

ISSN 2618-5121 (web)

FORUM

13

AÑO 2022

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



FORUM

REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina**



Junio 2022

FORUM

REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina**

Número 13

Junio 2022

ORLANDO JUAN GALLO

Director del Centro de Derecho Constitucional

ROBERTO ANTONIO PUNTE

Director de la revista

SOFÍA CALDERONE

Secretaria de redacción

FACUNDO MENEM

Asistente editorial



Editorial de la Pontificia Universidad Católica Argentina

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

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

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

ISSN: 2718-6628 (web)

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

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

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Secretario Académico

Dr. Gabriel Limodio

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Pablo María Garat

Director de la Carrera

Dr. Daniel A. Herrera

Secretario Académico

Dr. Carlos Muñiz

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Jorge N. Lafferriere

Director de Posgrado
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas
Dr. Fernando Ubiría

Director de Relaciones Institucionales
Dr. Néstor Raymundo

Centro de Derecho Constitucional

Director
Orlando J. Gallo

Revista FORUM

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

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

Asistente Editorial
Facundo Menem

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

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

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

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

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

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

Consejo Académico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Miguel Ayuso
(Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España)

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

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

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

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

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

FORUM

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

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

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

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

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

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

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

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

FORUM

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

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

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

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

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

SUMARIO

Editorial: El derecho humano fundamental a vivir en paz (The Fundamental Human Right to Live in Peace), por ROBERTO A. PUNTE.....	15
--	----

Parte I - Artículos de investigación

EZEQUIEL ABÁSOLO La soberanía del pueblo, principio hermenéutico. Ocho corolarios a partir de una reconstrucción dogmática de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema argentina (People's Sovereignty how hermeneutic principle. Eight corollaries from a dogmatic reconstruction of the recent jurisprudence of the Argentine Supreme Court).....	25
--	----

IGNACIO M. DE LA RIVA El funcionario público objetor de conciencia frente al aborto (con particular referencia a los profesionales de la salud). [Public Official Conscientious Objector to Abortion (With particular reference to health professionals)]	47
--	----

Parte II - Notas o comentarios

MARÍA GABRIELA ÁBALOS Fundamentos para la autonomía municipal de la mano de un <i>obiter dictum</i> (Foundations for municipal autonomy in an <i>obiter dictum</i>).....	79
--	----

GONZALO PEREDA	
Notas sobre la Constitución Nacional y el lenguaje inclusivo (Notes on the Constitution and gender-inclusive language).....	103

Parte III - Ensayos, crónicas y reseñaciones

LUCAS O. ABAL	
Recensión: Guerra Moreno, Débora (coord.), <i>Constitución y justicia digital</i> , Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, Cúcuta, Universidad Libre, 2021	115

SANTOS URQUIZA RUEDA	
Recensión: Dalla Vía, Alberto R., <i>Derecho Electoral. Teoría y práctica</i> , Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2021	123

Parte IV - Documentos

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA – COMISIÓN EPISCOPAL PARA LA DOCTRINA DE LA FE	
“Nota doctrinal sobre la objeción de conciencia”	133
Normas de publicación	151

EDITORIAL

EL DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL A VIVIR EN PAZ THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO LIVE IN PEACE

ROBERTO A. PUNTE¹

La actual situación de guerra, por la invasión militar rusa a la vecina Ucrania, con el declarado propósito de hacer caer a sus gobernantes y ocupar todo o parte de su territorio, vuelve a poner sobre el tapete tanto la cuestión fundamental sobre el derecho humano a la paz, como los instrumentos o medios para hacerlo efectivo y real.

Todos los Derechos Humanos, desde la vida, la salud y la integridad, la libertad, el desarrollo personal, el derecho a la familia, al trabajo, a la propiedad, al ejercicio del comercio, dependen, en definitiva, de un derecho humano mucho más fundamental, que es el de la convivencia pacífica; esto es, sin temor de agresiones, prepotencia o violencia de cualquier índole.

La paz es y debiera ser invariablemente el principal objetivo del buen gobierno, ya no por una más o menos difusa fraternidad universal, sino por los muy concretos derechos que resultan vulnerados

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

cuando desaparece el andamiaje de su sostén y de las garantías que los resguardan. Degradado o destruido el justo orden de la concordia, por la irrupción del conflicto en sus distintos grados de violencia, los derechos fundamentales, cuando menos, tambalean y a menudo no quedan en pie.

La búsqueda y consolidación de la paz está en la esencia de la sociabilidad natural del hombre. Por lo que, cuidar la paz, restaurar su vigencia cuando se la amenaza, colaborar para la neutralización de la violencia y enmendar los errores causados por las agresiones injustas son de la esencia del bien común². Tal es el sentido de cualquier estatuto constitucional, ordenado, como dice el texto fundante, a “(...) consolidar la paz interior (...) y atender a la defensa común” .

La orientación hacia la paz constituye una piedra fundamental de la politicidad³. De ahí que el solemne pacto de las Naciones Unidas (ONU), en su artículo segundo, párrafo cuarto, prohíbe recurrir no sólo al uso de la fuerza sino incluso a la amenaza de hacerlo, y establece el deber universal de respetar la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de cualquier Estado⁴.

2. En otra oportunidad, recordaba: “La primordial búsqueda y consolidación de la paz está en la esencia del pacto constitucional de convivencia. De ahí que resguardar su vigencia, acotar las divisiones, enmendar errores, reparar daños, corregir enfrentamientos, sanar rencores y resentimientos, levantar a los caídos e incluir a los marginados, y, en lo posible neutralizar todo motor de violencia, constituye la esencia del buen gobierno y cimenta cualquier programa para adquirir el futuro. La orientación hacia la paz, superando rencores, envidias, pugnas y divisiones, configura la piedra fundamental de la politicidad y necesariamente un eje central también de nuestro reflexionar sobre el sentido de nuestra vida en común”. Punte, Roberto A., “Editorial: sentido y vigencia en la conmemoración de nuestra independencia como Nación soberana”, en *Forum: Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, N° 4, 2016, p. 11.

3. Véase: Punte, Roberto A., “La concordia como interés nacional permanente principal objetivo de la sociedad y el buen gobierno”, en *Gazeta del Progreso*, año 11, 16/03/2022. Rescatado de: <https://www.gazetaprogreso.com.ar/la-concordia-como-interes-nacional-permanente-principal-objetivo-de-la-sociedad-y-el-buen-gobierno-por-roberto-antonio-punte/> (consultado el 25/05/2022).

4. “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas” (Capítulo I: Propósitos y principios, artí-

Más todavía, su Preámbulo señala expresamente que uno de los principales objetivos de la Organización es “(...) preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”⁵.

La importancia de la paz, como prerequisite del respeto a la dignidad humana, se encuentra plasmada en la historia occidental. No en vano, el evangelista Lucas destacaba de un modo primordial el mensaje angélico que alaba, junto al resplandor de la gloria divina, la promesa de “¡(...) Y en la tierra paz, buena voluntad para con los hombres!”⁶.

Hace exactamente ochenta años, en ocasión de la Navidad en 1942, el pontífice Pío XII contrasta este esplendor de verdades, en “un mundo oscurecido por trágicos errores”, frente a “la humanidad angustiada por profunda y amarga tristeza (...)”⁷. En esa ocasión, el entonces Papa recordó el mensaje de Jesús, como una promesa de “misericordia, amor y paz a la infinita muchedumbre de los que sufren y de los atribulados, que ven desaparecida su felicidad y rotas sus energías por el huracán de la lucha y de odios en estos nuestros días borrascosos”⁸.

En esta línea, destacaba la íntima vinculación política entre las relaciones internacionales y el orden interno de cada Estado y sus pueblos. Afirma el documento que no es posible “realizar un sólido e imperturbado frente de paz en el exterior sin un frente de paz en el interior que inspire confianza. Por consiguiente, únicamente la aspiración hacia una paz integral en los dos campos será capaz de liberar a los pueblos de la cruel amenaza de la guerra, de disminuir o superar gradualmente las causas materiales y psicológicas de nuevos desequilibrios y convulsiones”⁹.

culo 2º, párrafo 4º, de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y enmendada en 1963, 1965 y 1973).

5. Ídem.

6. Lucas 2:14.

7. Pío XII, “Radiomensaje de Navidad de Su Santidad Pío XII”, 24 de diciembre de 1942. Rescatado de: https://www.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1942/documents/hf_p-xii_spe_19421224_radiomessage-christmas.html (consultado el 22/05/2022).

8. Párr. 1.

9. Párr. 4.

Es que “[t]oda convivencia social digna de este nombre, así como tiene su origen en la voluntad de paz, así tiende también a la paz; a aquella tranquila convivencia en el orden (...). Dos elementos primordiales rigen, pues, la vida social: la convivencia en el orden, la convivencia en la tranquilidad”¹⁰.

En cambio, el desorden angustiante en el interior lleva inevitablemente a la ruptura del orden general; pues el “[o]rigen y fin esencial de la vida social ha de ser la conservación, el desarrollo y el perfeccionamiento de la persona humana”¹¹.

El documento vincula con claridad la obtención de la paz con la afirmación de la justicia. Para ello, expresa una alta convocatoria a la acción de los buenos, a quienes en espíritu de verdad, de justicia y de amor están dispuestos a sacrificarse en una “nueva expedición para liberar, superando el mar de los errores del día y de la época, la tierra santa espiritual, destinada a ser la base y el fundamento de normas y leyes inmutables para construcciones sociales de sólida consistencia interior”¹².

Pío XII encaraba la propuesta a partir de cinco principios fundantes: “la dignidad y derechos de la persona humana, la defensa de la unidad social y familiar; la dignidad del trabajo, y la restauración del orden y la seguridad jurídicas como protección ante los ataques arbitrarios y las prepotencias, y la consiguiente habilitación de la función estatal, en servicio y beneficio de la sociedad”¹³. Este mensaje se fortaleció sobre el final de la guerra, en diciembre de 1944 –cuando aún transcurría la sexta “Navidad ensombrecida”. En esa nueva oportunidad, Pío XII marcó la necesidad de deslegitimar todo tipo de absolutismo del Estado, favoreciendo la organización democrática, ya sea con la forma de repúblicas como de monarquías parlamentarias. Y como corolario, una definida organización internacional que acabe con la posibilidad de las guerras de agresión.

10. Párr. 5.

11. Párr. 9.

12. Párr. 31.

13. Los extractos pertenecen a Pío XII, “Radiomensaje de Navidad de Su Santidad Pío XII”, ob. cit.

Para ello, propone la “formación de un órgano común para el mantenimiento de la paz”, donde haya mutuas garantías y sanciones, hasta inclusive la intervención armada, pero sin llegar a tolerar injusticias ni lesiones de derechos para ello¹⁴.

El Estatuto de las Naciones Unidas recogerá estas propuestas. Ciertamente, en el Capítulo VI (artículos 33 a 38) se estableció la gradación de los pasos de arreglo pacífico de las controversias: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección, e, incluso, a opción del Consejo, la derivación a la Corte Internacional de Justicia. Por último, quienes hayan delinquido deberán ser penados para lograr una verdadera relación de amparo y resguardo de la dignidad y la libertad humana.

No obstante que la Organización de las Naciones Unidas se constituyó con estos principios, el hecho de que el Consejo de Seguridad, integrado por los vencedores de la guerra, sea el que en última instancia deba custodiar la legitimidad de las intervenciones humanitarias, muchas veces, ha resultado ineficaz. El poder de veto, en la práctica, ha esterilizado esta posibilidad de intervenir por el concierto de las naciones allí reunidas.

En definitiva, debemos tener claro que el primer y más fundamental derecho de las personas y familias es la libertad amparada en el derecho inalienable a la convivencia pacífica. La única paz aceptable es la que garantiza la tranquilidad dentro de un orden justo, lo que excluye la ruptura o daño prepotente de los proyectos vitales, provengan de otras personas o instituciones, del propio Estado o de invasores extranjeros. El amparo o la restauración requiere, en primer lugar, acudir a todo el botiquín de los (re)medios jurídicos, entre los que se encuentra la legítima y proporcionada defensa, y, en segundo lugar, la solidaridad del resto de la comunidad internacional, para ese “nunca más” a las agresiones injustas.

14. Pío XII, “Radiomensaje «Benignitas et Humanitas» de Su Santidad Pío XII en la víspera de Navidad”, 24 de diciembre de 1944. Rescatado de: https://www.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1944/documents/hf_p-xii_spe_19441224_natale.html (consultado el 22/05/2022).

Si la ONU quedara paralizada, hay una posible alternativa, planteada hace siglo y medio por Juan Bautista Alberdi en su obra *El crimen de la guerra*. Según este autor, el concierto de naciones neutrales, dotadas con la fuerza moral de no ser parte del conflicto, en cuanto se sientan habilitadas para impulsar la causa justa de la paz y asumir la defensa del derecho universal a vivir sin guerras, así como de impedir la inútil masacre de los jóvenes y de civiles indefensos, son responsables¹⁵. Construir una convivencia sana requiere explicitar la ilegitimidad y volver efímera e inútil cualquier victoria de la violencia criminal o militar. Cabe recordar la línea de Espronceda: “Allá muevan feroz guerra/ Ciegos reyes/ Por un palmo más de tierra (...)”¹⁶.

La realidad es que, además de la guerra ruso-ucraniana, hay otras en curso en muchas fronteras, incluidas decenas de guerras civiles o vinculadas al narcotráfico, más o menos encubiertas. Existen misiones militares de contención de la ONU en Haití, el sector Polisario del Sahara, la República Centroafricana, Malí, Congo, Abyei-Sudan, Dufur, Medio Oriente (Palestina, Altos de Golán), Chipre, la frontera Indo Pakistaní y Kosovo.

Con plena coherencia, el Magisterio ha reiterado el valor creativo de la Paz, como un bien universal, según lo testimonian los documentos *Pacem in Terris*, de Juan XXIII (1963)¹⁷; también la *Populorum*

15. “Los *neutrales*, que son aquellos que no se ingieren ni participan de la guerra, son los jueces naturales de los beligerantes por tres razones principales: Primero: porque no son parte en el conflicto. Segundo: porque son capaces, a causa de su ingerencia [sic] en la guerra, de la imparcialidad que no puede tener el beligerante. Tercero: porque los neutrales representan y son la sociedad entera del género humano, depositada de la soberanía judicial del inundo, mientras que los beligerantes son dos entes aislados y solitarios, que sólo representan el desorden y la violación escandalosa del derecho internacional o universal”. Alberdi, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, Buenos Aires, Homenaje del Honorable Concejo Deliberante en el Cincuentenario del Fallecimiento de Juan Bautista Alberdi, 1934, p. 206. Rescatado de: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-crimen-de-la-guerra/> (consultado el 22/05/2022).

16. De Espronceda, José, “Canción del Pirata”, en *Obras Poéticas. Ordenadas y anotadas por J. E. Hartzbusch*, París, Braudy, Librería Europea, 1943, p. 58.

17. Juan XXIII, Carta Encíclica *Pacem in Terris* de Su Santidad Juan XXIII, sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad, 11 de abril de 1963.

Progressio, de Pablo VI (1967), donde se indicó que “[e]l desarrollo es el nuevo nombre de la Paz”¹⁸. Más recientemente, el Papa Francisco ha recordado que una guerra implica negar los derechos en *Fratelli Tutti* (2020)¹⁹, y que “[s]i se quiere un verdadero desarrollo humano integral para todos, se debe continuar incansablemente con la tarea de evitar la guerra entre las naciones y los pueblos”²⁰.

En consecuencia, una sana doctrina de la defensa de la Paz debe incluir la coherencia de la deslegitimación del espíritu de división y violencia en lo interior y una activa preparación para estar en condiciones de ser oídos como portadores de palabras y acciones de paz, a nombre propio y de este derecho fundamental de la entera humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, Buenos Aires, Homenaje del Honorable Concejo Deliberante en el Cincuentenario del Fallecimiento de Juan Bautista Alberdi, 1934, p. 206. Rescatado de: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-crimen-de-la-guerra/> (consultado el 22/05/2022).
- De Espronceda, José, “Canción del Pirata”, en *Obras Poéticas. Ordenadas y anotadas por J. E. Hartzzenbusch*, París, Braudy, Librería Europea, 1943, p. 58.
- Francisco, Carta Encíclica *Fratelli Tutti* del Santo Padre Francisco, sobre la fraternidad y la amistad social, 3 de octubre de 2020.
- Juan XXIII, Carta Encíclica *Pacem in Terris* de Su Santidad Juan XXIII, sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad, 11 de abril de 1963.

18. Pablo VI, Carta Encíclica *Populorum Progressio* del Papa Pablo VI. A los obispos, sacerdotes, religiosos y fieles de todo el mundo y a todos los hombres de buena voluntad sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos, 26 de marzo de 1967, punto 76.

19. Francisco, Carta Encíclica *Fratelli Tutti* del Santo Padre Francisco, sobre la fraternidad y la amistad social, 3 de octubre de 2020, punto 257, con cita del “Discurso a la Organización de las Naciones Unidas”, Nueva York, 25 septiembre 2015, rescatado de: https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150925_onu-visita.html (consultado el 25/05/2022).

20. Ídem.

- Pablo VI, Carta Encíclica *Populorum Progressio* del Papa Pablo VI. A los obispos, sacerdotes, religiosos y fieles de todo el mundo y a todos los hombres de buena voluntad sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos, 26 de marzo de 1967.
- Pío XII, “Radiomensaje «*Benignitas et Humanitas*» de Su Santidad Pío XII en la víspera de Navidad”, 24 de diciembre de 1944. Rescatado de: https://www.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1944/documents/hf_p-xii_spe_19441224_natale.html (consultado el 22/05/2022).
- Pío XII, “Radiomensaje de Navidad de Su Santidad Pío XII”, 24 de diciembre de 1942. Rescatado de: https://www.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1942/documents/hf_p-xii_spe_19421224_radiomessage-christmas.html (consultado el 22/05/2022).
- Punte, Roberto A., “Editorial: sentido y vigencia en la conmemoración de nuestra independencia como Nación soberana”, en *FORUM: Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, N° 4, 2016, pp. 9-11.
- Punte, Roberto A., “La concordia como interés nacional permanente principal objetivo de la sociedad y el buen gobierno”, en *Gazeta del Progreso*, año 11, 16/03/2022. Rescatado de: <https://www.gazetaprogreso.com.ar/la-concordia-como-interes-nacional-permanente-principal-objetivo-de-la-sociedad-y-el-buen-gobierno-por-roberto-antonio-punte/> (consultado el 25/05/2022).

Normas citadas

- Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y enmendada en 1963, 1965 y 1973.

