el Derecho Internacional Privado. El estudio se enfoca en los beneficios que trae para la seguridad jurídica una clasificación uniforme y clara de los bienes sitios en un mismo territorio, incluyendo a los bienes registrables, muebles y culturales.

Completa la sección el trabajo de Juan Segovia, que explora las consecuencias políticas y jurídicas del contractualismo partiendo de un examen



del estado de naturaleza y del significado del contrato social. El trabajo aquí presentado es la primera parte de una extensa investigación sobre el tema y que tendrá su continuación en el número siguiente.

En la sección “Notas y comentarios” se encuentra el trabajo de Gonzalo Castellanos, quien parte del caso español “Fernández Martínez c/ España”, para analizar la autonomía de la Iglesia Católica para juzgar la idoneidad de quien pretende ser profesor de religión, el deber de neutralidad estatal y los estándares de interpretación que surgen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en orden a un legítimo control jurisdiccional. Esta nota también se realiza en el marco de un proyecto de investigación del programa IUS de nuestra Facultad de Derecho, titulado “Libertad religiosa: la objeción de conciencia institucional o el derecho de autonomía de las instituciones y el acomodamiento razonable. Una mirada desde la jurisprudencia nacional y el Derecho Comparado”, en este caso dirigido por la prof. Débora Ranieri.

La sección “Documentos y crónicas” contiene el documento “Por la cultura de la vida y los niños por nacer”, de las Facultades de Derecho de las Universidades Católicas en la Argentina. El texto publicado en el Día del Niño por Nacer de 2021 refuerza y recuerda que la reciente ley eufemísticamente llamada de “interrupción voluntaria del embarazo” resulta inicua e injusta y no supera el mínimo test de constitucionalidad, convencionalidad y congruencia legislativa dentro del Derecho Común.

El número finaliza con las reseñas de María Capatti, quien reseña el libro *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, de Juan Cianciardo. El libro es una recopilación y actualización de diversos trabajos precedentes del autor que busca contribuir al diálogo jurídico sobre los Derechos Humanos. Por su parte, Roberto Bosca presenta dos reseñas: la primera del libro *Los crucifijos en los espacios públicos: un estudio desde el Derecho Comparado*. El libro analiza de manera exhaustiva las principales doctrinas y legislaciones sobre el tema, así como también la jurisprudencia existente a nivel global y local sobre el mismo. La segunda reseña corresponde al libro *Discursos*, de Alfonso Santiago, que reúne dieciocho discursos del autor. Cada uno aborda un tema específico en los cuales si bien el Derecho está presente no es necesariamente el tema central de la obra, que plasma ideales y visiones del autor sobre diversos temas e intereses. Finalmente, Juan Bautista Eleta reseña el libro *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley N° 27.610*, donde se realiza no solo un pormenorizado estudio de cada artículo de la ley, sino que además se recorren los principales temas que suscitaron el debate durante los últimos años.

Como siempre, agradecemos a quienes hacen posible que *Prudentia Iuris* salga puntualmente cada seis meses. En primer lugar, a Estefanía Rogora, quien se ocupa de todos los aspectos editoriales para lograr que la Revista cumpla los criterios de calidad que le han permitido ser incluida en

las mejores bases de datos. En segundo lugar, al personal de Biblioteca y de EDUCA, como así también a los empleados administrativos de la Facultad, que ayudan para lograr ese cometido. Finalmente, al Decano de la Facultad y a las autoridades de la Universidad, por el apoyo y la confianza con que nos estimulan a continuar ofreciendo trabajos de investigación para dar cumplimiento a la misión de la Revista, que es “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, p. 3).

DR. JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE  
Director  
DRA. DÉBORA RANIERI DE CECHINI  
Secretaria de Redacción

**PARTE I**

**CÁTEDRA INTERNACIONAL  
LEY NATURAL  
Y PERSONA HUMANA**



## **CRÓNICA DEL SEMINARIO DE LEY NATURAL Y PERSONA HUMANA**

**Débora Ranieri de Cechini**

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: [dranieri@uca.edu.ar](mailto:dranieri@uca.edu.ar)

**Para citar este texto:**

Ranieri de Cechini, D. (2021). “Crónica del Seminario de Ley Natural y Persona Humana”. *Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 21-22

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.21-22>

Desde 2019 se desarrolla en la Facultad de Derecho (UCA) un Seminario de Ley Natural y Persona Humana, coordinado por los profesores Siro De Martini y Débora Ranieri, junto a alumnos de los primeros años de la carrera que poseen interés en formarse e investigar cuestiones atinentes a los fundamentos del Derecho, la finalidad del orden jurídico, la relación con la moral y la ley natural. Participan también algunos profesores Adjuntos, Asistentes y Adscriptos del claustro académico.

El Seminario se desarrolla a partir de encuentros quincenales de dos horas de duración. En ellos, dos de los estudiantes exponen el texto previamente seleccionado que los demás participantes deben haber leído. El propósito de esta exposición no es tanto el de explicar el texto como el de hacer presente las diversas ideas y argumentos que contiene. A partir de allí, surgen naturalmente dudas, cuestionamientos, interrogantes que son planteados por cualquiera de los presentes y que suelen dar lugar a diversos análisis o discusiones. Tanto los estudiantes como los profesores más jóvenes pueden intervenir libremente en este camino dialéctico de búsqueda de la verdad.

Los coordinadores del Seminario intervienen para aclarar conceptos, ideas o referencias filosóficas que escapan al conocimiento de todos o algunos de los participantes. También, en ciertos casos, para hacer notar alguna dificultad que no ha sido planteada o algún argumento que pudiera agregarse a los ya expuestos. El mismo tema del Seminario lleva a una necesidad casi permanente de hacer referencia a problemas éticos de actualidad, por lo que es habitual que el camino que se recorre alterne la reflexión sobre los principios y sus conclusiones necesarias, y su a veces dificultosa encarnación concreta.

Durante el año 2020, el Seminario abordó el tema: “Derecho Natural y problemáticas contemporáneas”, con encuentros cada 15 días, los miércoles de 13.00 a 14,30 en aula virtual de la Facultad de Derecho. Se realizó la lectura y análisis de “En busca de una ética universal: una nueva mirada sobre la ley natural” (Comisión Teológica Internacional, 2008).

**EL DEBATE SOBRE EL ABORTO EN EL  
CONGRESO: INTERVENCIONES DE PROFESORES  
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA  
ARGENTINA**

**Jorge Nicolás Lafferriere**

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: nicolas\_lafferriere@uca.edu.ar

**Para citar este texto:**

Lafferriere, J. N. (2021). “El debate sobre el aborto en el Congreso: intervenciones de profesores de la Pontificia Universidad Católica Argentina”. *Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 23-41

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.23-41>

El 18 de noviembre de 2020 el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso de la Nación un proyecto para la legalización del aborto. Luego de un rápido tratamiento en ambas Cámaras, la iniciativa fue sancionada por el Senado el 30 de diciembre de 2020 y promulgada parcialmente el 14 de enero de 2021 con el veto de una palabra en dos artículos. Así, el 15 de enero de 2021 se publicó en el Boletín Oficial la Ley N° 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo que legaliza el aborto en Argentina.

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina participó activamente en la defensa del derecho a la vida desde la concepción a través de declaraciones y, fundamentalmente, por las exposiciones de algunos de sus profesores ante las comisiones del Congreso que tuvieron que dictaminar sobre el proyecto.

A continuación, ofrecemos una compilación de algunos pasajes destacados de las intervenciones de los profesores de la Universidad: Pablo Garat, Débora Ranieri, Úrsula C. Basset, María Inés Franck, Analía Pastore, Estela Sacristán, Néstor Sagüés, Siro De Martini, Jorge Nicolás Lafferriere, Hernán Munilla Lacasa, Alfredo Vítolo, Rodolfo Barra y Alberto Bianchi. Hemos organizado esta compilación en torno a los tópicos más importantes en que se centró el debate.

## **I. Inconstitucionalidad de la ley**

“Para el ordenamiento jurídico argentino, la definición de niño incluye a la persona por nacer. Esta definición posee jerarquía constitucional y la ley no puede contradecirla, sin violar el orden jerárquico definido por nuestra Constitución. Esto es un argumento suficiente para descalificar el proyecto por inconstitucional. Finalmente, aun asumiendo que nuestro orden jurídico no impide la regulación del aborto –y tomo aquí el punto de la doctora Kemelmajer–, el proyecto no supera el necesario test de razonabilidad. ¿Es razonable el proyecto? Claramente, no” (Alfredo Vítolo, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“La Ley N° 23.849 afirma que se es niño, a los efectos de la Convención de los Derechos del Niño, desde la concepción. Esta ley, que se integra



y hace vigente para la Argentina la Convención de los Derechos del Niño, tiene jerarquía constitucional. Para nuestro ordenamiento, la vigencia de un tratado o convención internacional resulta de un procedimiento federal complejo, que consiste en la firma del documento por parte del presidente o su delegado, la aprobación por ley del Congreso, la promulgación expresa o tácita de esa ley por el Poder Ejecutivo y la ratificación del tratado –según este lo determine–, por ejemplo, con el depósito ante el secretario general de las Naciones Unidas. Por ser vigente una norma, es aplicable en la totalidad de su contenido y –según este lo prevea– en lo subjetivo, objetivo, temporal y espacial. La Convención de Viena sobre la interpretación o sobre el derecho de los tratados –norma que ha sido firmada y ratificada por la Argentina y, por lo tanto, es superior a cualquier ley argentina, conforme con el artículo 75, inciso 22 de la Constitución– establece que la aprobación es el consentimiento que da un Estado parte a obligarse por un tratado. Lo hace obligatorio para el ratificante en los términos del consentimiento otorgado por ese Estado; así lo dice, expresamente, el artículo 2º, inciso b) de la Convención. En los términos del consentimiento dado y aceptado por la contraparte, es obligatorio para el Estado. La Convención de los Derechos del Niño, de acuerdo con su propio texto, entra en vigor por el depósito de los instrumentos de ratificación ante el secretario general; así lo dice el artículo 47. Para la República Argentina, el instrumento de ratificación es la ley aprobatoria que se menciona en el artículo 75, inciso 22, es decir, la ley que le da vigencia; en este caso, la Ley N° 23.849. Ningún Estado rechazó la reserva argentina en los términos del artículo 51 de la propia Convención de los Derechos del Niño. Las Naciones Unidas aceptó y notificó tal reserva a los restantes estados parte, conforme con el artículo 51. Cualquiera puede entrar en la página de las Naciones Unidas y ver allí cómo están asentadas las condiciones en las que la República Argentina se obligó a aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño. La reserva está ajustada al propósito de la Convención; propósitos que están definidos en su preámbulo” (Rodolfo Barra, exposición ante las comisiones del Senado, 17/12/2020).

“Hay una objeción central en cuanto a la declaración interpretativa que la Argentina introdujo por la Ley N° 23.849, cuando aprobó y ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Con el único apoyo en el fallo ‘F.A.L.’, considerando escueto el 13, se dice que una declaración interpretativa no es una reserva. Pues frente a esto lo que hay que decir es que ya ha sido resuelto, en el marco de la interpretación de las reservas y declaraciones de los tratados por la guía de 2011, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en su sexagésimo tercer período de sesiones y registrada por la Asamblea General un año antes del fallo ‘F.A.L.’, que, sin embargo, no la consideró. Entonces, de ello surge cla-

ramente que la Argentina, al efectuar esta acción interpretativa, dijo que necesitaba aclarar que para la Argentina se es niño desde la concepción. Esta es la voluntad soberana del Estado nacional, de la República Argentina” (Pablo Garat, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“La Argentina, de manera soberana, en 1989, dijo: ‘Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión del texto de la Convención con respecto a la protección de las personas por nacer’. Y lo hizo para alinear la ratificación de la Convención contra el Código Civil, que en aquel momento y hoy establecen que se es niño desde la concepción; que la persona humana comienza desde la concepción; Francia, en el otro extremo, hizo una declaración, también –no una reserva–, y dijo: ‘El gobierno de la República francesa declara que esta Convención, particularmente el artículo 6º, no puede interpretarse en el sentido de que constituye un obstáculo a la aplicación de las disposiciones de la legislación francesa relativas a la interrupción voluntaria del embarazo’” (Pablo Garat, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“La Comisión de Derecho Internacional, órgano interpretativo jurídico principal de las Naciones Unidas –y tal como señaló el doctor Garat esta mañana–, reconoce el valor legal de las declaraciones interpretativas como aptas para precisar o clarificar el sentido o alcance atribuido a un tratado. Y esto es textual del Comité. Una declaración interpretativa no pretende modificar el tratado, sino solo aclarar su sentido cuando existen, como en este caso, cuestiones oscuras o no resueltas, y conforman el alcance de la obligación internacional del Estado. No obstante, más allá de cuál pueda ser el alcance internacional de la referida declaración, no es menos cierto que, para nuestro Derecho interno, la declaración formulada en una ley que clarifica el alcance de la obligación asumida en el tratado, obliga a todas sus autoridades. Para nuestro ordenamiento jurídico, entonces, con jerarquía suprallegal, hay niño –y resalto esta palabra: ‘niño’– desde la concepción. Esta definición torna irrelevante la distinción que formuló ayer el ministro de Salud y esta mañana el doctor Gil Lavedra, entre vida y persona. Hay ‘niño’ desde la concepción: así lo dice nuestra ley, con una jerarquía suprallegal” (Alfredo Vítolo, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“La discusión de las ‘condiciones de su vigencia’ fue una discusión que tuvo lugar en el debate de la Convención Constituyente de 1994, exclusivamente, con relación al tema de la Convención sobre los Derechos del Niño. Están en los debates, y voy a leer, concretamente: en la Comisión de Redacción, en el plenario de comisiones, en la Comisión de Tratados Internacionales, en donde la propuesta del doctor Barra, que no se aprobó, decía agregar ‘con las reservas y declaraciones interpretativas aprobadas por la República Argentina’. Y a esto se lo consideró redundante. Está tex-

tualmente en el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente. El convencional Juan Pablo Cafiero fue quien tranzó la solución. Lo dijo y lo voy a citar textualmente. Solicitó que se incorpore la frase ‘en las condiciones de su vigencia’ al texto del inciso 22), y cito: ‘[...] para no tener que poner los números de todas las leyes que fijan la postura interpretativa seguida por nuestro país respecto de cada tratado’. Esta es la interpretación auténtica que los convencionales constituyentes de 1994 dieron al sentido de ‘en las condiciones de su vigencia’. Esto quiere decir que, para el Derecho argentino, ‘en las condiciones de su vigencia’ es muy claro que refería a la declaración que realizó este Congreso, declarando que hay niño desde la concepción” (Alfredo Vítolo, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Además de ser una obligación internacional del Estado argentino, la Convención de los Derechos del Niño es una norma complementaria de la Constitución Nacional y ‘[...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional [...]’, dice el artículo 75, inciso 22, de la Constitución; esto es de acuerdo con la ley aprobatoria y la ratificación depositada en el organismo internacional. Así resulta del último párrafo del artículo 75), inciso 22). Es decir, a lo que se le da jerarquía constitucional es al tratado documento internacional, ratificado por ley del Congreso y, con una nueva ley, elevado a la jerarquía constitucional. Esto lo ha hecho el Congreso en las dos o tres ocasiones en las que agregó nuevas convenciones sobre Derechos Humanos después de 1994. Con ‘las condiciones de su vigencia’ se refiere a la vigencia para la Argentina. Obviamente, la Constitución no va a hablar de la vigencia para el mundo. Es la vigencia para la Argentina. [...] Guatemala. Hizo una reserva igual a la Argentina. También está en ese elenco de Naciones Unidas. Y, también, en sentido contrario, Francia, por ejemplo. Su texto es importante. Dice que el gobierno de la República francesa declara que esta Convención, particularmente el artículo 6º, no puede ser interpretado como constitutivo de obstáculo alguno a la implementación de las provisiones de la legislación francesa relativas a la interrupción voluntaria del embarazo. Nadie puede pensar que el gobierno francés se obligó a respetar la Convención de los Derechos del Niño, sin esta condición de vigencia para su propio ordenamiento” (Rodolfo Barra, exposición ante las comisiones del Senado, 17/12/2020).

“Yo fui convencional constituyente y quiero señalar que tanto cuando se discutió el artículo 75, inciso 22), como cuando se discutió el artículo 75, inciso 23), hicimos expresa referencia a la cuestión del aborto; hicimos expresa referencia a lo que marca el momento clave de la concepción. Los señores senadores pueden ver esto, por supuesto, en las actas de la Convención Constituyente y, además, hay un montón de bibliografía sobre el tema. Es decir, esta idea fue expresamente ratificada. La primera versión –del art.

75, inciso 22)– ponía al lado de cada una de las convenciones que en ese momento se estaban declarando como de jerarquía constitucional, el número de la ley que la había aprobado. Como este era un texto muy pesado para hacer en una Constitución –recuerdo mi conversación con el convencional Juan Pablo Caffero en ese momento–, quedamos en sustituir la mención de cada una de las leyes por la expresión ‘condiciones de su vigencia’. Porque no podía ser de otra manera. Nosotros no podíamos... Hubiese sido posible, sí, pero queríamos respetar lo que había sido la posición del Poder Ejecutivo, al firmar la convención, y la posición del Congreso, al ratificarla o aprobarla por ley. Queríamos respetar lo que había decidido el Congreso. Por eso, la última parte del artículo 75, inciso 22” (Rodolfo Barra, exposición ante comisiones del Senado, 17/12/2020).

“Los médicos juran por juramento hipocrático, decía; los abogados que juramos en universidades nacionales, al menos, juramos por la Constitución Nacional y juramos defenderla con todo nuestro espíritu, como un acto de valentía. Y nuestra Constitución, explícitamente, sin lugar a dudas, protege la vida desde la concepción y obliga al Estado a proteger –literalmente, no a un proyecto de vida– al niño durante el embarazo: textualmente” (Úrsula C. Basset, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Considero que el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo nacional parte de una negación que tiene dos variables. La negación es hacia la persona por nacer. Es increíble que en un proyecto de interrupción voluntaria del embarazo no se aluda ni siquiera una vez a la persona por nacer, al sujeto que se está gestando, y no se mencione en nada un derecho del mismo. Esa negación parte de dos subnegaciones. La primera es negarlo como persona. La segunda es negarle el derecho a la vida. En realidad, hay que tener coraje para negar la condición de persona al sujeto por nacer. Hay que tener coraje, atento los claros términos del artículo 19 del Código Civil. Hay que tener coraje, atento los claros términos del artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, que habla de la protección de la persona desde el momento de la concepción. Hay que tener coraje para decir que ese sujeto no es persona o no es niño cuando la Ley N° 23.849 así lo define explícitamente. Esa actitud negativa, ese rechazo, se funda en una malversación de estas normas, entendiendo que los derechos de las personas por nacer en el Pacto de San José de Costa Rica son graduales e instrumentales, por lo cual se subordina la condición de persona reconocida por el pacto a lo que disponga una ley. Es increíble que se discuta la calificación de niños de acuerdo con la Ley N° 23.849 diciendo que es una mera norma interpretativa. Y si lo fuera, ¿qué pasaría? Es una norma interpretativa con vigor legal. La segunda negación es la de rechazar el derecho a la vida de esa persona por nacer. Un derecho que surge de instrumentos internacionales como el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, que alude a la especial protección que debe tener

esa persona antes y después del parto. Es un derecho que también emerge expresamente del artículo 4° de la Convención Americana de los Derechos Humanos cuando afirma, en términos categóricos, que tiene derecho a la vida y que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente. Vemos cómo se tergiversan estos conceptos negando vigor al Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño como si fuera un mero adorno. Finalmente, se desvirtúan algunos conceptos, reduciendo la protección legal que es un deber para los Estados respecto a la persona por nacer, con el argumento de que se trata de algo sometido a lo que diga una ley de aborto, como lo especificó —en su deplorable dictamen de 1981— la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de un dictamen o informe que, aclaremos, no tiene vigor de ley ni tiene vigor de sentencia. En definitiva, vamos a la última parte de lo que quería comentar y donde culmina la negación de los derechos a la vida y los derechos a la personalidad jurídica del feto. Es la instalación de que existe un derecho a matar por parte de la madre con respecto a la persona que está gestando, durante las primeras catorce semanas del embarazo. Según el proyecto del Poder Ejecutivo, ese derecho está sometido a la autonomía de la voluntad, de tal modo que depende discrecionalmente de la voluntad de la madre ejecutarlo o no. Señoras y señores: no hay ninguna convención que claramente enuncie el derecho de la madre de privar al sujeto que está engendrando del derecho a la vida. Tendrá el derecho a espaciar y a regular los nacimientos, pero es una aberración jurídica que ese derecho a regular los nacimientos involucre el derecho a la muerte” (Néstor Sagüés, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).

## II. El comienzo de la existencia de la persona humana

“Si el ser humano, en el inicio de la vida humana, en el inicio de la concepción, no es persona, ¿qué es? ¿Una cosa?” (Débora Ranieri, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“No hay razones lógicas ni claras para distinguir que no hay derecho a nacer antes de la semana catorce, y sí después de la semana catorce, aunque con ciertas restricciones, como la ampliación de causales. De hecho, nótese que, de aborto no punible del Código vigente, se quiere pasar a un derecho al aborto por causales desde la semana catorce hasta antes de nacer” (Débora Ranieri, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Todo lo demás puede acompañarse, compensarse e, incluso, sanarse con la cercanía y la solidaridad de la comunidad y del Estado. La pérdida de la vida, no. No admite grados, no admite regulación: se tiene o no se tiene” (María Inés Franck, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

### III. Sobre las recomendaciones de organismos internacionales favorables al aborto

“El Derecho Internacional no exige a nuestro país, ni a ningún otro, que reconozca el derecho al aborto. De igual modo, también reitero que ningún tratado reconoce, ni expresa, implícitamente, dicho derecho. Sostener lo contrario no constituye una interpretación de buena fe de los tratados de los que nuestro país es parte” (Alfredo Vítolo, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Sí es cierto que diversos comités de seguimiento de los tratados han formulado observaciones y recomendaciones a este país para que se legalice tal derecho. Pero quiero ser, una vez más, enfático en la afirmación de que dichas observaciones y recomendaciones son precisamente eso —observaciones y recomendaciones—, y no disposiciones de cumplimiento obligatorio para nuestro país” (Alfredo Vítolo, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“El Protocolo Facultativo Tres de la Convención sobre Derechos del Niño, que autoriza al Comité a recibir comunicaciones en donde se alegue la violación [...] El Estado parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones [...] Debida consideración; no obligatoriedad. Reitero, entonces, una vez más: sostener que reconocer el derecho al aborto es una exigencia del Derecho Internacional, no resulta cierto” (Alfredo Vítolo, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Es verdad que el Comité de Derechos del Niño —como dice el doctor Gil Domínguez— en varias ocasiones nos ha dicho que, en la medida de lo posible, tenemos que despenalizar. ¡Despenalizar! No crear un derecho: despenalizar [...] Ahora, otra vez estamos ante el problema de la proporcionalidad. Porque, verdaderamente, ¿qué tiene más valor?, ¿una recomendación del Comité o el artículo 75, inciso 23, que explícitamente establece a cargo del Estado [...] la obligación de proteger al niño desde el embarazo? Más explícito, imposible” (Úrsula C. Basset, exposición ante las comisiones de Senado, 15/12/2020).

“La primera Declaración de Derechos y Deberes del Hombre fue la nuestra, la americana, antes de la universal. Y nuestra Convención Americana de Derechos Humanos es la única convención regional universal que menciona que la vida se protege, en general, desde la concepción. No estoy hablando de derecho: estoy hablando de cultura. Nosotros, los latinoamericanos, a diferencia de todos esos otros que nos vienen a decir qué hacer —de organizaciones internacionales, ejemplos europeos, norteamericanos—, somos inclusivos y reconocemos derechos más allá que cualquier otro territorio. A mí me gusta el mapa invertido, donde el hemisferio sur está arriba.

Todo es relativo, es verdad; para mí, esa amplitud de derechos nos honra. No nos debería dar vergüenza ser más humanos, acompañar y estar, ser responsables por los más frágiles, por los dependientes, por la vida naciente y por la maternidad sufriente. Subordinar el derecho al deseo es abolir esa maravilla cultural” (Úrsula C. Basset, exposición ante comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Que los integrantes de este Comité de Derechos Humanos no son jueces, no son sujetos imparciales ni independientes. Incluso, algunos de los miembros de estos comités se encuentran directamente involucrados en un proceso abortista. Por lo tanto, los dictámenes emitidos por ellos no tienen las características que deben fortalecer una decisión judicial” (Néstor Sagüés, exposición ante Diputados, 2/12/2020).

#### **IV. Afectación del interés superior del niño**

“Todo nuestro orden jurídico, constitucional y convencional se apoya en un principio, en una regla: el interés superior del niño o de la niña que aparecen ausentes, al menos, en el debate en la Cámara de Diputados. Deben valorarse los derechos de la mujer, pero no puede estar ausente esto: el interés superior del niño, que no solamente surge de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de su protocolo facultativo, sancionado por la Ley N° 27.005, sino hasta de la Ley N° 26.061 –de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes–, cuando claramente señala que, si existe un conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (Pablo Garat, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

#### **V. Violación del federalismo**

“Podríamos estar, acá, discutiendo el Código Penal: si esto es o no un delito; si debe o no obligarse a la mujer, eventualmente, a cumplir una pena. Pero no: esto es lo secundario en el proyecto. Lo primario es la regulación de un derecho; de un derecho absoluto, sin proporcionalidad, que desencadena en la obligación de todo el sistema de salud pública en los tres niveles del Estado federal, con sus respectivos subsistemas –público, privado y de obras sociales–, para proveer la práctica abortiva, aún después de las catorce semanas de embarazo; ello, sin otro requisito más que el de invocar las causales previstas –sumamente amplias; a las que no tengo tiempo de referirme– y sin tutela alternativa alguna del niño por nacer

a partir de la semana veintidós o veinticuatro. Entonces, acá hay una segunda cuestión constitucional: se impone –en contra de nuestro régimen federal– a las provincias, en materia de salud pública y en materia de educación, al imponer con un ‘deberá’ en los contenidos de la ESI, esta capacitación en el derecho al aborto y en el derecho a la práctica del aborto por parte de todos los niveles de gobierno. Esto contraviene [...] claramente, nuestro orden constitucional que, finalmente, se trata de rubricar con algo que es inadmisibles: que esta ley sea de orden público. O sea, que no pueda oponérsele ninguna otra ley” (Pablo Garat, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

## **VI. Incoherencia con el resto del ordenamiento jurídico**

“Todo el resto del orden jurídico acompaña este orden convencional y constitucional. ¿Cómo respetar el derecho de la vida del niño en el seno materno, si no se prohíben las conductas que atentan contra su vida? O, mejor dicho, no contra su vida, porque la vida ya existe desde la concepción, sino contra el derecho a nacer” (Débora Ranieri, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Vamos a tener una crisis interna dentro del ordenamiento jurídico argentino. Hace muchos años, hace 2.500 años, Aristóteles, en la *Metafísica*, en el Libro IV, trazó uno de los senderos por los cuales camina la humanidad todavía, el principio de no contradicción. Nadie puede ser y no ser al mismo tiempo. Acá, vamos a ser y no ser al mismo tiempo, porque la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y el Código Civil dicen una cosa, y el Código Penal va a decir otra completamente distinta. No podemos admitir dentro de nuestro ordenamiento jurídico esta contradicción” (Alberto Bianchi, exposición ante las comisiones de Senado, 15/12/2020).

“Quisiera detenerme en la expresión que figura actualmente en el artículo 86 del Código Penal y que establece que no es punible el aborto si el peligro para la vida o la salud de la madre ‘no puede ser evitado por otros medios’. Esta última frase es eliminada en la nueva formulación del artículo 86 propuesta. Aun más, la redacción elimina todo vestigio de procurar un balance entre las dos vidas. La frase ‘no puede ser evitado por otros medios’ [...] revela la búsqueda de coherencia (que no siempre se verifica, lamentablemente) del ordenamiento jurídico a partir del reconocimiento de la dignidad y derechos fundamentales de toda persona humana desde la concepción. En este punto, como profesor de Derecho Civil, quisiera detenerme en las distinciones que algunos hacen entre ser humano y persona



humana. Ello es un resabio de posturas que entendían que el término ‘persona’ era un recurso técnico del legislador para poder determinar un plexo de derechos y obligaciones para ciertos seres humanos. En todo caso, hoy no cabe duda de que todo ser humano es persona y que no hay seres humanos que no sean personas humanas. El término ‘persona’ no es un mero artificio a merced de las decisiones políticas de turno. De hecho, el Código Civil y Comercial de 2014, siguiendo al proyecto de 1998, eliminó la definición de persona que traía el viejo Código de Vélez, pues se presupone que todo ser humano es persona. En esta línea, se advierte la coherencia entre los Tratados y el mismo artículo 75, inciso 23, de la Constitución y el Código Civil y Comercial cuando reconoce que la existencia de la persona comienza con la concepción (art. 19). En los fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial se reconoce esta coherencia cuando se afirma que el texto ‘[...] innova profundamente al receptar la constitucionalización del Derecho Privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina’. Legalizar el aborto quiebra esa comunidad de principios, que requiere tanto la tutela de la persona en los aspectos civiles, que están relacionados con la personalidad, los derechos sucesorios, los alimentos, el reconocimiento filiatorio, etc., como en los aspectos penales, que están vinculados con la necesidad de garantizar la protección de los bienes jurídicos fundamentales y que solo se detiene ante situaciones extremas, como el caso del doble efecto donde el aborto se produce como efecto indirecto no querido” (Jorge Nicolás Lafferriere, exposición ante las comisiones del Senado, 16/12/2020).

## **VII. Sobre la sentencia “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

“En el ámbito regional latinoamericano ya lo tenemos: la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conviene subrayar que este tribunal en ningún caso ha justificado el aborto discrecional o libre por parte de la madre. En ninguna sentencia u opinión consultiva ha avalado tal derecho. Por lo demás, también el sistema regional interamericano de Derechos Humanos puede fortalecer y enriquecer al sistema derivado de Naciones Unidas. En este caso resulta notorio el hecho de que el Pacto de San José de Costa Rica ha fortalecido el derecho a la vida del sujeto más vulnerable del mundo: la persona por nacer” (Néstor Sagüés, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).

“En distintas intervenciones se esgrimió que el aborto estaría permitido por aplicación de la sentencia ‘Artavia Murillo’, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 28 de noviembre de 2012). Se trata de un argumento jurídicamente inconsistente. Artavia Murillo no es un cheque en blanco. Es un fallo contra Costa Rica que no se refiere al aborto, sino a la prohibición completa de la fecundación in vitro. No pueden extrapolarse las consideraciones de ese caso a un problema mucho más complejo como el aborto. Entre muchos argumentos, como que el contexto de Costa Rica es distinto al de Argentina, es decisivo leer el texto de la misma sentencia en que la Corte IDH expresamente afirma: ‘[...] en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver controversias que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24.029-S’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica’, 28/11/2012, considerando 135). Como todo órgano judicial, la deliberación de la Corte estuvo circunscripta a los hechos concretos del caso y a las pruebas relacionadas con esos hechos. Un tribunal no tiene las capacidades deliberativas ni las atribuciones que son propias de un parlamento. En concreto, Artavia nunca se refirió al aborto y no cambió nada de la protección legal que surge de la Convención Americana de DD. HH. en este punto” (Jorge Nicolás Lafferriere, exposición ante las comisiones del Senado, 16/12/2020).

## VIII. Las reformas al Código Penal

“El Código Penal, el digesto de normas que se encarga de castigar aquellas conductas que atentan contra los bienes jurídicos más esenciales de las personas, dedica el 1° Capítulo, del 1° Título, a punir los ataques contra la vida. Inmediatamente después de regular el delito de homicidio, el Código Penal tipifica el delito de aborto. Ese es el lugar destacadísimo que le ha asignado el codificador, y que le sigue asignando el proyecto bajo estudio. El aborto consiste en destruir a la persona por nacer, mientras se encuentra en el seno materno” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1/12/2020).

“De los legisladores también se espera que sean coherentes con las propias normas que dictan. El proyecto del Poder Ejecutivo, como dije, mantiene, por un lado, la punición del delito de aborto. Esto significa que los autores de la iniciativa consideran que la persona por nacer es un ser diferente de la madre que lo aloja transitoriamente en su vientre y que es un sujeto de derecho que merece tutela jurídica, al punto que prevé una pena de tres a diez años de prisión si el aborto se comete sin consentimiento de

la mujer (con una agravante de quince años si se produce la muerte de la mujer); y una pena de prisión de tres meses a un año si se comete con el consentimiento de la mujer” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1/12/2020).

“Es más, se prevé la misma pena de prisión (de tres meses a un año) para la persona gestante que, luego de la semana catorce y siempre que no mediaren los supuestos del artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo cause” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1v12/2020).

“Por lo tanto, según la lógica del texto analizado, y para que quede bien claro, el proyecto afirma que hay vida humana desde el primer momento, distinta a la de la mujer, y vida que merece cobertura legal, incluso del Código Penal. Sin embargo, el proyecto incurre en una incoherencia intrínseca al establecer que la mujer tiene derecho a suprimir indiscriminadamente esa vida, como dijimos diferente a la suya, hasta la semana catorce inclusive” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1/12/2020).

“El proyecto es inconsistente. Hasta la semana catorce la voluntad de la mujer es soberana frente a la vida de ese ser que lleva dentro, al punto que puede eliminarlo impunemente, pero de un día para otro, en la decimoquinta semana, la vida del embrión vuelve a adquirir cobertura legal ante ella (pues ya la tenía frente a los terceros según el art. 85, inc. 1º), y quien cause su aborto, aún si fuera la madre, será punible en los términos de los artículos 85, inc. 2º, y 88” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1/12/2020).

“Es inconsistente también porque no plantea ninguna agravante (como existe actualmente) cuando se causa un aborto con el consentimiento de la mujer y se produjera su muerte después de la semana catorce. En otras palabras, el médico que provoque un aborto clandestino en el cual muera la mujer, solo será castigado con una pena de tres meses a un año, y ni siquiera será inhabilitado, pues también se suprime esa pena, actualmente prevista en el artículo 86 del CP” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1/12/2020).

“Un delito, reconocido como tal incluso por el propio proyecto, se transforma inauditamente en un derecho que pretende legalizarse, y que el Estado debería garantizar” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1/12/2020).

“Las razones que explican la punición del aborto a partir de la semana catorce, con prescindencia de quien lo cometa, son exactamente las mismas que explican su punición antes de la semana catorce” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1/12/2020).

“Por otra parte, resulta altamente cuestionable crear un nuevo delito (art. 85 bis), es decir, consagrar una mayor intervención del Derecho Penal,

para castigar con prisión e inhabilitación a quienes dilataren injustificadamente, obstaculizaren o se negaren a practicar un aborto en los casos previstos en el proyecto. El nuevo delito, que es una amenaza que refuerza la obligación que pesa sobre el personal de salud de ofrecer el aborto (según los términos del art. 5° del proyecto), afecta la libertad de actuación profesional del médico. Advuértase que cualquier expresión en sentido contrario a la voluntad de abortar de la paciente, como podría ser comentarle la existencia del proyecto de ‘cuidado integral de la salud durante el embarazo’, podría ser considerada una forma de violencia contra la mujer (en los términos de la Ley N° 26.485), porque el artículo 5° del proyecto bajo análisis busca ‘erradicar prácticas que perpetúan el ejercicio de la violencia contra las mujeres’” (Hernán Munilla Lacasa, exposición ante las comisiones de Diputados, 1/12/2020).

“A veces tratan de engañarnos o confundirnos con términos como ‘interrupción del embarazo’. Interrumpir el embarazo es matar al niño. Significa esto y ninguna otra cosa. Por eso, el delito de aborto está ubicado en nuestro Código Penal dentro del capítulo de los delitos contra la vida de las personas” (Siro De Martini, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).

“Y, finalmente, hay un problema que viene de 2018. Es la cuestión de que ha habido una subversión de lo que es el orden entre libertad y prohibiciones en este proyecto. Ese error no se corrige. Es un error que es muy, muy serio. El error consiste en que el proyecto establece qué no es delito. Este aspecto sí tiene que ser revisado. Vivimos en un mundo en libertad, donde las prohibiciones son las que fijan qué es lo que no podemos hacer. No es labor del legislador decir qué es lo que sí podemos hacer” (Estela Sacristán, exposición ante las comisiones del Senado, 17/12/2020).

## **IX. El derecho a la vida y el pretendido conflicto con la autonomía**

“Este proyecto de ley se asienta sobre una falacia muy peligrosa, que nos hemos cansado de escuchar a lo largo de estas jornadas. ¿Podemos decir que es lo mismo el derecho a la vida, que el derecho a la autonomía de la voluntad? ¿Estamos hablando de dos derechos de igual jerarquía similares? ¿Desde cuándo, en la Argentina, la autonomía de una persona puede legitimar para matar a otro?” (Débora Ranieri, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Durante generaciones, hemos pensado que el futuro de la sociedad son los hijos. Esta ley, no otra ley que aborde la despenalización —esta ley

no es despenalización: es derecho—, a partir de este proyecto, le dice a la sociedad que el derecho a la vida lo tiene el hijo deseado. No nos dice que la madre que aborta en determinadas circunstancias no la sometemos al régimen penal: nos dice que delega en la madre el derecho a la vida del hijo. El Estado debía ser garante, pero lo delega y lo privatiza. Esta afirmación tiene una envergadura social enorme; y me pregunto si la Argentina, a partir de este proyecto que estamos votando, es una Argentina humana, abierta a todos, inclusiva. Porque los hijos que nacen sabrán que son deseados, pero sabrán también que del deseo depende el derecho y sabrán también hacer prevalecer este individualismo de retorno. A la postre, se trata, otra vez, sobre la identidad” (Úrsula C. Basset, exposición ante comisiones del Senado, 15/12/2020).

“El texto de la media sanción no tiene en miras la protección de la salud de la mujer o la opción de rechazar la consecuencia de una violación o un abuso. Por lo menos, hasta la semana catorce nada de eso está en juego, porque hasta la semana catorce no estamos hablando ni de la salud de la mujer ni de la necesidad de ninguna otra causal o posible conflicto de derechos de igual jerarquía, sino de que hasta la semana catorce se podría tratar de la pura y simple voluntad de abortar, de la autonomía —ahora sí— absolutizada de la mujer” (María Inés Franck, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Lo que será sometido a votación es básicamente un proyecto de ley que convierte el delito de aborto en un derecho que se extiende hasta el momento mismo del nacimiento del niño o niña” (Siro De Martini, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).

“¿Qué significa legalizar el aborto? ¿Qué implica establecer que la madre tiene un derecho a solicitarlo y el médico una obligación de practicarlo? Significa que el Congreso de la Nación estaría autorizando a la madre y obligando a todos los centros de salud del país (públicos o privados), a matar a una persona inocente e indefensa. ¿Es eso justo? ¿Es constitucional? No. ¿Tiene el Congreso de la Nación la potestad constitucional de autorizar u obligar a una persona para que mate a otra que, además, es absolutamente inocente y está indefensa? No, ciertamente, no” (Siro De Martini, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).

## **X. Discriminación entre hijos deseados y no deseados**

“El proyecto implica una clara discriminación entre hijos deseados e hijos no deseados. Los hijos deseados gozan de todos los derechos reconocidos por nuestra legislación. A los no deseados los espera la muerte. Se les

niega el más elemental de los Derechos Humanos” (Siro De Martini, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).

## **XI. Contradicciones con las normas sobre responsabilidad parental**

“Luego de que el artículo 19 CCyC establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, en el inc. a) del artículo 24 se incluye a la ‘persona por nacer’ entre las ‘incapaces de ejercicio’, resultando representadas por sus padres de conformidad con lo que dispone el inc. a) del artículo 101. No es posible que una de las personas a quien la ley atribuye la responsabilidad de ejercer por representación los derechos de la persona por nacer sea, al mismo tiempo, quien tendrá el derecho absoluto a decidir sobre la vida de su representado. Se generaría un evidente conflicto de intereses entre la madre y su hijo por nacer, privilegiando a la persona gestante y dejando en situación de extrema indefensión y sin representación alguna al niño en gestación” (Analía Pastore, exposición ante las comisiones de Diputados, 3/12/2020).

“El artículo 574 permite que el padre reconozca a su hijo por nacer. En la Ciudad de Buenos Aires la inscripción registral de este reconocimiento se encuentra prevista en la Disposición General del Registro Civil N° 18/18. No es posible que el padre pueda reconocer a su hijo por nacer pero le esté vedado resguardar la vida del niño. Se producirá aquí una nueva colisión entre el derecho-deber del padre y el derecho absoluto de la madre a interrumpir el embarazo” (Analía Pastore, exposición ante las comisiones de Diputados, 3/12/2020).

“El artículo 665 le reconoce al hijo por nacer derecho alimentario que la mujer embarazada puede reclamar al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada. Esta norma es consistente con el inc. a) del artículo 661 CCyC, que legitima a la madre para demandar al otro progenitor la prestación alimentaria en representación del hijo. La fuente de esta obligación alimentaria es la responsabilidad parental cuya titularidad se sustenta en el vínculo filial. El ejercicio de este deber-derecho parental se hallaría condicionado por el derecho absoluto de la madre a abortar” (Analía Pastore, exposición ante las comisiones de Diputados, 3/12/2020).

“Fíjense que, en la nueva regulación, no hay límite mínimo de edad para concurrir con el referente afectivo. Fíjense que ese referente afectivo puede ser quien la abusa sexualmente y que esta niña, por temor, no diga nada –el ocultamiento, que aparece en los estudios de UNICEF–, y el abuso siga, y la ley sea cómplice. Nos lo dice otro estudio de UNICEF del

año pasado. Fíjense que, si esta niña tiene acceso a Justicia, tiene derecho a opciones: tiene derecho a ser escuchada, a un acogimiento interdisciplinario, a un acompañamiento. Todo esto, esta ley, con este texto, se los está negando” (Úrsula C. Basset, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

## **XII. El aborto y su impacto en las personas con discapacidad**

“La [...] crítica se refiere a las implicaciones que el aborto así legalizado tiene, en los hechos, para con las personas con discapacidad. Es cierto que el proyecto de 2020 eliminó la causal ‘malformaciones fetales graves’ como legitimadora del aborto luego de la semana catorce. Pero el problema está latente y subsiste porque en esas primeras catorce semanas de embarazo se realizan estudios de tamizaje y diagnóstico prenatal. En torno a este tema desarrollé mi tesis doctoral y pude constatar que en países con aborto legalizado las personas con discapacidad son eliminadas en un 90 % de los casos detectados. Aunque en apariencia la ley es neutra, la discriminación ocurre en los hechos por la combinación que se da entre la disponibilidad de estudios prenatales cada vez más accesibles, rápidos, no invasivos y precisos y el aborto legal hasta la semana catorce. Este aborto de personas con discapacidad ocurre por una doble presión: hacia los médicos, que ofrecen los estudios prenatales de forma sistemática y rutinaria a toda embarazada antes de la semana catorce, para atajarse ante cualquier posible acción por daños y perjuicios por la pérdida de la chance de abortar a tiempo al hijo con discapacidad; hacia los padres, por el sistema de salud u otros actores que los impulsan a abortar a sus hijos para evitar cargar con los costos del nacimiento de una persona con discapacidad. El aborto sistemático de personas con discapacidad será una consecuencia lamentable e ineludible de la sanción de esta ley” (Jorge Nicolás Lafferriere, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).

## **XIII. Sobre la libertad profesional de los médicos**

“Derivar a que otro lo haga, que haga lo que no quiere hacer, es negar ese derecho al objetor. Del mismo modo, a las instituciones objetoras” (Débora Ranieri, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“Al médico no objetor de conciencia que decida no hacer un aborto, porque cree que no es la mejor decisión desde el punto de vista sanitario, es a quien se amenaza, en la media sanción, con cárcel, multas, inhabilitaciones y con la aplicación de la Ley N° 26.485, de violencia contra la mujer. En con-

secuencia, el médico se convierte así en el mero ejecutor de un deseo de la mujer si es que no quiere ser perseguido o quedarse sin trabajo, en el mejor de los casos” (María Inés Franck, exposición ante las comisiones del Senado, 15/12/2020).

“En mi presentación intenté mostrar cómo la manera en que está redactado el artículo, en comparación incluso de estas leyes de aborto que existen en Uruguay, en Italia o España [...] realmente le recorta específicamente y, además, amenaza al médico, porque los médicos a los que se les aplica ese posible delito de ‘dificultare, negare o dilatate injustificadamente’ van a ser los propios médicos que no sean objetores. Porque el objetor se corre –esto lo dijo ayer Inés Franck–; en cambio, el que sea que esté en el medio y dé una consideración personal puede verse en problemas, porque la redacción dice que no puede hacer consideraciones personales o inadecuadas” (Jorge Nicolás Lafferriere, exposición ante las comisiones del Senado, 16/12/2020).

#### **XIV. Pobreza y aborto**

“¿Es obligar a un médico a matar al hijo la solución para los angustiantes problemas de tantas mujeres de nuestra patria? ¿No demuestran estas imágenes que pasan por nuestros corazones la ausencia criminal del Estado? ¿Creen nuestros gobernantes que estas situaciones de miseria, hacinamiento, falta de educación y de trabajo, se solucionan matando a una persona inocente y mandando a la madre de vuelta a la miseria, el hacinamiento y la falta de trabajo?” (Siro De Martini, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).

#### **XV. Sobre la Ley N° 27.610 como norma de orden público**

“El proyecto incorpora la declaración de orden público. ¿Qué significa esto? ¿Qué significa declarar de orden público? Significa que las personas no pueden evadir los efectos de la ley, no las pueden evadir con condiciones particulares o con negocios jurídicos particulares. Esa ley aparece como imperativa. El origen de este instituto está en el Código de Napoleón como *ordre public*. Es un significado similar al que tiene el Código argentino de Vélez, el Código Civil y Comercial actual. De allí se transmite al Código Civil alemán. Tenemos que tener en cuenta que este no es un instituto universal. En el Derecho anglonorteamericano no existe la noción de *ordre public* u orden público, y sí existe lo que se llama el concepto de política pública, el *public policy*, sobre lo cual enseña el profesor Alfonso Santiago. El *public*



*policy*, en los sistemas de *common law*, es lo que los jueces dicen que es de orden público. Acá, cuando tenemos una ley que dice que es de orden público y que va a pasar a integrar el orden público, aparece –en este proyecto en particular– como un paraguas. Es como un paraguas muy grande de orden público, en el cual está alojado ese pequeño microcosmos de lo que aparece como autonomía personal de la mujer. Tenemos entonces un microcosmos de plena autonomía con ese gran paraguas de orden público. Ahora, este proyecto me hace pensar: ¿es jurídicamente admisible la cláusula de un orden público así, irrestricta, en un proyecto de ley que modifica el Código Penal? Los artículos 14 a 17 modifican el Código Penal. ¿Qué significado jurídico tiene si es que es adecuado jurídicamente? Si este proyecto modifica el Código Penal, ¿cómo puede un delito ser de orden público, a diferencia de los demás delitos que están contenidos en ese Código Penal y que no son de orden público, porque no está dicho en ningún punto del Código Penal que los delitos sean o no de orden público? ¿Cuál es el sentido –pregunto específicamente– de blindar este proyecto con esa cláusula de orden público, como si fuese una ley de emergencia o una ley laboral? Hay un dato interesante: 203 leyes de orden público aparecen en *InfoLeg*; 153 de esas 203 leyes son posteriores a 1983. Por último, tenemos que tener en cuenta que el orden público tiene un límite, que es que sea justo –esto está en la Declaración Universal de Derechos Humanos–, y no es justo eliminar una vida por la otra” (Estela Sacristán, exposición ante las comisiones de Senado, 17/12/2020).

## **XVI. Sobre el momento para la discusión del proyecto**

“Nunca es buen momento para presentar y tratar un proyecto de legalización del aborto. Pero convengamos que estar discutiéndolo en un año de muerte y sufrimiento, en las vísperas de una fiesta tan importante para los católicos como la de la Inmaculada Concepción de María, y cuando todos los argentinos, más allá de nuestras creencias religiosas, nos queríamos preparar para una fiesta de Navidad que fuera realmente de paz, amor y unidad, resulta un inexplicable desatino” (Siro De Martini, exposición ante las comisiones de Diputados, 2/12/2020).



## **PARTE II**

### **ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN**



# DEBER DE VERACIDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL: ¿UNA EXIGENCIA MÁS ALLÁ DE SU CONSAGRACIÓN LEGAL? ANÁLISIS A PROPÓSITO DEL SISTEMA PROCESAL CIVIL URUGUAYO

**María Cecilia Barnech Cuervo**

Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, Uruguay

Contacto: mbarnech@hotmail.com

Recibido: 26 de agosto de 2020

Aprobado: 29 de diciembre de 2020

**Para citar este artículo:**

Barnech Cuervo, M. C. (2021).

“Deber de veracidad de las partes en el proceso civil: ¿Una exigencia más allá de su consagración legal? Análisis a propósito del sistema procesal civil uruguayo”. *Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 45-72

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.45-72>

**Resumen:** En la dogmática procesal civil, la veracidad, particularmente como deber impuesto a las partes, resulta altamente controvertida. A pesar de ello, el sistema procesal civil uruguayo la reconoce especialmente. Este cuestionamiento y los dilemas que la sociedad contemporánea enfrenta nos interpelan acerca del rol que el Derecho juega en esta realidad. La presente investigación reseña brevemente el estado de la cuestión para luego analizar la pertinencia y legitimidad en la normativa uruguaya. Finalmente, desde una mirada más filosófica, se justificará, además, por qué esta exigencia se mantiene como tal, aun sin estar consagrada legalmente. Entendiendo los deberes como forma de protección de los derechos y la búsqueda de la verdad como inherente a la condición humana, el deber de veracidad de las partes en el proceso –más allá de su consagración jurídica expresa– no solo no encontraría grandes objeciones, sino que aparecería como inexcusable.

**Palabras clave:** Proceso, Veracidad, Deberes, Filosofía, Condición humana.

**Duty of Veracity of the Parties in the Civil Process:  
A Requirement Beyond its Legal Consecration? Analysis  
in Apropos of the Uruguayan Civil Procedure System**

**Abstract:** In civil procedure doctrine, veracity, particularly as a duty imposed on the parties, is highly questioned. Nevertheless, the Uruguayan system especially recognizes it. This dispute and the dilemmas that contemporary society faces, challenge us about the role that law plays in this situation. This research briefly reviews the state of the issue in to later analyze the relevance and legitimacy of the Uruguayan normative. Finally, why this requirement remains as such, beyond its normative consecration will also be justified from a philosophical perspective. Understanding duties as a form of protection of rights and the search for truth as inherent to the human condition, the duty of veracity of the parties in the process –beyond its express legal consecration– not only would not encounter major objections, but which would appear inexcusable.

**Keywords:** *Process, Veracity, Duties, Philosophy, Human nature.*

**Dovere di verità delle parti nel processo civile: un requisito oltre  
la sua consacrazione normativa? Analisi in relazione al sistema  
processuale civile uruguayano**

**Sommario:** Nella dottrina processuale civile, la verità, in particolare come dovere delle parti, è fortemente messa in discussione. Il sistema processuale civile uruguayano lo riconosce specificamente. Tale questione e i dilemmi che la società contemporanea deve affrontare ci sfidano sul ruolo che il diritto gioca in questa realtà. Questa indagine esamina brevemente lo stato della questione nella dottrina specializzata per poi analizzare la rilevanza e la legittimità delle normative uruguayane. Infine, da un punto di vista filosofico, sarà anche giustificato il motivo per cui tale requisito rimane tale, anche senza essere legalmente sancito. Comprendere i doveri come una forma di protezione dei diritti e la ricerca della verità come inerente alla condizione umana, il dovere di verità delle parti nel processo –al di là della sua espres-

sa consacrazione legale— non solo non incontrerebbe obiezioni importanti, ma che sembrerebbe imperdonabile.

**Parole chiave:** Processo, Doveri, Verità, Filosofía, Condizione umana.

## 1. La veracidad en la dogmática procesal civil

*“Veritas, atis (de verus): verdad, lo verdadero; sinceridad, franqueza”<sup>1</sup>.*

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la veracidad es “cualidad de veraz”, “que dice, usa y profesa siempre la verdad”<sup>2</sup>. La veracidad se relaciona con la honestidad, la franqueza, lo recto.

En el ámbito jurídico, surgen conceptos afines: derecho a la verdad<sup>3</sup>, deber de veracidad, deberes de coherencia y completitud. Estos deberes procesales, por su parte, han sido ampliamente debatidos y de difícil resolución, en marco del principio de buena fe procesal<sup>4</sup>.

Taruffo, desde su visión epistémica del proceso, y aun entendiendo que la verdad cuenta y es alcanzable, considera que ello no habilita a imponer a las partes un deber de colaborar activamente en la determinación de la verdad de los hechos. Justamente, la actividad de estos (como sujetos interesados) no cumple esa función epistémica que quedará para el juez<sup>5</sup>.

1 *Diccionario manual latino-español, español-latino* (1987). Barcelona. Sopena.

2 *Diccionario de la lengua española* (1992). Madrid. Espasa-Calpe.

3 Cfr. González Salzberg, D. A. (2008). “El derecho a la verdad en situaciones de postconflicto bélico de carácter no internacional”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Nro. 12, 450.

También en Resoluciones Nros. 66/2005, 12/2011 y 12/2012. Gozaini, O. (2017). *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, Vol. 1, 83 y 126.

4 Cfr. Abal Oliú, A. (2014). “La verdad y el proceso jurisdiccional en Uruguay”. En *I Seminario Internacional de Derecho Procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (Colección de Investigaciones en Derecho Nro. 2). Medellín. Universidad Pontificia Bolivariana, 187-223.

5 “En resumen, a lo sumo se invita o se obliga a las partes a evitar conductas obstructivas [...], pero todo esto no equivale a imponer a las partes un deber de colaborar activamente en la determinación de la verdad de los hechos. [...] las actuaciones de las partes no pueden quedar comprendidas en el ámbito de la dimensión epistémica del proceso”. Taruffo, M. (2010). *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid. Marcial Pons, 192-196. Taruffo, M. (2013). “Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos”. *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, Nro. 20, 18-30.

Desde visiones ideológicas más liberales, Montero Aroca vincula el surrimiento “no casual” del principio de buena fe procesal y sus correlativos deberes con los códigos procesales de URSS y la Alemania fascista y así aboga por su desconocimiento<sup>6</sup>.

En Latinoamérica, en una visión de proceso meramente dispositivo o acusatorio, Alvarado Velloso plantea –bajo los postulados del “garantismo procesal”– que el proceso es un verdadero método de debate en que la verdad y la justicia no interesan primordialmente al Derecho. Aunque igualmente incluye el principio de “moralidad” dentro del catálogo de principios informadores del proceso (en distinción a las reglas), le otorga un alcance limitado y cuestiona duramente la imposición de veracidad<sup>7</sup>.

Coloma, si bien reconoce que dependerá de cada sistema procesal, considera que, en principio, no hay restricciones para la clase de historias que pudieren ser presentadas y será el juez quien tomará la decisión sobre una serie de reglas que delimitan lo que debe y lo que no debe ser aceptado. Alcanzará con que se privilegien aquellas historias que puedan llegar a considerarse como verdaderas y se eviten las que aparezcan como disparatadas, pues estas definitivamente no favorecerán a sus intereses<sup>8</sup>.

Estas posturas son calificadas por Picó i Junoy como “revisionistas”, en tanto, o bien no reconocen la buena fe procesal como principio rector del proceso, o no le otorgan la debida relevancia o alcance, o la observan con

6 Montero Aroca, J. (2006). “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. En J. Montero Aroca (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 130-165. Cfr., también, Montero Aroca, J. (2011). “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”. En J. Montero Aroca (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Madrid. Tirant Lo Blanch, 292-350. Cipriani, F. (2006). “El abogado y la verdad”. En J. Montero Aroca (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 283-294. Cfr., también: Cipriani, F. (2007). “El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)”. *Revista Ius et Praxis*, año 13, Nro. 2, 44-55.

7 Alvarado Velloso, A. (2014). “Proceso y Verdad”. En *I Seminario Internacional de Derecho Procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (Colección de Investigaciones en Derecho, Nro. 2). Medellín. Universidad Pontificia Bolivariana, 128-129. Cfr. también: Alvarado Velloso, A. (2014). “La imparcialidad judicial y el debido proceso (la función del juez en el proceso civil)”. *Revista Ratio Juris*, Vol. 9, Nro. 18, 207-235. Calvino, G. (2010). “Los Derechos Humanos en la teoría del proceso”. En G. Águila Grados; A. Calderón Sumarriva; G. Calvino y R. M. González. *El Derecho Procesal del siglo XXI*. Lima. San Marcos, 37-76. González, R. M. (2010). “Proceso, república y democracia: algunas claves para constitucionalizar el proceso”. En G. Águila Grados; A. Calderón Sumarriva; G. Calvino y R. M. González. *El Derecho Procesal del siglo XXI*. Lima. San Marcos, 76-116.

8 Coloma Correa, R. (2006). “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límites a los dichos de los abogados”. *Revista de Derecho*, Vol. XIX, Nro. 2, 27-52.



desconfianza<sup>9</sup>. Entiende que el deber de veracidad de las partes “comporta la necesidad de no alegar como hechos existentes los que les constan como inexistentes, y viceversa, esto es, la necesidad de no alegar como desconocidos aquellos hechos cuya existencia conocen”. Ello no implica desconocer ni desproteger la libertad de las alegaciones fácticas iniciales, pero se sobreentiende que ese ejercicio encuentra límites y que uno de ellos es, precisamente, la veracidad<sup>10</sup>.

Simon Caureo define esta exigencia como el deber de decir la verdad de acuerdo con el conocimiento de cada uno, de ser fiel al conocimiento subjetivo de los hechos. Tiene como correlato la prohibición de decir mentiras, de afirmar conscientemente hechos falsos. Es decir, opera como un mecanismo deontológico de corrección y control del poder de apego de las partes<sup>11</sup>.

En la dogmática argentina especializada, Barberio y García Solá reconocen este deber como manifestación necesaria del principio de moralidad<sup>12</sup>. Heñin explica, además, que el principio dispositivo tampoco es un obstáculo para imponer esta conducta debida a las partes; es más, la mentira no puede ser tolerada en el proceso, ni siquiera con la justificación de que es la parte quien incurre en ella<sup>13</sup>.

9 Picó i Junoy, J. (2012). “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”. *Urbe et Ius: Revista de Opinión Jurídica*, Nro. 38, 50-56. Cfr. también: Picó i Junoy, J. (2002). “Los principios del nuevo proceso civil español”. En *XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal: en homenaje a la escuela procesalista uruguaya* (185-212). Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. Peyrano, J. W. (2011). “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 131-139.

10 Picó i Junoy, J. (2013). *El principio de la buena fe procesal*. Madrid. José María Bosch Editor, 148 y 153. Sobre el debate entre los denominados “reversionistas” y “negacionistas”, cfr.: Montero Aroca, J. (Coord.) (2006). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

11 Simon Caureo, E. (2018). “Il dovere di verità e completezza nel processo civile (Duty of Truthful Disclosure and Duty of Completeness in civil procedure, traducción libre)”. *Civil Procedure Review*, Vol. 9, Nro. 1, 27-42. Cfr. también: Simon Caureo, E. (2017). “Introduzione al dovere di verità e completezza nel processo civile”. En Grisi G. y Salvi C. (Eds.). *A propósito del diritto post-moderno. Atti Seminario Leonessa*. Roma. Roma TrE-Press, 91-104.

12 Barberio, S. y García Solá, M. (2011). “Lineamientos del principio de moralidad”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 730-731. Cfr. también: Peyrano, J. W. (2010). “Acerca de los ‘ismos’ en materia procesal civil”. *THÉMIS-Revista de Derecho*, Nro. 58, 23-27. Peyrano, J. W. (2006). “El abuso procesal recursivo o situación de recurso *ad infinitum*”. *Ius et Veritas*, Nro. 33, 195-197.

13 Heñin, F. A. (2011). “El principio de moralidad en el proceso civil”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 745. Cfr. también: Balestro Faure, M. (2011). “El principio que prohíbe el abuso de los Derechos Procesales”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 870.

Se puede distinguir del deber de integridad o completitud en que este impone además no omitir, a sabiendas, información o hechos relevantes para el proceso. También se diferencia del deber de coherencia porque este impone una conducta alegacional coherente a lo largo del proceso y, por tanto, se relaciona con la teoría de los actos propios en el ámbito procesal<sup>14</sup>.

En conclusión, la dogmática no ha resuelto la problemática. Conviven aún dos sectores que conceptualizan el Derecho Procesal, el proceso y los deberes desde ángulos aparentemente antagónicos.

Sin perjuicio, coincidimos con Peyrano –más allá de su postura puntual al respecto ya referida– en que no resulta útil y es hasta inconveniente la polarización de las visiones que, al final del día, solo conspiran contra el debate dogmático fructífero<sup>15</sup>.

## 2. Deber de veracidad en el sistema procesal civil uruguayo

*“Hay mentiras que pueden ser incluso de cortesía, poéticas,  
que no tienen que escandalizar ni perturbar.  
Muy al contrario, algunas se encuentran ya integradas en el juego social.  
Lo importante de la mentira es el contexto y a quién se miente.  
Pero también hay mentiras que son graves y dañinas  
para la mutua confianza de una sociedad.  
Son las que entran en el contexto oficial [...]”<sup>16</sup>.*

El proceso civil uruguayo, en forma general, está regulado por la Constitución y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Hu-

14 Simon Caureo, E. (2018). Ob. cit., 27-42. La dogmática procesal no es conteste respecto de la identidad o relación entre el deber de veracidad, el deber de completitud o coherencia y la teoría de los actos propios, en lo que no nos detenemos en el presente trabajo, ya que no se pretende una profundización estrictamente procesal. Cfr.: Canteros, F. (2017). “La doctrina de los actos propios y la mala fe procesal”. *Revista da Esmal*, Nro. 6, 95-104. Ordoqui Castilla, G. (2009). *Abuso de derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*. Montevideo. Universidad Católica del Uruguay, 567-582. Barberio, S. y García Solá, M. (2011). “Lineamientos del principio de moralidad”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I, citas de jurisprudencia argentina. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 205. Eguren, M. C. (2011). “El principio de eventualidad procesal: los alcances de una autocontradicción permitida”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 453-478. Picó i Junoy, J. (2013). *El principio de la buena fe procesal*. Madrid, José María Bosch Editor, 156. Gradi, M. (2018). *L'obbligo di verità delle parti*. Torino. G. Giappichelli Editore, XXIX (presentazione) y 759.

15 Peyrano, J. W. (2010). Ob. cit., 23-27.

16 Savater, F. (2004). *Los diez mandamientos en el siglo XXI. Tradición y actualidad del legado de Moisés*. Barcelona. Random House Mondadori, 54.

manos<sup>17</sup>. Por su parte, el CGP (Ley N° 15.982 y sus modificativas y, en particular, la Ley N° 19.090) regula específicamente los procesos civiles y fue inspirado, en gran medida, por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCM) presentado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

La veracidad, respecto de las partes, está explícita y particularmente consagrada en dos disposiciones, los artículos 5° y 63 del CGP, que en ambos casos reproducen el CPCM<sup>18</sup>.

El artículo 63 exige que los actos procesales sean lícitos, pertinentes y útiles; que se realicen con veracidad y buena fe. Refiere a los actos procesales en general, lo que, en el caso de las partes, se materializa especialmente en los actos de proposición y, eventualmente, en su declaración. Además, en la vigencia de la Ley N° 15.982, ley original del CGP, se consagraban la buena fe y lealtad procesal en el artículo 5°.

Con la reforma introducida por la Ley N° 19.090 se produce una modificación a esta disposición, con lo cual se incorpora el deber específico, a todos los sujetos, de actuar con veracidad. Sin perjuicio, Véscovi, por ejemplo, con anterioridad (simplemente con la vigencia del artículo 63) ya reconocía su existencia y pertinencia, en cuanto los requisitos de veracidad y buena fe importan una exigencia ética respecto de toda la actividad procesal y de todos los sujetos intervinientes<sup>19</sup>.

Además, se incorporó la colaboración procesal, pero su alcance fue fuertemente discutido. El proyecto propuesto por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) agregaba el deber de veracidad y colaboración procesal para la realización de todos los actos procesales, sin limitaciones o, por lo menos, sin remisión a ninguna otra disposición.

17 Artículos 7, 12-28, 72 y 332 de la Constitución y artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Cfr. Landoni, Á. (Director) (2002). *Código General del Proceso comentado, anotado, con jurisprudencia*. Montevideo. BdeF, Vol. 1, 10-13.

18 Cfr. Exposición de motivos del Código General del Proceso, *Código General del Proceso*, versión anotada y concordada por Biurrun Berneron R. y Uriarte Audi G. (2013). Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 10. Pereira Campos, S. (2016). "Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y la experiencia de Código General del Proceso uruguayo". En *Modernización de la justicia civil*. Montevideo. Universidad de Montevideo, 406-446. Pereira Campos, S. (2009). "Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica". *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nro. 2, 5.

19 Véscovi, E. (Director) (1992). *Código General del Proceso*. Tomo I. Montevideo. Ábaco, 130-134 y 282-283.

Luego de las discusiones parlamentarias<sup>20</sup>, finalmente se aprobó el artículo con la remisión expresa al artículo 142, en que se dispone que las partes tienen el deber de prestar la colaboración del buen litigante para la efectiva y adecuada producción de la prueba.

Esta puja encuentra explicación en dos visiones relativamente antagónicas, que se vinculan con la problemática planteada en el apartado anterior, “La veracidad en la dogmática procesal civil”. Van Rompaey ha sostenido que la colaboración procesal incluye la aportación, por parte de las partes, de toda la información y los elementos de convicción disponibles<sup>21</sup>.

Para Landoni, este actuar con veracidad se traduce en brindar información veraz y completa de los hechos, sin retaceos, es decir, que incluye las exigencias de completitud y coherencia y aun de aportación completa de prueba a disposición<sup>22</sup>.

Para Cal Laggiard, este deber no resulta ajeno al sistema porque es coincidente con la regulación de la valoración de la conducta procesal de las partes dispuesta por el artículo 688 del Código Civil<sup>23</sup>.

Abal Oliú advierte que solo se les impone la colaboración procesal a las partes en la producción de la prueba y “no en cualquier otra actividad procesal”<sup>24</sup>.

A pesar de estas diferencias, el CGP incluyó la colaboración procesal y la veracidad como un deber impuesto a las partes. En consecuencia, parece insoslayable reconocer que se consolidó, en palabras de Landoni, una “tendencia a la moralización del proceso y su humanización”<sup>25</sup>.

20 Cfr. Valentín, G. (2014). *La reforma del Código General del Proceso*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 11-15. Abal Oliú, A. (2013). “El principio de buena fe procesal a partir del nuevo texto del art. 5° del CGP”. *Revista CADE. Doctrina y Jurisprudencia*, Nro. 24, 5-10. Abal Oliú, A. (2014). Ob. cit., 204-207.

21 Van Rompaey, L. (1995). “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo”. *La Justicia Uruguaya*. Tomo 111, 447-453. También, Pereira Campos, S. (2013). “La reforma de la justicia civil en América Latina: una política pública ineludible”. *Revista Derecho & Sociedad*, Nro. 41, 251-256. Baluga Bello, C. (2015). “La aplicación del principio de buena fe en la audiencia preliminar”. En *XVIII Jornadas de Derecho Procesal*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 19-32.

22 Landoni, Á. (2014). “Las modificaciones introducidas al Código General del Proceso por la Ley N° 19.090. Sentido general de la reforma”. En *Curso sobre la reforma del Código General del Proceso (Ley N° 19.090)*. Montevideo. La Ley, 40.

23 Cal Laggiard, M. (2013). “Primeras lecturas de la reforma del CGP”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Nro. 24, 25.

24 Abal Oliú, A. (2013). Ob. cit., 5-10. Valentín, G. (2014). *La reforma del Código General del Proceso*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 11-16.

25 Landoni, Á. (2014). Ob. cit., 30-33.

### 3. La veracidad, ¿puede entenderse como un deber jurídico impuesto legítimamente a las partes en el proceso civil uruguayo?

#### 3.1. Respuesta desde la historia

*“E es llamada esta jura Juramentum calumnia, que quiere tanto dezir, como jura que fazen los ornes que andarán verdaderamente en el pleyto, e sin engaño. E esta jura es llamada otrosi en algunos logares Manquadra, porque ha en ella cinco cosas, que deue jurar también el demandador, como el demandado. [...] La segunda es, que quantas vegadas le preguntaren en juyzio por razon de aquella demanda; que siempre dira, lo que entendiere que es verdad, non mezclando y ninguna mentira, nin ningún engaño, nin ninguna falsedad, a sabiendas”<sup>26</sup>.*

No se pretende en este apartado fundamentar históricamente el reconocimiento o la consagración de este deber de veracidad, sino simplemente reconocer puntos de contacto en algunas regulaciones procesales no vigentes vinculadas al sistema procesal uruguayo<sup>27</sup>.

Podemos afirmar, en términos amplios, que el sistema procesal uruguayo encuentra antecedentes, en menor o mayor medida, en el proceso común (romano-canónico) del Derecho indiano y, más cercanamente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855<sup>28</sup>.

Respecto a la conducta proba o de buena fe, con carácter general, Va-liño recuerda que el Derecho romano se preocupó por el comportamiento simulado en el proceso, al requerir una serie de garantías y juramentos. Por ejemplo, en el caso de la *cautio iudicatum solvi*, la palabra tiene valor en

26 Siete Partidas de Alfonso el Sabio, III, 11, 23.

27 Sin perjuicio, coincidimos en que “no es correcto interpretar linealmente la evolución del Derecho y considerar el actual como una derivación lógica, como *germinatio* del precedente [...]. Lo que no excluye necesariamente la aparición de líneas que, en cierto modo, conectan el pasado al presente. En cierto modo: porque son paralelas, no desvelan explícitamente el itinerario, y de cuando en cuando se evaporan para reaparecer después donde nadie las busca. Indican, con su proceder intermitente, un camino poco previsible y difícilmente descifrable”. Caroni, P. (2014). *La soledad del historiador del Derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Madrid. Dykinson, 191.

28 Cfr. Exposición de motivos del Código General del Proceso, *Código General del Proceso*, versión anotada y concordada por Biurrun Berneron, R. y Uriarte Audi, G. (2013). Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 9-13. Couture, E. (2016). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo 3. Montevideo. La Ley, 236-240.

cuanto el demandado promete ante fiadores cumplir la sentencia de condena; o, en el caso del *iusiurandum calumniae*, tanto el actor como el demandado juraban que no demandaban o no se oponían con la única intención de dañar al adversario<sup>29</sup>.

Por otra parte, las Siete Partidas de Alfonso X en el siglo XIII representan un hito como esfuerzo compilador del Derecho en el que la Tercera Partida constituye un verdadero tratado sobre regulación procesal. En ella aparecen varias leyes que regulan la conducta esperada de los sujetos intervinientes en el proceso. Sobre las partes, por ejemplo, encontramos referencias en el Título II, leyes XV y XL De la demanda; en las leyes XIX, XX, XXII De la tenencia de cosa demandada; en la ley XLIII Del demandante que pide de más; y en la ley XLIV Del demandante que pide deuda falsa. La justicia y la verdad no resultan conceptos indiferentes, sino que aparecen como valores protegidos por el proceso<sup>30</sup>.

Respecto al valor de la palabra dada en juicio por los litigantes, en el Título XI, ley XXIII, se regulan los juramentos, especialmente el de calumnia o “manquadra”, por el cual aquellos juraban ante el juez que no procederían con engaño y alegarían lo que “entendieran por verdad”.

En el Derecho indiano, la ley V de la Real Cédula de Aranjuez de 1794 dispone que “en los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”<sup>31</sup>.

En cuanto al ordenamiento patrio, Simón encuentra como antecedente a este instituto los artículos 327, 466 y 679 del Código de Procedimiento Civil, en los que ya está presente la búsqueda de la verdad en la actividad probatoria, la falsedad como causal de nulidad y la imposición de costas y costos en caso de conducta maliciosa o de clara ligereza.

En síntesis, podemos advertir que la veracidad, en sentido amplio, se encontraba presente en textos antecedentes –aunque con oscilaciones<sup>32</sup>– y

29 Valiño Arcos, A. (2002). “Algunos aspectos relacionados con la imposición de costas en el proceso civil en el Derecho Comparado”. *Revista Facultad de Derecho*, Nro. 21, 251-267. Cfr. también: Gradi, M. (2018). *L'obbligo di verità delle parti*. Torino. G. Giappichelli Editore, 99-144. No se desconoce la negación histórico-teórica del deber de veracidad. Cfr. Arcaria, F. (2019). “Il ‘dovere di verità’. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l’esperienza giuridica romana”. *Teoria e Storia del Diritto Privato*, Nro. XII, 1-100.

30 Cfr. Barnech Cuervo, M. C. (2019). *Siete Partidas de Alfonso X: ¿Puede advertirse una exigencia de conducta proba para los sujetos intervinientes en el pleito en la regulación procesal de la Tercera Partida?* [trabajo presentado en el marco del Doctorado de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina].

31 “Real Cédula de Erección del Consulado de Buenos Ayres expedida en Aranjuez a XXX de enero de MDCCXCI”. Madrid. En la Oficina de Benito Cano, Ley V, 5.

32 Sin perjuicio, debe reconocerse que las regulaciones españolas (Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y 1871) no contienen disposiciones en este sentido. Cfr. Couture, E. (2016). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Montevideo. La Ley, 172.

se aplicaban sanciones en caso de desvío. Es decir, la veracidad como exigencia de conducta de las partes no es ajena al Derecho.

### **3.2. Respuesta desde el pensamiento de Couture**

*“La búsqueda de la verdad tiene estas cosas.  
¿Pero podrá la especie humana proclamar que en su larga  
y conmovedora aventura sobre la tierra no ha podido aún  
lograr una justicia inspirada por la verdad?”<sup>33</sup>.*

El sistema procesal uruguayo, así como el de los demás países latinoamericanos, está fuertemente inspirado por las ideas de Couture. La evolución de la regulación del proceso en Uruguay encuentra base en sus enseñanzas, por lo que pensar los sistemas procesales latinoamericanos, y especialmente el uruguayo, impone tener presente su perspectiva<sup>34</sup>.

El pensamiento de Couture es muy vasto y profundo, y va más allá del análisis de la regulación particular de la ley procesal. Realiza un planteo crítico sobre el proceso civil y su relación con el pensamiento individualista liberal del siglo XIX, para demostrar que el sistema procesal basado en ese enfoque aparece como insuficiente, que la igualdad formal de las partes y la total autonomía de la voluntad aparecen en crisis. Así, debe darse paso a un “Derecho Procesal de la democracia”, superador de las deficiencias del anterior.

Presentando una síntesis de los enfoques existentes a la época de su producción, adhiere a la postura de quienes reconocen un deber de decir verdad con texto expreso y sin texto expreso, con sanciones y sin sanciones, bastando el cúmulo de disposiciones que se hallan en todos los códigos tendientes a reprimir la ligereza, la malicia o el dolo del proceso<sup>35</sup>. Parte de la idea general de que inicialmente existe un principio ínsito que determinaría un deber de las partes de decir la verdad, en tanto “el Derecho no puede ser torcido”. Es más, el proceso tiene cierta inherencia de verdad porque es la realización de la justicia y esta no debería basarse en la mentira. Si bien el proceso puede ser visto como un debate dialéctico, tiene como eje central la justicia. Concluye que dicho deber es un deber de conducta humana, más allá del proceso, y que, *a posteriori*, cada sistema

33 Couture, E. (2016). Ob. cit., 187.

34 Pereira Campos, S. (2016). Ob. cit., 30-85. Cfr., también, Discusiones parlamentarias disponibles en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/36010/tramite>.

35 Couture, E. (2016). Ob. cit., 173-175.

y ley procesal ubicará este imperativo, consagrándolo ya sea como obligación, deber o carga<sup>36</sup>.

En consecuencia, entendemos que todo lo expresado justifica la afirmación de que la veracidad consagrada en la regulación vigente es consistente con el pensamiento de Couture, que es efectivamente su inspirador.

“La noción de espejo comprende la idea de reflejo. Y esta última puede aplicarse tanto a Couture [...]. Sus vidas son los ecos de tiempos pasados. Sintetizan una época con repercusiones presentes. Volver sobre sus pasos ayuda a entender los dilemas de hoy. La historia como construcción permanente brinda explicaciones del presente con razones del pasado que se transforman al relacionarse con una diversidad que las condiciona”<sup>37</sup>.

### **3.3. Respuesta desde los conceptos de proceso, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva**

*Martini: “Quisiera ahora hacer una pregunta al profesor Zagrebelsky [sobre...] la imposibilidad de definir la justicia. No entiendo cómo no se pueda reconocer que una cosa es el anhelo de justicia, inseparable de toda persona humana, otra definir en abstracto qué se entiende por justicia, y otra acordar por unanimidad qué es justo aquí y ahora. Me parece que la dificultad [...] no debería oscurecer la evidencia de ese sentido de justicia del que todo nace y que es percibido por cada uno de nosotros como valor absoluto, no negociable”.*

*Zagrebelsky: “Usted destaca la condición común de todo ser humano en la apertura al sentido de la justicia, en el hambre y la sed de justicia. [...] Agregaría que una sociedad en la que esté agotado el sentido de la justicia, en la que no se lo pueda cultivar, es una sociedad deshumanizada en la que no vale la pena vivir”<sup>38</sup>.*

Picó i Junoy considera que uno de los fenómenos más relevantes del Derecho Procesal que se ha desarrollado durante el siglo XX ha sido el de la “publicización” o “socialización” del proceso. Entiende que ha quedado de manifiesto la distinción entre el concepto de objeto del proceso y el concepto de proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela. Si bien

36 Couture, E. (2016). Ob. cit., 181, 184 y 186.

37 Oteiza, E. (2017). “Eduardo J. Couture. Huellas que ayudan a comprender el presente”. En Á. Landoni Sosa y S. Pereira Campos. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo I. Montevideo. La Ley, 21.

38 Zagrebelsky, G. y Martini, C. M. (2006). *La exigencia de justicia*. Madrid. Trotta, 66-67.



los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea, del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, al concebirse no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de Derechos Privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado. Y más precisamente deja de aceptarse como válida una solución cualquiera del conflicto para reconocer la necesidad de arribar a una solución justa<sup>39</sup>.

Por otro lado, Carretta Muñoz afirma que el proceso requiere de una directriz ética que le sirva de guía y, consecuentemente, los deberes jurídicos procesales buscan, más allá del desarrollo del proceso, que este se desenvuelva de una manera éticamente correcta. Ello por cuanto los deberes emanan del estadio axiológico del proceso<sup>40</sup>.

En Latinoamérica, Londoño advierte que la concepción actual del Estado impacta en la forma de practicar el Derecho, el proceso adquiere una nueva perspectiva en la que busca la solución justa del conflicto jurídico. Así, se espera el cumplimiento de determinados deberes de las partes vinculados a colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia<sup>41</sup>.

La exigencia de debido proceso se manifiesta en dos dimensiones: una adjetiva o formal y otra sustantiva o material. Por un lado, la faceta formal alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, es decir, el conjunto de reglas procesales de carácter obligatorio –de orden público– que regulan un procedimiento para que sea este formalmente válido<sup>42</sup>.

Entendemos que es en este marco en que corresponde analizar el proceso uruguayo. La Constitución garantiza el debido proceso en sus dos dimensiones y ello impone, consecuentemente, un modelo procesal basado en garantías efectivas para la protección de los derechos<sup>43</sup>.

39 Picó i Junoy, J. (2012). Ob. cit., 50-56.

40 Carretta Muñoz, F. (2008). “Deberes procesales en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, 116 y 123.

41 Londoño Jaramillo, M. (2007). “Deberes y derechos en el Estado social de Derecho. *Opinión Jurídica*, Vol. 6, Nro. 11, 67-86.

42 El debido proceso formal como garantía se consagra en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), artículos 81, 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículos 2º, 9º y 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH), artículos 18 y 26. Sobre las dimensiones del debido proceso, cfr. Ticona Postigo, V. (2007). “El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el Estado constitucional de Derecho”. *Revista Oficial del Poder Judicial de Perú*, Nro. 1/2, 27-49. Gozaíni, O. (2017). *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 23-35.

43 Cfr. Risso Ferrand, M. (2011). *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*. Montevideo. Universidad Católica del Uruguay y (2005). *Derecho Constitucional*. Tomo 1. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. Barnech Cuervo, M. C. (2016). *El juez como*

Como se explicó en el apartado “Deber de veracidad en el sistema procesal civil uruguayo”, este se consagra expresamente en los artículos 5º y 63, con remisión al artículo 142. Sin perjuicio, entendemos que este deber se ve reforzado desde una interpretación integral del sistema procesal. Son varias las disposiciones del CGP que se alinean en el mismo sentido.

El artículo 11 incorpora expresamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, con lo que ello implica; y, por su parte, el artículo 14 reconoce como criterio interpretativo de la norma procesal que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales y la defensa del debido proceso.

Puede advertirse, también, un cúmulo de disposiciones que conforman una regulación unitaria de la conducta procesal de las partes con consecuentes sanciones en caso de incumplimiento, como, por ejemplo, los artículos 56, 57 y 61<sup>44</sup>. Asimismo, corresponde recordar el instituto de la declaración de parte, la forma y el contenido de los actos de proposición<sup>45</sup>.

A ello se agregan las facultades, los poderes y los deberes del tribunal para sancionar conductas indebidas. Pero lo más destacable es el artículo 24, que faculta al tribunal a ordenar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Y, aún más, en el artículo 25 se le impone al tribunal el deber de averiguar la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad.

Ante estas disposiciones, Pereira Campos entiende que el proceso uruguayo ha ido alejándose de la clásica y liberal postura antagónica entre partes para buscar una visión más publicista en la forma de administrar justicia, lo que es coincidente con los criterios propuestos por el Código Pro-

---

*garante último de la protección de los Derechos Humanos. Panorama desde la acción de amparo y la problemática de los medicamentos de alto costo* [tesis aprobada para adquirir la titulación de Magister en Derecho Constitucional, con énfasis en Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay].

44 Cfme. Cal Laggiard, M. (2013). Ob. cit., 24, 27.

45 Artículos 117-122, 130-136 y 148-153 del CGP. El artículo 117 dispone, entre los requisitos de la demanda: “[...] la narración precisa de los hechos” (teoría de la sustanciación y exigencia de *clare loqui*). El artículo 130, entre los requisitos de la contestación, dispone: “[...] el demandado deberá pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda”. Cfr. Klett, S.; Baluga, C.; Elizalde, L.; Dávila, J. y Soñora, G. (2002). “El principio de lealtad en los actos de proposición y en la audiencia preliminar”. En *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 93-123. Baluga, C. (2015). “La aplicación del principio de buena fe en la audiencia preliminar”. En *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 19-32.

cesal Modelo para Iberoamérica (CPMI), en cuanto a que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales<sup>46</sup>.

Ordoqui Castilla, al analizar esta regulación procesal uruguaya, entiende que el proceso está ordenado en función de una conducta ética que deben seguir los sujetos intervinientes, por lo que todas las normas procesales confluyen en un fin común que es el arribar a la verdad y la justicia<sup>47</sup>.

En síntesis, podemos aseverar que se ha demostrado (muy brevemente y con “pinceladas”) que la consagración legal del deber de veracidad resulta no solo una opción legislativa formalmente legítima, sino también coherente y consistente con todo el sistema procesal uruguayo en su conjunto: buena fe, lealtad y colaboración son su eje articulador; debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

#### **4. La veracidad, ¿requiere necesariamente su consagración legal explícita, o, por el contrario, se impone, en el proceso civil, aun en ausencia de ella?**

*“Parece empresa descabellada fundar la ética solo sobre sí misma,  
sin referencia o conexión a un horizonte global  
y, por lo tanto, al tema de la verdad.  
Pero ¿cuál es la esencia de la verdad?  
Pilato hizo a Jesús esa pregunta, pero no esperó su respuesta,  
porque tenía prisa y quizá también porque no estaba  
realmente interesado en el problema.  
La cuestión de la ética está unida al problema de la verdad [...]”<sup>48</sup>.*

Hasta aquí hemos intentado justificar la legítima consagración explícita jurídico-procesal del deber de veracidad de las partes en el sistema procesal civil uruguayo.

Ahora bien, si el sistema no consagrara tal imposición, ¿se impondría igualmente un deber de ser veraz en el proceso civil?

Esta pregunta da cuenta de algunos desafíos y complejidades que enfrenta el Derecho Procesal. Por un lado, debe afrontar la dificultad de que el proceso garantice los intereses de los individuos que participan de él y,

46 Pereira Campos, S. (2012). “Algunas lecciones aprendidas en la aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay”. *Derecho & Sociedad*, Nro. 38, 300 y especialmente sobre deber de veracidad, 303.

47 Ordoqui Castilla, G. (2009). Ob. cit., 567-582.

48 Eco, H. y Martini, C. M. (1997). ¿En qué creen los que no creen? Madrid. Planeta, 163.

además, responda con soluciones socialmente aceptables en beneficio del interés común.

Por otro lado, pone de manifiesto la íntima y cada vez más creciente relación entre el Derecho Procesal y la Filosofía del Derecho que, históricamente, ha sufrido acercamientos y desencuentros. Se reconoce una larga tradición en que el Derecho Procesal se ha reducido a una perspectiva formalista procedimental.

Probablemente el acercamiento se ha producido a lo largo del tiempo, más específicamente en torno a la actividad del juez y el razonamiento judicial o sobre las teorías acerca de la construcción de la decisión, donde puede reconocerse con mayor claridad un diálogo entre ambos puntos de vista. Sin embargo, la reflexión acerca de la posición de las partes no ha tenido el mismo desarrollo y es más reciente<sup>49</sup>.

En efecto, para comprender la temática de la veracidad como objeto de estudio y redimensionar su alcance en el proceso, debemos alejarnos de la mirada formalista del Derecho Procesal (sin desconocer la construcción sobre la teoría general del proceso), para dar paso a otra, donde este se enmarca dentro de una teoría del Derecho y, más específicamente, desde la filosofía<sup>50</sup>.

Justamente, la tríada –cada vez más pujante– “hechos, prueba y verdad”, donde se ubicaría la veracidad como deber, ha exigido un abordaje filosófico-epistémico<sup>51</sup>.

49 “El estudio de la prueba de los hechos, la valoración racional de la prueba, la motivación racional y la búsqueda de la verdad en el proceso han sido objeto de atención por parte de los iusfilósofos en las últimas décadas, dando lugar a un renovado estudio epistemológico por parte de la Teoría del Derecho y de la Filosofía del Derecho sobre otras disciplinas, siendo principalmente una de ellas el Derecho Procesal: la verdad como condición de justicia, la estructura dialéctica del proceso, como encuentro entre las partes y diálogo del juez en su razonamiento, la relevancia del lenguaje en el proceso, y tantas otras cuestiones constituyen áreas de interés por parte de ambas disciplinas”. Belloso Martín, N. (2020). “Algunos retos para la filosofía jurídica actual: las posibilidades de una filosofía del derecho procesal constitucional”. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*, Vol. 5, Nros. 1, 85-112.

50 Cfr. Meroi, A. (2007). “El Derecho Procesal y las ramas del mundo jurídico”. *Investigación y Docencia*, Nro. 40, 165-175.

51 “Desde las primeras páginas de este documento declaramos nuestra intención de reflexionar sobre la experiencia procesal yendo más allá de los mecanismos conocidos que ofrece el positivismo lógico-formal y el racionalismo de la Ilustración, deteniéndonos en el papel de los seres humanos en el proceso, en la creencia de que una aproximación filosófica al proceso que aspira a aparecer creíble y bien fundada no puede permanecer anclada en categorías formales y abstractas que, aunque bien conocidas, deberían conceder espacios adecuados para cuestionar el papel de los individuos, sus historias, su cultura, el significado de sus acciones dentro del contexto social de origen, primero, y en el procesal, después”. Di Donato, F. y Scamardella, F. (2015). “Filosofía y Derecho Procesal: las nuevas fronteras del Derecho contemporáneo. Voces en acción”. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3, 2143-2193. Cfr. también

Ello se reafirma con la constatación de que la sociedad contemporánea con sus demandas, contradicciones y aporías nos interpela y nos embiste. Actualmente, prácticamente sin importar desde qué enfoque jurídico-filosófico se parta, es insoslayable desconocer el vacío de la sociedad actual. Desde la claridad y, a veces, crudeza de Bandieri, “atravesamos una crisis que, como su etimología señala, marca incertidumbre en el juicio y en la decisión, cuando no sabemos bien qué hacer porque no sabemos bien qué pensar, ya que están afectadas –como señalaba en su tiempo Ortega y Gasset– no tanto las ideas que tenemos, sino las creencias mismas que somos”<sup>52</sup>.

Si bien no corresponde plantear la problemática casi irresoluta entre el Derecho y la moral, podemos destacar la visión de Méndez, para quien el Derecho, aunque no recoja todo lo moral, lo que recoge es una parte de la moral, en tanto lo jurídico puede no totalizar la vida humana, pero tiende a asegurar las condiciones y el clima social que hagan posible su integral desarrollo<sup>53</sup>.

Se comparta o no esta interrelación, sí parece indiscutible, como explica Portela, que lo propio y significativo del Derecho es la alteridad: la conducta de uno refiere siempre a otro. De esta forma, definitivamente se trata de preferir valores que se relacionan con esa dimensión *ad alterum*, denominados “valores de conducta bilateral”<sup>54</sup>.

---

posturas acerca de una posible “Filosofía del Derecho Procesal”. Agudelo Ramírez, M. (2006). *Filosofía del Derecho Procesal*. Bogotá. Leyer.

52 Bandieri, L. M. (s. f.). ¿Un neopositivismo moral?

53 “Ciertamente el Derecho recoge una *minima moralia*, pero no establece un contenido *extra moralia* (fuera de la moral). Los contenidos jurídicos, aunque no recojan todo lo moral, lo que recogen es una parte de la moral y, como tal parte, intrínsecamente sigue perteneciendo al todo de la moralidad de la vida humana. Lo jurídico no totaliza la vida humana, no comprende unitariamente todos sus aspectos, pero tiene en su finalidad asegurar las condiciones y el clima social que hagan posible el desarrollo de esa totalidad en perspectiva del sentido de la vida. [...] Lo jurídico no se cierra sobre sí mismo, sino que mantiene su pertenencia al todo, a la plenitud moral, que es la plenitud de la persona. La *minima moralia* es jurídicamente exigible, pero la *maxima moralia* es política, cultural y religiosamente ofertable”. Méndez, J. R. (2017). “Derecho y moral. ¿Por qué ocuparnos? ¿De qué ocuparnos?”. *Prudentia Iuris*, Nro. 84, 19-29. Cfr. también: “[...] lo jurídico nunca puede ser considerado desvinculado de la moral, porque la actividad humana libre es estudiada principalmente por la filosofía moral. No estoy diciendo que el Derecho y la moral sean lo mismo, solo digo que pertenecen al mismo orden de cosas, que es la conducta humana libre”. Maino, G. (2018). “Billy Budd o sobre la existencia del Derecho Natural”. *Prudentia Iuris*, Nro. 86, 21-34.

54 “Pero hay más, lo propio y característico del Derecho es la alteridad, a partir de la cual mi conducta se refiere siempre a otro: *ad alterum*. [...] Entendemos que con la expresión ‘valores de conducta bilateral’ se alude, como expresáramos más arriba, a todos aquellos valores que tienen que ver con la dimensión de alteridad en cuanto esta tiene de jurídica [...]”. Portela, J. (2008). *Una introducción a los valores jurídicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 62. Cfr. también: Maino, G. (2012). “Derechos Humanos y consenso o el eterno retorno del positivismo jurídico”. *Prudentia Iuris*, Nro. 73, 13-32.

En esta alteridad o intersubjetividad propia del Derecho pueden concebirse los derechos, los deberes y las obligaciones. El Derecho es tal en función del otro, de su carácter de alteridad, y corresponde darle al deber –como conducta exigible– un lugar central. Bandieri reivindica los deberes como tales, advirtiendo que el Derecho se ha ocupado afanadamente por los derechos y no de igual forma por los deberes. “Es hora, quizás, de que los juristas volvamos sin complejos la mirada a los deberes”<sup>55</sup>.

Maino coincide en que los deberes son los “grandes ausentes de la organización jurídico-política occidental”, que revalorizar los deberes requiere revalorizar la alteridad, reconocer al otro como a quien se está obligado<sup>56</sup>.

Por su parte, Ettlín advierte, también, que es necesario poner en el debate jurídico la problemática de los deberes. Las reivindicaciones sobre los derechos, de alguna forma, han dejado de lado el debate sobre los deberes, olvidando que los derechos se conquistan asumiendo deberes<sup>57</sup>.

Así las cosas, consideramos que en la sociedad actual los deberes deben dar pelea y es en este contexto en el que debemos posicionar el proceso, la verdad y el rol de las partes.

Por otra parte, la verdad como única y cognoscible o alcanzable (presupuesto del que partimos) también resulta cuestionada<sup>58</sup>. Sin embargo, par-

55 Bandieri, L. M. (s. f.). *Derechos fundamentales, ¿deberes fundamentales?*; sobre el reconocimiento histórico de los deberes fundamentales y deberes jurídicos, Peces-Barba, G. (1987). “Los deberes fundamentales”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 4, 329-341.

56 “Además de ese salir de nosotros mismos que requiere el reconocer al otro, entender lo jurídico desde el deber también se funda en el hecho de que el hombre, por el solo hecho de vivir, por más aislada y limitada que sea su actividad, se hace incesantemente deudor. [...] Para ello es necesario recuperar el horizonte de los deberes tanto desde el punto de vista social y político, como también desde el punto de vista jurídico”. Maino, G. (2016). “Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes. Aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy”. *Derecho y cambio social*, Vol. 13, Nro. 43, 1-27. Cfr. también: “Desde esta perspectiva, la dignidad adquiere toda su trascendencia jurídica al asumirse no solo en su sentido pasivo u ‘ontológico’, sino también desde su rol activo o moral, lo que significa que toda persona tiene la obligación o deber de comportarse conforme su constitutivo esencial humano para alcanzar la dignidad de su naturaleza, tanto en sí misma como frente a los demás”. Quintana, E. M. (2017). “Dignidad y deberes humanos”. *Prudentia Iuris*, Nro. 83, 73-94.

57 “La armonía y la dinámica social requieren también la consideración de que los derechos existen pero se conquistan asumiendo deberes, y de que ambos no son excluyentes o diferentes; constituyen dos fuerzas que confluyen a la evolución progresista de las relaciones humanas”. Ettlín, E. (2013). *Hacia una teoría jurídica general sobre los deberes humanos*.

58 Juan Pablo II advertía respecto de nuestras sociedades: “Pero, de este modo, ha desaparecido la necesaria exigencia de verdad en aras de un criterio de sinceridad, de autenticidad, de ‘acuerdo con uno mismo’, de tal forma que se ha llegado a una concepción radicalmente subjetivista del juicio moral [...]. Como se puede comprender inmediatamente, no es ajena a esta evolución la crisis en torno a la verdad”. Carta encíclica *Veritatis Splendor*.

timos de la afirmación de que el hombre tiende naturalmente a la verdad y, correlativamente, asume el deber de buscarla, en cuanto permite la interrelación social. Las relaciones humanas se basan en la confianza recíproca y esa es posible si se actúa en la verdad<sup>59</sup>.

Nada de ello debería ser ajeno al proceso jurisdiccional y, particularmente, el civil.

Pero para ello deben adoptarse algunas posturas de corte filosófico. Desde la perspectiva en la que nos hemos centrado, para fundar el deber de veracidad en el proceso civil, necesariamente debemos partir inicialmente desde el presupuesto gnoseológico de que la realidad es cognoscible y la verdad es alcanzable, como viene de justificarse.

No desconocemos que la tríada “hechos, prueba y verdad” ha sido objeto de desvelos de la dogmática. No pretendemos dar respuesta a este dilema, sino humildemente abordar la veracidad como deber impuesto a las partes en el proceso civil.

Si, por un lado, el hombre tiende naturalmente a la verdad y esta es una virtud (o, por lo menos, una conducta humana deseable para facilitar la convivencia social) y, por otro lado, el Derecho tiene como rasgo propio la alteridad, cabe considerar que el proceso jurisdiccional debe tender a la verdad, como camino a la justicia, y ello se impone aún más en la sociedad contemporánea.

En la “embriaguez posmoderna” la verdad ha sido deconstruida, si no desconocida. Sin embargo, más allá de las dificultades teóricas, la verdad es objetiva, buena y digna de ser considerada y, procesalmente, la determinación de la verdad en el proceso es posible y necesaria<sup>60</sup>. Es más, Taruffo tam-

59 “Por esto, la convivencia civil solo puede juzgarse ordenada, fructífera y congruente con la dignidad humana si se funda en la verdad. Es una advertencia del apóstol san Pablo: ‘Despojándonos de la mentira, hable cada uno verdad con su prójimo, pues que todos somos miembros unos de otros’. Esto ocurrirá, ciertamente, cuando cada cual reconozca, en la debida forma, los derechos que le son propios y los deberes que tiene para con los demás. [...] Virtudes morales y valores del espíritu. Todas estas cualidades deben ser consideradas insuficientes por completo para dar a las relaciones de la vida diaria un sentido más humano, ya que este sentido requiere necesariamente como fundamento la verdad; como medida, la justicia; como fuerza impulsora, la caridad; y como hábito normal, la libertad”. Carta encíclica *Pacem in terris*.

CIC 2467, CIC 2468, CIC 2469, CIC 2486 y CIC 2487. Cfr. también: Benedicto XVI, “Carta encíclica *Caritas in veritate*”, numeral 3.

60 Desde su concepción epistémica del proceso, del rol de las “narraciones procesales” y aun sin reconocer la necesidad de veracidad de las partes, igualmente Taruffo reconoce la importancia ineludible de la verdad. Taruffo, M. (2019). “La decisione giusta”. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 2, 1-2 y 8. Cfr. también Taruffo, M. (2010). Ob. cit., 134 y 137. Haack, S. (2016). “La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo”. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (Coords.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid. Marcial Pons, 331-336. Cfr. también Di Donato, F. y Scamardella, F. (2015). “Filosofía y Derecho Procesal: las nuevas

bién destaca la verdad como valor de carácter moral, político, epistemológico y jurídico; sería difícil admitir que un ordenamiento en que la administración de justicia pueda basarse en el error, o bien sea indiferente frente a una comprobación falsa o verdadera, sea un ordenamiento justo<sup>61</sup>.

Ello no significará que en el proceso siempre pueda alcanzarse la verdad en el caso; pero en términos de Peyrano, sí se debe procurar aproximarse a ella en forma limitada y selectiva. Es decir, una aproximación limitada supone comprender los propios límites de acceso y producción de prueba en el proceso; y la aproximación selectiva es la que se hace dentro de las posibilidades procedimentales y el carácter o la naturaleza del objeto del proceso<sup>62</sup>.

Con estas consideraciones asumidas, resta ensayar una respuesta a la pregunta inicial: determinar si las partes quedan igualmente sometidas a un deber de veracidad si este no es consagrado explícitamente.

Creemos que el panorama expuesto permite sostener que, efectivamente, la veracidad sí es un deber de conducta humana, natural. Tender a la verdad y buscarla es lo propio del ser humano. Consecuentemente, honrarla también debe serlo. ¿Por qué excluirlo en el proceso civil? Entendemos que no es admisible excluir a ningún sujeto del proceso de esta realidad; ello sería retacear su naturaleza.

Si el Derecho implica alteridad y como personas participamos de una tendencia natural a la verdad (la honestidad abarca todas las conductas humanas, en todo momento, más allá de las circunstancias), entonces eso es aún más lógico en un proceso judicial que se abroge de justo. Nada de ello debería entenderse como limitación o afectación de derechos (derecho de acción y defensa).

---

fronteras del Derecho contemporáneo. Voces en acción”. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3, 2143-2193. No desconocemos otras perspectivas desde las cuales la verdad no es relevante en el proceso. Cfr. Bandieri, L. M. (s. f.). *Sobre la verdad en el Derecho y en el “Estado constitucional”*. La dogmática garantista, ya reseñada (ver apartado “La veracidad en la dogmática procesal civil”), tampoco reconoce la verdad como finalidad del proceso. Sobre otros cuestionamientos limítrofes, cfr.: Reyes, S. (2017). “Sobre Derecho y averiguación de la verdad”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 40, 317-337.

61 Taruffo, M. (2017). “Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos”. En Á. Landoni Sosa y S. Pereira Campos. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo I. Montevideo. La Ley, 145.

62 Cfr. Peyrano, J. W. (2017). “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”. En Á. Landoni Sosa y S. Pereira Campos. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Ob. cit., 158-161. Acerca de los límites y sus cuestionamientos a la aproximación a la verdad, cfr.: Nieva Fenoll, J. (2019). “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”. En G. Priori Posada. *Justicia y proceso en el siglo XXI. Desafíos y tareas pendientes*. Lima. Palestra, 334-353. Así como la problemática de la prueba ilícita.



No se pretende elaborarlo como un deber absoluto de decir la verdad en el proceso, en el sentido más profundamente kantiano, pero sí proponer que entre un deber de transparencia tan inmenso como antinatural y un derecho desvergonzado a la mentira puede concebirse de alguna forma intermedia el deber procesal de veracidad<sup>63</sup>.

Gradi precisa que “l’obbligo di verità” solo puede entenderse con referencia al conocimiento personal de la parte, cuyas declaraciones pueden, por lo tanto, sin culpa, ser incorrectas o incompletas, pero no falsas o reticentes; parece posible superar los obstáculos informados en el nivel de la teoría general de procesos<sup>64</sup>.

Ello no importa una postura incrédula ante la posible conducta de las partes como sujetos interesados en el proceso. Reconocemos la complejidad de las alegaciones proposicionales iniciales. Empero ello no excluye la verdad ni permite la narración intencionalmente falaz. Podrá tratarse de una construcción lingüística interesada, modulada, si se quiere subjetiva. Aun puede concebirse como un discurso “estratégicamente organizado”<sup>65</sup>, pero no deliberadamente engañoso.

Así, tanto la palabra –como signo de racionalidad y fuerza perlocutiva– como los aspectos lingüístico-pragmáticos del discurso jurídico (en este caso de las partes) adquieren un lugar central. No se tratará de un discurso inocente, aséptico, sino, por el contrario, podrá entenderse cargado de connotaciones o estrategias discursivas enfocadas a la defensa de su postura, pero no significa que la mentira o deshonestidad, pues, vayan de suyo.

Desde esta perspectiva es que afirmamos que el deber de veracidad y el derecho de acción y defensa no son necesariamente contrapuestos o incompatibles.

Si revalorizamos los deberes como forma de protección de los derechos y entendemos la búsqueda de la verdad como inherente a la condición humana, entonces el deber de veracidad de las partes en el proceso –más allá de su consagración jurídica expresa– no solo no encontraría grandes objeciones, sino que aparecería como inexcusable.

## 5. Síntesis final

Primeramente, queremos expresar que en este esfuerzo de reflexión científica se intentó humildemente cumplir con la misión de todo integrante

63 Gradi, M. (2018). Ob. cit., XXXI (*presentazione*).

64 Gradi, M. (2009). “Il divieto di menzogna e di reticenza delle parti nel processo civile”. *Diritto e Formazione*, año 3, Nro. 5, 794.

65 Aseff, L. M. (2003). *Argumentación jurídica y semiosis social*. Buenos Aires. Juris, 135.

de una comunidad universitaria, académica: contribuir hacia una necesaria reflexión interpelante<sup>66</sup>.

Respecto del objetivo más particular de este trabajo, creemos que el reconocimiento expreso que el sistema procesal uruguayo da al deber de veracidad de las partes (como integrante de los principios de buena fe y colaboración procesal) ha quedado demostrado como legítimo, pertinente y consistente con el sistema procesal en general.

También consideramos que se ha echado luz sobre su relevancia y necesidad de revalorización a través de justificaciones jurídicas y filosóficas, más allá de su reconocimiento explícito legal. La veracidad y la imposición de deberes procesales juegan un papel central a la vez que controvertido. Sin perjuicio, el rol que la sociedad actual –voraz y vertiginosa– exige a los sistemas judiciales vuelve ineludible detenerse en su estudio, desde enfoques interrelacionados del Derecho Procesal y la Filosofía del Derecho<sup>67</sup>.

“[Un jurista], antes que nada, quiere y debe saber, igual que el hijo pródigo, quién es y cuál es su vocación y misión en este mundo. Y aun cuando sus contornos se presenten vagos e imprecisos, la idea de justicia no puede ser ajena a esa vocación, porque no es ajena a la idea de Derecho”<sup>68</sup>.

66 Sobre el rol de las universidades: “Esta enorme e imposterizable tarea requiere, en el ámbito cultural de la formación académica y de la investigación científica, el compromiso generoso y convergente que lleve hacia un cambio radical de paradigma, más aún –me atrevo a decir– hacia ‘una valiente revolución cultural’”. Sumo pontífice papa Francisco, Constitución Apostólica *Veritatis Gaudium*.

67 Como se determinó inicialmente, por criterios metodológicos, no se abordó el rol del abogado en el cumplimiento de este deber por la parte. Indudablemente desempeña un papel protagónico en la elaboración de los actos de proposición iniciales o las denominadas narraciones alegacionales, donde las voces de la parte y del abogado prácticamente se funden. Ante ello –para finalizar el planteo y además intentar, humildemente, despertar y ampliar la reflexión–, dejamos planteada la interrogante acerca de cómo resuelve el abogado la tensión entre la veracidad y la defensa de su cliente o la denominada, por Taruffo, “ética de la narrativa del abogado”. Creemos que, desde la perspectiva que propusimos en el presente, esta tensión sería más eventual y aparente que real. Una mirada estrictamente racional, o de lógica instrumental del Derecho Procesal, aparece como insuficiente y débil y, en consecuencia, el abogado, en resguardo de los deberes de la parte a quien asiste, debe desenvolverse en un sistema deontológico que fortalezca su desarrollo profesional ético. Cfr. Taruffo, M. (2007). “Narrativas judiciales”. *Revista de Derecho*, Vol. XX, Nro. 1, 231-270. Gradi, M. (2012). “Etica della responsabilità: applicazioni e problemi. Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile”. *Lo Sguardo. Rivista di Filosofia*, Nro. 8, 95-117. Vescovi, E. (Director) (1992). *Código General del Proceso*. Tomo I. Montevideo. Ábaco, 135. Malem, J. F. (2017). “Deontología profesional y la profesión de abogado”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, edición especial, 157. Santana Ramos, E. M. (2018). “El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Nro. 44, 9-18. De Zan, J. (2004). *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo. Konrad Adenauer Stiftung.

68 De Cores, C. (2019). “La interpretación del Derecho como vocación”. *Revista de Derecho*, Nro. 19, 157-180.

## 6. Fuentes y bibliografía

### *Fuentes*

Constitución (Uruguay).  
Código General del Proceso (Uruguay).  
Catecismo de la Iglesia Católica.  
Cartas encíclicas *Pacem in terris, Veritatis splendor, Caritas in veritate*.  
Constitución Apostólica *Veritatis gaudium*.

### *Otras fuentes*

“Real Cédula de Erección del Consulado de Buenos Ayres expedida en Aranjuez a XXX de enero de MDCCXCI”. Madrid. En la Oficina de Benito Cano, Ley V, 5 (<https://sas-space.sas.ac.uk/7685/107/A00455.pdf>).  
Siete Partidas de Alfonso el Sabio (versión virtual Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España) ([https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUBLH-2018-7&tipo=L&modo=](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUBLH-2018-7&tipo=L&modo=)).

### **Bibliografía**

Abal Oliú, A. (2013). “El principio de buena fe procesal a partir del nuevo texto del art. 5° del CGP”. En *CADE. Doctrina y Jurisprudencia*, Nro. 24, 5-10.  
Abal Oliú, A. (2014). “La verdad y el proceso jurisdiccional en Uruguay”. En *I Seminario Internacional de Derecho Procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (Colección de Investigaciones en Derecho, Nro. 2). Medellín. Universidad Pontificia Bolivariana, 187-223.  
Agudelo Ramírez, M. (2006). *Filosofía del Derecho Procesal*. Bogotá. Leyer.  
Alvarado Velloso, A. (2014). “La imparcialidad judicial y el debido proceso (la función del juez en el proceso civil)”. En *Ratio Juris*, Vol. 9, Nro. 18, 207-235.  
Alvarado Velloso, A. y Valentín, G. (2011). *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del libro “Sistema procesal: Garantía de la libertad” adaptado a la legislación uruguaya*. Montevideo. La Ley.  
Arcaria, F. (2019). “Il ‘dovere di verità’. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l’esperienza giuridica romana”. *Teoria e Storia del Diritto Privato*, Nro. XII, 1-100.  
Aseff, L. M. (2003). *Argumentación jurídica y semiosis social*. Buenos Aires. Juris.  
Balestro Faure, M. (2011). “El principio que prohíbe el abuso de los Derechos Procesales”. En J. W. Peyrano (Director), *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.  
Baluga Bello, C. (2015). “La aplicación del principio de buena fe en la audiencia preliminar”. En *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 19-32.

- Bandieri, L. M. (s. f.). *Derechos fundamentales, ¿deberes fundamentales?* ([https://www.academia.edu/9075725/\\_Derechos\\_fundamentales\\_y\\_deberes\\_fundamentales](https://www.academia.edu/9075725/_Derechos_fundamentales_y_deberes_fundamentales), 8/2019).
- Bandieri, L. M. (s. f.). *Sobre la verdad en el Derecho y en el “Estado constitucional”*. ([https://www.academia.edu/28372703/LA\\_VERDAD\\_DE\\_LOS\\_JUICIOS\\_Y\\_LOS.pdf](https://www.academia.edu/28372703/LA_VERDAD_DE_LOS_JUICIOS_Y_LOS.pdf), 2/2020).
- Bandieri, L. M. (s. f.). *¿Un neopositivismo moral?* ([https://www.academia.edu/14542487/\\_UN\\_NEOPOSITIVISMO\\_MORAL](https://www.academia.edu/14542487/_UN_NEOPOSITIVISMO_MORAL), 2/2020).
- Baracat, E. J. (2011). “¿Otro principio procesal: ‘clare loqui’? La interpretación de los actos procesales. Voluntad declarada versus voluntad interna”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo II. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- Baracat, E. J. (2017). “El principio de colaboración procesal”. *Revista da Esmal*, Nro. 6, 95-104.
- Barberio, S. y García Solá, M. (2011). “Lineamientos del principio de moralidad”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- Barnech Cuervo, M. C. (2016). *El juez como garante último de la protección de los Derechos Humanos. Panorama desde la acción de amparo y la problemática de los medicamentos de alto costo* [tesis aprobada para adquirir la titulación de Magíster en Derecho Constitucional. Universidad Católica del Uruguay]. (<https://liberi.ucu.edu.uy/xmlui/handle/10895/571>, 4/2020).
- Barnech Cuervo, M. C. (2019). *Siete Partidas de Alfonso X: ¿Puede advertirse una exigencia de conducta proba para los sujetos intervinientes en el pleito en la regulación procesal de la Tercera Partida?* [presentado en el marco del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina].
- Belloso Martín, N. (2020). “Algunos retos para la filosofía jurídica actual: las posibilidades de una filosofía del derecho procesal constitucional”. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*, Vol. 5, Nro. 1, 85-112. (<http://www.revistas.uniflu.edu.br:8088/seer/ojs3.0.2/index.php/direito/issue/view/8/14>, 4/2020).
- Cal Laggiard, M. (2013). “Primeras lecturas de la reforma del CGP”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Nro. 24, 23-81.
- Calvinho, G. (2010). “Los Derechos Humanos en la teoría del proceso”. En G. Águila Grados; A. Calderón Sumarriva; G. Calvinho y R. M. González. *El Derecho Procesal del siglo XXI*. Lima. San Marcos, 37-76.
- Canteros, F. (2017). “La doctrina de los actos propios y la mala fe procesal”. *Revista da Esmal*, Nro. 6, 95-104.
- Caroni, P. (2014). *La soledad del historiador del Derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Madrid. Dykinson.
- Carratta, A. (2014). “Dovere di verità e completezza nel processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 68, Nro. 2, 47-76.
- Carretta Muñoz, F. (2008). “Deberes procesales en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, 101-127.
- Cipriani, F. (2006). “El abogado y la verdad”. En Montero, J. (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 283-291.

- Cipriani, F. (2007). "El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)". *Revista Ius et Praxis*, año 13, Nro. 2, 44-55.
- Coloma Correa, R. (2006). "Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límites a los dichos de los abogados". *Revista de Derecho*, Vol. XIX, Nro. 2, 27-52.
- Couture, E. (2016). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Montevideo. La Ley.
- De Cores, C. (2019). "La interpretación del Derecho como vocación". *Revista de Derecho*, Nro. 19, 157-180.
- De Zan, J. (2004). *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo. Konrad Adenauer.
- Di Donato, F. y Scamardella, F. (2015). "Filosofía y Derecho Procesal: las nuevas fronteras del Derecho contemporáneo. Voces en acción". *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3, 2143-2193.
- Eco, H. y Martini, C. M. (1997). *¿En qué creen los que no creen?* Madrid. Planeta.
- Eguren, M. C. (2011). "El principio de eventualidad procesal: los alcances de una autocontradicción permitida". En J. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 453-478.
- Ettlin, E. (2013). *Hacia una teoría jurídica general sobre los deberes humanos*. ([https://www.academia.edu/7410958/LOS\\_DEBERES\\_HUMANOS](https://www.academia.edu/7410958/LOS_DEBERES_HUMANOS), 1/2020).
- González Salzberg, D. (2008). "El derecho a la verdad en situaciones de postconflicto bélico de carácter no internacional". *Internacional Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Nro. 12, 436-467.
- González, R. M. (2010). "Proceso, república y democracia: algunas claves para constitucionalizar el proceso". En G. Águila Grados; A. Calderón Sumarriva; G. Calvino y R. M. González. *El Derecho Procesal del siglo XXI*. Lima. San Marcos, 77-116.
- Gozaíni, O. (2017). "El deber de decir verdad en el pensamiento de Couture". En Á. Landoni Sosa y S. Pereira Campos. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo I. Montevideo. La Ley, 183-219.
- Gozaíni, O. (2017). *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- Gradi, M. (2009). "Il divieto di menzogna e di reticenza delle parti nel processo civile". *Diritto e Formazione*, año 3, Nro. 5, 793-798.
- Gradi, M. (2012). "Ética della responsabilità: applicazioni e problemi. Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile". *Lo Sguardo. Rivista di Filosofia*, Nro. 8, 95- 117.
- Gradi, M. (2015). "Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale". *Il Foro Italiano*, Vol. III, 3-18.
- Gradi, M. (2018). *L'obbligo di verità delle parti*. Torino, G. Giappichelli Editore.
- Haack, S. (2016). "La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo". En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (Coords.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid. Marcial Pons, 311-336.
- Heñin, F. A. (2011). "El principio de moralidad en el proceso civil". En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- Klett, S; Baluga, C.; Elizalde, L.; Dávila, J. y Sónora, G. (2002). "El principio de lealtad en los actos de proposición y en la audiencia preliminar". En *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 93-123.

- Landoni, Á. (2014). “Las modificaciones introducidas al Código General del Proceso por la Ley N° 19.090. Sentido general de la reforma”. En *Curso sobre la reforma del Código General del Proceso (Ley N° 19.090)*. Montevideo. La Ley.
- Landoni, Á. (director) (2002). *Código General del Proceso comentado, anotado, con jurisprudencia*, Vol. 1. Montevideo. BdeF.
- Londoño Jaramillo, M. (2007). “Deberes y Derechos Procesales en el Estado social de Derecho”. En *Opinión Jurídica*, Vol. 6, Nro. 11, 67-86.
- López Flores, L. (2016). “Los ‘Poderes Judiciales’, proceso y política judicial: una mirada desde el Estado constitucional”. En *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 6, Nro. 2, 146 -178.
- Maino, G. (2012). “Derechos Humanos y consenso o el eterno retorno del positivismo jurídico”. *Prudentia Iuris*, Nro. 73, 13-32.
- Maino, G. (2016). “Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes. Aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy”. En *Derecho y Cambio Social*, Vol. 13, Nro. 43, 1-27.
- Maino, G. (2018). “Billy Budd o sobre la existencia del Derecho Natural”. En *Prudentia Iuris*, Nro. 86, 21-34.
- Malem, J. F. (2017). “Deontología profesional y la profesión de abogado”. En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, edición especial, 153-157.
- Méndez, J. R. (2017). “Derecho y moral. ¿Por qué ocuparnos? ¿De qué ocuparnos?”. En *Prudentia Iuris*, Nro. 84, 19-29.
- Merói, A. (2007). “El Derecho Procesal y las ramas del mundo jurídico”. En *Investigación y Docencia*, Nro. 40, 165-175.
- Montero Aroca, J. (Coordinador) (2006). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- Nieva Fenoll, J. (2019). “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”. En *Justicia y proceso en el siglo XXI. Desafíos y tareas pendientes*. Lima. Palestra, 334-353.
- Ordoqui Castilla, G. (2009). *Abuso de Derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*. Montevideo. Universidad Católica del Uruguay.
- Oteiza, E. (2017). “Eduardo J. Couture. Huellas que ayudan a comprender el presente”. En Á. Landoni Sosa y S. Pereira Campos. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo I. Montevideo. La Ley, 11-21.
- Peces-Barba, G. (1987). “Los deberes fundamentales”. En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 4, 329-341.
- Pereira Campos, S. (2009). “Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Nro. 2.
- Pereira Campos, S. (2011). “Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y la experiencia de Código General del Proceso uruguayo”. En *Modernización de la justicia civil*, 406-446.
- Pereira Campos, S. (2012). “Algunas lecciones aprendidas en la aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay”. En *Derecho & Sociedad*, Nro. 38, 297-315.

- Pereira Campos, S. (2013). “La reforma de la justicia civil en América Latina: una política pública ineludible”. En *Derecho & Sociedad*, Nro. 41, 251-256.
- Peyrano, J. W. (2006). “El abuso procesal recursivo o situación de recurso *ad infinitum*”. *Ius et Veritas*, Nro. 33.
- Peyrano, J. W. (2010). “Acerca de los ‘ismos’ en materia procesal civil”. *THĒMIS-Revista de Derecho*, Nro. 58, 23-27.
- Peyrano, J. W. (2011). “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”. En J. W. Peyrano (Director). *Principios procesales*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 131-139.
- Peyrano, J. W. (2017). “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”. En Á. Landoni Sosa y S. Pereira Campos. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo I. Montevideo. La Ley, 158-161.
- Picó i Junoy, J. (2002). “Los principios del nuevo proceso civil español”. *XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal: en homenaje a la escuela procesalista uruguaya*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria.
- Picó i Junoy, J. (2012). “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”. *Urbe et Ius: Revista de Opinión Jurídica*, Nro. 38, 50-56.
- Picó i Junoy, J. (2013). *El principio de la buena fe procesal*. Madrid. José María Bosch Editor.
- Portela, J. (2008). *Una introducción a los valores jurídicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- Quintana, E. M. (2017). “Dignidad y deberes humanos”. *Prudentia Iuris*, Nro. 83, 73-94.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2013). “Contornos del Derecho Procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo”. *Revista Academia & Derecho*, Vol. 4, Nro. 7, 171-188.
- Reyes, S. (2017). “Sobre derecho y averiguación de la verdad”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nro. 40, 317-337.
- Risso Ferrand, M. (2005). *Derecho Constitucional*. Tomo 1. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria.
- Risso Ferrand, M. (2011). *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*. Montevideo. Universidad Católica del Uruguay.
- Santana Ramos, E. M. (2018). “El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional”. En *Revista de la Facultad de Derecho*, UDELAR, Nro. 44, 9-18.
- Savater, F. (2004). *Los diez mandamientos en el siglo XXI. Tradición y actualidad del legado de Moisés*. Barcelona. Random House Mondadori.
- Simon Caureo, E. (2017). “Introduzione al dovere di verità e completezza nel processo civile”. En Grisi, G. y Salvi, C. (Eds.), *A propósito del diritto post-moderno. Atti Seminario Leonessa*. Roma. Roma TrE-Press, 91-104.
- Simon Caureo, E. (2018). “Il dovere di verità e completezza nel processo civile (Duty of Truthful Disclosure and Duty of Completeness in civil procedure, traducción libre)”. En *Civil Procedure Review*, Vol. 9, Nro. 1, 27-42.
- Simón, L. M. y Olivera, G. (2017). “Los deberes de colaboración y veracidad en el Código General del Proceso”. En Á. Landoni Sosa y S. Pereira Campos. *Estudios*

- de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo I. Montevideo. La Ley, 293-314.
- Taruffo, M. (2007). "Narrativas judiciales". *Revista de Derecho*. Valdivia, Vol. XX, Nro. 1, 231-270.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2013). "Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos". En *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, Nro. 20.
- Taruffo, M. (2017). "Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos". En Á. Landoni Sosa y S. Pereira Campos. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo I. Montevideo. La Ley, 133-161.
- Taruffo, M. (2018). "Proceso y verdad en la transición". En *Derecho & Sociedad*, Nro. 50, 295-306.
- Taruffo, M. (2019). "La decisión giusta". *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 2, 1-8.
- Taruffo, M. (2016). "Abuso del proceso". En *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 6, Nro. 2, 7-29.
- Ticona Postigo, V. (2007). "El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el Estado constitucional de Derecho". En *Revista Oficial del Poder Judicial de Perú*, Nro. ½, 27-49.
- Valentín, G. (2014). *La reforma del Código General del Proceso*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 11-19.
- Valiño Arcos, A. (2002). "Algunos aspectos relacionados con la imposición de costas en el proceso civil en el Derecho Comparado". En *Revista Facultad de Derecho*, Nro. 21, 251-257.
- Van Rompaey, L. (1995). "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo". En *La Justicia Uruguaya*. Tomo 111.
- Véscovi, E. (Director) (1992). *Código General del Proceso*. Tomos I y II. Montevideo. Ábaco.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid. Trotta.
- Zagrebelsky, G. y Martini, C. M. (2006). *La exigencia de justicia*. Madrid. Trotta.



# EL TERRORISMO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

**Soledad Inés Castro**

Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Contacto: doc\_soledadcastro@yahoo.com.ar

Recibido: 28 de agosto de 2020

Aprobado: 20 de septiembre de 2020

## **Para citar este artículo:**

Castro, S. I. (2021). “El terrorismo en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia”. *Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 73-100  
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.73-100>

**Resumen:** El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia no contemplaba expresamente una definición de terrorismo, ni lo incluía entre los crímenes bajo su jurisdicción. Ello no impidió que el tribunal desarrollara jurisprudencia propia en la materia. El presente trabajo se propone revisar la evolución jurisprudencial del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia relativa a la caracterización y criminalización del terrorismo en contextos de conflicto armado, a partir del paradigmático caso “Galić”, analizando sus antecedentes y su aplicación posterior, para reflexionar –en última instancia– sobre la gravitación de estos desarrollos jurisprudenciales en la más amplia tarea de definir al terrorismo en el Derecho Internacional.

**Palabras clave:** Terrorismo, Crímenes de Guerra, Derecho Internacional Humanitario, Tribunales Internacionales.

## **The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and its Case Law on Terrorism**

**Abstract:** The ICTY's Statute did not explicitly establish its jurisdiction over the crime of terror nor did it include a definition. Nonetheless, such circumstances did not prevent the tribunal from developing its own jurisprudence regarding the issue of terrorism. This article aims to compile and exam the ICTY's case law pertaining to the evolution of the definition and criminalization of terrorism. With the focus on the case of "Prosecutor v. Stanislav Galić", it reviews its doctrine and the jurisprudence before and after it regarding those specific matters. In the final remarks, this relevant jurisprudence is assessed among other endeavors made to define terrorism in international law.

**Keywords:** *Terrorism, War Crimes, International Humanitarian Law, International Tribunals.*

### **Il terrorismo in la giurisprudenza del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia**

**Sommario:** Lo statuto del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia non prevedeva espressamente una definizione di terrorismo, né lo includeva tra i crimini che rientrano nella sua giurisdizione. Ciò non ha impedito alla Corte di sviluppare una propria giurisprudenza in materia. Il presente lavoro intende riesaminare l'evoluzione giurisprudenziale del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia relativa alla caratterizzazione e alla criminalizzazione del terrorismo in contesti di conflitto armato, a partire dal paradigmatico caso "Galić", analizzandone il contesto e la successiva applicazione, per riflettere –in ultima istanza–, sulla gravitazione di questi sviluppi giurisprudenziali nel più ampio compito di definire il terrorismo nel diritto internazionale.

**Parole chiave:** Terrorismo, Crimini di Guerra, Diritto Umanitario Internazionale, Tribunali Internazionali.

## Introducción\*

Dentro del sistema de cortes internacionales y, más precisamente, aquellas con jurisdicción penal individual, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY) fue el primero de los *tribunales “ad hoc”* creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>1</sup>. En su Estatuto, quedó delimitada su competencia, habilitada a juzgar a los presuntos responsables de violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas a partir del 1° de enero de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia, por los siguientes crímenes: a) infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949; b) violaciones de las leyes o costumbres de la guerra; c) genocidio y d) crímenes de lesa humanidad (cfr. arts. 1° a 5° y cctes. del Estatuto del TPIY)<sup>2</sup>.

Como ya se destacó, el citado Estatuto no contenía una definición de terrorismo como crimen autónomo<sup>3</sup>, no describía sus elementos típicos y tampoco lo incluía expresamente entre las graves violaciones a los Convenios de Ginebra ni como violación a las leyes o usos de la guerra, enumeradas en su texto. Estas circunstancias no resultaron obstáculo para que, tanto en primera como en segunda instancia, el TPIY condenara a Stanislav Galić –entre otros delitos– por el crimen de terrorismo. El caso “Galić” se

\* El presente trabajo se desarrolló en el marco del Proyecto IUS “El Terrorismo Internacional. Desafíos actuales del Derecho Penal local e internacional” (2019-2021) de la Pontificia Universidad Católica Argentina, dirigido por la Mg. Sofía J. Danessa. Contó con la inestimable colaboración de las abogadas Emily Montenegro Seadi y Andrea Aguirre, miembros del citado proyecto.

1 S.C. Res. 808, 1, U.N. Doc. S/RES/808 (Feb. 22, 1993) (creación del TPIY).

2 S.C. Res. 827, U.N. Doc. S/RES/827 (May 25, 1993) (Estatuto del TPIY). Enmiendas por: S.C. Res. 1166, U.N. Doc. S/RES/1166 (May 13, 1998); S.C. Res. 1329, U.N. Doc. S/RES/1329 (Nov. 30, 2000); S.C. Res. 1411, U.N. Doc. S/RES/1411 (May 17, 2002); S.C. Res. 1431, U.N. Doc. S/RES/1431 (Aug. 14, 2002); S.C. Res. 1481, U.N. Doc. S/RES/1481 (May 19, 2003); S.C. Res. 1597, U.N. Doc. S/RES/1597 (April 20, 2005); S.C. Res. 1660, U.N. Doc. S/RES/1660 (Feb. 28, 2006); S.C. Res. 1837, U.N. Doc. S/RES/1837 (Sept. 29, 2008); S.C. Res. 1877, U.N. Doc. S/RES/1877 (July 7, 2009); S.C. Res. 1931, U.N. Doc. S/RES/1931 (June 29, 2010); S.C. Res. 1993, U.N. Doc. S/RES/1993 (June 29, 2011); S.C. Res. 2306, U.N. Doc. S/RES/2306 (Sept. 6, 2016). El TPIY investigó y enjuició a 161 individuos por serias violaciones al Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la Antigua Yugoslavia, ver: <https://www.icty.org/sid/24> (disponible al 9/8/2020).

3 Esta circunstancia constituye una diferencia respecto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), los cuales expresamente incorporan a los actos de terrorismo entre los crímenes de su competencia (cfr. art. 4°, inc. d del Estatuto del TPIR y art. 3°, incs. d, h, del Estatuto del TESL). Cfr: S.C. Res. 955, U.N. Doc. S/RES/955 (Nov. 8, 1994) (Estatuto del TPIR); S.C. Res. 1315, U.N. Doc. S/RES/1315 (Aug. 14, 2000) (Estatuto del TESL).

convirtió, así, en el primer precedente internacional en que se condenó por terrorismo, como un crimen de guerra autónomo.

El presente trabajo consta de cuatro secciones. En la primera, se revisa un conjunto de casos que precedieron al fallo “Galić”, en los que las cámaras del TPIY abordaron el juzgamiento de hechos que involucraron, en alguna medida, la acción o la pretensión de aterrorizar a civiles en particular o a la población civil en general. En la segunda sección y respetando la cronología jurisprudencial, se desarrollan los aspectos centrales del caso “Galić”, tanto en lo relativo a la caracterización del crimen de terrorismo a los fines de la competencia material del tribunal (apartado 2.a) como a la figura penal y sus elementos típicos (apartado 2.b). En la tercera sección, se examina el alcance que la doctrina del fallo “Galić” en materia de terrorismo tuvo en la jurisprudencia posterior del propio TPIY. Finalmente, se realizan unas breves reflexiones sobre el modo de interpretar estos aportes jurisprudenciales a la luz de la tarea colectiva de caracterizar y criminalizar al terrorismo.

## 1. Antecedentes en el TPIY: Antes de “Galić”

En los pronunciamientos del tribunal que precedieron al caso “Galić”, se advierten alusiones al terror en la caracterización de situaciones y prácticas correspondientes a los sucesos sometidos a juicio y, en ciertos casos, se observa que las cámaras intervinientes criminalizaron actos y políticas con contenido terrorista por entender que configuraban alguno de los crímenes incluidos en la competencia del tribunal. A continuación, se compila una breve reseña.

En *Prosecutor v. Tadic*, testigos y víctimas se refirieron reiteradamente a la “atmósfera de terror” en el marco de la cual tuvieron lugar ciertos hechos o se cometieron ciertos actos<sup>4</sup>. Entre los múltiples cargos de la acusación, la fiscalía atribuyó a las fuerzas serbias el haber sometido a croatas y musulmanes –dentro y fuera de los campos de detención– a una *campaña de terror* que incluía asesinatos, tortura, ataques sexuales y otros abusos físicos y psicológicos, y aportó testimonios que daban cuenta de una evidente política destinada a *ateerrorizar* a la población civil no serbia, con fundamento discriminatorio<sup>5</sup>. El tribunal de juicio mencionó al *terrorismo* como uno

4 “[...] the **atmosphere of terror** which prevailed in the camp [...]”. *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a/ “DULE”, IT-94-1-T*, Trial Chamber, Opinion and Judgment, 7 May 1997, para. 164.

5 “[...] subjected Muslims and Croats inside and outside the camps to a **campaign of terror** which included killings, torture, sexual assaults, and other physical and psychological abuse [...] A **policy to terrorize** the non-Serb civilian population [...] on discriminatory

de los medios para la consecución del plan de limpieza étnica directamente relacionado al conflicto armado<sup>6</sup> y el *terror* infundido a las víctimas fue considerado como una circunstancia agravante en la determinación del monto de las penas<sup>7</sup>.

En *Prosecutor v. Blaskic*, se aludió al *terrorismo* en la descripción de algunos de los hechos que conformaron el objeto procesal del juicio. Por ejemplo, un atentado con explosivos fue considerado –tanto en primera como en segunda instancia– como un *acto terrorista* que configuraba, a su vez, un crimen contra la humanidad<sup>8</sup>. También se sostuvo que fuerzas militares habían bombardeado y asesinado con el fin de *aterrorizar* a la población civil, para lograr que abandonaran ciertas áreas y no regresaran y se mencionó la “atmósfera de terror” que existía en distintos lugares de detención<sup>9</sup>.

En *Prosecutor v. Dario Kordi et Mario Cerkez*, el tribunal de juicio identificó ciertos *actos de terrorismo* dentro de los hechos pesquisados, pero descartó los sucesos respecto de los cuales no existía evidencia que sustentara la atribución de responsabilidad a los acusados<sup>10</sup>.

En *Prosecutor v. Radislav Krstić*, el tribunal de juicio concluyó que la campaña de bombardeo a Srebrenica estaba dirigida a crear una crisis humanitaria, *aterrorizando* a la población bosnio-musulmana para lograr que, por miedo, abandonaran el lugar. Asimismo, entendió que los sucesos de Potočari estuvieron enmarcados en una “campaña de terror”; es más, que allí se cometieron “crímenes de terror”. En concreto, el tribunal de juicio concluyó que Radislav Krstić era penalmente responsable y, en lo que aquí interesa, lo condenó por acciones destinadas a *aterrorizar* a la población civil bosnio-musulmana, configurativas de actos persecutorios y, como tales,

---

*grounds [...]*. *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a/ "DULE"*, IT-94-1-T, Trial Chamber, Opinion and Judgment, 7 May 1997, paras. 377, 472.

6 “[...] such treatment effected the objective of the Republika Srpska to ethnically cleanse, **by means of terror**, killings or otherwise, the areas of the Republic of Bosnia and Herzegovina controlled by Bosnian Serb forces [...]”, en: *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a/ "DULE"*, IT-94-1-T, Trial Chamber, Opinion and Judgment, 7 May 1997, para. 575.

7 *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a/ "DULE"*, IT-94-1-T, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 14 July 1997, para. 56.

8 *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgment, 3 March 2000, para. 505, 511. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, Appeals Chamber, Judgment, 29 July 2004, para. 447.

9 *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgment, 3 March 2000, paras. 630, 695, 700, 732.

10 “However, there is no evidence to connect either of the accused with this action, which is as consistent with **freelance terrorist activity** by any of a number of people as it is as part of a concerted plan of ethnic cleansing [...]”, en: *Prosecutor v. Dario Kordi et Mario Cerkez*, IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2001, para 664, 675. *Prosecutor v. Dario Kordi et Mario Cerkez*, IT-95-14/2-T, Appeals Chamber, Judgment, 17 December 2004, para 464.

crímenes contra la humanidad<sup>11</sup>. Si bien la cámara de apelaciones modificó aspectos vinculados al tipo de participación y responsabilidad, reduciendo la pena, la caracterización del terrorismo quedó inalterada<sup>12</sup>.

En relación con estos hechos y en el marco del proceso *Prosecutor v. Momir Nikolić*, el acusado reconoció su culpabilidad en la comisión de actos de persecución, entre los que se encontraban las acciones destinadas a aterrorizar a la población civil bosnio-musulmana en Srebrenica y Potočari, calificados como crímenes de lesa humanidad<sup>13</sup>.

En *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga”*, conocido como el caso del campo de prisioneros de Čelebići, el tribunal de juicio estableció que los detenidos en ese campo fueron sometidos, además, a una “atmósfera de terror psicológico”, a causa del miedo constante a ser víctimas de los abusos físicos que presenciaban. Se concluyó que las acciones tendientes a crear y sostener esa *atmósfera de terror* configuraron los crímenes de tratos crueles y de intencionada causación de gran sufrimiento o lesiones graves a la integridad física o la salud; es decir, graves violaciones a las leyes y prácticas de la guerra y a los Convenios de Ginebra, respectivamente. Con distinto grado de participación y responsabilidad penal, se condenó a los acusados,

11 “[...] the shelling of Srebrenica [...] was calculated to **terrify** the Bosnian Muslim population and to drive them out of Srebrenica town [...] the events that forced the **terrorized** civilian population of Srebrenica to flee the town in fear of their lives and move toward Potočari [...] the impact of the shelling upon the **terrorized** Bosnian Muslim residents of Srebrenica [...] The **atmosphere of terror** in which the evacuation was conducted proves, conversely, that the transfer was carried out in furtherance of a well organized policy whose purpose was to expel the Bosnian Muslim population from the enclave [...]”; “[...] the Bosnian Muslim refugees taking shelter in and around the compound were subjected to a **terror campaign** comprised of threats, insults, looting and burning of nearby houses, beatings, rapes, and murders [...] The entire situation in Potočari has been depicted as a **campaign of terror** [...]”; “[...] The Trial Chamber characterizes the humanitarian crisis, the **crimes of terror** and the forcible transfer of the women, children and elderly at Potočari as constituting crimes against humanity, that is, persecution and inhumane acts [...]”; “[...] on the basis of the [...] **crimes of terror** at Potočari [...] Trial Chamber enters convictions [...] for charges of persecution [...] **terrorizing the civilian population** [...]”. *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001, paras. (122, 125, 335, 527); (41, 44, 46, 150, 153, 292, 364, 517); (606/607); 653, 661, 670, 671, 677.

12 *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-A, Appeals Chamber, Judgment, 19 April 2004.

13 “[...] During the time-period that the Bosnian Muslim refugee population from Srebrenica was in and around Potočari, members of the VRS **terrorized** the population [...] this took the form of intimidation and abuse, with the purpose of compelling the Muslim population to get on the buses and trucks to Kladanj [...]”, *Prosecutor v. Momir Nikolić*, IT-02-60/1-S, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 2 December 2003, paras. 31, 38, 174.

entre otros crímenes, por estos hechos<sup>14</sup>. Es preciso destacar, aquí, que la tipificación de esos actos fue confirmada, a su turno, por la cámara de apelaciones<sup>15</sup>.

Al respecto, cabe recordar que, por hechos menos gravosos a los antes narrados, en *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski* también se dictó sentencia condenatoria (agravada en segunda instancia) por abuso psicológico de prisioneros como modalidad de maltrato, caracterizado como “terror psicológico”<sup>16</sup>.

En suma, a la luz de este primer conjunto de casos, las acciones o prácticas sometidas a juicio del tribunal que, de algún modo, importaban aterrorizar a civiles en particular o a la población civil en general, fueron criminalizadas en distintas figuras. Así, el terrorismo fue sancionado como circunstancia agravante de pena, como acto persecutorio con fundamento discriminatorio, configurativo de crímenes de lesa humanidad, como trato cruel violatorio de las leyes y usos de la guerra e, incluso, como grave infracción a los Convenios de Ginebra, en tanto acto intencionado de causar gran sufrimiento o lesiones graves a la integridad física o a la salud.

En otras palabras, del análisis de la jurisprudencia temprana del tribunal se desprende que, si bien el terrorismo no fue reprimido mediante la aplicación de un tipo penal específico, el contenido terrorista de las conductas juzgadas no quedó impune, sino que fue penalmente atribuido como agravante o como acción constitutiva de crímenes expresamente previstos

14 “[...] *the detainees in the Čelebići prison-camp were continuously witnessing the most severe physical abuse being inflicted on defenseless victims [...] by their exposure to these conditions, the detainees were compelled to live with the ever-present fear of being killed or subjected to physical abuse [...] Through the frequent cruel and violent deeds committed in the prison-camp, aggravated by the random nature of these acts and the threats made by guards, the detainees were thus subjected to an immense psychological pressure which may accurately be characterized as an atmosphere of terror [...]*”; “[...] *the chronic physical deprivation and the constant fear prevailing in the Čelebići prison-camp caused serious mental and physical suffering to the detainees. Moreover, for the purposes of the offence of cruel treatment, exposure to these conditions clearly constituted an attack upon the human dignity of the detainees. Accordingly, on the basis of the foregoing evidence, the Trial Chamber finds that the creation and maintenance of an atmosphere of terror in the Čelebići prison-camp, by itself and a fortiori, together with the deprivation of adequate food, water, sleeping and toilet facilities and medical care, constitutes the offence of cruel treatment under article 3 of the Statute, and willfully causing great suffering or serious injury to body or health under article 2 of the Statute [...]*”, *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga”, IT-96-21-T*, Trial Chamber, Judgment, 16 November 1998, paras. 1086/91, 1073, 1075, 1119, 1121/23, 1237, 1253, 1266, 1272, 1276, entre otros.

15 *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga”, IT-96-21-A*, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001.

16 *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT- 95-14/1-T*, Judgment, 25 June 1999. *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-A*, Judgment, 24 March 2000, para. 183.

en la competencia del TPIY. Estos primeros precedentes fueron expresamente sopesados por el tribunal a la hora de pronunciarse en el caso “Galić”<sup>17</sup>.