PARTE I

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

**LA SOBERANÍA DEL PUEBLO,
PRINCIPIO HERMENÉUTICO.
OCHO COROLARIOS A PARTIR DE
UNA RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA
DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE
DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA**

**PEOPLE'S SOVEREIGNTY HOW HERMENEUTIC PRINCIPLE.
EIGHT COROLLARIES FROM A DOGMATIC
RECONSTRUCTION OF THE RECENT JURISPRUDENCE
OF THE ARGENTINE SUPREME COURT**

EZEQUIEL ABÁSULO¹

Recibido: 5 de mayo de 2021
Aprobado: 12 de mayo de 2022

1. Abogado (Universidad de Morón). Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Doctor en Ciencias Políticas (Universidad Católica Argentina). Profesor Titular de Historia del Derecho, UBA. Profesor Titular de Historia del Derecho y de Teoría Constitucional, UCA. Director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Miembro de Número de la Academia Nacional de la Historia. Correo electrónico: ezequielabasolo@gmail.com. Este artículo se vincula al proyecto Cytma 2019 (Universidad Nacional de La Matanza), "Administración de Justicia y Soberanía del Pueblo en la Argentina contemporánea. Una primera aproximación" (código 800201808000059LM), con mi dirección.

RESUMEN

En este trabajo, que es resultado de aplicar criterios de análisis dogmático constitucional al relevamiento de la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina durante el período 1984 y 2020, se reconstruye la posición contemporánea del tribunal y de sus ministros respecto del principio de la soberanía del pueblo, y, tras ello, se identifican varios criterios hermenéuticos derivados.

PALABRAS CLAVE

Soberanía del Pueblo; Derecho Constitucional; Hermenéutica constitucional; Democracia; Corte Suprema de Justicia de la Nación.

ABSTRACT

This work applies constitutional dogmatic analysis criteria to the survey of the jurisprudence dictated by the Argentine Supreme Court of Justice during the period 1984 and 2020. It reconstructs the current position of the court and its ministers regarding the principle of the People's Sovereignty and identified derived hermeneutical criteria.

KEYWORDS

People's Sovereignty; Constitutional Law; Constitutional Hermeneutics; Democracy; Supreme Court of Justice of the Nation.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Abásulo, Ezequiel, "La soberanía del pueblo, principio hermenéutico. Ocho corolarios a partir de una reconstrucción dogmática de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema argentina", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 13, 2022, pp. 25-45.

INTRODUCCIÓN

En tanto se tenga a la *soberanía del pueblo* como un componente central en la configuración del Estado de Derecho contemporáneo – sobre el particular, Partha Chatterjee recuerda que la legitimidad del Estado moderno está “anclada” a este concepto²–, lo cierto es que, tanto entre los académicos como entre los operadores jurídicos prácticos, viene denunciándose la introducción de relevantes adulteraciones en el sentido atribuido al concepto, de resultas de lo cual ha sufrido resignificaciones o sublimaciones de notable impacto en la incidencia de su eficacia³. A tono con esta perspectiva, y en cuanto a la preocupación doctrinaria conferida a la categoría *soberanía del pueblo*, advierto que entre buena parte de los constitucionalistas campea una relativa desatención respecto de la cuestión⁴ –situación que, aclaro, no hago extensiva ni a los politólogos, ni a los filósofos políticos, ni a

2. Chatterjee, Partha, *La nación en tiempo heterogéneo*, Buenos Aires, Siglo XXI-Clacso, 2008.

3. Habermas, Jürgen, “La soberanía popular como procedimiento”, *Cuadernos Políticos*, México, n° 57, 1989, pp. 53-69. Es interesante advertir la remisión al pensamiento de Habermas hecha por la Corte Suprema argentina, en el considerando 17 de la sentencia pronunciada el 28 de marzo de 2017, en autos *Leopoldo Héctor Schiffrin*, Fallos: 340-1:280. En nuestro medio, Manuel García Mansilla (en su artículo “¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la constitución nacional”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XL, parte II, 2014) sostiene implícitamente una distinción entre interpretaciones “correctas” e “incorrectas” en lo atinente a la soberanía del pueblo (criterio que, en lo personal, no necesariamente comparto). Sobre este tema, véanse también: Bandieri, Luis. M., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas” [en línea], presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho Natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Buenos Aires, Argentina, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, octubre 2013. Rescatado de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf> (consultado el 20/03/2021), pp. 9 y 10. Gargarella, Roberto, “Recuperar el lugar del «pueblo» en la constitución”, en Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 15 y sigs.

4. Constituye una excepción Carpizo, Jorge, “Desafíos contemporáneos del derecho constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México. Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México. Número conmemorativo*, 1991, pp. 261-276.

los historiadores del Derecho y de las ideas políticas, cuyas preocupaciones e intereses son bien diferentes. Por mi parte, he conseguido identificar, aquí y allá, algunas referencias más o menos incidentales, como las relativas a la tensión existente entre Derechos Humanos y soberanía popular⁵, y ajenos abordajes nacionales, centrados en la relevancia local del principio de soberanía popular⁶.

Con este panorama como trasfondo, e impulsado simultáneamente tanto por el relativamente magro acervo bibliográfico que iré citando en su oportunidad, como por el acicate que me proporciona el verificar la relevancia práctica que se le asigna a la categoría *soberanía del pueblo* en pronunciamientos judiciales, tales como *Unión Cívica Radical de Santiago del Estero c/ Provincia de Santiago del Estero* –emitido en 2013 y publicado en la *Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 336:1756–, o el decisorio del superior tribunal argentino, en *Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja*, resuelto el 22 de marzo de 2019, me propuse aquilatar aquí no sólo el papel contemporáneo que la máxima instancia judicial de nuestro país le asigna a la categoría *soberanía del pueblo* –considerada “uno de los elementos conceptuales básicos del paradigma institucional del Estado representativo”⁷, a la cual, por otra parte, corresponde insertar en el ámbito del actual debate sobre la ampliación del “canon democrático”⁸–, sino también rastrear si a partir de estos pronunciamientos resulta posible reconstruir algunas eventuales consecuencias que permitan partir de la *soberanía del pueblo* como un *principio hermenéutico rector*.

En cuanto al marco teórico considerado, encaré mi investigación centrándola en la perspectiva del análisis constitucional *tradicional*.

5. V. gr. Barbieri Durão, Aylton, “La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant”, *Doxa*, Alicante, n° 26, 2003, p. 827.

6. V. gr., para el caso de Chile, Marshall Barberán, Pablo, “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, *Revista de Derecho*, Valparaíso, XXXV, 2010, pp. 245 y sigs.

7. Capella, Juan Ramón, “Una visita al concepto de soberanía”, en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, 13, 1993, p. 17.

8. Cfr. Souza Santos, Boaventura de, *Democracia de alta intensidad. Apuntes para democratizar la democracia*, La Paz, Corte Nacional Electoral, 2004, p. 9.

Esto quiere decir que tomé como referencia inmediata la dogmática de la disciplina, y sus herramientas hermenéuticas comúnmente aceptadas⁹. Amén de lo anterior, también tuve en cuenta los postulados y las propuestas contemporáneas de filósofos políticos, filósofos del Derecho y politólogos, como Norberto Bobbio, Jürgen Habermas, Pierre Rosanvallon y Boaventura de Sousa Santos, quienes se interesan por la crisis y las formas actuales de la democracia, del Estado de Derecho, y de la soberanía popular en tanto que principio fundante de aquél.

Con dicho referencial a disposición, procuré reconstruir, respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la relevancia que en ésta se les asignó a los procedimientos dispuestos a institucionalizar y a concretar los principios democráticos inherentes a la supremacía de la soberanía del pueblo. Además, ante la elusiva actitud de los operadores del Derecho en asumir a carta cabal la relevancia jurídico práctica de la *soberanía del pueblo*, con mi análisis intenté sustraerla de la infausta condición de “falsa promesa” de la democracia a la que se refiere Bobbio¹⁰. En cuanto a las concretas compulsas que exigió la realización de esta investigación, se cotejaron alrededor de 60000 páginas de decisiones judiciales, emitidas por el máximo tribunal argentino, desde 1984 –o sea, a partir de la restauración del orden constitucional– y hasta 2020. Vale decir que se procedió de un modo que no es habitual en los estudios constitucionales. O sea que en lugar de acudir al expediente, más o menos cómodo, de avanzar retrospectivamente a partir de las referencias intertextuales integradas en los pronunciamientos más relevantes, se avanzó paulatinamente, desde el tomo 306 de la colección de *Fallos* hasta el 343, identificando y registrando, en cada

9. Utilizo la expresión *dogmática constitucional* con el sentido que le adjudica técnicamente a la expresión el profesor Sarlo, Óscar, “El marco teórico en la investigación dogmática”, en Courtis, C., *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 175 y sigs. De este modo, lejos de adherir a perspectivas alternativas como las que, por ejemplo, sostiene Juan Iosa, me inscribo en criterios como los que aplican Bidart Campos, Sagüés, Pérez Luño y Villaverde, en los trabajos que incorporo al elenco bibliográfico final que forma parte de este artículo.

10. Cfr. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 16 y sigs.

uno de los casos en los que correspondiese, la posición de los magistrados judiciales sobre la soberanía popular, pronunciamientos que, muchas veces, afloraron con la forma de inesperados *obiter dicta*.

1. PRIMEROS COMENTARIOS SOBRE EL EMPLEO DE LA CATEGORÍA SOBERANÍA DEL PUEBLO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA

Tras el relevamiento de la serie de tomos de la colección de *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* ya mencionados, comprobé que durante el período en estudio no se produjo ninguna “gran decisión” que se explayase *in extenso* sobre los alcances de la categoría *soberanía del pueblo*. Empero, dicha categoría asumió la reiterada condición de asunto transversal, al cual aludieron los jueces en varias oportunidades, si bien de un modo asaz circunstancial y episódico.

Lo anterior me obligó a proponer el análisis armónico e integrado de la pluralidad de pronunciamientos identificada, con el objeto de “sacar a la luz” sus presupuestos operativos implícitos. Merced a lo referido, me encuentro en condiciones de asegurar que tanto varios titulares de la Procuración General de la Nación –a cuyos criterios adhirió la Corte–, como casi todos los ministros del tribunal –sea integrando las decisiones victoriosas, sea manifestándose en disidencia–, consideraron oportuno, en algún u otro momento, decir algo sobre la *soberanía del pueblo*. Concretamente, buena parte de estas referencias se manifestaron en oportunidad de abordarse discusiones de índole electoral. De este modo, por ejemplo, se afirmó que el sufragio confiere “sentido al principio de que el pueblo, como titular de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes”¹¹. También, que “en el sistema representativo de gobierno, consagrado por los artículos 1°

11. Considerando 10 del voto de la mayoría (integrada por los jueces Fayt y Bacqué) en la sentencia dictada por la Corte Suprema en *Ángel Jesús Ríos* (1987), 22 de abril de 1987, Fallos: 310-1:830. Considerando 9° del voto particular de los jueces Fayt y Petracchi dictado el 9 de abril de 2002, en autos *Emilio Fermín Mignone*, Fallos: 325-1:562.

y 22 de la Constitución Nacional, el pueblo es la fuente originaria de la soberanía”¹². Análogamente, el juez Petracchi expresó individualmente que “en el sistema representativo de gobierno consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, el pueblo es la fuente originaria de la soberanía”¹³. Sin embargo, esto no es todo, en la medida en que se percibe otro rasgo importante. Me refiero al hecho de que las alusiones a esta categoría no pocas veces se produjeron en ocasión de ventilarse casos considerados de “alta relevancia institucional”. Baste mencionar que se aludió a la *soberanía del pueblo* en pronunciamientos como *Sejean*¹⁴, *Ángel Jesús Ríos*¹⁵, *Mignone*¹⁶, *Provincia de San Luis*¹⁷, *Alianza Frente por un Nuevo País*¹⁸, *Antonio Domingo Bussi*¹⁹, *Collegio de Abogados de Tucumán*²⁰ y *Schiffirin*²¹, entre otros.

2. LA SOBERANÍA DEL PUEBLO EN EL DIAGRAMA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, ¿qué es lo que los jueces dijeron concretamente sobre la *soberanía del pueblo*? Más allá de una solitaria referencia, inspirada en un artículo de Michael Reisman, profesor de la Universidad de Yale –un autor que avanzó sobre la pretendida incorporación de un “nuevo concepto constitutivo de la soberanía popular fundado en los

12. Considerando 10 del voto de la mayoría, en *Alianza Frente por un Nuevo País* (2003), 4 de junio de 2003, Fallos: 326-2:1820 y 1821.

13. Considerando 9º del voto particular de Enrique Santiago Petracchi, en la sentencia dada por la Corte Suprema en *Ángel Jesús Ríos* (1987), 22 de abril de 1987, Fallos: 310-1:837.

14. Fallos: 308-2:2266.

15. Fallos: 310-1:819.

16. Fallos: 325-1:524.

17. Fallos: 326-1:417.

18. Fallos: 326-2:1178.

19. Fallos: 324-3:3358.

20. Fallos: 338-1:249.

21. Fallos: 340-1:257.

Derechos Humanos”²²–, al ocuparse de esta categoría, la Corte y sus ministros transitaron por andariveles conceptuales más o menos “clásicos”. Esto quiere decir que de lo que se ocuparon en lo inmediato fue de su relación con la titularidad y con el origen de una potestad en la que se sustenta el orden jurídico.

En relación con esto, se aseguró, ante alguna eventual exorbitancia del poder estatal, que la protección y la tutela de los derechos fundamentales individuales –hipótesis que, en un Estado de Derecho, impondría el oportuno contralor del Poder Judicial– debían considerarse una “conquista irreversible del sistema democrático”. Y se dejó a salvo que no sólo ameritaban protección las “valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad”, sino también todos los demás “legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad”, en la medida en que desconocer esto “constituiría una seria amenaza al sistema republicano democrático que la Nación ha adoptado”²³.

Los jueces reconocieron, también, que correspondía al pueblo la titularidad de la soberanía²⁴, y sostuvieron, además, que desde el mismo instante en que aquél “se erige en depositario de la soberanía se produce una ruptura con el reconocimiento de cualquier tipo de poder omnímodo”²⁵. Por otra parte, identificaron la *soberanía del pueblo* con la Patria, con la Constitución y con el Derecho mismo. Así, surge de las antiguas palabras de José María Moreno, que el juez Santiago Bacqué hizo suyas, al sostener que el mayor crimen que podría cometer un militar “es la traición a la patria, es la violación de la

22. Dictamen del Procurador General de la Nación, Oscar Luján Fappiano, de 6 de julio de 1994, en autos *Adriano C. Brunicardi*. La Corte Suprema admitió este argumento en su sentencia de 10 de diciembre de 1996 (la cual lleva la firma de los jueces Nazareno, O’Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez), Fallos: 319-3:2892 y 2893.

23. Considerando 7º del voto particular del juez Petracchi, en autos *Juan Bautista Sejean c/ Ana María Zaks de Sejean* (1986), 27 de noviembre de 1986, Fallos: 308-2:2302.

24. Considerando 9º del voto particular de Enrique Santiago Petracchi, en la sentencia de la Corte Suprema, en *Ángel Jesús Ríos* (1987), 22 de abril de 1987, Fallos: 310-1:837.

25. Dictamen del Procurador General de la Nación, Juan Octavio Gauna, en *Carlos Hernán Crespo* (1986), 26 de septiembre de 1986, Fallos: 311-1:791.

Constitución, es el desconocimiento de la soberanía del pueblo, es, en fin, la conculcación de las leyes”²⁶. Por otra parte, en varias oportunidades se aseveró que “en la forma representativa de gobierno consagrada por los artículos 1° y 22 de la Ley Fundamental, el pueblo, como entidad política, es la fuente originaria de la soberanía”²⁷. También, que “la voz del pueblo de la Nación es la fuente más legítima para adoptar decisiones en una sociedad organizada democráticamente, ya que toma en cuenta la opinión del mayor número de individuos que se expresan sobre una cuestión precisa sometida a su consideración”²⁸, y que “la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto”²⁹. Asimismo, junto a la organización federal y a la forma republicana de gobierno, se consideró que la soberanía del pueblo se erige como uno de los “pilares básicos” o “base necesaria y permanente” de la organización constitucional argentina³⁰.

26. Considerando 37 del voto particular de Santiago Bacqué, en la sentencia *Ramón Juan Alberto Camps y otro* (1987), 22 de junio de 1987, Fallos: 310-1:1352 y 1353.

27. Véanse: Considerando 6° de la sentencia pronunciada el 16 de noviembre de 1989, en autos *UCR-CFI Partido Federal y FREJUPO* (lleva la firma de los jueces Fayt y Bacqué), Fallos: 312-2:2197. Considerando 11 del voto en disidencia pronunciado el 12 de noviembre de 1996 por el juez Fayt, Fallos: 319-3:2707. Considerando 6° de la sentencia dictada en autos *Partido Justicialista –Distrito Neuquén–* (lleva la firma de los jueces O’Connor, Fayt, Boggiano, López y Vázquez) (1996), 20 de agosto de 1996, Fallos: 319-2:1648. En sentido coincidente, considerando 11 del voto en disidencia dado el 12 de noviembre de 1996 por el juez Fayt, en autos *Andrés Adalberto Aner*, Fallos: 319-3:2707.

28. Considerando 17 de la sentencia pronunciada el 28 de marzo de 2017, en autos *Leopoldo Héctor Schiffrin*, Fallos: 340-1:281.

29. Considerando 13 de la sentencia dictada el 14 de abril de 2015, en autos *Intendente Municipal de la Capital*, Fallos: 337-2:1275.

30. Considerando 8° de la sentencia dictada el 11 de octubre de 2001 (lleva la firma de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano y Vázquez), en autos *Antonio Domingo Bussi*, Fallos: 324-3:3378. Dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás Eduardo Becerra, pronunciado el 25 de marzo de 2003, en autos *Carlos Alberto Ponce c/ Provincia de San Luis*, cuyos fundamentos fueron confirmados por la Corte Suprema el 10 de abril de 2003 en el considerando 3° de la sentencia recaída

Ahora bien, más allá de que la jurisprudencia haya llamado la atención, en tanto que límite a la *soberanía del pueblo*, sobre la eventual falta de respeto a “los principios del Estado de Derecho”, o a “los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos”³¹, no se pierda de vista que los jueces también subrayaron que dada la condición del *pueblo* como portador de la soberanía, a ésta debían supraordinarse todos los poderes dentro del Estado³². Correlativamente, y con remisión al pensamiento de Joaquín V. González, varios ministros del tribunal vincularon la soberanía del Congreso con la dimensión de este cuerpo como expresión de la representatividad popular³³. Desde luego, cabría preguntarse ¿qué es lo que entendió el Tribunal por *pueblo*? Al respecto, para el juez Fayt, se trataría del conjunto de ciudadanos o de titulares de los derechos políticos del Estado, el cual, de acuerdo con Hermann Heller, resulta “portador de la soberanía en la organización estatal”. El mismo juez citado en último término también recordó que cuando el artículo 1º de la Constitución Nacional hace alusión al *pueblo* no lo está considerando “como formación natural, ni cultural ni espiritual, sino como pueblo del Estado, es decir, como el conjunto de ciudadanos que tienen el derecho de sufragio, pueden

da en la misma causa (lleva la firma de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, López, Vázquez y Maqueda), Fallos: 326-1:1293 y 1295.

Este argumento se anticipó en el considerando 14 del voto en disidencia del juez Fayt, pronunciado el 1º de julio de 1994, en autos *Antonio José Romero Feris*, Fallos: 317-2:723. Y en el considerando 5º de la disidencia de los jueces Fayt y Bossert, pronunciada el 14 de noviembre de 1998, en autos *Provincia de Chaco c/ Senado de la Nación*, Fallos: 321-3:3265.