## 2. Prosecutor v. Stanislav Galić

El trayecto jurisprudencial previamente analizado condujo al caso “Galić”, en el que, por primera vez, una corte internacional dictó sentencia condenatoria por terrorismo concebido como crimen de guerra autónomo<sup>18</sup>.

En lo que aquí interesa, el TPIY llevó adelante el juicio contra el general serbo-bosnio Stanislav Galić por su rol como comandante del Cuerpo de Sarajevo-Romanija (SRK) del ejército de la República de Srpska (VRS), en el sitio y el asedio a Sarajevo durante la guerra de Bosnia. Galić fue condenado *por terrorismo como crimen de guerra y por crímenes contra la humanidad (actos inhumanos y homicidios), de conformidad con lo previsto en los artículos 3º y 5º del Estatuto*<sup>19</sup>, por haber dirigido, entre septiembre de 1992 y agosto de 1994, una campaña de ataques ejecutados mediante bombardeos y francotiradores en la ciudad de Sarajevo y sus alrededores —entonces, mayormente, bajo dominio del ejército de la República de Bosnia-Herzegovina (ABiH)—, con el propósito principal de propagar terror en la población civil, ocasionando, además, muerte o lesiones en numerosas víctimas<sup>20</sup>.

La postura mayoritaria de la cámara de juicio impuso una *pena de veinte años de prisión*. Discrepó de la disidencia en cuestiones relativas a la plataforma fáctica (principalmente, sobre la efectiva acreditación de la campaña de ataques), a la responsabilidad penal del condenado<sup>21</sup> y, espe-

17 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, para. 66.

18 Paredi, L. (June 2015). “The war crime of terror: an analysis of international jurisprudence”, *International Crimes Database (ICD) Brief 11*, 1-2.

19 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003. La decisión se adoptó por la mayoría conformada por los magistrados Alphons Orié y Amin El Mahdi y la disidencia parcial del juez Rafael Nieto-Navia.

20 “[...] a professional army conducted a campaign of unrelenting violence against the inhabitants of a European city so as to reduce them to a state of medieval deprivation in which they were in constant fear of death [...] **there was nowhere safe** for a Sarajevan, not at home, at school, in a hospital, from deliberate attack [...]”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, Prosecution Opening Statement, T. 562-3.

21 Si bien hubo coincidencia respecto del *efectivo control* del general Galić sobre las acciones de su tropa, la disidencia no consideró probado que el general hubiera ordenado ataques a la población civil de Sarajevo, por lo que consideró que solo cabía responsabilizarlo por no haber prevenido o sancionado los crímenes cometidos por las fuerzas a su cargo (cfr. arts. 7.1 y 7.3 del Estatuto).



*cialmente*, en lo atinente a jurisdicción del tribunal respecto al crimen de terrorismo.

La sentencia de primera instancia fue recurrida por la defensa de Galić que, entre otros agravios, cuestionó la jurisdicción del tribunal respecto del crimen de terrorismo y los fundamentos esgrimidos para afirmarla, así, como la caracterización del aludido crimen y sus elementos típicos. Por su parte, la fiscalía impugnó el monto de la pena. Finalmente, a su turno, la cámara de apelaciones del TPIY resolvió, también por mayoría, desestimar la apelación de la defensa, hacer lugar al recurso de la fiscalía, y *condenar a Stanislav Galić a prisión perpetua*<sup>22</sup>.

A continuación, se analizarán los dos temas centrales del caso para este estudio: a) la jurisdicción del tribunal respecto del *crimen de terrorismo* y b) sus elementos típicos.

## ***2.a. La jurisdicción del TPIY respecto del crimen de terrorismo***

Tanto la cámara de juicio como la de apelaciones se pronunciaron, por mayoría, en favor de reconocer la jurisdicción del tribunal para entender en casos de terrorismo como un crimen de guerra autónomo. Seguidamente, se analizan los argumentos mayoritarios y las disidencias en ambas instancias.

En primer lugar, corresponde destacar que la mayoría del tribunal de juicio circunscribió su pronunciamiento a los hechos del caso, conforme descritos en la acusación fiscal, es decir, expresamente aclaró que *no le correspondía decidir si el tribunal tenía jurisdicción sobre terrorismo en general*, sino que su tarea se limitaba a establecer si la corte era competente para juzgar bajo la figura de terrorismo a la acción específica de matar y herir civiles en el marco de un conflicto armado, ejecutada con la intención de aterrorizar a la población civil<sup>23</sup>.

En segundo lugar, esa misma mayoría reconoció que el crimen de terrorismo no ha sido singular y universalmente definido en Derecho Internacional y especificó que si el TPIY asumía jurisdicción lo hacía, en cualquier caso, respecto al régimen legal específicamente desarrollado para contextos de conflicto armado, expresado en el IV Convenio de Ginebra y ambos

<sup>22</sup> *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006. La decisión se adoptó con los votos de los magistrados Fausto Pocar, Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney, Theodor Meron y Wolfgang Schomburg.

<sup>23</sup> *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, para. 87.

Protocolos Adicionales, y no incluía los esquemas normativos creados para combatir distintos tipos de “terrorismo político”<sup>24</sup>.

En tercer lugar, para ser considerada una de las violaciones a las leyes y usos de la guerra, de aquellas previstas en el artículo 3º del Estatuto<sup>25</sup>, y así afirmar la jurisdicción del tribunal, se entendió que la conducta imputada debía cumplir con *dos prerequisites* comunes a ese tipo de violaciones y *cuatro condiciones*, todos ellos sistematizados por el propio TPIY en el precedente *Prosecutor v. Duško Tadić*.

Sin disidencias, se estimaron cumplidos los dos prerequisites del artículo 3º del Estatuto, dado que: 1) la conducta había sido cometida en el marco de un conflicto armado, y 2) se encontraba vinculada al mismo<sup>26</sup>.

Contrariamente, en el análisis respecto del cumplimiento de lo que se conoce como “las cuatro condiciones de Tadić”, hubo discrepancias. Las cuatro “condiciones” para considerar que la acción juzgada configura una violación a las leyes y usos de la guerra previstas estatutariamente, consisten en: 1) la conducta imputada debe configurar una infracción a una regla de DIH; 2) la regla infringida debe ser de naturaleza consuetudinaria o, si pertenece al Derecho Convencional, debe cumplir con ciertas condiciones específicas; 3) la violación a la norma reconocida en el Derecho Internacional Humanitario debe ser “grave”, debe infringir una norma que proteja valores importantes y su incumplimiento debe aparejar serias consecuencias para

24 “[...] *The Majority is aware that several international instruments exist outlawing ‘terrorism’ in various forms. The Majority necessarily limits itself to the legal regime that has been developed with reference to conventional armed conflict [...] the Majority proceeds on the understanding that the present case will have a basis, if at all, in the legal regime of the Geneva Conventions and the Additional Protocols and not in international efforts directed against ‘political’ varieties of terrorism. The Majority would also note that ‘terrorism’ has never been singly defined under international law [...] the international community has followed a thematic approach to the characterization of international terrorism, with subject-specific conventions [...] The prohibition of terror against the civilian population in times of war, which (as discussed below) is given expression in Geneva Convention IV and the Additional Protocols, is another example of the thematic, subject-specific, approach to ‘terrorism’ [...] the Majority has not considered it necessary to enter into discussion of ‘political’ terrorist violence and of attempts to regulate it through international conventions [...]*”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, notas al pie de los paras. 87 y 133.

25 Artículo 3º del Estatuto del TPIY. Violaciones de las leyes o prácticas de guerra: “El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra [...]”.

26 “[...] *For a crime to be adjudicated under article 3º of the Statute (violation of the laws and customs of the war) the Trial Chamber must determine that a state of armed conflict existed at the time the crime was committed and that the crime was ‘closely related’ to the armed conflict [...]*”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 9 y 10.

la víctima; 4) la violación de la norma debe implicar responsabilidad penal individual para su autor y así debe desprenderse de normas de Derecho Internacional Consuetudinario o Convencional<sup>27</sup>.

En el caso, la *primera condición* se consideró cumplida, toda vez que la conducta de aterrorizar civiles en el contexto de conflictos armados se encuentra prohibida por el Derecho Internacional Humanitario, con base en el principio general de protección que goza la población civil en esos contextos, el cual, además, ha sido considerado costumbre internacional por la jurisprudencia del TPIY<sup>28</sup>. La conducta se encuentra prohibida en la segunda parte del segundo subparágrafo del artículo 51 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (disposición idéntica al subparágrafo 2 del artículo 13 del Protocolo II), que establece: “[...] No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. *Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil [...]*”<sup>29</sup>.

La *segunda condición* generó disidencia en primera instancia y discrepancias entre la postura mayoritaria de primera y segunda instancia.

Según la *mayoría del tribunal de juicio*, la vigencia de la norma infringida (prohibición de terrorismo) al momento de los hechos y su aplicación al caso tenía *base convencional* y se fundaba en el Acuerdo del 22 de mayo de 1992, firmado por las partes involucradas en este conflicto armado, el cual no sólo remitía al artículo 51 del Protocolo I Adicional, sino que lo había incluido expresamente en su texto<sup>30</sup>. Por ello, el tribunal entendió que no era necesario pronunciarse sobre la aplicación al conflicto de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra<sup>31</sup>, ni tampoco sobre si la regla de

27 *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1, Trial Chamber, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 10 August 1995, para 94. *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 9/12.

28 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, para. 19.

29 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 95/96.

30 “[...] *the warring parties entered into several agreements under the auspices of the ICRC. The first of these was the 22 May Agreement, by which the parties undertook to protect the civilian population from the effects of hostilities and to respect the principle prohibiting attacks against the civilian population [...]* **they agreed to bring into force, inter alia, articles 35 to 42 and 48 to 58 of Additional Protocol I [...]** by virtue of the 22 May 1992 Agreement the parties to the conflict clearly agreed to abide by the relevant provisions of Additional Protocol I protecting civilians from hostilities. Therefore, article 51 [...] undoubtedly applied as **conventional law between the parties to the conflict [...]**”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 22 y 25, remisión en para. 95 *in fine*.

31 “[...] *The Majority emphasizes that it is not required to pronounce on whether the rule*

Derecho Humanitario infringida tenía naturaleza consuetudinaria, dado que alcanzaba con reconocer su aplicación al caso derivada de instrumentos convencionales vinculantes a las partes, vigentes al momento del hecho y no derogados por normas imperativas, conforme lo exigía también el precedente “Tadic” para fundar la jurisdicción del tribunal en normas de Derecho Convencional<sup>32</sup>.

Sobre esto último, se concluyó que: 1) el Acuerdo del 22 de mayo de 1992 –que recogía al art. 51 del Protocolo I– estaba vigente y era vinculante para las partes en conflicto, circunstancia que impedía que una imputación con base en su letra conculcara el principio general de *nullum crimen sine lege* (cfr. art. 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos); y 2) las disposiciones del acuerdo que prohibían el recurso al terrorismo no sólo no estaban derogadas ni contradecían, sino que reafirmaban normas imperativas de Derecho Internacional; en el caso, aquellas que protegen a la población civil en contexto de conflictos armados<sup>33</sup>.

Por su parte, *en su opinión disidente*, el juez Nieto-Navia consideró que para respetar el principio *nullum crimen sine lege*, el tribunal procuraba que los crímenes sometidos a su jurisdicción estuvieran basados en normas de Derecho Internacional Consuetudinario, descartando que la jurisdicción del tribunal pudiera afirmarse en normas de Derecho Convencional<sup>34</sup>.

Al respecto y a su turno, *la cámara de apelaciones* sostuvo que, en tanto los acuerdos cumplieran con los requisitos específicos exigidos, el tribunal podía fundar su jurisdicción en normas de Derecho Convencional; no obstante lo cual, recordó que –históricamente– sus jueces se habían inclinado por asegurar que las conductas sometidas a su juzgamiento estuvieran reprimidas, al tiempo de su comisión, por normas de Derecho Internacional Consuetudinario y en tipos penales suficientemente definidos<sup>35</sup>. En conse-

---

*in question is also customary in nature. As stated above, it belongs to ‘treaty law’ [...] Whether the crime of terror also has a foundation in customary law is not a question which the Majority is required to answer [...]’.* Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 95/97 y 138.

32 *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1, Trial Chamber, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 10 August 1995, para 143. *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, para. 98.

33 “[...] the second paragraph of article 51, read as a whole, intends to say [...] that the prohibition against terror is a specific prohibition within the general prohibition of attack on civilians. The general prohibition is a peremptory norm of customary international law [...] by exemplifying and therefore according with the general norm, the rule against terror neither conflicts with nor derogates from peremptory norms of international law [...]”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 98.

34 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, Separate and partially dissenting opinion of Judge Nieto-Navia, paras. 108/113.

35 “[...] However, while conventional law can form the basis for the International

cuencia, si bien rechazó la postura de la defensa que aducía que la jurisdicción del tribunal bajo artículo 3º de su Estatuto sólo podía basarse en Derecho Consuetudinario<sup>36</sup>, concluyó que la prohibición de aterrorizar a la población civil consagrada en los artículos 51 (2) y 13 (2) de los Protocolos I y II, respectivamente, constituía una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, al menos, desde el instante en que esas disposiciones habían sido incorporadas a los protocolos (1977) y, por tanto, vigentes al momento de los hechos del caso<sup>37</sup>.

En opinión separada, el juez *Shahabuddeen* sostuvo que el tribunal nunca había asumido jurisdicción exclusivamente con base en Derecho Convencional porque, en realidad, entendía necesario contar con fundamento en la costumbre internacional<sup>38</sup>.

Así, respecto de la “segunda condición”, se destaca que: mientras que ambas cámaras reconocieron que la jurisdicción del tribunal podía fundarse en normas de Derecho Internacional Convencional o Consuetudinario, en el caso, la cámara de juicio se basó en Derecho Convencional y la cámara de apelaciones modificó esa decisión y se afirmó en normas de Derecho Consuetudinario.

Si bien la constatación de la *tercera “condición Tadić”* no conllevó mayores controversias, la *cuarta condición* acercó las posturas disidentes de los jueces Nieto-Navia y Schomburg, expresadas en primera y segunda instancia, respectivamente, y alineó las posiciones de las mayorías de las cámaras de juicio y apelaciones.

---

*Tribunal’s jurisdiction, provided that the above conditions are met, an analysis of the jurisprudence of the International Tribunal demonstrates that the Judges have consistently endeavoured to satisfy themselves that the crimes charged in the indictments before them were crimes under customary international law at the time of their commission and were sufficiently defined under that body of law [...]”, Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, paras. 82/83.*

<sup>36</sup> *Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, paras. 85/6.*

<sup>37</sup> Para así decirlo, la cámara analizó el proceso de adopción de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, sus *travaux préparatoires* y su elevada tasa de ratificación; asimismo, invocó varios instrumentos internacionales que contenían la prohibición y también detalló distintas prácticas de los Estados (declaraciones públicas, manuales militares, etc.). Además, se afirmó: “[...] *The Appeals Chamber therefore affirms the finding of the Trial Chamber that the prohibition of terror, as contained in the second sentences of both article 51(2) of Additional Protocol I and article 13(2) of Additional Protocol II, amounts to a specific prohibition within the general (customary) prohibition of attack on civilians [...] clearly belonged to customary international law [...]”, Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, paras. 86/88 y 90.*

<sup>38</sup> *Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 2.*

A pesar de no haber analizado y/o reconocido la existencia de base consuetudinaria en relación con el crimen de terrorismo como violación a las leyes y prácticas de la guerra, la *mayoría de la sala de juicio* sostuvo que, de todas formas, le correspondía constatar si en 1992 existía alguna norma, convencional o consuetudinaria, aplicable al caso, que contemplara la atribución de responsabilidad penal individual por violación a la prohibición de terrorismo<sup>39</sup>. Al respecto, concluyó que aun cuando la violación a la prohibición de terrorismo se imputara como la conculcación al Acuerdo del 22 de mayo de 1992 y no como grave violación al artículo 51 (2) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, en 1992 cabía atribuir responsabilidad penal individual por serias violaciones a la prohibición de terrorismo prevista en el artículo 51 (2) del Protocolo I, cuando ésta importara graves lesiones o la muerte de civiles<sup>40</sup>.

Con esa conclusión, se entendió garantizada la indemnidad del principio general de *nullum crimen sine lege*. Se aclaró que lo decidido no implicaba imputar los hechos como graves violaciones a disposiciones del Protocolo I, ni afirmar la jurisdicción del tribunal o pronunciarse sobre otras posibles formas de vulnerar la prohibición de terrorismo (v. gr., amenazas o actos de violencia que no causen muerte o lesiones graves), toda vez que la intervención del tribunal de juicio había quedado circunscripta al supuesto fáctico en estudio<sup>41</sup>.

En la misma línea, *la mayoría de la cámara de apelaciones* concluyó que el Derecho Consuetudinario autorizaba a atribuir responsabilidad penal individual por violaciones a la prohibición de aterrorizar a la población civil consagradas en los artículos 51 (2) y 13 (2) de los Protocolos Adicionales, al menos, en el período correspondiente a los hechos del caso<sup>42</sup>.

39 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, para. 113.

40 Ver los distintos argumentos, en especial aquel que lo trata como “una especie de los ataques ilegales contra civiles, siempre que importen lesiones graves o muerte [...]”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 127/129.

41 “[...] ***the Majority finds that serious violations of the second part of article 51(2), and specifically the violations alleged in this case causing death or injury, entailed individual criminal responsibility in 1992. The Majority expresses no view as to whether the Tribunal also has jurisdiction over other forms of violation of the rule, such as the form consisting only of threats of violence, or the form comprising acts of violence not causing death or injury [...]*** The Majority finds that the offence as here defined was criminalized in a precise and accessible manner by 1992, and that this was known or should have been known to the Accused. ***Therefore, there is no affront to the principle of nullum crimen sine lege [...]***”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 130 y 132.

42 Para así decidir, según lineamientos del precedente “Tadić”, el tribunal analizó la práctica reiterada de los Estados (declaraciones públicas, legislación y judicialización a nivel

Por sus fundamentos, el juez *Meron* también concurrió con la mayoría<sup>43</sup>. Por separado, el juez *Shahabuddeen* coincidió con la mayoría en que existía base consuetudinaria aplicable al caso para fundar la atribución de responsabilidad penal individual por terrorismo, pero aclaró que ello no conllevaba afirmar que existiera *opinio juris* ni práctica reiterada por parte de los Estados que sustentaran una definición comprensiva y consuetudinaria de terrorismo. Señaló que la comunidad internacional había consensuado sobre una noción básica, pero persistían diferencias significativas y que no convenía pronunciarse sobre una norma consuetudinaria en desarrollo<sup>44</sup>.

Las coincidentes mayorías *en ambas instancias* confrontaron con las disidencias de los jueces *Nieto-Navia* y *Schomburg*, quienes, cada cual a su turno, entendieron que el tribunal no tenía jurisdicción para juzgar la conducta de aterrorizar a la población civil durante un conflicto armado, porque no se había logrado demostrar que la misma suscitara responsabilidad penal individual en normas de Derecho Internacional Consuetudinario. Si bien la prohibición de infligir terror a los civiles ya integraba la costumbre internacional, el análisis de la práctica y *opinio iuris* de los Estados revelaba que la conducta no se encontraba criminalizada en ese entonces, por lo que la sentencia condenatoria, en los términos en los que había sido dictada, vulneraba el principio fundamental de *nullum crimen sine lege*<sup>45</sup>. *Schomburg* añadió que, consecuentemente, correspondía anular la calificación y encuadrar la conducta atribuida a Stanislav Galić en la figura de ataques

---

nacional, manuales militares, etc.). *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, para. 86, 92 y 98. Cfr. *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1, Trial Chamber, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 10 August 1995, para 128.

43 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Meron, para. 2.

44 "I agree with the view that terror as charged is a crime known to customary international law [...] in taking up that position [...] not suggesting that a comprehensive definition of terror is known to customary international law; the Appeals Chamber is really speaking of a core concept [...] The developing state of the law gives reason for caution [...] I am satisfied that a serious violation of 'the laws or customs of war' within the meaning of article 3º of the Statute, namely, by resorting to the core of terror, gives rise to such responsibility. I am also satisfied that this responsibility existed at the time of the alleged acts of the appellant [...]". *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, paras. 3/5.

45 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, Separate and partially dissenting opinion of Judge Nieto-Navia, paras. 108/113. *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, Separate and partially dissenting opinion of Judge Schomburg.

ilegales contra civiles, valorando la finalidad de aterrorizar a la población como circunstancia agravante de la pena<sup>46</sup>.

Recapitulando, por mayoría y en ambas instancias, el tribunal consideró cumplidas las cuatro “condiciones de Tadić” y, consecuentemente, asumió la jurisdicción sobre los hechos y se pronunció. Como se advierte en estas líneas, el análisis de los argumentos, mayoritarios y disidentes, en torno a la constatación de estas “condiciones”, examina aspectos significativos en materia de caracterización y criminalización del terrorismo en contextos de conflicto armado.

## **2.b. La caracterización del crimen de terrorismo**

La mayoría del tribunal de juicio definió al *terrorismo* como un *crimen de guerra autónomo*, integrado por *elementos comunes a las restantes violaciones a las leyes o usos de la guerra* admitidas por el Estatuto<sup>47</sup>, así como por los siguientes *elementos objetivos y subjetivos propios*: 1) actos de violencia dirigidos contra la población civil o contra individuos civiles que no participan de las hostilidades, y que causan la muerte o graves lesiones al cuerpo o a la salud de la población civil; 2) que en forma deliberada, el autor convierta a la población civil o a individuos civiles que no participan de las hostilidades, en el objetivo de esos actos de violencia; 3) que las acciones previamente descritas hayan sido cometidas con el principal propósito de propagar terror en la población civil<sup>48</sup>.

46 “The International Tribunal is required to adhere strictly to the principle of *nullum crimen sine lege praevia* and must ascertain that a crime was ‘beyond any doubt part of customary international law’. It would be detrimental not only to the Tribunal but also to the future development of international criminal law and international criminal jurisdiction if our jurisprudence gave the appearance of inventing crimes –hus highly politicizing its functions– where the conduct in question was not without any doubt penalized at the time when it took place”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Schomburg, paras. 14/21.

47 La existencia de un conflicto armado al momento de los hechos y la vinculación entre el crimen y ese conflicto armado.

48 “133. In conclusion, the crime of terror against the civilian population in the form charged in the Indictment is constituted of the elements common to offences falling under article 3° of the Statute, as well as of the following specific elements: 1. Acts of violence directed against the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities causing death or serious injury to body or health within the civilian population. 2. The offender willfully made the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities the object of those acts of violence. 3. The above offence was committed with the primary purpose of spreading terror among the civilian population”. *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, para. 133.



De acuerdo con esta definición, el crimen de terrorismo se configura con los elementos objetivos y subjetivos del *crimen de guerra que tipifica los ataques ilegales contra civiles con resultado muerte o lesión grave al cuerpo o a la salud* (apartados 1 y 2 del párrafo anterior), pero con un elemento subjetivo adicional y propio, que consiste en realizar el tipo objetivo con el principal propósito de aterrorizar a la población civil (apartado 3). Ambos crímenes tutelan la protección de la población civil en el marco de conflictos armados, que se deriva del principio de distinción. En línea con ello, el artículo 51 (2) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra ha sido considerado un instrumento que ha complementado y reforzado, con mayor especificidad, el Derecho Consuetudinario preexistente. En el caso, por el principio de especialidad, los hechos quedaron calificados en la figura de terrorismo y no como ataques contra civiles<sup>49</sup>.

En lo concerniente a la *definición general de la noción de “terror”*, en el juicio se aceptó la noción aportada por la fiscalía, que lo calificaba como “miedo extremo”<sup>50</sup>, y ello fue ratificado en segunda instancia<sup>51</sup>.

### 2.b.1. *Actus reus. Aspecto objetivo del tipo penal de terrorismo*

En primer lugar, vale señalar que la *conducta prohibida* en el artículo 51 (2) del Protocolo I consiste en *ataques* dirigidos contra la población civil o individuos civiles que no se encuentran participando de las hostilidades. Por ataque, el citado protocolo entiende a los *actos de violencia* –ofensivos o defensivos– (art. 49), mientras que la jurisprudencia del tribunal lo define como un “curso de acción que involucra la comisión de actos de violencia”<sup>52</sup>. En segundo lugar y en lo atinente a los *sujetos pasivos*, se trata de individuos “civiles” o de la “población civil” en general, es decir, aquellas personas que no pertenezcan a las fuerzas armadas o grupos militares organizados que respondan a las partes en conflicto<sup>53</sup>. Finalmente y en lo concerniente al *resultado como elemento objetivo del tipo*, la mayoría concluyó que la figura no contempla el resultado de haber aterrorizado civiles en forma efectiva,

49 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 42, 46, 56, 62, 159/162.

50 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, para. 137.

51 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, nota al pie 320 en para. 103.

52 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 52/53.

53 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 47 y 137.

por lo que no es necesario probar ese extremo ni su conexión causal con los actos de violencia que conforman la conducta prohibida<sup>54</sup>. Esto fue ratificado en segunda instancia<sup>55</sup>.

Por entender que excedía el caso, el tribunal de juicio omitió pronunciarse sobre si el crimen de terrorismo se configuraba en supuestos en que la conducta consistiera en amenazas de violencia (no actos) o en actos de violencia que no causarían muerte o lesiones graves. A su turno, la *cámara de apelaciones* entendió que *correspondía incluir a las amenazas de violencia entre las conductas típicas*<sup>56</sup>. Aclaró que los “actos o amenazas de violencia” incluyen a los “ataques y amenazas de ataques” y que, si bien pueden ser directos, también pueden variar su naturaleza y ser indiscriminados o desproporcionados, siempre y cuando fueran cometidos con el propósito principal de propagar el terror<sup>57</sup>.

### 2.b.2. *Mens rea*. Aspecto subjetivo del tipo penal de terrorismo

Al igual que la figura criminal del ataque ilegal contra civiles que resulte en muerte o lesión grave al cuerpo o a la salud, el crimen de terrorismo exige que, “en forma deliberada”, el autor convierta a la población civil o a individuos civiles que no participan de las hostilidades, en el objetivo de esos actos de violencia (punto 2 de ambas definiciones). En otras palabras, exige un *dolo general*, un accionar consciente e intencionado respecto de los actos violentos capaces de configurar el tipo objetivo (homicidios, torturas, malos tratos, ataques contra civiles, etc.)<sup>58</sup>.

No obstante, en forma concomitante, esta figura requiere que el tipo objetivo sea realizado con una intencionalidad específica, en concreto, con

54 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 65 y 134, 151.

55 “[...] actual terrorization of the civilian populations is not an element of the crime [...]”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, paras. 103/104.

56 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, para. 101.

57 “[...] **Article 49(1) of Additional Protocol I defines ‘attacks’ as ‘acts of violence’.** Accordingly, the crime of acts or threats of violence [...] can comprise attacks or threats of attacks against the civilian population [...] [it] shall not however be limited to direct attacks against civilians or threats thereof but may include indiscriminate or disproportionate attacks or threats thereof [...]”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, para. 102.

58 “[...] the notion of ‘wilfully’ incorporates the concept of recklessness, whilst excluding mere negligence. The perpetrator who recklessly attacks civilians acts ‘wilfully’ [...]”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, para. 54.

el propósito principal de propagar terror en la población civil. Este dolo especial que requiere el crimen de terrorismo constituye, sin más, su característica distintiva, aquella que lo diferencia del resto de las figuras y, en particular, de los ataques ilegales contra la población civil con resultado muerte o lesión grave.

Desde la perspectiva de la dogmática penal, el dolo general previsto para la realización de los actos violentos admite dolo eventual y excluye las conductas culposas, siempre respecto de los ataques o amenazas dirigidos contra civiles. En cambio, el dolo especial exigido para considerar configurado el crimen de terrorismo, solo admite dolo directo, circunstancia que excluye las acciones ejecutadas con dolo eventual o culpa. Esto último importa que no alcance con demostrar que el autor debió representarse la posibilidad de que sus acciones ilegales podían aterrorizar a civiles o, incluso, que ese resultado se produzca como consecuencia colateral y no intencionada de los actos ilegales. En suma, el crimen de terrorismo exige que su autor ejecute la acción típica con la intención primaria de aterrorizar a la población civil<sup>59</sup>.

La cámara de apelaciones añadió que, en el aspecto subjetivo, la intención de propagar terror podía coexistir con otras motivaciones, siempre y cuando aquel constituyera el propósito principal de la acción típica. Asimismo, aclaró que esa intencionalidad podía inferirse de circunstancias de los actos o amenazas, tales como su naturaleza, modalidad, oportunidad, duración, etcétera<sup>60</sup>.

### 3. Jurisprudencia posterior en el TPIY: Después de “Galić”

La importancia del caso “Galić” no solamente se avizora de cara a las cuestiones que logró sintetizar, en forma superadora, respecto de sus antecedentes, sino que, especialmente, se revela en los casos que lo sucedieron, los cuales permiten conocer el modo en que su doctrina se derramó en la jurisprudencia del tribunal y, no menos importante, la forma en que los

59 “[...] **‘Primary purpose’ signifies the mens rea of the crime of terror. It is to be understood as excluding dolus eventualis or recklessness from the intentional state specific to terror [...] The crime of terror is a specific-intent crime [...] excludes terror which was not intended by a belligerent and terror that is merely an incidental effect of acts of warfare which have another primary object and are in all other respects lawful [...]**”, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003, paras. 136 y 101.

60 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006, para. 104.

casos posteriores moldearon la doctrina original hasta derivar en su última versión.

En línea con ello, corresponde iniciar la revisión de este segundo conjunto de casos, con las sentencias de sendas instancias dictadas en *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, quien sucedió a Stanislav Galić en el comando del asedio a Sarajevo y fue consecuentemente condenado, entre otros crímenes, por terrorismo, a la pena de treinta y tres años de prisión, sanción que fue reducida a veintinueve años en segunda instancia<sup>61</sup>.

Entre los aportes de la *sentencia de juicio* en “Milošević” a la doctrina del precedente “Galić”, cabe mencionar: 1) se consolidó la definición que caracterizó el crimen de terrorismo conforme las modificaciones introducidas por la sentencia de apelación en “Galić”; 2) se convalidó que podían existir motivaciones concomitantes al propósito principal exigido, pero no era necesaria su comprobación; 3) se recordó que la figura exigía el resultado muerte o grave lesión al cuerpo o a la salud, pero no el hecho de haber infligido terror a la población civil en forma efectiva, a lo cual se agregó que, no obstante lo dicho, la constatación de semejante resultado podía contribuir para la demostración de la intención de aterrorizar típicamente requerida; 4) se brindaron distintos criterios a los fines de favorecer la comprobación del dolo especial; 5) se precisó que para que la conducta sea penalmente relevante, debe constatarse —en el caso concreto— la intención de infundir miedo por sobre el temor basal naturalmente derivado de la situación de enfrentamiento armado; etc. En línea con “Galić”, el tribunal de juicio concluyó: “El crimen de terrorismo, en consecuencia, constituye una forma ‘agravada’, más severa, de ataque ilegal a civiles”<sup>62</sup>.

Se criticó la escasa profundización del precedente respecto a *la noción de “terror”* y, si bien reconoció una creciente tendencia a diferenciar el terrorismo en tiempos de paz y de guerra, señaló que —en cualquier caso— los ataques contra la población civil se encuentran prohibidos en ambos casos por el Derecho Internacional<sup>63</sup>.

61 “[...] *The Appeals Chamber held that the crime of terror was both prohibited and criminalized under customary international law. The crime falls under article 3° of the Statute as a violation of the laws or customs of war and the Tribunal has jurisdiction over the crime [...]*”, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-T, Trial Chamber, Judgement, 12 December 2007, para. 874. *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 12 November 2009.

62 “[...] *The prohibition of spreading terror among a civilian population must therefore always be distinguished from the effects that acts of legitimate warfare can have on a civilian population [...]*”, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-T, Trial Chamber, Judgement, 12 December 2007, paras. 875, 879/882, 888.

63 *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-T, Trial Chamber, Judgement, 12 December 2007, paras. 883 y 887.

A su turno, la *cámara de apelaciones* –por mayoría– aseveró que la sentencia de juicio había incurrido en error de derecho al exigir la causación del resultado muerte o lesión grave al cuerpo o a la salud, como elemento del crimen de terrorismo. A la luz de este enfoque, esas acciones (causar muerte o lesionar gravemente) representan modos posibles de comisión del crimen, pero no deben ser considerados elementos del tipo que, por otra parte, sí exige que las víctimas sufran graves consecuencias como resultado de los actos o amenazas de violencia, que incluyen, pero no se circunscriben, a la muerte o a lesiones graves<sup>64</sup>.

Por su parte, *el juez Liu Daqun* se alineó con las disidencias de *Nieto-Navia* y *Schomburg* en “Galić”, en tanto no reconoció norma consuetudinaria vigente al momento de los hechos que criminalizara la prohibición de aterrorizar civiles en conflictos armados y concluyó que los hechos debían encuadrarse en la figura de ataques ilegales contra civiles y que el terror debía ser valorado como agravante de ese crimen y no un crimen en sí mismo. A su juicio, la eliminación del requisito de producir muerte o lesiones graves desatendía el cumplimiento de la tercera “condición Tadić” y que, por lo tanto, la mayoría no había identificado adecuadamente los elementos constitutivos del crimen de terrorismo, generando una indefinición inaceptable en Derecho Penal<sup>65</sup>.

Ahora bien, retomando la cronología de casos, corresponde seguir con *Prosecutor v. Milan Martić*, en el que la cámara de apelaciones del tribunal aludió a la caracterización del crimen de terrorismo realizada en el precedente “Galić”, pero únicamente a los fines de diferenciarlo del crimen de ataque contra civiles<sup>66</sup>.

En *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, se condenó a varios acusados por múltiples hechos y en la descripción de la plataforma fáctica se advierten numerosas alusiones al terror infundido a las víctimas. Las diferentes acciones que significaron aterrorizar a la población civil bosnio-musulmana fueron calificadas como actos persecutorios constitutivos de crímenes contra la humanidad, tal como ocurriera en los primeros precedentes analizados (cfr. “Krstić” y “Nikolić”, etc.)<sup>67</sup>.

64 *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 12 November 2009, para. 33.

65 *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 12 November 2009, Partly Dissenting Opinion of Judge Liu Daqun, paras. 13/14 y 17/20.

66 *Prosecutor v. Milan Martić*, IT-95-11-A, Appeals Chamber, Judgement, 8 October 2008, para. 259/260.

67 “*The Trial Chamber therefore concludes that the underlying acts of [...] terrorizing civilians [...] constitute persecution as defined in article 5° of the Statute.. committed in the context of a widespread and systematic attack and thus constitute crimes against humanity*”, *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-T, Trial Chamber, Judgement, 10 June 2010,

En especial, el tribunal de juicio encuadró en los requisitos propios del crimen de terrorismo a ciertos actos de persecución (que involucraban aterrorizar a la población civil) y concluyó que configuraban crímenes de lesa humanidad<sup>68</sup>. Este particular abordaje recibió el reproche del superior, que aclaró que la persecución como crimen contra la humanidad no requiere que los actos persecutorios configuren –a su vez– crímenes internacionales y, por tanto, no resultaba necesario demostrar que las conductas persecutorias cometidas con intención discriminatoria configuraban, además, el crimen de terrorismo<sup>69</sup>. No obstante lo cual, ambas instancias coincidieron en reconocer que la comprobación de esos extremos revestía importancia a los fines de valorar la gravedad de las conductas atribuidas<sup>70</sup>.

En *Prosecutor v. Zdravko Tolomir*, al igual que en “Popović”, la cámara de juicio argumentó que la exposición a las acciones y amenazas terroristas conculcaban el *derecho fundamental a la seguridad individual*, consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que, por lo tanto, *la acción de aterrorizar civiles revestía la suficiente gravedad como para configurar actos de persecución*, constitutivos de crímenes contra la humanidad<sup>71</sup>.

La relevancia política del imputado atravesó el caso *Prosecutor v. Radovan Karadžić*. Entre otras imputaciones, se lo condenó por persecución, en tanto crimen de lesa humanidad y por terrorismo, en línea con los precedentes “Galić” y su progenie<sup>72</sup>. El tribunal ratificó al crimen de terrorismo como una violación a las leyes y usos de la guerra, y se consolidó la

---

paras. 777, 834, 844/45, 963, 970, 996/999, 1004, entre muchos otros. *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 January 2015.

68 *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-T, Trial Chamber, Judgement, 10 June 2010, paras. 979/981.

69 *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 January 2015, paras. 737/738 y 763.

70 “[...] Accordingly, the terrorization of civilians is of **sufficient gravity** to amount to persecution”, *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-T, Trial Chamber, Judgement, 10 June 2010, para. 981. “[...] the primary purpose of the underlying acts may have been relevant to the **gravity** of the acts in question [...]”, *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 January 2015, para 763.

71 *Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-T, Trial Chamber, Judgement, 10 June 2010, para. 981. “[...] Exposure to such acts or threats constitutes a violation of **an individual’s fundamental right to security of person**, which is enshrined in various international and regional human rights treaties. **Thus, the terrorization of civilians is an act of sufficient gravity to constitute persecutions** [...]”, *Prosecutor v. Zdravko Tolomir*, IT-05-88/2-T, Trial Chamber, Judgement, 12 December 2012, paras. 855/857, 868, 1188, etc. *Prosecutor v. Zdravko Tolomir*, IT-05-88/2-A, Appeals Chamber, Judgement, 8 April 2015.

72 *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Trial Chamber, Judgement, 24 March 2016.

siguiente definición: 1) *actos o amenazas de violencia dirigidos contra la población civil o individuos civiles que no participan de las hostilidades*; 2) *que en forma deliberada, el autor convierta a la población civil o a individuos civiles que no participan de las hostilidades, en el objetivo de esos actos o amenazas de violencia*; 3) *que las acciones previamente descritas hayan sido cometidas con el principal propósito de propagar terror en la población civil*<sup>73</sup>.

En *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, se condenó –entre otros crímenes– por terrorismo como crimen de guerra, de conformidad con “Galić” y su progenie<sup>74</sup>. Por mayoría, la cámara de apelaciones confirmó las condenas impuestas y, en una nueva disidencia, el juez Liu Daqun reprodujo todos los fundamentos de su opinión en “Dragomir Milošević”<sup>75</sup>.

Finalmente, en *Prosecutor v. Ratko Mladić* se dictó condena a prisión perpetua, entre otros, por el crimen de terrorismo (por los hechos ocurridos en Sarajevo), en línea con la jurisprudencia del tribunal<sup>76</sup>.

De los antecedentes someramente revisados en este apartado, cabe concluir que, por un lado, el tribunal continuó reprimiendo conductas con contenido terrorista, encuadrándolas en los actos subyacentes de otros crímenes comprendidos en su jurisdicción, tal el caso de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, también se recogió y aplicó la doctrina elaborada por el tribunal en materia de terrorismo, reforzándola, pero no sin modificar algunos de sus aspectos sustantivos.

En términos de conceptualización del crimen, la figura penal delineada por el tribunal de juicio sufrió dos alteraciones significativas en el *actus reus*: 1) la cámara de apelaciones, en “Galić”, incorporó las amenazas de violencia como conducta típica, y 2) la cámara de apelaciones, en “Dragomir Milošević”, eliminó el requisito de causación de muerte o lesiones graves en el cuerpo o en la salud de las víctimas civiles. Esta versión “revisada” del

73 “[...] 459. The following elements need to be established before the Chamber can enter a conviction for terror: (a) acts or threats of violence directed against the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities; (b) the perpetrator wilfully made the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities the object of those acts of violence; (c) the above was committed with the primary purpose of spreading terror among the civilian population [...]”, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Trial Chamber, Judgement, 24 March 2016, paras. 438/444 y 458/466, 4629/4634.

74 *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, IT-04-74-T, Trial Chamber, Judgement, 29 May 2013, Vol I, paras. 26, 140, 194/197; Vol. III, paras. 1689, 1692, etc.

75 *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, IT-04-74-A, Appeals Chamber, Judgement, 29 Nov. 2017, Partially Dissenting, Dissenting Opinions and Declaration of Judge Liu Daqun, Vol. III, paras. 8/10.

76 *Prosecutor v. Ratko Mladić*, IT-09-92-T, Trial Chamber, Judgement, 22 November 2017, Parte IV, paras. 4741, 4808, 4892/3, 4921 y 5190.

tipo penal de terrorismo en contexto de conflictos armados fue aplicada y convalidada, más recientemente, en “Karadžić”.

#### 4. Reflexiones finales

El presente artículo compila en forma selectiva y secuenciada una serie de aportes jurisprudenciales elaborados por las cámaras del TPIY con relevancia en la caracterización y criminalización del terrorismo en contextos de conflicto armado.

Como se desprende de estas páginas, el paradigmático caso *Prosecutor v. Stanislav Galić* constituyó una bisagra en la jurisprudencia internacional en materia de terrorismo, que excedió la casuística del TPIY, por haber sido la primera vez que un tribunal internacional dictaba sentencia condenatoria por terrorismo como crimen de guerra autónomo, para lo cual –al no encontrarse expresamente previsto en su Estatuto– debió fundar su jurisdicción y caracterizar los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal.

El trabajo se detiene especialmente en el contenido de esa decisión (en ambas instancias) y en el análisis del impacto que la misma representó *al interior del propio tribunal internacional* que la había adoptado.

En ese sentido, la revisión de *la jurisprudencia anterior al caso* permite revelar que, desde un comienzo, el tribunal había reconocido y documentado acciones o prácticas vinculadas al terrorismo y, en sus pronunciamientos, había demostrado vocación por asegurar su criminalización. Esa jurisprudencia temprana evidencia que, si bien el terrorismo no fue reprimido mediante la aplicación de un tipo penal específico, el contenido terrorista de las conductas juzgadas no quedó impune, sino que fue penalmente reprochado, ya sea como agravante o como elemento configurativo de alguno de los crímenes expresamente previstos en la competencia del tribunal.

Por su parte, el estudio de *la jurisprudencia posterior al caso* corroboró que el citado precedente fue aplicado y –a la vez– modificado por sucesivos fallos que, con ajustes y precisiones, contribuyeron sensiblemente a la construcción de una más acabada caracterización del crimen de terrorismo en contexto de conflictos armados.

De acuerdo –justamente– con la doctrina que emana el caso “Galić” y *su progenie* (fundamentalmente, “Dragomir Milošević” y “Karadžić”), el terrorismo como crimen de guerra importa –en su última versión– la comisión de *actos o amenazas de violencia dirigidos contra la población civil o individuos civiles que no participan de las hostilidades*, siempre y cuando *su autor, en forma deliberada, convierta en objetivo de esos actos o amenazas a la población civil o a individuos civiles que no participan de las hostilidades*, siendo imprescindible que *las acciones previamente descritas*



*sean cometidas con el principal propósito de propagar terror en la población civil.*

De todos sus elementos objetivos y subjetivos, el crimen de terrorismo en contextos de conflicto armado elaborado por el TPIY presenta su rasgo distintivo en el aspecto subjetivo del tipo (*mens rea*), el cual radica en el *dolo especial* que debe motorizar la realización de la conducta típica; en otras palabras, que los actos o amenazas de violencia sean cometidos *con el propósito principal de propagar terror a la población civil*.

El abordaje jurisprudencial cronológico y secuenciado del presente análisis ha permitido identificar los distintos aportes que intervinieron en el proceso de construcción colectiva de esta definición pretoriana de terrorismo.

El TPIY se limitó a conceptualizar al terrorismo del régimen legal desarrollado para contextos de conflicto armado, expresado en el IV Convenio de Ginebra y ambos Protocolos Adicionales<sup>77</sup>. Conforme queda aquí evidenciado, el mandato estatuido para el tribunal por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se tradujo, conceptualmente, en su definición de terrorismo. Dicho de otro modo, el concepto acuñado se encuentra indefectiblemente atravesado por distintos aspectos que hacen a la jurisdicción del tribunal, que ha circunscripto al terrorismo, en términos materiales, al contexto de conflicto armado y, en términos témporo-espaciales, a la constatación de la existencia de la prohibición y criminalización del terrorismo en normas de Derecho Internacional vigentes y aplicables al caso, al momento y en el lugar de los hechos, es decir, a partir de 1991 en el territorio de la Antigua Yugoslavia.

En este punto, resulta sustancial reconocer aquello que Antonio Cassese describió como la multifacética noción criminal de terrorismo en el Derecho Internacional<sup>78</sup>. La jurisprudencia del TPIY en materia de terrorismo constituye un valioso aporte en la definición del terrorismo como crimen de guerra autónomo, como crimen internacional en contextos de conflicto armado. Sin embargo, no es la única definición jurisprudencial sobre ese tipo de terrorismo<sup>79</sup>, no aborda ni zanja todos los problemas conceptuales que

77 Al respecto, vale aclarar que ni las Convenciones de Ginebra ni los Protocolos Adicionales definen expresamente al terrorismo. Ver: Jodoin, S. (2007). "Terrorism as a War Crime". *International Criminal Law Review* 7, 77-115.

78 Cassese, A. (2006). "The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law". *Journal of International Criminal Justice* 4(5): 933-958.

79 El TESL, cuyo estatuto incluía expresamente al terrorismo en su jurisdicción, acuñó una definición propia, que recogió expresamente elementos de la definición elaborada por la jurisprudencia del TPIY, pero se le reconocen rasgos propios y diferenciados (v. gr., los supuestos de actos cometidos contra propiedad civil, la noción de persona protegida, etc.). Para profundizar: Swinnen, J. "Sobre los 'actos de terrorismo' en el Derecho Internacional Humanitario.

ciertos supuestos representan para la definición del terrorismo en tiempos de guerra<sup>80</sup> y nada dice sobre los esquemas normativos creados para combatir al terrorismo internacional en tiempos de paz<sup>81</sup>.

Estas precisiones sobre los alcances del aporte que significa la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en materia de terrorismo, no le restan importancia, sino que –por el contrario– resaltan el espacio que la misma ocupa en el marco de los persistentes esfuerzos encaminados a consensuar universalmente definiciones para criminalizar este particular modo de ejercer violencia.

## 5. Bibliografía

### *Jurisprudencia del TPIY*

*Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a/ “DULE”*

IT-94-1, Trial Chamber, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 10 August 1995.

IT-94-1-T, Trial Chamber, Opinion and Judgment, 7 May 1997.

*Prosecutor v. Tihomir Blaskić*

IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgment, 3 March 2000.

IT-95-14-T, Appeals Chamber, Judgment, 29 July 2004.

*Prosecutor v. Dario Kordi et Mario Cerkez*

IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2001.

IT-95-14/2-T, Appeals Chamber, Judgment, 17 December 2004.

---

Una mirada desde los Convenios y Protocolos de Ginebra”. *Prudentia Iuris*, N° 86; Paredi, L., ob. cit., 9-10, 13-14 y 16. *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, SCSL-04-14-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2007. *Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.*, SCSL-2004-16-T, Trial Chamber, Judgement, 20 June 2007. *Prosecutor v. Charles Ghanchay Taylor*, SCSL-03-01-T, 18 May 2012.

80 Por ejemplo, la controversia sobre las acciones de los “*freedom fighters*” en contextos de conflicto armado. Ver: Cassese, A., ob. cit.

81 Para enfoques doctrinarios sobre un crimen internacional de terrorismo, cfr.: Cassese, A., ob. cit.; Di Filippo, M. (2008). “Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes”. *European journal of international law*, ISSN 0938-5428, Vol. 19, Nro. 3, 533-570, etc. En materia de aportes jurisprudenciales, cabe mencionar la sentencia del TEL, en el que se sostuvo –no sin polémica– que el terrorismo ha devenido en un crimen de Derecho Penal Internacional. Ver: Danessa, S. (julio-agosto 2018). “Reflexiones sobre la definición de Terrorismo. El cuestionado Tribunal Especial para el Líbano”. *Revista Argumentos*, Nro. 6, 12-34; Ambos, K. (enero de 2012). “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?”. *UNED Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª. Época, Nro. 7, 143-173.

*Prosecutor v. Radislav Krstić*

IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001.

IT-98-33-A, Appeals Chamber, Judgment, 19 April 2004.

*Prosecutor v. Momir Nikolić*

IT-02-60/1-S, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 2 December 2003.

*Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić a / k / a “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo a / k / a “Zenga”*

IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment, 16 November 1998.

IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001.

*Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*

IT- 95-14/1-T, Trials Chamber, Judgement, 25 June 1999.

IT-95-14/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 24 March 2000.

*Prosecutor v. Stanislav Galić*

IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003. Separate and partially dissenting opinion of Judge Nieto-Navia.

IT-98-29-T, Appeals Chamber, Judgement, 30 November 2006. Separate and partially dissenting opinion of Judge Schomburg. Separate Opinion of Judge Shahabuddeen. Separate and Partially dissenting Opinion of Judge Meron.

*Prosecutor v. Dragomir Milošević*

IT-98-29/1-T, Trial Chamber, Judgement, 12 December 2007.

IT-98-29/1-A, Appeals Chamber, Judgement, 12 November 2009 and Partly Dissenting Opinion of Judge Liu Daqun.

*Prosecutor v. Milan Martić*

IT-95-11-A, Appeals Chamber, Judgement, 8 October 2008.

*Prosecutor v. Vujadin Popović et al.*

IT-05-88-T, Trial Chamber, Judgement, 10 June 2010.

IT-05-88-A, Appeals Chamber, Judgement, 30 January 2015.

*Prosecutor v. Zdravko Tolomir*

IT-05-88/2-T, Trial Chamber, Judgement, 12 December 2012.

IT-05-88/2-A, Appeals Chamber, Judgement, 8 April 2015.

*Prosecutor v. Radovan Karadžić*

IT-95-5/18-T, Trial Chamber, Judgement, 24 March 2016.

*Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*

IT-04-74-T, Trial Chamber, Judgement, 29 May 2013.

IT-04-74-A, Appeals Chamber, Judgement, 29 Nov 2017, Partially Dissenting, Dissenting Opinions and Declaration of Judge Liu Daqun.

*Prosecutor v. Ratko Mladić*

IT-09-92-T, Trial Chamber, Judgement, 22 November 2017.

## ***Jurisprudencia del STSL***

*Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*

SCSL-04-14-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2007.

*Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.*

SCSL-2004-16-T, Trial Chamber, Judgement, 20 June 2007.

*Prosecutor v. Charles Ghanchay Taylor*  
SCSL-03-01-T, 18 May 2012.

***Doctrina, referencias normativas e información disponible en sitios de internet***

- Ambos, K. (enero de 2012). “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?” *UNED Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª. Época, Nro. 7, 143-173.
- Cassese, A. (2006). “The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law”. *Journal of International Criminal Justice* 4(5): 933-958.
- Danessa, S. (julio-agosto 2018). “Reflexiones sobre la definición de Terrorismo. El cuestionado Tribunal Especial para el Líbano”. *Revista Argumentos*, Nro. 6, 12-34.
- Di Filippo, M. (2008). “Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes”. *European Journal of International Law*, ISSN 0938-5428, Vol. 19, Nro. 3, 533-570.
- Jodoin, S. (2007). “Terrorism as a War Crime”. *International Criminal Law Review* 7, 77-115.
- Paredi, L. (June 2015). “The war crime of terror: an analysis of international jurisprudence”. *International Crimes Database (ICD) Brief 11*.
- Swinnen, J. “Sobre los ‘actos de Terrorismo’ en el Derecho Internacional Humanitario. Una mirada desde los Convenios y Protocolos de Ginebra”. *Prudentia Iuris*, N° 86.
- S.C. Res. 808, 1, U.N. Doc. S/RES/808 (Feb. 22, 1993).
- S.C. Res. 827, U.N. Doc. S/RES/827 (May 25, 1993).
- S.C. Res. 955, U.N. Doc. S/RES/955 (Nov. 8, 1994).
- S.C. Res. 1166, U.N. Doc. S/RES/1166 (May 13, 1998).
- S.C. Res. 1315, U.N. Doc. S/RES/1315 (Aug. 14, 2000).
- S.C. Res. 1329, U.N. Doc. S/RES/1329 (Nov. 30, 2000).
- S.C. Res. 1411, U.N. Doc. S/RES/1411 (May 17, 2002).
- S.C. Res. 1431, U.N. Doc. S/RES/1431 (Aug. 14, 2002).
- S.C. Res. 1481, U.N. Doc. S/RES/1481 (May 19, 2003).
- S.C. Res. 1597, U.N. Doc. S/RES/1597 (April 20, 2005).
- S.C. Res. 1660, U.N. Doc. S/RES/1660 (Feb. 28, 2006).
- S.C. Res. 1837, U.N. Doc. S/RES/1837 (Sept. 29, 2008).
- S.C. Res. 1877, U.N. Doc. S/RES/1877 (July 7, 2009).
- S.C. Res. 1931, U.N. Doc. S/RES/1931 (June 29, 2010).
- S.C. Res. 1993, U.N. Doc. S/RES/1993 (June 29, 2011).
- S.C. Res. 2306, U.N. Doc. S/RES/2306 (Sept. 6, 2016).
- <https://www.icty.org/sid/24> (disponible al 9/8/2020).

**LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL  
Y FAMILIAR EN ARGENTINA A PARTIR DE LA  
EXPERIENCIA ESPAÑOLA: HACIA UNA POLÍTICA  
PÚBLICA BASADA EN LA CORRESPONSABILIDAD  
Y SOLIDARIDAD FAMILIAR**

**Luis H. Olaguibe**

Doctor en Derecho, Universidad Católica de Santa Fe,  
Santa Fe, Argentina

Contacto: lolaguibe@ucsf.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9536-6384>

**José Olaguibe**

Máster en Gobierno y Cultura de las Organizaciones,  
Universidad de Navarra, Pamplona, España

Contacto: jiolaguibe@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4464-6260>

Recibido: 31 de agosto de 2020

Aprobado: 12 de octubre de 2020

**Para citar este artículo:**

Olaguibe, L. H. y Olaguibe, J. (2021). “La conciliación de la vida laboral y familiar en Argentina a partir de la experiencia española: Hacia una política pública basada en la corresponsabilidad y solidaridad familiar”. *Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 101-126

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.101-126>

**Resumen:** La conciliación de la vida laboral y familiar constituye un reto que afecta a varones y mujeres y representa una cuestión social que incide en el empleo, pero también impacta al conjunto de la sociedad. La evolución de las políticas legislativas tendientes a facilitar la armonía de la vida laboral y familiar en España y las transformaciones sociales de las últimas décadas ponen en evidencia la necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico argentino. Este artículo pretende revisar las políticas públicas en Argentina con una mirada integradora y desde una perspectiva de corresponsabilidad y solidaridad familiar. Con esa premisa se resaltan los principios constitucionales de igualdad de oportunidades y libertad de decisión, en sintonía con la protección de la institución familiar para avanzar hacia una efectiva política pública en materia de conciliación.

**Palabras clave:** Conciliación trabajo-familia, Corresponsabilidad, Solidaridad familiar, Política pública.

## **The Conciliation of Work and Family Life in Argentina from the Spanish Experience: Towards a Public Policy Based on Co-Responsibility and Family Solidarity**

**Abstract:** The conciliation of work and family life is a challenge that affects men and women and represents a social issue that has an impact on employment, but also on society as a whole. The evolution of legislative policies designed to facilitate the balance between work and family life in Spain and the social transformations of the last few decades highlight the need to update the Argentinean legal system. This article aims to review public policies in Argentina with an integrative view and from a perspective of co-responsibility and family solidarity. Under this premise, the constitutional principles of equal opportunities and freedom of decision are highlighted, in line with the protection of the family institution, in order to advance towards an effective public policy in the field of conciliation.

**Keywords:** *Work-family conciliation, Co-responsibility, Family solidarity, Public policy.*

### **La conciliazione della vita professionale e familiare in Argentina sulla base dell'esperienza spagnola: Verso una politica pubblica basata sulla corresponsabilità e sulla solidarietà familiare**

**Sommario:** Conciliare lavoro e vita familiare è una sfida che riguarda sia gli uomini che le donne e rappresenta una questione sociale che ha un impatto sull'occupazione, ma anche sulla società nel suo complesso. L'evoluzione delle politiche legislative volte a facilitare l'armonia della vita lavorativa e familiare in Spagna e le trasformazioni sociali degli ultimi decenni dimostrano la necessità di aggiornare il sistema giuridico argentino. Questo articolo si propone di rivedere le politiche pubbliche in Argentina con una visione integrativa e da una prospettiva di corresponsabilità e di solidarietà familiare. Con questa premessa, i principi costituzionali delle pari opportunità e della libertà di decisione sono messi in evidenza in armonia con la tu-

tela dell'istituzione familiare, al fine di progredire verso un'efficace politica pubblica in materia di riconciliazione.

**Parole chiave:** Conciliazione lavoro-familia, Co-responsabilità, Solidarietà familiare, Politiche pubbliche.

## I. Introducción

La conciliación de la vida laboral y familiar se presenta como una de las tensiones más importantes de la sociedad contemporánea. Constituye un reto que afecta a varones y mujeres, y representa una cuestión social que incide en el empleo pero que también impacta irremediablemente en el conjunto de la sociedad. Entre sus consecuencias resaltan las dificultades que ocasiona en la realidad de muchas parejas para tener hijos y trabajar<sup>1</sup>, lo que repercute significativamente en los bajos índices de fecundidad de los países occidentales, principalmente la región de Europa del sur<sup>2</sup>, y en las últimas décadas también se reflejan en los países latinoamericanos<sup>3</sup>.

Si bien los procesos en cada continente se desarrollan asimétricamente desde un punto de vista temporal, creemos que los efectos y el modo de abordar los problemas pueden enriquecerse si se tienen en cuenta ambas experiencias. Por eso, a partir de un estudio de la evolución de la legislación española y argentina se pretende reflexionar acerca de cómo se encuentran las políticas públicas en Argentina, hacia dónde deberían tender y de qué manera se pueden integrar a la normativa vigente. En este sentido, este trabajo tiene como fin brindar aportes significativos en materia legislativa que permitan avanzar hacia una efectiva política pública de conciliación en sintonía con los principios constitucionales de igualdad de oportunidades y libertad de decisión y la protección de la institución familiar.

En primer lugar, se describe el problema de integrar el desarrollo profesional a la vida personal y familiar que hoy afecta a varones y mujeres, tanto en Europa como en América Latina. La relevancia de la temática se funda en las consecuencias intrafamiliares y sociales que ocasiona el he-

1 Cfr. Olmo Vicén, N.; Montoro Gurich, C. y López, D. (2011). "El reto de tener hijos y trabajar: Un análisis desde la socio-demografía". En Montoro Gurich, C. (Ed.), *Familias con dos sueldos y tres trabajos*. Pamplona. Instituto de Ciencias para la Familia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 86-113.

2 Van De Kaa, D. J. (1997). "Options and sequences: Europe's demographic patterns". *Journal of the Australian Population Association*, 14 (1), 1-30.

3 Cfr. CEPAL. (2020). *Observatorio Demográfico, 2019*. Santiago de Chile.



cho de no disponer de mecanismos o herramientas pertinentes para lograr una armonía de las distintas esferas: personal, familiar y laboral. Entre las primeras se destacan dificultades para trabajar y tener hijos<sup>4</sup>, como así también para brindar una buena educación a los niños acorde al ciclo vital en que se encuentren y, por ende, para el cuidado de los mismos cuando sea necesario. Las consecuencias sociales se aprecian en los cambios demográficos de las últimas décadas, con efectos claros en la disminución de la fecundidad y en la postergación de la maternidad y paternidad<sup>5</sup>. Lo que hace imprescindible atender la necesidad de debatir sobre cómo la sociedad del siglo XXI hace frente a estas dificultades, en particular, las que se presentan a la hora de armonizar el trabajo y la vida personal y familiar; y desde la política pública, cómo facilitar estos aspectos que forman parte del proyecto vital de la mayoría de los ciudadanos.

A continuación, se realiza una revisión bibliográfica-legislativa de las políticas públicas implementadas en España y Argentina. Se observan, en ambos casos, medidas concretas con relación a los permisos por maternidad y paternidad, el cuidado y las responsabilidades de padres y madres. Para el caso argentino, se pretende plantear un marco jurídico más amplio que excede la legislación laboral y contempla principios constitucionales, tratados internacionales y otras leyes de fondo. Vale aclarar que, si bien los tratados resultan aplicables a todos los países que los han ratificado, metodológicamente serán presentados en el apartado destinado al análisis del caso argentino en razón de haber recibido jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Por último, a modo de retos legislativos, se busca brindar algunos aportes que, ante la ausencia de políticas públicas en Argentina tendientes a facilitar la integración de la vida laboral y familiar, se consideran oportunos y necesarios. Entre ellos, los principios de corresponsabilidad y solidaridad familiar como criterios rectores para el diseño de políticas de conciliación.

## **II. La armonía entre el trabajo y la vida personal y familiar en el siglo XXI**

El nuevo rol de la mujer en la sociedad ha sido de los hechos más relevantes del siglo pasado. Este fenómeno trajo consigo un nuevo modo de comprender las responsabilidades familiares, mayores oportunidades de

4 Cfr. Olmo Vicén, N.; Montoro Gurich, C. y López, D., ob. cit.

5 Cfr. Sánchez Barricarte, J. (2008). *El crecimiento de la población mundial. Implicaciones socioeconómicas, ecológicas y éticas*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

formación profesional para las mujeres y una modificación en las trayectorias vitales femeninas<sup>6</sup>. Esto significó un cambio en la forma de vida de las familias, dado que antes la mujer se encargaba de las tareas del hogar y el varón del trabajo fuera de él, ahora la mujer tiene mayor autonomía económica y laboral<sup>7</sup>.

Por otra parte, la concepción del trabajo ha cambiado: tanto para varones como para mujeres, ya no es solo un medio de subsistencia para el grupo familiar, sino que responde más al concepto de carrera profesional y constituye una de las principales motivaciones de las personas y de las nuevas generaciones; de hecho, tanto el empleo como el tipo de ocupación forman parte de la construcción de la propia identidad<sup>8</sup>. Esto también ha tenido consecuencias en el proyecto personal y familiar de los ciudadanos que en muchas ocasiones deben postergar tener el primer hijo por razones económicas y/o por dificultades para conciliar la vida laboral y familiar<sup>9</sup>. El impacto se aprecia a nivel micro, es decir, en la misma unidad familiar; pero también a nivel macro, lo que ocasiona serios problemas de índole demográficos que, tal vez, en el corto plazo no se logran identificar, pero que a mediano y largo plazo tienen serias consecuencias<sup>10</sup>.

La familia en cuanto realidad humana natural transita tiempos históricos transformadores, que no deben diluir su verdadero significado de comunidad de personas unidas por vínculos afectivos y jurídicos. Esa idea de comunidad aplicada al matrimonio contiene dos elementos fundacionales, como son la solidaridad y la participación en la construcción de ese proyecto personal y familiar<sup>11</sup>. Hacer factible la armonía entre la vida laboral y la vida familiar requiere de una adecuada distribución del tiempo, recursos y esfuerzos a lo largo del tiempo. Sin embargo, conseguir un desarrollo integral que incluya estos aspectos no es tarea fácil; es necesario un replanteo del modo de vivir los diferentes roles que cada persona ejerce en el ámbito familiar y laboral, sin caer en un ordenamiento matemático igualitario<sup>12</sup>.

6 Cfr. Esping-Andersen, G. y Palier, B. (2010). *Los tres grandes retos del Estado del bienestar*. Barcelona. Editorial Ariel.

7 Cfr. López, D. (2016). "El reto de la conciliación trabajo y familia: ¿qué nos estamos jugando?". En *Familia y sociedad en el siglo XXI*. Madrid. Dykinson, 27-38.

8 Goldin, C. (2006). "The Quiet Revolution That Transformed Women's Employment, Education, and Family". En *AEA Papers and Proceedings*, 1-21.

9 Cfr. INE (2019a). *Nota de prensa: Encuesta de Fecundidad 2018. Datos definitivos*. Madrid.

10 Cfr. Livi Bacci, M. (2012). *Historia mínima de la población mundial*. 4ª ed. Barcelona. Editorial Ariel.

11 Cfr. Hervada, J. (2000). *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*. Pamplona. EUNSA, 575.

12 Cfr. Ordoñez y Revuelta, M. (2016). *Familia + Trabajo: Un camino hacia la integración*. Buenos Aires. Lid Editorial.

Además, es necesario comprender que el trabajo y la familia son parte de una misma vida, y si bien son ámbitos diferentes resulta clave que ambos no entren en conflicto, sino que se integren<sup>13</sup>.

En España, a modo de ejemplo, según la *Encuesta de Fecundidad de 2018* que realiza el Instituto Nacional de Estadística (INE), tres de cada cuatro mujeres desean tener al menos dos hijos, pero la realidad muestra que el número medio de hijos es menor<sup>14</sup>. La brecha que revela esta encuesta entre el número de hijos que se desean tener y los hijos que se tienen se observa tanto en las mujeres como en los varones. Entre las razones que aducen las mujeres por las que han tenido menos hijos de los deseados resaltan las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar como las más relevantes. Asimismo, revisten importancia las razones económicas y de salud. En el caso de los varones también manifiestan el factor de la conciliación, aunque en primer lugar mencionan las razones económicas como barrera para tener los hijos que desean.

Por tanto, en este contexto las políticas públicas destinadas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de los ciudadanos revisten mayor importancia y forman parte de las respuestas que los gobiernos, en el marco del diálogo social y la amplia participación ciudadana, ofrecen a la población<sup>15</sup>. A partir de las diversas experiencias, fundamentalmente de los países del norte de Europa, pioneros en políticas de conciliación, en la actualidad se estima que la corresponsabilidad entre varones y mujeres es el factor más influyente para facilitar la conciliación. Además, es un mecanismo para fomentar una mayor dedicación temporal al cuidado y la atención de los hijos que redundará en mayor bienestar para ellos y para el propio padre o madre, así como para promover un reparto de las responsabilidades laborales y familiares entre los miembros de la familia en función de su realidad particular<sup>16</sup>.

Las políticas públicas de los países europeos están siendo orientadas en este sentido, como es el caso de España. Mientras que en los países latinoamericanos, como es el caso de Argentina, aún esto no ha sido materia de suficiente debate, si bien existen algunos proyectos de ley presentados y algunos recientemente sancionados que se encuadran en el interés público de facilitar y fomentar la conciliación laboral y familiar a través de algunas

13 Cfr. Chinchilla, N. y Moragas, M. (2007). *Dueños de nuestro destino. Cómo conciliar la vida profesional, familiar y personal*. Barcelona. Ariel.

14 Cfr. INE (2019b). *España en cifras 2019*. Madrid.

15 OIT-PNUD (2009). *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago de Chile, 13.

16 Meil Landwerlin, G. (2017). "Permisos parentales para hombres y corresponsabilidad en el cuidado de niños". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 131, 15-34.

acciones concretas. Un ejemplo de esto es la sanción de la *Ley N° 27.555* que regula el teletrabajo en todo el territorio argentino, donde en el *artículo 6°* se reconoce a quienes acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, el derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada<sup>17</sup>. Sin ánimo de discutir el contenido de toda la normativa que busca regular esta modalidad laboral, se destaca un cambio en la perspectiva de las tareas referidas al cuidado de los más vulnerables en la familia, ya no determinada a un sexo, sino puesta a consideración de la libertad de los miembros de la pareja.

Los organismos internacionales, por su parte, también insisten en la promoción de la corresponsabilidad como clave para la conciliación. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sostiene desde hace tiempo la necesidad de avanzar hacia la conciliación de la esfera laboral y familiar con corresponsabilidad social, es decir, entre varones y mujeres, así como también entre familias, estado, mercado y sociedad en general<sup>18</sup>. Se considera la corresponsabilidad como una dimensión fundamental para promover la igualdad y combatir la pobreza desde el mundo del trabajo, y un requisito para lograr la equidad entre varones y mujeres.

Ciertamente, la sociedad poco a poco tiende a una mayor igualdad entre varones y mujeres en la vida social, en el mercado de trabajo y en el reparto de las responsabilidades familiares. El acceso de la mujer al mundo laboral, la mayor participación de los varones en el hogar, el creciente deseo del desarrollo profesional tanto en mujeres como varones, entre otros cambios sociales, han significado un gran avance como sociedad. Pero también, han puesto en evidencia la necesidad de repensar la legislación en materia de empleo y de seguridad social, de desarrollar y aplicar nuevas políticas tanto en lo privado como en lo público.

17 Artículo 6° de la Ley N° 27.555. “*Tareas de cuidados*. Las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. Cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la Ley N° 23.592. Mediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho”.

18 OIT-PNUD, ob. cit., 11.

### **III. Evolución de las políticas legislativas de conciliación del trabajo y la vida personal y familiar en España**

#### ***III.a. Primera etapa: Ley N° 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en España***

La primera *Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en España* (Ley N° 39/1999, de 5 de noviembre) se dicta durante el año 1999. En la exposición de motivos se recogen como fundamentos constitucionales de todo el cuerpo normativo: 1) el artículo 14 de la *Constitución española*, donde explícitamente se postula el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición; 2) el artículo 39.1, donde se establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia; y 3) el artículo 9.2, que atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Se reconoce, así, la necesidad de acompañar uno de los cambios más profundos de este siglo, que es la incorporación de la mujer al trabajo. De esta forma, el Estado español, en línea a las recomendaciones internacionales, reconoce la necesidad de abordar las nuevas relaciones sociales y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y varones que facilite un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional, personal y familiar.

Esta normativa tiene como principal aspiración conseguir una mayor igualdad entre varones y mujeres, a través de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar; siendo el trabajo y la familia los ámbitos de mayor incidencia. El Estado de España, de esta manera, define los aspectos formales que marcarán el rumbo de las futuras políticas públicas de conciliación en concordancia con lo ya establecido por la *IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres*, celebrada en Pekín, en septiembre de 1995, donde se consideraba como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres. Así, la ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y varones. Trata, además, de guardar

un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres.

En relación con la corresponsabilidad de varones y mujeres en las responsabilidades familiares destacan dos modificaciones significativas. Por un lado, se facilita a los varones la coparticipación en el cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia. Para lo cual se introduce una modificación que permite conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre, y se amplía el permiso de maternidad en dos semanas más por cada hijo en el caso de parto múltiple. Asimismo, se introducen importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo. Por otro lado, se amplían los permisos para la reducción de la jornada por motivos familiares<sup>19</sup>, y el derecho a la reducción de jornada y excedencia de los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas<sup>20</sup>; según la exposición de motivos, esto último se encuentra “en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población”.

Como novedad se amplían los supuestos en que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de extinción del contrato de trabajo por

19 Artículo segundo de la *Ley N° 39/1999*. Reducción de la jornada laboral por motivos familiares. El apartado 4 del artículo 37 de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, aprobado por el *Real Decreto Legislativo N° 1/1995*, queda redactado de la siguiente forma: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”.

20 Artículo cuarto de la *Ley N° 39/1999*. Excedencia por cuidado de familiares. El apartado 3 del artículo 6°, *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, aprobado por el *Real Decreto Legislativo N° 1/1995*, de 24 de marzo, queda redactado de la forma siguiente: “Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida. La excedencia contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”.

absentismo laboral. Entre ellos se incluyen el riesgo durante el embarazo, las enfermedades causadas por el mismo, el parto y la lactancia. Por otra parte, prevé las modificaciones que han de realizarse en el *Estatuto de los Trabajadores*, relativas a la extinción del contrato de trabajo. Para ello, se declara expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad o cuidado de familiares, o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación.

Otra de las novedades importante es la creación de una nueva prestación dentro de la acción protectora de la seguridad social, donde incluye la causa de riesgo durante el embarazo, para proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada<sup>21</sup>. Esta medida, además de promover el fomento del empleo, tiene la finalidad de que los costes sociales de estos permisos no recaigan sobre los empresarios, y evitar así las consecuencias negativas que derivan de esta situación para el acceso al empleo, especialmente de la población femenina. En el mismo sentido, prevé reducciones en las cotizaciones empresariales a la seguridad social por contingencias comunes, siempre que se contrate interinamente a desempleados para sustituir al trabajador o trabajadora durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

Por último, se destaca el esfuerzo de los legisladores por enfatizar la protección de la maternidad. En lo que respecta a la regulación de los riesgos laborales, se introducen modificaciones para la evaluación de los riesgos a los que se refiere el artículo 16 de la *Ley N° 31/1995*, precisamente reguladora de esta especialidad. Por tanto, se incorpora la obligatoriedad de considerar la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a fin de que sus tareas de trabajo no puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto. En caso de que los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, o bien, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. En caso de imposibi-

21 Artículo duodécimo de la *Ley N° 39/1999*. Duración de la obligación de cotizar. Se modifica el apartado 4 del artículo 106 de la *Ley General de la Seguridad Social*, que queda redactado en los siguientes términos: "La obligación de cotizar continuará en las situaciones de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de riesgo durante el embarazo y en la de maternidad, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 125 en que así se establezca reglamentariamente".

lidad, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. Además, durante el período prenatal la mujer embarazada tendrá derechos para ausentarse ocasionalmente del lugar de trabajo en caso de ser necesario, previo aviso y justificación<sup>22</sup>.

### ***III.b. Segunda etapa: Ley N° 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres***

Luego, en el año 2007, España introduce nuevas ampliaciones y modificaciones a partir de la *Ley N° 3/2007 para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. Esta normativa tiene un mayor alcance que la anterior. Se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales, como autonómicas y locales. Marca un camino en la prevención de conductas discriminatorias por razones de sexo y en la previsión de políticas públicas y privadas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. “La ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres” (p. 8). Constituye la ordenación general para las políticas públicas.

Con esta normativa se incorporan medidas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo<sup>23</sup>. Se incluye, además, entre los derechos laborales de los trabajadores y las trabajadoras, la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Asimismo, se determinan las consecuencias jurídicas de las conductas discriminato-

22 Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.

23 Artículo 42 de la *Ley N° 3/2007*. “Programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres. 1) Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo. 2) Los Programas de inserción laboral activa comprenderán todos los niveles educativos y edad de las mujeres, incluyendo los de Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres”.



rias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad. Además, insiste en el deber general de las empresas de respetar el principio de igualdad en el ámbito laboral, a partir de la obligación de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores o trabajadoras; y sugiere también la previsión del fomento de su implantación voluntaria en las pequeñas y medianas empresas.

Con relación específicamente a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, con el fin de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, tiene como principal medida el reconocimiento a los padres del derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de seguridad social<sup>24</sup>. Esto significa un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento, que implica trece días de permiso por paternidad, ampliable en caso de nacimiento múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Posteriormente, la legislación avanzará en este sentido y va a introducir nuevas modificaciones con el objetivo de equiparar la duración del permiso por paternidad al de maternidad.

También se introducen mejoras en el permiso de maternidad, vigente en ese momento, ampliándolo en dos semanas para los supuestos de hijo con discapacidad, pudiendo hacer uso de esta ampliación indistintamente ambos progenitores. Estas mismas mejoras se extienden igualmente a los trabajadores y trabajadoras autónomos y de otros regímenes especiales de la seguridad social. En relación con la reducción de jornada por guarda legal, por un lado, se amplía la edad máxima del menor que da derecho a la reducción, pasa de seis a ocho años; y, por otro lado, se reduce por otra, a un octavo de la jornada el límite mínimo de dicha reducción. Se reduce a cuatro meses la duración mínima de la excedencia voluntaria y se amplía de uno a dos años la duración máxima de la excedencia para el cuidado de familiares. Se reconoce la posibilidad de que tanto la excedencia por cuidado de hijo como la de por cuidado de familiares puedan disfrutarse de forma fraccionada.

<sup>24</sup> Artículo 133 de la Ley N° 3/2007. "Paternidad. *Situación protegida*: A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año [...]"

### ***III.c. Tercera etapa: Real Decreto Ley N° 6/2019, de 11 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación***

A partir de las nuevas directivas de la Unión Europea del año 2019 (*Directiva 2019/1158*), se dicta en España el *Real Decreto Ley N° 6/2019*, de 1° de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Por él, se declaran expresamente contrarios a este derecho todas las discriminaciones directas e indirectas; el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; la discriminación por el embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares o el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral; las represalias como consecuencia de las denuncias contra actos discriminatorios; y los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo. De esta forma, se implementan las nuevas directrices que deberán ser puestas en valor por diferentes leyes vigentes, entre las que se encuentran las relacionadas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Lo que busca esta nueva ley es dar un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, a través de dos elementos esenciales: 1) la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar y 2) el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores. De momento, al ser reciente su aprobación no podemos arribar a ningún resultado en función de su incidencia real. Pero sí vale la pena destacar las principales modificaciones que significan un nuevo intento, el tercero, en el diseño formal de políticas públicas.

En esta ocasión, la ley remarca el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; el derecho del trabajador a la remuneración correspondiente a su trabajo en el marco de una igualdad de remuneración sin discriminación de sexo<sup>25</sup>. Se crea una nueva presta-

<sup>25</sup> Artículo 2°. Modificación del texto refundido de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, aprobado por *Real Decreto Legislativo N° 2/2015*, de 23 de octubre. Siete. Se modifica el artículo 28, con la siguiente redacción: "Igualdad de remuneración por razón de sexo. 1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella. Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones

ción para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, conforme a las novedades introducidas tanto en el *Estatuto de los Trabajadores* como en el *Estatuto Básico del Empleado Público*. Se pone en valor la figura del cuidador no profesional de personas en situación de dependencia, que en diversas ocasiones se ve obligado a abandonar su puesto de trabajo, y, por tanto, a interrumpir su carrera de cotización a la seguridad social por esta razón.

Un párrafo aparte merece la equiparación, en sus respectivos ámbitos de aplicación, de la duración de los permisos por nacimiento de hijo de ambos progenitores. Este permiso comprende el parto y el cuidado de los menores de doce meses, e implica la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica y el progenitor durante dieciséis semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre y el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del *Código Civil*. Una vez transcurridas las primeras seis semanas, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida, y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el menor cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto.

Este derecho es individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, y constituye toda una apuesta en materia de licencias de maternidad y paternidad, ya que pretende quitar el sesgo del sexo a los efectos laborales que derivan del nacimiento de un hijo en aras al cumplimiento del principio de corresponsabilidad. Quedan muchas dudas acerca de cómo funcionará esta medida, cómo la acatarán los trabajadores y cómo responderá el ambiente laboral frente a este nuevo modo de administrar los tiempos entre el trabajo y la familia sugerido por la misma norma estatal; y principalmente cabe esperar qué consecuencias tendrá en la vida personal y familiar de varones y mujeres a la hora de integrar sus responsabilidades laborales.

---

educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”.

#### **IV. Las políticas legislativas de conciliación del trabajo y la vida personal y familiar en Argentina. Marco jurídico de los aspectos claves de la conciliación**

La familia tiene una función social esencial, que es el cuidado y la educación de las vidas que genera, y constituye el espacio donde se proporciona de modo insustituible y eficaz la atención a cada miembro con un cúmulo de tareas que requieren ciertos elementos esenciales, como el tiempo, el cariño y la cercanía<sup>26</sup>. El impacto que produce tanto en la educación como en el cuidado de los hijos la falta de mejores condiciones para que varones y mujeres puedan establecer estrategias de conciliación, o bien las dificultades que se presentan para decidir tener hijos, trabajar y cuidar a los más vulnerables del grupo familiar, exige una visión legislativa más amplia que la que ofrece la legislación laboral. Por eso, a continuación, se observan los principios constitucionales, los tratados internacionales suscriptos por Argentina y a los que les ha otorgado jerarquía constitucional, con relación al cuidado y la igual protección ante la ley de los niños y niñas, sin dejar de considerar la legislación vigente en materia de trabajo. De esta manera, se evidencia un marco jurídico amplio y propicio para el diseño de políticas públicas de conciliación basada en la corresponsabilidad y solidaridad familiar.

El principio contemplado en el artículo 14 bis de la Carta Magna de Argentina establece, en un sentido general, “la protección integral de la familia”, y que debe ser armonizado con el derecho de todo ciudadano a trabajar del artículo 14, de tal manera que se favorezca el equilibrio y la tranquilidad familiar. Los progenitores, al ejercer su deber de cuidado y protección de los más vulnerables en el ámbito familiar, dan real significancia al interés superior del niño y es el Estado quien debe orientar las políticas públicas en tal sentido. En la Constitución Nacional, el inciso 23 del artículo 75 contiene un mandato claro del constituyente que no puede ser soslayado ni contradicho por las normas inferiores: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la

26 Gas Aixendri, M. (2015). “La familia: clave para la humanización de la sociedad”. En Debeljuh, P. y Destéfano, A. *Hacia un nuevo pacto entre trabajo y familia: Guía de buenas prácticas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Baur, 62.

finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, y que debe tenerse muy en cuenta “que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento; [...]”. Similares conceptos sobre el cuidado y la igual protección ante la ley de los niños y niñas se sustentan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “[...] la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños [...] tienen derecho a igual protección social” (art. 25.2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “[...] todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna [...] a las medidas de protección que su condición de menor [...]” (art. 24.1); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “[...] se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna” (art. 10.3); en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: “[...] todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales” (art. VII) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “[...] todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19). Estos Tratados de Derechos Humanos han sido incorporados al bloque de constitucionalidad reforzada agregado por la última reforma a la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22.

Las nuevas fisonomías familiares obligan a repensar la asignación de responsabilidades y funciones dentro de la organización familiar, producto, muchas veces, de la necesidad de generar los medios necesarios para su subsistencia. En tal sentido, la plenitud del amor de los progenitores y la felicidad del niño se ven apremiadas por las circunstancias económicas, no pocas veces estimuladas por un contexto utilitarista y mezquino. Sin embargo, pensar en el bienestar del niño no es sólo contemplar sus requerimientos materiales, sino también afectivos y emocionales básicos, como se reconocen en la mencionada Convención sobre la niñez, en sus artículos 3º, 9º y 12, que tiene como principio inspirador “el interés superior del niño”. Su artículo 18 contempla claramente que: “1. Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), también incorporada al texto constitucional argentino, en su artículo 16 establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos [...]”. En el mismo sentido, la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de la Niñez, en su artículo 7°, párrafo 2°, establece: “El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”. Cabe destacar que las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar, tanto de padres como de madres, impactan de lleno sobre la educación, el desarrollo y las necesidades propias de los hijos, variando conforme sea la etapa vital que estén transitando.

En lo que respecta al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por Ley N° 26.994, debemos decir que en torno a la familia se produjo uno de los cambios más importantes y que la nueva norma asume una visión de preeminencia de la autonomía de la voluntad que desfigura varios rasgos esenciales de la institución familiar. Con todo, en el orden público familiar contemplado en la actual redacción de este Código, en lo que concierne específicamente a la corresponsabilidad de los padres en relación con los hijos, adopta una forma equilibrada que se adecúa a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>27</sup>. En su integralidad ha pretendido asumir la igualdad de los cónyuges con la equiparación de los derechos y deberes matrimoniales y parentales (art. 402). Asimismo, en su artículo 638 define el concepto de responsabilidad parental como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. Entre los primeros incisos del artículo 646 se enumeran como deberes de los progenitores: “a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes

27 Cfr. Medina, G. y Roveda, E. (2017). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 58.

y desarrollo madurativo; [...]”. De esta manera, estos artículos destacan la responsabilidad parental no sólo como una institución que tiene la finalidad protectoria de los hijos, sino que contemplan la función irremplazable de los padres para su desarrollo y formación integral. Si bien el cambio de nomenclatura introducido en la reforma del año 2015 pretendió evitar la tradicional denominación de “patria potestad”, creemos que no altera su contenido histórico sobre la misión natural, compartida e indelegable que tienen los padres respecto de la persona y los intereses del niño<sup>28</sup>.

Este concepto de responsabilidad incorporado a la redacción del Código en vigencia a partir de 2015 está en sintonía con la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, donde se establece, en su artículo 7°: “La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones”. Por tanto, el problema de la conciliación del trabajo y la vida familiar que se presenta en la actualidad a padres y madres debe ser considerado por los legisladores y así realizar las adecuaciones legales pertinentes para crear las condiciones necesarias donde en el seno de la familia se puedan diseñar las estrategias pertinentes conforme lo exijan las circunstancias particulares. Para eso, deben ponderarse las nuevas realidades familiares desde una óptica de responsabilidades compartidas y complementarias en orden a la protección y crianza del hijo. Esta es una premisa que ha de orientar las políticas públicas de asistencia al grupo familiar con criterios de solidaridad.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, un aspecto muy importante para tener en cuenta y que tiene una relación estrecha con la conciliación de la vida laboral y familiar es la licencia por maternidad de la Ley de Contrato de Trabajo (N° 20.744/1976), que está basada en la función reproductiva de la mujer, desconociendo los requerimientos de atención que de ella y del niño se requieren, tanto antes como después del nacimiento<sup>29</sup>. La LCT N°

28 Cfr. Perrino, J. O. y Basset, U. C. (2017). *Derecho de Familia*. 3ª Edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2136.

29 “Artículo 177 .- Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo. Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al

20.744/1976<sup>30</sup> se centra en el estado de gravidez de la mujer, omitiendo los derechos básicos de cuidado del niño, a tal punto que las licencias por paternidad son solo de dos días, con la intención de dar solución a las circunstancias urgentes del nacimiento del niño, descentrándose el cometido de la idea de padre como sujeto corresponsable. Si bien los costos de los 90 días en el caso de la licencia por maternidad son absorbidos por el sistema de seguridad social de la Nación (ANSES), en la legislación argentina existe un tratamiento distinto entre los agentes privados o públicos en este aspecto. Esto genera una diferenciación injusta en la licencia que disponen los trabajadores que depende de la fuente laboral de que se trate<sup>31</sup>.

En la actualidad, existen numerosos y recurrentes proyectos de ley en ambas cámaras del Congreso Nacional con estado parlamentario, que proponen una modificación en el período de maternidad y paternidad, antes y después del nacimiento, como así también con relación a las tareas de cuidado y a los derechos de la seguridad social<sup>32</sup>. Lo cual revela una real necesidad de revisar estos aspectos que tienen una relación directa con un problema que afecta a varones y mujeres y que en las últimas décadas se ha convertido en una cuestión social. Sin embargo, si bien las propuestas tienden mayoritariamente hacia una ampliación de los períodos de licencia,

---

parto. En caso de nacimiento pretérmino se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días. La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanularlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley”.

30 Publicada en el Boletín Oficial del 27/9/1974 (BO 23.003). Según texto ordenado del año 1976 y sus modificatorias.

31 Ver Ley N° 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo), Ley N° 26.727 (Régimen de Trabajo Agrario), Decreto N° 214/2006 (Convenio Colectivo de Trabajo), Ley N° 26.844 (Servicio Doméstico - Régimen Especial de Contrato de Trabajo) y legislaciones provinciales.

32 Algunos de los Proyectos de Ley con estado parlamentario en el Honorable Senado de la Nación Argentina: S-0508/19; S-3006/19; S-1376/2020; S-1937/2020; S-0097/2020; S-0020/2020. En la Honorable Cámara de Diputados de la Nación: 0222-D-2019; 5218-D-2019; 4731-D-2019. Disponibles según N° de expediente y Cámara de origen, en <https://www.senado.gob.ar/> y en <https://www.hcdn.gob.ar/index.html>, fecha de última consulta: 2/10/2020.



se advierten que las finalidades buscadas por los legisladores son diversas. No es lo mismo poner en el centro al individuo que hacerlo contemplando al núcleo familiar, que es, en definitiva, el entorno donde se gestiona la conciliación y se establecen las estrategias más convenientes.

Ciertamente, en Argentina no existe una legislación concreta que regule la conciliación del trabajo y la vida personal y familiar, como sí se observa en el caso español. Pero sí se evidencia un marco jurídico que regula diferentes aspectos de la conciliación separados en diversos textos normativos. Sin embargo, aún resultan insuficientes para hacer frente a las transformaciones y exigencias sociales donde varones y mujeres consideran en su proyecto vital tanto el trabajo como la familia. Por eso, creemos imprescindible revisar las políticas públicas laborales, sociales y de familia en Argentina, con miradas integradoras tendientes a contemplar las nuevas realidades y los cambios demográficos actuales. Esto implica definir políticas concretas de conciliación, capaces de crear las condiciones necesarias para que varones y mujeres dentro del seno de la familia puedan establecer, en un marco de libertad, las estrategias que consideren de acuerdo con sus circunstancias particulares y en un plano de igualdad de oportunidades.

## **V. Retos legislativos en materia de políticas públicas de conciliación en Argentina**

La evolución de las políticas legislativas tendientes a facilitar la armonía de la vida laboral y familiar que se refleja en el análisis de la legislación española pone en evidencia la necesidad del ordenamiento jurídico argentino, de una actualización acorde a las transformaciones sociales que se han suscitado en las últimas décadas. Los cambios en el papel de la mujer en la sociedad, las nuevas exigencias y las expectativas laborales tanto en varones como mujeres exigen un nuevo modo de comprender la relación de la vida laboral y familiar. Es necesario repensar el modo de distribuir las responsabilidades familiares y laborales, conforme su carácter de irrenunciables e indelegables<sup>33</sup>. La corresponsabilidad entre varones y mujeres, sea en la misma pareja o conforme pasen los años en el mismo núcleo familiar, se presenta como la mejor alternativa para cuidar, promover e instaurar una modalidad donde todos los integrantes de la familia puedan desarrollarse plenamente en lo personal, laboral y familiar.

33 Cfr. Méndez Costa, M. J.; Ferrer, F. A. M. y D'Antonio, D. H. (2008). *Derecho de Familia*. Tomo IV. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 135 y sigs.

Como se desprende del caso español, la tendencia legislativa en asuntos de conciliación está fuertemente definida hacia una regulación promotora de la corresponsabilidad. Sin dejar de reconocer la importancia de esta adecuación en las políticas públicas, se hace imprescindible salvaguardar la entidad familiar y reconocer que la familia no es isomórfica en el tiempo, sino que pasa por diversas etapas que tienen relación con aquellas que atraviesan sus miembros; hay períodos más complejos y difíciles que otros, hay etapas de adaptación, de mayor estrés, y también de estabilidad<sup>34</sup>. Lo cual exige evitar caer en un modelo de igualitarismo donde la misma letra normativa establezca cómo y de qué manera los miembros de la familia deben distribuir las responsabilidades laborales y familiares.

Desde esta perspectiva, es crucial que las políticas públicas creen las condiciones necesarias para que en un marco de libertad y de igualdad de oportunidades, varones y mujeres en el seno de la familia puedan establecer las estrategias más convenientes según sus circunstancias particulares. De ahí que las políticas tendientes a facilitar las licencias parentales por razones de cuidado y atención a los más vulnerables de la familia, para varones y mujeres en el ámbito laboral, resulten muy favorables y bien recibidas por los trabajadores, no sólo porque facilitan la conciliación, sino porque también repercuten en una mejor paternidad y maternidad y, por ende, impactan positivamente en la educación y en el desarrollo de los hijos.

En el año 2009, la OIT establece una serie de recomendaciones con la finalidad de que la conciliación de la vida laboral y familiar sea una cuestión que contemple a varones y mujeres, dado que estas tensiones significan enormes costos para las personas y para la sociedad en su conjunto, y, por lo tanto, demandan una urgente respuesta por parte de los Estados, en colaboración con los actores sociales<sup>35</sup>. En línea a esto, propone la promoción de modelos alternativos de maternidad y paternidad como requisito para el éxito de las políticas de conciliación. Esto implica dar un nuevo significado al papel de los padres dentro de la familia, como personas afectivas, interesadas y capaces de asumir responsabilidades familiares: crianza de hijos, cuidado de ancianos y familiares enfermos, tareas domésticas<sup>36</sup>.

Estas indicaciones pueden plasmarse, por ejemplo, con una política de licencia de paternidad cuyo espíritu sea asociado al rol y valor del padre en

34 Cfr. Polaino-Lorente, A. (2015). "Actividad profesional y dedicación a la familia". En Domènec Melé (Ed.). *Empresa y vida familiar. IV Coloquio de ética empresarial y económica*. Barcelona. Estudios y ediciones IESE, 117-136.

35 OIT-PNUD, ob. cit.

36 *Ibidem*, 117.

el cuidado del recién nacido, y no como mero encargado de realizar las diligencias formales pertinentes. Sería recomendable en Argentina un debate sobre la ampliación del período de licencia por paternidad, como así también la posibilidad de que tanto padres y madres puedan disponer de recursos y herramientas que les permitan optar –según las necesidades particulares– por atender y cuidar a sus hijos, principalmente en las etapas de mayor dependencia y vulnerabilidad, sin que esto signifique un desmedro en su carrera profesional. Asimismo, evaluar el impacto de la ampliación de los horarios escolares y preescolares, y favorecer mecanismos de flexibilidad horaria en trabajos del ámbito público y privado pueden formar parte del elenco de políticas de conciliación a promover.

Igualmente importante, según la OIT, es, desde la visión del mundo del trabajo, que en lugar de buscar la equidad promoviendo simplemente la incorporación de las mujeres a un mercado laboral, lo que se requiere es redefinir la norma del “trabajador ideal”: hombre, productivo y sin responsabilidades familiares<sup>37</sup>. Este cambio de perspectiva se sustenta en la importancia que tiene la maternidad y la paternidad en el desarrollo personal y familiar, como así también para la sociedad. Además, busca ampliar la concepción que se tiene sobre el rol del cuidado y evitar colocar a las mujeres frente al dilema de trabajar o cuidar a los hijos y/o dependientes. Por eso, una política pública orientada únicamente a combatir la penalización por maternidad en el ámbito laboral sin atender al contexto familiar y sus miembros resulta incompleta y puede ser contraria no sólo a la protección de la mujer, sino también provocar una transferencia de estas consecuencias al hecho de tener hijos, tanto a varones como mujeres, dado que el problema en el mercado laboral parece estar relacionado más a una cuestión de productividad que a una cuestión de sexo. Queda claro entonces que ante las nuevas expectativas de la sociedad del siglo XXI las políticas de conciliación son cruciales para que todos los adultos, hombres y mujeres, puedan alcanzar sus ideales familiares y laborales.

Por último, es cierto que las políticas de conciliación del trabajo y la vida personal y familiar en Argentina han tenido una lógica diferente a la que se ha configurado en España, donde el Estado, desde 1999, ha promulgado diferentes normativas en la materia. Según diferentes estudios realizados por el Centro Conciliación Familia y Empresa del IAE, desde principio de siglo son las entidades privadas las que han decidido desarrollar e implementar una serie de medidas propias de cada organización a favor de que los trabajadores puedan integrar sus responsabilidades laborales y familiares<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 117.

<sup>38</sup> Cfr. Ordoñez y Revuelta, M. E. y Debeljuh, P. (2018). *Hacia una responsabilidad com-*

La flexibilidad horaria, la creación de jardines maternos exclusivos de las empresas, la autorización para que en ocasiones el trabajador o trabajadora pueda teletrabajar, e inclusive la ampliación de las licencias por maternidad y paternidad más allá de lo estipulado por la ley. Esto pone en evidencia la necesidad de conciliar, pero exige reconocer que sin una regulación legal que favorezca y cree las condiciones necesarias para el empleador y los trabajadores este tipo de medidas tienen una naturaleza de beneficio y no de derecho<sup>39</sup>; con lo cual, gran parte de la población queda excluida de esta posibilidad.

## VI. Conclusiones

La evolución de las políticas legislativas tendientes a facilitar la armonía de la vida laboral y familiar en España resumidas en este artículo y las transformaciones sociales de las últimas décadas ponen en evidencia la necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico argentino. Se impone la necesidad de revisar la normativa vigente desde una perspectiva de solidaridad familiar, superando la mirada individualista que impregna gran parte de su legislación. Para eso, resulta imprescindible contemplar los principios constitucionales de igualdad de oportunidades y libertad de decisión en sintonía con la protección de la institución familiar, a fin de encontrar las condiciones necesarias que alienten el emprendimiento de un proyecto de vida en común basado en la corresponsabilidad y en la vinculación de los demás miembros de la familia. Creemos que un abordaje con mirada sistémica e integral de familia se nos presenta como superador de aquellas iniciativas que solamente contemplan aspectos centrados en el individuo. Procurar una familia estable y duradera, basada en el principio de solidaridad y corresponsabilidad familiar, y teniendo como propósito fundamental la atención de sus miembros más vulnerables, tendrá –seguramente– como correlato una sociedad más saludable y preparada para los desafíos del siglo XXI, como son el cuidado de los dependientes y la armonía e integración de la vida laboral, personal y familiar.

---

*partida: Familia, Empresa y Sociedad. Guía de buenas prácticas.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Baur.

39 Cfr. Schenone Sienra, D. y Oliva, M. (2017). *La responsabilidad familiar corporativa frente al problema de la conciliación familia-trabajo. Tensiones entre el derecho al cuidado y la inversión en capital humano en la Argentina.* Cuadernos de Economía Crítica, Nro. 7, 71-95.

## VII. Bibliografía

- CEPAL (2020). *Observatorio Demográfico, 2019* (LC/PUB.2019/24-P). Santiago de Chile. Recuperado de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45198/1/S1900739\\_mu.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45198/1/S1900739_mu.pdf).
- Chinchilla, N. y Moragas, M. (2007). *Dueños de nuestro destino. Cómo conciliar la vida profesional, familiar y personal*. Barcelona. Ariel.
- Esping-Andersen, G. y Palier, B. (2010). *Los tres grandes retos del Estado del bienestar*. Barcelona. Editorial Ariel.
- Gas Aixendri, M. (2015). “La familia: clave para la humanización de la sociedad”. En Debeljuh, P. y Destéfano, A. *Hacia un nuevo pacto entre trabajo y familia: Guía de buenas prácticas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Baur, 62.
- Goldin, C. (2006). “The Quiet Revolution That Transformed Women’s Employment, Education, and Family”. En *AEA Papers and Proceedings*, 1-21.
- Hervada, J. (2000). *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*. Pamplona. EUNSA.
- INE (2019a). *Nota de prensa: Encuesta de Fecundidad 2018. Datos definitivos*. Madrid. Recuperado de [https://www.ine.es/prensa/ef\\_2018\\_a.pdf](https://www.ine.es/prensa/ef_2018_a.pdf).
- INE (2019b). *España en cifras 2019*. Madrid. Recuperado de [https://www.ine.es/prodyser/esp\\_a\\_cifras/2019/index.html](https://www.ine.es/prodyser/esp_a_cifras/2019/index.html).
- Livi Bacci, M. (2012). *Historia mínima de la población mundial*. 4ª ed. Barcelona. Editorial Ariel.
- López, D. (2016). “El reto de la conciliación trabajo y familia: ¿qué nos estamos jugando?” En *Familia y sociedad en el siglo XXI*. Madrid. Dykinson.
- Medina, G. y Roveda, E. (2017). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Meil Landwerlin, G. (2017). “Permisos parentales para hombres y corresponsabilidad en el cuidado de niños”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 131, 15-34.
- Méndez Costa, M. J.; Ferrer, F. A. M.; D’Antonio, D. H. (2008). *Derecho de Familia*. Tomo IV. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- OIT-PNUD (2009). *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago de Chile. Recuperado de <http://www.undp.org.mx/IMG/pdf/Trabajoyfamiliaainm.pdf>.
- Olmo Vicén, N.; Montoro Gurich, C. y López, D. (2011). “El reto de tener hijos y trabajar: Un análisis desde la socio-demografía”. En C. Montoro Gurich (Ed.). *Familias con dos sueldos y tres trabajos*. Pamplona. Instituto de Ciencias para la Familia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 86-113.
- Ordoñez y Revuelta, M. (2016). *Familia + Trabajo: Un camino hacia la integración*. Buenos Aires. Lid Editorial.
- Ordoñez y Revuelta, M. E. y Debeljuh, P. (2018). *Hacia una responsabilidad compartida: Familia, Empresa y Sociedad. Guía de buenas prácticas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Baur.

- Perrino, J. O. y Basset, U. C. (2017). *Derecho de Familia*. 3ª Edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Polaino-Lorente, A. (2015). “Actividad profesional y dedicación a la familia”. En Domènec Melé (Ed.). *Empresa y vida familiar. IV Coloquio de ética empresarial y económica*. Barcelona. Estudios y ediciones IESE, 117-136.
- Sánchez Barricarte, J. (2008). *El crecimiento de la población mundial. Implicaciones socioeconómicas, ecológicas y éticas*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- Schenone Sienna, D. y Oliva, M. (2017). *La responsabilidad familiar corporativa frente al problema de la conciliación familia-trabajo. Tensiones entre el derecho al cuidado y la inversión en capital humano en la Argentina*. Cuadernos de Economía Crítica, Nro. 7, 71-95.
- Van De Kaa, D. J. (1997). “Options and sequences: Europe’s demographic patterns”. *Journal of the Australian Population Association*, 14 (1), 1-30.

# EL MERCADO COMO CONDICIÓN PARA UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA EN AXEL HONNETH

**Cecilia Gallardo-Macip**

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

Contacto: [cgallardo@miuandes.cl](mailto:cgallardo@miuandes.cl)

Recibido: 5 de octubre de 2020

Aprobado: 12 de diciembre de 2020

## **Para citar este artículo:**

Gallardo-Macip, C. (2021). “El mercado como condición para una teoría institucional de la justicia en Axel Honneth”.

*Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 127-156

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.127-156>

**Resumen:** Al encontrarse con una sociedad sumamente individualista, el actual epígono de la Escuela de Frankfurt, Axel Honneth, presenta un estudio sobre la construcción de una nueva teoría institucional de la justicia. Debido a la falta de instituciones capaces de propiciar el reconocimiento de la dignidad y la libertad de todos los miembros dentro de una sociedad, el filósofo alemán argumenta que las relaciones personales, el mercado y la vida política son las tres instituciones necesarias para la elaboración de una teoría de la justicia. En ese sentido, este escrito argumenta, principalmente, de qué manera el mercado es capaz de propiciar un tipo de libertad que no conciba a los sujetos como átomos aislados y egoístas. Además, si bien es cierto que la propuesta de Honneth es blanco de agudas críticas, el diagnóstico y el análisis que realiza aportan una visión totalmente nueva al modo en que concebimos las sociedades capitalistas contemporáneas.

**Palabras clave:** Mercado, Justicia, Reconocimiento, Axel Honneth, Esferas sociales.

## **The Market as a Condition for an Institutional Theory of Justice in Axel Honneth**

**Abstract:** When encountering a highly individualistic society, the current epigone of the Frankfurt School, Axel Honneth, provides a study on the construction of a new institutional theory of justice. Due to the lack of institutions capable of promoting the recognition of the dignity and freedom of all the members within a society, the German philosopher argues that personal relationships, the market, and political life are the three necessary conditions for the elaboration of a theory of justice. In this sense, this writing argues, mainly, in what way the market can foster a type of freedom that does not conceive subjects as isolated and selfish atoms. And although it is true that Honneth's proposal is the target of sharp criticism, the diagnosis and analysis that he carries out contributes to a totally new vision of the way in which we conceive contemporary capitalist societies.

**Keywords:** *Market, Justice, Recognition, Axel Honneth, Social spheres.*

### **Il mercato come condizione per una teoria istituzionale della giustizia in Axel Honneth**

**Sommario:** Trovandosi con una società altamente individualista, l'attuale epigone della Scuola di Francoforte, Axel Honneth, presenta uno studio sulla costruzione di una nuova teoria istituzionale della giustizia. A causa della mancanza di istituzioni in grado di promuovere il riconoscimento della dignità e della libertà di tutti i membri all'interno di una società, il filosofo tedesco sostiene che i rapporti personali, il mercato e la vita politica sono le tre istituzioni necessarie per l'elaborazione di una teoria della giustizia. In questo senso, questo scritto sostiene, principalmente, in che modo il mercato è in grado di promuovere un tipo di libertà che non concepisca i soggetti come atomi isolati ed egoisti. Inoltre, mentre è vero che la proposta di Honneth è oggetto di aspre critiche, la diagnosi e l'analisi che egli conduce forniscono una visione totalmente nuova del modo in cui concepiamo le società capitaliste contemporanee.



**Parole chiave:** Mercado, Giustizia, Riconoscimento, Axel Honneth, Sfere sociali.

## 1. Introducción\*

Mucho se ha escrito sobre el reconocimiento en Axel Honneth<sup>1</sup>, sin embargo, el tema del mercado y su crítica al individualismo capitalista no ha recibido todavía la suficiente atención. Es mi interés ahondar en este tema en específico y contribuir a la discusión, ampliando la escasa bibliografía en español que hay al respecto.

En su libro, *El derecho de la libertad*, Axel Honneth sugiere, de un modo polémico, que el mercado es una esfera social de la justicia. La tesis del actual epígono de la Escuela de Frankfurt postula que, aun dentro de una sociedad capitalista e individualista, el mercado –así como las relaciones personales y la vida pública– puede ser una institución capaz de propiciar el reconocimiento y la libertad de los individuos. Es decir, Honneth afirma que, para hablar de una sociedad justa en la actualidad, es necesario que las distintas instituciones de un orden social sean capaces de asegurar el desenvolvimiento pleno de los individuos<sup>2</sup>. Ahora bien, Honneth concibe esas instituciones como tres esferas interrelacionadas que, por definición, constituyen prácticas de mutuo reconocimiento<sup>3</sup>. Estas son: a) las relaciones

\* Agradezco el apoyo de la Beca Josefina Cruzat de Larraín para la publicación de este artículo.

1 Algunos de los estudios realizados acerca del reconocimiento en Honneth son: Karin de Boer, “Beyond Recognition? Critical Reflections on Honneth’s Reading of Hegel’s Philosophy of Right”; Stéphane Haber, “Recognition, justice and social pathologies in Axel Honneth’s recent writings”; Gazi Islam, “Recognition, Reification, and Practices of Forgetting: Ethical Implications of Human Resource Management”; Gonçalo Marcelo, “Recognition and Critical Theory Today: An Interview with Axel Honneth”; Lois McNay, “The Trouble with Recognition: Subjectivity, Suffering, and Agency”; Neil Roberts, “Recognition, Power, and Agency: The Recent Contributions of Axel Honneth to Critical Theory”; Volker Schmitz, *Axel Honneth and the Critical Theory of Recognition*; Bart van Leeuwen, “A Formal Recognition of Social Attachments: Expanding Axel Honneth’s Theory of Recognition”; Luis Alfonso Zúñiga y Harold Valencia López, “La teoría del reconocimiento de Axel Honneth como teoría crítica de la sociedad capitalista contemporánea”; Christopher F. Zurn, “Recognition, Redistribution, and Democracy: Dilemmas of Honneth’s Critical Social Theory”. Después, para ahondar en temas de reconocimiento véanse los siguientes textos de Axel Honneth: *La lucha por el reconocimiento, The I in We, Reificación: Un estudio en la teoría del reconocimiento; El derecho de la libertad; ¿Redistribución o reconocimiento?*; “Recognition and Moral Obligation”; “Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice”; “From Struggles for Recognition to a Plural Concept of Justice: An Interview with Axel Honneth”.

2 Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad*. Buenos Aires. Katz, 173.

3 La teoría del reconocimiento en Honneth es fundamental para el desarrollo de su

personales, b) el mercado y c) la vida política. Propone estas tres esferas porque cree que son capaces de mitigar el intenso individualismo que caracteriza a las sociedades contemporáneas<sup>4</sup>. Además, las elige porque considera que pueden desarrollar diversos tipos de reconocimiento. Por tanto, afirma que realizar una reconstrucción normativa<sup>5</sup> de estas tres esferas prácticas

---

sistema antropológico y político. En su obra culmen, *La lucha por el reconocimiento*, Honneth, retomando a Hegel, describe: “El movimiento de reconocimiento, que subyace en la relación ética entre los sujetos, consiste en un proceso de etapas de reconciliación y de conflictos, separados unos de otros”. Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona. Grijalbo, 28. En otras palabras, también podría decirse que “el reconocimiento mutuo consiste en una experiencia recíproca en la que uno mismo es consciente de los objetivos del otro, ya que la existencia del otro representa una condición de posibilidad para llevar a cabo objetivos y deseos propios”. Cfr. Coronado-Angulo, C. (2019). *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Pamplona. EUNSA, 237. Ahora bien, este principio resulta imprescindible para explicar la justificación de su teoría de la justicia y el por qué, según Honneth, la teoría de distribución defendida por John Rawls no es suficiente para hablar de una sociedad justa. Cfr. Honneth, A. y Markle, G. (2004). “From Struggles for Recognition to a Plural Concept of Justice: An Interview with Axel Honneth”. *Acta Sociológica*, 47(4), 383. Desde su obra *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*, Honneth observa que las sociedades contemporáneas se caracterizan por una constante cosificación del ser humano. Retomando el término de Lukács, afirma que esta deformación en las relaciones humanas implica una perspectiva equivocada del mundo. El problema es que esta visión del mundo señala patologías sociales, ya que se olvida el valor del ser humano y termina por ser instrumentalizado y cosificado. Cfr. Honneth, A. (2007). *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires. Katz, 10-17.

4 Cfr. “Mi Introducción” intenta presentar, siguiendo a Hegel aquí también, que en las sociedades democráticas liberales modernas estos valores están fusionados en uno solo, a saber, la libertad individual en la multiplicidad de los significados conocidos por nosotros. Por lo tanto, cada esfera constitutiva de nuestra sociedad encarna –esto afirma la premisa de partida de mi estudio– un determinado aspecto de nuestra experiencia de libertad individual”. Honneth, A. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 10.

5 La *reconstrucción normativa*, para Axel Honneth, es la metodología de investigación que utiliza para realizar su diagnóstico de las sociedades contemporáneas. Pero sobre todo, es el punto de partida para la elaboración de su teoría de la justicia. En las palabras de Honneth: “‘Reconstrucción’ querrá decir que del conjunto de rutinas y organismos sociales solo se tomarán y presentarán aquellos que puedan considerarse imprescindibles para la reproducción social, y puesto que los objetivos de la reproducción se deben establecer en esencia mediante los valores aceptados, la reconstrucción ‘normativa’, entonces, implica necesariamente ordenar en la presentación las rutinas y las entidades según el grado en que aportan, dentro de la división del trabajo, a la estabilización y la puesta en práctica de esos valores”. Honneth, A. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 15. Tal análisis fáctico e histórico, que consiste en la reconstrucción normativa, es crucial para la elaboración de la teoría de la justicia, puesto que, “en el intento de desarrollar una concepción de la justicia por la vía teórico-social debe suponerse en una *primera premisa* que la forma de reproducción social de una sociedad dada está determinada por valores e ideales generales y compartidos; tanto los objetivos de la producción social como los de la integración cultural son regulados en última instancia mediante normas que poseen un carácter ético en cuanto contienen representacio-

podría fortalecerlas para que estas puedan disminuir, a su vez, la atomización de los individuos en un contexto liberal<sup>6</sup>. Sin embargo, para exponer la teoría institucional sobre la justicia de Honneth, es preciso comprender, principalmente, dos factores.

En primer lugar, Honneth comienza su argumentación a partir de una crítica a las nociones de libertad negativa y libertad positiva desarrolladas por Isaiah Berlin<sup>7</sup>, para explicar que, si se quiere hablar de una sociedad justa, es necesario que las instituciones aseguren un tipo de “libertad social” en favor de bienes que no sean meramente individuales, sino compartidos. Honneth bautizará esta libertad como “social” porque apunta al hecho de que los individuos no pueden considerarse enteramente libres si no tienen presente que, para serlo, deben estar insertos en un conjunto social<sup>8</sup>.

En segundo lugar, elabora su teoría a partir de un análisis fáctico e histórico de la sociedad<sup>9</sup>. Desde ahí, Honneth reconstruye las tres esferas

---

nes del bien compartido conjuntamente. En la *segunda premisa* se sostiene, como una primera aproximación, que el concepto de justicia no puede ser entendido independientemente de estos valores que abarcan todo el ámbito de lo social: debe valer como ‘justo’ aquello que en las prácticas o instituciones dentro de una sociedad tiende a realizar los valores que en cada caso son aceptados como generales. Solo con la *tercera premisa* se manifiesta lo que significa más precisamente desarrollar una teoría de la justicia sobre la base de las dos determinaciones precedentes; esto quiere decir destilar o, hablando metódicamente, reconstruir normativamente a partir de la multiplicidad de la realidad social aquellas instituciones o prácticas que realmente pueden contarse como apropiadas para asegurar y realizar los valores generales. Con la *cuarta premisa* se debe garantizar que la aplicación de tal procedimiento metódico no lleve a que solo se afirmen las instancias ya existentes de la eticidad; si se la ejecuta estrictamente, se deberá desarrollar la reconstrucción normativa hasta el punto en el que, dado el caso, pueda verse claramente en qué medida las instituciones y prácticas éticas no representan con la suficiente amplitud o completitud los valores generales que encarnan”. Honneth, A. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 24-25.

6 McNay, L. (2015). “Social Freedom and Progress in the Family: Reflections on Care, Gender and Inequality”. *Critical Horizons*, 16(2), 173.

7 Cfr. Berlin, I. (1969). “Two concepts of liberty”. En *On Liberty*. New York. Oxford University Press.

8 Cfr. Coronado-Angulo, *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Ob. cit., 251.

9 Como ex director del Instituto de Investigación Social, Axel Honneth podría considerarse como miembro de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt y precursor de la Teoría Crítica, puesto que se hace cargo de ciertas preocupaciones e intereses que los fundadores de la Escuela (Max Horkheimer, T. W. Adorno y Herbert Marcuse) poseían; a saber, la justicia, la instrumentalización y cosificación de los seres humanos, el análisis de patologías sociales, el estudio interdisciplinario y la crítica a sociedades capitalistas; véase: Jeffries, S. (2017). *Grand Hotel Abyss: The Lives of the Frankfurt School*. Scotland. Verso; Coronado, *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Ob. cit.; Wiggershaus, R. (2011). *La Escuela de Fráncfort*. México. FCE; Horkhe-

que propiciarían, desde su perspectiva, el desarrollo de la libertad social: para el autor, un sujeto es libre si asume que debe actuar dentro de un marco de prácticas institucionalizadas, en donde tiene que considerar a otros para alcanzar sus propios objetivos<sup>10</sup>. Tales instituciones se caracterizan por encarnar comportamientos sociales que invitan a las personas a actuar de manera complementaria a través de ciertas reglas y normas. Por tanto, las instituciones de reconocimiento son la base para el desenvolvimiento de los individuos<sup>11</sup>. Ahora bien, la elección de las tres esferas se debe a que

---

imer, M. *Teoría Crítica*; Honneth, *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento, La lucha por el reconocimiento*. Ob. cit.; Roberts, N. (2009). "Recognition, Power, and Agency: The Recent Contributions of Axel Honneth to Critical Theory". Ahora bien, por otro lado, también es cierto que Honneth se aleja de los intereses iniciales de Horkheimer y Adorno. Incluso, en la obra de Honneth, titulada *Crítica del poder: Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*, enuncia las deficiencias de la Teoría Crítica. En primer lugar, Max Horkheimer y Theodor Adorno fallan en darle una visión mucho más sociológica a la Teoría Crítica, quedándose únicamente en una suerte de filosofía de la historia que reduce los procesos sociales a una lectura de dominación de la naturaleza. Cfr. Honneth, A. (1995). "Social Deficit of Critical Theory". En *New Perspectives on Max Horkheimer*. MIT Press, 187-214; (2009). *Crítica del poder: Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad* (Teoría y crítica n° 23) (Spanish Edition). Antonio Machado Libros. Edición de Kindle. En segundo lugar, si bien le concede a Habermas la importancia de revitalizar el espacio público, Honneth afirma que hace falta un fortalecimiento de las tres esferas sociales que considera tan importantes: familia, mercado y vida pública-democrática. Además, Honneth se enfoca en una lectura más sociológica y antropológica de la sociedad. Cfr. Honneth, *Crítica del poder*. Ob. cit.; Coronado, *Razón instrumental, sociedad e instituciones*. Ob. cit.; Roberts, "Recognition, Power, and Agency: The Recent Contributions of Axel Honneth to Critical Theory". Ob. cit.; Zúñiga, L. A. y López, H. V. (s. f.). "La teoría del reconocimiento de Axel Honneth como teoría crítica de la sociedad capitalista contemporánea". *Reflexión política*.

10 Cf. Honneth, *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 85.

11 Cf. Honneth, *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 86. Como se ha afirmado, en la tradición de la Escuela de Frankfurt —en la que Honneth se ha desarrollado— no se definen los conceptos que utilizan, sino que son descritos y contextualizados. Cfr. Jeffries, *Grand Hotel Abyss*. Ob. cit.; Wiggershaus, *La Escuela de Fráncfort*. Ob. cit.; Jay, M. (1989). *La imaginación dialéctica: Historia de la Escuela de Frankfurt y el Instituto de Investigación Social 1923-1950*. Madrid. Taurus. Esto, a su vez, implica grandes deficiencias y dificultades para comprender la argumentación de Honneth. En el caso del reconocimiento es lo mismo: "La razón de este objetivo se deriva de la tesis que Honneth toma de Georg W. F. Hegel y de Herbert G. Mead, de que los sujetos pueden relacionarse consigo mismos en orden a la realización de acciones sólo si pueden verse a sí mismos reflejados en las normas que sustentan y respetan sus compañeros sociales. Por lo tanto, este principio fuerza a los individuos a dar contenido a sus pretensiones de reconocimiento recíproco, para poder desarrollar su subjetividad. Honneth sostiene que estas relaciones de reconocimiento en las que el sujeto debe entrar para poder relacionarse consigo como un agente capaz pueden agruparse en tres categorías: el amor, el derecho y la solidaridad. Estas formas de reconocimiento permiten al sujeto establecer relaciones consigo mismo que le permitan actuar libremente, que consisten en la autoconfianza, el autorrespeto y la autoestima". Arrese Igor, H. (2017). "El mercado como una esfera de libertad social". *Filosofía de la Economía* 6 (2), 140.

Honneth las define como las realidades sociales que representan el tipo de reconocimiento que se presenta en una democracia liberal contemporánea. En ese sentido, Honneth menciona: “[...] el contexto institucional es un componente nuclear de la libertad, pues, sin ellas, los individuos no podrían saber de su dependencia mutua”<sup>12</sup>. En otras palabras, la importancia de las instituciones radica en que estas son fundamentales para la construcción de una teoría de la justicia ya que Honneth desea mostrar que solamente es posible hablar de una sociedad justa si las relaciones entre individuos son concebidas como necesarias.

En esa línea, y una vez establecido el marco teórico de la propuesta de Honneth, en el presente trabajo se pretende argumentar en qué medida sería posible afirmar que el mercado, una esfera social en la cual los individuos tienden a buscar bienes privados, es necesario para formular una nueva teoría de la justicia<sup>13</sup>. Sobre todo, porque, para Honneth, la esfera del mercado puede cumplir su función solamente si se integran armoniosamente las actividades económicas de los individuos, junto con el resto de las instituciones<sup>14</sup>. Considera, incluso, que el mercado es fundamental para la elaboración de una teoría de la justicia, ya que conlleva un tipo de reconocimiento que permite a las personas participar en actividades complementarias y, además, es capaz de conciliar la esfera familiar con la política. También es necesario aclarar que su teoría de la justicia constituye un conjunto de principios y normativas, al igual que un perpetuo proceso inacabado donde se realiza un constante análisis del contexto social. Es decir, su teoría busca ver de qué manera las instituciones, en un tiempo y espacio determinado, encarnan valores que sirven para asegurar la libertad y el desarrollo de los individuos.

Ahora bien, para mostrar cómo es posible defender la tesis de *El derecho a la libertad*, se expondrán las críticas a las nociones de libertad articuladas por Isaiah Berlin, para explicar en qué consiste la libertad social propuesta por Honneth. A continuación, se examinará la relación entre las tres esferas institucionales (vínculos personales, mercado y vida política) y el tipo de reconocimiento que propicia cada una para argumentar por qué son necesarias para el desarrollo de la libertad social. En este punto, se profundizará en los atributos fundamentales del mercado y, se analizará, especialmente, cómo Honneth defiende que esa institución es capaz de fomentar la libertad social. También se reconstruirá la teoría institucional de

12 Coronado, C. (2018). “La libertad como condición de la justicia según Axel Honneth”. *Revista de filosofía open insight*, 9 (15), 156.

13 Cf. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 232.

14 Cf. Jütten, T. (2015). “Is the Market a Sphere of Social Freedom?” *Critical Horizons*, 16 (2), 181.

la justicia y se justificará por qué el mercado es necesario para elaborarla. Consecuentemente, se expondrán las dos principales críticas que ciertos autores dirigen a la propuesta de Honneth, a saber: (i) que es iluso pensar que el mercado posee características morales por los cuales sus actores no buscarán los mayores beneficios personales, sino lo mejor para los demás individuos; y que (ii) la reconstrucción normativa del mercado en realidad busca imponerle propiedades que por naturaleza no posee, provocando que toda la teoría de la justicia de Honneth sea inviable. Por último, se examinará si las críticas al modelo de Honneth son consecuentes y de qué manera dicho modelo puede aportar una nueva manera de comprender el mercado como una institución capaz de fomentar la libertad social y, a su vez, conformar una teoría institucional de la justicia.

## 2. Tres nociones de libertad<sup>15</sup>

El estudio de Honneth surge tras realizar un preocupante diagnóstico sobre las democracias liberales en la actualidad. En su investigación, descubrió un valor que, según el filósofo alemán, ha impactado a las sociedades contemporáneas y provocado una malinterpretación de la justicia, y, por ende, de la libertad. En palabras de Honneth: “Entre todos los valores éticos que llegaron a imperar en la sociedad moderna y que desde entonces compiten por una posición dominante, solo uno era apto para marcar de manera duradera nuestra idea de la justicia: la libertad entendida como la autonomía del individuo”<sup>16</sup>. Por tanto, es necesario examinar en qué medida el orden social se ha encargado de fomentar la autonomía individual. Sobre todo, porque para Honneth: “Todos los ideales éticos de la Modernidad han entrado, como por mágica atracción, en la órbita de una idea de la libertad; por momentos la profundizan, le otorgan nuevos matices, pero no le oponen

15 Para la elaboración de una teoría de la justicia en Honneth, es necesario reparar en que los conceptos de libertad y de justicia están íntimamente conectados. “Si bien las conexiones metódicas entre la idea de la libertad y la idea de la justicia se presentan como inequívocas en el campo de la autodeterminación, se vuelven ambiguas no bien la libertad reflexiva del individuo es interpretada según el modelo de la ‘autorrealización’ o de la ‘autenticidad’. Lo que se entiende en cada caso por justicia en la Modernidad depende –así lo hemos visto– casi exclusivamente de cuál sea la idea de libertad individual presupuesta; si la libertad es pensada como un acto reflexivo y esta reflexión es interpretada como un largo proceso de toda la vida de articulación del propio yo, entonces la concepción resultante de justicia debe poder hacer concebible un sistema en el cual cada sujeto está en condiciones de autorrealizarse sin perjudicar a los demás”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 58-59. En ese sentido, hablar de justicia social implica aceptar el ejercicio individual de la libertad.

16 Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 29.

ya una alternativa autónoma”<sup>17</sup>. Es decir, las nociones modernas de libertad establecieron determinadas maneras de comprender a un sujeto libre, sin tomar en cuenta que es posible formular otra definición capaz de conciliar armoniosamente los intereses de los individuos.

Ahora bien, el análisis de la libertad debe comenzar, según Honneth, a partir de la observación del discurso moral de la Modernidad. En ese período histórico, surgen tres modelos que conciben de manera diferente la estructura y el carácter de las intenciones individuales. Hay que evidenciar cuáles son las principales características de cada tipo de libertad para así lograr entender por qué su definición debe incluir una noción de reconocimiento. Más aún, de acuerdo con sus niveles de creciente complejidad, Honneth clasifica la libertad en tres tipos: (i) negativa<sup>18</sup>, (ii) reflexiva o positiva<sup>19</sup> y (iii) social. En cuanto a las dos primeras, se remite a la distinción realizada por Isaiah Berlin<sup>20</sup>. La tercera retoma la teoría institucional de Hegel en su *Filosofía del Derecho*<sup>21</sup>.

Honneth identifica a Thomas Hobbes como el primero en formular la libertad negativa; no obstante, Berlin le agrega a esa definición la idea de que los individuos reciben el derecho de actuar arbitrariamente sin una restricción externa siempre y cuando no infrinjan los mismos derechos que

17 *Ibidem*, 30.

18 La libertad negativa puede encontrar su origen en Thomas Hobbes donde, en un pasaje de *El Leviatán*, señala que la libertad consiste en la mera ausencia de obstáculos externos que obstruyan el movimiento natural de un cuerpo. En ese sentido, Honneth retoma únicamente la definición hobbesiana de libertad natural: “En el nivel más elemental, la ‘libertad’, para Hobbes, no es otra cosa que la ausencia de resistencias externas que podrían impedir el movimiento a los cuerpos naturales”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 36. Sobre todo, es importante destacar que, para Honneth, la propuesta hobbesiana de entender la libertad solamente como la realización sin impedimentos externos de objetivos propios opacó a las ideas de libertad que podían impulsar el deseo de constituir asociaciones civiles; sin embargo, fue la formulación “extremadamente estrecha y negativa que pasó a la historia”. Ahora bien, es precisamente por esta lectura de Hobbes, que Honneth afirma que la idea de libertad, con la que operan las teorías de la justicia, resulta en una noción del hombre como un ser atómico que no posee otro interés que el de actuar “sin restricciones, según sus propias preferencias circunstanciales”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 42. Véase como antecedente también: Honneth, A. (2012). *The I in We*. Cambridge. Polity Press, 37-38.

19 En cuanto a la libertad positiva o reflexiva, Honneth afirma que puede rastrearse hasta la Antigüedad y que esta consiste en la capacidad de autodeterminarse; es decir, los individuos son libres cuando sus acciones son guiadas solamente por sus propias intenciones. Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 29.

20 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 19. Con respecto al modo en que Honneth retoma la visión de Berlin, véase: Okochi, T. (2012). “Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian ‘Sttlichkeitslehre’ in a Honneth’s ‘Das Recht der Freiheit’”. *Hitotsubashi Journal of Social Studies*, 44 (1).

21 Cf. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 15.

poseen sus conciudadanos<sup>22</sup>. Con respecto a esto, Honneth piensa que esta noción de libertad asume que las personas son seres aislados, cuyo principal interés es actuar con los menores obstáculos posibles. Esto implica que el concepto de libertad, en las teorías de justicia, les ofrezca a los sujetos la oportunidad de calcular únicamente sus bienes individuales<sup>23</sup>. En este sentido, para Honneth, un orden legal y político solamente puede contar con la aprobación de los sujetos en cuanto satisfaga sus deseos individuales. Sin embargo, estos no tienen la oportunidad de examinar y actualizar su consentimiento respecto a las medidas políticas; puesto que, según el autor alemán, los individuos no participan en las revisiones de principios legales. En cambio, están conceptualmente limitados a un solo tipo de aprobación; a saber, que no tengan impedimentos para ser libres<sup>24</sup>.

En cuanto a las teorías de la libertad positiva, estas tienden a postular una noción de lo verdaderamente autónomo<sup>25</sup>. No obstante, así como la idea de libertad negativa conduce a una concepción de justicia que promueve un sistema social basado en el egoísmo, la idea de una autonomía moral<sup>26</sup>, “al determinar la libertad, deja de lado de manera totalmente artificial aquellas condiciones y formas institucionales que siempre deberían aparecer al iniciar la reflexión para llevarla a buen término”<sup>27</sup>. Es decir, para Honneth, este tipo de libertad rompe con las condiciones que permiten el mismo ejer-

22 Okochi, “Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian ‘Sttlichkeitslehre’ in a Honneth’s ‘Das Recht der Freiheit’”. Ob. cit., 13.

23 En este punto, Honneth está pensando en autores tales como: Hobbes, Sartre y Nozick. Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 39.

24 Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 36.

25 Cfr. “El núcleo de la idea de la libertad reflexiva lo constituye históricamente en una primera instancia la propuesta de diferenciar entre acciones autónomas y heterónomas. Con esta contraposición, cuyo precursor intelectual es Rousseau, el peso de la libertad individual fue desplazado de un solo golpe: una acción no puede considerarse libre solo por el hecho de que sea ejecutada en el mundo exterior sin que encuentre resistencias, sino únicamente en el momento en el que la intención de ejecutarla tenga su origen en la voluntad propia”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 48.

26 La idea de autonomía, al menos como se entiende en *El derecho de la libertad*, se explica de la siguiente manera: “Al igual que la idea de la libertad negativa, que siempre termina desembocando en una idea de la justicia que promueve un sistema social del egoísmo, al final de la idea de la autonomía moral siempre hay una concepción procedimental que sirve a un sistema social de cooperación o de deliberación democrática; sin embargo, en este segundo caso, el sistema mismo queda indeterminado en su contenido porque, por motivos conceptuales, la teoría no puede adelantar las decisiones que los sujetos autónomos solo pueden tornar por sí mismos”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 58. Véase también: “The Fabric of Justice: On the Limits of Contemporary Proceduralism”, en el libro *The I in We*. Ob. cit., 35-50.

27 Cfr. Honneth. *The I in We*. Ob. cit., 38; Coronado-Angulo, *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Ob. cit., 249.



cicio de la libertad, puesto que asume que los sujetos se encuentran aislados de toda entidad e institución social; y, por más que se enfoquen en autorrealizarse en los mismos límites de su acción, conciben a los demás individuos como límites de su propia libertad<sup>28</sup>. Por tanto, este tipo de libertad no logra conciliar al individuo con el resto de la sociedad<sup>29</sup>.

## 2.1. Libertad social

Finalmente, Honneth formula un concepto de libertad que, a su parecer, es capaz de sustentar una teoría de la justicia que promueva el reconocimiento del ser humano por medio de instituciones sociales y concilie la pluralidad de valores y prácticas que presenta una sociedad<sup>30</sup>. En este caso, así como la libertad reflexiva expandió el concepto de libertad negativa, a través de la inclusión de la relación entre sujetos; la libertad social expande el concepto de libertad reflexiva en cuanto integra necesariamente a las instituciones<sup>31</sup>. Es decir, en este modelo, los deseos de los conciudadanos no son considerados como limitaciones o restricciones de las propias aspiraciones, sino que estas últimas se configuran a través de las aspiraciones de los demás<sup>32</sup>. Esto implica que las instituciones no son simples conglomerados,

28 Cfr. “Pero, a grandes rasgos, esta concepción de autenticidad no es lo suficientemente abarcadora, no incluye en grado suficiente la relación entre individuo y sociedad como para que pudiese por sí misma generar una idea independiente de justicia; por eso, tal vez sea correcto aquí hablar de un neutralismo o indiferencia respecto de cuestiones de la teoría de la justicia”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 61. Sobre todo, Honneth no está de acuerdo con las teorías de la justicia que buscan una distribución de bienes, puesto que asumen que los individuos únicamente buscan sus bienes personales sin tomar en cuenta a los demás. Cfr. Honneth. *The I in We*. Ob. cit., 37-40.

29 Coronado, “La libertad como condición de la justicia según Axel Honneth”. Cit., 155.

30 Cfr. “Claramente, incluso el modelo alternativo de justicia que tengo en mente debe comenzar por reconocer la idea normativa de que todos los miembros de las sociedades modernas deben poseer las mismas capacidades y condiciones para la autonomía individual. Lo que distingue a esta concepción alternativa no es, pues, su núcleo moral, sino sus implicaciones materiales. Todo gira en torno a cómo entendemos la promoción social de la autonomía, en cuyo papel crucial coinciden ambas partes. Mientras consideremos la libertad como algo que todos los individuos pueden lograr por sí mismos, basta con asumir que los bienes individualmente disponibles son el material de la justicia. Con la ayuda de estos bienes, las personas son capaces de crear un espacio para la consecución de sus planes de vida libremente elegidos”. Honneth. *The I in We*. Ob. cit., 46. Traducción propia.

31 Cfr. Okochi, “Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian ‘Sttlichkeitslehre’ in a Honneth’s ‘Das Recht der Freiheit’”. Ob. cit., 14.

32 Cfr. “También los distintos conceptos de libertad reflexiva, al igual que la idea de la libertad negativa, condujeron a ideas específicas en cada caso respecto de cómo había que abordar metódicamente la cuestión de la justicia social. Si esta conexión era tan clara en el

sino que son necesarias para el ejercicio de la libertad. La libertad social implica aceptar varias formas de reconocimiento institucionalizadas que proveen de fundamento, espacio y *telos* para su autorrealización:

“Cuando los individuos sienten que sus intenciones y sus propósitos son totalmente apoyados y apreciados en un orden social, entonces más van a querer desenvolver sus personalidades para alinear sus objetivos con los de otros actores sociales y, crucialmente, para asumir voluntariamente las obligaciones y sus deberes, que sus roles sociales requieren de ellos, más que experimentarlo como cargas impuestas externamente”<sup>33</sup>.

De aquí que la libertad social deba ser comprendida como aquella capaz de conciliar los intereses de los sujetos. Más aún, estas instituciones de reconocimiento deben, según Honneth, ser diseñadas con anterioridad a los sujetos, dado que estas funcionarán como mecanismos y canales para permitir el ejercicio de una libertad social. En ese sentido, cuando Honneth afirma que las instituciones deben preceder a los individuos, se está refiriendo a lo que explica en su obra, *The I in We*, en relación con la noción de justicia que él desea desarrollar. Sobre todo, porque siguiendo a su maestro Hegel defenderá que el mutuo respeto y reconocimiento por parte de los otros es la base tanto del autorrespeto personal como de la justicia en todas las esferas sociales propuestas por Honneth. En sus palabras: “Pero si eliminamos esta premisa, es decir, si podemos concebir el material de la justicia ya no en términos de bienes intercambiables, sino como relaciones sociales recíprocas, esto también afecta las condiciones básicas del procedimentalismo. Ya no podemos imaginarnos a los agentes deliberantes lidiando con algo que

---

ámbito de la primera idea del pensamiento de su autonomía, en el dominio del segundo ideal de libertad aparece, en un primer momento, como opaca: con la idea de la autonomía y el concepto de la autorrealización aparecen aquí al menos dos ideales de libertad enfrentados, cuyas concepciones de justicia implícitas a duras penas pueden tener un denominador en común”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 57. A lo que agrega: “El contenido que rellena lo que ha de constituir un orden justo es aquí menos un asunto de los sujetos cooperantes que en el caso del ideal de autonomía, puesto que el teórico sabe naturalmente, al menos a grandes rasgos, a qué están supeditados socialmente los sujetos cuando se los faculta a autorrealizarse. A diferencia del procedimentalismo de aquellas concepciones de la justicia, que se originan a partir de la suposición de la libertad como autodeterminación, las ideas de justicia orientadas hacia el ideal de la autorrealización están por lo general elaboradas sustancialmente; si bien no deben anticipar los objetivos o la dirección del proceso de articulación individual, puede, sí, presentar a partir de conocimiento externo las condiciones sociales a las que está supeditado el individuo en este proceso”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 59. Véase también: Honneth, *La lucha por el reconocimiento*. Ob. cit., 15-44; Honneth, *The I in We*. Ob. cit., 3-31; Okochi, “Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian ‘Sttlichkeitslehre’ in a Honneth’s ‘Das Recht der Freiheit’”. Ob. cit.

<sup>33</sup> McNay, “Social Freedom and Progress in the Family”. Ob. cit., p. 173. Traducción propia.

pueden controlar libremente de acuerdo con sus propias concepciones de la justicia. Las relaciones de reconocimiento, que han demostrado ser las condiciones decisivas de la autonomía personal, no consisten en material que pueda asignarse a voluntad. No podemos colocarnos en una posición frente a estos 'bienes' en la que somos los tomadores de decisiones y presidimos su justa organización o distribución equitativa. Estas relaciones de reconocimiento representan, en cambio, fuerzas históricamente contingentes que influyen en nosotros detrás de nuestras espaldas. Querer desprendernos de ellos para poder verlos es abrigar una ilusión tan vacía y ociosa como el deseo de moldearlos como nos plazca”<sup>34</sup>.

En otras palabras, el reconocimiento al interior de las instituciones debe preceder a la libertad de los individuos autónomos y atomísticos<sup>35</sup>, porque cuando no se propicia la dependencia entre sujetos, las formas sociales pueden provocar la humillación y la negación de la dignidad humana<sup>36</sup>. Por lo tanto, si se quiere construir una teoría de la justicia a partir de una noción de libertad social, es preciso aplicar ciertos principios de reconocimiento a las instituciones y que estas ayuden a los individuos a considerarse como parte de un conjunto social, en donde se concilien sus deseos y aspiraciones<sup>37</sup>.

34 Honneth. *The I in We*. Ob. cit., 42-43. Traducción propia.

35 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 68-69.

36 Cfr. Honneth, A. (2004). “Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice”. *Acta Sociológica*, 47 (4), 354. A lo que Honneth agrega: “Los sujetos sólo pueden atribuirse unos a otros un valor normativo, a la luz del cual son capaces de valorarse a sí mismos, si ambas partes acuerdan un principio moral que pueda servir como fuente de sus atribuciones y enunciados recíprocos. Ninguna relación de reconocimiento, ni siquiera aquellas relaciones pasadas en las que los sujetos se respetaron entre sí como no iguales, puede prescindir de una norma mutuamente acordada. Estos principios compartidos funcionan para asegurar que se pueda desarrollar y preservar una *praxis* de reconocimiento recíproco. Con estos fundamentos normativos de todo reconocimiento, sin embargo, nuestra teoría alternativa de la justicia posee algunos criterios iniciales para juzgar las instituciones y políticas existentes. Después de todo, las demandas hechas por estos principios morales coinciden con las condiciones bajo las cuales los sujetos idealmente alcanzan una medida de autoestima; por lo tanto, podríamos decir tentativamente que sería ‘justo’ instalar y equipar socialmente una esfera social existente como lo exige la norma subyacente de reconocimiento”. Honneth. *The I in We*. Ob. cit., 47. Traducción propia.

37 Cfr. Honneth. “Recognition and Justice...”. Ob. cit., 354. “Si, no obstante, entendemos esta clase de libertad social como el núcleo de todas nuestras ideas de libertad, frente al cual todas las otras ideas de libertad aquí tratadas se comporten de manera derivada, entonces, siguiendo a Hegel, tenemos que concluir también en una revisión de nuestras concepciones de justicia tradicionales: lo que en las sociedades modernas significa ‘justo’ no puede medirse simplemente por el hecho de que todos los miembros de una sociedad posean o no libertades negativas o reflexivas ni en qué extensión lo hagan, sino que debe antes satisfacer el patrón de otorgar a estos sujetos en igual medida la oportunidad de participar en instituciones de reconocimiento. Migra así al centro de la idea de la justicia social la noción de que determinadas

Además, con respecto a la capacidad de la libertad social para otorgar una respuesta no individualista a la pluralidad de valores, Honneth afirma que la instauración del reconocimiento a nivel institucional permite asegurar que los individuos se desenvuelvan plenamente, pero con la conciencia de que pertenecen a un entramado de prácticas sociales muy distintas. Como indica Cecilia Coronado: “Bajo la influencia de prácticas institucionalizadas los sujetos aprenden a orientar sus motivos hacia objetivos internos”<sup>38</sup>. Es decir, si se reconoce que existen intereses y deseos muy diversos entre los individuos, las instituciones pueden armonizar las diferencias; aspecto que ni la libertad negativa ni la reflexiva son capaces de lograr, ya que, su definición se basa en una noción individualista de los sujetos<sup>39</sup>. Particularmente, la libertad social permite formular la teoría sobre la justicia de Honneth porque esta no depende únicamente de principios normativos *a priori* basados en una repartición de bienes<sup>40</sup>, sino que se estructura a partir de un análisis social en el cual se toma en cuenta la pluralidad de valores y prácticas presentes en la realidad, pero que, gracias a las instituciones, pueden conciliarse y favorecer el reconocimiento entre los distintos sujetos. Sin embargo, conviene aclarar las características de dichas instituciones y de qué manera son capaces de fomentar las relaciones entre individuos; más aún, porque, para Honneth: “[Su] concepción alternativa entiende de la autonomía individual no como un asunto monológico sino como un asunto intersubjetivo. Los individuos logran la autodeterminación aprendiendo, dentro de relaciones de reconocimiento recíproco, a ver sus necesidades, creencias y habilidades como dignas de articulación y búsqueda en la esfera pública. Esto no obvia la justicia distributiva, pero sí la degrada del principio decisivo de la justicia a una variable dependiente en las relaciones de reconocimiento. La concepción alternativa intersubjetiva de la autonomía transforma fundamentalmente la arquitectura de la teoría de la justicia. Esto no solo es cierto para su material, sino también para su princi-

---

instituciones, de mucho contenido normativo y, por lo tanto, denominadas ‘éticas’, necesitan de la garantía jurídica, de la protección estatal y del apoyo de la sociedad civil; solo en un juego en el que se reparten las tareas al derecho, la política y lo público social pueden mantenerse vivos aquellos aparatos institucionales a los que los miembros de una sociedad deben las distintas facetas de su libertad intersubjetiva y así, globalmente, la cultura de la libertad”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 88.