31. Considerando 17 de la sentencia pronunciada el 28 de marzo de 2017, en autos *Leopoldo Héctor Schiffrin*, Fallos: 340-1:282 y 279.

32. Considerando 13 del voto en disidencia del juez Fayt pronunciado el 1º de julio de 1994, en autos *Antonio José Romero Feris*, Fallos: 317-2:723.

33. Este argumento surge de la cita del párrafo 373 del *Manual de la Constitución*, de Joaquín V. González, incluida en el considerando 16 del voto de la mayoría (firmada por los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López), pronunciado el 14 de noviembre de 1998, en autos *Provincia de Chaco c/ Senado de la Nación*, Fallos: 321-3:3250. El argumento se reitera en el considerando 9º de la disidencia del juez Vázquez pronunciada el 9 de agosto de 2001, en autos *Carlos Guillermo Hakim c/ Provincia de Jujuy y otro*, Fallos: 324-2:2314.

elegir y ser elegidos, y forman el cuerpo electoral". Por lo tanto, no se trataría del pueblo en el Estado, es decir, de la masa de habitantes, sino de la "suma de los titulares de los derechos políticos", del conjunto de electores que –conforme con una invocación del pensamiento de Heller– integran "el ser y el modo de ser del Estado"³⁴.

3. LA SOBERANÍA DEL PUEBLO COMO PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Más allá de lo referido hasta el momento, entiendo que lo que los pronunciamientos de la Corte Suprema terminaron aplicando de la categoría *soberanía del pueblo* fue su condición de *principio* de carácter liminar³⁵. Así me parece que lo consideraron, por ejemplo, en autos *Antonio Domingo Bussi*³⁶. Dotado de raigambre constitucional³⁷, dicho principio se engazaría con el reconocimiento de la ciudadanía como titular del poder político. Al respecto, se hizo hincapié en la tutela de los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad³⁸. También se aseguró que "la Constitución Nacional reconoce como una de sus bases necesarias y permanentes que el pueblo es el

34. Considerando 13 del voto en disidencia del juez Fayt pronunciado el 1° de julio de 1994, en autos *Antonio José Romero Feris*, Fallos, 317-2:723.

35. Sobre las características generales inherentes a los principios constitucionales que se pueden identificar, puede aprovecharse lo que sostienen Chandía Olivares, Sebastián, "Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno", *Derecho y Humanidades* n° 20, 1991, p. 190 y Escobar Roca, Guillermo, "Presupuestos de teoría y dogmática constitucional", en Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, pp. 291 y 366.

36. Considerando 3° de la sentencia dictada el 13 de julio de 2007, en autos *Antonio Domingo Bussi*, Fallos: 330-3:3220 y 3221.

37. Considerando 16 de la sentencia pronunciada el 24 de febrero de 2005, en autos *Carlos Alberto Ponce c/ Provincia de San Luis* (lleva la firma de los jueces Petracchi, Belluscio, Maqueda y Highton de Nolasco), Fallos: 328-1:211.

38. Considerando 10 de la sentencia dictada el 18 de junio de 2013, en autos *Jorge Gabriel Rizzo* (lleva los votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda), Fallos: 336-1:784.

depositario único de la soberanía y que su voluntad se manifiesta mediante el sufragio de los electores”³⁹. Y recientemente se insistió en “el necesario resguardo de la soberanía del pueblo y [de] la expresión de su voluntad”⁴⁰.

Así las cosas, resulta oportuno recordar que, en tanto que *principio*, el de la *soberanía del pueblo* ha sido tenido en cuenta por la Corte para determinar la existencia de eventuales inconstitucionalidades. En efecto, en una oportunidad, por ejemplo, se aseveró que la pretendida inaplicabilidad de la norma en el caso concreto en el que un individuo se sometía a la decisión de un juez importaba una manifestación genuina del principio de soberanía del pueblo⁴¹. De análoga manera, también, se dijo, en otra ocasión, que lo que estaba en “juego, en definitiva, no es una cuestión de superioridad entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo o el Ejecutivo, sino entre la soberanía del pueblo y los actos propios de uno de los poderes creados por la Constitución, esto es, un conflicto entre la norma fundamental y las normas secundarias que le están subordinadas”⁴². Por otra parte, también como un ejemplo de la aplicación jurisprudencial de este principio, se puede recordar, al respecto, que, de acuerdo con la Corte Suprema, la inmunidad de opinión parlamentaria se enhebra “con el adecuado funcionamiento del sistema representativo y republicano”, y que la protección del representante del pueblo en el desempeño de ese mandato obedece al principio de la soberanía popular delegada para el ejercicio de sus funciones, conforme el artículo 33 de la Constitución Nacional⁴³. Respecto de los privilegios parlamentarios, y si-

39. Considerando 31 de la sentencia dictada el 22 de marzo de 2019, en autos *Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja* (lleva los votos de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti), Fallos: 342-1:380.

40. Considerando 10 de la sentencia dictada el 24 de abril de 2020, en autos *Cristina Fernández de Kirchner en su carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación / acción declarativa*, Fallos: 343-1:226.

41. Considerando 41 del voto de la mayoría en *Provincia de San Luis c/ Nación Argentina*, 5 de marzo de 2003, Fallos: 326-1:478.

42. Disidencia pronunciada por el juez Fayt el 17 de diciembre de 1997, en autos *Jorge Rodríguez - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación*, Fallos: 320-3:2895.

43. Considerando 22 del voto en disidencia del juez Maqueda, pronunciado el 17 de febrero de 2004 en autos *Ricardo Juan Cossio c/ Horacio Viqueira*, Fallos: 327-1:166.

guiendo a Joaquín V. González, se aseguró, asimismo, que se trataba de “poderes o inmunidades inherentes a la soberanía de donde proceden y los tienen en nombre y representación del pueblo, como una cualidad del gobierno republicano representativo”⁴⁴. Aplicando consideraciones análogas, un ministro de la Corte se pronunció por la inconstitucionalidad del Reglamento de Subrogaciones de los tribunales inferiores de la Nación, aprobado por Resolución N° 76/2004 del Consejo de la Magistratura, en la medida en que, en su opinión, se habría afectado “el procedimiento claramente establecido por nuestra Constitución para el nombramiento de magistrados, desconociéndose, así, la garantía del juez natural, con grave menoscabo al principio de división de poderes, y por ende, con fulminante desconocimiento a la elemental regla republicana según la cual la soberanía descansa en el pueblo de la Nación. El sistema impugnado es refractario a ese *principio cardinal*⁴⁵, toda vez que la designación de los jueces no era cometido del Consejo de la Magistratura, sino que provenía de la voluntad –si bien indirecta, en segundo grado– del pueblo argentino, a través de los representantes que la Constitución asignó”⁴⁶. Obedeciendo a criterios semejantes, el Tribunal avanzó sobre el tratamiento de la publicidad de los actos de gobierno, y argumentó que dado que los mismos debían someterse al escrutinio de la opinión pública⁴⁷, su motivación resultaba exigible⁴⁸. Al respecto, mientras que para uno

44. Dictamen del Procurador General de la Nación, Ángel Nicolás Agüero Iturbe, de 11 de marzo de 1996 en autos *José María Soaje Pinto*, con fundamentos confirmados por la Corte (con la firma de los jueces Nazareno, O’Connor, Fayt, Belluscio, Bossert y Boggiano) (1996), 11 de julio de 1996, Fallos: 319-2:1228.

45. El destacado me pertenece.

46. Considerando 20 del voto particular del juez Fayt pronunciado el 23 de mayo de 2007, en autos *Carlos Alberto Rosza* (2007), 23 de mayo de 2007, Fallos: 330-2:2402.

47. Considerando 22 del voto en disidencia del juez Vázquez pronunciado el 14 de octubre de 2003, en autos *S.J.R. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino*, Fallos: 326-3:4188.

48. Dictamen del Procurador General de la Nación Nicolás Eduardo Becerra de 6 de noviembre de 2003, en autos *Pascual Caiella c/ Universidad Nacional de La Plata*, Fallos: 327-4:4949. La Corte estuvo conforme con sus fundamentos en su sentencia de 16 de noviembre de 2004 (firmada por los jueces Petracchi, Belluscio, Boggiano, Maqueda y Highton de Nolasco), Fallos: 327-4:4950.

de los jueces del Tribunal, la publicidad integraba “uno de aquellos principios que no pueden soslayarse sin afectar el contralor de los actos de gobierno inherente al sistema republicano”⁴⁹, para el ministro Vázquez –quien recurrió al pensamiento de Tocqueville–, “la sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación, de modo tal que en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso”⁵⁰.

A tenor de la información reunida hasta el momento, y en función del reconocimiento de la condición de *principio* que se le atribuye a la *soberanía del pueblo*, he deducido de la doctrina de los ministros de la Corte la siguiente serie de corolarios.

Primero, que la *soberanía del pueblo* debe considerarse especialmente fundante de algunos derechos en concreto. Por ejemplo, del de asociarse con fines políticos⁵¹.

Segundo, que en tanto manifestación del *carácter democrático del Estado*, los actos promovidos en función de la soberanía del pueblo ameritan una tutela judicial adecuada⁵².

Tercero, que esta tutela judicial conferida a la *soberanía del pueblo* debe ser efectiva⁵³. Entonces, así como se aseguró que los prin-

49. Considerando 14 del voto particular del juez Moliné O'Connor, en *A.T.E. San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/ juicio político. Su inconstitucionalidad* (1994), 18 de agosto de 1994, Fallos: 317-2:898.

50. Considerando 8° del voto particular del juez Vázquez, pronunciado el 25 de septiembre de 2001, en autos *Carlos Saúl Menem c/ Editorial Perfil*, Fallos: 324-2:2924. Este argumento se reiteró en el considerando 9° del voto en disidencia del mismo juez Vázquez, pronunciado el 3 de octubre de 2002, en autos *Diego Armando Maradona*, Fallos: 325-3:2532.

51. Considerando 13 del voto particular de Enrique Santiago Petracchi en la sentencia de la Corte Suprema, en Ángel *Jesús Ríos* (1987), 22 de abril de 1987, Fallos: 310-1:839.

52. Este argumento surge del considerando 2° de la sentencia dictada por la Corte Suprema el 11 de julio de 2017, en autos *Acuerdo para el bicentenario c/ Provincia de Tucumán*, Fallos: 340-1:919.

53. Considerando 13 del voto particular de los jueces Fayt y Boggiano, emitido el 8 de noviembre de 1994, en autos *Apoderados de la UCR/MOP y sub-tema Juárez vuelve*, Fallos: 317-3:1480.

principios del sistema republicano de gobierno merecen ser celosamente resguardados⁵⁴, también se afirmó que tanto la democracia como la soberanía del pueblo implican conductas y procedimientos concretos dirigidos a asegurar su efectiva tutela, con el objeto de evitar que este principio rector se reduzca a la condición de una mera “etiqueta acerca del contenido de una pompa”⁵⁵.

Cuarto, que planteada una incertidumbre sobre el eventual alcance de una decisión emanada de la *soberanía del pueblo*, debe aplicarse un escrutinio deferente⁵⁶.

Quinto, que toda vez que resulte cuestionada la primacía de la soberanía del pueblo, debe tenerse por existente un *interés institucional* suficiente, a partir del cual se justifica el escrutinio judicial⁵⁷.

Sexto, que no puede banalizarse el desconocimiento “de un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular”⁵⁸.

Séptimo, que incurre en arbitrariedad todo acto jurisdiccional que afecte el principio de la soberanía popular sobre la cual se asienta la Constitución Nacional⁵⁹.

Octavo, que se consideran procesalmente admisibles, y por lo tanto, ameritan la aplicación de un escrutinio deferente, todas aque-

54. Dictamen del Procurador General de la Nación Nicolás Eduardo Becerra de 16 de diciembre de 2003, en autos *José Domingo Szpakowsky*, Fallos: 327-4:5974 y 5975.

55. Considerando 7° del voto en disidencia del juez Fayt, en *Alianza Frente por un Nuevo País* (2003), 4 de junio de 2003, Fallos: 326-2:1837 y 1838.

56. Considerando 25 del voto del juez Maqueda pronunciado el 28 de marzo de 2017, en autos *Leopoldo Héctor Schiffrin*, Fallos: 340-1:300.

57. Considerando 3° de la sentencia dictada el 13 de julio de 2007, en autos *Antonio Domingo Bussi*, Fallos: 330-3:3215.

58. Dictamen del Procurador General de la Nación, Eduardo Ezequiel Casal, pronunciado el 30 de octubre de 2015, en autos *Cristian Maximiliano González Castillo*. En su sentencia de 11 de mayo de 2017, la Corte concordó con estos fundamentos, Fallos: 340-1:676 y 677.

59. Este argumento se contempla en el considerando 9° del voto particular del juez Rosatti pronunciado el 11 de julio de 2017, en autos *Acuerdo para el bicentenario contra Provincia de Tucumán*, Fallos: 340-1:949.

llas acciones que se intenten en salvaguarda de “un interés concreto y actual que arraiga en el principio de soberanía popular”⁶⁰.

Para finalizar con esta breve contribución científica, y como balance general de la investigación realizada respecto del período 1984-2020, creo oportuno reconocer ahora que como consecuencia de la compulsa de la totalidad de los pronunciamientos correspondientes del Tribunal, ni éste, en tanto que cuerpo, ni sus ministros, considerados individualmente, parecen haber sido conscientes respecto de las eventuales consecuencias que sus puntos de vista relativos a la *soberanía del pueblo* le suministraron a la hermenéutica constitucional. Sin embargo, y a pesar de esta inadvertencia, lo cierto es que, por los motivos y gracias al conjunto de fundamentos que he conseguido reunir, resulta meridianamente claro que así como, por ejemplo, se llegó a relacionar el principio de la *soberanía del pueblo* con la exigencia de una adecuada sustentación argumental de los decisorios de los magistrados, cosa que sucedió cuando se aseveró que “la motivación de la sentencia no sólo hace a la garantía de la defensa en juicio (...) sino también es de la esencia del régimen republicano de gobierno –en el que las autoridades ejercen su función por delegación de la soberanía que reside en el pueblo–”⁶¹, la multiforme jurisprudencia de la Corte, sobre la cual creo haber dado suficientemente cuenta, proporciona un estimulante horizonte reflexivo hermenéutico, plasmado en los ocho corolarios identificados hasta el momento.

BIBLIOGRAFÍA

Allegue, Pilar, “En torno a la soberanía. ¿Soberanía, antinomia de la diversidad cultural?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, XIV, 1997, pp. 847-864.

60. Considerando 8º de la sentencia dictada por la Corte Suprema el 4 de noviembre de 2003, en autos *Antonio Domingo Bussi* (lleva la firma de los jueces Fayt, Boggiano, Vázquez y Antelo), Fallos: 326-3:4478.

61. Considerando 14 del voto particular del juez Moliné O’Connor en *A.T.E. San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/ juicio político. Su inconstitucionalidad* (1994), 18 de agosto de 1994, Fallos: 317-2:898.

- Bandieri, Luis M., "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas" [en línea], presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho Natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Buenos Aires, Argentina, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, octubre 2013. Rescatado de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf> (consultado el 20/03/2021).
- Barbieri Durão, Aylton, "La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant", *Doxa*, Alicante, n° 26, 2003, pp. 827-847. Bidart Campos, Germán J., "Dogmática constitucional de los derechos humanos. El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos", *Ius et Veritas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 7, 1993, pp. 9-25. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Capella, Juan Ramón, "Una visita al concepto de soberanía", *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, 13, 1993, pp. 15-31.
- Carpizo, Jorge, "Desafíos contemporáneos del derecho constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México. Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México. Número conmemorativo*, 1991, pp. 261-276.
- Chandía Olivares, Sebastián, "Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno", *Derecho y Humanidades* n° 20, 1991, pp. 183-239.
- Chatterjee, Partha, *La nación en tiempo heterogéneo*, Buenos Aires, Siglo XXI-Clacso, 2008.
- Escobar Roca, Guillermo, "Presupuestos de teoría y dogmática constitucional", en Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, pp. 287-458.
- García Mansilla, Manuel J., "¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución Nacional", en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XL, parte II, 2014.
- Gargarella, Roberto, "Recuperar el lugar del «pueblo» en la constitución", en Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- Habermas, Jürgen, "La soberanía popular como procedimiento", *Cuadernos Políticos México*, n° 57, 1989, pp. 53-69. Iosa, Juan, "Sobre la imposibili-

- dad de una dogmática constitucional El caso del artículo 19 de la Constitución Nacional argentina”, en *Revista de la Facultad*, Córdoba, vol. X, n° 2, nueva serie II, 2019, 109-122.
- Kalyvas, Andreas, “Soberanía popular, democracia y el poder constituyente”, *Política y gobierno*, Santiago de Chile, vol. XII, n° 1, 2005, pp. 91-124.
- Kymlicka, Will y Wayne, Norman, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, en *La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad* Barcelona, n° 3, 1997, pp. 5-40.
- Mair, Peter, *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental*, España, Alianza Editorial, 2015.
- Marshall Barberán, Pablo, “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, en *Revista de Derecho*, Valparaíso, XXXV, 2010, pp. 245-286.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), n° 20, 2007, pp. 495-511.
- Polop, Santiago J., *Soberanía popular y derecho. Ontologías del consenso y del conflicto en la construcción de la norma*, Córdoba, Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba, 2014.
- Rodilla González, Miguel Á., “¿Soberanía popular en el estado constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 2014, pp. 13-36.
- Rosanvallon, Pierre, *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Manantial, 2009.
- Sagüés, Néstor P., “Comentario bibliográfico a Olano García, *Interpretación y Dogmática Constitucional*”, *Diakion – Lo Justo*, Colombia, año 19, n° 14, 2005, pp. 227-230.
- Santiago, Alfonso, *Historia de la Corte Suprema argentina. El período de la restauración democrática*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014.
- Sarlo, Óscar, “El marco teórico en la investigación dogmática”, en Courtis, C., *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.
- Souza Santos, Boaventura de, *Democracia de alta intensidad. Apuntes para democratizar la democracia*, La Paz, Corte Nacional Electoral, 2004.
- Villaverde Menéndez, Ignacio, “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI”, en *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, vol. 45, n° 144, 2018, pp. 529-555.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Aníbal Roque Baeza* (1984), 28 de agosto de 1984, Fallos: 306-1:1125.
Juan Bautista Sejean c/ Ana María Zaks de Sejean (1986), 27 de noviembre de 1986, Fallos: 308-2:2268 y sigs.
Ángel Jesús Ríos (1987), 22 de abril de 1987, Fallos: 310-1:819 y sigs.
Ramón Juan Alberto Camps y otro (1987), 22 de junio de 1987, Fallos: 310-1:1163.
Carlos Hernán Crespo (1988), 19 de mayo de 1988, Fallos: 311-1:787 y sigs.
UCR-CFI Partido Federal y FREJUPO (1989), 16 de noviembre de 1989, Fallos: 312-2:2192.
Oscar José Cachau c/ Provincia de Buenos Aires (1993), 16 de junio de 1993, Fallos: 316-2:1335 y sigs.
Antonio José Romero Feris (1994), 1° de julio de 1994, Fallos: 317-2:711 y sigs.
A.T.E. San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/ juicio político. Su inconstitucionalidad (1994), 18 de agosto de 1994, Fallos: 317-2:874 y sigs.
Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe (1994), 6 de octubre de 1994, Fallos: 317-3:1195 y sigs.
Apoderados de la UCR/MOP y sub-lema Juárez vuelve (1994), 8 de noviembre de 1994, Fallos: 317-3:1469 y sigs.
José María Soaje Pinto (1996), 11 de julio de 1996, Fallos: 319-2:1222 y sigs.
Partido Justicialista –Distrito Neuquén– (1996), 20 de agosto de 1996, Fallos: 319-2:1645 y sigs.
Carlos Ernesto Soria (1996), 5 de noviembre de 1996, Fallos: 319-3:2641 y sigs.
Andrés Adalberto Aner (1996), 12 de noviembre de 1996, Fallos: 319-3:2700 y sigs.
Adriano C. Brunicardi (1996), 10 de diciembre de 1996, Fallos: 319-3:2886 y sigs.
Dora Mariana Gesualdi c/ Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros (1996), 17 de diciembre de 1996, Fallos: 319-3:3085 y sigs.
Ángel Ariel Villegas (1997), 5 de marzo de 1997, Fallos: 320-1:277 y sigs.
Juan Octavio Gauna (1997), 7 de mayo de 1997, Fallos: 320-1:875 y sigs.
Yacimientos Carboníferos Fiscales (1997), 11 de noviembre de 1997, Fallos: 320-3:2381 y sigs.
Jorge Rodríguez - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación (1997), 17 de diciembre de 1997, Fallos: 320-3:2851 y sigs.
Provincia de Chaco c/ Senado de la Nación (1998), 14 de noviembre de 1998, Fallos: 321-3:3236 y sigs.
Carlos Guillermo Hakim c/ Provincia de Jujuy y otro (2001), 9 de agosto de 2001, Fallos: 324-2:2299 y sigs.

- Carlos Saúl Menem c/ Editorial Perfil* (2001), 25 de septiembre de 2001, Fallos: 324-2:2896 y sigs.
- Alianza Frente para la Unidad* (2001), 27 de septiembre de 2001, Fallos: 324-2:3143 y sigs.
- Rita Aurora Mill de Pereyra* (2001), 27 de septiembre de 2001, Fallos: 324-2:3219 y sigs.
- Antonio Domingo Bussi* (2001), 11 de octubre de 2001, Fallos: 324-3:3358 y sigs.
- Emilio Fermín Mignone* (2002), 9 de abril de 2002, Fallos: 325-1:524 y sigs.
- Diego Armando Maradona* (2002), 3 de octubre de 2002, Fallos: 325-3:2520 y sigs.
- Provincia de San Luis c/ Nación Argentina* (2003), 5 de marzo de 2003, Fallos: 326-1:417 y sigs.
- Juan Cristóbal Barbeito y otros c/ Provincia de San Luis*, Fallos: 326-1:1248 y sigs.
- Carlos Alberto Ponce c/ Provincia de San Luis*, Fallos: 326:1289 y sigs.
- Alianza Frente por un Nuevo País*, Fallos: 326-2:1778 y sigs.
- S.J.R. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino* (2003), 14 de octubre de 2003, Fallos: 326-3:4165 y sigs.
- Antonio Domingo Bussi* (2003), 4 de noviembre de 2003, Fallos: 326-3:4468 y sigs.
- Ricardo Juan Cossio c/ Horacio Viqueira* (2004), 17 de febrero de 2004, Fallos: 327:1:138 y sigs.
- Pascual Caiella c/ Universidad Nacional de La Plata*, Fallos: 327-4:4943 y sigs.
- Edgardo Oscar Quiroga*, Fallos: 327-4:5863 y sigs.
- Albino Vicente González D'Annunzio y otro c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, Fallos: 327-4:5539 y sigs.
- Carlos Alberto Ponce c/ Provincia de San Luis* (2005), 24 de febrero de 2005, Fallos: 328-1:175 y sigs.
- Carlos Alberto Rosza* (2007), 23 de mayo de 2007, Fallos: 330-2:2361 y sigs.
- Antonio Domingo Bussi* (2007), 13 de julio de 2007, Fallos: 330-3:3160 y sigs.
- Jorge Gabriel Rizzo* (2013), 18 de junio de 2013, Fallos: 336-1:760 y sigs.
- Unión Cívica Radical de Santiago del Estero* (2013), 22 de octubre de 2013, Fallos: 336-2:1756.
- Grupo Clarín* (2013), 29 de octubre de 2013, Fallos: 336-2:1774 y sigs.
- Intendente Municipal de la Capital* (2014), 11 de noviembre de 2014, Fallos: 337-2:1263 y sigs.
- Colegio de Abogados de Tucumán* (2015), 14 de abril de 2015, Fallos: 338-1:249.
- Leopoldo Héctor Schiffrin* (2017), 28 de marzo de 2017, Fallos: 340-1:257 y sigs.
- Cristian Maximiliano González Castillo* (2017), 11 de mayo de 2017, Fallos: 340-1:669 y sigs.

LA SOBERANÍA DEL PUEBLO, PRINCIPIO HERMENÉUTICO...

Acuerdo para el bicentenario c/ Provincia de Tucumán (2017), 11 de julio de 2017, Fallos: 340-1:914 y sigs.

Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja (2019), 22 de marzo de 2019, Fallos: 342-1:347 y sigs.

Cristina Fernández de Kirchner en su carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa (2020), 24 de abril de 2020, Fallos: 343-1:195 y sigs.

Pablo Daniel Bertuzzi (2020), 29 de septiembre de 2020, Fallos: 343-2:1096 y sigs.

Normas citadas

Constitución de la Nación Argentina (publicada según Ley N° 24.430, BO 10/01/1995).

**EL FUNCIONARIO PÚBLICO OBJETOR
DE CONCIENCIA FRENTE AL ABORTO
(CON PARTICULAR REFERENCIA
A LOS PROFESIONALES DE LA SALUD)
PUBLIC OFFICIAL CONSCIENTIOUS OBJECTOR
TO ABORTION (WITH PARTICULAR REFERENCE
TO HEALTH PROFESSIONALS)**

IGNACIO M. DE LA RIVA¹

Recibido: 25 de febrero de 2022

Aprobado: 5 de mayo de 2022

RESUMEN

El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia plantea en el ámbito de la Administración Pública dificultades específicas que emergen del deber de obediencia que pesa, con carácter general, sobre los funcionarios públicos, en virtud del principio de jerarquía que impera en ese campo. La cuestión ha de analizarse y resolverse tanto a la luz del principio de proporcionalidad (que en ningún caso podrá

1. Doctor por la Universidad de Valladolid (España), año 2002. Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: ignaciodelariva@uca.edu.ar.

justificar la cabal supresión del derecho a seguir la propia conciencia), como atendiendo a los límites inherentes al deber de obediencia del empleado público. Estos límites del deber de obediencia se acentúan cuando el agente público desarrolla una actividad profesional sujeta a pautas técnicas específicas (*lex artis*), como es el caso de los médicos y enfermeros, por cuanto ellos deben –en caso de conflicto– ejecutar sus tareas atendiendo a esos criterios antes que a las directivas de sus superiores jerárquicos. El derecho de los profesionales de la salud del sector público a negarse a prestar colaboración para la práctica de un aborto puede sustentarse tanto en argumentos eminentemente científicos, como en los reparos de conciencia que el agente pudiera esgrimir.

PALABRAS CLAVE

Funcionario público; Jerarquía; Deber de obediencia; Aborto; Objeción de conciencia; Proporcionalidad.

ABSTRACT

The exercise of the right to conscientious objection raises specific difficulties in the field of public administration that arise from the duty of obedience that weighs, in general, on public officials, by virtue of the principle of hierarchy that prevails in this field. The question must be analysed and resolved both in the light of the principle of proportionality (which in no case can justify the complete abolition of the right to follow one's conscience) and in the light of the limits inherent in the duty of obedience of the public employee. These limits of the duty of obedience are accentuated when the public agent develops a professional activity subject to specific technical guidelines (*lex artis*), as is the case of doctors and nurses, since they must –in case of conflict– execute their tasks according to these criteria rather than the directives of their hierarchical superiors. The right of public sector health professionals to refuse to collaborate in the practice of an abortion can be based both on eminently scientific arguments and on the objections of conscience that the agent may raise.

KEYWORDS

Public official; Hierarchy; Duty of obedience; Abortion; Conscientious objection; Proportionality.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

De la Riva, Ignacio M., “El funcionario público objetor de conciencia frente al aborto (con particular referencia a los profesionales de la salud)”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 13, 2022, pp. 47-76.

1. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia ha sido calificada, con razón, como una forma de *desobediencia jurídica*, nacida y basada en la contradicción insalvable que el objetor advierte entre el mandato legal y los dictados de su propia conciencia². Las tensiones que semejante comportamiento genera en el seno de la sociedad, en tanto –como ocurre con toda desobediencia– introduce una inevitable amenaza al orden establecido por las normas vigentes, no pasan inadvertidas a los estudiosos de la materia, y de allí el esfuerzo que ponen en rodear tal prerrogativa de una serie de requisitos que aseguren que su reconocimiento y ejercicio no exceda de límites tolerables, a fin de preservar un sano equilibrio entre todos los intereses en juego, entre ellos –en particular–, el interés público.

La necesidad de este balance se agudiza cuando quien encarna la condición de objetor por razones de conciencia integra las filas del aparato estatal, dada su pertenencia a un cuerpo que, por obvias razones de orden y eficiencia, necesita sincronizar la actuación de sus miembros en función de criterios uniformes, impartidos por quienes ocupan

2. Navarro Floria, Juan G., *El derecho a la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 25.

las posiciones de mayor jerarquía dentro del organigrama. Una dinámica de este tipo sólo puede alcanzarse a partir de la imposición de un deber de obediencia cualificado dentro de la organización jerárquica que caracteriza, particularmente, a la Administración Pública.

Lo dicho basta para constatar las dificultades que surgen, desde un inicio, para conciliar el derecho fundamental a la objeción de conciencia con este deber de obediencia ínsito en toda relación de empleo público. A partir de allí, la necesidad de examinar los alcances de la cuestión de la objeción de conciencia dentro del ámbito específico de la función pública queda sobradamente justificada.

Con la sanción, en diciembre de 2019, de la Ley N° 27.610, el legislador argentino ha venido a “regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”³, reconociendo expresamente el “derecho a: a) Decidir la interrupción del embarazo (...); y b) Requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud”⁴. Como correlato de unos derechos de tal amplitud, la misma ley ha dispuesto imponer a los profesionales de la salud (entre ellos, aquellos que ejercen su actividad en establecimientos hospitalarios públicos) el “deber” de brindar atención a las mujeres que requieran sus servicios para llevar adelante ese tipo de prácticas.

Ante este nuevo escenario, el análisis del tema de la objeción de conciencia desde la perspectiva específica de la situación de los profesionales de la salud que forman parte del sector público ha devenido urgente. Su doble condición de agentes públicos y trabajadores profesionales que ejercen una tarea sujeta a determinadas reglas técnicas (las del arte de curar) requiere, en efecto, un tratamiento particular de las condiciones en las cuales están autorizados a apelar a reparos de conciencia para abstenerse de cumplir las exigencias impuestas por la ley referida⁵.

3. Cfr. el artículo 1° de la Ley N° 27.610 (BO 15/01/2021).

4. Cfr. el artículo 2° de la Ley N° 27.610.

5. Creo necesario aclarar que, con una extensión más acotada, buena parte de las consideraciones que habrán de verse a continuación han sido expuestas por el suscripto en un trabajo precedente, publicado en el diario *El Derecho* del 25 de octubre de 2019, con el título “La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos”.

2. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE ESTRUCTURAN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Una estructura de los alcances y magnitud de la Administración Pública, conformada por una incontable cantidad de órganos y personas que desempeñan funciones de enorme variedad, no podría afrontar sus cometidos de manera eficaz sin contar con ciertos principios y reglas que contribuyan a coordinar las iniciativas desplegadas por todos sus miembros. Los impulsos y criterios de unos y otros se solaparían y neutralizarían de manera constante, sin lograr dar cauce a una labor mancomunada, y mucho menos a políticas públicas que adquieran una dirección precisa. Sin alguien que marque el rumbo, la Administración estaría, en suma, destinada irremediablemente a la inoperancia y al caos⁶.

Entre los principios cardinales de la organización administrativa sobresalen los de jerarquía y competencia⁷. Este último permite distribuir y deslindar con precisión las tareas entre los distintos órganos y entes que integran la Administración Pública, y opera al mismo tiempo como una garantía para los destinatarios del ejercicio del poder público, en tanto sólo podrán ser legítimamente alcanzados por los actos emanados de quienes titularicen la competencia que se requiere en cada caso para erigirse en gestor de ese poder.

Pero el principio verdaderamente relevante para el tema que nos ocupa es el de jerarquía, ya que sólo a través suyo es posible lograr que la actuación de las distintas esferas administrativas discurra de manera armónica y coherente⁸. Dicho principio, en efecto, confiere a la Administración una estructura piramidal, regida por la unidad de mando, lo cual asegura la no contradicción de las decisiones tomadas en las diversas instancias que operan en su seno sobre una única realidad.

6. Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª edición actualizada, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 591.

7. Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª. edición actualizada y ampliada, Tomo I, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2021, pp. 250-254.

8. Cfr. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, pp. 270-272.

Tal supremacía de unos órganos sobre otros (y la consiguiente subordinación de éstos respecto de aquellos) en que consiste el principio jerárquico⁹ se manifiesta eficazmente en las relaciones que entre ellos se entablan, dando lugar a que los funcionarios que se sitúan en un grado más alto ostenten poderes de dirección (canalizados por medio de órdenes o de instrucciones generales) y funciones de vigilancia y de control respecto de sus inferiores, llevando así a los hechos aquel propósito de reconducir la dispersa actividad administrativa en una única dirección sustancial¹⁰.

Cabe hacer notar, no obstante, que ambos principios (jerarquía y competencia) se relacionan entre sí, a punto tal que la facultad del superior de impartir órdenes se circunscribe, por un lado, a las materias que hacen a su competencia, y no puede trasvasar, por otra parte, el círculo de las tareas que son propias del inferior jerárquico a quien tales instrucciones van dirigidas¹¹.

3. EL DEBER DE OBEDIENCIA DE LOS AGENTES PÚBLICOS Y SUS LÍMITES

Correlato inescindible del principio de jerarquía es el deber de obediencia que pesa sobre los empleados públicos¹². En palabras de Marienhoff, la obediencia es la forma práctica de hacerse efectiva la jerarquía¹³. Ésta, en efecto, perdería todo vigor y sentido si el inferior

9. Cfr. Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 592.

10. Cfr. Diez, Manuel María, *El deber de obediencia en la función pública*, 2ª edición, Buenos Aires, Valerio Abeledo-Editor, 1951, p. 11; Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., pp. 593-594; Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., pp. 250-251; Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, pp. 53-54.

11. Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017, pp. XII-25.

12. Cfr. Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, p. 401; y del mismo autor, *El deber de obediencia en la función pública*, ob. cit., pp. 12 y 22; en igual sentido, Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, pp. 430-432.

13. Ver su *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª edición actualizada, Tomo III-B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 224.

jerárquico, con la amenaza de padecer sanciones de orden disciplinario, patrimonial y penal, no se sintiera compelido a cumplir las órdenes e instrucciones impartidas por su superior.

Es dable advertir, sin embargo, que el deber de obediencia a que está sujeto el empleado público presupone determinados requisitos y exhibe ciertos límites. Admitir la existencia de un deber de obediencia absoluto y ciego supondría avasallar la dignidad de la persona humana, pues implicaría colocar al agente en el lugar de un mero instrumento, enteramente disponible al arbitrio de su superior, eliminando por completo su autonomía y eximiéndolo, como consecuencia de ello, de toda responsabilidad civil y penal frente a la ejecución de cualquier orden, por ilegítima que fuere¹⁴.

De lo dicho se infiere que, para que la obediencia sea exigible, deban concurrir una serie de elementos, algunos de ellos de índole formal y otros de naturaleza sustancial. En el plano formal, el empleado público sólo estará obligado a obedecer las órdenes que sean impartidas por un superior con competencia en la materia, quien deberá cursarlas con sujeción a las formalidades exigidas por las normas vigentes. A su vez, desde la perspectiva sustancial, será además necesario que el contenido de las órdenes emitidas encuadre dentro de las funciones que desempeña el agente y resulte acorde al servicio que éste presta¹⁵.

El Derecho Positivo suele reflejar muy acertadamente la necesidad de que todos estos recaudos se verifiquen para dar sustento al deber de obediencia impuesto, con carácter general, sobre el emplea-

14. Cfr. Villegas Basavillbaso, B., *Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., p. 434; Diez, M. M., *Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., p. 404 y *El deber de obediencia en la función pública*, ob. cit., p. 44; y Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 1002-1003.

No está de más observar que aun en la esfera de la jerarquía que impera en las Fuerzas Armadas, que por sus características requieren de una disciplina más firme y de mayor cohesión, se cuestiona que el soldado deba cumplir una orden manifiestamente ilegal (cfr. Diez, M. M., *El deber de obediencia en la función pública*, ob. cit., p. 85; y Villegas Basavillbaso, B., *Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., p. 435).

15. Cfr. Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, traducción del original francés, *Le droit administratif allemand*, Tomo IV, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, pp. 67-69.

do público. El régimen nacional de empleo público establece, por ejemplo, que los agentes públicos deben “obedecer toda orden emanada del superior jerárquico competente, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente”¹⁶. En términos muy similares, la Ley N° 471 de la CABA prevé que los empleados públicos deben “observar las órdenes emanadas de sus superiores jerárquicos con competencia para impartirlas, que reúnan las formalidades del caso y que sean propias de la función del trabajador”¹⁷.

Como puede advertirse, en cada una de las disposiciones transcritas confluyen todos y cada uno de los presupuestos más arriba señalados, referidos al contenido de las órdenes y a las formalidades que deben respetar para que su destinatario esté verdaderamente obligado a acatarlas. Así, pues, si la directiva impartida adoleciera de alguno de dichos recaudos, el agente que las recibe no estaría obligado a seguirla. No existe, en suma, ninguna obligación de cumplir una orden proveniente de una autoridad incompetente, o que no se ajuste a las formas sustanciales de que tiene que estar rodeada, o que resulte extraña a las funciones propias del agente a quien va dirigida, lo cual es particularmente cierto cuando tales anomalías se verifican de manera grave y notoria.

4. ALCANCES DEL DERECHO DEL AGENTE PÚBLICO A DESOBEDECER LAS DIRECTIVAS IRREGULARES DE SU SUPERIOR

Los límites del deber de obediencia analizados en el apartado anterior ponen de manifiesto que el empleado público estaría en condiciones de apartarse o desconocer aquellas directivas de sus superiores jerárquicos que no reúnan, ostensiblemente, los requisitos señalados.