38 Coronado-Angulo, *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Ob. cit., 252.

39 Cfr. McNay, “Social Freedom and Progress in the Family”. Ob. cit., 172.

40 A diferencia de las teorías de justicia distributiva, Honneth no desea construir desde cero principios de justicia, sino que busca reconstruirlos a partir de los procesos históricos de las relaciones de reconocimiento que se encuentran entre los individuos y las instituciones. Cfr. Honneth. *The I in We*. Ob. cit., 42-47.

pio de forma y relación de agente (*Akteursbezug*), todos los cuales adquieren una nueva definición tan pronto como captamos la libertad individual como resultado de relaciones de reconocimiento”<sup>41</sup>.

Es decir, la teoría de la justicia que busca defender Honneth debe exigir el autorespeto en las tres esferas de reconocimiento; sin embargo, no pueden apoyarse únicamente en las intenciones de los sujetos, sino que deben apoyarse en la cooperación de las instituciones. No obstante, cuando Honneth afirma que la libertad social no se basa únicamente en principios *a priori*, se está refiriendo, al igual que en la formulación de la teoría de la justicia, a que él utiliza la misma metodología histórica y crítica para analizar, a partir de la realidad social, el modo en que cada esfera cumple con la aspiración de reconocimiento social, sobre todo, porque retoma a diversos sociólogos para complementar lo dicho por Hegel<sup>42</sup>. Por tanto, es cierto que Honneth parte de una autorrealización de los sujetos en la que solo hay un reconocimiento anterior a cualquier práctica o normativa. Esto, de hecho, es prueba de las deficiencias que posee la teoría de Honneth. Sobre todo, porque cae en una circularidad al decir que parte de realidades sociales y, sin embargo, estas mismas realidades ya están determinadas por normas y valores intrínsecos basados en el reconocimiento mutuo<sup>43</sup>.

41 Honneth. *The I in We*. Ob. cit., 46. Traducción propia.

42 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 20. Es más, en una entrevista, Honneth enfatizó en la importancia que la sociología posee en el análisis de la sociedad. Sin negar su influencia hegeliana, destaca que los aportes sociológicos son necesarios para comprender a profundidad las patologías sociales. Cfr. Petersen, A. y Willig, R. (2002). “An interview with Axel Honneth: The Role of Sociology in the Theory of Recognition”. *European Journal of Social Theory*, 5 (2). Ahora bien, también es importante destacar que, en cierto sentido, Honneth parte de normas intrínsecas y antropológicas que son condición de posibilidad para la formulación de una teoría de la justicia. Él mismo, siguiendo a su maestro Hegel, da por sentado que el “reconocimiento mutuo”, “quiere decir, en primer lugar, solo la experiencia recíproca de verse confirmado en los deseos y metas de la contraparte en cuanto la existencia de estos representa una condición de la realización de los propios deseos y las propias metas; bajo la condición de que ambos sujetos reconozcan la necesidad de complementariedad de sus respectivas metas, es decir, de que vean en la contraparte el otro de sí mismos, se amplía la libertad”. A lo que Honneth agrega: “Hegel establece el nexo con el concepto de institución o de medio al concebir como condición social de tal reconocimiento de la complementariedad de metas y deseos la existencia de prácticas de comportamiento normadas: ambos sujetos deben haber aprendido tanto a articular sus respectivas metas de manera inteligible para su contraparte como a entender sus enunciaciones adecuadamente antes de poder reconocerse mutuamente en su dependencia uno del otro”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 67-68.

43 Cfr. Honneth. *La lucha por el reconocimiento*. Ob. cit.; Honneth. *The I in We*. Ob. cit., 35-50; Okochi, “Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian ‘Sttlichkeitslehre’ in a Honneth’s ‘Das Recht der Freiheit’”. Ob. cit., 17.

Ahora bien, lo que cabe aclarar es por qué Honneth se atreve a proponer el mercado como esfera de libertad social y como condición de posibilidad para la formulación de su teoría institucional de la justicia<sup>44</sup>.

### 3. Esferas de libertad social

La tesis de Honneth consiste en afirmar que cada esfera posee ciertos principios de libertad social determinados. Estas tres esferas –(i) relaciones personales, (ii) mercado y (iii) vida política– representan el material empírico para la reconstrucción de su teoría de la justicia<sup>45</sup>. Aunque me enfocaré, principalmente, en la esfera del mercado, explicaré de modo general las tres esferas para evidenciar cómo están inseparablemente vinculadas entre sí. Al respecto, hay que considerar que la reconstrucción normativa de estas tres esferas busca recordarnos que cada una de ellas se encarga de fomentar, de distinta manera, el reconocimiento de los individuos en un contexto social<sup>46</sup>.

#### 3.1. Relaciones personales

En el caso de las relaciones personales, Honneth menciona que la familia representa de un modo especial la base de la libertad social y afirma que es el epitome de las virtudes democráticas. La importancia de dicha sociedad radica en que en ella se inculcan ciertas virtudes democráticas esenciales, tales como la responsabilidad, la obligación o la tolerancia. De hecho, en opinión de Honneth, las teorías liberales de la justicia deben considerar seriamente la posibilidad de ayudar a las familias a prosperar<sup>47</sup>. Incluso, afirma que las relaciones familiares de mutua dependencia, en su forma más pura, constituyen el tipo de lazo necesario para la realización de la libertad social. Sin embargo, esta esfera ha sufrido cambios desde la Modernidad y, por ello, el amor se ha democratizado, forjando relaciones individualistas al interior de la familia; aunque, por otro lado, los miembros de las familias se reconocen los unos a los otros como parte de una comunidad solidaria conformada por lazos sanguíneos. Esto se debe a que la democratización de los lazos filiales, al volverlos horizontales, genera un

44 Cfr. Coronado-Angulo. *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Ob. cit., 283.

45 Cf. McNay. “Social Freedom and Progress in the Family”. Cit., 171.

46 Cfr. ibídem, 173.

47 Cfr. ibídem, 174-175.

nuevo modelo de reciprocidad entre los integrantes de la familia<sup>48</sup>. En otras palabras, para Honneth, el liberalismo ha modificado las relaciones al interior de la familia, provocando que ya no se conciben de modo jerárquico, sino igualitario. Sin embargo, Honneth postula que esta democratización es, precisamente, lo que les permite a los sujetos manejar la transición a la vida pública, de manera que la misma comunidad de solidaridad podría ser traducida en medidas económicas y políticas<sup>49</sup>. Por tanto, esta esfera de libertad social se presenta como el primer escalón para el resto de las instituciones elegidas por Honneth, puesto que se encarga de propiciar los valores básicos de reconocimiento<sup>50</sup>.

### 3.2. *El mercado*

Honneth afirma que parecería absurdo concebir “el sistema de la acción económica mediada por el mercado como una esfera de libertad”<sup>51</sup>. Más aun cuando la economía capitalista de los últimos dos decenios se ha opuesto totalmente a lo que implica la institucionalización de la libertad social. En ese sentido, el mercado es un caso particular porque Honneth expresa que, de hecho, carece de las características necesarias para pertenecer a una esfera de libertad social, ya que no genera, en principio, una instancia donde los sujetos puedan reconocerse mutuamente como seres libres. Esto se debe a que “durante los últimos dos decenios la economía capitalista fue adquiriendo una forma social que se opone totalmente a lo asociado con las obligaciones de roles ensambladas y, con ello, a la institucionalización de la libertad social”<sup>52</sup>. Por tanto, no hay una relación directa de reconocimiento entre individuos. Con esa premisa, Honneth compara los valores familiares con el mercado y recurre a la construcción moral del sistema económico<sup>53</sup>.

48 Coronado-Angulo. *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Ob. cit., 258.

49 Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 228-229.

50 Es claro que cada una de las tres esferas es susceptible a una serie de críticas y reacciones en contra. En el caso de la familia, una autora que trata a fondo las principales críticas es: McNay. “Social Freedom and Progress in the Family”. Cit. Sin embargo, por lo que compete a este escrito, no ahondaré en ellas.

51 Es necesario destacar que Axel Honneth no define lo que es el mercado; sin embargo, sí describe y explica que entiende al mercado como expresión del sistema económico capitalista de las sociedades Occidentales. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 232.

52 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 232.

53 Es necesario aclarar lo que Honneth concibe como moralidad y eticidad, basándose en Hegel. En ese sentido: “Para Hegel, de la multiplicidad de formas de vida éticas solo se aceptaba, en su *Filosofía del Derecho*, bajo el concepto de ‘eticidad’ aquello que probadamente pudiera servir para ayudar a realizar los valores e ideales generales de las sociedades moder-

Esto porque, a diferencia de las relaciones personales, donde los participantes reconocen al otro en la idea normativa de “amor”, el mercado capitalista puede ser considerado como una institución de libertad social si se asume su capacidad para establecer y expandir el reconocimiento en su mecanismo institucional de consumo y producción<sup>54</sup>.

Ahora bien, dado que el mercado todavía no es una esfera de libertad social, se requiere, según Honneth, realizar un análisis histórico del capitalismo para comprender cómo se fue desarrollando a lo largo del tiempo. En dicho estudio, la aparición del *homo oeconomicus*, el empresario egoísta como modelo de comportamiento, muestra que empiezan a aparecer cambios beneficiosos, pero también dañinos en la sociedad<sup>55</sup>. Por tanto, el propósito de Honneth es mostrar que el mercado económico depende de bases morales y éticas; pero que se entienden más como normas intrínsecas al mercado que extrínsecas. Es decir, la misma existencia de tales normas posibilita que el mercado sea una esfera de libertad social<sup>56</sup>. Honneth afirma que, “como cualquier otra esfera social, el mercado también depende del consentimiento moral de sus participantes, de modo que su existencia no puede ser explicada sin hacer referencia a las normas suplementarias que legitiman el mercado en los ojos de los actores económicos”<sup>57</sup>. En otras palabras,

---

nas; todo lo que contradijera estos requisitos normativos, todo lo que representara valores particulares o encarna ideales retrógrados, ni se le consideraba digno de convertirse en objeto de la reconstrucción normativa. Hegel, en cambio, eligió en primer lugar este concepto, en contra de la tendencia imperante en la filosofía moral, para llamar la atención acerca de aquella red de rutinas y obligaciones en las que estaban insertas las actitudes morales no ya en forma de orientación hacia principios sino en forma de prácticas sociales; para él, que en su método seguía siendo aristotélico en contextos de la filosofía práctica, no cabía duda de que los hábitos practicados intersubjetivamente –y no las convicciones cognitivas– conformaban el ámbito de la moral. No obstante, Hegel no quería que su concepto de ‘eticidad’ se entendiera como una simple descripción de las formas de vida existentes; ya el procedimiento que eligió, aquella ‘reconstrucción normativa’ anteriormente descripta, deja claro que intentaba proceder de manera mucho más selectiva, tipificadora y normativa que lo que le permitía el positivismo aristotélico”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 21. Véase también: Honneth, A., & Farrell, J. (1997). “Recognition and Moral Obligation”. *Social Research*, 64 (1); Jütten, T. “Is the Market a Sphere of Social Freedom?”. Ob. cit.

54 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 234.

55 Cfr. *ibidem*, 238.

56 Jütten. “Is the Market a Sphere of Social Freedom?” Ob. cit., 192. A lo que agrega: “Decir que el mercado es una esfera de libertad social es decir que es una esfera de acción social en la que los actores individuales se ‘completan’ en el sentido de que la satisfacción de los deseos de los demás es una condición previa para la satisfacción de los suyos. El reconocimiento mutuo de la dependencia mutua es una forma de libertad, porque los actores individuales reconocen en las instituciones del mercado los mecanismos a través de los cuales se hace posible la satisfacción de los deseos de todos”. Jütten, T. “Is the Market a Sphere of Social Freedom?” Ob. cit., 188. Traducción propia.

57 Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 184.



el mercado solo puede cumplir su función si integra armoniosamente las actividades económicas individuales basadas en relaciones de solidaridad que preceden a todo contrato y obligan a los actores económicos a tratarse de manera correcta y justa<sup>58</sup>.

Si bien la tesis de Honneth suena utópica, él afirma que es posible llevar esto a cabo mediante las corporaciones, pues estas permitirían desarrollar un consentimiento moral en el mercado económico a partir de ciertos criterios específicos<sup>59</sup>. En primer lugar, el interés individual constitutivo del comportamiento del mercado tiene que ser capaz de satisfacer la condición necesaria de explicar que este funciona como medio para complementar cada proyecto individual. En segundo lugar, las corporaciones deben reflejar institucionalmente los reclamos subyacentes, asegurándose de que los participantes estén al tanto de tales demandas. En tercer lugar, los actores económicos deben reconocerse como miembros de una comunidad cooperativa, antes de que le puedan ceder a otro el derecho de maximizar su utilidad individual<sup>60</sup>.

Honneth afirma que las corporaciones poseen un papel sumamente importante en la formación de las actitudes éticas de sus miembros. Incluso sostiene que la familia es la primera raíz ética del Estado y el mercado, la segunda<sup>61</sup>. Es más, solamente a través de corporaciones, los sujetos pueden involucrarse conscientemente en una cooperación social. Especialmente en el contexto actual, se habla de comportamiento moralizante cuando los ciu-

58 Cfr. *ibidem*, 181.

59 Es necesario destacar que Honneth retoma la concepción de corporación dada por Hegel. En ese sentido: las corporaciones son organizaciones creadas por seres humanos; son entidades económicas que caben dentro de la economía política; poseen miembros basados únicamente en sus capacidades mercantiles. Pero sobre todo, al incluir seres humanos, las corporaciones están inextricablemente ligadas a una ética. Cfr. Klikauer, T. (2015). *Hegel's Moral Corporation*. Palgrave Macmillan UK, 18. No obstante, si bien hay una gran distinción entre lo que Hegel consideraba como corporación en el siglo XIX, las similitudes entre ambas justifican que Honneth las asuma. Más aún cuando argumenta que las corporaciones del mercado poseen una ética intrínseca. En palabras de Honneth: "Si retomo este esbozo hegeliano hoy, doscientos años después, lo hago con conciencia de que no solo las circunstancias de la sociedad sino también las condiciones de argumentación filosófica se han transformado enormemente. Una simple reactivación de la intención y del razonamiento de la *Filosofía del Derecho* es algo imposible hoy. Por un lado, la realidad social de entre cuyas instituciones y prácticas había que mostrar cuáles gozan del estatus de facticidad moral es radicalmente distinta a la de la sociedad industrial incipiente, monárquica constitucional de principios del siglo XIX; todas las condiciones institucionales, en cuya estabilidad normativa Hegel aún podría confiar sin reparos, han perdido su forma original como consecuencia de una modernización acelerada, llamada 'reflexiva', y, en gran parte, han sido reemplazadas por aparatos y organizaciones nuevas, mucho más flexibles". Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 15.

60 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 232-233.

61 Cfr. *ibidem*, 340.

dadanos deben atender a razones ecológicas o sociales en el momento en que deciden comprar algo<sup>62</sup>. Como bien señala Cecilia Coronado: “En estas tendencias de la moralización de los mercados vuelve a abrirse la perspectiva de una reciprocidad entre los consumidores y las compañías, en torno a la realización de la libertad social en la esfera de consumo”<sup>63</sup>. No obstante, Honneth es consciente de que en la realidad aún no existe una armonización en la esfera del mercado debido a la lógica de consumo existente, ya que, a pesar de que se quiera moralizar el comportamiento de las compras a partir de un consentimiento de las implicaciones, prevalece la mentalidad del consumismo privado<sup>64</sup>.

En resumen, Honneth cree que cuando los miembros de una corporación están preocupados por la regulación del comportamiento del mercado, y por ello, consideran los intereses de los otros participantes del mercado, se requiere que los sujetos se unan en torno a un principio de cooperación y solidaridad. Sin embargo, en este punto es fundamental apelar al rol democrático de los ciudadanos y del Estado, puesto que, hasta el día de hoy, al mercado le hace falta un fortalecimiento de su institucionalidad por medio de una legitimización de sus prácticas. En ese caso, la vida política jugará un papel sumamente importante.

### 3.3. Vida política

Como se ha mencionado a lo largo del texto, el objetivo de Honneth es la elaboración de otro tipo de teoría de la justicia, en la cual el robustecimiento de la institucionalidad de cada esfera social implique un reconocimiento de la dignidad humana<sup>65</sup>. En esa línea, la esfera política debe

62 Cfr. Coronado-Angulo, *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Ob. cit., 267.

63 Ídem.

64 Es importante destacar que, a lo largo del libro *El derecho de la libertad*, Honneth hace referencia a otros aspectos morales del mercado a partir de un análisis histórico desde la modernidad. No obstante, retomo únicamente los aspectos que me permiten proponer al mercado como una posible esfera de libertad social. Si se quiere profundizar más al respecto, véase: Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 232-262.

65 De hecho, en la esfera política Honneth afirma: “[...] vamos a tener que distanciarnos del modelo de la *Filosofía del Derecho* hegeliana si queremos emprender la reconstrucción normativa de aquella tercera esfera que, a su vez, se analiza adecuadamente cuando se la concibe como una encarnación de la libertad social: de la institución de la vida pública democrática como un espacio social intermedio en el cual se construirán entre los ciudadanos, en oposición deliberativa, las convicciones que puedan ser aprobadas por todos, a las que a continuación se ceñirá la legislación parlamentaria conforme a procedimientos del Estado de derecho”. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 339.

asumir lo siguiente: “Por eso, la esfera política de la vida pública no debe entenderse, como es frecuente hoy en las teorías de la democracia, como una corte suprema en la que en último término se decide de forma autónoma acerca de cómo deben ser las condiciones, que se deben regular en sintonía con el Estado de Derecho, en las otras dos esferas de acción; la relación entre las tres esferas es mucho más complicada, pues la realización de la libertad social en la vida pública democrática está, por su parte, ligada al requisito de que los propios principios estén realizados, en alguna medida, también en las esferas de las relaciones personales y de la economía de mercado”<sup>66</sup>.

Es decir, la esfera política debe hacer referencia al mutuo reconocimiento de los individuos para propiciar un espacio social intermedio en el que construirán entre los ciudadanos, las convicciones que puedan ser aprobadas por todos<sup>67</sup>. Específicamente, la conciliación con las otras dos esferas de libertad es lo que le permite a una democracia liberal propiciar la libertad social, puesto que genera un espacio de acción donde los individuos pueden poner en práctica el reconocimiento y los valores de las relaciones personales y del mercado. Los individuos proceden de dos esferas donde se propicia el amor y la solidaridad y, lo que es más importante, la vida política implica un compromiso entre los ciudadanos, que siendo tan distintos entre sí, son conscientes de que lo político es su punto en común<sup>68</sup>.

Más aún, para que la construcción democrática se lleve a cabo, es preciso que los ciudadanos cumplan con las acciones de cada esfera, que ejecuten prácticas sociales y que, principalmente, el Estado de Derecho garantice esa libertad<sup>69</sup>. Después de todo, mientras más libertad social sea posible en las relaciones personales y en el mercado, el desenvolvimiento de los ciudadanos en la formación de la voluntad pública será más igualitario, libre y confiado. Precisamente por eso, los que deliberan y buscan un acuerdo en su comunidad no pueden ser indiferentes a las relaciones sociales que se producen en las otras dos esferas.

Por tanto, sin una brújula moral, la libertad de la formación de la voluntad democrática se separará de las otras libertades sociales que han formado una red institucional de dependencias recíprocas. Para Honneth, cualquier teoría democrática que no logre conciliar todos los criterios normativos de las esferas sociales con la realidad, no podrá comprender el significado de la esfera política como una autoridad reflexiva entre las otras

66 Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 340.

67 Cfr. ibidem, 339.

68 Cfr. Coronado-Angulo, *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Ob. cit., 279.

69 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 338.

esferas de acción<sup>70</sup>. Sobre todo, porque la vida política ha asegurado la atención compartida del resto de las instituciones, pues cada una tiene que ser concebida como parte del reconocimiento de la responsabilidad compartida que poseen los individuos. Estos lazos de solidaridad son, para Honneth, lo que permite hablar de una comunidad a partir de una libertad social encarnada por las tres esferas<sup>71</sup>.

#### 4. Construcción de una teoría institucional de justicia

Honneth cae en cuenta de que las teorías de la justicia contemporáneas, al considerar las nociones de justicia de Locke y Kant, yerran al asumir que sus principios normativos deben ser independientes de las instituciones políticas y sociales<sup>72</sup>. Incluso, Honneth menciona que, aunque Rawls y Habermas reconstruyen sus normas a partir de las sociedades democráticas liberales, no le dan ninguna importancia a lo que instituciones concretas pueden aportar al fomento de la justicia<sup>73</sup>. Particularmente, al apoyarse en nociones individualistas de libertad, Honneth piensa que es imposible hablar de justicia en el contexto actual<sup>74</sup>. Es más, siendo consciente de la

70 Cfr. *ibídem*, 338.

71 Cfr. *ibídem*, 339.

72 Cfr. Okochi, "Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian 'Sttlichkeitslehre' in a Honneth's 'Das Recht der Freiheit'". *Ob. cit.*, 1.

73 En este punto, Honneth menciona a algunos autores que sí se han interesado por el fortalecimiento de ciertas instituciones, tales como: Michael Walzer, David Miller y Alasdair McIntyre.

74 Honneth afirma, retomando a Hegel, "que las propuestas de construcción de la justicia fracasan porque prometen a los sujetos como colaboradores en tales procesos una libertad que ellos no podrían obtener sin participar en instituciones que ya son justas. Sin embargo, las teorías modernas de la justiciar pueden creerse a salvo del aprieto en que así caen porque presuponen conceptos de libertad individual que no dan cuenta adecuadamente de su dependencia de la mediación objetiva, del cumplimiento en la realidad. Si para alcanzar la libertad es suficiente el actuar, ya sea sin limitación externa o en actitud reflexiva, los sujetos entonces pueden ser pensados como suficientemente libres ya antes de toda integración en un orden social. Si, en cambio, se concibe al sujeto verdaderamente 'libre' solo allí donde sus metas son cumplidas o realizadas por la realidad misma, entonces la relación entre proceso legítimamente y justicia social debe invertirse en cierta medida: primero hay que poder pensar a aquel sujeto como integrado en estructuras sociales que garantizan su libertad antes de que pueda ser colocado como ser libre en procesos que velan por la legitimidad del orden social". Honneth. *El derecho de la libertad*. *Ob. cit.*, 83. De nuevo, Axel Honneth no da una definición de lo que él concibe como justicia, sino que enuncia cómo es posible una elaboración de una teoría de la justicia. Esto por supuesto es un serio problema metodológico en la obra de Honneth. Cfr. Okochi, "Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian 'Sttlichkeitslehre' in a Honneth's 'Das Recht der Freiheit'". *Ob. cit.*

pluralidad de prácticas sociales, propone las tres esferas, donde cada una fomenta diversos valores. Esto quiere decir que, para elaborar una teoría de la justicia, es necesario considerar que nuestros deseos, inclinaciones y normas morales no son independientes de la sociedad ni de las instituciones, sino que se forman en ellas. Según Honneth, las teorías de justicia actuales son incapaces de ver el potencial que posee el mercado y afirma que basarse en definiciones individualistas de libertad solo promueve actitudes egoístas en los sujetos cuando, en realidad, la esfera económica es crucial para hablar de una sociedad justa.

#### ***4.1. Críticas en contra del mercado como esfera de libertad social***

En la teoría de Honneth, se encuentran diversas críticas a la definición de libertad social<sup>75</sup> enfocadas en la elección de sus principios normativos<sup>76</sup>, e incluso, en la elección de las esferas que propone como aquellas capaces de propiciar libertad<sup>77</sup>. No obstante, en este artículo se pondrá de manifiesto en qué medida es necesario que el mercado sea una esfera de libertad social, para hacer posible la elaboración de una teoría institucional de la justicia. Si bien es cierto que el mercado no es aceptado por Honneth como una esfera de libertad social *per se*, el pensador considera que está en potencia

75 McNay. "Social Freedom and Progress in the Family". Ob. cit.; Lysaker, O. (2017). "Institutional Agonism: Axel Honneth's Radical Democracy". *Critical Horizons*, 18 (1).

76 En cuanto a diversas críticas dirigidas a la propuesta de Axel Honneth, véase: McNay, L. (2008). "The Trouble with Recognition: Subjectivity, Suffering, and Agency". *Sociological Theory*, 26 (3); Freyenhagen, F. (2015). "Honneth on Social Pathologies: A Critique". *Critical Horizons*, 16 (2); Lysaker. "Institutional Agonism". Ob. cit.; Haber, S. (2007). "Recognition, Justice and Social Pathologies in Axel Honneth's Recent Writings". *Revista de ciencia política (Santiago)*, 27 (2).

77 Cfr. "En este sentido, lo que significa 'dar a cada cual lo suyo' resulta para Hegel en cada caso solo a partir del sentido interno de prácticas de acción ya establecidas. Dado que este sentido, o este significado, resulta por otra parte únicamente a partir del valor ético que posee la respectiva esfera en la estructura entera de la sociedad, los patrones de la justicia solo pueden ser analizados haciendo uso de ideales que en cada sociedad están institucionalizados fácticamente: debe valer como 'justo' aquello que tiende en las distintas esferas sociales a promover un trato adecuado, 'justo' en el sentido del rol que se le destina realmente en la división ética de tareas de una sociedad". Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 18. Cfr. Islam, G. (2012). "Recognition, Reification, and Practices of Forgetting: Ethical Implications of Human Resource Management". *Journal of Business Ethics*, 111 (1); Okochi. "Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian 'Sttlichkeitslehre' in a Honneth's 'Das Recht der Freiheit'". Ob. cit.; van Leeuwen, B. (2007). "A Formal Recognition of Social Attachments: Expanding Axel Honneth's Theory of Recognition". *Inquiry*, 50 (2).

de serlo a través del fortalecimiento de sus instituciones<sup>78</sup>. No obstante, es válida, en cierto sentido, la crítica de Timo Jütten en su artículo: “Is the Market a Sphere of Social Freedom?”. Ahí Jütten señala que Honneth no está hablando directamente del mercado, ya que las relaciones de los miembros de una compañía no son mediadas directamente por mecanismos mercantiles<sup>79</sup>. Esto quiere decir que las preocupaciones y los rasgos morales y éticos que propician las corporaciones para fomentar el reconocimiento son intereses externos que ayudan a convertir al mercado en una esfera social, pero que no son propios de este. Además, aunque Honneth argumente a favor de las corporaciones para fortalecer el mercado, se enfrenta, principalmente, con un problema, a saber: que las mismas reglas del mercado, en general (por ejemplo, la competencia o la determinación de precios en la oferta y la demanda), entran en conflicto con las precondiciones de la libertad social, puesto que lo último que hacen es favorecer el reconocimiento de los demás individuos<sup>80</sup>. En la mayoría de los casos, el mercado funciona a partir de relaciones contractuales donde el cálculo respecto a los beneficios que se obtienen es lo relevante, no el reconocimiento entre los compradores y vendedores.

Sin embargo, si bien la crítica de Jütten pone de manifiesto una gran debilidad del mercado, Honneth busca robustecer las corporaciones precisamente porque piensa que estas funcionan como cursos de acción para fortalecer las relaciones entre los individuos dentro del mercado. Es claro que el mercado funciona maximizando utilidades individuales; de hecho, menciona Honneth, no posee intrínsecamente valores morales o éticos<sup>81</sup>. Empero, no se trata de que el mercado sea así, sino de que pueda convertirse en un espacio de libertad en donde se reconozca el simple hecho de que los individuos son seres humanos. Estos seguirán atendiendo a sus intereses individuales, y por lo pronto, a sus fines egoístas, eso es una rea-

78 “Honneth no se compromete con la idea inverosímil de que los mercados en las sociedades capitalistas de hoy son, de hecho, esferas de libertad social. Sin embargo, sugiere que la promesa de libertad social está implícita en las instituciones del mercado y que esta promesa explica la legitimidad del mercado a los ojos de los participantes del mercado. Sobre la base de esta sugerencia, una teoría crítica de la sociedad puede diagnosticar las desviaciones de la promesa implícita en la institución del mercado como desarrollos erróneos que afectan a las sociedades capitalistas de hoy”. Jütten, T. “Is the Market a Sphere...”. Ob. cit., 188. Traducción propia.

79 Cfr. Jütten. “Is the Market a Sphere...”. Ob. cit., 195.

80 Cfr. ibidem, 196.

81 Con respecto a este punto, basta con el análisis histórico y social que se realiza en *El derecho de la libertad* para comprender que incluso Honneth es consciente de los cambios que ha habido en el mercado y en el capitalismo. Recogiendo las posturas de Marx, Polanyi, Hegel y Durkheim, Honneth afirma que el funcionamiento de la economía se basa precisamente en la maximización de bienes individuales. Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 232-233.

alidad del mercado, pero esa constatación exige, precisamente, un mayor fortalecimiento de las instituciones<sup>82</sup>. En ese sentido, no es que el autor quiera moralizar el mercado, sino que desea humanizar el trabajo institucional. Es decir, aspira a que las instituciones logren que el trabajador y el empleador cooperen para alcanzar un mutuo reconocimiento y se consolide, así, una mayor conciencia respecto a la libertad social. Si la relación entre ambas partes en una corporación consiste en el reconocimiento del otro como condición de la propia libertad, entonces es posible implantar los valores comunitarios que el contexto social requiere<sup>83</sup>. Pero sobre todo, hay que tener en cuenta que el robustecimiento del mercado es necesario para la formulación de la teoría institucional de la justicia porque la justicia debe ser entendida a la luz de los valores que se propician en el ámbito social<sup>84</sup>. Es más, el concepto de justicia no puede ser entendido como desvinculado de los valores sociales, pues las prácticas sociales y las instituciones son “justas” solamente en la medida en que son capaces socialmente de realizar valores aceptados de manera general<sup>85</sup>. En ese sentido, el mercado posee mecanismos de discurso donde los actores adoptan la perspectiva de otros. Incluso en decisiones colectivas, al involucrarse en procesos de intercambio, sus intenciones no pueden ser meramente descritas como la suma de intereses individuales. A diferencia de las teorías que establecen solamente las condiciones de igualdad de oportunidad, Honneth apunta a una teoría en la cual las instituciones son aquellas que pueden propiciar un tipo de libertad social en vistas a una sociedad justa. Sobre todo, porque, como mencionaba Honneth, una sociedad es justa solamente si aceptamos que los individuos se necesitan los unos a los otros para desarrollarse y desenvolverse en cualquier contexto social<sup>86</sup>.

Ahora bien, la segunda crítica es fundamental porque muestra una excesiva esperanza, por parte de Honneth, en el mercado. Esta consiste en la observación que Jütten toma de G. A. Cohen, en *¿Por qué no el socialismo?*, donde menciona que el mercado incita a sus participantes a desarrollar motivos de acción que son incompatibles con la libertad social. Es decir, los individuos dependen crucialmente del miedo y la avaricia y, además, en los

82 Hay autores como Douglas C. North que profundizan en los cambios institucionales a lo largo del tiempo en su libro (1995). *Las instituciones, el cambio institucional, el desempeño económico*. México. FCE, p. 16.

83 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 264.

84 Cfr. Coronado. “La libertad como condición de la justiciar según Axel Honneth”. Ob. cit., 50.

85 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 262-264.

86 Cfr. ibídem, 262.

mercados hay una actitud de no reciprocidad<sup>87</sup>. Incluso señala que la deficiencia del mercado es provocada por sus preocupaciones meramente contractuales e instrumentales, y no de reconocimiento. En ese sentido, sería contradictorio afirmar que el mercado es una esfera de libertad social. Por el contrario, fomenta que los individuos sean todavía más egoístas. El mercado, por definición, apunta a maximizar los beneficios de cada individuo por separado y no exige que estos actúen en vistas a los beneficios de los demás y mucho menos por la justicia.

No obstante, es posible argumentar desde la teoría de Honneth –considerando la función que cumplen las compañías en el mercado y su preocupación por el impacto ambiental– que el consumismo y las relaciones meramente contractuales pueden ser mitigadas mediante el fortalecimiento institucional del mercado. De hecho, en este punto, es crucial recordar la inseparabilidad de las esferas, puesto que sin los valores comunitarios que aportan la familia y la vida política, el mercado se presenta como la esfera más frágil dentro de la teoría de Honneth. Sin embargo, tanto la integración familiar como la política aportan una noción de responsabilidad solidaria, basada en un reconocimiento mutuo que permite fortalecer la función de las instituciones. La esfera familiar aporta la primera instancia social y cultiva los lazos solidarios de la sociedad mostrando la dependencia que existe dentro de la familia<sup>88</sup>. Por otro lado, el papel de la esfera política es sumamente importante debido a la influencia legal que posee sobre el mercado. Sin embargo, con respecto a este punto, Honneth no hace referencia directa a la intervención del Estado para mejorar las fallas del mercado; es decir, no está pensando en una corrección que permita alcanzar un estado de equilibrio. Honneth explicita que aquello que vuelve legítima una interacción del mercado no es el permiso para perseguir intereses egocéntricos, sino el hecho de que la misma integración de intereses individuales permita que la libertad de un sujeto sea la condición de la libertad de otro<sup>89</sup>.

En otras palabras, Honneth está construyendo su teoría sobre las democracias liberales contemporáneas, y esta teoría debe, en la definición de libertad social, propiciar el reconocimiento de todos los miembros de la sociedad. Sobre todo, a partir de la inseparabilidad de las esferas, es posible explicar por qué es necesario que el mercado sea una esfera de libertad social, capaz de fundamentar, además, una nueva teoría de la justicia. Las tres esferas consideran que la realidad es cambiante y que en cada con-

87 Cohen, G. A. (2011). *¿Por qué no el socialismo?* Buenos Aires. Katz, 40.

88 Cfr. Honneth. *El derecho de la libertad*. Ob. cit., 69.

89 Cfr. ibídem, 240.



texto se requiere un análisis crítico de los valores y prácticas sociales. La propuesta de Honneth se origina tras la constatación histórica y sociológica de que las teorías actuales no habían asumidos los cambios sociales. Según Honneth, autores como Rawls y Habermas tampoco han visto los efectos que las teorías de la justicia, basadas en una noción individualista de la libertad, producen en la sociedad, tales como la proliferación de actitudes egoístas. Estos efectos podrían evitarse si se aceptara que los hombres también son capaces de desenvolverse en un entramado social en el cual se promueva la comunidad, la solidaridad y el reconocimiento de la dignidad humana. El mercado es necesario para la teoría institucional de la justicia porque hace falta que las prácticas sociales de este contribuyan a difundir una visión no individualista del orden social. El ser humano debe ser entendido como un ser que depende y necesita de otros para construir una sociedad justa. Únicamente reconociendo al otro como parte de la propia libertad, y comprendiendo que, paradójicamente, nuestra libertad se despliega al máximo cuando nos vinculamos con los demás, es como podemos ser justos los unos con los otros.

## 5. Conclusiones

El mercado representa en la actualidad una de las instancias donde los individuos actúan para obtener la maximización de sus propios beneficios. Se ha asumido que nuestra libertad individual consiste en desenvolverse y desarrollarse, sin tomar en cuenta que existen millones de personas que también buscan lo mismo. Por esta razón, la postura de Honneth implica replantearse el modo en que hemos comprendido nuestra libertad. Somos seres que dependemos unos de otros. En efecto, una teoría de la justicia requiere que nos preguntemos acerca de la distribución de bienes pero, sobre todo, exige que nos planteemos el modo en que nos relacionamos los unos con los otros.

La propuesta de las esferas de libertad social nos muestra que el mercado es solo una parte de la realidad social y que funciona a partir de la conciliación entre las relaciones humanas y la vida política. En otras palabras, hablar de justicia es preocuparse de que la sociedad pueda ser reconocida como una entidad compuesta por seres con dignidad que buscan ser libres. Si bien es cierto que la propuesta de Honneth es demasiado esperanzadora con respecto a las sociedades contemporáneas, su reconstrucción normativa de las esferas es un ejemplo de que poseemos una concepción errada sobre las instituciones y los seres humanos. Aunque el mercado se encuentre lejos de fomentar el reconocimiento y la libertad social, puede llegar a hacerlo si los individuos comprenden que en este se

encuentra la clave para una sociedad más justa. Evidentemente, es una tarea sumamente complicada; sin embargo, es un planteamiento en el que vale la pena ahondar.

Además, es preciso aclarar que Axel Honneth no posee la intención de moralizar a nadie, simplemente desea aportar una nueva manera de concebir la libertad humana y, por tanto, cambiar el modo en que construimos las teorías sobre la justicia. Sobre todo, al ser consciente de que las democracias liberales contemporáneas le atribuyen un gran papel al mercado, Honneth argumenta que este es necesario para reconocer la dignidad humana de todos los individuos. Sabe que las relaciones entre los seres humanos se rigen por intercambios de transacción, por lo que es necesario destacar el importante papel que poseen las corporaciones en las sociedades y mostrar que, gracias a ellas, podemos reconocer que nos necesitamos los unos a los otros para ser justos.

## 6. Referencias

- Arrese Igor, H. O. (2017). “El mercado como una esfera de la libertad social”. *Filosofía de la Economía* 6 (2): 139-53, <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/filoecon/article/view/11229>.
- Berlin, I. (1969). “Two Concepts of Liberty”. En *On Liberty*. New York. Oxford University Press.
- Cohen, G. A. (2011). *¿Por qué no el socialismo?* Buenos Aires. Katz.
- Coronado, C. (2018). “La libertad como condición de la justicia según Axel Honneth”. *Revista de filosofía open insight*, 9 (15), 147-171, <https://doi.org/10.23924/oi.v9n15a2018.pp147-171.263>.
- Coronado-Angulo, C. (2019). *Razón instrumental, sociedad e instituciones. Una semblanza de Max Weber y la Escuela de Frankfurt*. Pamplona. EUNSA.
- De Boer, K. (2013). “Beyond Recognition? Critical Reflections on Honneth’s Reading of Hegel’s Philosophy of Right”. *International Journal of Philosophical Studies*, 21, <https://doi.org/10.1080/09672559.2012.760171>.
- Freyenhagen, F. (2015). “Honneth on Social Pathologies: A Critique”. *Critical Horizons*, 16 (2), 131-152, <https://doi.org/10.1179/1440991715Z.00000000044>.
- Haber, S. (2007). “Recognition, Justice and Social Pathologies in Axel Honneth’s Recent Writings”. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 27 (2), 159-170, <https://doi.org/10.4067/S0718-090X2007000300009>.
- Honneth, A. (1995). “Social Deficit of Critical Theory”. En *New Perspectives on Max Horkheimer*. MIT Press, 187-214.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona. Grijalbo.
- Honneth, A. (2001). *Recognition or Redistribution? Changing perspectives on the Moral Order of Society*, 43-55, <https://doi.org/10.1177/02632760122051779>.

- Honneth, A. (2004). "Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice". *Acta Sociológica*, 47 (4), 351-364. Retrieved from <http://www.jstor.org.proxy.library.nd.edu/stable/4195052>.
- Honneth, A. (2007). *Reificación: Un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires. Katz.
- Honneth, A. (2009). *Crítica del poder: Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad* (Teoría y crítica n° 23) (Spanish Edition). Antonio Machado Libros. Edición de Kindle.
- Honneth, A. (2012). *The I in We*. Cambridge. Polity Press.
- Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad*. Buenos Aires. Katz.
- Honneth, A., & Farrell, J. (1997). "Recognition and Moral Obligation". *Social Research*, 64 (1), 16-35. Retrieved December 4, 2020, from <http://www.jstor.org/stable/40971157>.
- Honneth, A. & Fraser, N. (2006). *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid. Morata.
- Honneth, A. & Markle, G. (2004). "From Struggles for Recognition to a Plural Concept of Justice: An Interview with Axel Honneth". *Acta Sociológica*, 47 (4), 383-391, <http://www.jstor.org.proxy.library.nd.edu?url=https://www.jstor.org/stable/4195052>.
- Islam, G. (2012). "Recognition, Reification, and Practices of Forgetting: Ethical Implications of Human Resource Management". *Journal of Business Ethics*, 111 (1), 37-48, <https://doi.org/10.1007/s10551-012-1433-0>.
- Jay, M. (1989). *La imaginación dialéctica: Historia de la Escuela de Frankfurt y el Instituto de Investigación Social 1923-1950*. Madrid. Taurus.
- Jeffries, S. (2017). *Grand Hotel Abyss: The Lives of the Frankfurt School*. Scotland. Verso.
- Jütten, T. (2015). "Is the Market a Sphere of Social Freedom?" *Critical Horizons*, 16 (2), 187-203, <https://doi.org/10.1179/1440991715Z.00000000047>.
- Klikauer, T. (2015). *Hegel's Moral Corporation*. Palgrave Macmillan UK, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/ndlib-ebooks/detail.action?docID=4082301>.
- Lysaker, O. (2017). "Institutional Agonism: Axel Honneth's Radical Democracy". *Critical Horizons*, 18 (1), 33-51, <https://doi.org/10.1080/14409917.2017.1275168>.
- McNay, L. (2008). "The Trouble with Recognition: Subjectivity, Suffering, and Agency". *Sociological Theory*, 26 (3), 271-296, <https://doi.org/10.1111/j.1467-9558.2008.00329.x>.
- McNay, L. (2015). "Social Freedom and Progress in the Family: Reflections on Care, Gender and Inequality". *Critical Horizons*, 16 (2), 170-186, <https://doi.org/10.1179/1440991715Z.00000000046>.
- North, D. (1995). *Las instituciones, el cambio institucional, el desempeño económico*. México. FCE.
- Okochi, T. (2012). "Freedom and Institution: Theory of Justice as Hegelian 'Sittlichkeitslehre' in a Honneth's 'Das Recht der freiheit'". *Hitotsubashi Journal of Social Studies*, 44 (1), 9-19, [www.jstor.org/stable/43294600](http://www.jstor.org/stable/43294600).
- Petersen, A. y Willig, R. (2002). "An interview with Axel Honneth: The Role of Sociology in the Theory of Recognition". *European Journal of Social Theory*, 5 (2), 265-277, <https://doi-org.proxy.library.nd.edu/10.1177/13684310222225441>.

- Roberts, N. (2009). *Recognition, Power, and Agency: The Recent Contributions of Axel Honneth to Critical Theory*. 37 (2), 296-309, <https://doi.org/10.1177/0090591708329653>.
- Schmitz, V. (Ed.). (2019). *Axel Honneth and the Critical Theory of Recognition*. Palgrave Macmillan, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-91980-5>.
- Van Leeuwen, B. (2007). "A Formal Recognition of Social Attachments: Expanding Axel Honneth's Theory of Recognition". *Inquiry*, 50 (2), 180-205, <https://doi.org/10.1080/00201740701239897>.
- Wiggershaus, R. (2011). *La Escuela de Fráncfort*. México. FCE.
- Zúñiga, L. A. & López, H. V. (s. f.). "La teoría del reconocimiento de Axel Honneth como teoría crítica de la sociedad capitalista contemporánea". *Reflexión Política*, 20 (39), 263-280, <https://www.redalyc.org/jatsRepo/110/11058501016/html/index.html>.
- Zurn, C. F. (2005). "Recognition, Redistribution, and Democracy: Dilemmas of Honneth's Critical Social Theory". *European Journal of Philosophy*, 13 (1), 89-126, <https://doi.org/10.1111/j.0966-8373.2005.00223.x>.

**DERECHO Y REALIDAD,  
UNA “LÍNEA ARBITRARIA”.  
A PROPÓSITO DE LAS PREPERSONAS  
DE PHILIP DICK**

**Guillermina Federik**

Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: [gui.federik@gmail.com](mailto:gui.federik@gmail.com)

Recibido: 5 de noviembre de 2020

Aprobado: 4 de febrero de 2021

**Para citar este artículo:**

Federik, G. (2021). “Derecho y realidad, una ‘línea arbitraria’.  
A propósito de las prepersonas de Philip Dick”.

*Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 157-181

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.157-181>

**Resumen:** A un año del fallo *Roe vs. Wade* y con la intención de demostrar sus errores, Philip Dick creó una distopía en la cual, por una ley del Congreso, los niños de hasta doce años de edad son pre-personas, por lo que pueden ser abortados. La ley, entonces, inventó una nueva categoría de seres –prepersonas– inferiores a los otros humanos –personas. Pero ¿puede una ley establecer categorías ontológicas entre los seres humanos? El Derecho, ¿puede crear o inventar la realidad? ¿Existe alguna relación entre Derecho y realidad? Estos interrogantes se responderán a medida que el autor nos descubre su concepto de realidad, de Derecho y de hombre que subyacen en toda su obra.

**Palabras clave:** Pre-personas, Philip Dick, Filosofía del Derecho, Aborto, Derecho y realidad.

## **Law and Reality, an “Arbitrary Line”. Regarding the Pre-Persons by Philip Dick**

**Abstract:** Just a year after the *Roe v. Wade* case and in order to demonstrate its mistakes, Philip Dick published a dystopian story where Congress decides that 12-year-old children are “pre-persons”, and therefore can be legally aborted. The law, then, created a new category of human beings –prepersons– inferior to other human beings –persons. But, can law determine ontological categories between human beings? Can law create or shape reality? Is there any relationship between law and reality? These questions will be answered gradually as the author reveals to us his concept of reality, law and humanity that informs all of his work.

**Keywords:** *Pre-persons, Philip Dick, Philosophy of Law, Abortion, Law and Reality.*

## **Legge e realtà, “una linea arbitraria”. Per quanto riguarda i pre-persone di Philip Dick**

**Sommario:** Appena un anno dopo il caso *Roe v. Wade* e per dimostrare i suoi errori, Philip Dick ha pubblicato una storia distopica in cui il Congresso decide che i bambini di 12 anni sono “pre-persone” e quindi possono essere abortiti legalmente. La legge, quindi, ha creato una nuova categoria di esseri umani –persone– inferiore agli altri esseri umani –persone. Ma la legge può determinare categorie ontologiche tra gli esseri umani? Può la legge creare o plasmare la realtà? *C’è qualche relazione tra legge e realtà? A queste domande verrà data risposta man mano che l’autore ci svela il suo concetto di realtà, diritto e umanità che informa tutto il suo lavoro.*

**Parole chiave:** Pre-persone, Philip Dick, Filosofia del Diritto, Aborto, Legge e realtà.

“Mirando al suelo, sin enfrenar a su madre, el muchacho dijo:  
—Yo no siento que ahora tenga alma. Me siento como siempre.  
—Es una cuestión legal —dijo decidida la mujer—”.  
(Dick, 2011, “Las prepersonas”).

## I. Introducción\*

En octubre de 1974, *The Magazine of Fantasy and Science Fiction* publicaba “The pre-persons” (“Las prepersonas”), de Philip K. Dick (1928-1982), un autor que, salvo mínimas excepciones, dedicó su vida a escribir obras de ciencia-ficción. Sin embargo, este relato corto, aun conservando la esencia del autor, constituyó no sólo una excepción a su estilo, sino también la incursión en un género particular: la distopía.

Editado a tan sólo un año del famoso caso *Roe vs. Wade* (1973), el relato parece utilizar la distopía como una herramienta, como un medio para poder expresar las funestas consecuencias y la irracionalidad del aborto a través de la amplificación de las ideas y argumentos que rodearon al fallo.

Aun cuando este propósito, de por sí, despierta un indudable interés, Philip Dick no deja de introducir también, tal vez por la cercanía de la temática, las dos preguntas que, cual hilos conductores, atraviesan todas sus obras: ¿Qué es la realidad? ¿Qué es el hombre?<sup>1</sup>

Ahora bien, cuando el autor introduce su interrogante sobre la realidad, plantea asimismo otros: ¿existe la verdad?; al Derecho, ¿le interesa?; ¿cuál es la relación entre Derecho y verdad? Por su parte, cuando debate sobre la esencia del hombre, automáticamente, nos inserta en la cuestión jurídica central de la obra: el Derecho, ¿puede crear realidad?, ¿la puede inventar?

Así como “Las prepersonas” fue inspirado en la problemática del aborto suscitada, en gran medida, por un caso judicial, este artículo intentará analizar, desde la obra literaria, los problemas filosófico-jurídicos que plantea.

\* La autora publica este trabajo en el marco del Proyecto de Investigación “Principales problemas de justicia y su solución en la literatura universal”, dirigido por el Dr. Siro M. A. De Martini. Programa Ius - Acreditación de Proyectos de Investigación Jurídica. Investigación jurídica aplicada. Facultad de Derecho. UCA. Convocatoria 2019-2021.

1 El mismo autor declaró: “No puede decir que sea una autoridad en nada, pero puede decir honestamente que determinados temas me fascinan, y que escribo sobre ellos todo el tiempo. Los dos temas básicos que me fascinan son ‘¿Qué es la realidad?’ y ‘¿Qué constituye el auténtico ser humano?’. Durante los veintisiete años en los que he publicado novelas e historias he investigado estos dos temas interrelacionados una y otra vez. Los considero temas importantes”. Dick, P. K. (2018b). “Cómo construir un universo que no se derrumbe dos días después”. En Kike, G. (Trad.). *Las pre-personas*. Biblioteca otras puertas, 202-204 (trabajo original publicado en 1978).

Sobre estas bases, conviene analizar, en primer lugar, el interrogante más temprano que introduce el autor en su obra, el cual será, también, el comienzo del camino que creó para responder a los restantes: ¿Qué es la realidad?

## II. Deseo y realidad

“Sucede de vez en cuando’, escribió T. S. Eliot, ‘que un poeta, por algún extraño accidente, expresa el pensamiento de su generación al mismo tiempo en que está expresando sus propias ideas que son, por el contrario, muy diferentes a las de su generación’<sup>2</sup>. Samuel Umland introduce a Philip Dick utilizando estas palabras, lo cual es indudablemente acertado si se tiene en cuenta la historia personal del autor.

Nació el 16 de diciembre de 1928 en Chicago, Illinois, Estados Unidos y desde pequeño, debido a que su padre era Marine, se interesó por las dos grandes Guerras Mundiales, a través de las cuales tomaría contacto con la cultura alemana; en especial, con sus autores escépticos. En consecuencia, su pensamiento se verá influenciado por el “escepticismo filosófico” que fue uno de “los más profundos y duraderos efectos de la guerra fría”<sup>3</sup>.

Se ha dicho que el escepticismo filosófico suele tener una función “despertadora”, “despabiladora”, que llama a la argumentación<sup>4</sup>. La propuesta escéptica “[...] cuestiona radicalmente la posibilidad de una fundamentación del conocimiento, o la viabilidad de una explicación de las condiciones y principios que hacen posible el conocimiento de objetos”<sup>5</sup>. Se podría decir, entonces, que este pensamiento filosófico cuestiona la posibilidad del hom-

2 “It happens now and then’, T. S. Eliot wrote, ‘that a poet by some strange accident expresses the mood of his generation, at the same time that he is expressing a mood of his own which is quite remote from that of his generation’”. La traducción de este fragmento de texto y de los próximos a utilizar –con excepción de la obra principal y de los que oportunamente se aclararán– es nuestra. Umland, S. J. (1995), “Introduction”. En Umland, S. J.; Freedman, C.; Easterbrook, N.; Wessel, K.; Palmer, C.; Wolk, A.; Umland, R. A.; Rickman, G.; Abrash, M.; Jakaitis, J.; Feehan, M. *Philip K. Dick: Contemporary Critical Interpretations*. Connecticut. Greenwood Press, 1.

3 Así lo expone Umland Samuel, al decir: “Dick himself claimed that he inherited the left-liberal, anti-authoritarian politics of the Berkeley milieu, but he also, and perhaps most importantly, inherited the philosophical skepticism that has been one of the more profound and lasting effects of the cold war”.

4 “Se le ha solido atribuir al escepticismo filosófico moderno un papel desafiador y una función despertadora, activadora de la argumentación filosófica”. Hoyos, L. E. (2001). *El escepticismo y la filosofía trascendental: estudios sobre el pensamiento alemán a fines del siglo XVIII*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, pp. 112-113.

5 Hoyos. Ob. cit., 115.



bre de conocer la realidad. Una realidad que, sin embargo, estamos llamados a conocer... que experimentamos de forma inevitable.

Desde esa profunda experiencia de la realidad va a partir el autor en “Las prepersonas”, a través de la utilización de múltiples imágenes sensoriales y de la empatía con uno de los sentimientos más arrolladores: el miedo.

Walter, un niño que ya cumplió los doce años, está escondido entre medio de las zarzamoras deseando ser invisible para que el camión de los abortos no lo lleve.

Vive en un país donde, según una ley del Congreso, el alma ingresa al cuerpo a los doce años –cuando se aprende a formular ecuaciones algebraicas–, por lo que hasta el décimo segundo cumpleaños, el niño es una prepersona.

Aunque parece una mera cuestión terminológica, el no ser considerado persona permite a los padres elegir si quieren a sus hijos –en cuyo caso, deben completar la Declaración Formal de Deseabilidad– o llamar al “camión de los abortos” para que lo trasladen al Servicio Comunal. Una vez allí, dentro del plazo de un mes, una familia podrá adoptarlo y si nadie lo hace, los médicos le aspiran el aire de los pulmones<sup>6</sup>.

Walter escucha la sirena del camión de los abortos con espantoso terror. Teme, primeramente, por sí mismo, pero también por cualquiera de los chicos que pudiera venir a buscar.

Aunque ya cumplió los doce años de edad que la ley establece como límite, corre a ocultarse entre las zarzamoras:

“Soy invisible”, murmuró en voz baja, recitando las palabras que había aprendido en el quinto grado de la escuela, y que pertenecían a *Sueño de una noche de verano*.

Después de eso nadie podría verlo. Quizá era cierto, quizá la frase mágica servía en la vida real, de modo que la repitió otra vez:

“Soy invisible”<sup>7</sup>.

No es casualidad que el autor introdujera, inicialmente, *Sueño de una noche de verano*, de Shakespeare, dado que, en lo más profundo, las dos obras posicionan a los hombres en un mismo lugar: aquel donde el deseo y la realidad se confunden.

6 Dick, P. K. (2011). “Las prepersonas”. En Gandolfo, E. E. (Dir.); Pestarini, L. (Trad.). *La mente Alien*. Buenos Aires. Ediciones Colihue S.R.L, 192 (trabajo original publicado en 1974).

7 Otra traducción posible es: “*Soy invisible*, se dijo, una línea que aprendió en una puesta teatral en quinto grado de *Sueño de una noche de verano*, una línea de Oberón, a quien había interpretado. Tal vez ahora fuera verdad. Puede que la magia funcione en la vida real, se dijo una y otra vez. *Soy invisible*”. Dick, P. K. (2011). “Las prepersonas”. Ob. cit., 188. Dick, P. K. (2018a). “Las prepersonas”. En Quintero, G. (Trad.). *Las pre-personas*. Biblioteca otras puertas, 5 (trabajo original publicado en 1974).

En efecto, Oberón –que es el Rey de las Hadas– puede con su magia obrar y modificar la realidad a su gusto. Sin embargo, cuando pretende ejercer su poder en el mundo de los humanos, establece, para sí mismo, un límite insoslayable: la verdad.

Demuestra, de este modo, que la “realidad” y la “fantasía” no pueden o, mejor dicho, no deben confundirse. Mientras que en el mundo de las hadas todo es posible, entre los hombres, la magia cumple una función instrumental, ya que busca encausarlos en lo verdadero y lo correcto.

Walter, entonces, se hace eco de esa enseñanza que deja el personaje de Oberón implícitamente y, con esto, nos introduce a la idea que Philip Dick tiene sobre la realidad.

Como surge de la frase, la realidad va más allá del deseo; no es un fenómeno interior sino exterior que, por lo tanto, no dependerá de nuestras ideas y sentimientos. Por otra parte, también permite suponer, más no sea intuitivamente, que lo importante de la realidad es lo que en ella hay de verdad; en otras palabras, la verdad está en la realidad y es la razón por la cual ni la magia ni los deseos deben modificarla.

Walter sacude sus extremidades, saliendo al encuentro de su madre, encuentro que nos colocará en el centro del conflicto.

### III. Derecho o realidad

Llorando por el miedo que había sentido a que el camión de los abortos se lo llevase, sale caminando hacia su casa, donde se encuentra con su madre, Cynthia, que lo intenta animar diciéndole: “—Te prometí, en realidad tu papá y yo te prometimos, que nunca te enviaríamos al Servicio Comunal. Y además ya eres demasiado grande. Se llevan a niños que todavía no cumplieron los doce años”<sup>8</sup>; a lo que luego añade: “—Mira, ya tienes alma. La Ley dice que a los doce años un muchacho recibe su alma. Así que no puedes ir al Servicio Comunal. ¿Ves? Estás a salvo”<sup>9</sup>.

Sin embargo, Walter afirma: “—Yo no siento que ahora tenga alma. Me siento como siempre”. A lo que su madre contesta, decididamente: “—Es una cuestión legal. [...] Lo que te importa es que ya estás legalmente a resguardo, por mucho miedo que sientas. ¿Lo comprendes?”<sup>10</sup>. Tenía alma, ya no era una pre-persona.

8 Dick (2011). Ob. cit., 189.

9 *Ibidem*, 190.

10 *Ibidem*, 190.

Luego de lo cual, la madre le reprocha a su hijo que eso era algo que él ya sabía y que, a estas alturas, debería dejar de tener miedo. Pero Walter no pensaba igual: “Sé que no soy diferente, se decía a sí mismo, a dos años atrás, cuando era sólo un niño. Si ahora tengo alma, como dice la ley, entonces antes también la tenía. O tal vez nadie la tenga”<sup>11</sup>.

Walter oculta este razonamiento a su madre, porque le teme, porque percibe que es una más de aquellas personas que están a favor de que exista el Servicio Comunal y, principalmente, porque entiende que su madre actúa movida por un fundamento legal más que por amor. Y, tal vez, este ocultamiento sea la causa por la cual hijo y madre parecen tener una conversación coherente y, al mismo tiempo, en planos radicalmente distintos: Cynthia habla de Derecho, de ley; Walter, de realidad.

Este diálogo es el punto de quiebre de la obra a partir del cual la historia se dividirá entre aquellos que razonan la ley bajo la luz de la realidad y aquellos que razonan la realidad bajo la luz de la ley. Por ello, conviene detener la narración para analizar, más profundamente, su significado.

Dos cuestiones parecen saltar a la vista: en primer lugar, relación entre ley y realidad y, en segundo lugar, pero íntimamente unido a lo anterior, la función de la ley.

Como habíamos visto, en la obra se plantea una distopía basada, casi exclusivamente, en la existencia de un país cuyas normas establecen que se es una “pre-persona” hasta la edad de doce años, cuando ingresa el alma al cuerpo.

Walter comprende esa ley, pero aun así, teme. Debido, principalmente, a que esa norma tiene como fundamento el ingreso del alma al cuerpo, fenómeno que nunca experimentó aun siendo mayor de doce años.

El ejercicio que hace este niño, entonces, es el de constatar en la realidad aquello que dice la norma y, al no encontrar su realización en él, al no encontrarse un alma, desconfía de no seguir siendo una “pre-persona”, susceptible de ser llevada al Servicio Comunal.

Frente a esta situación –como vimos–, la madre le contesta, terminante: “Es una cuestión legal...”<sup>12</sup>. Es notable que no le brinde ninguna explicación por la cual su alma ingresó al cuerpo, como, por ejemplo, que ya puede realizar ecuaciones algebraicas<sup>13</sup> o que, por su forma inmaterial, muy difícilmente pueda haber notado que había ingresado su alma; ella simplemente hace referencia a la ley. La norma, según Cynthia, puede contestar mejor que todo lo antedicho al planteo de su hijo. Esto es así por cuanto en

11 *Ibidem*, 191.

12 *Ibidem*, 190.

13 *Ibidem*, 191.

el fondo lo que le está diciendo es: si el alma ingresó o no a tu cuerpo no es una cuestión sensible, es una cuestión jurídica; es así no porque la realidad así lo demuestre sino porque la ley así lo dice.

Mientras Walter le plantea una experiencia, el no poder verificar en la realidad ningún indicio de haber dejado de ser “pre-persona”, Cynthia le plantea una cuestión jurídica. Y es, exactamente, en este punto, donde el autor introduce la funcionalidad de la ley.

Es conveniente volver a sopesar un aspecto: para el niño, la realidad es fundamento de la norma hasta tal grado que, si no surge de la realidad aquello que dice, si no se verifica el hecho más allá de las palabras de la ley, esta es falsa. Entonces, por lo visto, la realidad hace a su veracidad. En síntesis, Walter no sólo reconoce la existencia de un mundo más allá de la ley, sino que, sospecha, que entre este y aquella puede no haber ninguna conexión.

Para la madre, por el contrario, la norma tiene la capacidad de poder determinar el acaecimiento o no de un fenómeno externo que, por lo tanto, ya no dependería de las leyes de la naturaleza sino del mundo jurídico. En otras palabras, la ley puede regular y modificar toda la realidad. En este momento es cuando se hace clara la función de la ley que plantea el escritor.

Por lo pronto, queda de manifiesto, mediante el pensamiento de Cynthia –que es el del común de las personas en esa sociedad–, que la ley tiene la posibilidad de ir más allá de la realidad para encausarla y regularla a su gusto.

Philip Dick mostrará con mayor claridad el poder de una ley entendida como lo hacía Cynthia, recorriendo los argumentos tanto a favor como en contra del aborto. Para llevarlo a cabo, se servirá, principalmente, de aquellos fundamentos a los cuales se refirió la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso *Roe vs. Wade*, sentencia que fue su fuente de inspiración para escribir esta historia.

#### IV. El fallo *Roe vs. Wade*

Walter quedará momentáneamente en segundo plano, mientras que Ed Gantro se presenta como el opositor al aborto, revelándose contra el sistema. Dicho lo cual, conviene resaltar, más no sea brevemente, sus hazañas.

El camión de los abortos había seguido su recorrido. Esta vez, para llevarse a un niño –Earl Fleischhacker–, una prepersona no “deseada” por sus padres. De pronto, el conductor divisó a un niño que salía corriendo, queriéndose ocultar: “El niño tenía un aspecto famélico, como muchos vagabundos, pero, por otro lado, llevaba anteojos”<sup>14</sup>. Cuando el oficial Ferris le

14 *Ibidem*, 197.

preguntó si tenía su carné de deseabilidad, el niño –Tim– le contestó que no. Costaba más caro de lo que sus padres podían pagar<sup>15</sup>.

Ed Gantro, papa de Tim, espetó al ver que el oficial se lo iba a llevar por no tener su carné: “—Estas leyes de aborto posparto y las anteriores donde los nonatos no tenían derechos legales deberían ser extirpadas como un tumor. Mire adónde hemos llegado. Si se puede matar a un feto sin un proceso legal, ¿por qué no a uno que ya nació? Lo que me parece que tienen en común ambos casos es la impotencia. El organismo asesinado no tiene oportunidad, para protegerse. ¿Sabe qué? Quiero que también me lleve a mí en la parte trasera del camión con los tres niños”<sup>16</sup>.

Ferris le contesta que eso sería imposible porque las leyes del Congreso habían establecido que a partir de los doce años el alma ingresa al cuerpo y se es persona, por lo que llevarlo al Servicio Comunal sería un crimen.

“—No tengo alma —dijo el padre de Tim—, cumplí doce años y no sucedió nada. Lléveme a mí también, a menos que pueda encontrar a mi alma”<sup>17</sup>. No pudiendo Ferris hacerse cargo de tal tarea, decide comunicarse con las autoridades que autorizan el traslado de este hombre de aproximadamente treinta años.

Ed Gantro, que si bien había jurado no saber hacer operaciones algebraicas, había estudiado matemáticas en la Universidad de Stanford, desconcertará a las autoridades del lugar que, finalmente, lo liberarán a él y a los restantes niños.

Sin embargo, lo más interesante sucede dentro del camión camino al Servicio Comunal: allí podremos escuchar los verdaderos argumentos detrás de la ley.

El padre de Tim dice, más como un pensamiento en voz alta que como un deseo de iniciar una conversación: “*¿Cuándo entra el alma en el cuerpo?*”. Pero ¿qué tipo de pregunta racional es ésta en estos tiempos? Parece el medioevo”<sup>18</sup>. Efectivamente, en el fallo *Roe vs. Wade*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos había recorrido históricamente esta pregunta en base al pensamiento de la Iglesia Católica, concluyendo que “estas

15 De esta manera, Philip Dick incorpora a las pre-personas una nueva categoría de niños: los “no deseados socialmente” en razón de ser pobres, lo cual se logra a través de poner un costo al carné de deseabilidad. En estos casos, el amor que tengan sus padres por el niño es irrelevante puesto que está supeditado al cumplimiento del requisito económico que la sociedad ha impuesto para quererlo. En suma, para conservar a su hijo no basta con desearlo, sino que el padre debe además poder pagar el “precio” que la sociedad puso a su vida. Consecuentemente, podría decirse que las pre-personas se reducen ontológicamente, existencialmente, a un costo.

16 Dick (2011). Ob. cit., 202.

17 *Ibidem*.

18 La letra en bastardilla pertenece al original. Dick (2011). Ob. cit., 213.

disciplinas [filósofos, teólogos, derecho canónico] abordaban diversamente la cuestión en términos del punto en el cual el embrión o feto se ‘formaba’ o era reconocible como humano, o en términos de cuando una ‘persona’ comenzaba a existir, es decir, era infundida con un ‘alma’ [...]” (*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, p. 133)<sup>19</sup>. De lo que concluirá, teniendo en cuenta el cambio de criterio que supuestamente hubo al respecto<sup>20</sup>, que no puede llegarse a una determinación firme de la misma. Sin embargo, Philip Dick responderá, en boca de su personaje: “La Iglesia hacía mucho que sostenía, en realidad desde sus principios, que el cigoto y el embrión en que se convertía, eran una forma de vida sagrada como cualquiera que anduviera sobre la tierra”<sup>21</sup>.

Ed Gantro seguirá pensando: “Un embrión no goza de los derechos constitucionales estadounidenses, así que se lo puede matar legalmente, a través de un médico. Pero un ‘feto’ era una persona con derechos, al menos lo fue durante un tiempo”<sup>22</sup>.

Lo dice, claramente, haciendo referencia al considerando de la Suprema Corte estadounidense en el que, como uno de sus argumentos principales, esgrime que si bien “el apelado y ciertos *amici* argumentan que el feto es una ‘persona’ dentro del lenguaje y el significado de la Decimocuarta Enmienda”<sup>23</sup>, el apelado no podía “[...] citar ningún caso en el cual se sostenga que un feto

19 “These disciplines variously approached the question in terms of the point at which the embryo or fetus became ‘formed’ or recognizably human, or in terms of when a ‘person’ came into being, that is, infused with a ‘soul’ or ‘animated’”.

20 En efecto, la Corte Suprema dirá: “The Aristotelian theory of ‘mediate animation’, that held sway throughout the Middle Ages and the Renaissance in Europe, continued to be official Roman Catholic dogma until the 19th century, despite opposition to this ‘ensoulment’ theory from those in the Church who would recognize the existence of life from the moment of conception. The latter is now, of course, the official belief of the Catholic Church”. (*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, pp. 160-161). Sobre el tema ver Pangallo, M. (2008). “El pensamiento de Santo Tomás sobre el embrión humano”. En Pontificia Academia Pro Vita (Ed.). *El embrión humano en la fase de preimplantación*. Madrid. BAC, 114-140.

21 Dick (2011). Ob. cit., 215.

22 *Ibidem*, 214.

23 La Decimocuarta Enmienda, Sección Primera, establece: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado donde residan. Ningún Estado dictará o hará cumplir ninguna ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado podrá privar a nadie de su vida, su libertad, o su propiedad, sin un debido proceso legal; ni podrá negar a ninguna persona que esté en su jurisdicción la igualdad en la protección de la ley”. Para conocer otra posible traducción, Grau, L. (2010). *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas 1787-1992, edición bilingüe*. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid, 185). Para ver la Decimocuarta Enmienda de los Estados Unidos en el idioma original, ir a Garcia, M. J.; Lewis C. D.; Nolan, A.; Totten, M. y Tyson, A. (Eds.). (2017). *Constitution of the United States of America: Analysis, and Interpretation - Centennial Edition - Interim*. Washington. U.S. Government Publishing Office, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-2017/pdf/GPO-CONAN-2017.pdf>, 1839.

es una persona en el sentido de la Decimocuarta Enmienda” (*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, p. 157)<sup>24</sup>. La Corte verifica que si bien esta enmienda utiliza la palabra “persona”, nunca la define y en todos los casos donde dicha norma es empleada, “solo tiene aplicación posnatalmente” (*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, p. 157)<sup>25</sup>. A lo que seguirá diciendo: “Todo esto, junto con nuestra observación, *supra*, de que a lo largo de la mayor parte del siglo XIX las prácticas de aborto legal imperantes eran mucho más libres de lo que son hoy, nos persuade de que la palabra ‘persona’, tal como se utiliza en la Decimocuarta Enmienda, no incluye al nonato” (*Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 113, p. 158)<sup>26</sup>.

Por supuesto que la Corte podría haber sido el primer tribunal estadounidense en abarcar con el término “persona” a los no-natos. De este modo, por vía puramente nominal, el Tribunal termina creando dos categorías de seres humanos: los ya nacidos –y, por tanto– “personas” y los aún no nacidos.

Lo cual supone una idea de lo más atractiva desde el punto de vista filosófico jurídico: el Derecho, ¿puede crear una nueva categoría de seres –como las “pre-personas”–? O, en sentido más amplio, el Derecho, ¿puede crear realidad?

El autor aborda esta cuestión a través de sus consecuencias, esto es, de forma indirecta. Sin embargo, lo hace de manera tal que, aunque colateralmente, resulta verdaderamente iluminador; máxime cuando se constata que, a medida que va planteando las consecuencias de la irracionalidad de la ley, una ley que determina –crea– realidad, empieza a esbozar una pregunta mucho más profunda: ¿qué es el hombre?

De la mano de su obra, seguiremos recorriendo los restantes argumentos y adentrándonos en este atrayente interrogante.

## V. Un hombre vive, un mundo muere. La arbitrariedad

Al conductor del “camión de los abortos” –Ferris– no le fue sencillo hacer subir a Tim y a Ed Gantro. Tuvo que amenazar, demostrar su autoridad,

24 “[...] the appellee conceded on reargument that no case could be cited that holds that a fetus is a person within the meaning of the Fourteenth Amendment”.

25 La Corte sostendrá: “The Constitution does not define ‘person’ in so many words. Section 1 of the Fourteenth Amendment contains three references to ‘person’. [...] But in nearly all these instances, the use of the word is such that it has application only postnatally”. (*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, p. 157).

26 “All this, together with our observation, *supra*, that, throughout the major portion of the 19th century, prevailing legal abortion practices were far freer than they are today, persuades us that the word ‘person’, as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn”.

consolar y hasta intentar disuadirlos. Para lo cual utilizó varios argumentos, muchos de ellos especialmente significativos, ya que fueron ideas que rodearon la polémica del aborto durante la época en que Philip Dick escribió esta historia.

“—Como se están agotando la energía y los combustibles [...] se hace necesario que la población decrezca radicalmente. O dentro de diez años ya no habrá alimentos para nadie”; a lo que añadió: “—¿Y cuál es la diferencia entre un feto de cinco meses y lo que aquí tenemos? [Haciendo referencia a los niños dentro del camión] —continuó diciendo Ferris—. En ambos casos tenemos un niño no deseado”<sup>27</sup>.

Esta imagen del mundo que se expresa a través del personaje sugiere una mirada pesimista, una imagen exterior de agotamiento e insuficiencia, de un mundo que se apaga, rápidamente, vorazmente. La naturaleza usualmente se presenta con la idea de fecundidad, es madre... sin embargo, el conductor no habla, ni siquiera, de un mundo que crece de forma insuficiente sino de un planeta que muere. Lo cual coloca al hombre en una situación angustiante: el entorno que lo envuelve está en peligro y lo pone en riesgo de matarlo, en este caso, de hambre. Cuantas más son las personas, menos bienes poseen cada uno, hasta que no haya “alimentos para nadie”. Cuando él contempla su realidad no hay orden ni armonía, no es un mundo que alienta a la vida. Es entendible, en ese entorno, que se sienta llamado a intervenir radicalmente. Sin embargo, la inspiración de sus decisiones no será en un ambiente fructífero, feliz, generoso, sino, por el contrario, un ambiente desalentador, proclive a la muerte<sup>28</sup>.

Empero, introduce una idea llamativa, sobre la que, más tarde, Ed Gantro formulará sus posiciones: ¿qué diferencia hay entre una “pre-persona” y una persona?, que llega hasta el punto de cuestionar ¿qué diferencia hay entre las mismas “pre-personas”? ¿Por qué algunas pueden gozar de una familia y otras deben ser “eliminadas”? Al parecer, porque así lo desean sus padres. El autor sugiere, de esta forma, una noción de deseo que trasciende la esfera privada y se vuelve medida, criterio de justicia, para decidir sobre la vida o muerte de otros.

No es una cuestión menor advertir que si un niño es amado por sus padres, entonces más allá de la falta de alimentos o de la necesidad de un decrecimiento poblacional, el mundo le tendrá que hacer un lugar. La vida o la muerte es una cuestión de amor, pero un amor entendido como deseo, lo cual no es, ciertamente, lo mismo.

<sup>27</sup> Dick (2011). Ob. cit., 201.

<sup>28</sup> Esta visión del planeta puede relacionarse con el “informe Kissinger” (National Security Council, 1974).



“—¿Usted está de acuerdo con estas leyes? —dijo el padre de Tim, levantando la mirada hacia él.

—Bien, eso lo decidieron en Washington y lo que hagan tendrá que resolver nuestras necesidades en estos días de crisis —dijo Ferris—. Yo sólo hago cumplir los edictos. Si la Ley cambiara... bien, tendré que llevar cartones de leche vacíos para que los reciclen y todos seríamos igual de felices”<sup>29</sup>.

Resuenan las palabras de Cynthia: es una cuestión legal. Pero en la última frase del conductor del “camión de los abortos”, parece esconderse una consecuencia de esta ley creadora de realidad: según lo que se decidió, lo que dice la norma, un niño hasta los doce años de edad es una “pre-persona” que, si no tiene su carné de “deseabilidad”, puede ser llevado al Servicio Comunal, pero si mañana cambia la ley, “tendré que llevar cartones de leche vacíos para que los reciclen y todos seríamos igual de felices”<sup>30</sup>.

No hay un límite más allá de la norma, una razón inamovible por la cual la ley debe ser como es y no de otra manera. Todo depende de una decisión legislativa, fundada, por lo visto, en el deseo de los padres y en la conveniencia de reducir la población mundial por la escasez de recursos.

No se busca llegar a la verdad, a un principio absoluto, incommovible, sobre el cual fundar una ley. No sólo no parece existir, ni siquiera se busca. Los fundamentos son la necesidad —que más bien se presenta como una exageración de un miedo a tener menos que a no tener— y el deseo. Razones egoístas que surgen del interior del hombre y que se intentan llevar hasta su realización exterior, veremos, luego, a pesar de sus tristes consecuencias. Son una fuerza interior ilimitada, no sujeta a ningún valladar, sumado a una mirada de la realidad acotada, egoísta, disvaliosa, las razones por las cuales se legisló aquella ley que él tanto defiende y que, si mañana cambiara, tanto así dejaría de defender.

Una vez que todos estuvieron arriba del camión de los abortos, Ferris siguió meditando estas ideas en su cabeza, hasta llegar a una conclusión razonable —dados los presupuestos de los cuales parte— pero, también, sorprendentemente honda: “Cuatro conejos locos saltando en el camino [...]. La gente contamina el medio ambiente natural. ¿Cómo sería esta parte del país antes de que llegara el hombre? Bien, pensó, con el aborto posparto teniendo lugar en cada condado de los Estados Unidos podremos ver nuevamente ese día. Podremos ponernos de pie y una vez más ver una tierra virgen.

Nosotros, pensó. Pero sospecho que no habrá un nosotros. Grandes computadoras inteligentes [...] van a examinar el paisaje con sus microcámaras y lo encontrarán muy placentero.

29 Dick (2011). Ob. cit., 201.

30 *Ibidem*.

Ese pensamiento no le levantó el ánimo”<sup>31</sup>.

Quería una tierra nueva para un “nosotros” futuro, pero al parecer, no para uno humano. El aborto iba a traer un mundo con bienes suficientes, de los cuales se serviría una población “robótica” que, seguramente, no los necesita.

El escritor sugiere ideas de la ciencia ficción, su género predilecto, y al hacerlo invita a una pregunta: un mundo mejor, pero ¿para quién? Ferris hubiera querido que fuera para los hombres, pero lo duda porque las ideas que se utilizan para llevarlo a cabo suponen la aniquilación de esos deseados habitantes futuros. Un nuevo mundo para el hombre del mañana, un hombre quizás inexistente, o sin corazón, como una máquina.

Aquí yace el primer fundamento humano de las ideas de nuestro autor: la felicidad del hombre debe orientar el fin de todas nuestras acciones. No se habla de una humanidad futura, abstracta, lejana y hueca. Debemos construir un mundo para un hombre ¡vivo!

Todo lo dicho cobrará especial sentido cuando veamos las reflexiones de Ed Gantro. Sin embargo, primero debemos dialogar con Cynthia.

## VI. Los límites de la injusticia: la humanidad

Cynthia se presenta no sólo como un personaje paradigmático dentro de la historia sino, veremos luego, como la encarnación de la sociedad y de todas las personas pro-aborto; en especial, las madres. Desde esta perspectiva, se pueden apreciar todos los atributos e ideas que el autor le hace hacer, decir, pensar y obrar. Conviene, entonces, ir desenvolviéndolos lentamente.

Ella le dice a su esposo que quiere tener un aborto: “[...] para mujeres en los primeros meses del embarazo, sólo cuesta cien dólares [...] ¡El precio de diez litros de nafta! Y uno puede hablar durante horas de ello con prácticamente todo el mundo con el que se cruce”<sup>32</sup>.

Ian Best, el papá de Walter, la escucha atentamente y habiéndose enterado de toda su idea —la cual incluía conservar el embrión en un frasco de color— responde: “—¿No sabes que hay gente que quiere tener un niño? ¡Incluso un torpe niño ordinario? [...]”<sup>33</sup>.

“—Es un fastidio —dijo Cynthia—. Por ejemplo, hoy llegó Walter asustado porque había visto pasar el camión del aborto. Es un fastidio tener que hacerse cargo de él. Para ti es fácil, porque estás trabajando todo el día. Pero yo [...]”<sup>34</sup>.

31 *Ibidem*, 204.

32 *Ibidem*, 205.

33 *Ibidem*, 206.

34 *Ibidem*.

El escritor nos introduce, primeramente, al personaje: una mujer casada, con un niño a su cuidado todo el día. Pero inmediatamente, resalta dos aspectos de ella que formarán su individualidad.

Primeramente, y de una forma muy violenta, ella se introduce en la historia sosteniendo e incentivando las ideas de “prácticamente todo el mundo”, lo cual nos lleva a la conclusión de que sus estructuras de pensamiento son, en realidad, las del promedio de la gente. Desde esta perspectiva, parece como si el autor la hubiese camuflado con el resto del mundo, como una más; sin embargo, inmediatamente le dará una singularidad muy marcada.

Sin introducirnos en el poco ejercicio de la paternidad que le reprocha a Ian o en la falta de compasión que tiene por su hijo, Cynthia mostrará en la contestación al papá de Walter una marcada tendencia egoísta, poniéndose primera en todas las circunstancias: no mira el sufrimiento de su hijo, ni valora el esfuerzo de su esposo; simplemente y únicamente, habla de ella.

La conclusión se volverá a verificar en una pintoresca situación posterior, cuando Ian Best habla con su hijo de escaparse a otro país y Cynthia lo escucha.

“—¿Otra vez tienes la fantasía de huir? —dijo Cynthia, contemplándolo.

—Los dos —interrumpió Walter—. Papá me llevará con él.

—¿A dónde? —dijo Cynthia.

—A cualquier lugar donde nos puedan llevar las vías del Amtrak —dijo Ian.

—¿Y qué [...] se supone que voy a hacer yo cuando se hayan ido? [...] ¿Cómo me las arreglaré con las cuentas [...]?”<sup>35</sup>.

No pasa inadvertido el rechazo que Ian Best siente por su esposa pero, contemplando sus próximas palabras, se advierte que no la odia a ella como persona sino como representación de los restantes dos aspectos del personaje delineados por Philip Dick.

Cynthia también encarna a la sociedad toda, pero no de cualquier manera, sino que el autor, haciendo uso de sus habilidades en la ciencia ficción —en lo que suele incurrir cuando quiere introducir un pensamiento personal—, nos traerá una divertida y exagerada representación de la sociedad como un monstruo.

“—Podrías venir con nosotros —dijo Ian [a su esposa]— y atrapar peces zambulléndote en la Bahía Inglesa, y luego los destrozarías con tus agudos dientes. Podrías reducir la población de peces de la Columbia Británica en una noche. Todos esos peces preguntándose vagamente qué estaba pasando [...] nadaban tranquilamente y de pronto [...] aparece el ogro, el monstruo

35 *Ibidem*, 209.

destructor de peces con un único ojo luminoso en el centro de la frente, que cae sobre ellos y los hace pedazos. [...]

—Pero papá —dijo Walter—, supongamos que no sobrevive ningún pez.

—Entonces todo habrá sido en vano —dijo Ian—, excepto para el placer personal de tu madre que habría eliminado especies enteras en la Columbia Británica, donde la pesca es la industria más importante, y muchas otras especies dependían de esta industria para sobrevivir.

—Pero entonces nadie en la Columbia Británica tendría trabajo —dijo Walter.

—No —dijo Ian—, rellenarán latas con peces muertos y se las venderán a los estadounidenses. Mira, Walter, en los viejos días, antes de que tu madre matara a mordiscones a todos los peces de la Columbia Británica, los lugareños simples se quedaban quietos junto al río con un palo en la mano, y cuando pasaba un pez se lo clavaban en la cabeza. Todo esto *creará* trabajo, no lo eliminará<sup>36</sup>.

Es un relato sumamente curioso y, asimismo, claro. Ya no se trata solamente de Cynthia, es evidente que una sola persona no podría “devorar todos los peces de la Columbia Británica”. El ogro con “un único ojo luminoso en el centro de la frente” parece hacer reminiscencia a esa lámpara frontal que utilizan los médicos para las cirugías que, en el caso del aborto, consiste —literalmente— en desmembrar a la criatura. Es un detalle importante el hecho de que ya no se refiere a “aspirarles el aire de los pulmones” como en el cuento, sino a lo que sucede en la realidad.

Sigue exponiendo un pensamiento muy parecido al que tiene Ferris al final: si sigue siendo así, especies enteras morirían; con la terrible consecuencia, en principio ficticia pero que podría ser real, de afectar otras especies que vivían de estas. Pero a la vez, la industria no se frenaría, se exportaría y habría más trabajo que antes. Este es, seguramente, el punto más interesante de la micro-historia: antes se pescaba, pero rústicamente, limitadamente.

De lo dicho se desprenden, al menos, dos líneas interpretativas posibles. En una lectura continuada podríamos decir que hace referencia a esos abortos realizados fuera de la ley cuando esta es prohibitiva y que, a comparación de lo que sucede cuando es legal, supone un menor número de casos o una intervención más clandestina, rústica. Pero también se podría pensar que en esta conclusión hace un giro radical y, dejando de utilizar la pesca

36 La letra en bastardilla pertenece al original. En cuanto a la frase “todo esto *creará* trabajo, no lo eliminará”, podría inferirse de la misma una alusión a las ganancias que genera la industria del aborto —legal o ilegal— y que no se limita a las transacciones sobre medicamentos o asistencia profesional, sino al negocio publicitario o clínicas privadas, etc. Dick (2011). Ob. cit., 209-210.

como sinónimo de práctica abortiva, cuenta cómo la misma naturaleza es la que elige, de forma simple y singular, uno a uno, caso por caso, qué embrión nacerá o no, qué pez saldrá del agua; esta imagen deja un cierto aroma, más no sea rudimentariamente, a un orden natural.

Aunque el tercer aspecto que el autor dibuja en Cynthia no ocupa un lugar primordial en su relato en cuanto a la extensión que le dedica, sí lo ocupa en cuanto a la importancia; hasta tal punto, que sólo a partir de esta perspectiva podemos conocer el corazón de Ian Best.

—Escúchame, Walt, te voy a decir algo. —Bebió un largo sorbo de escocés y leche—. Eso se llama *asesinato*. [...] Hay un tipo de mujeres que defienden todo esto<sup>37</sup>. Un rato más tarde, después de que la bebida ya le hubiera haya hecho efecto, piensa: “¿Dónde han ido a parar las virtudes maternas? [...]. Cuando las madres *específicamente* defendían a los más pequeños, débiles e indefensos<sup>38</sup>”.

Pero esos niños no son los únicos afectados ya que él mismo se siente impotente de poder defenderse, incapaz de poder escapar de lo que, como vimos, es en su mente un “monstruo”.

Irse a otro país se presenta como algo idílico, pero sólo es un sueño, probablemente irrealizable. De alguna manera, se siente atado a quedarse; es como un ser paralizado de miedo que ve una escena de terror frente a sus ojos pero su cuerpo no se aleja de allí. Desde esa perspectiva, es claro que, aunque hubiera tomado un camino hacia el lugar más opuesto del universo, de nada hubiera servido... no era cuestión de alejar su cuerpo sino su corazón.

Su mujer era, ante todo, una madre que había perdido aquello que le es más natural a una madre: amar a la criatura que tomó parte de su carne y que se alimentó con la bebida más cercana, verdaderamente, al corazón.

Philip Dick golpea duramente sobre este aspecto maternal, tal vez, si seguimos su lógica, porque si una madre renuncia a su propio hijo, poco queda por esperar. En efecto, “[...] si una madre es capaz de destruir a su propio hijo [...] ya no queda ningún impedimento” (Madre Teresa de Calcuta)<sup>39</sup>.

La conversación con Cynthia aparece en la obra como el cuadro final de una escena de teatro, donde cada personaje resume su papel con el último gesto: el niño atormentado y afligido, la madre desapegada de todo vínculo maternal e Ian Best, mientras tanto, con una copa en la mano, refleja en su

37 La letra en bastardilla pertenece al original. Dick (2011). Ob. cit., 207.

38 La letra en bastardilla pertenece al original. Dick (2011). Ob. cit., 211-212.

39 La frase completa es: “El aborto mata la paz del mundo [...] Es el peor enemigo de la paz, porque si una madre es capaz de destruir a su propio hijo, ¿qué me impide matarte? ¿Qué te impide matarme? Ya no queda ningún impedimento” (Madre Teresa de Calcuta, como se citó en Notivida).

rostro la pesadumbre de aquella lucha interna de su alma, con unos ojos a punto de llorar<sup>40</sup>.

Así es como el autor deja caer el telón de esta escena familiar, corta, pero intensísima. Sin embargo, todavía queda un diálogo más que analizar dentro de ella: el que Walter tiene con su padre. Un diálogo que esconde una nueva visión antropológica.

“Mientras se preparaba el trago llegó su hijo Walter. Su cara mostraba una palidez antinatural.

—El camión del aborto anduvo hoy por aquí, ¿no? —dijo Ian.

—Pensé que tal vez...

—De ninguna manera. Aunque tu madre y yo fuéramos a ver a un abogado y firmáramos un documento legal que suprimiera tu tarjeta D, ya eres demasiado grande. Puedes quedarte tranquilo.

—Racionalmente ya lo sé —dijo Walter— pero...

—‘No quieras saber por quién doblan las campanas, lo hacen por ti’ —citó incorrectamente Ian—<sup>41</sup>.

Como un acto espontáneo, el padre adivina con facilidad qué esconde el hijo en su alma y lo hace dándole palabras al sentimiento que lo atraviesa, palabras que surgen de un poema de John Donne:

“¿Quién no echa una mirada al sol cuando atardece?

¿Quién quita sus ojos del cometa cuando estalla?

¿Quién no oye una campana cuando por algún hecho tañe?

¿Quién puede evadir esa campana cuya música lo traslada fuera de este mundo?

Ningún hombre es una isla entera por sí mismo.

Cada hombre es una pieza del continente, una parte del todo.

Si el mar se lleva una porción de tierra, toda Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio, o la casa de uno de tus amigos, o la tuya propia.

Ninguna persona es una isla; la muerte de cualquiera me afecta,

porque me encuentro unido a toda la humanidad;

por eso, nunca preguntes por quién doblan las campanas; doblan por ti<sup>42</sup>.

40 Dick (2018a). Ob. cit., 30-31.

41 Dick (2011). Ob. cit., 206-207.

42 “Who casts not up his eye to the sun when it rises? But who takes off his eye from a comet, when that breaks out? who bends not his ear to any bell, which upon any occasion rings? But who can remove it from that bell, which is passing a piece of himself out of this world? No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main; if a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as if a manor of thy friend’s or of thine own were; any man’s death diminishes me, because I

Philip Dick coloca en Walter toda su predilección, coloca en este niño sólo las ideas que él cree correctas y las críticas a la ley más sabias y sencillas. Todo lo cual no es de extrañar, por otra parte, ya que el mismo escritor asegura que “hay algo enormemente poderoso en la capacidad de un niño para resistirse a lo fraudulento. Un niño tiene la visión más clara, la mano más firme”<sup>43</sup>. Es razonable, por lo tanto, que sea en referencia a él que se utilice este poema bellísimamente humano.

Conviene sopesarlo detenidamente: “Si el mar se lleva una porción de tierra, toda Europa queda disminuida”, ese hecho lejano, de alguna manera común –como el movimiento de la marea–, me afecta terriblemente. Pero no se trata de un sentimiento pasajero, superficial, no es la consecuencia lógica de una convivencia, ni siquiera es –paradigmáticamente– el sonido de una campana, externo, aturdidor, inevitable. Sino, lo opuesto: la muerte de alguien es mi propia muerte, ya que ellas “doblan por mí”.

Sea en algo material, sea en la propia existencia, nos encontramos unidos con lazos estrechísimos a todos, incluso a esos que nos parecen tan lejanos. Aunque a Walter, claro, no le parecen para nada lejanos. Porque el experimentar la suerte del otro como propia presupone apropiarse del otro. Un apropiarse que no implica coartarle la libertad, vigilarlo, rodearlo, sino unirse con el otro, estar en comunión.

Otra vez descubrimos una imagen del hombre que, en esta oportunidad, se reviste de un amor que devela en todos un amigo entrañable, que se traduce en servicio, en búsqueda, en acogida, en trato con el hermano<sup>44</sup>.

Philip Dick va construyendo un paradigma del hombre, y con el personaje de Ed Gantro nos invitará a contemplar su más elevada visión.

## VII. Una ley para un hombre eterno

El recorrido al Servicio Comunal nos introduce en la mente de Ed Gantro, inteligente y valiente, pero por sobre todo, un hombre que ama inmensamente a su hijo. Su enojo y sus miedos se sopesan y diluyen en la necesidad de Tim de que permanezca templado; siempre está atento a esos niños que viajan con él y que, a su temprana edad, enfrentan un destino trágico.

---

am involved in mankind, and therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee”. Donne, J. *John Donne Devotions*. Christian Classics Ethereal Library, 130. Recuperado de <https://www.ccel.org/ccel/d/donne/devotions/cache/devotions.pdf>.

43 Dick (2018b). Ob. cit., 230.

44 Arribas Sánchez, P. (2003). *Evangelio de una Santa*. Buenos Aires. Grupo Editorial Lumen.

En el marco de esa relación tan unida que surge en la cabina del camión, nos encontramos con la última visión antropológica:

“[Ed Gantro] Levantó la vista hacia los tres niños asustados e intentó pensar en algo que decirles... no sólo a su propio hijo, sino a los tres.

—‘Mira’ —dijo, citando—, ‘te diré un secreto sagrado. No todos dormimos en la muerte. Nosotros...’. —Pero no pudo recordar el resto. Torpe, pensó desanimado—. ‘Nosotros despertaremos’ —continuó, haciéndolo lo mejor que podía—. ‘En un relampagueo. En el parpadeo de un ojo’<sup>45</sup>.

Cuando levantó la vista, se encontró con tres personas que, a una edad aún muy tierna, se enfrentaban a la muerte; entonces, intentó consolarlos con un pasaje del Nuevo Testamento.

“Les voy a revelar un misterio: No todos vamos a morir, pero todos seremos transformados. En un instante, en un abrir y cerrar de ojos, cuando suene la trompeta final —porque esto sucederá— los muertos resucitarán incorruptibles y nosotros seremos transformados”<sup>46</sup>.

Cabría analizar varios detalles de la frase como, por ejemplo, la razón por la cual utilizó esta cita o las ideas religiosas del autor, pero sería casi corromper su sentido porque, en tan sólo un párrafo, está comprendido un abismo: el hombre como un ser llamado a la trascendencia.

Ferris impone la necesidad de un hombre verdaderamente vivo y Ed Gantro la de un hombre vivo para siempre. La muerte es tan solo una transformación, un paso de lo corruptible a lo incorruptible y la vida se transforma en una promesa de ser experimentada en plenitud.

En poco tiempo más, se llega al final de la obra: cuando todos son liberados debido a que las autoridades temen que todo sea un engaño de Ed Gantro para la prensa y quedar como asesinos, con la temible consecuencia de un recorte presupuestario. Así, vuelven a sus casas, deseando escapar de ese país pero sabiendo finalmente que nunca lo van a hacer.

## VIII. Derecho y realidad. Conclusiones

En las escasas páginas de esta obra, Philip Dick logra que el lector vivencie el absurdo de una sociedad que ha legalizado el aborto. La edad o la capacidad de realizar ecuaciones algebraicas que se establecen como parámetros son solo cuestiones secundarias. Su único fin es ilustrar las con-

45 Dick (2011). Ob. cit., 215-216.

46 Levoratti, A. J. y Trusso, A. B. (Trads.). (1986). *El libro de la Nueva Alianza*. Argentina. Fundación Palabra de Vida. 1 Corintios 15: 51-52.



secuencias de la “línea arbitraria” que trazaron, lo irracional de los fundamentos por los cuales se lo legalizó.

Ed Gantro lo dirá con suma claridad: “[...] el error principal de los que apoyaron los abortos desde un principio, se dijo, fue la línea *arbitraria* que trazaron. Un embrión no goza de los derechos constitucionales estadounidenses, así que se lo puede matar legalmente, a través de un médico. [...] Pero aun así, ¿dónde se podía trazar la línea? ¿Cuando el bebé realizaba su primera sonrisa? ¿Cuando decía la primera palabra? ¿O cuando tomaba por primera vez un juguete para jugar? [...]”<sup>47</sup>.

Como fue señalado en un comienzo, “Las prepersonas” surge como crítica al fallo *Roe vs. Wade*, mediante el cual se les niega a los nonatos la protección del Derecho porque, y este es el corazón del conflicto, se desconoce que son personas.

En efecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos crea jurisprudencialmente dos categorías de seres humanos: los nacidos, que son personas amparadas por la Decimocuarta Enmienda, y los no nacidos, quienes tienen un derecho a la vida relativo ya que cede frente al deseo –no deseo– de que vivan de sus padres (en rigor, en el fallo, solamente de su madre).

La cuestión que surge, entonces, es qué son –entitativamente hablando– los nonatos. Sería razonable suponer que no se los ha querido asimilar a las cosas, o a los animales, o a las plantas. Se trataría de otra categoría de seres, “algo” inmediatamente anterior a una persona, una pre-persona<sup>48</sup>.

Que la Decimocuarta Enmienda no incluya expresamente a los bebés no nacidos dentro del vocablo “persona” y que la historia jurisprudencial estadounidense también lo omita, no son argumentos que acarreen inevitablemente la negación de su carácter. Esto así por cuanto nada imposibilitaba que el Tribunal fuera el primero en abarcar con el término “persona” a los nonatos. Máxime si se tiene en cuenta que más allá de cuál significación jurídica se le otorgue al término “persona”, no cabe duda que se refiere a “seres humanos” y que dicha cualidad no se ve modificada por el nacimiento.

47 La letra en bastardilla pertenece al original. Dick (2011). Ob. cit., 214.

48 Similar razonamiento se ha aplicado en un comentario al proyecto de “Ley de protección de embriones no implantados” (Proyecto de Ley, Expediente 1541-D-2019), con los siguientes términos: “Ahora, si el embrión humano no es un ser humano, ¿qué es?, ¿a qué categoría de entes pertenece? Ni los legisladores, ni los juristas, ni los jueces, han pretendido categorizar a los embriones humanos como cosas o como vegetales o como animales. Parecería más bien que nos encontramos frente a un nuevo tipo de seres (presumiblemente vivos) creados por el Derecho. Pero ¿es esto lógica, ontológica o jurídicamente posible, quiero decir, verdaderamente posible? De Martini, S. M. A. (2019). “La realidad como fundamento del Derecho”. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Anales Nro. 57, 4.

“En realidad [...] es sólo un pretexto [...] un pretexto para cazar a los desvalidos”<sup>49</sup>, sintetiza Ed Gantro.

De alguna manera, *Roe vs. Wade* es una demostración del absurdo de un derecho que pretende suplantar la realidad por una construcción artificial para justificar un propósito: legalizar el deseo de ciertas mujeres a terminar con la vida del niño concebido en su seno.

El centro de validez de la decisión de la Corte es, por tanto, el deseo. En efecto, el aborto es, por sobre todo, algo socialmente querido. El consenso en su “deseabilidad”, entonces, se convierte en el justificativo de su existencia como derecho.

En este contexto, el personaje de Cynthia, que –de algún modo– representa a la sociedad toda, nos permite acercarnos de forma más precisa a sus características: la frivolidad, el egoísmo y la despreocupación por las consecuencias que conlleva materializar sus anhelos.

Ahora bien, sería conveniente detenernos en este último punto ya que por este afán de “materializar” los deseos el Derecho se convertirá en un Derecho “creador”.

“[...] desear algo no hace que eso se convierta en realidad”<sup>50</sup>, dirá sensatamente Walter. Sin embargo, a pesar de no tener la magia de Oberón, el hombre parece haber encontrado en la ley la manera de hacerlo.

Lo que lleva a preguntarnos si el Derecho puede prescindir de la realidad y obrar con completa libertad o si, por el contrario, la realidad lo limita. En resumen, el Derecho, ¿crea realidad o crea, a lo sumo, ficciones que conviven con una realidad existente más allá de lo que los hombres prescriban?<sup>51</sup>

Cuando Walter dice que “desear algo no hace que eso se convierta en realidad”, lo que está queriendo hacer es advertir que un deseo no deja de ser un deseo, aunque esté estipulado por la ley. Que el Derecho no puede modificar la naturaleza de las cosas, sino que estas tienen una realidad que trasciende al mismo hombre. Que lo injusto no deja de ser injusto, aunque haya una ley que lo permita.

En efecto, la verdad y lo real es un límite para el Derecho. Un límite que se puede cruzar porque es invisible, pero no por eso menos existente y real.

Philip Dick no se contentará con mostrar la arbitrariedad del aborto, sino que intentará también ilustrar las consecuencias de pasar esa “invisi-

49 Dick (2011). Ob. cit., 213.

50 *Ibidem*, 189.

51 Siro M. A. De Martini. Ob. cit., 11, ha llamado la atención sobre el intento jurídico de “construir una nueva realidad. Una suerte de realidad paralela, onírica, ideológica”.

ble medida”<sup>52</sup>. Nos despertará del “sueño”, de ese estado de inconciencia en el que vivimos.

No nos debería asombrar que la consecuencia de infringir aquellas leyes que gobiernan la realidad sea la de quebrantarnos a nosotros mismos. “Las prepersonas” hace un insistente llamado a nuestra humanidad; esto es, a la tierna unión entre los hombres que se reconocen, ante todo, como hermanos.

Este es el camino que nos señala el autor para poder regresar a la “conciencia”, que en este caso no es más que el reconocimiento de la existencia del prójimo, un bebé en sus primeros instantes de vida.

Insisto, no nos debería asombrar que la solución a un mundo donde reina el egoísmo, sea el llamado a la humanidad. Porque el verdadero hombre no se realiza completamente sino cuando ama, y el amor consiste en reafirmar al otro en su existencia<sup>53</sup>.

El amor hace que digamos “soy hombre, a ningún otro hombre estimo extraño”<sup>54</sup>, el amor logra que no nos preguntemos por quién doblan las campanas, porque sabe que siempre doblan por nosotros<sup>55</sup>.

## IX. Bibliografía

- Arribas Sánchez, P. (2003). *Evangelio de una Santa*. Buenos Aires. Grupo Editorial Lumen.
- Arteaga Botello, N. (2018). “La historia como realidad y ficción: los distintos mundos de El hombre en el castillo”. *Revista Académica Del CISAN-UNAM*, Vol. 13, Nro. 2, 299-318.
- Arteaga Botello, N. (2018). “La vigilancia en la obra de Philip K. Dick: Identidades, deseos y conflictos sociales”. *Valenciana*, Nro. 21, 153-186.
- Broderick, D. (2003). “New Wave and backwash: 1960-1980”. En James, E.; Mendlesohn, F. (Eds.). *The Cambridge companion to Science Fiction*. New York. Cambridge University Press, 48-63.
- Csicsery-Ronay, I. Jr. (2003). “Marxist theory and science fiction”. En James, E.; Mendlesohn F. (Eds.). *The Cambridge companion to Science Fiction*. New York. Cambridge University Press, 113-124.

<sup>52</sup> En referencia a la famosa frase de Solón: “Pero lo más difícil es llegar a la percepción inteligente de la invisible medida, al hecho de que todas las cosas llevan consigo límites”. Jaeger, W. (2001). *Paideia, los ideales de la cultura griega*. Fondo de Cultura Económica México, 138.

<sup>53</sup> Pieper, J. (2010). *Las virtudes fundamentales*. Trinidad y Tobago. Morgan Editores, 422-431.

<sup>54</sup> Unamuno, M. D. (1970). *Del sentimiento trágico de la vida*. Madrid. Aguilar, 729.

<sup>55</sup> Donne. Ob. cit., 130.

- De Martini, S. M. A. (2019). "La realidad como fundamento del Derecho". *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Anales Nro. 57.
- Dick, P. K. (2011). "Las prepersonas". En Gandolfo, E. E. (Dir.); Pestarini, L. (Trad.). *La mente Alien*. Buenos Aires. Ediciones Colihue S.R.L, 188-224 (trabajo original publicado en 1974).
- Dick, P. K. (2018a). "Las prepersonas". En Quintero, G. (Trad.). *Las pre-personas*. Biblioteca otras puertas, 5-43 (trabajo original publicado en 1974).
- Dick, P. K. (2018b). "Cómo construir un universo que no se derrumbe dos días después". En Kike, G. (Trad.). *Las pre-personas*. Biblioteca otras puertas, 202-231 (trabajo original publicado en 1978).
- Donne, J. *John Donne Devotions*. Christian Classics Ethereal Library. Recuperado de <https://www.ccel.org/ccel/d/donne/devotions/cache/devotions.pdf>.
- Duncan, A. (2003). "Alternate history". En James, E.; Mendlesohn F. (Eds.). *The Cambridge companion to Science Fiction*. New York. Cambridge University Press, 209-218.
- García, M. J.; Lewis C. D.; Nolan, A.; Totten, M. y Tyson, A. (Eds.). (2017). *Constitution of the United States of America: Analysis, and Interpretation - Centennial Edition - Interim*. Washington. U.S. Government Publishing Office, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-2017/pdf/GPO-CONAN-2017.pdf>.
- Grau, L. (2010). *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas 1787-1992, edición bilingüe*. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid.
- Gresham, M. G. (2016). *VALIS: An Introductory Guide* [Senior Seminar Paper, Ferrum College], [https://www.ferrum.edu/wp-content/uploads/2019/11/Gresham\\_Valis-An-Introductory-Guide.pdf](https://www.ferrum.edu/wp-content/uploads/2019/11/Gresham_Valis-An-Introductory-Guide.pdf).
- Gwyneth, J. (2003). "The icons of science fiction". En James, E.; Mendlesohn, F. (Eds.). *The Cambridge companion to Science Fiction*. New York. Cambridge University Press, 163-173.
- Hoyos, L. E. (2001). *El escepticismo y la filosofía trascendental: estudios sobre el pensamiento alemán a fines del siglo XVIII*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- Jaeger, W. (2001). *Paideia, los ideales de la cultura griega*. Fondo de Cultura Económica México.
- James, E. (2003). "Utopias and anti-utopias". En James, E.; Mendlesohn, F. (Eds.). *The Cambridge companion to Science Fiction*. New York. Cambridge University Press, 219-229.
- Leveratti, A. J. y Trusso, A. B. (Trad.). (1986). *El libro de la Nueva Alianza*. Argentina. Fundación Palabra de Vida.
- Madre Teresa de Calcuta, como se citó en Notivida. *Aborto, citas de la Madre Teresa de Calcuta*, <http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/Aborto,%20Madre%20Teresa.html>.
- National Security Council. (1974) *National Security Study Memorandum, NSSM 200* [The Kissinger report]. Recuperado de [https://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PCA-AB500.pdf](https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PCA-AB500.pdf).

- Pangallo, M. (2008). “El pensamiento de Santo Tomás sobre el embrión humano”. En Pontificia Academia Pro Vita (Ed.). *El embrión humano en la fase de preimplantación*. Madrid. BAC, 114-140.
- Pieper, J. (2010). *Las virtudes fundamentales*. Trinidad y Tobago. Morgan Editores.
- Proyecto de Ley, Expediente 1541-D-2019. *Protección de Embriones no Implantados -Régimen*. 5 de abril de 2019, <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019>.
- Ramírez, J. (2015). “From Anti-Abundance to Anti-Anti-Abundance: Scarcity, Abundance, and Utopia in Two Science Fiction Writers”. *RCC Perspectives*, 2, 83-90. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/26241320>.
- Reyes, A.; Romero, F.; De Onís, F.; Baeza, R. y Arciniegas, G. (Dirs.). (1952). *Poetas Líricos Ingleses* (Vol. XXXIV). Buenos Aires. W. M. Jackson INC.
- Roe vs. Wade, 410 U.S. 113 (Corte Suprema de EE.UU. 1973). Recuperado de <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>.
- Umland, S. J. (1995), “Introduction”. En Umland, S. J.; Freedman, C.; Easterbrook, N.; Wessel, K.; Palmer, C.; Wolk, A.; Umland, R. A.; Rickman, G.; Abrash, M.; Jakaitis, J.; Feehan, M. *Philip K. Dick: Contemporary Critical Interpretations*. Connecticut. Greenwood Press, 1-6.
- Unamuno, M. D. (1970). *Del sentimiento trágico de la vida*. Madrid. Aguilar.



# DERECHOS REALES Y BIENES REGISTRABLES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**Milton C. Feuillade**

CONICET, Universidad Nacional de Rosario,  
Rosario, Santa Fe, Argentina

Contacto: miltonfeuillade@hotmail.com

Recibido: 4 de septiembre de 2020

Aprobado: 12 de octubre de 2020

## **Para citar este artículo:**

Feuillade, M. C. (2021). "Derechos Reales y bienes registrables en el Derecho Internacional Privado".

*Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 183-201

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.183-201>

**Resumen:** Establecer un mismo régimen legal a los bienes sitios en el territorio garantiza condiciones uniformes y fácilmente conocibles y esto favorece la seguridad jurídica. El Código Civil y Comercial completa de forma coherente y sistémica la materia, que carecía anteriormente de estas características. La razonabilidad del foro del lugar de situación de los bienes está ligada a los mismos argumentos de la justificación del Derecho aplicable sobre cuestiones de carácter real que versen sobre bienes localizados en el territorio. En la propiedad inmaterial la aplicación de la territorialidad posee la finalidad práctica de evitar dilaciones y pruebas del Derecho extranjero para su protección. En bienes culturales debe partirse de una concepción amplia de ellos en el estándar de protección por su valor cultural y su consideración como patrimonio histórico, adhiriendo a la llamada tesis de las dos calificaciones.

**Palabras clave:** Derechos Reales, Derecho Internacional Privado, Bienes culturales.

## **Property Law and Real Recordable in Private International Law**

**Abstract:** Establishing the same legal regime for assets located in the territory guarantees uniform and easily knowable conditions and this favors legal security. The Civil and Commercial Code consistently and systematically completes the matter, which previously lacked these characteristics. The reasonableness of the forum of the place where the assets are located is linked to the same arguments for the justification of the applicable law on matters of a real nature that relate to assets located in the territory. In intangible property, the application of territoriality in this matter has the practical purpose of avoiding delays and evidence of foreign law for its protection. In cultural property, a broad conception of them must be started in the standard of protection due to their cultural value and their consideration as historical heritage, adhering to the so-called thesis of the two qualifications.

**Keywords:** *Real Rights, Private International Law, Cultural heritage.*

### **Diritto immobiliare e reale registrabile nel diritto internazionale privato**

**Sommario:** Stabilire lo stesso regime giuridico per i beni situati nel territorio garantisce condizioni uniformi e facilmente conoscibili e questo favorisce la certezza del diritto. Il Codice Civile e Commerciale completa coerentemente e sistematicamente la materia, che in precedenza era priva di queste caratteristiche. La ragionevolezza del foro del luogo in cui si trovano i beni è collegata agli stessi argomenti di giustificazione della legge applicabile su questioni di natura reale che riguardano i beni situati nel territorio. Nella proprietà immateriale, l'applicazione della territorialità in questa materia ha lo scopo pratico di evitare ritardi e prove di diritto straniero per la sua tutela. Nei beni culturali, una concezione ampia degli stessi deve essere avviata nello standard di protezione per il loro valore culturale e la loro considerazione come patrimonio storico, aderendo alla cosiddetta tesi delle due qualifiche.

**Parole chiave:** Diritti Reali, Diritto Internazionale Private, Beni culturali.



## I. Introducción

En esta materia, la *lex rei sitae* es una conexión prácticamente universalizada en inmuebles<sup>1</sup>, así es que uniformemente se utiliza en el sistema angloamericano<sup>2</sup>, como en los derechos internos de la Unión Europea; aunque cabe aclarar que a hoy no existe en la materia norma comunitaria como tal respecto del Derecho aplicable<sup>3</sup>, sí en cambio sobre competencia judicial internacional, declarada como exclusiva<sup>4</sup>.

En lo que hace a los bienes muebles, la *lex rei sitae* no ha sido uniforme a lo largo del tiempo.

En nuestro Derecho, las influencias de Story fueron determinantes<sup>5</sup>. Este autor parte de los principios *immobilia reguntur lege loci ubi cita* y *mobilia sequuntur personam*; por ello, al seguir los muebles a la persona deben ser regulados por la *lex domicilii*. Esta posición viene de los estatutarios<sup>6</sup> y lo cierto es que fue tomada por Vélez Sarsfield y hoy perdura en el Código Civil y Comercial.

La fundamentación de la territorialidad ha estado basada en razones políticas y económicas, América Latina la mantuvo desde el Derecho español heredado<sup>7</sup>.

Vélez Sarsfield, en el comentario del artículo 2507, justificaba la aplicación de la ley territorial en la soberanía. Este argumento está ligado al Derecho Internacional Público y existen razones de protección del Estado respecto de la propiedad no solamente de bienes inmuebles, baste citar las limitaciones a la compra de inmuebles rurales por parte de personas extranjeras<sup>8</sup> o las restricciones sobre compras y transferencias de divisas.

1 Niboyet, J. (1951). *Principios de Derecho Internacional Privado*. 4ª ed. México. Trillas, 198.

2 Symeonides, S. (2016). *Choice of law*. New York. Oxford University Press, 510.

3 Martiny, D. (2012). "Lex rei sitae as a connecting factor in EU private international law". *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*. Jun - 2012 - N° 2, 119-133, 124.

4 Originalmente lo encontrábamos en el art. 22 del Reglamento 44/2003, antiguo Bruselas I, hoy art. 24 del Reglamento 1215/2012.

5 Story, J. (1891). *Comentarios sobre el conflicto de las leyes*. Quiroga, C. (Trad.). T. 2. Buenos Aires. Lajouane, 308.

6 Meijers, E. (1934). "L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale". *Recueil des Cours*. T. 49, 544 a 686.

7 Samtleben, J. (2010). "El principio de territorialidad en América Latina". En: Samtleben, J. (Coord.). *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika*. Shaker, Aacher, 370 a 405, 371. En Internet: <https://es.scribd.com/document/245879982/Samtleben-El-Principio-de-Territorialidad-en-America-Latina>, 3/3/2020.

8 Ley N° 26.737.

Sólido argumento también es basarlo en razones económicas, la propiedad mueble e inmueble hace a la planificación y regulación de la actividad de los particulares en relación a la economía.

Por otra parte, establecer un mismo régimen legal a los bienes sitos en el territorio garantiza condiciones uniformes y fácilmente conocibles y esto favorece la seguridad jurídica<sup>9</sup>.

## II. Derecho convencional

Por los motivos y fundamentos que hemos expuestos en la introducción, los marcos convencionales en esta materia son escasos.

Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1889 y 1940, en sus artículos 26 y 32, respectivamente, declaran si distinguir entre bienes muebles e inmuebles la aplicación del lugar donde existen en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa, así como a todas las relaciones de Derecho de carácter real sobre las que son susceptibles.

En el Tratado de Derecho Civil de 1889, además, encontramos las siguientes regulaciones: 1) El artículo 27 establece que los buques situados en aguas no jurisdiccionales se reputan ubicados en el lugar de su matrícula. 2) Respecto de los cargamentos de buques en aguas no jurisdiccionales, por el artículo 28 se reputan situados en el lugar de destino definitivo de las mercaderías. 3) Los artículos 30 y 31 regulan el cambio de situación de los bienes muebles y establecen que el cambio de situación no afecta los derechos adquiridos, conforme a la ley del lugar donde se encontraban al tiempo de su adquisición. Y respeto de terceros, los derechos adquiridos por ellos, conforme a la ley del lugar de su nueva situación después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos requeridos, priman sobre los del primer adquirente. 4) Respecto a la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, dice el artículo 52 que las acciones reales se rigen por la ley del lugar de situación del bien gravado. Y acorde al artículo 53, si el bien gravado fuere mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

La jurisdicción internacional está contenida en el artículo 67, según el cual las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa. Si existen varios bienes en diferentes jurisdicciones deben promoverse tantos juicios como lugares de situación existan.

9 González Campos, J. (1993). *Derecho Internacional Privado*. 5ª ed. Madrid. Eurolex.

Respecto del Tratado de Montevideo de 1940, en el artículo 34 parte de la misma base, sin que varíen los efectos ante el cambio de situación de los bienes muebles adquiridos de conformidad a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición.

Aclara que respecto a la forma deben ser cumplidos los requisitos del lugar de situación. Finalmente, dispone que el cambio de lugar de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

Por los artículos 52 y 54, la prescripción adquisitiva y extintiva se rige por la ley del lugar de situación. Si el bien fuese mueble y hubiese sido trasladado de lugar, la prescripción será regida por la ley del lugar en donde se haya completado el tiempo necesario para prescribir<sup>10</sup>.

Por el artículo 64, la jurisdicción corresponde al juez del lugar de situación de los bienes, sin distinción de su calidad.

### **III. Derecho interno**

El Código Civil y Comercial sigue los mismos criterios que el Código de Vélez. Regula la jurisdicción y el Derecho aplicable, de bienes inmuebles, muebles, de situación permanente y los que carecen de ella, registrables y no registrables, con una norma dedicada a calificaciones y otra a su transferibilidad.

#### ***A. Calificaciones***

El problema de las calificaciones en esta materia se encuentra regulado en el artículo 2663 del Código Civil y Comercial, cuando determina: “La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación”. La norma también debería haber referido a los otros bienes que contiene el título.

Sobre los bienes registrables, una opción es la aplicación analógica dentro del título, calificando el bien como registrable a partir de la ley del lugar de situación. Sin embargo, debe recordarse que conforme al artículo 2668, éstos bienes son regidos por la ley del lugar de registro, por lo que creemos que desde allí debe surgir su calificación, por ser la *lex causae*.

10 Conforme a los arts. 53 y 55.

La problemática surgirá sobre la registrabilidad y la calidad de la registración, por ejemplo, en bienes culturales y acciones sobre su restitución<sup>11</sup>.

La ley del lugar de situación es la *lex causae*, por lo que, si estamos ante muebles de situación permanente, el artículo 2669 califica diciendo: “[...] se conservan sin intención de ser transportados [...]”; si están en la república deberemos ir a los artículos 225, concordantes y sucesivos del Código Civil y Comercial.

En el caso de los bienes muebles, la calificación deberá realizarse desde el Derecho al que se arribe según cada caso concreto, conforme al artículo 2670 del Código Civil y Comercial.

Por otra parte, todo esto hace a si son de dominio público o no, bien de familia, etc. A ello se suman normas de aplicación inmediata que ingresan desde el artículo 2599 del Código Civil y Comercial, como los derechos sobre bienes de incidencia colectiva del artículo 240 del Código Civil y Comercial y las leyes especiales concordantes.

## ***B. Jurisdicción internacional***

La razonabilidad del foro del lugar de situación de los bienes está ligada a los mismos argumentos de la justificación del Derecho aplicable sobre cuestiones de carácter real que versen sobre bienes localizados en el territorio.

El Código Civil y Comercial, en el artículo 2609, declara jurisdicción exclusiva sobre los bienes inmuebles y más adelante dice, en el artículo 2664: “Los jueces del Estado en que están situados los inmuebles son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes”. La exclusividad de la jurisdicción es sobre cuestiones que hagan a la cosa en su estricto carácter real. Debe recordarse que siempre debe interpretarse de forma restrictiva.

La norma bilateraliza dado que su redacción es general, es decir, no solamente los jueces argentinos poseen la jurisdicción sobre los inmuebles situados en la República, sino que consideramos los inhiere de asumir jurisdicción sobre aquellos que se encuentren en el extranjero. La consecuencia base será el no reconocimiento de decisorios cuando se infrinja la norma<sup>12</sup>.

11 Ochoa Jiménez, M. (2019). “Normas de Derecho Internacional Privado en materia de bienes: la regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia”. *Revista de Derecho Privado*. Nro. 37, 121 a 151, 128. En Internet: <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6059/7777>, 9/3/2020.

12 Feuillade, M. (2020), *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Astrea.

Incluso si lo analizamos desde el foro de necesidad del artículo 2602 del Código Civil y Comercial, es una de las situaciones donde más claramente la sentencia será muy posiblemente ineficaz, aunque podría estar la posibilidad de que la viéramos casi de laboratorio.

A su vez, dice el artículo 2665 sobre los bienes registrables: “Los jueces del Estado en el que fueron registrados los bienes son competentes para entender en las acciones reales entabladas sobre dichos bienes”. La jurisprudencia en este sentido era uniforme de vieja data<sup>13</sup>.

Dentro de los bienes registrables tenemos los buques y las aeronaves. Por un lado, establece el artículo 616: “Además de la competencia que les corresponda con arreglo a las leyes generales, los tribunales nacionales deben entender en todas las acciones derivadas del contrato de ajuste que fue o debió ser cumplido en un buque de bandera nacional”.

Es opinión de una parte de la doctrina<sup>14</sup> que si bien la norma habla de contrato de ajuste y no de acciones reales, al mencionar la bandera del buque está direccionando al lugar de registro.

Creemos que no hace falta este razonamiento. El buque es un bien registrable y le es aplicable el artículo 2665 de forma lisa y llana. Lo mismo cabe decir del artículo 199 o sus concordantes en el Código Aeronáutico, porque no hace falta aplicación analógica de norma, habiendo norma específica.

La pregunta sobre los bienes registrables es si esta jurisdicción es exclusiva, porque expresamente no se menciona. Una postura parte de la base de que poseen naturaleza jurídica similar a los inmuebles y, por lo tanto, debe ser exclusiva<sup>15</sup>. Lo cierto es que no son asimilados como inmuebles, tal como ocurre con los muebles de accesión permanente.

A ello se le suma el artículo 2609, inc. b), del Código Civil y Comercial, que declara jurisdicción exclusiva: “[...] en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino”.

13 Casos: “D. Carlos Saguier c/ D. Francisco Cortina s/ Ejecución” (*Fallos*: 9:147); “Don José A. Martinelli y Otros c/ Don Meliton Panelo, en Juicio Ejecutivo Seguido ante los Tribunales de Montevideo s/ Mandamiento de Embargo y Cumplimiento de Exhorto” (*Fallos*: 89:381); “Exhorto de los Tribunales del Paraguay al Juez Letrado del Territorio Nacional de Formosa s/ Embargo de Bienes de Don Antonio Petrossi, Sitos en Formosa” (*Fallos*: 89:421); “Exhorto del Señor Juez de Comercio de Montevideo en los Autos Seguidos por Don Antonio Becco c/ Radivoj y Cía., por Cobro de Crédito Hipotecario” (*Fallos*: 192:295).

14 Noodt Taquela, M.; Argerich, G. (2014). “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado, Capítulo 3: Parte especial. Sección 15: Derechos Reales”. En Rivera, Julio C.; Medina, Graciela (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. T. 6, Buenos Aires. La Ley, 977.

15 Iñiguez, M. (2015). “Comentario del artículo 2665”. En: AA. VV. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. VI. Buenos Aires. Infojus, 430.

El punto es que no refiere a las acciones reales, es decir, estamos en lo mismo que con los buques y las aeronaves.

Pensamos que se trata de jurisdicción única, no exclusiva, que, como dijimos, debe interpretarse de forma restrictiva. Las consecuencias son diferentes, porque abre la puerta al reconocimiento de otra jurisdicción extranjera diferente que para el caso en que resulte razonable, no exorbitante, efectiva y justa, como se estableció en “Behrens”<sup>16</sup>, así como la eventual aplicación del foro de necesidad del artículo 2602 del Código Civil y Comercial.

Sobre propiedad inmaterial, el artículo 2609, inc. c), establece: “[...] en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina”.

Aquí la literalidad es diferente, porque puede advertirse que habla de “derechos análogos”, de lo cual pueden inferirse las acciones reales. También debe tenerse en cuenta que la exclusividad se fundamenta en que la inscripción en la propiedad industrial posee carácter constitutivo, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de autor.

Para los bienes muebles no registrables, la jurisdicción es concurrente en dos foros a opción del actor, cuando el artículo 2666 sienta: “Los jueces del domicilio del demandado o del lugar de situación de los bienes no registrables son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes”<sup>17</sup>. Lo que por supuesto habilita la prórroga de jurisdicción en los términos del artículo 2605 del Código Civil y Comercial.

### ***C. Derecho aplicable***

Por el artículo 2667 del Código Civil y Comercial, los Derechos Reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Respecto a los bienes muebles registrables, conforme al artículo 2668, se rigen por el Derecho del Estado de registro.

16 SCBA, 13/6/2007, “Behrens, Germán Federico o Hermann Friedrich s/ sucesión ab intestato”.

17 La calificación que se haga del bien tendrá incidencia sobre la jurisdicción dado el discernimiento de su calidad de inmueble o mueble y, en su caso, de su situación permanente o no, y destacable es el caso “Dumas de Castex, Luisa P. (suc.)”, JA, 1992 - II, pp. 311-317, donde se establece el carácter no permanente del dinero depositado y a contrario el carácter permanente a las acciones depositadas en un Banco y si esos bienes están en el extranjero los tribunales nacionales no asumen jurisdicción respecto de ellos.

Lo mismo establecen los artículos 597 y 598 de la Ley de la Navegación N° 20.094, donde la ley de bandera es la de registro, igual que los artículos 38 y 40 del Código Aeronáutico sobre la nacionalidad de aeronaves.

En relación a los muebles que tienen situación permanente, nos dice el artículo 2669 del Código Civil y Comercial: “Los Derechos Reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el Derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos. El desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior”.

Un tema es el contenido y alcance del concepto: “[...] sin intención de transportarlos [...]”; la jurisprudencia se ha inclinado por la apreciación del caso concreto a partir de la naturaleza del bien, la intención y comportamiento del propietario respecto de permanencia en la Argentina<sup>18</sup>.

La parte final del artículo resuelve el conflicto móvil anclando el momento en que debe tomarse el lugar de situación. La solución es la misma que la de los artículos 30 y 34 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, respectivamente.

Consideramos que esta es una regla complementaria específica del artículo 2595, inc. b), del Código Civil y Comercial, cuando resuelve el conflicto inter-temporal.

En relación a los Derechos Reales sobre bienes muebles que carecen de situación permanente, establece el artículo 2670: “Los Derechos Reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el Derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el Derecho del lugar de situación”.

El sistema argentino hoy sigue el de Vélez Sarsfield, con influencias de Story, por el que los muebles de situación permanente se rigen por la ley de lugar de situación y todo otro por la ley del domicilio del propietario.

Sobre los bienes para ser vendidos o transportados, se parte de la base de que no poseen lugar de situación definitiva o establemente previsible y se ha tenido desde Savigny la determinación en la ley personal del propietario<sup>19</sup>.

18 Caso: “Stanford, Sarita c/ Stanford, Carlos E. (suc.)”, CCiv., Sala 1ª, JA - 1942 - I - 715.

19 López Herrera, F. (1995). “El régimen de los bienes muebles en el Derecho Internacional Privado”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Nro. 3, 39-54, 41.

Posteriormente se ha promovido como punto de contacto la ley del lugar de destino de los bienes. Se argumenta que en ese lugar es donde la cosa alcanza su situación estable, pero lo cierto es que el lugar de destino puede modificarse o el bien nunca arribar.

### 1. *Transmisión de derechos*

El párrafo segundo del artículo 2667 del Código Civil y Comercial establece: “Los contratos hechos en un país extranjero para transferir Derechos Reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”. Sigue el mismo criterio y prácticamente reproduce la original redacción de Vélez Sarsfield en el artículo 1211<sup>20</sup>.

La transmisión de Derechos admisibles son los enumerados en el artículo 1887 del Código Civil y Comercial en su *númerus clausus*, como consecuencia de la calificación desde el lugar donde el bien se encuentra sito. Lo mismo cabe decir sobre el efectivo modo de adquisición, regulado en el artículo 1892 y concordantes del cuerpo normativo.

A su vez, nos parece correcto considerar la bilateralización de la norma, por lo que a nuestro criterio nada obstaría a la realización de contratos en la Argentina que transfieran Derechos Reales no declarados como tales en nuestra legislación o con diferente regulación, si cumplen con la ley extranjera y sus formas poseen equivalencia.

El documento debe ser realizado por instrumento público, lo que implica que no necesariamente lo confeccionará un notario sino un funcionario que pueda dar fe pública.

El asunto aquí es la calificación de instrumento público, que es un problema de ley sustancial, el cual no debe confundirse con la forma.

La calificación deberá hacerse desde la *lex causae*; si en el lugar de otorgamiento dicho instrumento en cuanto al fondo debe reconocerse, luego, respecto a la forma se estará por los parámetros del artículo 2649, el instrumento público es una ley impositiva y en su caso tendrá que analizarse en la Argentina su equivalencia.

20 Decía la norma: “Art. 1211. Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente”.



La intervención de notario público en el extranjero hace presumir la legalidad del acto y el cumplimiento de las leyes del país del cual emana<sup>21</sup>.

Respecto del Derecho aplicable, es categórica la aplicación de la ley argentina y la norma se circunscribe a la forma. Sin embargo, sobre el fondo, si el derecho transmitido requiere protocolización o cualquier tipo de registración en el país, debe realizarse conforme a los artículos 1890 y 1892 del Código Civil y Comercial y la Ley N° 17.801 de Registración de propiedad inmueble<sup>22</sup>.

El requisito de legalización es común a todo instrumento o documento público que se pretenda hacer valer en el país, no será objeto de este trabajo este análisis<sup>23</sup>.

El régimen del anterior Código Civil exigía en el artículo 1211 que estos contratos de transferencia de dominio, para tener plenos efectos jurídicos, debían ser protocolizados por orden de juez competente. Así estaba originalmente proyectado en el Código Civil y Comercial y se quitó.

Es opinión de Uzal<sup>24</sup>, que la norma hacía al resguardo de la seguridad del tráfico inmobiliario mediante el control judicial, y debe ser suplida de algún modo, sugiriendo la sede registral como arbitradora de los mecanismos para que se preserven la integridad y buena fe, así como el control fiscal de las operaciones.

## 2. Propiedad inmaterial

La aplicación de la territorialidad en esta materia posee la finalidad práctica de evitar dilaciones y pruebas del Derecho extranjero para su protección<sup>25</sup>. Así, desde antiguo lo establece el Convenio de Berna en el artículo 5°, a partir de la protección desde la ley donde se la reclama. En la misma

21 Pérez, A. P. (1992). "Multipropiedad y Derecho Internacional Privado. Admisibilidad del contrato celebrado en el extranjero". *Revista Notarial* - Colegio de escribanos de la provincia de Córdoba. Nro. 63, 1-9, 3 y jurisprudencia allí citada.

22 Herrera, M. (2012). "Poderes y transferencia de Derechos Reales sobre inmuebles en el proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado". *Revista del Notariado*. Vol. 910, 99-120, 110.

23 Feuillade, M. (2007). "Los documentos extranjeros en el proceso". *LL* - 2007 - F, 805 a 820.

24 Uzal, M. (2015). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. La Ley, 484.

25 Lipszyc, D. (2014). "La resolución de conflictos sobre ley aplicable y jurisdicción competente por infracción al Derecho de autor y conexos en Internet". En: Lipszyc, D. (Coord.). *Derechos de autor y cuestiones actuales*, Revista Jurídica de Buenos Aires, I, 153 a 185, 155.

línea están el resto de los Tratados posteriores, como el Tratado de OMPI sobre Derecho de Autor - TODA/WTC<sup>26</sup>.

En el sistema del Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística de 1889 se establece en el artículo 2º: “El autor de toda obra literaria o artística y sus sucesores gozarán en los Estados signatarios de los derechos que les acuerde la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación o distribución”, principio que se aleja del seguido modernamente, llamado del “trato nacional”, donde se aplica a las obras extranjeras la misma ley que a las nacionales, originando un mosaico de leyes protectoras de una sola obra. Del principio de la *lex loci originis* sentado en Montevideo se infiere que excepto que se opte por el domicilio del demandado, es ante el juez del Estado de su primera publicación ante el que se debe acudir<sup>27</sup>. De todas maneras, si estamos ante un hecho dañoso producido en la República los jueces nacionales asumirán competencia<sup>28</sup> y así está reconocido en el artículo 11 del Convenio, por el que en caso de fraude: “Las responsabilidades en que incurran los que usurpen el derecho de propiedad literaria o artística se ventilarán ante los tribunales y se regirán por las leyes del país en que el fraude se ha cometido”; incluso si no están reconocidos en el país de inscripción y según las leyes argentinas ante el reclamo la obra merece protección, los jueces asumirán competencia aplicando el *forum causae*<sup>29</sup>.

La Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual, en sus artículos 13 a 15, protege de forma amplia las obras publicadas en el extranjero; para ello, debe acreditar la registración en el exterior; en lo temporal, la protección es la que señale la ley extranjera, sin que pueda ser mayor a la ley local.

En el Derecho interno, la norma general es el artículo 2668, por lo que se aplica el Derecho del lugar de registro. Lo mismo cabe decir de la jurisdicción internacional y nos remitimos a lo ya expresado.

26 Para un análisis detallado de los diferentes marcos convencionales remitimos a: Lipszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. Bogotá. CERLALC. En especial, ver: la Convención Interamericana de Washington sobre derechos de autor en trabajos literarios científicos y artísticos, la Convención Universal de Ginebra, la Convención de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada, el Acuerdo de la OMC de Marrakech de 1994, que contiene la AADPIC ratificado en 1995 y el Tratado OMPI celebrado en Ginebra en 1996 sobre derechos de autor y sobre interpretación de fonogramas, ratificado en 1999.

27 Armando, M.; Lipszyc, D. (2003). “Bienes inmateriales”. En: Fernández Arroyo, D. (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires. Zavalia, 927.

28 Así lo ha declarado la jurisprudencia del caso: “Maroni, Enrique P. y otra c/ Mattos Rodríguez Gerardo H.”. Cámara Civil 1ª de la Capital, el 8 de junio de 1948. JA - 1948 - III, 553 a 563.

29 CSJN, “Kaufman, Julio c/ Sociedad General de Autores”, dictado el 1º de setiembre de 1992.

En la materia pasa a tener un rol fundamental el lugar de la inscripción registral de los derechos que, en muchos casos, presenta un carácter no sólo probatorio, sino constitutivo, configurándose como una condición de nacimiento y explotación de los propios derechos<sup>30</sup>; las acciones incluyen, por supuesto, la validez de las inscripciones o derecho sometido a registro y se extiende sobre lo referente a los Derechos Reales, conforme al artículo 2668 del Código Civil y Comercial; pero no se extiende, por ejemplo, a cuestiones sustantivas referidas a la titularidad de tales derechos, acciones de reclamación por daños, cesión o transmisión de derechos. Ante estas cuestiones, una solución estaría, por un lado, en la aplicación de los foros en materia contractual cuando la naturaleza de la cuestión lo permita, incluso para aquellos derechos que no nacen de un registro, sino que poseen su fuente en un contrato, tales como el *know how* o el *trade secrets*.

Cabe hacer algunas menciones sobre la propiedad industrial. Su territorialidad es mayor porque su registro posee carácter constitutivo, a diferencia de los derechos de autor. Posee un fuerte componente de orden público en la verificación que el Estado realiza de requisitos y formalidades que hacen a la economía o salud pública, entre otras muchas cosas.

### 3. Bienes culturales

Desde el Código Civil y Comercial el valor cultural está contemplado en el artículo 240, al regular las limitaciones de los bienes de incidencia colectiva; y la declaración de dominio público de las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, en el artículo 235, inc. f).

El registro del Patrimonio Cultural está regulado en la Ley N° 25.197. Se parte de la base de que el Estado fija las normas de protección de forma exclusiva respecto de sus bienes culturales y la calificación de tales se hará según la *lex fori*; sin embargo, posturas doctrinarias establecen que debe partirse de una concepción amplia de ellos en el estándar de protección por su valor cultural y su consideración como patrimonio histórico, adhiriendo a la llamada tesis de las dos calificaciones<sup>31</sup>.

En la circulación de bienes culturales hay diferentes actores con intereses algunas veces contrapuestos, el comprador y vendedor que pretenden

30 Fernández Rozas, J.; Sánchez Lorenzo, S. (1999). *Derecho Internacional Privado*. Madrid. Civitas, 368.

31 Carrillo Carrillo, B. (2001). "Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y Derecho Internacional Privado". *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Nro., 205 a 234, 208. En Internet: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/11324/1/AD19%202001%20p%201205234.pdf>, 10/3/2020.

mayor libertad de circulación. El poseedor de buena fe de un bien cultural trasladado ilícitamente que pretende su conservación o el propietario desposeído que solicita la restitución. Y los intereses del Estado, donde se dan tradicionalmente situaciones de “importadores” y “exportadores” de bienes culturales<sup>32</sup>, donde se tensiona aquellos que pretenden la protección del Patrimonio histórico.

Se parte de la base de que el comercio de bienes culturales está sujeto a normas de policía que lo limitan<sup>33</sup>.

Países como España poseen constitucionalmente regulada la conservación del patrimonio cultural, en este caso, en el artículo 56.

La Ley N° 24.633 regula la circulación internacional de obras de arte, tanto en lo que hace a la importación como a la exportación, sean los artistas nacionales o extranjeros.

El artículo 1° establece la calificación de obra de arte, la cual es de amplia descripción, al punto que en su parte final establece: “En todos los casos, la autoridad de aplicación será quien defina el encuadre de un bien como obra de arte incluida en las categorías previamente mencionadas”.

No son obras de arte, de forma general, las reproducciones y las realizaciones artísticas a mano sobre piezas provenientes de procedimientos industriales en serie<sup>34</sup>.

La ley diferencia entre exportaciones e importaciones definitivas y temporarias, con marcos de exenciones aduaneras y el procedimiento para realizar la operatoria<sup>35</sup>. El órgano de aplicación es la Dirección Nacional de Bienes Culturales<sup>36</sup>.

En el caso de bienes culturales, es común la aplicación de normas de policía de dos países y de terceros países<sup>37</sup>.

Si hacemos una clasificación en categoría, puede hablarse de bienes: inexportables, exportables previa autorización, exportables temporalmente<sup>38</sup>.

En los marcos convencionales tenemos la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importa-

32 Fuentes Camacho, V. (1993). *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*. Madrid. Eurolex, 101.

33 Lagarde, P. (1985). *Le commerce de l'art en Droit International Privé français*. Ginebra, 390.

34 Conf. el art. 2°.

35 Conf. a los arts. 3° y sigs.

36 En Internet: <https://www.argentina.gob.ar/cultura/patrimonio/bienes-y-sitios>, 10/3/2020.

37 López Carceller Martínez, P. (2001). *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*. Valencia. Tirant lo Blanch “colección privado”, 19.

38 Byrne Sutton, Q. (1988). *Le trafic international de biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'Etat d'origine*. T. VII. Zurich. Schulthess, 9 a 34, 14.

ción, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, hecha en París, el 14 noviembre de 1970.

También tenemos el Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma, el 24 de junio de 1995, aprobado por Ley N° 25.257<sup>39</sup>.

Este Tratado regula la cooperación internacional en la materia de modo general y, en especial, los no regulados en el Convenio de París de 1970.

En primer lugar, abandona la aplicación de la *lex rei sitiae* y la cambia por *la lex originis*. Establece el principio general de restitución del bien. Se distingue la situación de un bien robado o si ha sido exportado sin las correspondientes autorizaciones<sup>40</sup>.

Respecto a los terceros adquirentes de buena fe posee en el Estado de recepción derecho a indemnización<sup>41</sup>.

Los derechos adquiridos por terceros de buena fe generan aplicaciones sucesivas de leyes que posiblemente no tienen los mismos derechos sobre el bien. Han tenido un caso testigo en Inglaterra. La jurisprudencia es *Winkworth v. Christie*<sup>42</sup>, donde los derechos adquiridos en un tercer país debieron ser reconocidos en el país de origen.

Trataba de obras de arte que habían sido robadas en Inglaterra y vendidas en Italia. Posteriormente, el adquirente italiano las lleva a Londres para su venta mediante entrega a una conocida empresa del rubro. El dueño las reconoce y reclama su devolución.

El comprador italiano se niega a ello, alegando ser el legítimo propietario de las obras, pues según el Derecho italiano el adquirente de buena fe, como este era el caso, hace suya la propiedad de la cosa mueble vendida.

El conflicto es determinar la legítima propiedad de las obras; según el Derecho italiano, rige la *lex rei sitiae* al momento de la adquisición del bien; aquéllas se encontraban en el mencionado país en ese tiempo. Allí fueron compradas y entregadas. Cuando el bien regresa a Inglaterra lo hace con un nuevo título de propiedad sobre él. El Tribunal reconoció, pues, la propiedad adquirida en Italia. El anterior propietario desposeído no puede reclamar las obras de arte frente al nuevo propietario, tercero de buena fe.

39 En Internet: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/63763/norma.htm>, 11/3/2020.

40 Conf. los arts. 3° y 5°.

41 Conf. los arts. 4° y 6°.

42 Caso: *Winkworth v. Christie Manson and Woods Ltd. and Another* [1980] 1 ER (Ch) 496, [1980] 1 All ER 1121. En Internet: [http://www.ifar.org/case\\_summary.php?docid=1192827443](http://www.ifar.org/case_summary.php?docid=1192827443), 11/3/2020.