Semejante afirmación presupone, como se habrá notado, reconocer en el inferior jerárquico la facultad de examinar si la instrucción impartida satisface las exigencias formales previstas por las normas,

16. Cfr. el artículo 23, inciso e, de la Ley N° 25.164 (BO 08/10/1999).

17. Cfr. el artículo 10, inciso d), de la Ley N° 471 (BO de la CABA del 13/09/2000).

tanto en lo referido a la competencia del superior jerárquico, como en lo atinente a las demás formalidades esenciales estipuladas¹⁸. Pero el reconocimiento de tal poder de examen implica, también, según lo reflejan las normas legales más arriba transcritas, admitir que el agente puede, asimismo, evaluar la legalidad sustancial de la orden que le es cursada, esto es, su propio contenido, y amparar así su decisión de no acatarla en la grave contradicción que éste pueda presentar con el ordenamiento¹⁹.

Este *derecho de examen* en cabeza del agente estatal es lo que permite dar operatividad a los límites que se predicán del deber de obediencia en el ámbito de la Administración Pública, en tanto –mayoritariamente– se conviene en que dicho derecho abarca tanto el control formal como sustancial de la directiva recibida del superior jerárquico²⁰.

18. Los preceptos legales a que se ha hecho referencia más arriba respaldan, expresamente, el temperamento expuesto, en tanto circunscriben el deber de obediencia del empleado público a “toda orden emanada del superior jerárquico competente, que reúna las formalidades del caso” (art. 23, inciso e, de la Ley N° 25.164), o a “las órdenes emanadas de sus superiores jerárquicos con competencia para impartirlas, que reúnan las formalidades del caso” (art. 10, inc. d, de la Ley N° 471 de la CABA).

19. Así lo expresan las mismas normas que han sido reiteradamente citadas cuando indican que el deber de obedecer está referido a toda orden que “tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente” (art. 23, inciso e, de la Ley N° 25.164), o que “sea(n) propia(s) de la función del trabajador” (art. 10, inc. d, de la Ley N° 471 de la CABA).

20. Cfr. Marienhoff, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 597. Ver, también, Diez, M. M., *El deber de obediencia en la función pública*, ob. cit., pp. 50-54; Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5ª edición, Tomo III, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1953, pp. 225-228; Villegas Basavilbaso, B., *Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., pp. 445-449; Coviello, Pedro José Jorge, “El deber de obediencia en el empleo público y la objeción de conciencia (con referencia especial al personal de sanidad)”, en AA. VV., *Presente y futuro de los funcionarios públicos en Iberoamérica*, Carlos E. Delpiazzo y Natalia Veloso Giribaldi editores, Montevideo, La Ley Uruguay, 2021, pp. 404-406.

Resulta interesante destacar que un sector de la doctrina enfatiza el derecho-deber del inferior jerárquico a desobedecer la orden ilegal cuando ésta va referida a una materia que pertenece a su ámbito de competencia originario (cfr. Diez, M. M., *Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., pp. 406-412; y Villegas Basavilbaso, B., *Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., pp. 453-454).

Por cierto que, para no vaciar de contenido al deber de obediencia, la eximición del inferior de tener que cumplir la orden que le ha sido dirigida deberá entenderse reservada a aquellas situaciones donde la violación (sustancial o formal) del ordenamiento que la misma entrañe resulte grave y manifiesta²¹. De no ser así, de no quedar limitado este *derecho a desobedecer* únicamente a las situaciones extremas y más notorias, toda la estructura administrativa quedaría resentida, puesto que el acatamiento de las directivas en el seno de la Administración pasaría a depender del libérrimo sentir y parecer de cualquier subordinado. No obstante, guiados por esta misma lógica, es necesario también advertir que, cuando las instrucciones que se impartan adolezcan de ese grado ostensible de irregularidad, los órganos inferiores que las ejecuten sin reparar en sus notorios vicios podrán hacerse pasibles de la consiguiente responsabilidad por su mal desempeño²².

5. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA: FUNDAMENTO Y ALCANCES

La libertad de conciencia configura, sin lugar a dudas, uno de los Derechos Humanos fundamentales de la persona. Ella no se agota en la interioridad del sujeto, sino que comprende también el derecho de actuar conforme a los mandatos de la propia conciencia. Esto último supone, por tanto, la posibilidad de objetar (negarse a cumplir) un mandato imperativo emanado de la ley o de la autoridad pública, que imponga hacer algo (o abstenerse de ello) contra las convicciones

21. Cfr. Marienhoff, en efecto, subraya que el agente está habilitado a comprobar si la orden “significa o no una violación *evidente* de la ley” (ver su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 597). En igual sentido, ver Díez, M. M., *Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., pp. 410-411, y *El deber de obediencia en la función pública*, ob. cit., p. 53; Villegas Basavillbaso, B., *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 272, y Tomo III, cit., pp. 445 y 452; y Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 251.

22. Cfr. Cassagne, J. C., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 251, nota 13.

(religiosas o éticas) más profundas de la persona²³. Podría decirse, así, que de la libertad de conciencia deriva el derecho a la objeción de conciencia, que no consiste en otra cosa que en poder actuar conforme a la propia conciencia personal²⁴.

Es importante tener presente que el derecho a la objeción de conciencia no constituye una pretensión trasnochada, ni una pieza disfuncional en el sistema jurídico que erosione o resienta su funcionamiento²⁵. El reconocimiento de este derecho, cuando es bien entendido e implementado, se ancla más bien en el significado más profundo del orden jurídico, aquél que ve al Derecho como un instrumento al servicio del hombre en su dimensión relacional, que no puede, por ende, desconocer la primacía de la persona humana en lo que tiene de más digno y constitutivo, esto es, su integridad psico-espiritual.

Asumiendo esta perspectiva se ha dicho, con razón, que “cuando la objeción de conciencia se ejerce de modo regular y razonable, lo que se desobedece es la norma positiva que estatuye la obligación, pero se actúa conforme a derecho”²⁶. Se sostiene, incluso, que en escenarios pluralistas el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia es garantía para la convivencia pacífica, en tanto su admisión ejerce una indudable función conciliadora, puesto que facilita la vigencia armónica de los Derechos Humanos, que pueden entrar en conflicto en casos difíciles²⁷.

23. Cfr. Navarro Floria, Juan G.; Padilla, Norberto y Lo Prete, Octavio, *Derecho y religión (Derecho Eclesiástico argentino)*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2014, p. 149.

24. Cfr. Quintana, Eduardo Martín, “La objeción de conciencia y los profesionales de la salud”, en la revista *Inmanencia*, 2015, 4 (2), p. 68.

25. Se ha hecho notar, incluso, que muchas mejoras sociales se han obtenido gracias a luchas de quienes han sido vistos, al principio, como desobedientes (cfr. Morelli, Mariano, “La objeción de conciencia en el Derecho”, en la revista *Vida y ética*, Buenos Aires, Instituto de Bioética de la Facultad de Ciencias Médicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Año 8, N° 2, diciembre 2007, p. 55).

26. Cfr. Didier, María Marta, “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, en la revista *Dikaion*, Colombia, Universidad de La Sabana, diciembre 2015, p. 257.

27. Cfr. Londoño Lázaro, María Carmelina y Acosta López, Juana Inés, “La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano”, en el *Anuario Co-*

Es así como se explica la amplia recepción que tiene este derecho en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que integran, con rango constitucional, nuestro ordenamiento positivo²⁸, así como el eco que encuentra en la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal y en la doctrina en general. Ya antes, incluso, de que la reforma de 1994 tuviera a bien incorporar tales instrumentos al entramado que constituye nuestro estatuto jurídico fundamental, jueces y estudiosos del tema no dudaron en afirmar que el derecho a la objeción de conciencia estaba suficientemente amparado por diversas cláusulas de la Carta Magna, en particular sus artículos 14, 19, 20 y 33²⁹.

Este sólido respaldo del derecho a la objeción de conciencia en el nivel más alto de nuestro plexo jurídico exime de tener que abreviar en las normas de rango legal para proceder a su invocación. Las lagunas exhibidas por las leyes a este respecto no son óbice para su ejercicio, puesto que la fuente del derecho a la objeción de conciencia se sitúa más arriba en la pirámide jurídica³⁰.

lombiano de Derecho Internacional, vol. 9, 2016, p. 236. En términos similares, ver Didier, M. M., “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, cit., pp. 270-271.

28. Cfr. la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1º y 18), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 12.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18.1), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5º, d) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14.1).

29. Cfr. Fallos: 312:496; 316:479; 328:2966.

En el plano doctrinario, ver Navarro Floria, J. G.; Padilla, N. y Lo Prete, O., *Derecho y religión...*, ob. cit., p. 151; Coviello, P. J. J., “El deber de obediencia en el empleo público y la objeción de conciencia...”, ob. cit., pp. 414-415; Quintana, E. M., “La objeción de conciencia y los profesionales de la salud”, ob. cit., pp. 68-69; Toller, Fernando M., “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, en la revista *Vida y ética*, Buenos Aires, Instituto de Bioética de la Facultad de Ciencias Médicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Año 8, N° 2, diciembre 2007, pp. 170-171; y Llanos, Fernando Sebastián, “La objeción de conciencia: su reconocimiento normativo y sus alcances”, en *El Derecho. Constitucional*, junio 2020, núm. 6, ED-CMXXI-112.

30. Para un panorama más amplio de la recepción del derecho a la objeción de conciencia por parte de nuestro ordenamiento positivo nacional y provincial, recomiendo la lectura del trabajo de Cunha Ferré, María Marta, “Mapa normativo de

Este basamento constitucional del derecho que nos ocupa, aun cuando dispensa a quien pretende invocarlo de tener que contar con su expreso reconocimiento legislativo, no desmiente la conveniencia de tal consagración legal en aquellos terrenos aptos para suscitar conflictos de conciencia³¹. En tales casos, no obstante, el legislador y la autoridad reglamentaria deben tener especial cuidado de no imponer restricciones desmedidas para su ejercicio, contrariando de ese modo las exigencias del principio de razonabilidad consagrado en el artículo 28 de la Constitución³².

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede soslayarse que la justificación última del derecho a la objeción de conciencia no se encuentra en el plano del Derecho Positivo, sino que reside en el reconocimiento de la existencia de un orden que está por encima de las normas que integran a aquél, en tanto se plasma en los principios y criterios que conforman el Derecho Natural³³. En definitiva, la afirmación de que

la objeción de conciencia en la República Argentina”, en *El Derecho*, Tomo 269:560, ED-DCCLXXVI-218.

31. Como se ha hecho notar, cuando la propia ley autoriza a desobedecerla por razones de conciencia, ya no habría estrictamente un caso de desobediencia (puesto que es el mismo legislador el que habilita a obrar de ese modo). De allí que en tales casos se hable de una objeción de conciencia impropia (cfr. Navarro Floria, J. G., *El derecho a la objeción de conciencia*, ob. cit., pp. 36-38).

32. Los avances de las normas legales y reglamentarias dirigidos a cercenar innecesariamente el ejercicio de la libertad de conciencia suelen ser obra de temperamentos autoritarios, impropios de una sociedad democrática que busca preservar un espíritu de respeto y tolerancia hacia las minorías. Se observa, de este modo, una paradoja que no pasado por alto a la doctrina, cuando denuncia que la “concepción relativista-individualista-liberal del Derecho, predominante en algunos ambientes culturales, se ve complementada con un «autoritarismo progresista» o «dictadura relativista» respecto de la cual parece no haber lugar para disidentes”, donde “se admite con facilidad que la persona «arme» su «matrimonio» como quiera (con una persona del mismo o de otro sexo, para siempre o por un tiempo, con fidelidad o sin fidelidad, compartiendo los bienes o sin compartirlos), pero en cambio se margina, castiga o presiona a quienes no desean participar de prácticas abortivas, esterilizantes o anticonceptivas” (cfr. Morelli, M., “La objeción de conciencia en el derecho”, ob. cit., p. 43).

33. Son muchas y muy autorizadas las voces que así lo reconocen. Cfr., entre otros, Portela, Jorge Guillermo, “La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”, en la revista *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*,

la ley o los mandatos humanos puedan, legítimamente, ser desobedecidos solo se sostiene en tanto se admita que no siempre la ley es justa, ya no de cara a un orden establecido por la mente o voluntad del hombre, sino frente a aquel que se encuentra inserto en la naturaleza de las cosas y que es descubierto como tal por ese mismo hombre³⁴. De la contradicción entre ese orden natural (cuyas reglas están impresas en las conciencias) y los imperativos de la ley positiva nace, pues, la razón profunda del derecho a negarse a obedecer los mandatos humanos cuando entran en pugna con aquel orden.

6. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El derecho a la objeción de conciencia, sin embargo, no es absoluto. Como sucede con todo otro derecho, tiene también sus límites. No puede ser visto como una “licencia para desobedecer” cuanto no nos satisface.

Sería temerario tomarse a la ligera la cuestión, pues supondría no ponderar los riesgos que entrañaría una habilitación genérica para apartarse de lo que prescriben las normas y las autoridades públicas,

Medellín, Colombia, Vol. 36, n° 105, julio-diciembre de 2006, pp. 341-360; Sambrizzi, Eduardo A., “La objeción de conciencia en la Ley N° 27.610 de aborto”, publicada en la revista *FORUM* N° 11, presentada ante la reunión plenaria de la Academia del Plata, 2021, p. 272; Vigo, Rodolfo L., “Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”, en *El Derecho*, Tomo 264:548, ED-DCCLXXV-494; Morelli, M., “La objeción de conciencia en el Derecho”, ob. cit., pp. 52-53; y Lafferriere, Jorge Nicolás, “Aborto y objeción de conciencia”, en AA. VV., *El médico frente al aborto*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2012, pp. 29-30.

34. Cfr. Navarro Floria, J.G., *El derecho a la objeción de conciencia*, ob. cit., pp. 29-31.

María Marta Didier exhibe, sobre este punto, una tesitura más flexible, en tanto sostiene que “la justificación iusfilosófica de la objeción de conciencia puede ser esgrimida desde diversas perspectivas. Desde una visión iusnaturalista, como la del realismo jurídico clásico, así como desde una visión constructivista, como la de Rawls, Dworkin y Nino, las que se ven influenciadas por la filosofía moral kantiana, en tanto exaltan el principio de autonomía individual como aquel que justifica el ejercicio de la objeción de conciencia” (ver su trabajo “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, cit., pp. 257-258).

máxime en aquellos casos en que la desobediencia tiene lugar en el seno del aparato estatal, cuyo funcionamiento entraría en una profunda crisis si una praxis de esta índole amenazare con generalizarse.

Queda fuera de discusión, entonces, que el derecho a objetar debe ejercerse con prudencia y dentro de un cuidado equilibrio. La delimitación de sus alcances debe hacerse de manera muy atenta, en particular, en aquellos casos en que su invocación se traduzca en un agravio significativo a la seguridad, a la salud o al orden públicos, o en una grave lesión de los derechos de un tercero, en tanto no exista alguna forma alternativa de evitar esos daños o amenazas³⁵. La legítima aspiración a vivir según la propia conciencia debe compaginarse, en suma, con las necesidades comunes y los derechos de los demás.

La búsqueda de ese balance no ha de plantearse, de todos modos, en términos de soberanía individual *versus* exigencias del bien común. Semejante enfoque derivaría, irremediablemente, en anular por completo el reconocimiento del necesario resguardo de las convicciones personales. Bien se ha dicho que “la objeción de conciencia no es propiamente un conflicto entre un interés individual y otro general representado por la ley, sino el conflicto entre dos intereses públicos: el que representa la ley objetada, y el que deriva de la obligación de respetar la libertad de conciencia”³⁶. El respeto a la libertad de conciencia de los súbditos hace, también, al interés público.

Ahora bien, ¿cómo alcanzar ese punto de encuentro entre ambos polos en tensión?

El examen que dé respuesta a ese interrogante debe acometerse, ciertamente, a través del prisma del principio de razonabilidad. Concretamente, la ponderación de los derechos afectados y de los bienes públicos en juego deberá llevarse a cabo a partir de los tres juicios en los que el principio se descompone: el que conduce a evaluar la *adecuación* del deber impuesto por la ley para alcanzar la finalidad que persigue; el que se orienta a inquirir la *necesidad* de la carga establecida, para descartar que no existan otros medios alternativos igualmente

35. Cfr. Navarro Floria, J. G.; Padilla, N. y Lo Prete, O., *Derecho y religión...*, ob. cit., p. 152.

36. Ídem.

te idóneos que no contraríen la conciencia del objetor; y el que hace a examinar la *proporcionalidad* en sentido estricto de la medida, cotejando la entidad de los “costos” que resultan para el interés público y los terceros de la negativa del objetor, de modo de calibrar si el eventual desconocimiento del derecho a la objeción no pudiera comportar un “precio” desmesurado en función de la entidad de aquéllos³⁷.

Creo oportunas, sin embargo, a este último respecto, las advertencias que formula la doctrina sobre la posibilidad de que ese tercer juicio (referido al balance entre costos y beneficios) pueda encerrar, en ciertos casos, una mirada en extremo utilitarista, que termine por aniquilar un derecho fundamental (como es la objeción de conciencia) en beneficio de supuestas exigencias del interés general. Para enervar ese peligro se propugna supeditar la aplicación de este *test* de proporcionalidad en sentido estricto a la preservación del contenido esencial de aquel derecho, contenido esencial que en ningún caso puede ser alterado³⁸. Y no se olvide que, dada la índole del derecho fundamental involucrado, el examen de constitucionalidad que cabe realizar sobre las medidas tendientes a restringirlo deberá realizarse sobre la base de un escrutinio estricto³⁹.

Resultan de sumo interés, también, en este plano las pautas que ha ido elaborando la jurisprudencia norteamericana para acometer este *balancing test* entre ley y conciencia. De acuerdo a sus precedentes, para que ante tal conflicto prevalezca la ley, el Estado deberá demostrar (i) que la exigencia legal está respaldada por un interés relevante y de gran peso (*compelling state interest*), y (ii) que no existe

37. Recomiendo particularmente la lectura del trabajo de María Marta Didier, ya citado, en el que aborda la cuestión con encomiable rigor y profundidad (cfr. “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, cit., pp. 259-265).

38. Cfr. Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 99; y Didier, M. M., “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, cit., pp. 265-266.

39. Cfr. Didier, M. M., “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, cit., pp. 271-276; y de la misma autora, “Objeción de conciencia y test de convencionalidad”, en *Prudentia Iuris*, N° 87, 2019, pp. 118-124.

ninguna alternativa que permita alcanzar ese interés público sin violentar la conciencia de los ciudadanos⁴⁰.

Aun así, el ejercicio del derecho a objetar el cumplimiento de las leyes u órdenes de los superiores por razones de conciencia debe quedar circunscripto a materias que revistan suficiente gravedad, debiendo examinarse con todo rigor la sinceridad y seriedad de las convicciones personales del objetor (quien deberá explicitar los motivos en que funda la objeción, los que deberán guardar coherencia con sus convicciones personales), a fin de despejar que sus alegaciones no resulten una mera coartada para eludir el cumplimiento de una carga pública⁴¹.

7. DEBER DE OBEDIENCIA Y OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Tras haber examinado, sucesivamente, el alcance del deber de obediencia a que está sometido todo empleado público, y el fundamento y los contornos del derecho de objeción de conciencia en general, corresponde ahora analizar cómo se articulan uno y otro en el ámbito específico de la Administración Pública.

Ya se ha visto que el deber de obediencia no es ilimitado, y que el agente público puede esgrimir razones (sustanciales o formales) que lo desliguen, ante un caso concreto, de su obligación de obedecer a sus superiores. La cuestión está en dilucidar si entre las razones que

40. Cfr. Navarro Floria, J. G., *El derecho a la objeción de conciencia*, ob. cit., pp. 47-54; Navarro Floria, J. G.; Padilla, N. y Lo Prete, O., *Derecho y religión...*, ob. cit., p. 152; y Padilla, Norberto, "Proyecto de ley: «aborto libre y seguro», para la conciencia, coacción y unanimidad forzadas", en *elDial.com*, DC2511, publicado el 7 de mayo de 2018.

En un sentido similar, María Angélica Gelli afirma que, "dada la importancia de este derecho humano que toca la interioridad de las personas, sus creencias y convicciones más profundas, la restricción estatal debe ser la excepción y sólo cuando no exista otro medio similar para satisfacer los intereses sociales. De haberlos, corresponde su empleo alternativo a fin de resguardar la conciencia personal" (ver su *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, 5ª edición ampliada y actualizada, T. I, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2018, p. 232).

41. Cfr. Sambrizzi, E. A., "La objeción de conciencia en la Ley N° 27.610 de aborto", cit., p. 270.

puede invocar para no seguir el mandato recibido figuran los eventuales reparos de conciencia que pudiere tener frente dicha orden.

Como ya se recordó, la objeción de conciencia consiste, propiamente, en “una forma de *desobediencia jurídica*”, lo cual permite, al menos analógicamente, aplicarle la lógica y los criterios que rigen otras formas de desobediencia que se admiten en la órbita administrativa, aun cuando no exista una coincidencia cabal entre los motivos que justifican a una y otras. De hecho, esta convicción acerca de la posibilidad de aplicar a la desobediencia fundada en razones de conciencia fundamentos análogos a los que respaldan, en términos generales, el derecho a desobedecer del empleado público, goza del expreso aval de un sector de la doctrina administrativista⁴², y encuentra también respaldo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el caso *Bahamondez* ha definido a la objeción de conciencia como el “derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de las personas”⁴³.

Lo que está en juego, pues, es el respeto de la dignidad humana frente al avasallamiento de la esfera más íntima de la persona que resultaría de pretender obligarla a actuar contra sus convicciones más profundas⁴⁴. La defensa de su propia conciencia por parte del objetor supone poner a salvo su capacidad de autodeterminación personal frente al poder estatal⁴⁵. Y es indudable que el ingreso a la función pública no puede implicar que la persona se despoje de esa dignidad y del derecho fundamental a obrar conforme a la propia conciencia,

42. Al respecto, se ha dicho que obligar a una persona a realizar actos en contra de su propia conciencia o impedirle llevar a cabo aquéllos que ésta le dicta, comporta la peor forma de violencia contra la persona, porque afecta la totalidad de su ser, contrariando sus convicciones más íntimas (cfr. Sánchez, Alberto, “La objeción de conciencia en el agente estatal”, en AA. VV., *Desafíos del Derecho Administrativo contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, coordinado por Víctor Hernández Mendible, Tomo I, Caracas, Editorial Paredes, 2009, pp. 283 y sigs.).

43. Fallos: 316:479.

44. Cfr. Sánchez, A., “La objeción de conciencia en el agente estatal”, cit., p. 283.

45. Cfr. Quintana, E. M., “La objeción de conciencia y los profesionales de la salud”, cit., p. 68.

máxime cuando este tipo de garantías de rango constitucional son por su naturaleza irrenunciables⁴⁶.

Es cierto, en todo caso, que el equilibrio entre el derecho a seguir la propia conciencia y los deberes inherentes a la condición de agente o funcionario (en particular, la obligación de obedecer a sus superiores) confieren a aquel derecho un cariz propio. Será preciso, entonces, establecer dónde se ubica ese punto de equilibrio entre el derecho del objetor, las necesidades del interés público y los derechos de terceros que pudieran verse afectados, prestando particular consideración al factor distintivo que proporciona el deber de obediencia del empleado público, que conlleva un deber de acatamiento que, sin ser absoluto, aparece ciertamente agravado si se lo compara con la obligación de cumplir las leyes que pesa genéricamente sobre el común de los ciudadanos.

No es posible, desde luego, sentar pautas apriorísticas para resolver este dilema. Las circunstancias de cada caso constituyen un elemento de valoración indispensable. De lo que no cabe duda es que la gravedad de las razones de conciencia que se esgriman para justificar la desobediencia del agente público deberá ser de mayor intensidad⁴⁷.

46. En igual sentido, ver Nora, Juan Pablo, "El derecho a la objeción de conciencia frente al aborto no punible", en la *Revista Jurídica*, Universidad de San Andrés, núm. 4, 2017.

47. Permítaseme adelantar que un caso como el que nos ocupa (el del profesional de la salud pública compelido a actuar positivamente para suprimir una vida humana naciente mediante la aplicación de sus conocimientos técnicos) será particularmente propicio, *prima facie*, para que concurran las condiciones de admisibilidad de la objeción del funcionario público en el estándar aludido. Para ilustrarlo, traigo a colación la rotunda afirmación vertida por Siro De Martini: "Ninguna autoridad en nuestro país, ni los jueces (de la Corte o de cualquier otro tribunal), ni los funcionarios públicos (Presidente de la Nación, ministros, gobernadores, etc.), ni el Congreso de la Nación, pueden exigirle a una persona que mate a otra" (ver su trabajo titulado "Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos", en la obra por él coordinada con el título *El médico frente al aborto*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2012, p. 12).

8. RASGOS PECULIARES QUE PRESENTA EL CASO DEL EMPLEADO PÚBLICO PROFESIONAL DE LA SALUD

Aun cuando el profesional de la salud pública no es el único funcionario público que puede verse enfrentado a un mandato contrario a su conciencia relativo a la práctica del aborto, se trata, sin duda, del caso más frecuente. Ante ello, parece justificado que nos detengamos especialmente a considerar su situación.

Claramente, el médico o el enfermero que prestan servicios en un hospital público no ejercen su profesión liberalmente, sino que están sujetos a las normas y directivas que gobiernan el establecimiento en el que trabajan, las cuales son indispensables para que tanto el nosocomio como el sistema de salud pública en su conjunto funcionen de manera ordenada y eficaz. Dichos profesionales integran una estructura organizativa determinada, que forma parte, en definitiva, de la Administración Pública, y lo hacen –por tanto– con la estricta condición de empleados públicos. Están, en consecuencia, sometidos a los principios ya comentados, entre ellos, el de jerarquía.

Sin embargo, hay un rasgo distintivo de estos agentes públicos que no puede ser obviado. Esa nota peculiar viene dada, precisamente, por su rango profesional, es decir, por el hecho de que la actividad que desarrollan debe ejercerse conforme a criterios y técnicas específicas que se fundan en un saber eminentemente científico.

Frente a esta circunstancia, es ineludible preguntarse cómo deberán proceder estos agentes cuando las instrucciones que reciben entran en contradicción con aquello que les sugiere su criterio profesional desde la perspectiva propia del arte de curar. ¿Qué habrá de prevalecer en tales casos, el deber de obediencia del empleado público o la responsabilidad profesional del agente de salud? Hacer primar lo segundo, ¿no podría poner en riesgo el eficaz funcionamiento del sistema de salud pública, al habilitar que cada uno de sus integrantes actúe conforme a su propio criterio personal?

Examinado el problema desde la estricta perspectiva del régimen del agente público, la eventual falta de acatamiento de un mandato impartido por sus superiores debería encuadrarse como un caso de desobediencia, que sólo podría justificarse frente a alguna de las circunstancias expuestas en el apartado 3 de este artículo. Propuesta,

así, la cuestión, en el plano general propio de todo empleado público, cabría sostener que una orden dirigida a exigir a un agente de la salud que intervenga en la realización de un aborto habilitaría a su destinatario a objetar que esa práctica adolece de una notoria irregularidad sustantiva, en tanto no comporta un *acto de servicio compatible con la función del agente* que ejerce la medicina, ni configura un *acto propio de la función del trabajador* médico⁴⁸. Pretender exigir a un agente de la salud que participe activamente en la eliminación de una vida humana entraña, en efecto, una grave y manifiesta contradicción con lo que es propio de su misión profesional, que está al servicio de curar enfermedades y salvar vidas⁴⁹.

Pero la disyuntiva planteada párrafos más arriba (que advierte sobre la colisión que puede producirse entre el deber de obediencia del agente público y la sujeción a los imperativos del arte de curar) proporciona una segunda dimensión del problema, cuya solución debe necesariamente encararse, también, prestando atención a la condición específica del agente que nos ocupa, a saber, un médico o enfermero que ejercen una profesión regida por criterios técnicos o científicos que no pueden ser desatendidos sin incurrir en una mala praxis profesional.

El asunto no ha pasado inadvertido a un jurista de la talla de Marienhoff, quien destaca la necesidad de dar un tratamiento especial a los funcionarios de la Administración “que realicen funciones «*estrictamente técnicas*», para cuyo ejercicio los agentes de esa índole sólo deben guiarse por sus conocimientos científicos, siendo inconce-

48. He apelado para dar respaldo positivo al argumento a la terminología que emplean, respectivamente, el artículo 23, inciso e), de la Ley N° 25.164, y el artículo 10, inciso d), de la Ley N° 471 de la CABA. Sin perjuicio de que se trata de disposiciones cuyos términos se reproducen, análogamente, en otros regímenes locales de la función pública, los conceptos que involucran adquieren, en cualquier caso, valor argumentativo con prescindencia de su consagración positiva, puesto que no es de recibo que un agente público profesional deba someterse a una directiva incompatible con las funciones a su cargo.

49. Cfr. Ranieri de Cechini, Débora y Calderone, Sofía, “La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina”, en *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Volumen 12, N° 1, Año 2022, p. 90.

bible que al respecto algún superior les dé órdenes a dichos funcionarios”⁵⁰. A partir de esa premisa, el citado tratadista postula que este tipo de funcionarios no estarían alcanzados por el poder jerárquico que impera, con carácter general, en el ámbito de la Administración, ya que su deber consiste en atender a sus pacientes guiados, estrictamente, por lo que les dicte la *lex artis* propia de su profesión.

Se trata, pues, de una apreciación inspirada en el más elemental sentido común. No es posible que la directiva de un superior, que puede o no tener formación en la materia, prevalezca sobre el criterio técnico del profesional que tiene a su cargo de la atención del caso. Él cuenta no solo con los conocimientos propios de su profesión, sino también –y de un modo privilegiado– con toda la información relevante para decidir el mejor tratamiento. Como se comprenderá, no cabe que se considere constreñido a aplicar, compulsivamente, una terapia determinada frente a su paciente. Incluso mediando un protocolo médico que fije directrices o recomendaciones elaboradas por un conjunto de expertos, las indicaciones provenientes de tal instrumento (que sin duda serán para él de gran utilidad) no deberían ser tomadas como una guía de obligado acatamiento. El profesional siempre estará obligado a hacer su propio diagnóstico y, en función de los resultados que éste arroje, a asumir la responsabilidad de tomar personalmente las decisiones que considere apropiadas para la mejor atención del caso⁵¹.

En esta misma línea de análisis, resiste toda lógica que el propio paciente pretenda exigir del médico un determinado tratamiento a seguir. Sería un grave despropósito que el médico, que es quien está en condiciones de evaluar la situación de aquél, deba someterse a su

50. Ver su *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª edición actualizada, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 599.

51. En igual sentido, De Martini, S. M. A., “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, cit., pp. 15-16.

El Código de Ética de la Asociación Médica Argentina establece, a este respecto: “(...) el Equipo de Salud debe disponer de libertad en el ejercicio profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad. Ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional” (artículo 48).

voluntad en cuanto a la terapia a aplicar, aun cuando tuviese razones valederas para desatender su pedido. Podrá el paciente evacuar sus dudas, acercar sus sugerencias, e incluso negarse a seguir lo prescripto por el profesional, pero en modo alguno tiene derecho a reclamar del médico que lo atiende que le aplique una práctica médica determinada⁵². Con referencia, específicamente, a la práctica abortiva, la propia Corte así lo ha reconocido en el caso *FAL*, donde dejó sentado que, aun siendo la embarazada quien solicita la práctica, la decisión de llevarla a cabo debe ser tomada “junto con el profesional de la salud”⁵³.

9. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD FRENTE AL ABORTO

Lo dicho en el apartado anterior basta para confirmar que, como observa Siro De Martini con toda lucidez, buena parte de los reparos que los profesionales de la salud pueden anteponer ante la pretensión de que deban practicar un aborto no provienen de razones que les vienen dictadas por su conciencia personal (*objeción de conciencia*), sino, en realidad, de consideraciones que encuentran su justificación en su saber científico (que bien pueden calificarse, por ello, como *objeción de ciencia*)⁵⁴. En este sentido, muy atinadamente se ha señalado que el aborto no configura un acto médico⁵⁵.

Ello no impide, sin embargo, que a los motivos que, con absoluta rotundidad, proporciona la ciencia médica, los profesionales de la salud puedan añadir razones que provienen de sus personales convicciones morales o religiosas para negarse a colaborar con cualquier práctica abortiva en la que se les pretenda exigir que intervengan⁵⁶.

52. En igual sentido, ver De Martini, S. M. A.; “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, cit., p. 15.

53. Cfr. Fallos: 335:197, considerando 22.

54. Cfr. De Martini, S. M. A.; “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, cit., pp. 16-17.

55. Cfr. Lafferriere, J. N., “Aborto y objeción de conciencia”, cit., p. 30.

56. Es oportuno señalar el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina, cuyo artículo 480 establece: “(...) las instituciones y organizaciones asistenciales (pú-

En definitiva, la decisión del funcionario de no cumplir con lo que se le ordena en tales casos estaría basada, de ser así, en su derecho irrenunciable de obrar conforme a su propia conciencia, lo cual se vuelve todavía más imperioso cuando el mandato recibido le exige actuar positivamente contra aquella, y con mayor razón si para ello debe desplegar sus conocimientos técnicos adquiridos en el ámbito científico en el cual desempeña sus tareas.

Tanto es ello así que la propia Ley N° 27.610 reconoce, expresamente, a todo “profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo” el derecho a ejercer la objeción de conciencia⁵⁷, y establece a continuación que el profesional debe “mantener su decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerza su profesión”⁵⁸, lo cual despeja toda duda acerca de que el reconocimiento de este derecho por parte del legislador comprende, también, a los médicos y enfermeros que trabajan en el sector público.

Los reparos que la disposición comentada suscita, sin embargo, tienen que ver con una serie de limitaciones al derecho reconocido que a continuación establece, algunos de los cuales superan lo razonablemente tolerable en términos constitucionales.

En primer lugar, el precepto pone en cabeza del objetor la carga de “derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones”⁵⁹. Esta imposición contradice flagrantemente el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia que se declama en la primera parte del mismo artículo. Esperar del objetor que facilite la realización de una práctica que está reñida con sus convicciones más íntimas, exigiéndole que derive de inmediato el caso a otro profesional para que realice el aborto “sin dilaciones”, supone obligarlo a que colabore

blicas, obras sociales, prepagas, privadas, etc.) respetarán la libertad de conciencia de los profesionales, cuando planteadas las excepciones y cumplimentados los requisitos legales previstos, deba cumplimentarse el aborto”.

57. Cfr. el artículo 10 de la citada Ley N° 27.610.

58. Cfr. el artículo 10, inciso a), de la Ley N° 27.610.

59. Cfr. el artículo 10, inciso b), de la Ley N° 27.610.

para que la maniobra se concrete⁶⁰, contra lo que su conciencia le indica⁶¹.

Con frecuencia, al derecho a la objeción de conciencia de los médicos frente al aborto se le suele oponer el impacto que su invocación tendría sobre el derecho de acceso a la interrupción del embarazo. Cuando así se razona, sin embargo, se está asumiendo que el “derecho” de acceso al aborto tendría tal prevalencia que, en aras a garantizar su goce, todos los demás derechos deberían sacrificarse ante él en caso de eventual conflicto. Se trata, pues, de una premisa voluntarista, cuyos sostenedores declaman sin tomarse el trabajo de intentar demostrar su validez.

Por lo demás, en materia de salud pública, quien tiene la responsabilidad de disponer los medios necesarios para dar satisfacción a las prestaciones que el régimen legal garantiza es el propio Estado, y no parece apropiado que se desligue de esa carga derivando el peso de su responsabilidad a quien hizo explícita su objeción en la materia al exigirle que colabore con él a esos fines⁶².

60. Cfr. Lafferriere, Jorge Nicolás, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley N° 27.610*, Buenos Aires, Centro de Bioética, 2021, pp. 112-113.

61. Esta contradicción entre el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia y el deber de derivar el caso en los términos señalados se vuelve aún más elocuente en el marco reglamentario brindado por el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo”, aprobado por la Resolución N° 1.535/2021 del Ministerio de Salud de la Nación (BO 28/05/2021). Allí se aclara del modo más explícito que la derivación de buena fe establecida implica, entre otras cosas, “realizar todos los arreglos para que la intervención efectivamente tenga lugar” (ver el referido Protocolo, pp. 35-36).

62. Cabe citar sobre este punto las conclusiones volcadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución N° 1.763 de 2010, donde reconoció la necesidad de afirmar el derecho a la objeción de conciencia frente a tratamientos médicos, junto a la responsabilidad del Estado de asegurar que los pacientes tengan un acceso adecuado a la atención sanitaria prevista por la ley (Londoño Lázaro, M. C. y Acosta López, J. I., “La protección internacional de la objeción de conciencia...”, cit., pp. 257-258). Los autores de este trabajo señalan la contradicción que exhibe la tendencia universal en favor de un creciente reconocimiento de la objeción de conciencia en materia de servicio militar obligatorio, frente a la concomitante percepción del derecho de objeción de conciencia como un obstáculo para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos (ver el artículo citado, pp. 265-266).

Aún más grave resulta la prescripción legal que establece que “el personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergradable”⁶³. Una previsión de este tenor anula por completo la libertad profesional del médico para evaluar si el tratamiento que corresponde aplicar para superar la situación de peligro para la vida o salud de la mujer pasa, verdaderamente, por la práctica del aborto⁶⁴. Puede incluso que las circunstancias desaconsejen el aborto, como una práctica que pueda conllevar un agravamiento del riesgo existente, ante lo cual el médico estará en dificultades para obrar conforme a su criterio profesional sin enfrentar las consecuencias jurídicas a que quedará expuesto frente a una norma como la transcripta, que en su párrafo final amenaza, incluso, con “sanciones disciplinarias, administrativas, penales o civiles” a quien incurra en “el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo”, lo cual opera, claramente, como un modo de violencia contra aquél, que se verá condicionado para actuar de acuerdo a su ciencia y a su conciencia.