La problemática de la aplicación de este punto de contacto es la generación de un efecto purga sobre la titularidad anterior, por lo que la *lex rei sitiae* favorece el tráfico. Es por ello que la Convención aplica la ley de origen y sobre el tercero de buena fe establece un derecho de resarcimiento<sup>43</sup>.

Por ejemplo, establece el Derecho español en el artículo 464 del Código Civil que los bienes culturales pertenecen al Estado español y son inalienables e imprescriptibles. Se deja de lado la *lex rei sitiae* extranjera donde ha sido adquirido el bien, haya sido o no por un tercero de buena fe y opera como una norma de policía. Es a la Administración del Estado a quien corresponde realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados, aunque, tras haber sido recuperado el bien cultural por el Estado español como propietario del mismo, el anterior titular del bien cultural podrá solicitar su cesión del Estado. Para ello deberá acreditar la pérdida o sustracción previa del bien, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación, y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe<sup>44</sup>.

## **D. Conclusiones**

El establecer un mismo régimen legal a los bienes sitios en el territorio garantiza condiciones uniformes y fácilmente conocibles y esto favorece la seguridad jurídica.

En materia de calificaciones, el artículo 2663 debería haber referido a los otros bienes que regula el título. Sobre los bienes registrables una opción es la aplicación analógica, calificando el bien como registrable a partir de la ley del lugar de situación. En el caso de los bienes muebles, la calificación deberá realizarse desde el Derecho al que se arribe según cada caso concreto, conforme al artículo 2670 del Código Civil y Comercial.

La razonabilidad del foro del lugar de situación de los bienes está ligada a los mismos argumentos de la justificación del Derecho aplicable sobre cuestiones de carácter real que versen sobre bienes localizados en el territorio.

43 González Campos, J.; Virgós Soriano, M. (1988). "Law and Practice of International Art Trade in Spain". En: *International Sales of Works of Art*. Ginebra, 333 y sigs.

44 Conf. art. 29 de la Ley española de protección de los bienes culturales. En similar sentido: Convención de la UNESCO hecha en París el 14 de noviembre 1970 y la Directiva 93/7/CEE desarrollada en España por la Ley N° 36/1994, y el Convenio UNIDROIT de 1995.

En el régimen del anterior Código Civil se exigía en el artículo 1211 que estos contratos de transferencia de dominio, para tener plenos efectos jurídicos, debían ser protocolizados por orden de juez competente. La norma hacía al resguardo de la seguridad del tráfico inmobiliario mediante el control judicial por el que debe ser suplida de algún modo, sugiriendo la sede registral como arbitradora de los mecanismos para que se preserven la integridad y buena fe, así como el control fiscal de las operaciones.

En la propiedad inmaterial, la aplicación de la territorialidad en esta materia posee la finalidad práctica de evitar dilaciones y pruebas del Derecho extranjero para su protección. En el Derecho interno, la norma general es el artículo 2668.

En bienes culturales, debe partirse de una concepción amplia de ellos en el estándar de protección por su valor cultural y su consideración como patrimonio histórico, adhiriendo a la llamada tesis de las dos calificaciones.

Acorde a la legislación vigente, consideramos que debe partirse de un concepto amplio en el estándar de protección de los bienes culturales. El comercio de bienes culturales está sujeto a normas de policía que lo limitan y coincidimos con ello, incluso en la aplicación de normas de aplicación inmediata de terceros países. Es una situación particular donde debe primar el carácter restrictivo ante la posibilidad de daños irreparables a nivel sociocultural. La problemática de la aplicación de la *lex rei sitiae* al momento de la adquisición del bien cultural puede generar un efecto purga sobre la titularidad, y favorecer el tráfico.

Nos volcamos entonces por el criterio de que los bienes culturales, por principio general, pertenecen al Estado y son inalienables e imprescriptibles, por lo que se deja de lado la *lex rei sitiae* extranjera.

#### IV. Bibliografía

- Armando, M.; Lipszyc, D. (2003). "Bienes inmateriales". En: Fernández Arroyo, Diego (Coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires. Zavalia, 927.
- Byrne Sutton, Q. (1988). *Le trafic international de biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'Etat d'origine*. T. VII. Zurich. Schulthess, 9 a 34, 14.
- Carrillo Carrillo, B. (2001). "Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y Derecho Internacional Privado". *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Nro. 19, 205 a 234, 208. En Internet: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/11324/1/AD19%202001%20p%201205234.pdf>, 10/3/2020.
- Fernández Rozas, J.; Sánchez Lorenzo, S. (1999). *Derecho Internacional Privado*. Madrid. Civitas, 368.
- Feuillade, M. (2020). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Astrea.

- Feuillade, M. (2007). “Los documentos extranjeros en el proceso”. *LL* - 2007 - F, 805 a 820.
- Fuentes Camacho, V. (1993). *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*. Madrid. Eurolex, 101.
- González Campos, J.; Virgós Soriano, M. (1988). “Law and Practice of International Art Trade in Spain”. En: *International Sales of Works of Art*. Ginebra, 333 y sigs.
- González Campos, J. (1993). *Derecho Internacional Privado*. 5ª ed. Madrid. Eurolex.
- Herrera, M. (2012). “Poderes y transferencia de Derechos Reales sobre inmuebles en el proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado”. *Revista del Notariado*. Vol. 910, 99-120, 110.
- Íñiguez, M. (2015). “Comentario del artículo 2665”. En: AA. VV. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. VI. Buenos Aires. Infojus, 430.
- Lagarde, P. (1985). *Le commerce de l'art en Droit International Privé français*. Ginebra, 390.
- Lipszyc, D. (2014). “La resolución de conflictos sobre ley aplicable y jurisdicción competente por infracción al Derecho de autor y conexos en Internet”. En: Lipszyc, D. (Coord.). *Derechos de autor y cuestiones actuales*, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, I, 153 a 185, 155.
- Lipszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. Bogotá. CERLALC.
- López Carceller Martínez, P. (2001). *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*. Valencia. Tirant lo Blanch “colección privado”, 19.
- López Herrera, F. (1995). “El régimen de los bienes muebles en el Derecho Internacional Privado”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Nro. 3, 39-54, 41.
- Martiny, D. (2012). “Lex rei sitae as a connecting factor in EU private international law”. *Praxis des internationalen Privat - und Verfahrensrechts (IPRax)*. Jun - 2012 - N° 2, 119-133, 124.
- Meijers, E. (1934). “L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale”. *Recueil des Cours*. T. 49, 544 a 686.
- Niboyet, J. (1951). *Principios de Derecho Internacional Privado*. 4ª ed. México. Trillas, 198.
- Noodt Taquela, M.; Argerich, G. (2014). “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado, Capítulo 3: Parte especial. Sección 15: Derechos Reales”. En: Rivera, Julio C.; Medina, Graciela (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. T. 6. Buenos Aires. La Ley, 977.
- Ochoa Jiménez, M. (2019). “Normas de Derecho Internacional Privado en materia de bienes: la regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia”. *Revista de Derecho Privado*. Nro. 37, 121 a 151, 128. En Internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6059/7777>, 9/3/2020.
- Pérez, A. P. (1992). “Multipropiedad y Derecho Internacional Privado. Admisibilidad del contrato celebrado en el extranjero”. *Revista Notarial - Colegio de escribanos de la provincia de Córdoba*. Nro. 63, 1-9, 3 y jurisprudencia allí citada.



- Samtleben, J. (2010). “El principio de territorialidad en América Latina”. En: Samtleben, J. (Coord.). *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika*. Shaker. Aachen, 370 a 405, 371. En Internet: <https://es.scribd.com/document/245879982/Samtleben-El-Principio-de-Territorialidad-en-America-Latina>, 3/3/2020.
- Story, J. (1891). *Comentarios sobre el conflicto de las leyes*. Quiroga, C. (Trad.). T. 2. Buenos Aires. Lajouane, 308.
- Symeonides, S. (2016). *Choice of law*. New York. Oxford University Press, 510.
- Uzal, M. (2015). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. La Ley, 484.



# **SOBRE EL CONTRACTUALISMO. CONSECUENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS (I)**

**Juan Fernando Segovia**

CONICET, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,  
Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina  
Contacto: segojuan@gmail.com

Recibido: 2 de febrero de 2021  
Aprobado: 31 de marzo de 2021

## **Para citar este artículo:**

Segovia, J. F. (2021). “Sobre el contractualismo. Consecuencias políticas y jurídicas”. *Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 203-221  
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.203-221>

**Resumen:** El presente trabajo pretende esclarecer algunas de las consecuencias que el contractualismo trae al Derecho y la política (virtualidad, voluntarismo, anarquía, positivismo, estatismo, etc.), valiéndose de un examen del estado de naturaleza y del significado del contrato social. Se ha elaborado en base a fuentes y consultando la bibliografía especial.

**Palabras clave:** Contractualismo, Estado de naturaleza, Contrato social, Orden jurídico-político, Consentimiento, Constitucionalismo.

## **On Contractualism. Political and Legal Aftermaths (I)**

**Abstract:** This work aims to clarify some legal and political aftermaths of contractualism (virtuality, voluntarism, anarchy, positivism, statism, etc.), appealing to an examen of the state of nature and the meaning of the social contract. It has been prepared based on sources and consulting the special literature.

**Keywords:** *Contractualism, State of nature, Social contract, Legal and political order, Consent, Constitutionalism.*

## **Sul contrattualismo. Conseguenze politiche e legali (I)**

**Sommario:** Questo lavoro si propone di chiarire alcune conseguenze legali e politiche del contrattualismo (virtualità, volontarismo, anarchia, positivismo, statalismo, ecc.), Facendo appello a un esame dello stato di natura e del significato del contratto sociale. È stato preparato sulla base di fonti e consultando la letteratura speciale.

**Parole chiave:** Contrattualismo, Stato di natura, Contratto sociale, Ordinamento giuridico e político, Consenso, Costituzionalismo.

## **I. Introducción**

El trabajo que aquí se presenta es un avance de la investigación acerca de “Naturaleza, libertad y democracia. La natural condición democrática de la humanidad: libertad original, estado de naturaleza, contractualismo y democracia”, que estoy desarrollando en el CONICET<sup>1</sup>. Dos cosas deben

1 Mi reconocimiento al CONICET que aprobó el proyecto y financia la investigación, lo

señalarse. La primera, que, como se advierte por el epígrafe del trabajo y el título del proyecto de investigación, lo que se expondrá no es más que una parte de una tarea más ambiciosa.

En segundo término, más allá de los nombres de uno y otro, resultará conveniente una breve explicación de las razones que me llevan a indagar la trama del problema. Durante años me he encontrado merodeando el mismo tema que puede decirse es el punto de partida de la teoría política moderna, una reflexión acerca de la condición o estado original de la humanidad, sintetizada en una frase repetida en constituciones, libros y declaraciones de derechos: “Todos los hombres son libres e iguales por naturaleza”, nacemos todos en libertad e igualdad. Esta premisa condiciona el despliegue posterior de la totalidad de la teoría política en la Modernidad. De la libre e igual condición natural se sigue que nadie tiene por naturaleza el derecho a gobernar a los hombres, que la autoridad política y las instituciones de gobierno surgen no de la naturaleza sino por convención, que en la situación contractual o convencional de la vida política se debe respetar y garantizar aquella condición primaria de los hombres: la libertad e igualdad naturales, que tras el contrato social serán políticas.

Los elementos que configuran el pensamiento político moderno hasta nuestros días están claramente entrelazados: estado de naturaleza - contractualismo político - democracia; o, si se quiere: libertad natural - libertad política. “El derecho de naturaleza inspira el derecho político, que impide que las cualidades naturales se vean amenazadas en la práctica de la vida”, escribió con gran tino Paul Hazard<sup>2</sup>. Si bien hay una natural conexión entre los extremos (que podrían considerarse causa y efecto), es realmente raro encontrar ese vínculo tanto en los estudios históricos como en los jurídico-políticos y constitucionales. Al menos, no está esa relación reconocida de modo expreso.

En lo que sigue, quiero mostrar esa vinculación y extraer algunas consecuencias para la teoría política y el Derecho, particularmente el Público.

## II. La virtualidad del orden político-jurídico moderno

Hace ya un tiempo, en un libro que pasó casi inadvertido, Francesco Gentile demostró que el ordenamiento jurídico de la Modernidad era virtual, pues antes de la decisión que establece el Derecho sólo hay caos, des-

---

mismo que al Instituto de Ciencias Humanas, Sociales y Ambientales (INCIHUSA), del Centro Científico Tecnológico Mendoza, en el que tengo mi lugar de trabajo institucional.

<sup>2</sup> Hazard, P. (1988). *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*. Madrid. Alianza, 234.

orden, anarquía, que se convierten en un orden por la decisión de aquel que sanciona el Derecho. Es un orden decisionista, virtual, nunca real; y antinatural, porque supone la enemistad humana y no la natural amistad, ni la sociabilidad como virtud. El supuesto que subyace a esta virtualidad es el estado de naturaleza al que los hombres retornaríamos de desaparecer el Estado y el Derecho; estado de naturaleza que, sea por lo que fuere, siempre se convierte en un estado de guerra. Por tanto, si se quitara el Derecho (la ley en sentido moderno) o se aniquilara el Estado, volveríamos a la primitiva ley de la selva. Tal la premisa que legitima la *vis coercitiva* del ordenamiento jurídico-político de la Modernidad<sup>3</sup>.

¿De dónde procede esta abstrusa idea, que repiten juristas de la talla de Hans Kelsen y Santi Romano? Evidentemente, proviene de una concepción pesimista de la naturaleza humana, de una maldad natural intrínseca a las personas, que, en la Modernidad, reconoce paternidad en el protestantismo. D. Castellano ha señalado que las doctrinas modernas de la política y del Derecho Público dependen del protestantismo, son constructivistas<sup>4</sup>. Hay en esta afirmación dos extremos que es preciso aclarar.

### ***a. Protestantismo y constructivismo***

El primero es de fácil constatación, pues remite a la antropología luterana, la idea gnóstica del hombre acabado por el pecado, convertido en un itinerante miserable (no un bienaventurado peregrino), a quien ni tan siquiera la gracia divina lo mejora: ésta se solapa al hombre pecador y, sin cambiarlo, lo salva por la sola fe que el hombre recibe sólo por Cristo y de Él. Esta antropología es el fundamento de la virtualidad del orden político y jurídico moderno<sup>5</sup>; y de la ficción del estado de naturaleza que los teóricos pergeñaron. El Estado y la ley modernos son necesarios a causa de la naturaleza pecaminosa de los hombres, medios pensados para reprimir las naturales tendencias anárquicas y disolventes<sup>6</sup>.

El otro extremo es el constructivismo. Tomemos las palabras de Nicola Matteucci, para quien el estado de naturaleza es una “hipótesis

3 Gentile, F. (2001). *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*. Madrid. Marcial Pons.

4 Castellano, D. (2020). *Introducción a la filosofía de la política. Breve manual*. Madrid. Marcial Pons, 15-16.

5 Castellano, D. (2016). *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*. Madrid. Marcial Pons. Segovia, J. F. (2016). “Lutero y los orígenes religiosos de la secularización”. En Ayuso, M. (Ed.). *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*. Madrid. Marcial Pons, 49-84.

6 Cuando más adelante considere el contrato social, se verá cuán cierto es.

lógica negativa sobre cómo sería el hombre fuera de un contexto social y político, a fin de establecer las premisas para el real funcionamiento del poder político<sup>7</sup>. Para comprender su significado, conviene invertir los términos: el Estado (el poder político) garantiza la seguridad, la paz, el respeto de los derechos; si quitáramos el Estado, retrotraeríamos a la condición natural en la que la seguridad, la paz y el respeto de los derechos eran imposibles<sup>8</sup>.

El consenso, del cual el pacto o contrato es una modalidad, es el concepto que expone en términos políticos la constructivista gnoseología moderna. En efecto, Hobbes afirmó que el hombre sólo conoce con certeza lo que el hombre hace por sí mismo<sup>9</sup>. Tal idea tiene, de fondo, la impotencia de la razón moderna para conocer lo que las cosas son (los nominalistas, Descartes, Kant), y la reducción de la razón a la habilidad para construir reglas del hacer, para calcular las partes de una estructura que, articuladas en su conjunto, sirven al fin que la razón se propuso (nuevamente Hobbes)<sup>10</sup>. La razón que construye el mecanismo político (*Commonwealth*), al establecer arbitrariamente el fin al que debe servir, delimita primariamente separando los espacios públicos de los ambientes privados, abiertos aquéllos, cerrados éstos<sup>11</sup>.

Así procede el constructivismo moderno: si en el estado de naturaleza las relaciones humanas son o se han convertido en relaciones de fuerza ilegítima, violatorias de la igualdad y libertad naturales, la solución está en convertir esa dominación ilegítima en un poder legítimo fundándolo en “el consenso” que crea el Estado (*pactum societatis*) y establece su forma de gobierno (*pactum subiectionis*)<sup>12</sup>. Pero la fuerza no desaparece, las cadenas no

7 Matteucci, N. (2010). “Contractualismo”. En Matteucci, N. *El Estado moderno. Léxico y exploraciones*. Madrid. Unión Editorial - Universidad Francisco Marroquín, 111.

8 La excepción podría decirse que está en el marxismo: el aparato represivo estatal encubre la explotación del hombre por el hombre, el hombre alienado de sí, de los demás y de la naturaleza. Solución: llevado a su extremo absoluto el dominio estatal por la dictadura del proletariado, el Estado desaparecerá, dando paso a una comunidad libre de hombres reconciliados consigo mismo y con la naturaleza. La funesta lógica moderna llevada al absurdo.

9 Hobbes, Th. (1642). “De cive”. En Hobbes, Th. *The works of Thomas Hobbes*. II. London. John Bohn, XVIII.

10 Gillespie, M. A. (2008). *The theological origins of modernity*. Chicago & London. The University of Chicago Press, 231. “La ciencia, como Hobbes la entiende, hará posible que los seres humanos sobrevivan y prosperen en el caótico y peligroso mundo del Dios nominalista. Esta ciencia no busca el conocimiento de lo *qué es*, sino de *cómo* funcionan las cosas, es decir, *cómo* son o se las puede hacer o se puede impedir que sean. Tal conocimiento es un artificio, esto es, el conocimiento técnico o mecánico [...]”.

11 Walzer, M. (1984). “Liberalism and the art of separation”. *Political Theory* Nro. 12/3, 315-330.

12 La necesidad de los dos extremos fue expuesta por Gierke, O. (1950). *Natural law*

se rompen, se transforman en consentidas y, por ello, legítimas, tolerables. Sólo el Estado que persigue su propia autoconservación puede garantizar la conservación a los individuos que están bajo su dominio. La capacidad de discernir la extensión de lo público compete al Estado, pues lo público es el bien o interés del Estado, todo lo que atañe a su autoconservación. Porque si la máquina deja de funcionar, vuelve el caos, el desorden y la guerra de las dislocadas piezas mecánicas entre sí.

## ***b. Constructivismo y virtualidad***

D. Castellano, en el pasaje citado que ha dado pie a estas digresiones, afirmaba también que el constructivismo protestante está en la base de la teoría política y el Derecho Público modernos. No es difícil comprobarlo. Lo privado, separado de lo público, especifica los sitios o dominios del individuo o de la sociedad, que son libres en tanto cuanto no tienen incidencia en la autoconservación del Estado. Si se quiere, es el dominio de los derechos, de los intereses particulares o de los bienes privados, comenzando por la libre conciencia. Lo que significa que todo aquello que no es del Estado y que no lo afecta, puede caber en los módulos privados.

El constitucionalismo funciona con esta premisa, el arte de la separación: una parte del texto constitucional se dedica a las libertades, los derechos y las garantías; otra, generalmente la más extensa (a veces, la única), se detiene en los poderes del Estado, sus funciones y competencias. En este espacio, el poder; en aquél, la obediencia premiada con libertades que no causen daño al poder<sup>13</sup>. Por eso, en palabras de Matteucci, el pacto es “la condición formal de la existencia jurídica del Estado”<sup>14</sup>, se entienda por pacto ya la constitución moderna, ya el pacto en el que ésta se funda y que ella expresa. Cuando Michael P. Zuckert rastrea las ideas que se expresan en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 (el gobierno como artificio, el consentimiento como medio de instituir y controlar el poder político legítimo, la igualdad natural y el derecho originario a la revolución), no puede menos que destacar de qué manera el pensamiento moder-

---

*and the theory of society: 1500 to 1800*. Cambridge. Cambridge University Press, 33-61, 137-161.

<sup>13</sup> Los constitucionalistas dicen que no es lo mismo “reconocer” libertades (por ser antecedentes a la constitución) que “concederlas”. Si bien la distinción es justificada a nivel teórico/ideológico, carece de toda relevancia práctica/judicial. Los derechos son exigibles y justiciables en tanto positivos, se digan reconocidos o concedidos.

<sup>14</sup> Matteucci, N. (2010). “Contractualismo”. Ob. cit., 125.



no está en los antípodas de las observaciones aristotélicas. Según Zuckert: “Sólo una creación racional, no un crecimiento natural, puede producir un gobierno justo o bueno. Por lo tanto, el gobierno debe ser un artificio humano. Si artificio, entonces debe haber una situación (teórica) prepolítica en la que surge lo político y fuera de ella. Así, la idea del gobierno como artificio está también subordinada en última instancia al compromiso de asegurar los derechos”<sup>15</sup>.

Volvamos ahora a Gentile. Si el ordenamiento jurídico moderno es virtual se debe a que el criterio del ordenamiento, la idea que preside el orden, proviene de un proceso externo a la normación, es decir, artificial; de esta clase es la teoría de la *Grundnorm* o norma fundamental de Kelsen, que se origina en el criterio formulado por el operador jurídico, el constituyente, criterio propuesto y no puesto o dado, arbitrario, porque depende del querer del operador. El ordenamiento jurídico se convierte en un sistema de “representaciones convencionales de normas, elaboradas por la ciencia jurídica sobre la base del presupuesto de la norma fundamental”; no es un orden real sino virtual, esto es, un orden normativo que carece de correspondencia con el orden real, resultado de una operación de sistematización puramente hipotético-deductiva<sup>16</sup>. El ordenamiento jurídico es un constructo geométrico dependiente de la mente de su hacedor, como había propuesto Hobbes.

El presupuesto común a todos estos géometras del Derecho y la política, de Hobbes a Rousseau y de Locke a Rawls, es que las relaciones interindividuales son caóticas, el estado natural del hombre es el conflicto nacido del egoísmo. He aquí la flagrante contradicción de esta escuela, que consiste en pretender instituir un orden –virtual– partiendo de un no orden objetivo, real; así en Derecho como en política<sup>17</sup>.

### III. Acerca del estado de naturaleza

#### *a. Naturaleza, libertad e igualdad*

Lo que permite construir virtualmente un ordenamiento político-jurídico, el Estado de Derecho moderno, es el punto de partida consistente en la ficción de un estado de naturaleza en el que reina la enemistad, más o

15 Zuckert, M. P. (1994). *Natural rights and the new republicanism*. Princeton. Princeton University Press, 13.

16 Gentile, F. (2001). *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*. Ob. cit., 17-19.

17 Cfr. Gentile, F. (1983). *Intelligenza politica e ragion di Stato*. Milano. Giuffrè. Castellano, D. (1993). *La razionalità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 67-82.

menos gravosa, entre los hombres, pero que siempre hace imposible la vida en tal condición. En los contractualistas modernos la idea de dominio es extraña al estado de naturaleza, porque el poder de un hombre sobre otro conlleva la esclavitud o servidumbre de quien es sometido, lo que repugna a la condición naturalmente libre de todo ser humano. Ya Grotius lo sostiene: nadie es esclavo por naturaleza, la esclavitud es contraria a la condición natural<sup>18</sup>, de donde se deduce, como hizo Pufendorf, la igualdad de los hombres<sup>19</sup>. Locke recogerá ambos argumentos: en el estado de naturaleza los hombres son libres e iguales y nadie puede someterse por contrato a la esclavitud de otro ni sujetarse a un poder arbitrario<sup>20</sup>. Arbitrario se dice del poder no consentido por el sujeto sobre el que se ejerce. El poder, todo poder, en dicho estado natural, se entiende como coerción sobre la libertad humana, una negación de la naturaleza libre e igual de los hombres. Y si existe tal dominio en el estado de naturaleza es siempre considerado ilegítimo. Es así como el contractualismo pretende preservar la igualdad natural de los hombres pues nadie está autorizado a regir sobre los demás, porque la autoridad no es natural<sup>21</sup>.

Los modernos contractualistas, cualquiera sea su versión del estado de naturaleza, parten de la premisa de la ilegitimidad del poder o dominio en la condición natural del hombre, de modo que todo poder de un hombre sobre otro u otros es antinatural pues hace del subordinado un siervo, contraría su libertad natural. Parecería así repetirse la versión atribuida a San Agustín, cuando escribió: “*Rationalem factum ad imaginem suam no-luit nisi irrationabilibus dominari: non hominem homini, sed hominem pe-chori*”. Esto es, quiso Dios que el hombre racional, hecho a su imagen, dominara solamente a los irracionales, no el hombre al hombre, sino el hombre al ganado. Continúa San Agustín: “*Prima ergo servitutis causa peccatum est; ut homo homini conditionis vinculo subderetur [...]*”, es decir, la causa primera de la servidumbre es, pues, el pecado, que somete un hombre a

18 Grotius, H. (1625). *The rights of war and peace*. Indianapolis. Liberty Fund, III, 7, 1).

19 Pufendorf, F. (1672). *Le droit de la nature et des gens*. Amsterdam, III, 2, 8. La igualdad consiste en la privación de toda relación, el aislamiento de los individuos que los hace independientes, autónomos. Escribe Pufendorf, F. (1672). *Le droit de la nature et des gens*, cit. I, 1: “El Estado de naturaleza es aquel que acompaña al hombre desde el momento de su nacimiento, independientemente de toda voluntad humana y por un puro efecto de la institución divina”, pues los hombres no están en relación unos con otros, como no sea por “el vínculo simple y universal de la semejanza de su naturaleza con independencia de todo acto humano y de toda convención que los sujete a los otros de un modo particular”.

20 Locke, J. (1689). *Two treatises of government*. London, II, IV, 23.

21 Zuckert, M. P. (1994). *Natural rights and the new republicanism*. Ob. cit., 9. Riley, P. (1982). *Will and political legitimacy. A critical exposition of social contract theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, and Hegel*. Cambridge. Harvard University Press, x.

otro con el vínculo de subordinación<sup>22</sup>. En la versión contractualista, sin embargo, hay una notable omisión, la del pecado original. En efecto, lo que en Agustín significa el pecado original es desplazado (o reemplazado) por el pacto; la naturaleza caída del hombre (que lo convierte en peregrino y sujeto al poder humano) es reemplazada (o desplazada) por la idea de la libre voluntad, que hace del consenso/consentimiento el motivo de la sujeción humana<sup>23</sup>.

Cuando los contractualistas se refieren a la libertad natural como condición humana, no tratan de la libertad en sentido moral sino en su alcance jurídico y político, es decir, una facultad entendida ya como Derecho Subjetivo<sup>24</sup>: ser libre en el estado de naturaleza es no estar sometido a la voluntad/ley de otro, no sólo negativamente (no somos siervos, tampoco esclavos ni dominados) sino positivamente: tenemos el derecho de actuar conforme a nuestra voluntad. De aquí que el voluntarismo moderno nada tiene que ver con la doctrina clásica de la obediencia<sup>25</sup>. Se basa en la autodeterminación.

Para ilustrarlo tomo un caso ejemplar<sup>26</sup>. En Locke, el estado de la naturaleza es un elemento ajeno a la revelación bíblica. El paso del estado de inocencia a la condición después de la caída es muy diferente del paso del estado de la naturaleza al estado civil, como advirtió tiempo ha Leo Strauss, pues ni el castigo de la caída, ni la transgresión de Eva, influyen en su doctrina política<sup>27</sup>. Me atrevo a decir que el estado de naturaleza lockeano se parece más a la vida peregrina después de la caída que al estado

22 San Agustín (426). “La Ciudad de Dios”. En San Agustín. *Obras*. Madrid. BAC, XIX, XV.

23 Sternberger, D. (1992). “La vieja polémica acerca del origen de la dominación”. En Sternberger, D. *Dominación y acuerdo*. Barcelona. Gedisa, 33-34.

24 Brett, A. S. (2011). *Changes of state. Nature and the limits of the city in early modern natural law*. Princeton & Oxford. Princeton University Press, 95: “La esclavitud milita contra la esencia misma de la humanidad. El derecho es innato”.

25 Riley, P. (1982). *Will and political legitimacy. A critical exposition of social contract theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, and Hegel*. Ob. cit., 3-19, lo estudia especialmente con relación a Aristóteles y Platón, San Agustín y Santo Tomás de Aquino, Ockham, N. de Cusa y F. Suárez, concluyendo que, aunque las raíces del voluntarismo moderno pueden trazarse desde la escuela católica, aquél saca la voluntad de las esferas de la moral, el pecado y las buenas obras, para emplazarla en el fundamento de toda legitimidad social.

26 Ejemplar, digo, porque hay intérpretes que ligan el estado de naturaleza lockeano a la teología cristiana, si bien protestante. Cfr. Dunn, J. (1969). *The political thought of John Locke*. Cambridge. Cambridge University Press, cap. 9. La crítica en Segovia, J. F. (2014). *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*. Madrid. Marcial Pons, 137-146.

27 Strauss, L. (1953). *Natural right and history*. Chicago. University of Chicago Press, 215-216.

de inocencia *bíblico*, en un todo de acuerdo con la antropología teológica protestante. Porque hay un elemento que Locke subraya: la inseguridad que proviene de la falta de certeza, por el permanente contraste entre la tendencia a vivir pacífica y laboriosamente y el deseo natural de la felicidad personal, de modo tal que el hombre sólo puede ser feliz si es capaz de desarrollar su individualidad aun contra el provecho que obtiene del vivir con otros<sup>28</sup>.

## ***b. Estado de naturaleza y contractualismo***

El contractualismo típicamente moderno solamente cobra forma cuando el contrato social se idealiza como método de salida de una condición primigenia de los hombres, también idealizada, que impide llevar una vida humana, que se conoce con el nombre de estado de naturaleza. No es la vida buena la que resulta imposible en éste, es la vida a secas. En su clásico estudio lo ha reiterado Leo Strauss: “[...] el Estado es un cuerpo artificial nacido de una convención que viene a remediar los problemas del estado de naturaleza”<sup>29</sup>. Sociedad civil o Estado, y estado de naturaleza, son conceptos antitéticos, están en oposición y uno repele al otro. Lo natural está en contradicción con lo artificial/convencional.

El contractualismo moderno se perfecciona cuando, a las ideas del origen voluntario del gobierno y del poder originario de los individuos o la sociedad (genéricamente, la soberanía), se añade la de un estado natural, esto es, esa condición en la que “los individuos en un estado de naturaleza se reúnen para crear los artefactos de la sociedad y el gobierno”<sup>30</sup>. Es necesario al contractualismo que el Estado o la sociedad civil se consideren un artificio creado por la voluntad humana y no originado en la naturaleza. Pues si viniera de la naturaleza consagraría una dominación injusta. Esta es la función esencial del estado de naturaleza: exponer la génesis del Es-

28 Simmons, A. J. (1995). *On the edge of anarchy. Locke, consent, and the limits of society*. Princeton. Princeton University Press, 26.

29 Strauss, L. (1953). *Natural right and history*, Ob. cit., 254.

30 Kahn, V. A. (2004). *Wayward contracts. The crisis of political obligation in England, 1640-1674*. Princeton & Oxford. Princeton U.P., 10. Sin embargo, algunos estudiosos entienden que no es necesario recurrir a la ficción o mito del estado de naturaleza. Lamprecht, en un crítico examen de Hobbes, afirma que el estado de la naturaleza no es histórico sino analítico, no es más que una imagen del hombre como tal vez nunca se encuentra o encontrará. Lamprecht, S. P. (1940). “Hobbes and Hobbism”. *American Political Science Review* Nro. 34/1, 31-53. Podríamos seguir con las objeciones, que no modifican en el fondo la cuestión: sea una necesidad histórica o metodológica, sea una creencia o una táctica, lo cierto es que los contractualistas sostienen ese estado de naturaleza como previo al Estado.

tado y de su poder de obligar a los individuos. Y es también la función de la voluntad: establecer una cadena causal entre el origen y la conclusión (el efecto), entre la libertad natural y la obediencia al poder secular o religioso (la libertad civil)<sup>31</sup>.

El estado de naturaleza es parte de la narrativa del contractualismo<sup>32</sup>, claro que sí. Pero no es solamente una parte importante del relato, un engranaje de la historia, porque el contractualista es más que un género literario, es una teoría sobre el fundamento de la legitimidad del Estado. Ciertamente es que la construcción del estado de naturaleza sirve para mostrar la conveniencia del Estado; pero tiene también otra función: demarcar un ámbito de poderes, libertades o derechos, que no se pueden alienar, esto es, las ventajas que siendo naturales al hombre no pueden serles quitadas por el Estado, porque son las que lo constituyen como tal, especialmente la libertad y la igualdad, si bien amenazadas y siempre en riesgo. Si no hubiera “algo” de libertad en la condición natural de los hombres no habría modo de preservarla en la vida política; si la libertad no estuviera amenazada en el estado de naturaleza no tendría sentido resguardarla en la sociedad civil; si el hombre no tuviera cierta libertad el pacto no sería posible, no habría modo de realizarlo<sup>33</sup>.

El contrato como instrumento mediador entre el estado de naturaleza y el Estado es una suerte de reaseguro contra la tiranía, las cadenas ilegítimas. Lo es de por sí, desde que el Estado se pacta y construye como artefacto de seguridad o de pacificación<sup>34</sup>. Pero lo es también por una doble razón que está, algunas veces, implícita: de una parte, el estado de naturaleza es

31 Poder religioso también, por la divulgación entre las sectas protestantes de la naturaleza voluntaria de sus iglesias, instituidas por el consenso o acuerdo de los fieles, no divinamente. Así está tanto en Lutero como en Calvino, cuyos seguidores repetirán coherentemente. Por caso, Roger Williams escribió: “[...] la iglesia, o la compañía de fieles, sea verdadera o falsa, es semejante a un cuerpo o colegio de médicos en una ciudad, a una corporación, sociedad o la compañía de la India Oriental o de comerciantes de Turquía, o a cualquier sociedad o empresa en Londres [...]”. Williams, R. (1644). *The Bloody Tenent, Of Persecution, For Cause of Conscience*. London. J. Haddon, 46-47.

32 Dicus, A. (2015). “Some man’ and the savage”. *Prose Studies* Nro. 37/2, 97-111.

33 Caro, J. (2011). *The origins of free people*. New York & London. Continuum, 10 y 110: “Debe haber una pizca, un indicio, un mito, una creencia o una intuición de la libertad que vendrá para que lo que la amenaza pueda ser percibido y registrado como una amenaza para nuestra libertad”. Entonces, “la proto-libertad, por lo tanto, siempre requiere una cuidadosa, perfecta modulación”.

34 Pufendorf, S. (1673). *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*. Cambridge. Cambridge University Press, II, 6. 1: “Es evidente, en primer lugar, que el individuo encuentra en otros hombres, más que en las fortificaciones, las armas o los animales estúpidos, una defensa más útil y eficaz contra los males que la depravación humana amenaza con infligirle; y como el poder de un hombre es limitado en extensión, fue necesario que se combinara con otros hombres para lograr ese fin”.

irrepetible en su condición injusta, esto es, se sale de él para solucionar la injusticia (inseguridad, tiranía, ilegitimidad, etc.); no es una edad de oro, aunque pudo haberlo sido; no es un ideal al que volver, aunque contenga elementos ideales. De otra parte, porque lo retenido por los individuos, sus derechos y libertades, permite la resistencia al tirano, es decir, la libertad remanente (que ahora se goza en la sociedad civil) puede activar la desobediencia al gobierno que se hace injusto, tiránico, arbitrario, despótico<sup>35</sup>. Se puede considerar como paradigmática la Declaración de la Independencia redactada por Jefferson y la afirmación de que todas estas son “verdades evidentes”.

### ***c. Naturaleza y pasiones***

De esta índole antitética (una realidad alternativa hipotética, enfrentada a un orden coercitivo de garantías, la ilegitimidad de frente a la legitimidad), se concluye que el paso de un estado a otro no se produce “naturalmente”, por la fuerza de las cosas, espontáneamente, sino por acuerdos, es decir, a través de actos voluntarios por los que se manifiesta la intención de salir del estado de naturaleza. Razón por la cual el estado civil “no es natural” sino artificial, no es un producto de la cultura sino de la humana voluntad, y no de la naturaleza; su legitimidad no es independiente de la voluntad de los hombres que en él decidan vivir, pues “el principio de legitimidad de la sociedad política es el consenso”<sup>36</sup>.

Pero la función del estado de naturaleza no se agota en esto, es más que una “construcción mental contrafáctica”; es también una “herramienta heurística”, un ensayo de psicología política. Cuando los contractualistas diseñan, cada uno a su manera, el estado de naturaleza, tratan de descubrir cuál es la pasión dominante en los hombres, aquello que dirige o gobierna sus conductas, para así reconstruir la obligación política valiéndose de ese rasgo predominante, que se convertirá en la piedra angular de la sociedad civil<sup>37</sup>. De hecho, en los neocontractualistas, como John Rawls o David Gauthier, se reduce a esto último: el hecho ya no cuenta, el irrealismo se

35 Del derecho de resistencia, anclado en la libertad original en el estado de naturaleza, no podemos tratar acá.

36 Bobbio, N. (1986). “El modelo iusnaturalista”. En Bobbio, N. y Bovero, M. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. México. FCE, 55.

37 Es, por tanto, algo más que una “hipótesis lógica negativa” sobre la vida del hombre sin Estado, como vimos afirmó N. Matteucci (nota 7); porque esa vida *aestatal* permite construir el Estado según las tendencias humanas que la condición natural desnuda.

ha llevado al extremo, sólo valen las tendencias básicas de una psicología política constructivista.

En los primeros contractualistas se decía que ese motor primario de los hombres no era el bien o la virtud sino el “amor propio” (Rousseau), o el “temor a la muerte” (Hobbes), o la “propiedad privada” (Locke), todos nombres que indican la inclinación primaria de los individuos a la “autoconservación” o “propio interés”. Las pasiones o intereses podían ser un obstáculo al contrato (como lo eran a la vida silvestre o natural), pero reconducidas correctamente podían convertirse en motivo (causa) del consentimiento individual. La estrategia consistía en convertir el problema en una solución (“una forma de doblegar el entusiasmo político potencialmente subversivo”<sup>38</sup>), un procedimiento de cálculo que acabará canalizando las pasiones hacia el consentimiento<sup>39</sup>. No es la razón, afirma Hobbes, sino el odio, el temor, la esperanza, el amor o cualquiera otra pasión lo que lleva a los hombres al consentimiento<sup>40</sup>. Todo lo cual está en dependencia de una antropología de corte pesimista y materialista, que construye la sociedad civil sobre tendencias negativas que, contrapuestas, producen el efecto contrario (un orden virtual, el estatal). “El sujeto encarnado en las pasiones y los intereses, de una parte, y la construcción artificial de la obligación [política], de la otra, eran dos caras de la misma moneda”<sup>41</sup>.

La economía libidinal de la obligación política cambió decisivamente en el siglo XVII, desde que ya no será el amor al soberano lo que la explique sino el consentimiento basado en la consideración de las pasiones y los intereses del individuo<sup>42</sup>. De tal manera, un vínculo político establecido sobre las pasiones e intereses dominantes, afirma Victoria Kahn, será un vínculo legítimo (“el acto racional de la sujeción voluntaria”), mientras que el que se establezca sobre cualquiera otra base producirá un vínculo ilegítimo (“el acto irracional de la servidumbre voluntaria”<sup>43</sup>). Más adelante, David Hume

38 Kahn, V. A. (2004). *Wayward contracts. The crisis of political obligation in England, 1640-1674*. Ob. cit., 18.

39 *Ibidem*, 13 y 14. El interés, entiende Kahn, es una pasión confiable, de la que nos podemos fiar (aunque sea volátil).

40 Hobbes, Th. (1642). “De cive”. Ob. cit., I, 2, 1. Hobbes, Th. (1651). “Leviathan”. En Hobbes, Th. *The works of Thomas Hobbes*. III. London. John Bohn, I, XIII.

41 Kahn, V. A. (2004). *Wayward contracts. The crisis of political obligation in England, 1640-1674*. Ob. cit., 15.

42 Gunn, J. A. W. (1968). “Interest Will Not Lie: a seventeenth-century political maxim”. *Journal of the History of Ideas* Nro. 29/4, 551-564; y Hirschman, A. O. (1977). *Las pasiones y los intereses*. México. FCE.

43 Kahn, V. A. (2004). *Wayward contracts. The crisis of political obligation in England, 1640-1674*. Ob. cit., 58. En este escenario, añade Kahn, “los apetitos naturales del individuo proporcionan el motivo para el consentimiento, y el consentimiento legitima el poder coercitivo del Estado”.

rechazará la tesis contractualista pero reafirmará que la razón es o debe ser esclava de la pasión, asumiendo así la enseñanza hobbesiana<sup>44</sup>. Y ni qué decir de Rousseau y el elogio del *amour de soi*.

#### ***d. Precariedad del estado de naturaleza***

Si seguimos el razonamiento de Leo Strauss, en *Derecho Natural e historia* (1953), se puede distinguir la enseñanza clásica del iusnaturalismo –que toma al bien humano como fundamento moral de la vida política– de la teoría moderna nacida del convencionalismo iusnaturalista –que entiende superior la condición del estado de naturaleza (salvo Hobbes) a la de la sociedad civil<sup>45</sup>–; distinción expresada en la contradicción entre los deberes naturales y los Derechos Naturales, pues éstos son una reacción contra la teología y se sustentan en el naturalismo de las ciencias modernas recién nacidas<sup>46</sup>.

En la exposición de Strauss, entre la clasicidad y la Modernidad, se produce el paso de la filosofía –anclada en el orden divino– a la ciencia natural, cambio de marcha que es paralelo al tránsito del bien a las libertades, de los deberes a los derechos, de lo social a lo individual. Maquiavelo preparó el camino al moderno Derecho Natural, cuando descartó el estudio los fines de la vida política y se centró en la causa eficiente de ella, que es el conflicto inherente a toda comunidad humana. En consecuencia, la justicia es posterior a la vida política, pues sólo es posible dentro de un orden social establecido, de modo que la conservación y la defensa del orden político no están limitadas por los principios de la justicia. En Maquiavelo está el origen del positivismo jurídico que caracteriza a la Modernidad.

Preguntarse por la causa eficiente es inquirir por el origen que es la fundación de la ciudad, y el origen es siempre un caso extremo, mucho más revelador que los casos normales de las raíces de la sociedad civil. En el origen está la fuerza, las relaciones de fuerza entre los hombres. Y este dato será tomado por los iusnaturalistas del siglo XVII: las bases de la ley natural deben buscarse, afirma Strauss, “no en el fin del hombre, sino en su origen”<sup>47</sup>. De tal modo el iusnaturalismo racionalista desecha por completo

44 Hume, D. (1739). *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid. Tecnos, II, III, III: “La razón es, y sólo debe ser, esclava de las pasiones, y no puede pretender otro oficio que el de servir las y obedecerlas”.

45 Strauss, L. (1953). *Natural right and history*. Ob. cit., 184.

46 *Ibidem*, 164 y 186.

47 Strauss, L. (October 1950). “On the spirit of Hobbes’ political philosophy”. *Revue Internationale de Philosophie* Nro. 4/14, 415-416. También Strauss, L. (1953). *Natural right and history*. Ob. cit., 177-180.



el Derecho Natural de corte aristotélico: lo justo y lo virtuoso no están en el comienzo de la vida política; en éste sólo se encuentra poder o fuerza, la lucha por la autosubsistencia de individuos enfrentados entre sí.

Dicho de otro modo: el Derecho (o la ley) Natural clásico dice de un orden divino que el hombre participa y realiza; el Derecho Natural moderno, en cambio, es una afirmación de lo específicamente humano, de lo humano inmanente, no trascendente<sup>48</sup>. Si la Iglesia fue en el medioevo (lo será siempre) la custodia de la ley natural, en la Modernidad lo será el Estado, que no es más que la voluntad de los individuos que forman la colectividad, lo que importa la primacía, en definitiva, de la ley positiva. Nuevamente, por otro camino, se comprueba que el Estado es hijo y agente, a la vez, de la secularización de la política<sup>49</sup>.

Con todo lo que podamos observar de acertado en el fino examen de Strauss —que hemos visto comprobado con otros testimonios—, hay un punto que debe corregirse: la superioridad del estado de naturaleza es, para todos, derrotable por la sociedad civil o Estado; esa exaltada apreciación de lo natural es solamente teórica (diría que hasta retórica), pues el tránsito al Estado es prácticamente irrenunciable, por necesario. Bien dice Brett que una de las señas clave de la ley natural en la Modernidad temprana es la generalizada comprensión de la “insostenibilidad de una condición de igual libertad natural gobernada sólo por la ley natural”<sup>50</sup>. Esto es, la fundación de los Estados es siempre necesaria, lo que tiene también enormes efectos. La ley natural, por comenzar, también es derrotable: para los contractualis-

48 En Rousseau, lo natural es ambiguo, contradictorio. Por caso, en las páginas finales del *Emilio*, escribe con ecos luteranos y calvinistas: “Pero las leyes eternas de la naturaleza y del orden existen. Actúan como una ley positiva para los sabios; ellas están escritas en lo más profundo de su corazón por la conciencia y la razón; es a ellas a las que debe esclavizarse para ser libre; y no hay más esclavo que el que hace el mal, pues siempre lo hace a pesar de sí mismo. La libertad no está en ninguna forma de gobierno, está en el corazón del hombre libre, la lleva consigo a todas partes. El hombre vil lleva a todas partes la servidumbre. El uno sería esclavo en Ginebra y el otro libre en París”. Rousseau, J. J. (1762). “Émile ou de l’éducation”. En *Œuvres*. VIII y IX. Paris. Lequien, 447. En el *Contrato Social* asevera que lo natural es algo instintivo, grabado en el corazón de los hombres, no en piedra o bronce (II, XII), pero lo social de lo natural no nace sino de la voluntad que hace el contrato (I, I). Rousseau, J. J. (1762). “Du contrat social ou Principes de Droit Politique”. En *Œuvres*. V. Paris. Lequien, 98 y 158.

49 Haakonssen, K. (1996). *Natural law and moral philosophy. From Grotius to the Scottish Enlightenment*. Cambridge. Cambridge University Press, 31: “Hobbes, al igual que Grotius, trabajan *prima facie* bajo una ambigüedad. Por un lado, ambos escriben desde un punto de vista teísta según el cual la vida y la moral es parte de la dispensa divina. Por otro lado, pretenden dar cuenta del aspecto moral de esta exención de tal manera que explique cómo las personas sin creencias teístas pueden tener una vida moral”.

50 Brett, A. S. (2011). *Changes of state. Nature and the limits of the city in early modern natural law*. Ob. cit., 115.

tas es nada más que un punto de partida inicial a superar por la ley positiva del soberano<sup>51</sup>.

Es cierto que la permanencia de resabios del estado de naturaleza en el Estado pactado podría significar que aquél es, en cierto modo, mejor, pero contra esto batalla la inevitabilidad del Estado pacticio (con todo lo lamentable que esto pueda significar a los románticos) y la superioridad de la ley positiva sobre la natural. La fuerza individual se derrota con la fuerza colectiva, pues aquélla es caótica y ésta es organizada; aquélla es ilegítima, está goza de plena legitimidad. Dejar la naturaleza es requisito indispensable para seguir con vida, pues el vivir humano exige la desnaturación de la vida<sup>52</sup>. Por eso la autoconservación individual, una vez constituido el Estado, permanece en el limbo, como un derecho ambiguo, que no puede ser negado (así Hobbes o Locke) pero tampoco admitido o reconocido (Rousseau y Kant). Lo que prueba, una vez más, que en el convencionalismo lo justo no puede ser natural<sup>53</sup>. La justicia es posterior a la naturaleza, la establece la voluntad humana colectiva, el Estado.

Este hecho, el que el estado de naturaleza sea precario y que el Estado civil se vuelva necesario, puede decirse de otro modo: en el corazón del Estado moderno está instalada la pugna entre la razón de Estado (la auto-subsistencia del Estado) y la razón de los derechos (la autoconservación de los individuos), entre una Modernidad sólida y otra líquida. Si la primacía se concede a la razón de Estado, los individuos deben resignarse a respetar su voluntad, aunque les sea perjudicial o contravenga sus intereses. En cambio, si se privilegia la razón de los derechos, entonces el Estado queda sometido a los intereses y voluntades individuales convertidos en norma. En el primer caso, se garantiza un ordenamiento coercitivo; en el segundo,

51 Esto significa que la moralidad es también absorbida por el Estado, incluso en Locke que, en el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, la ha sustraído al remitirla a su registro sociológico, la ley de la moda, que acaba siendo interpretada por la ley humana o civil. Segovia, J. F. (2014). “John Locke y la ley de la moda. De la teología a la sociología de la ley natural”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* Nro. XXXVI, 467-479.

52 Rousseau, J. J. (1762). “*Émile ou de l'éducation*”. Ob. cit., VIII, 458, dice que al querer “formar al hombre de la naturaleza, no se trata de convertirlo en un salvaje y relegarlo al fondo del bosque; sino que encerrado en el torbellino social, le sea suficiente no dejarse llevar ni por las pasiones ni las opiniones de los hombres; que vea por sus propios ojos y sienta por su corazón; que ninguna autoridad lo gobierne fuera de su propia razón”. El arte humano, escribe también Rousseau, debe ser lo suficientemente inteligente para “prevenir que el hombre social se convierta en completamente artificial” (IX, 121). La naturaleza no se conserva pero se transmuta o convierte, como afirma en el *Contrato Social*. Antes del pacto éramos libres y después de él seguiremos tan libres como éramos.

53 Strauss, L. (1953). *Natural right and history*. Ob. cit., 11.

se avalan libertades que erosionan el ordenamiento y hacen sucumbir la coerción jurídica<sup>54</sup>.

Si la observación es correcta, en los momentos de Modernidad sólida, la dureza de la ley estatal quisiera borrar los recuerdos del hombre natural, domeñándolo y convirtiéndolo en otro hombre, en el ciudadano que pretendía Rousseau; y cuando esa ley se torna porosa y deja correr por sus grietas la fluidez de la vida, los intereses de los individuos y los grupos reinstalan en el seno del Estado líquido las pasiones del estado de naturaleza, el Emilio educado por Rousseau. Danilo Castellano ha dicho, en consecuencia, que el Estado moderno vive de esta contradicción que hace presente el estado de naturaleza en cualquier momento, institucionalizando un estado de guerra<sup>55</sup>.

### ***e. El estado de naturaleza y discontinuidad de la vida humana***

El contractualismo introduce la discontinuidad en la existencia humana: el contrato es como un nudo a mitad de una cuerda que divide la vida en un momento “pre” y un momento “post”, entre lo “natural” y lo “artificial”, entre lo “forzado” y lo “voluntario”, lo “ilegítimo” y lo “legítimo”. De esta manera, rompe con la observación aristotélica de la simultaneidad de lo social y lo político, de la continuidad de lo natural en lo social, estableciendo un anterior y un posterior en una cadena causal de la voluntad. Rompe también con otra constatación aristotélica, la de la naturalidad de la ciudad, poniendo en su lugar la artificialidad de lo posterior (el Estado), en contraste con la naturalidad de lo anterior (la existencia natural). Si la comunidad política no viene de la naturaleza, sino que es un artificio surgido de humanas convenciones, también lo será la autoridad o poder político; pues siendo éste inherente a aquélla, no puede haber una autoridad natural.

Pero hay más: mientras que la filosofía clásica entendía a la naturaleza como perfectiva del hombre (pues es la forma que tiende al fin del ser), en el convencionalismo moderno la naturaleza se convierte en un estadio denigrante de la vida humana, que entra en contradicción con los deseos/pasiones de los hombres. Para Hobbes, la vida es imposible, una guerra a muerte; para Locke, es una amenaza permanente a los Derechos Naturales, en especial, la propiedad privada; según Rousseau, no existe la moralidad y el hombre se vuelve esclavo del poderoso; etc. En todo caso, siempre el

<sup>54</sup> Los ejemplos de nuestros días, en todo el mundo, si se comparan con los de hace medio siglo, también en todo el mundo, bastan para probar lo dicho.

<sup>55</sup> Castellano, D. (1993). *La razionalità della politica*. Ob. cit., 35, 139-140, 145, 147.

problema primario es el hombre mismo, el hombre natural<sup>56</sup>. Lo natural es malo; el bien, si lo hay, supone la necesaria desnaturación de los hombres<sup>57</sup>, es decir, la convencionalidad de la moral, del Derecho y la política. “Construir el espacio cívico”, el espacio de la racionalidad compartida –se diría hoy–, importa la adopción de reglas convenidas por los hombres, no el seguimiento de las leyes naturales. Y esas reglas convenidas están en el pacto social.

## Referencias

- Bobbio, N. (1986). “El modelo iusnaturalista”. En Bobbio, N. y Bovero, M. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. México. FCE, 13-145.
- Brett, A. S. (2011). *Changes of state. Nature and the limits of the city in early modern natural law*. Princeton & Oxford. Princeton University Press.
- Caro, J. (2011). *The origins of free people*. New York & London. Continuum.
- Castellano, D. (2020). *Introducción a la filosofía de la política. Breve manual*. Madrid. Marcial Pons.
- Castellano, D. (2016). *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*. Madrid. Marcial Pons.
- Castellano, D. (1993). *La razionalità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Dicus, A. (2015). “‘Some man’ and the savage”. *Prose Studies* Nro. 37/2, 97-111.
- Dunn, J. (1969). *The political thought of John Locke*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Gentile, F. (2001). *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*. Madrid. Marcial Pons.
- Gentile, F. (1983). *Intelligenza politica e ragion di Stato*. Milano. Giuffrè.
- Gierke, O. (1950). *Natural law and the theory of society: 1500 to 1800*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Gillespie, M. A. (2008). *The theological origins of modernity*. Chicago & London. The University of Chicago Press.
- Grotius, H. (1625). *The rights of war and peace*. Indianapolis. Liberty Fund (2005).
- Gunn, J. A. W. (October-December 1968). “Interest Will Not Lie: a seventeenth-century political maxim”. *Journal of the History of Ideas* Nro. 29/4, 551-564.
- Haakonssen, K. (1996). *Natural law and moral philosophy. From Grotius to the Scottish Enlightenment*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Hazard, P. (1988). *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*. Madrid. Alianza.

56 Pufendorf, S. (1673). *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*. Ob. cit., II, 5, 6 [3]: “Ningún animal es más feroz que el hombre, ninguno más salvaje y propenso a los mayores vicios perturbadores de la paz de la sociedad”.

57 Hobbes, Th. (1651). “Leviathan”. Ob. cit., I, XIII: “Al hombre, que no haya sopesado bien estas cosas, puede parecer extraño que la naturaleza venga a disociar y haga a los hombres aptos para invadir y destruirse mutuamente [...]”.

- Hirschman, A. O. (1977). *Las pasiones y los intereses*. México. FCE.
- Hobbes, Th. (1651). “Leviathan”. En Hobbes, Th. *The works of Thomas Hobbes*. III. London. John Bohn. 1839.
- Hobbes, Th. (1642). “De cive”. En Hobbes, Th. *The works of Thomas Hobbes*. II. London. John Bohn. 1839.
- Hume, D. (1739). *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid. Tecnos. 1992.
- Kahn, V. A. (2004). *Wayward contracts. The crisis of political obligation in England, 1640-1674*. Princeton & Oxford. Princeton U.P.
- Lamprecht, S. P. (1940). “Hobbes and Hobbism”. *American Political Science Review* Nro. 34/1, 31-53.
- Locke, J. (1689). *Two treatises of government*. London. 1768.
- Matteucci, N. (2010). “Contractualismo”. En Matteucci, N. *El Estado moderno. Léxico y exploraciones*. Madrid. Unión Editorial - Universidad Francisco Marroquín, 107-133.
- Pufendorf, S. (1673). *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*. Cambridge. Cambridge University Press. 2006.
- Pufendorf, F. (1672). *Le droit de la nature et des gens*. Amsterdam. 1734.
- Riley, P. (1982). *Will and political legitimacy. A critical exposition of social contract theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, and Hegel*. Cambridge. Harvard University Press.
- Rousseau, J. J. (1762). “Du contrat social ou Principes de Droit Politique”. En *Œuvres*. V. Paris. Lequien. 1821.
- Rousseau, J. J. (1762). “Émile ou de l'éducation”. En *Œuvres*. VIII y IX. Paris. Lequien. 1821.
- San Agustín (426). “La Ciudad de Dios”. En San Agustín. *Obras*. XVI y XVII. Madrid. BAC. 1958.
- Segovia, J. F. (2016). “Lutero y los orígenes religiosos de la secularización”. En Ayuso, M. (Ed.). *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*. Madrid. Marcial Pons, 49-84.
- Segovia, J. F. (2014). *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*. Madrid. Marcial Pons.
- Segovia, J. F. (2014). “John Locke y la ley de la moda. De la teología a la sociología de la ley natural”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* Nro. XXXVI, 467-479.
- Simmons, A. J. (1995). *On the edge of anarchy. Locke, consent, and the limits of society*. Princeton. Princeton University Press.
- Sternberger, D. (1992). “La vieja polémica acerca del origen de la dominación”. En Sternberger, D. *Dominación y acuerdo*. Barcelona. Gedisa, 29-41.
- Strauss, L. (1953). *Natural right and history*. Chicago. University of Chicago Press.
- Strauss, L. (October 1950). “On the spirit of Hobbes' political philosophy”. *Revue Internationale de Philosophie* Nro. 4/14, 405-431.
- Walzer, M. (August 1984). “Liberalism and the art of separation”. *Political Theory* Nro. 12/3, 315-330.
- Williams, R. (1644). *The Bloody Tenent, Of Persecution, For Cause of Conscience*. London. J. Haddon. 1848.
- Zuckert, M. P. (1994). *Natural rights and the new republicanism*. Princeton. Princeton University Press.



## **PARTE III**

### **NOTAS Y COMENTARIOS**





# **AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES Y PROFESORES DE RELIGIÓN: EL CASO “FERNÁNDEZ MARTÍNEZ C/ ESPAÑA”<sup>1</sup>**

**Gonzalo Castellanos**

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: gonzalomcastellanos@gmail.com

Recibido: 24 de febrero de 2021

Aprobado: 5 de marzo de 2021

## **Para citar este artículo:**

Castellanos, G. (2021). “Autonomía de las confesiones y profesores de religión: El caso ‘Fernández Martínez c/ España’”, *Prudentia Iuris*, N. 91, pp. 225-238

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.225-238>

**Resumen:** Se trata del caso de un profesor de religión y moral católica de un centro docente público en Murcia (España), a quien el Obispado no le renovó el certificado de idoneidad, que le autoriza a ejercer como profesor de religión, debido a que ha mantenido públicamente una conducta y opiniones en abierto contraste con el Magisterio de la Iglesia Católica. Se plantea la autonomía de la Iglesia Católica para juzgar la idoneidad

1 Este artículo corresponde al Proyecto de Investigación IUS 2019/2021, “Libertad religiosa: la objeción de conciencia institucional o el derecho de autonomía de las instituciones y el acomodamiento razonable. Una mirada desde la jurisprudencia nacional y el Derecho Comparado”, dirigido por la Dra. Débora Ranieri, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. Agradezco a los Dres. María Inés Franck, Débora Ranieri y Nicolás Lafferriere, por los valiosos aportes realizados a este trabajo.

del profesor de religión, el derecho de no proponer a docentes que han perdido esta cualidad y los estándares de interpretación que surgen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en orden a un legítimo control jurisdiccional.

**Palabras clave:** Juicio de idoneidad, Autonomía de las confesiones, Control jurisdiccional, Deber de neutralidad estatal.

## **Autonomy of the Confessions and Professors of Religion: The Case “Fernández Martínez v/ España”**

**Abstract:** This is the case of a professor of religion and Catholic morality at a public educational center in Murcia (Spain), whose certificate of suitability was not renewed by the Bishopric, which authorizes him to practice as a religion teacher, due to the fact that he has publicly maintained a conduct and opinions in open contrast with the Magisterium of the Catholic Church. It raises the autonomy of the Catholic Church to judge the suitability of the religion teacher, the right not to propose teachers who have lost this quality and the standards of interpretation that arise from the European Court of Human Rights in order to a legitimate jurisdictional control.

**Keywords:** *Judgment of suitability, Autonomy of confessions, Jurisdictional control, Duty of state neutrality.*

## **Autonomia delle confessioni e insegnanti di religione: Il caso “Fernández Martínez c/ España”**

**Sommario:** È il caso di un professore di religione e morale cattolica presso un centro educativo pubblico a Murcia (Spagna), il cui certificato di idoneità non è stato rinnovato dal Vescovado, che lo autorizza a esercitare come insegnante di religione, per il fatto che ha pubblicamente mantenuto una condotta e opinioni in aperto contrasto con il Magistero della Chiesa Cattolica. Solleva l'autonomia della Chiesa cattolica nel giudicare l'idoneità dell'insegnante di religione, il diritto di non proporre insegnanti che abbiano perso questa qualità e gli standard interpretativi che derivano dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai fini di un legittimo controllo giurisdizionale.

**Parole chiave:** Giudizio di idoneità, Autonomia delle confessioni, Controllo giurisdizionale, Doveri di neutralità dello stato.

## 1) Introducción

El Sr. Fernández Martínez se había desempeñado como profesor de religión católica en un centro docente público de España (Murcia), hasta que el Obispado no le renovó el certificado de idoneidad que lo habilitaba para el ejercicio de dicha función.

A juicio del episcopado, el actor dejó de ser idóneo para la enseñanza religiosa, ya que, por un lado, habiendo sido ordenado sacerdote, solicitó dispensa y, antes de obtener el rescripto, se casó y fue padre de cinco hijos; y, por otro lado, pertenecía al movimiento pro-celibato opcional, defendiendo ideas ajenas a la doctrina católica; todo ello, dado a conocer públicamente en el periódico *La Verdad* de Murcia.

Fernández Martínez impugnó la no renovación del certificado de idoneidad, transitando diversas etapas de revisión, hasta llegar a la Corte Europea de Derechos Humanos, que juzgó el caso en dos oportunidades, 15/5/2012 y 12/6/2014.

Nos proponemos abordar el caso, de conformidad al siguiente plan: primero, aproximarnos a la noción de la idoneidad del profesor de religión católica, para cotejar si la decisión del episcopado se ajusta a las normas del Derecho Canónico; y segundo, verificar si el control jurisdiccional ejercido en la especie ha sido respetuoso de la autonomía de la Iglesia Católica en este ámbito.

Nos interesa abordar este tema, pues no es la única vez que se ha sometido a control jurisdiccional el cese de los profesores de religión por pérdida de idoneidad.

En el ámbito europeo, luego del caso “Fernández Martínez *c/* España”, el Tribunal de Estrasburgo, en fecha 4/10/2016, ha tenido oportunidad de juzgar el caso “Travas *c/* Croacia”, referido al despido de un profesor de religión, a quien se le retiró la *missio canónica* para enseñar, debido a que había contraído matrimonio civil estando previamente casado canónicamente con otra persona.

Mientras que, en el ámbito latinoamericano, se presenta el caso “Pavez Pavez, Sandra Cecilia *c/* Chile”, en donde le negaron a la actora el certificado de idoneidad para enseñar religión, porque el Ordinario del lugar consideró que su orientación sexual era incompatible con la docencia. Este caso cuenta con informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (7/12/2018) y, a la fecha de publicación de este artículo, se encuentra pendiente de resolución ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En suma, tratase de casos en los que corresponde delimitar de manera precisa los distintos ámbitos de actuación –civil y religioso–, sin interferencias recíprocas, para que las confesiones religiosas no invadan los asuntos del Estado, y a su vez, el Estado no invada los asuntos de las confesiones religiosas.

## 2) Los hechos del caso

El actor, José Antonio Fernández Martínez, ordenado sacerdote de la Iglesia Católica en 1961, solicitó al Vaticano dispensa de los votos de celibato en el año 1984.

En mayo de 1985, contrajo matrimonio civil, del cual nacieron cinco hijos.

A partir del 1º de octubre de 1991, el Sr. Fernández Martínez ejerció como profesor de religión y moral católica en un instituto público de Murcia (España), en base a un contrato de trabajo anual renovable, siendo para ello propuesto anualmente por el Obispo de Cartagena.

En noviembre de 1996, el periódico *La Verdad* de Murcia publicó un artículo sobre el “Movimiento Pro-Celibato Opcional” (MOCEOP). En una fotografía, el demandante aparecía con su esposa y sus cinco hijos con ocasión de una de las reuniones del movimiento, del cual era miembro activo. La crónica se hacía eco de las opiniones de los miembros del movimiento que reclamaban a las autoridades eclesiásticas el celibato opcional, abogando por una Iglesia “más democrática”, exponiendo además su desacuerdo con ciertos aspectos del magisterio católico en temas como el aborto, el divorcio, la sexualidad y el control de la natalidad.

En fecha 20 de agosto de 1997, el Santo Padre concedió al actor la dispensa de celibato solicitada trece años atrás. En el rescripto de dispensa se indicaba que el peticionario no podría ser profesor de religión católica en centros educativos públicos a menos que el Obispo así lo autorizase a su prudente juicio, y siempre y cuando no hubiese riesgo de escándalo.

El 29 de septiembre de 1997, la Diócesis de Cartagena comunicó a las autoridades educativas su resolución de no proponer la renovación del contrato del demandante como profesor de religión y moral católica para el año escolar 1997-1998.

Como consecuencia de dicha comunicación, en fecha 9 de octubre de 1997, el Ministerio de Educación hizo saber al hasta entonces maestro que su contrato se daba por finalizado a partir del 29 de septiembre de 1997.

## 3) Los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Sr. Fernández Martínez inició entonces un procedimiento que fue sorteando sucesivas instancias procesales, siendo el caso juzgado en dos oportunidades por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A través de Sentencia del 15/5/2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en Sala, por 6 votos contra 1, declaró

que no hubo violación al derecho a la vida privada y familiar del accionante (art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>2</sup>).

En tal pronunciamiento, la Sala del Tribunal Europeo apreció que las circunstancias que motivaron la no renovación del contrato del demandante son de naturaleza estrictamente religiosa<sup>3</sup>, añadiendo que en el caso se había quebrado el vínculo de confianza que unía al docente con la Iglesia Católica, no siendo irrazonable exigir una obligación de lealtad acrecentada por parte del profesor de religión<sup>4</sup>.

Contra esta decisión, el afectado solicitó una nueva revisión de la causa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por Sentencia de fecha 12/6/2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reunido en Gran Sala, por 9 votos contra 8, declaró que no hubo violación al artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que la injerencia en la vida privada del demandante no fue desproporcionada.

La Gran Sala estimó que el demandante, al firmar sus contratos de trabajo sucesivos, aceptó un deber de lealtad acrecentado hacia la Iglesia Católica, lo que ha limitado, en cierta medida, la extensión de su derecho a la vida privada y familiar, limitaciones semejantes que fueron libremente consentidas<sup>5</sup>.

Seguidamente señaló que, lo que justifica el deber de lealtad acrecentado, resulta del hecho de que para ser creíble, la enseñanza de una religión debe ser realizada por una persona cuyo modo de vida y declaraciones públicas no entren en contradicción flagrante con la religión en cuestión, sobre todo cuando ésta pretende regir la vida privada y las convicciones personales de sus adeptos<sup>6</sup>.

Finalmente, el Tribunal de Estrasburgo afirmó que las autoridades nacionales no pueden pronunciarse sobre el contenido de nociones de carácter religioso, tales como el escándalo o el celibato de los sacerdotes, atento a la autonomía de las comunidades religiosas y al principio de neutralidad religiosa del Estado<sup>7</sup>.

2 Art. 8° CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

3 Cfr. punto 84, Sentencia TEDH del 15/5/2012.

4 Cfr. punto 85, Sentencia TEDH del 15/5/2012.

5 Ver punto 135, Sentencia TEDH del 12/6/2014.

6 Ver punto 138, Sentencia TEDH del 12/6/2014.

7 Ver punto 149, Sentencia TEDH del 12/6/2014.

#### **4) La idoneidad del profesor de religión y el deber de lealtad acrecentado. Canon 804.2 del Código de Derecho Canónico**

El canon 804.2 del Código de Derecho Canónico establece: “[...] cuida el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica”.

De acuerdo a la citada norma canónica, la idoneidad del profesor de religión católica implica tres aspectos: idoneidad doctrinal, idoneidad moral e idoneidad profesional.

La idoneidad doctrinal corresponde a la recta doctrina; la idoneidad moral, al testimonio de vida cristiana; y la idoneidad profesional, a la aptitud pedagógica. Dicho en otros términos, son tres los requisitos que deben cumplir los profesores de enseñanza religiosa católica en las escuelas: dos de índole religiosa (recta doctrina y testimonio de vida cristiana) y uno de naturaleza técnica (aptitud pedagógica)<sup>8</sup>.

Al respecto, sostiene Precht Pizarro: “En primer lugar, la idoneidad profesional significa contar con las herramientas pedagógicas necesarias para enseñar (en general) y para enseñar Religión (en particular) [...]. En segundo lugar, la idoneidad doctrinal. Es evidente que la autoridad religiosa que emita un certificado de idoneidad debe asegurarse que la enseñanza impartida corresponda a la doctrina oficial de la Religión. Y, en tercer lugar, la idoneidad moral, ya que de toda creencia religiosa (e incluso de una creencia no religiosa) se desprende un comportamiento moral derivado de esa creencia. El docente debe ser coherente con la conducta exigida a los miembros de su Religión. La autoridad religiosa debe velar no solo porque se enseñe una doctrina recta, sino porque el docente sea consecuente, a lo menos, en los puntos más cruciales de esa moral. El docente de Religión no solo enseña con su palabra, sino ante todo con su ejemplo. Lo contrario movería a escándalo”<sup>9</sup>.

Según Otaduy Guerín, “la idoneidad excede el ámbito de la aptitud profesional, computable mediante titulaciones, méritos y baremos, y su valoración se abre a la esfera de cualidades y circunstancias personales”<sup>10</sup>.

8 Cfr. Otaduy Guerín, J. (2013). “La idoneidad de los profesores de religión católica y su desarrollo jurisprudencial en España”. *Revista Estudios Eclesiásticos*, Vol. 88, Nro. 347, 855.

9 Precht Pizarro, J. (2008). “Idoneidad del profesor de religión”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Nro. 3, 522-523.

10 Otaduy Guerín, J. (2006). “Relación jurídica de los profesores de Religión en España. La dimensión canónica”. *Ius Canonicum*, Vol. 46, Nro. 92, 467.

En la misma dirección, Valero Estarellas ha precisado: “[...] corresponde a la Iglesia no sólo la determinación de la capacidad académica o técnica del profesor, sino también la verificación de aquellos aspectos de su vida personal que acrediten un modo de vida acorde con su fe, verificación que excede del ámbito estrictamente profesional y que además se prolonga a lo largo de todo el tiempo que dure la actividad docente”<sup>11</sup>.

Es decir, la idoneidad canónica del profesor de religión católica comprende la exigencia de brindar recta doctrina, ser testimonio de vida cristiana y contar con aptitud pedagógica, resultando suficiente la ausencia de cualquiera de estos elementos, al inicio o a lo largo de la relación contractual, para determinar la falta de idoneidad del profesor de religión católica.

Es que, como dijo el Superior Tribunal Constitucional Español en Sentencia N° 38/2007, el juicio de idoneidad no se limita a conocimientos dogmáticos o aptitudes pedagógicas, sino que se extiende al testimonio personal y al ejemplo, “instrumento que la Iglesia puede legítimamente estimar como irrenunciable”<sup>12</sup>.

En este contexto, Cenalmor y Miras señalan: “[...] es natural que la Iglesia pida ciertas condiciones de idoneidad y de coherencia de vida cristiana a quienes enseñan religión católica; de otro modo, quedaría desvirtuada esa labor por su escasa solidez científica o por la desedificación que supone la vida del profesor”<sup>13</sup>.

De allí que, a criterio de Fernández Márquez, “la confesión católica puede exigir no sólo que los profesores sepan religión católica sino que sean ellos mismos creyentes y practicantes del catolicismo, de modo que puedan estar en posición de dar ejemplo y dar testimonio de vida católica a los alumnos”<sup>14</sup>.

Ahora bien, en el caso de Fernández Martínez, la pérdida de la idoneidad del profesor de religión y moral católica se configuró —a nuestro juicio— en base a dos motivos: 1) como miembro activo del Movimiento Pro-Celibato Opcional, defendía públicamente ideas que no se ajustaban a la recta doctrina (celibato opcional, Iglesia “más democrática”, y desacuerdo en temas como el aborto, el divorcio, la sexualidad y el control de la natalidad); 2) habiéndose ordenado sacerdote, luego como esposo y padre de cinco hijos, no exponía testimonio de vida cristiana.

11 Valero Estarellas, M. J. (2013). “El derecho de los profesores de religión católica al respeto de su vida privada y familiar”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nro. 33, 7.

12 Sentencia STC N° 38 del 15/2/2007, punto II-5.

13 Cenalmor, D.; Miras, J. (2004). *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho Canónico*. Pamplona. Eunsa, 349.

14 Fernández Márquez, O. (2008). “La designación del profesorado de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza. Estado de la cuestión tras la STC 38/2007, de 15 de febrero”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 84, 321.



Todo ello, dado a conocer públicamente en el artículo publicado en noviembre de 1996 por el periódico *La Verdad* de Murcia, donde el demandante aparecía en una fotografía con su esposa y sus cinco hijos.

Así las cosas, como expresa Gil y Gil, “lejos de ejercitar un derecho fundamental digno de protección en el caso enjuiciado, el sacerdote se inhabilitó y perdió la idoneidad para el puesto que desempeñaba”<sup>15</sup>.

En efecto, apunta Gas Aixendri que “la verificación de desviaciones doctrinales manifestadas externamente o de una conducta en objetivo contraste con las enseñanzas de la moral católica comportarán necesariamente la pérdida de la idoneidad y el consecuente acto administrativo de revocación de la acreditación para la enseñanza religiosa por parte de la autoridad eclesiástica”<sup>16</sup>.

Así pues, tal como aduce Otaduy Guerin, “se comprende que una cierta actitud ejemplar del maestro es inseparable de cualquier proyecto formativo digno de tal nombre [...] La máxima capacidad de arrastre en el terreno ético depende de la coherencia existencial”<sup>17</sup>.

En el caso *sub examine*, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional Español, la falta de idoneidad del actor para impartir enseñanza religiosa advino como consecuencia de la “disimilitud, desemejanza, falta de sintonía u oposición de la conducta, vida personal u opiniones del demandante de amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia Católica”<sup>18</sup>.

Por lo demás, esta exigencia de idoneidad integral justifica una obligación de lealtad acrecentada, conforme a la naturaleza del puesto ocupado y la especificidad de la relación laboral. Es que no es lo mismo ser profesor de Religión que de Matemáticas<sup>19</sup>. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de lealtad acrecentado supone un quiebre en la relación de confianza entre el Obispo y el docente<sup>20</sup>.

En este sentido, Moreno alega que “en el caso de los profesores de religión, el deber de lealtad y fidelidad exigido en todas las relaciones jurídicas se acrecienta en las actividades en las que los requisitos profesionales y la

15 Gil y Gil, J. L. (2014). “La no renovación del contrato de trabajo de un sacerdote secularizado y casado, profesor de religión y moral católica: comentario a la STEDH de 15 de mayo de 2012, ‘Caso Fernández Martínez contra España’”, demanda 56030/07. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Nro. 30, 251.

16 Gas Aixendri, M. (2012). “La declaración canónica de idoneidad para la enseñanza de la religión católica y su control jurisdiccional por parte del Estado”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nro. 29, 8.

17 Otaduy Guerin, J. (2007). “Idoneidad de los profesores de religión. Una revisión necesaria y urgente. A propósito de la sentencia 38/2007, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nro. 14.

18 Cfr. punto II, 9, Sentencia STC N° 128/2007.

19 Ver puntos 90 y 131, Sentencia TEDH del 12/6/2014.

20 Cfr. punto 136, Sentencia TEDH del 12/6/2014.

conducta privada están íntimamente ligados con el fin de preservar la credibilidad de la Iglesia”<sup>21</sup>.

De lo hasta aquí considerado, se sigue que el Sr. Fernández Martínez perdió la idoneidad para ejercer como profesor de religión católica, por no ajustar su doctrina y su conducta a las pautas que surgen del canon 804.2 del Código de Derecho Canónico, todo lo cual fue publicado en noviembre de 1996 en el periódico *La Verdad* de Murcia, incumpliendo el deber de lealtad acrecentado que exige la naturaleza del puesto ocupado.

Por una parte, las desviaciones doctrinales manifestadas externamente por el mismo suponen una escasa solidez científica, en la medida en que las ideas que defendía como miembro del MOCEOP, en temas como el aborto, la sexualidad y el control de la natalidad, no corresponden al Magisterio de la Iglesia Católica<sup>22</sup>.

Por otra parte, el comportamiento moral públicamente manifestado (sacerdote casado) aparecía en objetivo contraste con las enseñanzas de la moral católica, suscitaba escándalo en la comunidad educativa y eclesial e implicaba un modo de vida no acorde con la fe.

En virtud de lo expuesto, siendo que el estatus del demandante (miembro del MOCEOP y sacerdote casado) no se adecuaba a la idoneidad eclesial que prescribe el canon 804.2 del Código de Derecho Canónico, por falta de recta doctrina y de testimonio de vida cristiana, y ante la falta de observancia del deber de lealtad acrecentado que representa un quiebre en la relación de confianza, la no renovación del certificado de idoneidad de profesor de religión católica luce razonable y justificada, ajustándose a las normas canónicas que rigen en la materia.

## **5) El control jurisdiccional de la remoción del profesor de religión. Canon 805 del Código de Derecho Canónico**

El canon 805 del Código de Derecho Canónico prescribe: “El Ordinario del lugar, dentro de su diócesis, tiene el derecho a nombrar o aprobar los profesores de religión, así como de remover o exigir que sean removidos cuando así lo requiera una razón de religión o moral”.

21 Moreno, G. (2017). “Profesores de religión: tres sentencias y un mismo fallo a favor de la autonomía confesional en el TEDH (un posible paradigma de solución para el caso ‘Pavez’)”. *Persona y Derecho*, Nro. 77, 295.

22 Sobre el aborto opinaba “es un problema personal y que no debía ser prohibido por la Ley”; acerca del control de la natalidad sostenía “es necesario” y “cada persona debe libremente elegir el método que considere más idóneo”, y en relación a la sexualidad expresaba “ni el Papa cree que se pueda uno condenar por ello”, cfr. Gil y Gil, J. L. Ob. cit., 247.

En el caso Fernández Martínez, se observa que la Diócesis de Cartagena ejerció el derecho de remover al profesor de religión, por razones religiosas y morales, ya que la situación personal del actor y su condición de miembro activo del MOCEOP configuraban elementos constitutivos de la pérdida de idoneidad como docente, en virtud de su desviación doctrinal y falta de sintonía con los postulados defnitorios del credo católico.

Por consiguiente, tratándose de una decisión eclesiástica basada en motivos religiosos o morales, el control jurisdiccional se halla limitado a verificar la prohibición de arbitrariedad o discriminación y a controlar que no se hayan transgredido los límites del orden público, pues se halla en juego la autonomía de las confesiones, el derecho a la libertad religiosa en su dimensión colectiva y el principio de neutralidad del Estado.

En el caso que nos ocupa, al haberse constatado el carácter religioso y moral de la motivación, no habiendo elementos que permitan suponer que hubo discriminación o arbitrariedad, y encontrándose a salvo el límite del orden público, se observa que el control jurisdiccional ejercido en la especie, que en definitiva implicó el respeto a la decisión del Obispado de Cartagena, se ajusta a la autonomía de las confesiones, al derecho a la libertad religiosa en su faz colectiva y al deber de neutralidad estatal.

Al respecto, López, A. y López, S., precisaron que “la competencia para definir las razones religiosas corresponde, lógicamente, a la Iglesia Católica, no a la Administración educativa ni a los órganos jurisdiccionales, porque así lo exige la aconfesionalidad estatal. Esto no excluye el control jurisdiccional de las decisiones y las razones de la jerarquía eclesiástica. Y este control es posible porque el Ordinario no goza de absoluta discrecionalidad para realizar su juicio de idoneidad, sino que ha de ajustarse a pautas previamente establecidas por la Iglesia, contenidas en los preceptos del Código de Derecho Canónico (cc. 804 y 805) y en las disposiciones en que se concretan los requisitos exigidos [...] Por supuesto, el contenido de estos criterios eclesiásticos, a los que atiende posteriormente el Ordinario para emitir su juicio en el caso concreto, no puede ser objeto de fiscalización pública, pues lo impiden la aconfesionalidad estatal y el derecho de libertad religiosa, a salvo siempre, claro está, el límite del orden público”<sup>23</sup>.

En efecto, la decisión jurisdiccional ha significado el reconocimiento de la autonomía de la Iglesia Católica, permitiendo el ejercicio de la libertad religiosa en su dimensión colectiva y la posibilidad de que ésta lleve adelante su misión específica, que no es otra que la evangelización<sup>24</sup>, sin inter-

<sup>23</sup> López, A.; López, S. (2011). “Virtualidad de la motivación religiosa en la pérdida de idoneidad del profesorado de religión católica”. *Ius Canonicum*, Nro. 51, 631.

<sup>24</sup> Cfr. canon 747.1 del Código de Derecho Canónico.

ferencia estatal, en una materia que es de su propio resorte y competencia, cual es la referida al juicio de idoneidad que, al resultar negativo, derivó en el cese de Fernández Martínez como profesor de religión.

En este sentido, se ha dicho que “la idoneidad eclesial desde el punto de vista religioso del docente resulta indispensable y sólo la Iglesia puede otorgar el reconocimiento de la misma, pues al Estado se lo veda el principio de neutralidad estatal en este campo”<sup>25</sup>.

En la misma línea, Martínez Torrón sostiene: “[...] sólo la legítima autoridad eclesiástica puede determinar quién puede enseñar doctrina católica en nombre de la Iglesia, y también quién no puede ya hacerlo. De manera que las autoridades estatales invadirían la legítima autonomía religiosa de la Iglesia Católica, y también violarían el principio de neutralidad estatal, si procedieran a cualquier revisión sustancial de la decisión por la que un obispo decide retirar a una persona el permiso para enseñar religión actuando de acuerdo con el Derecho Canónico y por razones de carácter religioso”<sup>26</sup>.

## 6) Conclusiones

En el caso traído a consideración, a partir de las circunstancias particulares que se presentaban, atento a las públicas declaraciones contrarias al Magisterio de la Iglesia y del comportamiento moral llevado por el actor, la autoridad eclesiástica ha juzgado acertadamente la pérdida de idoneidad del mismo por no ajustarse a la recta doctrina y por falta de testimonio de vida cristiana que derivó en la no renovación del contrato como profesor de religión.

No debe perderse de vista que corresponde a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo, juicio éste que no se limita a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta, toda vez que la transmisión encuentra en el ejemplo y el testimonio personal un instrumento que la Iglesia puede legítimamente estimar irrenunciable<sup>27</sup>.

25 Brage Camazano, J. (2007). “La no renovación de contrato a los profesores de Religión en las escuelas públicas por falta de idoneidad canónica (autonomía de las Iglesias y aconfesionalidad del Estado vs. derechos fundamentales del trabajador). Comentario a las SSTC Nros. 38/2007 y 128/2007”. *Teoría y Realidad Constitucional*, Nro. 20, 652-653.

26 Martínez Torrón, J. (2017). “La autonomía religiosa y la vida privada de los profesores de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo: el caso ‘Fernández Martínez’”. En Moreno Antón, M. (coord.). *Sociedad, Derecho y Factor Religioso. Estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez*. Granada. Comares, 384.

27 Cfr. Sentencia STC N° 38/2007, punto II-5.

Tal decisión ha sido adecuadamente respetada en la esfera jurisdiccional, ya que se constató el carácter religioso y moral de la motivación y no se ingresó –con razón– en la valoración del acierto o conveniencia del criterio la autoridad religiosa.

Al no presentarse elementos que permitan suponer que en el caso hubo discriminación o arbitrariedad, estando a salvo el límite del orden público, en virtud del principio de neutralidad religiosa, y frente al incumplimiento del deber de lealtad acrecentado que derivó en el quiebre en la relación de confianza, se concluye que la no renovación del certificado de idoneidad y, por ende, el cese del Sr. Fernández Martínez como profesor de religión, se ajusta a derecho, luce objetivo, razonable y proporcionado a las circunstancias de la causa, tratándose de una decisión respetuosa de la autonomía de la Iglesia Católica en una materia que le es propia y que permite el pleno ejercicio del derecho a la libertad religiosa en su dimensión colectiva.

El Tribunal de Estrasburgo fijó como estándar de interpretación que, cuando se trata de asuntos de naturaleza religiosa (tal es el caso de la idoneidad de los profesores de religión), las autoridades nacionales no pueden pronunciarse sobre el contenido de las decisiones eclesásticas, en atención a la autonomía de las comunidades religiosas y en virtud del principio de neutralidad del Estado.

De acuerdo a las conclusiones a que arribó la Corte Europea de Derechos Humanos en sus dos fallos, compartimos la opinión de Moreno en el sentido de que “podemos aventurar que se está consolidando una doctrina uniforme que puede ofrecer una cierta seguridad jurídica y que, en definitiva, marca una tendencia en ascenso para proteger la vertiente colectiva del derecho de libertad religiosa y, por ende, la autonomía de las confesiones [...] frente a interferencias externas que bajo el pretexto de la tutela de los derechos fundamentales puedan enturbiar el mensaje religioso que se pretende transmitir”<sup>28</sup>.

Así pues, cuando se trate de un asunto de jurisdicción y competencia religiosa, como fue este caso vinculado a la remoción del profesor de religión católica por razones religiosas o morales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido un estándar de interpretación que protege la autonomía de las confesiones y la libertad religiosa en su dimensión colectiva, cuidando siempre que no se verifique arbitrariedad o discriminación y que se haya respetado el límite del orden público.

28 Moreno, G. Ob. cit., 307.

## Bibliografía

- Brage Camazano, J. (2007). “La no renovación de contrato a los profesores de Religión en las escuelas públicas por falta de idoneidad canónica (autonomía de las Iglesias y aconfesionalidad del Estado *vs.* derechos fundamentales del trabajador). Comentario a las SSTC Nros. 38/2007 y 128/2007”. *Teoría y Realidad Constitucional*, Nro. 20, 633-655.
- Cenalmor, D.; Miras, J. (2004). *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho Canónico*. Pamplona. EUNSA.
- Fernández Márquez, O. (2008). “La designación del profesorado de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza. Estado de la cuestión tras la STC 38/2007, de 15 de febrero”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 84, 285-335.
- Gas Aixendri, M. (2012). “La declaración canónica de idoneidad para la enseñanza de la religión católica y su control jurisdiccional por parte del Estado”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nro. 29, 1-17.
- Gil y Gil, J. L. (2014). “La no renovación del contrato de trabajo de un sacerdote secularizado y casado, profesor de religión y moral católica: comentario a la STEDH de 15 de mayo de 2012, caso ‘Fernández Martínez contra España’”, demanda 56030/07. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Nro. 30, 227-253.
- López, A.; López, S. (2011). “Virtualidad de la motivación religiosa en la pérdida de idoneidad del profesorado de religión católica”. *Ius Canonicum*. Nro. 51, 627-652.
- Martínez Torrón, J. (2017). “La autonomía religiosa y la vida privada de los profesores de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo: el caso ‘Fernández Martínez’”. En Moreno Antón, M. (coord.). *Sociedad, Derecho y Factor Religioso. Estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez*. Granada. Comares, 373-390.
- Moreno, G. (2017). “Profesores de religión: tres sentencias y un mismo fallo a favor de la autonomía confesional en el TEDH (un posible paradigma de solución para el caso ‘Pavez’)”. *Persona y Derecho*, Nro. 77, 271-308.
- Otaduy Guerin, J. (2007). “Idoneidad de los profesores de religión. Una revisión necesaria y urgente. A propósito de la sentencia 38/2007, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nro. 14.
- Otaduy Guerin, J. (2013). “La idoneidad de los profesores de religión católica y su desarrollo jurisprudencial en España”. *Revista Estudios Eclesiásticos*, Vol. 88, Nro. 347, 849-871.
- Otaduy Guerin, J. (2006). “Relación jurídica de los profesores de Religión en España. La dimensión canónica”. *Ius Canonicum*, Vol. 46, Nro. 92, 445-484.
- Precht Pizarro, J. (2008). “Idoneidad del profesor de religión”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Nro. 3, 521-524.
- Valero Estarellas, M. J. (2013). “El derecho de los profesores de religión católica al respeto de su vida privada y familiar”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nro. 33, 1-28.

## **PARTE IV**

### **DOCUMENTOS Y CRÓNICAS**





## **POR LA CULTURA DE LA VIDA Y LOS NIÑOS POR NACER**

El 30 de diciembre de 2020 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 27.610, denominada eufemísticamente de “interrupción voluntaria del embarazo”, en donde se establece la regulación de un supuesto “derecho al aborto” e impone como “de orden público” la práctica del mismo a todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Desde el primer momento esta ley inicua e injusta ha sido motivo de numerosos planteos judiciales que se encuentran en trámite ante tribunales en distintas provincias, así como pedidos de derogación inmediata.

Los decanos abajo firmantes, en este nuevo recordatorio del “Día del Niño por Nacer” –que vivimos con gran dolor frente a este manifiesto agravio a la cultura de la vida–, queremos expresar nuestro total apoyo a tales iniciativas.

Desde mucho antes de la sanción de esta norma, pero especialmente el 20 de noviembre de 2020, hemos señalado que el proyecto de ley –ahora sancionado– no superaba el mínimo test de constitucionalidad, convencionalidad y congruencia legislativa dentro del Derecho Común.

Y frente a la concreción de este agravio al orden jurídico constitucional, por todos los fundamentos que hemos aportado al debate legislativo –que nunca fueron refutados más que con argumentaciones ideológicas–, queremos reiterar nuestro compromiso con la cultura de la vida exigiendo que el orden jurídico proteja al ser humano desde su concepción y hasta la muerte natural.

Y ratificar este compromiso desde nuestras Facultades, las cátedras, los tribunales, los medios de comunicación y las redes sociales, en ejercicio de las libertades fundamentales, trabajando incansablemente con fidelidad y confianza por el sagrado derecho a la vida; de toda vida humana.

De allí, entonces, que solo cabe tener mucho ánimo y confiar –por una parte– en que sus graves y manifiestas incompatibilidades con nuestro orden constitucional harán que esta ley resulte de aplicación inviable a partir de la decisión de los tribunales.

Y que si la respuesta es la arbitrariedad frente a la letra de la Constitución Nacional y los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, siempre quedará entonces dar testimonio de la Verdad frente a la ley injusta y continuar dando el debate –con la Constitución en la mano– por la derogación de la misma. Debate no resuelto acerca de cuál es el contenido y alcance del orden jurídico constitucional argentino vigente en materia del derecho a la vida del niño por nacer, de la tutela acerca de la libertad de conciencia, de los derechos de las provincias en materia de salud y educación y de la inviabilidad de pretender imponer normas como esta con carácter de “orden público”.

Como lo hemos señalado, no se trata de razones religiosas, morales, ni de convicciones personales. Ellas existen, tienen una fuerte e inocultable presencia en nuestra sociedad y, sin duda, seguirán presentes en este debate inconcluso más allá de la sanción de la Ley N° 27.610. Pero en nuestro caso, como Facultades de Derecho, queremos situar los argumentos en el plano del orden jurídico vigente desde el cual podemos y debemos efectuar nuestro aporte al servicio del bien común.

Se trata del derecho objetivo a la vida del niño y de la madre y su efectiva tutela constitucional y convencional y de impedir el avasallamiento de nuestro orden jurídico federal junto con la eliminación de miles de seres humanos. Se trata de promover siempre la cultura de la vida, comenzando por la del niño por nacer.

25 de marzo de 2021

**Firman:**

*Manuel García Mansilla*  
Facultad de Derecho  
Universidad Austral

*Pablo María Garat*  
Facultad de Derecho. Buenos Aires

*Martín Acevedo Miño*  
Facultad “Teresa de Ávila”. Paraná

*Luis María Caterina*  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Rosario  
Universidad Católica Argentina

*Julietta Gallino*

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Católica de Córdoba

*Carina Fernández*

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Católica de Cuyo, Sede San Luis

*José Luis López Cerviño*

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Católica de Cuyo, Sede San Juan

*Miguel Gonzáles Andía*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad Católica de la Plata

*Ricardo von Büren*

Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales  
Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino

*Eduardo Jesús Romani*

Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad Católica de Salta

*María Paula Giaccaglia*

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad FASTA

*Livia Mercedes Uriol*

Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad del Salvador

*Enrique Carlos Müller*

Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Universidad Católica de Santa Fe

*Liliana Abdala*

Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas  
Universidad Católica de Santiago del Estero



## **RECENSIONES**



**Juan Cianciardo, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, 217 pp.**

El libro –fruto de la recopilación y actualización de diversos trabajos precedentes del profesor Cianciardo– pretende ser, en palabras del autor: “[...] una contribución a un diálogo jurídico racional sobre los derechos humanos” (p. 1).

El punto de partida es la constatación de que algunos de los rasgos de las Teorías de los Derechos Humanos más difundidas dificultan enormemente, o incluso en no pocos aspectos impiden, que se pueda hablar de los Derechos Humanos como verdaderos derechos, como “derechos en serio”, por emplear la conocida expresión de Dworkin. Acertadamente, Cianciardo pone de manifiesto que no son pocas las voces que afirman que estos son simplemente valores, una mera creación de Occidente o un producto cultural sin un fundamento que trascienda lo contingente, lo que en definitiva niega su universalidad y con ello le quita a la posibilidad de un discurso jurídico sobre los derechos su atractivo central. En este sentido, el autor propone la búsqueda de una nueva teoría general de los Derechos Humanos planteada sobre fundamentos filosóficos distintos de los que tuvo en su origen (la así llamada “Modernidad jurídica”), con impacto sobre al menos cuatro de los aspectos que toda teoría de los derechos debería tratar: su concepto, su catálogo, su fundamento y su interpretación.

La obra se divide en diez capítulos. El primero (“Aproximación conceptual a los Derechos Humanos”) intenta alcanzar un concepto, una definición, acerca de qué son los Derechos Humanos y es también una suerte de introducción, en tanto plantea algunas de las discusiones que se abordan con mayor profundidad en los siguientes capítulos.

Cianciardo señala una de las mayores perplejidades que se dan en este punto: existe un amplio consenso en que el reconocimiento, la tutela y la promoción de los derechos “han mejorado al ser humano” y en definitiva “han hecho mejor al mundo”, pero a la vez hay una enorme dificultad para lograr una definición. A lo largo de este primer capítulo se intenta analizar

los principales problemas o puntos que dificultan el acuerdo para lograr arribar a un concepto y las distintas teorías, muchas de ellas negatorias de la existencia de los Derechos Humanos. A la vez, se dan sólidos argumentos que demuestran que los Derechos Humanos son una realidad, para terminar analizando el título, el fundamento y la medida de estos como un camino hacia la conceptualización.

El segundo capítulo (“Problemas que una nota esencial de los Derechos Humanos continúa planteando a la Filosofía del Derecho”) parte del trabajo de Javier Hervada, “Problemas que una nota esencial de los derechos plantea a la Filosofía del Derecho”, buscando extender el argumento central que vertebra ese escrito desde la Teoría del Derecho hacia la Teoría General de los Derechos Humanos. En este apartado el autor pone de manifiesto el hecho de que en el lenguaje normativo, jurisprudencial y doctrinal se afirma de manera uniforme que los Derechos Humanos preexisten a las leyes positivas; en definitiva, que la prepositividad es una nota esencial de los Derechos Humanos. Se analizan, a partir de allí, algunas de las implicancias que ese “carácter preexistente” tiene sobre su fundamento, catálogo, contenido e interpretación. Entre las conclusiones más importantes a las que arriba, cabe destacar el impacto que esta nota tiene sobre el fundamento de los Derechos Humanos: “Si los derechos preexisten, entonces son absolutos. La preexistencia se traduce en la exigencia de que ninguna ley ni ejercicio de voluntad viole a los derechos. Son absolutos no porque protejan cualquier conducta, ni siquiera *prima facie*, sino porque aquello que protegen lo hacen con pretensión de intangibilidad” (p. 38).

En el tercer capítulo (“Modernidad jurídica y ‘falacia naturalista’”) se busca poner de manifiesto la conexión existente entre el argumento de la “falacia naturalista” y la modernidad jurídica. El autor es consciente de la importancia de la llamada “falacia naturalista” en la filosofía jurídica de los dos últimos siglos, tanto por la frecuencia con que se la esgrime como argumento irrefutable contra el iusnaturalismo como por la centralidad que la defensa de su validez ocupa en el pensamiento positivista (p. 39). Cianciardo expone y analiza las distintas respuestas que se han dado al argumento de la falacia, y concluye que su asunción sólo se comprende desde una epistemología tan pesimista que desde sus presupuestos el Derecho mismo acabará careciendo de sentido: “El Derecho se tornará, en definitiva, en un fenómeno incomprensible. Lo más que podrá decirse de él es que se trata de un orden normativo impuesto externamente, bajo la amenaza de coacción, para la obtención de finalidades sobre las que no cabe abrir juicio alguno. No será posible, a partir de entonces, distinguirlo de la violencia” (p. 53).

En el cuarto capítulo (“Los principios y las reglas que son fuentes de derechos”), el autor se refiere a uno de los cuestionamientos de la coherencia y viabilidad del positivismo jurídico que mayor contundencia crítica ha



tenido: la llamada “jurisprudencia de principios” o “constitucionalismo de principios”. En esta línea, señala que la práctica judicial ha demostrado que junto a las “reglas” cuya existencia no se niega, existen otras normas con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible, a las que se llamó “principios”, de las que el positivismo no da cuenta y que la presencia de estas normas es muy evidente en los casos en los que están en juego los Derechos Humanos.

Dado que la distinción estructural de las normas en principios y reglas es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobre todo en el ámbito del Derecho Constitucional y que constituye, además, un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales, el autor se propone primero examinar los principios y las reglas desde la perspectiva de los criterios que se han dado para distinguirlos entre sí.

A continuación, se exponen las críticas que han formulado a estos criterios A. Aarnio y L. Prieto Sanchís. El primero niega la existencia de la distinción entre ambos, en tanto rechaza que los principios puedan ser definidos como mandatos de optimización y también critica la distinción entre principios y reglas que se apoyan en el modo de colisión de unos y otras. L. Prieto Sanchís, por su parte, entiende que la distinción entre principios y reglas, aunque real, no importa –como algunos pretenden– ningún avance en la crítica al positivismo jurídico.

El epígrafe concluye con un balance de las distintas posiciones y con el planteamiento de una salida superadora de las posturas criticadas. En este sentido, Cianciardo plantea una distinción “no estructural” entre principios y reglas, sobre la base de reconocerles a unos y otras una “naturaleza bifronte”, una realidad “natural y positiva” que debería conducir a negar la existencia de una separación conceptual entre Derecho y moral.

El capítulo quinto (“Los límites de los derechos fundamentales”) aborda uno de los temas más interesantes y que mayores debates ha traído en materia de derechos fundamentales. El autor es consciente de que: “Un estudio completo de la noción de derecho fundamental y de norma iusfundamental requiere, [...] del examen de los conceptos de límites iusfundamentales y de límites de los límites” (p. 69). Asimismo, destaca: “Para que el discurso de los derechos sea efectivo, es decir, para que los derechos sean reconocidos, protegidos, respetados y promovidos, más importante incluso que la definición de su contenido, es la determinación de los deberes correlativos” (p. 69).

En la actualidad, resulta indiscutible que en tanto las normas iusfundamentales tutelan aspectos de la vida humana indispensables para un desarrollo digno de la personalidad, una vez establecidas en la Constitución, deben ser respetadas por el legislador ordinario. En este sentido, el autor inicia el apartado con un abordaje histórico en el que repasa varios de los

problemas de orden teórico y práctico a los que esta afirmación se enfrentó en los inicios del constitucionalismo.

A lo largo del mismo se realiza una aproximación al concepto de límites tomando como punto de partida la jurisprudencia y doctrina españolas, con algunos acercamientos al Derecho Constitucional alemán.

A continuación, realiza una breve recapitulación en la que desarrolla y profundiza un poco más los presupuestos y los argumentos de las dos teorías más difundidas acerca de los límites a los derechos fundamentales: la teoría externa y la teoría interna. Asimismo, las analiza desde el prisma que proporcionan las respuestas a tres cuestiones: el concepto de Derecho que subyace en cada una de las teorías, las finalidades que persiguen, y, por último, las dificultades que presentan.

Cianciardo finaliza el capítulo proponiendo un replanteamiento de la cuestión de los límites, en el que reitera que resulta decisivo, al igual que para otros temas tratados en este libro, distinguir con toda claridad entre norma iusfundamental y derecho fundamental. Esta perspectiva, en palabras del autor, permite: “[...] una superación de las aporías a que conducen tanto la teoría externa como la teoría interna” (p. 84), así como sostener las dos afirmaciones con las que concluye su argumentación: “1) El contenido de las normas iusfundamentales es limitado y regulable. 2) Los derechos fundamentales son limitados pero ilimitables” (p. 84).

El capítulo sexto trata un tema estrechamente vinculado con el capítulo anterior: “La jerarquización de los derechos”. El autor pone de manifiesto que cuando los casos constitucionales son planteados como conflictos entre derechos surge la necesidad de establecer algún criterio o parámetro con arreglo al cual resolverlos; uno de estos mecanismos es la jerarquización a través de la cual se pretende determinar cuál es el derecho que debe predominar en el caso, y cuál el que debe ser dejado de lado o postergado. A lo largo de su trabajo se propone exponer las características centrales de la jerarquización, y criticarla.

Comienza con la exposición de las ideas del constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian, quien ha defendido la utilidad de esta técnica, en tanto considera que es equivocada la idea de que los derechos constitucionales tienen igual jerarquía y que la jurisprudencia debe armonizarlos. En consecuencia, ha creado, incluso, una tabla jerárquica de derechos que, en su opinión, surge de la Constitución argentina. Luego de describir la posición mencionada, el autor realiza una profunda crítica de la misma desde una perspectiva “interna”, primero, y, luego, “externa”.

Entre las conclusiones más relevantes a las que arriba es que la jerarquización, cualquiera sea el criterio jerárquico que se emplee, conduce a un utilitarismo que frustra el carácter absoluto de los derechos. Por otro lado, señala que reconocer que existen bienes de mayor importancia que otros no

implica dar entrada a los conflictos entre derechos; al contrario, en palabras del autor: “[...] un bien humano es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos” (p. 93).

En el capítulo séptimo (“Principio de proporcionalidad y respeto de los derechos”), se parte de la constatación de que los tribunales con jurisdicción en casos iusfundamentales vienen aplicando cada vez con mayor frecuencia la máxima de proporcionalidad o razonabilidad, como técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales por parte de los poderes estatales. Se exponen en qué consiste el principio de proporcionalidad en sentido amplio, y cada uno de los tres subprincipios que lo integran: necesidad, adecuación y razonabilidad *stricto sensu*.

A continuación, Cianciardo se centra en un punto relativamente poco abordado cuando se examina la proporcionalidad; a saber, que su aplicación resulta insuficiente, al menos en algunos casos, para garantizar la preeminencia de los derechos fundamentales y se ocupa de puntualizar muy brevemente aquellos requisitos que debe reunir la razonabilidad para que esto no ocurra; es decir, para que no se acabe frustrando su razón de ser, la protección de los derechos fundamentales.

En esta línea, su propuesta se basa en aplicar el juicio de alteración del contenido esencial del Derecho, el cual, a criterio del autor, debe tener carácter previo al de justificación porque esta requiere determinar el grado de restricción del derecho involucrado. Para ello, resulta indispensable conocer en qué consiste concretamente ese derecho, cuáles son sus perfiles o límites, su relación con los restantes derechos constitucionales –conocimiento éste que sólo puede adquirirse mediante la indagación del contenido del Derecho.

El propósito del capítulo octavo (“Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: entre la armonía y la tensión”) es examinar las conexiones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad.

Con ese objetivo el autor hace un pequeño repaso, destinado a clarificar el contenido y alcance del principio de razonabilidad y el de proporcionalidad, aunque a este segundo se refiere en forma más sintética. Con gran profundidad, a continuación, propone tres relaciones entre ambos principios que desarrolla a través de tres tesis centrales.

La primera tesis se refiere al funcionamiento de los dos principios y la denomina tesis de la subsidiariedad: en tanto entiende que el principio de proporcionalidad funciona de modo directo en el análisis de las especificaciones de los derechos fundamentales, y de modo subsidiario en el análisis de las cuestiones de legalidad ordinaria; es decir: “Mientras que la contracara de la proporcionalidad es la inconstitucionalidad de una norma por violación directa de un principio constitucional en el que se reconoce un derecho constitucional o fundamental, la contracara de la razonabilidad es

la arbitrariedad que se produce como consecuencia de la interpretación caprichosa de los hechos o las normas aplicables, a raíz de la cual se afecta de manera desproporcionada el derecho a una tutela judicial efectiva” (p. 114). Una de las conclusiones más importantes en este punto es: “Del juego o interacción entre razonabilidad y proporcionalidad dependen el funcionamiento de los derechos fundamentales, la relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, y la de esta última y el poder político” (p. 114).

La segunda tesis se refiere a las condiciones implícitas para el funcionamiento de una y otra herramienta y la denomina tesis de la conexión entre proporcionalidad, razonabilidad y doctrina del doble efecto. Según esta tesis, el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad formulan implícitamente una doble pretensión: la pretensión de objetividad moral y la de la cognoscibilidad de un puñado de verdades morales fundamentales, que reclaman, a su vez, respeto incondicionado.

En la tercera tesis, que se refiere al fundamento de uno y otro principio, el autor señala que problema del fundamento de la exigencia de razonabilidad es reconducible a la pregunta por el fundamento del Derecho. Esta tercera tesis se relaciona con la doble pretensión de la segunda tesis, en palabras del autor: “Se ha propuesto que el reconocimiento de respeto incondicionado o absoluto de los derechos sólo puede hacerse efectivo si los derechos son anclados en un fundamento que posea esas cualidades, y que eso debería conducir al reconocimiento universal de la dignidad de todo ser humano” (p. 124).

En el capítulo noveno (“Para siempre, para todos: el desafío de la universalidad”), Cianciardo aborda uno de los temas más interesantes y a la vez controvertidos en materia de Derechos Humanos: el desafío de la universalidad.

En primer lugar, el autor hace un breve repaso histórico del contexto en el que se reconocieron los Derechos Humanos, tanto en Europa, como en Estados Unidos y en América Latina.

A lo largo de este capítulo, se profundiza en una de las mayores dificultades al momento de reconocer y respetar los Derechos Humanos: la necesidad de conjugar de modo armónico diversidad e igualdad en un mundo que, fruto de la globalización y de la consecuente inmigración, está integrado por sociedades multiculturales y cada día más diversas.

Al respecto enumera los principales postulados de las dos posturas extremas que intentaron dar una respuesta a este enorme reto: el asimilacionismo y el multiculturalismo relativista. En esta línea aborda y busca dar una respuesta superadora a una de las mayores dificultades que enfrentan estas teorías: el asimilacionismo es frecuente que afirme la universalidad de los Derechos Humanos de primera generación y niegue esa nota o no la sostiene con el mismo énfasis para los derechos de segunda generación. A la

inversa, el multiculturalismo relativista: pretende afirmar la universalidad de los derechos de segunda generación y negársela a los de la primera o no extraer todas sus consecuencias prácticas.

Por último, esboza una propuesta que pretende ir más allá de estas posturas extremas, que parte del reconocimiento de la innegable naturaleza de ser social del hombre y de su dignidad que es transcultural, y que en resumidas cuentas implica garantizar la igualdad y promover la diferencia.

El capítulo décimo (“Cultura de derechos, caída de las fronteras y Derecho Natural”) es un excelente cierre en el que se retoman y profundizan varios de los temas tratados a lo largo del libro.

En este capítulo, el autor pretende desarrollar una hipótesis doble: “[...] la segunda, [...] más controvertida y compleja, supone la asunción al menos implícita de la plausibilidad de la primera” (p. 160). Partiendo del Derecho Constitucional Comparado, el autor pretende demostrar: a) que los elementos o caracteres de la cultura jurídica contemporánea que se considerarán son fenómenos cuya identificación, explicación y comprensión remiten a instancias que van más allá de la cultura misma (primera hipótesis); b) que en pos de que esos elementos alcancen su sentido pleno es necesario conectarlos con el Derecho Natural (segunda hipótesis). En definitiva, “[...] que en la conexión entre la cultura de los derechos y el Derecho Natural hay mucho más que una explicación histórica de cómo los Derechos Humanos fueron apareciendo a lo largo de los siglos” (p. 160).

Esta comprobación la logra a través del estudio de la conexión o imbricación entre el Derecho Natural y lo siguiente: *a)* el hecho de que las normas jurídicas referidas a los derechos expresan que se los “reconoce” y no que se los crea o inventa (tema que fue abordado en el capítulo segundo); *b)* las conexiones cada vez más evidentes y profundas entre los sistemas jurídicos estatales y los sistemas jurídicos supraestatales; *c)* las Constituciones como resultado de un entramado de principios y reglas no son, no pueden ser, un modelo puro de principios ni un modelo puro de reglas (la distinción entre principios y reglas fue abordado en el capítulo cuarto); *d)* el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios (tema que fue abordado en el capítulo octavo); *e)* el principio de razonabilidad (tema que fue abordado en el capítulo octavo).

El recorrido realizado por el libro que acá se comenta deja ver que nos encontramos ante un excelente trabajo que encara con profundidad y contundencia muchos de los temas actuales y de mayor discusión en materia de Derechos Humanos. La obra está muy bien estructurada; el orden de los capítulos permite comprender los temas en forma acabada; los últimos capítulos recogen varios de los planteos de los primeros mostrando la inescindible conexión entre los distintos aspectos de la teoría de los Derechos Humanos: su concepto, su catálogo, su fundamento y su interpretación. Asi-

mismo, aporta un panorama bastante amplio: en muchos de los casos se hace un abordaje histórico que permite conocer la génesis y el contexto en el que surgieron estas discusiones y, a la vez, el estado actual de las mismas.

El libro es claro en cuanto a que resulta imprescindible encarar ciertos temas si se quiere lograr una verdadera teoría general de los Derechos Humanos. El autor consigue demostrar en forma concluyente que no es una solución para la falta de acuerdos el omitir el análisis de estos puntos.

Por otra parte, es de destacar el carácter internacional de este trabajo en tanto analiza el Derecho Constitucional de diversos países, lo cual refuerza la nota de universalidad de los Derechos Humanos. En distintos países con historias, culturas y sistemas jurídicos a veces muy parecidos, otras veces bastante distintos, se presentan los mismos problemas, los mismos cuestionamientos.

Por último, no quiero dejar de mencionar la riqueza y exhaustividad de la obra, lo cual se ve claramente en las citas de diversos autores, el recurso al Derecho Comparado y la profusa bibliografía utilizada.

Los sólidos argumentos desarrollados por el profesor Cianciardo en esta obra son, sin lugar a dudas, un gran aporte –una verdadera teoría general– para el logro del objetivo que se ha planteado: un diálogo jurídico racional sobre los Derechos Humanos.

MARÍA CAPATTI

**Débora Ranieri de Cechini, *Los crucifijos en los espacios públicos: un estudio desde el Derecho Comparado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa, 2019, 358 pp.**

En el panorama de la controversia acerca de la presencia de lo religioso en lo público, que viene siendo objeto de una creciente tensión en el escenario social, la llegada de este estudio, cuyas notas más salientes son su precisión, claridad y erudición, configura una contribución muy de agradecer que pone al alcance de juristas, sociólogos y antropólogos, así como del público en general, un estado de la cuestión objetivo, actualizado y completo.

La pretensión secularista, concluye la autora luego de una profunda puesta a punto de una extensa temática, pese al ambiguo proceso de des-cristianización de la vida social, no obedece tanto a una exigencia de la convivencia como a una imposición ideológica que tiene su matriz en el racionalismo iluminista.

La conclusión y la enseñanza del enjundioso estudio de Débora Ranieri de Cechini deja en evidencia que lo religioso tiene derecho a ser expresado socialmente sin ningún complejo, como cualquier otra legítima realidad humana.

Sin embargo, todavía más debe ejercerse ese derecho si se tiene en cuenta el valor infinito de la fe cristiana y su configuración tan rica a lo largo de la historia, y que esa es una tarea irrenunciable para cualquier ciudadano, pero mucho más para quienes además de serlo proclaman la plenitud de la verdad.

En el año 2004 se suscitó una controversia internacional en la que intervino personalmente hasta el papa Juan Pablo II, sobre la mención a Dios en la Constitución europea. Aunque no fue una discusión estruendosa, y más allá de los términos políticos, administrativos y técnicos, el tema trascendió a la opinión pública y llegó a ocupar las planas de los diarios y los espacios televisivos.

El episodio dejó en evidencia una sorda embestida de tono iluminista para silenciar las raíces cristianas de Europa. Se adivinaba que a partir de las argumentaciones antiteocráticas esgrimidas como una defensa de la laicidad, lo que en realidad se estaba promoviendo era un indirecto pero

verdadero ataque a la fe, comenzando por su invisibilización al inhibirla en su presencia histórica.

Terminó imponiéndose la tesis negatoria: toda mención a la tradición cultural europea que se conformó con unos fundamentos cristianos, sin los cuales no podría comprenderse en profundidad, fue finalmente omitida.

La triunfante aparece como una actitud difícilmente comprensible, puesto que, sin el cristianismo, la cultura europea resulta completamente ininteligible, no sólo desde el punto de vista antropológico sino también espiritual. Desmembrada de esos vínculos fundantes, la identidad continental resulta no solamente irreconocible, sino convertida en algo distinto a lo que realmente es y consecuentemente anulada como tal.

Este dato representa también un indicio sobre cómo se está produciendo un cambio de sensibilidad, mediante el cual las invocaciones religiosas están gradualmente desapareciendo de los espacios públicos en muchos países de antigua raigambre cristiana, al tiempo que son reemplazadas por los íconos propios de la posmodernidad.

En el ámbito jurídico, se han planteado numerosas causas judiciales, que frecuentemente ganaron un lugar también en el ámbito general de la sociedad, y que Cechini somete a una cuidadosa crítica. En 1995 se suscitó en Baviera una ardua polémica que involucró a muchos miles de personas con motivo de la presencia de crucifijos en las escuelas estatales, que alcanzó una gran repercusión. El conflicto dejó al descubierto una colisión de derechos.

Esa misma discusión se actualizó en Italia, en el famoso Caso “Lautsi”, que en el año 2009 provocó una verdadera batalla mediática de una magnitud sin precedentes a nivel continental, en la que llegaron a intervenir incluso patriarcas de las iglesias ortodoxas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó finalmente que la exposición obligatoria del crucifijo en la pared de las aulas de las escuelas públicas italianas no lesiona el derecho de los padres a procurar la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas.

Estas controversias son ejemplos antecedentes y consecuencias de una tensión producida por el despliegue de la pulsión iluminista que intenta la reedición corregida y aumentada de un vetusto ideario, tanto a nivel global como local. En los hechos asistimos a una sustitución de los símbolos cristianos por una variedad interminable de fetichismos propios de la nueva espiritualidad posmoderna.

En el escenario nacional, en los últimos años y montado en la cresta de la ola verde, que encabeza la expansión de la agenda del género, se advierte el nacimiento de un nuevo laicismo posmoderno que exhibe rasgos más radicales que su original decimonónico, considerado hasta épocas relativamente



recientes como algo arcaico y promovido por decadentes logias masónicas y sociedades de pensamiento.

Después de los pañuelos identitarios de los grupos pro aborto y pro vida, y a continuación del grupo “Ni una menos”, el color que ahora empieza a ser visto es el naranja, que identifica la separación entre la Iglesia y el Estado la consigna “Iglesia y Estado, asuntos separados”. Este proceso revela un itinerario previsible.

Los objetivos perseguidos por la agenda de género han instalado el clima adecuado para que el antiguo laicismo —esta vez remozado con acentos modernizantes— consolide su influencia en el escenario de una sociedad progresivamente descristianizada.

Uno de los caballitos de batalla de la corriente es la presencia de los símbolos religiosos en los espacios públicos. La discusión suscitada ha generado una abundante bibliografía, tanto en el país como en el extranjero, que la autora recoge con prolijidad y esmero.

En el año 1961, el juez de paz de Morón, Eduardo Nari, suscitó la primera controversia judicial en el país, al retirar el crucifijo que presidía su despacho. El obispo Miguel Raspanti encabezó un movimiento de protesta que tuvo éxito en el Consejo Deliberante local, y, finalmente, la Corte de Justicia provincial, mediante una acordada, ordenó al juez su reposición. Después de otras tantas ulteriores contingencias, el crucifijo volvió a su lugar en la pared del juzgado.

Otros ejemplos espinosos se han suscitado a lo largo de los últimos años, que la autora desmenuza con pericia de orfebre, y de los cuales uno de los más resonantes fue el de la Virgen de Tribunales en el año 2004, en el que después de un fallo de primera instancia que rechazaba su presencia, el tribunal de alzada respectivo ordenó la reposición de la imagen.

La cuestión es compleja y reviste muchas aristas. Una cosa es cuestionar que la Virgen sea nombrada generala, brigadiera o almiranta, y otra es suprimir cualquier signo que se relacione con lo religioso, como se pretendió en el caso de Matthieu Faucher, un profesor de un liceo francés, quien siendo ateo se permitió explicar a sus alumnos los rudimentos de la fe cristiana con el exclusivo objeto de facilitarles la comprensión de algunos datos culturales de la historia europea, cuando ellos le preguntaron: “¿Quién es ese señor que hace gimnasia colgado en una cruz a la entrada del pueblo?”.

La tesis doctoral de Débora Ranieri de Cechini es una verdadera obra maestra. Su director, Siro de Martini, subraya en el prólogo de la obra el minucioso trabajo de la autora, que realiza una paciente tarea, donde con una poco frecuente dosis de capacidad y sabiduría, va desarticulando verdaderas telarañas de argumentaciones hasta despejar cada una de las innumerables cuestiones que concurren en la cuestión disputada.

Se trata de un trabajo que actualiza el estado de la materia en examen de un modo exhaustivo y completo, pasando cuidadosa revista no solamente a la principal doctrina y a toda la legislación, sino también a una completa jurisprudencia existente tanto a nivel global como local.

A mayor abundamiento, el mérito de la obra se consolida con aportes significativos, como el de la disección del concepto de laicidad, frecuentemente ambiguo y confuso, así como su crítica a la conocida argumentación que defiende los valores religiosos considerándolos exclusivamente como datos culturales. La investigación incluye conceptos de la Filosofía del Derecho y de otros varios Derechos: Constitucional, Político e Internacional.

La autora concluye que la colocación de crucifijos en los lugares públicos no implica de suyo una conducta contradictoria respecto de la neutralidad del Estado ni contradice tampoco el principio de laicidad. Se ha puesto de relieve también la importancia de la historia y la tradición en la hermenéutica jurídica, así como el respeto de las culturas locales.

Finalmente, la presencia de símbolos religiosos en el ámbito público tampoco contradice el principio de igualdad y no discriminación o la libertad de conciencia, toda vez que debe atenderse a las valoraciones sociales de cada momento histórico, sin trazar juicios abstractos y definitivos sobre cuestiones que afectan valores tan arraigados y fundamentales en la vida de los pueblos.

En muchos países de tradición cristiana –se lee en el reciente directorio de catequesis que brinda orientaciones sobre la evangelización–, se verifica una situación en la que grupos enteros de bautizados han perdido el sentido de la fe o incluso no se reconocen ya como miembros de la Iglesia.

Esta situación requiere una nueva evangelización (comenzando por una adecuada catequesis), cuya peculiaridad consiste en que la acción misionera se dirige a bautizados que viven en un contexto religioso de referencias cristianas, percibidas sólo exteriormente.

Desde luego, esta situación no ha de llevar a una actitud claudicante de borrar y prescindir de tales signos cristianos, sino a revivir esas preciosas semillas que todavía están presentes en los fundamentos de la cultura y mantienen toda su capacidad de fertilizar la compleja existencia de los hombres y de los pueblos.

ROBERTO BOSCA

**Alfonso Santiago, *Discursos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dunken, 2019, 248 pp.**

Desde que al comenzar la década del treinta Ortega denunciara la barbarie del especialismo, aletea una discusión a lo largo del último siglo sobre la tensión bipolar entre la generalidad o globalidad, por una parte, y la especialidad o particularidad, por la otra. Lo cierto es que cada vez sabemos más de menos cosas, porque estamos perdiendo la mirada que le da sentido a nuestra comprensión. Hoy la batalla parece ganada de una manera contundente por la segunda, con sus positividadades y sus negatividades.

Otras ambivalentes tensiones se han sumado en esta casi centuria que ha transcurrido desde aquel ensayo del filósofo del vitalismo, en especial, la de la tecnocracia y una de sus consecuencias que es la sobreinformación, que con todos sus beneficios está causando también notorios estragos generalmente inadvertidos o minusvalorados, sobre todo por el gran público.

Algunas voces, como la de Guillermo Jaim Etcheverry, entre nosotros, denuncian muchas veces en solitario y con aires proféticos la configuración de una nueva trama y sus posibles riesgos de inhumanidad. La robotización es el último estadio de este proceso del cual hoy somos todos protagonistas más que testigos. No se trata desde luego de detener el mundo, sino de ejercer un señorío sobre las cosas.

Hace muchos años, siendo un joven abogado, y durante mi primera visita a la Universidad de Navarra, fui invitado a reunirme con Álvaro D'Ors, un ilustre romanista español de ideas carlistas, quien generosamente me recibió en su propia casa durante toda una tarde, en la cual pude disfrutar de un diálogo ciertamente inolvidable.

Aunque ha pasado mucho tiempo, aun guardo de esa reunión un recuerdo lleno de gratitud hacia mi anfitrión. Contra lo que pudiera pensarse, no hablamos tanto o exclusivamente de Derecho. Sin embargo, tuve la impresión entonces, durante aquella ya lejana jornada navarra, de que no me hallaba solamente ante un prestigioso catedrático que enseñaba Derecho romano, sino ante otra cosa muy distinta, esto es, ante un jurista, más específicamente ante un humanista.

La misma identidad que pude sentir hondamente en Álvaro D'Ors se ofrece también en la personalidad humana y científica de Alfonso Santiago. Es así que él cultiva el Derecho Público, pero no es sin embargo solamente un especialista en un área determinada del Derecho, en este caso un iuspublicista, sino que es ante todo un jurista.

¿En qué se diferencia un especialista de un jurista? En que el primero conoce, cultiva y ejerce un derecho determinado; en cambio, el segundo es el que piensa la vida social desde la perspectiva de las relaciones de justicia entre dos sujetos personales. El jurista es un humanista, y lo es sobre todo porque trasunta al Derecho como una realidad profundamente humana.

Puede parecer éste un discernimiento un tanto sutil y hasta rebuscado, pero no por ello resulta ser menos real, y la diferencia entre uno y otro tiene consecuencias que se representan en la calidad del resultado.

Santiago no es, en efecto, tanto un constitucionalista sino en todo caso otra cosa, y eso que lo identifica más plenamente es ser un jurista. Él ve en el Derecho algo más que una estructura de normas que organiza las relaciones del poder político con los ciudadanos y una defensa de las libertades junto a una búsqueda del bien común.

Puede ser que sea algo que deba valorarse en cada caso, pero en el jurista el primer plano está representado en el concepto del Derecho en sí mismo considerado y como una parte de las humanidades, más que en la nota de la especialidad, como ocurre en el especialista.

En el Derecho Constitucional, quizás el más esencial porque constituye la arquitectura de una sociedad, se produce un punto de encuentro entre el Derecho y la política, y es el contenido de ese encuentro el que muestra una conjunción de disciplinas humanísticas como la filosofía, la antropología, la sociología y la historia, también las ciencias políticas y del gobierno.

El Derecho comparte su naturaleza y se ilumina con ellas y alcanza así su consagración más plena. Lo que se muestra en este libro es precisamente cómo Alfonso Santiago encarna de una manera muy viva esta conjunción que ahora nos ha querido brindar en unas páginas que reflejan la plenitud de una madurez.

Ella se expresa con claridad y firmeza en los discursos que se desgranar a lo largo de estos dos centenares y medio de páginas escritas al calor de una existencia singular. En el presente volumen, el autor ha reunido una serie de exposiciones en distintos ambientes como academias, institutos y universidades, que merecen ser leídas, en primer lugar, y, sobre todo, por quienes comienzan a transitar el mundo jurídico, porque constituyen una suerte de introducción al mismo, así como también configuran su profundidad y en ese sentido alcanzan al alto grado de ser su coronación.

Hay obras cuyo valor formativo sobrepasa largamente su dimensión meramente cognoscitiva. Uno de los mejores consejos que me precio de ha-

ber recibido en el comienzo de mis estudios universitarios fue la recomendación de leer *La ciudad antigua*, de Fustel de Coulanges, otro de los tantos clásicos hoy olvidados.

En esta nueva publicación, inversamente a las anteriores, el autor no trata acerca de problemas jurídicos, pero el tema sigue siendo el Derecho. Con ser bastante, sin embargo, eso no es todo, sino que hay algo más. Hay aquí también un legado en la trama de un esbozo, el trazo donde se adivina una biografía esencial.

Es decir, se refleja en estas páginas algo muy profundo que son las raíces, concepciones y creencias del autor, sus proyectos y valores, también muchos de sus amores; en definitiva, la pasión por el bien, la verdad y la belleza, porque como él mismo nos lo dice, lo que hay aquí es un destello de su alma y de una historia vivida.

Este libro no es pues el reflejo de una investigación ni se expone en él una teoría del Derecho, pero es el trasunto de una vida en su dimensión más completa, más profunda y más radical, donde se evidencia el vigor y la fuerza de una coherencia.

¿Qué transmiten estas páginas? Sin duda, una gran versación en la ciencia y el arte del Derecho, pero también y sobre todo irradian la luz y el calor de una sabiduría existencial. Son esas cosas que no se aprenden en los libros, pero son las más importantes. En todas estas ocasiones tratadas en ellas, además de percibirse una inusual riqueza conceptual, brilla con un raro fulgor la concepción raigal de la dignidad de la persona humana, que es lo que brinda su sentido más auténtico al alma y a una vida al servicio de los demás.

ROBERTO BOSCA



**Jorge Nicolás Lafferriere, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley N° 27.610*, Buenos Aires, Centro de Bioética, Persona y Familia, 2021, 145 pp.**

Luego de un somero tratamiento del proyecto para legalizar el aborto en Argentina por parte del Congreso Nacional, el 30 de diciembre de 2020 resultó sancionada la Ley N° 27.610, publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero de 2021.

El debate sobre el “acceso a la interrupción voluntaria del embarazo” (art. 1°) en Argentina ha tenido un lugar central en la sociedad en general, pero especialmente en el ámbito académico. Jorge Nicolás Lafferriere participó de manera activa con numerosas publicaciones sobre el tema e intervino en las audiencias públicas, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado de la Nación, durante el tratamiento de los proyectos de ley. En febrero de 2021 publicó el libro de referencia que puede descargarse gratuitamente del sitio web del Centro de Bioética, Persona y Familia<sup>1</sup>.

El documento reseñado no solo realiza un profundo análisis de cada artículo de la ley, sino que aborda los principales ejes de discusión que se suscitaron en los últimos dos años y condensa en un texto sólidas respuestas a cada uno de los puntos. Se divide en cinco partes. En primer lugar, hace una introducción, continúa con el detalle del trámite legislativo del proyecto de ley, resume los principales puntos de la ley, realiza una valoración de conjunto de la ley y, finalmente, realiza un comentario de cada uno de los artículos.

A continuación, nombraré sucintamente los principales temas abordados en el libro, lo cual no obsta a que los temas no descriptos en la presente recensión sean sumamente interesantes y profundos.

En cuanto al objeto de la ley, el Dr. Lafferriere advierte que desde el primer artículo la ley otorga primacía a la autonomía de la voluntad de la mujer, soslayando en forma completa cualquier consideración a la persona por nacer, su dignidad y derecho a la vida.

1 Ver <http://centrodebioetica.org>.

La norma parte de un presupuesto falso que se vincula con la inevitabilidad del aborto y, para contrarrestar la idea de que las mujeres buscan abortar como una decisión libre, el libro trae a colación un estudio realizado en Chile, donde queda explícito que hay diversas realidades y motivaciones detrás de una decisión sobre el aborto. De hecho, detrás de la mayoría de las madres que piensan abortar hay situaciones de vulnerabilidad que condicionan su libertad.

Por otra parte, no es verdad que la ley de ningún modo aumenta la probabilidad de que una mujer decida abortar, sino que ella promueve decididamente el aborto. Una muestra de ello son las amenazas a los profesionales de la salud que provean información que pueda ser interpretada como contraria a la voluntad de abortar.

Un acápite particular se destinó a valorar el argumento de las recomendaciones de los organismos internacionales, punto central en las posturas que se pronunciaron a favor de la ley. El libro destaca que no existe un derecho al aborto en los tratados, analiza si puede hablarse de interpretación evolutiva de los tratados, si las recomendaciones son derecho vinculante, cuál es el alcance y la importancia del artículo 27 de la Constitución Nacional, todo ello sin perjuicio de que la ley va mucho más allá de lo que dicen las recomendaciones.

Ciertamente, fue central la discusión en torno a cuál es la fuerza vinculante de la declaración interpretativa que formuló la República Argentina por Ley N° 23.849 al momento de aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño. En dicha ley, Argentina entiende por niño “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. La declaración tiene jerarquía constitucional toda vez que el artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional dispone que los tratados tienen esa jerarquía “en las condiciones de su vigencia”. En relación con este punto el libro presenta las siguientes aristas: I) la fuerza vinculante de las declaraciones interpretativas y de las reservas; II) la expresión “en las condiciones de su vigencia”; III) el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; y IV) la interpretación de la Convención. Luego, se presenta y refuta la postura de la protección “gradual e incremental” de la vida del por nacer a raíz del fallo “Artavia Murillo”.

La ley pretende declarar el aborto como un derecho y ello implica en sí un extendido debate. El libro deja claro que, sin desconocer que existen muchos condicionamientos y presiones sobre las madres para abortar, no se justifica la acción deliberada de quitar la vida de una persona por nacer. El aborto no es la solución para los problemas de la maternidad vulnerable. Hay que buscar caminos útiles para resolver estos problemas y procurar salvar siempre la vida de la madre y su hijo. Este aspecto de la discusión también conduce a considerar cuándo es el comienzo de la existencia del



ser humano desde el plano biológico. Por otro lado, la ley hace un listado de normas sobre las cuales se basaría para sostener el aborto como derecho y, sin embargo, queda claro que la única intención es forzar la interpretación para alcanzar la pretensión aludida.

En cuanto a las personas menores de edad, la ley es ambigua y en su artículo 8° remite a un complejo entramado normativo que es analizado en el libro. El artículo es confuso e impreciso en su concordancia con el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, la posible intervención de allegados, la violación de derechos constitucionales de los padres y la incoherencia con la responsabilidad parental de los progenitores adolescentes.

Otro eje de suma importancia es la objeción de conciencia, tanto individual como institucional. Frente a la primera, Lafferriere critica la redacción de la ley porque podría interpretarse como que solo se brinda tal posibilidad a algunos profesionales únicamente, cuando en realidad todos aquellos que participan de un aborto pueden ser objetores. También observa que se obligue al objetor a derivar a la paciente, acto que puede significar una forma de cooperar con la acción objetada y violentar la propia conciencia. En cuando a la denominada objeción de conciencia institucional, el principal problema recae sobre la obligación de derivar a la paciente a un efector que realice el aborto; además, la redacción del artículo 11 confunde los fundamentos de este tipo de objeción, que no radica en el hecho de que todos los profesionales que integran el establecimiento sean objetores, sino en que su ideario o normas fundamentales contemplan principios que se contraponen a las obligaciones impuestas en la ley.

En el ámbito penal, el libro pone en tela de juicio la política legislativa de la norma en examen y la incoherencia en torno al bien jurídico tutelado, que indudablemente es el derecho a la vida de las personas por nacer. Si se afirma que la amenaza penal es ineficaz para disuadir a las mujeres de abortar, habría que esperar que se propongan medidas útiles para que cesen las prácticas abortivas, pero por el contrario, se decide legalizar lo que supuestamente habría que desalentar. Por otra parte, la creación del delito destinado a sancionar a todo profesional de la salud que dilate injustificadamente, obstaculice o se niegue a practicar un aborto en los casos previstos (nuevo art. 85 bis del Código Penal), es una novedad en el Derecho Comparado y una clara expresión de que la voluntad de la norma es imponer el aborto a toda costa y de su poca consideración hacia las razones médicas que rechazan estos actos. Luego, en el texto se comentan las modificaciones de la causal “violación” y “salud” del artículo 86 del Código Penal, con el correspondiente veto de la palabra “integral” a través del Decreto N° 14/2021.

En otro orden de ideas, se hace un interesante planteo en torno a la pretensión de declarar las disposiciones de la ley como de “orden público”. No solo la noción de “orden público” suscita intensos debates en el Dere-

cho, sino que la cuestión federal presenta serias objeciones a las amplias pretensiones de la norma. Dejando a un lado las modificaciones al Código Penal —que al ser derecho común el Congreso Nacional es materia propia del Congreso Nacional—, pretender aplicar obligatoriamente en todas las provincias los artículos referidos a temas de poder de policía en materia de salud y educación, no puede ser otra cosa que una intromisión indebida el régimen federal previsto en nuestro sistema constitucional.

Por último, resulta destacable la valoración de conjunto que se hace de la ley, donde se exponen sintéticamente las principales objeciones a la norma: a) viola el derecho a la vida de las personas por nacer al permitir que sean eliminadas; b) discrimina entre personas por nacer según sean deseadas o indeseadas; c) legaliza el aborto prácticamente hasta el fin del embarazo por la amplitud de las causales de aborto no punibles luego de la semana 14 y por la reforma del artículo 88 del Código Penal para excusar a la mujer que se practique su propio aborto; d) obliga a los profesionales de la salud a ejercer la profesión bajo amenaza de considerar su conducta como “violencia contra la mujer” y de sanciones penales si se negaren, obstaculizaren o dilataren injustificadamente un aborto; e) condiciona la libertad de acción de los profesionales de la salud al amenazarlos con sanciones y obligarlos a suministrar la información sobre el pretendido derecho al aborto “incluso si no hay una solicitud explícita”, a no dar “información inadecuada” y a no dar consideraciones personales o axiológicas; f) promueve el aborto a través de un recorte de la información que se ofrecerá a la madre y sin ofrecer alternativas reales; g) desconoce los derechos y deberes de los padres en relación con sus hijos al regular el consentimiento informado y permite que la niña vaya a requerir el aborto sin conocimiento de los padres; h) genera las condiciones jurídicas para que se expanda el aborto sistemático de personas con discapacidad, tal como ha ocurrido en otros países que han legalizado el aborto sin expresión de causales durante las primeras 14 semanas, por la disponibilidad y difusión de los estudios prenatales, cada vez más precisos, no invasivos, rápidos y tempranos; i) restringe seriamente la objeción de conciencia individual al establecer que solo puede ser ejercida por el profesional de la salud que interviene “de manera directa” en el aborto, y obligándolo a derivar a la paciente; j) regula confusamente los derechos de las instituciones que en razón de su ideario, estatutos o normas fundamentales no pueden realizar abortos; k) excluye al padre del niño por nacer y dispone que “solo se compartirá información o se incluirá a su familia o a su acompañante con su expresa autorización, conforme las previsiones del artículo 8° de la presente ley”; l) impone la ideología de género en la capacitación docente y del personal de salud, violentando las libertades educativas fundamentales.

JUAN BAUTISTA ELETA

El texto cuenta con la virtud de reunir en una publicación las principales caras de la problemática, considerando la doctrina preponderante, las exposiciones en las reuniones de comisión en el Congreso y las diferencias con los proyectos de ley anteriormente presentados. Indudablemente, el libro será referencia obligatoria a la hora de analizar la Ley N° 27.610.

JUAN BAUTISTA ELETA



## ***PRUDENTIA IURIS***

### **NORMAS DE PUBLICACIÓN**

#### **A) Normas referidas a cada sección**

##### ***I. Cátedra Internacional 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 para las Secciones “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” según sea la índole del texto.

##### ***II. Artículos de Investigación***

- 2.1. 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.
- 2.2. Los trabajos enviados a esta sección no podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras.
- 2.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 2.4. 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.

- 2.5. 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. El resumen debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Debe ser breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.

### **III. Notas y Comentarios**

- 3.1. Se publicarán en esta sección trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión debe ser menor a 4.000 palabras.
- 3.2. 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.
- 3.3. Deberá enviarse el título en idioma original, en inglés y en italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original, en inglés y en italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada. El resumen debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Debe ser breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- 3.4. Los trabajos se someterán a evaluación por un árbitro externo conforme a las normas respectivas.

### **IV. 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.

### **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.

### **Proceso de revisión por pares**

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.

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.

*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.

Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para las secciones que requieren evaluación por pares serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 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.

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.

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. 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.

En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.

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.

### **Frecuencia de publicación**

*Prudentia Iuris* es una publicación semestral. Los números son publicados en la primera semana de los meses de junio y diciembre de cada año.

### **Política de acceso abierto**

La revista *Prudentia Iuris* adhiere a la filosofía del acceso abierto a la literatura científica, permitiendo descargar, distribuir, copiar e imprimir su material sin restricciones, asegurando así el cumplimiento de dos objetivos fundamentales:

- Acceso irrestricto a la información, sin barreras económicas, legales o técnicas.
- Aumento de visibilidad e impacto de la institución y de sus investigadores.

### **Indexación**

*Prudentia Iuris* se encuentra incluida en la base de datos ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad.

### **Política de detección de plagio**

El procedimiento de control de plagio de *Prudentia Iuris* involucra las siguientes etapas:

- En las instrucciones a los autores es manifiesta la exigencia de originalidad de los trabajos presentados.
- A la par, la presentación de trabajos inéditos es un requisito excluyente de aceptación de originales.
- Se exige también a los autores la mención explícita de las fuentes en todas las citas, de acuerdo con las normas de la revista.



- Una vez recibidos, los trabajos pasan por el control simultáneo de las siguientes herramientas de software anti-plagio: Plagium, Plagiarism Checker y Plagiarisma.
- La revista no publicará el texto enviado por un autor si: se detectara plagio total o parcial del texto o se localizara el artículo ya publicado por el mismo autor.
- En los casos mencionados, se comunicará al autor el motivo de rechazo explicando de manera clara las evidencias del plagio.

### **Código de conducta y buenas prácticas**

La revista *Prudentia Iuris* adhiere al Código de conducta y buenas prácticas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE). De acuerdo con este Código, los editores son responsables de todo el contenido publicado en su revista y, por lo tanto, se comprometen a:

- Esforzarse por satisfacer las necesidades de sus lectores y autores.
- Procurar la mejora continua de la revista.
- Disponer de procesos para asegurar la calidad del material que publican.
- Defender la libertad de expresión.
- Mantener la integridad académica del contenido publicado.
- Evitar que cuestiones comerciales comprometan estándares intelectuales y éticos.
- Publicar correcciones, aclaraciones, retractaciones y disculpas cuando sea necesario.

## **B) 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, por ejemplo, si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.
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.

**Formato básico para textos y citas bibliográficas:**

- Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: NEGRITA DE 14 puntos para el título, negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página. El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra Negrita de 11 puntos Times New Roman.
- Citas bibliográficas: Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.
- 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.wwwww>.  
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.