En otras palabras, aun en esos casos extremos, no se puede exigir del médico objetor que practique un aborto, sino que deberá respetarse su incumbencia y libertad profesional para escoger la solución que, a su criterio, resulte más adecuada para el caso. Como ya se recordó, el deber profesional del médico consiste en prestar asistencia, no en

63. Cfr. el artículo 10, quinto párrafo, de la Ley N° 27.610.

64. En orden a no desviar el foco de la atención, me abstengo aquí de exponer las razones que muestran la impertinencia de considerar a la práctica del aborto como una auténtica prestación de salud.

Me limito a traer a colación las atinadas reflexiones de Siro De Martini en su artículo ya citado. Allí se señala que “una profesión cuyo objeto específico es el cuidado de la vida y, por ende, de la salud, no puede sino rechazar como un aberrante contrasentido matar a un ser humano inocente”. Agrega, más adelante, que “el aborto no es una terapia, ni un remedio, no tiene ninguna acción terapéutica. (...). Ninguna relación tiene con la ciencia y el arte de curar”. Y termina con un agudo ejercicio dialéctico: “Se dirá que el médico es el único profesional que sabe (o que podría saber) practicar abortos. (...) Pero el que sepa hacerlo no quiere decir que forme parte de su función profesional” (cfr. “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, cit., p. 14).

aplicar una terapia determinada prescripta, con carácter general, por el legislador, con absoluta independencia de las circunstancias particulares de cada caso.

Pero, además, no es admisible que, aun en circunstancias de peligro para la vida o salud materna, se exija del médico la práctica directa de un aborto, con prescindencia de que ello agravie sus convicciones personales. Ante una situación de inminente e inevitable riesgo para la vida de su paciente, estará él obligado a disponer todos los medios legítimos a su alcance para salvarla, aun cuando ellos puedan provocar (como efecto secundario no deseado) la muerte del niño por nacer, en tanto no existan otras alternativas que permitan preservar ambas vidas⁶⁵. De esta manera, se lograrían conciliar los derechos de las tres personas involucradas: la madre, su hijo y el médico tratante.

Genera también reparos que se imponga al aborto como “la solución” que el médico debe aplicar, compulsivamente, frente al peligro que corre la vida o la salud de la mujer, tratándose de una práctica que, a partir de la semana catorce más un día de embarazo, el propio legislador considera disvaliosa hasta el punto de perseguirla penalmente⁶⁶. La subsistencia de la figura penal es claro indicio de la gravedad que el cuerpo legislativo atribuye a esta práctica, aun tras la aprobación de la Ley N° 27.610, lo cual debería operar como un motivo decisivo para que, cuando el médico entienda que existen otras vías para poner a salvo la vida o la salud de la embarazada, evite recurrir a ella.

BIBLIOGRAFÍA

- Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5ª edición, Tomo III, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1953.

65. Cfr. Lafferriere, J. N., *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley N° 27.610*, ob. cit., p. 113.

66. Cfr. el artículo 85, inciso 2), del Código Penal, tras la modificación introducida por el artículo 14 de la Ley N° 27.610.

- Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª. edición actualizada y ampliada, Tomo I, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2021.
- Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- Coviello, Pedro José Jorge, "El deber de obediencia en el empleo público y la objeción de conciencia (con referencia especial al personal de sanidad)", en AA. VV., *Presente y futuro de los funcionarios públicos en Iberoamérica*, Carlos E. Delpiazzo y Natalia Veloso Giribaldi editores, Montevideo, La Ley Uruguay, 2021.
- Cunha Ferré, María Marta, "Mapa normativo de la objeción de conciencia en la República Argentina", en *El Derecho*, Tomo 269:560, ED-DCCLXXVI-218.
- De la Riva, Ignacio M., "La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos", en la revista *El Derecho*, 2019.
- De Martini, Siro, *El médico frente al aborto*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2012.
- Didier, María Marta, "El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación", en la revista *Dikaion*, Colombia, Universidad de La Sabana, diciembre 2015.
- , "Objeción de conciencia y test de convencionalidad", en *Prudentia Iuris*, N° 87, 2019.
- Diez, Manuel María, *El deber de obediencia en la función pública*, 2ª edición, Buenos Aires, Valerio Abeledo-Editor.
- , *Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, 5ª edición ampliada y actualizada, Tomo I, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2018.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017.
- Lafferriere, Jorge Nicolás, "Aborto y objeción de conciencia", en AA. VV., *El médico frente al aborto*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2012.
- , *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley N° 27.610*, Buenos Aires, Centro de Bioética, 2021.
- Llanos, Fernando Sebastián, "La objeción de conciencia: su reconocimiento normativo y sus alcances", en *El Derecho. Constitucional*, junio 2020, núm. 6, ED-CMXXI-112.

- Londoño Lázaro, María Carmelina y Acosta López, Juana Inés, "La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano", en el *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª edición actualizada, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- , *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª edición actualizada, Tomo III-B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- Mayer, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, traducción del original francés, *Le droit administratif allemand*, Tomo IV, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954.
- Morelli, Mariano, "La objeción de conciencia en el Derecho", en la revista *Vida y ética*, Buenos Aires, Instituto de Bioética de la Facultad de Ciencias Médicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Año 8, N° 2, diciembre 2007.
- Navarro Floria, Juan G., *El derecho a la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- Navarro Floria, Juan G.; Padilla, Norberto y Lo Prete, Octavio, *Derecho y religión (Derecho Eclesiástico argentino)*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2014.
- Nora, Juan Pablo, "El derecho a la objeción de conciencia frente al aborto no punible", en la *Revista Jurídica*, Universidad de San Andrés, núm. 4, 2017.
- Padilla, Norberto, "Proyecto de ley: «aborto libre y seguro», para la conciencia, coacción y unanimidad forzadas", en *elDial.com*, DC2511, publicado el 7 de mayo de 2018.
- Quintana, Eduardo Martín, "La objeción de conciencia y los profesionales de la salud", en la revista *Inmanencia*, 2015, 4 (2).
- Ranieri de Cechini, Débora y Calderone, Sofía, "La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina", en la revista *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Volumen 12, N° 1, Año 2022.
- Sambrizzi, Eduardo A., "La objeción de conciencia en la Ley N° 27.610 de aborto", en la revista *FORUM* N° 11, 2021, presentada ante la reunión plenaria de la Academia del Plata. Sánchez, Alberto, "La objeción de conciencia en el agente estatal", en AA. VV., *Desafíos del Derecho Administrativo contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, coordinado por Víctor Hernández Mendible, Tomo 1, Caracas, Editorial Paredes, 2009.
- Toller, Fernando M., "El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones", en la revista *Vida y ética*, Buenos Aires, Instituto de Bioética de

la Facultad de Ciencias Médicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Año 8, N° 2, diciembre 2007.

Vigo, Rodolfo L., "Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias", en *El Derecho*, Tomo 264:548, ED-DCCLXXV-494.

Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951.

-----, *Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951.

Jurisprudencia

Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 Ley N° 17.53 (1989), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de abril de 1989, Fallos: 312:496.

Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar (1993), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de abril de 1993, Fallos: 316:479.

Asociación de los Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación de Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad (2005), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 9 de agosto de 2005, Fallos: 328:2966.

F. A. L. s/ medida autosatisfactiva (2012), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de marzo de 2012, Fallos: 335:197.

Normas citadas

Nacionales

Ley N° 25.164 (BO 08/10/1999).

Ley N° 27.610 (BO 15/01/2021).

Resolución N° 1.535/2021 del Ministerio de Salud de la Nación (BO 28/5/2021).

Ciudad de Buenos Aires

Ley N° 471 (BO de la CABA del 13/09/2000).

PARTE II

NOTAS Y COMENTARIOS

**FUNDAMENTOS PARA LA AUTONOMÍA
MUNICIPAL DE LA MANO
DE UN *OBITER DICTUM***
**FOUNDATIONS FOR MUNICIPAL AUTONOMY
IN AN *OBITER DICTUM***

MARÍA GABRIELA ÁBALOS¹

Recibido: 22 de abril de 2022
Aprobado: 23 de mayo de 2022

RESUMEN

En el desarrollo de la autonomía municipal argentina, además de la doctrina, ha sido significativa la contribución de la jurisprudencia de los tribunales, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ciertamente, desde el retorno a la legalidad institucional, no ha cesado de brindar pronunciamientos contundentes en torno a los municipios en defensa de su autonomía.

1. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Especialista y Magíster en Magistratura y Gestión Judicial. Profesora titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Profesora titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza). Magistrada del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza. Correo electrónico: mgabalos@itcsa.net.

En esta línea, se ubican los fundamentos vertidos por los jueces Maqueda y Rosatti en el reciente caso de la Corte Suprema, *Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa (art. 322 Código Procesal)*” (sentencia del 10 de febrero de 2022, Fallos: 345:22). Precisamente, este trabajo analiza los argumentos municipalistas ofrecidos a modo de *obiter dictum* en dicho fallo.

PALABRAS CLAVE

Autonomía municipal; Federalismo; Corte Suprema; *Obiter dictum*; Municipio.

ABSTRACT

Argentine municipal autonomy development is deeply related to the standards developed by courts; particularly, the Supreme Court precedents were meaningful. Certainly, since the return to institutional legality, the Supreme Court provided guidelines regarding the municipal autonomy.

Recently, the reasonings provided by judges Maqueda and Rosatti in *Intendant of the Municipality of Castelli c/ Buenos Aires, Province of s/ declarative action (art. 322 Procedural Code)*, February 10, 2022 (Fallos: 345:22) brings significant contributions. This paper analyzes the municipalist reasonings offered as an *obiter dictum* in the ruling.

KEYWORDS

Municipal Autonomy; Federalism; Supreme Court; *Obiter dictum*; Municipality.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Ábalos, María Gabriela, “Fundamentos para la autonomía municipal de la mano de un *obiter dictum*”, *FORUM: Revista del Centro de*

Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, N° 13, 2022, pp. 79-102.

I. INTRODUCCIÓN

El fortalecimiento del régimen municipal en el federalismo argentino hunde sus raíces en el Derecho Público provincial que, mucho antes de la reforma constitucional de 1994, suministró importantes muestras de reconocimiento de la autonomía municipal².

El empuje dado por la recepción constitucional de tal autonomía en el artículo 123 de la Constitución Nacional (CN) es ciertamente muy positivo, aunque a casi veintiocho años de la reforma de 1994, siguen existiendo casos puntuales de reprochable retraso, como son los de las provincias de Mendoza, Santa Fe y Buenos Aires que, frente a las veinte restantes, persisten en la omisión de ajustarse al texto constitucional nacional que manda reconocer la autonomía municipal en forma plena. Además de algunos supuestos de cumplimiento formal, con una falta de concreción real de la autonomía local en lo institucional, como ocurre en las provincias de Entre Ríos, Tucumán, La Rioja, La Pampa, Chaco, Santa Cruz y Formosa, más otras cuentas

2. Ver, entre otros, de Ábalos, María Gabriela, *Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho Tributario nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2007; "Los municipios y su autonomía a veinticinco años de la reforma de 1994", en *Revista de Derecho Público*, febrero 2019; *25 años de la reforma constitucional de 1994*, II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019, pp. 97-146; "La autonomía municipal", en Manili, Pablo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación: Máximos precedentes Derecho Constitucional*, Tomo IV, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 698-705; "Avances de la autonomía municipal en treinta años de democracia", en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, 21 de noviembre de 2013, IJ-LXIX-879; "La autonomía municipal", en García Lema, Alberto y Hernández, Antonio M. (coords.), "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", *Jurisprudencia Argentina*, fascículo 8, 2014-III, Abeledo Perrot, 2014; "El municipio y su autonomía económica financiera en el Derecho Público provincial a veinte años de la reforma constitucional de 1994", en Bastons, Jorge Luis (dir.), *Derecho Municipal*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, pp. 115-138, entre otros.

pendientes que tienen que ver con la efectividad de las autonomías en sus distintos niveles³.

En el desarrollo de la autonomía municipal, han contribuido sin duda la perseverancia de la doctrina autonomista como, asimismo, la creciente jurisprudencia de los tribunales, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, desde el retorno a la legalidad institucional, no ha cesado de brindar pronunciamientos contundentes en torno a los municipios en defensa de su autonomía.

Dejando atrás la interpretación autárquica sobre la naturaleza municipal acuñada desde el caso *Ferrocarril del Sud c/ Municipalidad de La Plata s/ cobro de impuestos. Recurso extraordinario. Competencia*, del 1° de junio de 1911⁴, en 1989, el Alto Tribunal receptó las aspiraciones de diversos sectores doctrinarios así como, también, los nuevos aires del constitucionalismo provincial al resolver el caso *Rivademar, Ángela Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario*⁵. Si bien en esta resolución no se expide expresamente en favor de la autonomía, es contundente al precisar las marcadas diferencias de los municipios con las entidades autárquicas, y al reafirmar que tienen existencia necesaria y

3. Ver Losa, Néstor O., "Osadía jurídica valiosa", en *Rubinzal Culzoni RC D* 1663/2020; Ábalos, María Gabriela, "Cuentas pendientes de la autonomía municipal en Argentina", en *La Ley*, LL 30/01/2017, 1. Cita Online: AR/DOC/4002/2016.

4. Fallos: 114:282. (A. Bermejo, N. González del Solar, M. P. Daract, D. E. Palacio, L. López Cabanillas). La Corte Suprema se pronuncia en términos generales diciendo que las municipalidades "(...) no son más que delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos, que la constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (art. 5° de la Constitución Nacional), para lo cual ejercen también facultades impositivas y coextensivas en la parte de poder que para este objeto le acuerden las constituciones y leyes provinciales". Más adelante, completando la idea, dijo que "no son entidades autónomas, ni bases del gobierno representativo, republicano y federal" [*Labella de Corso, Gilda y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (1942), Fallos: 194:111; *Sagarna, Nazar Anchorena, Ramos Mejía*].

5. Del 21/03/1989. Fallos: 312:326. Ver en *LL* 1989-C-47 con nota de Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades", y en *El Derecho* 133-536 (1989), con nota de Herrendorf, Daniel E., "Los municipios en la vida administrativa y política", p. 537, y con nota de Bidart Campos, Germán J., "Semántica y onticidad: normas y realidad en torno de los municipios provinciales", *El Derecho*, 133-538 (1989).

que las provincias deben reconocerles las “atribuciones mínimas para el desempeño de su cometido”⁶.

Luego de la reforma de 1994, a través de los precedentes *Ponce*⁷ de 2005, en torno a la autonomía política, pasando por la reafirmación del aspecto económico financiero en *Intendente de la Municipalidad de La Rioja*⁸, de noviembre de 2014, seguido en *Municipalidad de la Banda*⁹, de agosto de 2018 y en el reciente caso *Esso*¹⁰, de septiembre

6. En otros pronunciamientos de este Tribunal, emitidos con anterioridad a la reforma de 1994 [como, por ejemplo, *Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/ rec. extraord.*, *El Derecho*, 134-148 (1989); *Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe s/ ord.*, *El Derecho* 144-293 (1991); *Universidad Nacional de Buenos Aires c/ Estado Nacional (PEN) s/ inconst. de decreto*, *El Derecho* 142-582 (1991)], se mantienen los lineamientos interpretativos señalados. Ver, al respecto, Ábalos, María Gabriela, “Evolución y estado actual de la problemática municipal argentina. Interpretación jurisprudencial y recepción en el constitucionalismo provincial”, en Walter F. Carnota (director), *Derecho Federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grün, 2005, pp. 237-267.

7. CSJN, *Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza* (2005), 24 de febrero de 2005, Fallos: 328:175; ver el comentario de Ábalos, María Gabriela, “La Corte Suprema, su jurisdicción constitucional frente a la autonomía municipal y otros temas trascendentes”, en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Debates de Actualidad*, Santa Fe, año XX, nro. 195, mayo – noviembre 2005, p. 74. También, Hernández, Antonio M., “La Corte Suprema, garante de la autonomía municipal”, en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Debates de Actualidad*, año XX, nro. 195, ob. cit., p. 146, y Carnota, Walter F., “Dos intendentes y una Corte Suprema”, en *Boletín La Ley*, 1º de marzo de 2005, p. 1.

8. CSJN, *Intendente de la Municipalidad de La Rioja c/ Provincia de La Rioja* (2014), 11 de noviembre de 2014, Fallos: I. 150. XLVIII (Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Highton de Nolasco). Ver el comentario a este fallo de Gil Domínguez, Andrés, “Coparticipación, omisiones y control de constitucionalidad”, en *La Ley*, LL 27/11/2014, 27/11/2014, 6. Cita: TR *La Ley* AR/DOC/4292/2014. También, Ábalos, María Gabriela, “Federalismo y autonomía municipal: la Corte Suprema reafirma su función arquitectónica en el desarrollo constitucional argentino”, en *El Derecho – Constitucional*, Tomo 2015, 20. Fecha: 19-02-2015. Cita Digital: ED-DCCLXXV-72.

9. CSJN, *Municipalidad de la Ciudad de La Banda c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ conflicto entre poderes públicos* (2018), 23 de agosto de 2018, Fallos: 341:939; con nota de Ábalos, María Gabriela, “Autonomía municipal y coparticipación impositiva en el diseño federal”, en *La Ley*, LL 26/09/2018, 7.

10. CSJN, *Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa* (2021), 2 de septiembre de 2021, Fallos: 344:2123. Ver los comentarios de Bulit Goñi, Enrique G., “Fallo reciente sobre Tasa Municipal de Inspec-

de 2021, se agregan las firmes exhortaciones a las autoridades provinciales de Santa Fe para que dicten las normas necesarias para dar cumplimiento al mandato que emerge del artículo 123 de la CN¹¹, más la decisión de mayoría en el caso de la *Municipalidad de Arroyito*¹², donde se efectúa un equilibrado análisis de las potestades locales en materia de poder de policía, interpretando las particularidades de la comunidad local, los acuerdos y consensos logrados; ello, en el marco del diseño federal.

ción de Seguridad e Higiene”, en *IMP - Práctica Profesional 2021-CIX*, 69, *La Ley*. Cita: TR LL AR/DOC/2635/2121; Vidal Quera, Gastón, “La tasa municipal de Seguridad e Higiene y la capacidad contributiva en un relevante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *La Ley*, TR LL AR/DOC/2596/2121; Hernández, Antonio M., “Otro fallo histórico de la Corte Suprema sobre la autonomía municipal en el aspecto tributario”, en *Rubinzal Culzoni*, D 661 2021; Almada, Lorena, “La Corte habilita a Municipios a cobrar tasas tomando ingresos fuera de su territorio”, en *IMP - Práctica Profesional 2021-CX*, 65, *La Ley*. Cita: TR LL AR/DOC/2593/2121; Spisso, Rodolfo R., “Desnaturalización de la tasa, especie del género tributo, en trascendente decisión de la Corte Suprema de la Nación”, en *IMP - Práctica Profesional 2021-CIX*, 73, *La Ley*. Cita: TR LL AR/DOC/2619/2021. Losa, Néstor O., “Nuevamente la Corte y la autonomía municipal - Principio de suficiencia”, en *Rubinzal Culzoni*, RC D 758/2021. También, Ábalos, María Gabriela, “Autonomía municipal y armonización tributaria: respuesta jurisprudencial que clama por una solución general”, en *La Ley*, LL 18/11/2021, 5. Cita: TR La Ley AR/DOC/3242/2021.

11. CSJN, *Asoc. Pers. Munic. Las Colonias c/ Fed. Sind. Trab. Munic. Festrám y otros s/ acción de amparo* (2000), 29 de octubre de 2020, Fallos: 343:1389; ver el comentario de Marchiaro, Enrique, “Qué ha dicho y qué no la CSJN en el caso «Festrám»”, en *Rubinzal Culzoni*, RC D 138/2021.

12. CSJN, *Shi, Jinchui c/ Municipalidad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad* (2021), 20 de mayo de 2021, Fallos: 344:1151; ver los comentarios de Fontán, Carmen, “Diseño institucional del país: la descentralización política”; de Belisle, José Manuel, “Constitución y autonomía municipal en la jurisprudencia de la Corte. Breve comentario al fallo «Shi c/ Municipalidad de Arroyito»”; de Ábalos, María Gabriela, “Autonomía municipal, margen de apreciación local y libertad de comercio. Interpretación jurisprudencial en el diseño federal”; todos publicados en la misma *Revista del Instituto de Estudios Constitucionales*, Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 5 de julio de 2021, <https://fecic.org.ar/opinion-2/> (consultados el 15/04/2022). También publicado en *El Derecho - Constitucional*, agosto 2021, no. 8, 23 de agosto de 2021. Cita Digital: ED-MDCCCXV-463.

En esta línea municipalista se ubican los fundamentos vertidos por los jueces Maqueda y Rosatti en el caso en comentario, donde a modo de *obiter dictum*, literalmente “dicho de paso”¹³, formulan consideraciones precisas que suman una perla más en el rosario de interpretaciones jurisprudenciales que contribuyen a la cultura del respeto por las autonomías municipales.

II. LOS PLANTEOS MUNICIPALES DEL CASO Y SU ENCUADRE EN EL MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE

A. El caso en comentario¹⁴ se inicia con la acción deducida por el Intendente de la Municipalidad de Castelli, provincia de Buenos Aires, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra dicha provincia, con el objeto de solicitar a la Corte Suprema la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 190 a 197 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, que integran la sección referida al “Régimen Municipal”, como así también de las normas y disposiciones dictadas en consecuencia, entre las que refiere la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto Ley N° 6.769/1958), la resolución del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires –identificada como Reglamento para la Administración de las Municipalidades– y el Decreto local N° 2.980/2000 –Reforma Administrativa y Financiera en el Ámbito Municipal–.

La petición se estructura sobre la base de cinco fundamentos. En primer lugar, en la supremacía constitucional consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, refiriendo que la provincia deman-

13. Diccionario de la Real Academia Española, Loc. lat.; literalmente “dicho de paso”, 1. m. Der. Argumento empleado en una resolución judicial sin relevancia para el fallo, <https://dle.rae.es/obiter%20dictum> (consultado el 15/04/2022). Ver, entre otros, Ratti, Florencia, “El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, no. 2, diciembre de 2020, pp. 612-615. DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0102.rat>.

14. CSJN, *Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa (art. 322 Código Procesal)* (2022), 10 de febrero de 2022, Fallos: 345:22.

dada no cumple lo normado en su artículo 123 –en concordancia con su artículo 5º–, en cuanto a la obligación de instaurar la autonomía municipal en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. En segundo lugar, en la historia institucional argentina, en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en la gran mayoría de la doctrina especializada en la materia que avalan la autonomía municipal. En tercer lugar, en la violación del derecho de las autoridades y de los habitantes de Castelli de poder ejercer el derecho constitucional de habitar y vivir en un municipio que dicte sus propias normas de conformidad con los artículos 5º y 123 de la Constitución Nacional. En cuarto lugar, en base a los principios constitucionales federales que han sido receptados por el Derecho Público provincial, a la luz de los cuales el texto bonaerense resulta anacrónico, arbitrario e irrazonable. En quinto lugar, señala que el texto cuestionado no respeta los principios mínimos de autogobierno local en franco incumplimiento, por omisión, de la normativa federal, que ha puesto en manos del constituyente y legislador provincial el diseño de las instituciones municipales.

En base a estas razones solicita, por un lado, que se haga cesar el estado de incertidumbre, condenando a la provincia de Buenos Aires a que respete la legalidad, la seguridad jurídica y la supremacía consagrada en la Constitución Nacional. Por otro lado, pide que se reconozca al Municipio de Castelli su libertad para autoorganizarse según un alcance y contenido que la provincia aún no ha fijado, y que la demandada solucione su conducta omisiva que conlleva la frustración de uno de los órganos más sublimes de la Patria, como es el gobierno municipal, con sus ciudadanos y autoridades.

Sostiene que el caso configura un supuesto de gravedad institucional, tanto respecto de la Municipalidad de Castelli como de los demás municipios de la provincia de Buenos Aires. Por último, pretende el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la provincia de Buenos Aires que fije el alcance y contenido de la autonomía municipal, para permitir a la Municipalidad de Castelli el ejercicio de la facultad constitucional federal de sancionar su propia carta orgánica, fijar su autodeterminación y ejercer su autonomía política, económica, tributaria y financiera –entre otros aspectos de la organi-

zación municipal–, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 123 de la Constitución Nacional.

B. Los planteos esbozados hacen necesario recordar que la reforma constitucional de 1994, en aras a cumplir con su cometido de fortalecer el federalismo, profundiza la descentralización del poder en el territorio y, en esa línea, ubica al régimen municipal como un verdadero gobierno autónomo que debe gozar de una esfera competencial propia.

Ingresa la autonomía municipal de la mano del artículo 123, que viene a completar al histórico artículo 5º, suponiendo un límite más al ejercicio del poder constituyente provincial. Así, las constituciones provinciales deben cumplir con las cinco condiciones impuestas por el recordado artículo 5º y, además, en torno al régimen municipal, deben asegurar su autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. Esta exigencia se plasma de la mano de las particularidades locales que deben configurar ese “alcance y contenido” de la autonomía municipal.

Ello implica, por un lado, que el diagrama autonómico no será –ni deberá serlo– uniforme ni idéntico y, por otro lado, que ninguna provincia podrá extremar las limitaciones que puedan llegar a privar al municipio de un contenido mínimo en cada grado de autonomía, ni extralimitarse de forma tal que se dificulte el ejercicio de potestades nacionales o provinciales. Así, es de competencia provincial encuadrar a sus respectivos municipios dentro de los ámbitos de autonomía indicados, reconociendo un mínimo en cada orden, de forma tal que pueden convivir municipios con un estatus de autonomía plena y otros con una autonomía semiplena o relativa. Sin embargo, lo que no podrá la provincia es desconocer la autonomía institucional a todos sus municipios, pues estaría incumpliendo el mandato constitucional, ya que existiría un orden en el cual no se aseguraría un mínimo de autonomía.

Cabe preguntarse qué ocurriría si una provincia, al reformar su texto, luego de 1994, desconociese lo dispuesto en torno a la autonomía municipal en el artículo 123. La respuesta es clara, tal omisión tornaría inconstitucional a la reforma provincial, implicando una evidente violación a la prelación normativa que se impone desde el ar-

título 31, con el artículo 75, inc. 22, y demás normas de la CN, que suponen relaciones de supraordinación y de subordinación entre la Nación y las provincias¹⁵.

Se comparte esta solución, entre otros, con Vanossi, quien explica que “(...) frente a un apartamiento de tal relación de supra y subordinación (entre Nación y Provincia), cuando la infracción proviene del poder subordinado –que es el poder constituyente local– cabe, en consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de las normas provinciales infractoras de la supremacía federal (con efecto de inaplicabilidad en el caso concreto)”¹⁶. Sabsay y Onaindia coinciden en que tal apartamiento de las nuevas pautas en torno al régimen municipal implicaría el peligro de una impugnación de constitucionalidad¹⁷. Quiroga Lavié también señala que, si una provincia no implementa de algún modo la autonomía municipal en sus distintos aspectos, está incurriendo en una inconstitucionalidad por omisión, que puede y debe ser tutelada por los tribunales de todo el país, también por los federales, por estar en juego una norma de carácter federal: el artículo 123¹⁸. Además, podría dar lugar a la intervención federal de la provincia incumplidora, con el objeto de anular las normas ema-

15. En este sentido, Losa señala, refiriéndose a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que, reformada con posterioridad a la reforma nacional, no incluye la autonomía municipal: “(...) la falta de adecuación a la ley suprema torna inconstitucional la reforma bonaerense pues se ha asumido una actitud omisiva para ciento veintisiete municipios de la mayor provincia argentina, con las consecuencias y efectos que ello implica y vulnerando la Constitución Nacional” (Losa, Néstor O., “Reformas constitucionales y municipios”, en *La Ley*, LL 1995-A-727. Cita: TR *La Ley* AR/DOC/6519/2001).

16. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría Constitucional*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, p. 459.

17. Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 367.

18. Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3ª edición, Buenos Aires, Zavalía, 2000, p. 758. Y agrega que será la justicia federal la que deberá dar tutela a la acción municipal frente a una acción interventora del gobierno provincial dirigida a impedir dicha acción municipal, aunque también procederá una acción judicial dirigida a lograr de los patrimonios provinciales los recursos mínimos para atender los servicios que las propias leyes provinciales les mandan cumplir a los municipios (ob. cit., p. 759).

nadas de su poder constituyente local y restablecer la vigencia de la plena conformidad del ordenamiento local con la Ley Suprema de la Nación¹⁹.

En la Convención Constituyente de 1994 se alzaron voces en este sentido. El entonces convencional por Santa Fe, hoy ministro de la Corte Federal, Rosatti, en defensa de la cláusula del actual artículo 123, afirmaba que se trataba de una fórmula “equilibrada y adecuada”, en la medida en que el estatus se establece como autónomo, respetándose además la autonomía provincial, dado que es la constitución local la que, en cada caso concreto, deberá determinar las modalidades y alcances de los municipios²⁰. Consecuentemente, dicho artículo cualifica el régimen municipal haciéndolo autonómico, complementando el artículo 5º, y por ello cabe la posibilidad de intervención en el caso en que las provincias no aseguran, ya no el régimen, sino el régimen cualificado de la autonomía municipal²¹. En igual sentido Hernández, convencional por Córdoba, sostuvo que si las provincias no aseguran el régimen municipal autonómico pueden llegar a ser intervenidas federalmente en virtud de los artículos 5º, 6º y 123 de la ley suprema²².

Otras consecuencias derivadas del reconocimiento de la autonomía municipal en el artículo 123 podrían ser, por ejemplo, las referidas a los alcances de una intervención federal dispuesta sobre una provincia que, si la ley de declaración nada señala respecto del régimen municipal, el mismo no estaría alcanzado por tal medida. Ello debería interpretarse en todos los casos, con independencia del reconocimiento efectivo por parte de la provincia de la autonomía municipal.

19. Agrega Vanossi: “(...) el instituto excepcional de la «intervención federal» puede llegar a ser el instrumento necesario y adecuado para obtener dentro del cauce institucional el reacomodamiento o reubicación del poder constituyente local dentro de los límites fijados por el poder constituyente nacional”. (Vanossi, Jorge R., *Teoría Constitucional*, ob. cit., p. 459).

20. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Santa Fe*, Paraná, 1994, 28º reunión, 3era. Sesión Ordinaria, 10 y 11/08/1994, p. 3705.

21. *Diario de Sesiones...*, ob. cit., 28º reunión, 10 y 11/08/1994, p. 3862.

22. Hernández, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 138.

III. EL RÉGIMEN MUNICIPAL BONAERENSE A LA LUZ DEL MANDATO DE AUTONOMÍA MUNICIPAL

La constitución de la provincia de Buenos Aires vigente es fruto del último movimiento constituyente local que data de septiembre de 1994. Esta emblemática provincia argentina modifica su texto fundamental un mes después de sancionada la reforma nacional del mismo año, y una de las principales notas que la caracterizan es la falta de recepción de la autonomía municipal, principalmente en el ámbito institucional. Ello así, desconoce a las comunidades locales cualquier grado de poder constituyente de tercer grado, desoyendo el claro mandato constitucional consagrado en el artículo 123 de la carta nacional.

En lo que respecta, pues, a su régimen municipal, el texto de 1994 mantiene la misma redacción que contenía la Constitución de 1934, reiterando en su sección séptima los mismos ocho artículos de principios del siglo XX²³. La gran omisión es la referida al poder constituyente local, lo que se ve reflejado en la falta de reconocimiento –en grado alguno– de la capacidad de dictado de la propia carta orgánica municipal. El mismo fenómeno caracteriza al texto mendocino que data de 1916²⁴, y que a lo largo de sus cien años no ha podido superar esta omisión inconstitucional. Otro tanto ocurre con la provincia

23. Ver la obra de Reca, Ricardo Pablo, *Reflexiones sobre el régimen municipal bonaerense*, La Plata, Librería Editora Platense, 2013. También, Loureiro, Enrique, “La autonomía municipal en el marco del federalismo argentino. Particular énfasis en la situación de la Provincia de Buenos Aires”, *El Derecho - Constitucional*, marzo 2022, número 3, 22/03/2022, Cita Digital: ED-MMDCCXXXIII-68; Pavioni, Natalí, “La autonomía municipal postergada en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires”, en *El Derecho - Constitucional*, Tomo 2018 M, 370, 21/05/2018. Cita Digital: ED-DC-CLXXVII-288.

24. Ver de Ábalos, María Gabriela, *Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial*, Mendoza, Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo (Ediunc), 2006; “Contexto y límites de la reforma constitucional de Mendoza. Constitución histórica y diseño institucional”, en *La Ley Gran Cuyo*, marzo, 2016, 103, Cita: TR *La Ley* AR/DOC/441/2016; “Mendoza y la autonomía municipal: deuda pendiente con la reforma constitucional de 1994”, en Bastons, Jorge Luis (dir.), *Derecho Municipal*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 2073-2093, entre otros.

de Santa Fe, con su texto de 1962²⁵, aunque posee un modelo de descentralización entre municipios y comunas, mucho más moderno en términos de gobernanza local que sus pares bonaerense y mendocina.

Si bien los textos constitucionales de Mendoza y Santa Fe no se han modificado luego de la reforma de 1994, por lo que caerían en un supuesto de omisión inconstitucional, el caso de la provincia de Buenos Aires merece especial reproche. Ello así, puesto que pese a sancionarse un mes después de la reforma de 1994, mantiene la organización local tal como estaba en la Constitución de 1934, como si nada se hubiera legislado en el orden nacional. Losa ha expresado que estas disposiciones aparecen como estancadas en el tiempo, como si los convencionales provinciales no hubiesen leído el artículo 123 nuevo y sus consecuencias. Y agrega que esta falta de adecuación a la Ley Suprema tornaría inconstitucional la reforma bonaerense ya que, como recuerda, el artículo 31 de nuestra Ley Fundamental sigue vigente y, por ende, la prelación normativa que de él se desprende no puede ser desconocida²⁶. Además de la tacha de inconstitucionalidad que merece, sería susceptible de una intervención federal, pues se advierte la clara omisión en el cumplimiento de las condiciones impuestas por el artículo 5° de la Carta Nacional, que en torno del régimen municipal se amplía con el artículo 123 en relación a la autonomía.

25. Un antecedente muy importante es la Constitución de Santa Fe de 1921 que, repectando en buena medida las enseñanzas de Lisandro de la Torre, incorporó el sistema de autonomía municipal aplicable a los centros urbanos de más de 25.000 habitantes, y conforme a ello, las convenciones municipales de las ciudades de Rosario y Santa Fe sancionaron sus respectivas cartas.

26. Losa, Néstor O., "Reformas constitucionales y municipios", ob. cit.. Del mismo autor, "Reforma Constitucional y municipio", en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Comentarios a la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1995, p. 114. También, Castagno afirmaba que siendo la Constitución Nacional la ley suprema de la Nación, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires debió inexcusablemente incluir las normas pertinentes al régimen municipal, conforme a lo dispuesto por el nuevo artículo 123 (Castagno, Antonio, "Reformas a la Constitución Nacional: el régimen municipal en la Provincia de Buenos Aires", en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Comentarios a la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1995, p. 445).

Se establece para las tres provincias el mandato imperativo que implica poner en marcha los procedimientos de reforma constitucional respectivos para adecuar sus regímenes municipales a las exigencias autonómicas, nutridos e inspirados en las particularidades locales propias e intransferibles.

IV. FUNDAMENTOS DESTACABLES DEL FALLO EN COMENTARIO

La decisión en comentario cuenta con el voto de los magistrados Maqueda y Rosatti, por un lado, y con el de Rosenkrantz y Lorenzetti, por otro. Los cuatro arriban a la misma resolución, desestimar la acción intentada por considerarla ajena a la competencia originaria del Tribunal, pero estructuran sus fundamentos con diferencias; los primeros, haciendo foco en la autonomía municipal, y los segundos, en el análisis competencial.

A. En el voto de Maqueda y Rosatti pueden distinguirse tres puntos clave.

1. Municipio y su autonomía en el concierto federal

En primer lugar, se recuerda que desde su texto originario, la Constitución Nacional consagró la institución municipal como parte integrante de la organización política federal, ordenando a las provincias el aseguramiento de su régimen (art. 5º), a lo que la interpretación jurisprudencial del Tribunal le suma que las leyes provinciales no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para cumplir su cometido²⁷.

27. Cons. 3º. Se agrega que si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña –aunque se tratara de la provincial–, esta podría impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional (cfr. Fallos: 312:326 y 314:495).

En segundo lugar, se marca la incidencia de la reforma constitucional del año 1994, que despejó todo margen de duda acerca de la naturaleza autonómica y la ubicación institucional de los municipios dentro del concierto federal de la República²⁸, es decir, como sujetos necesarios del federalismo argentino.

En tercer lugar, se sostiene que la autonomía municipal en el texto constitucional equivale a consagrar una herramienta interpretativa uniforme en todo el territorio nacional, aunque ello en modo alguno significa sostener que todos los municipios del país (los urbanos y los rurales, los densamente poblados y los escasamente habitados, los históricos y los nuevos, etc.) deban tener un tratamiento jurídico idéntico, toda vez que –como se dijo– corresponde a cada provincia, atendiendo a su específica realidad, encuadrar las comunidades locales dentro del citado parámetro que expresa una específica capacidad de Derecho Público²⁹.

2. *Contenidos y alcances de la autonomía municipal*

Sobre este punto, el voto reedita las expresiones doctrinarias del juez Rosatti, que en su larga trayectoria académica fue sentando en su obra bibliográfica³⁰.

Así, se enseña que el mencionado artículo 123 de la CN refiere a “contenidos” y “alcances” de la autonomía. Los primeros son taxativos y comprenden los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero; los alcances refieren a la delimitación del perímetro de aquellos, es decir, al *quantum* de sus atribuciones en relación con los cinco contenidos citados, definibles por

28. Cons. 3°. Agregan que con la incorporación del artículo 123 en la Constitución Nacional se reconoció a dichas entidades autonomía, confiriendo a las provincias la atribución de reglamentar –sin desnaturalizar– su alcance y contenido concreto (Fallos: 325:1249; 337:1263; 341:939; 344:2123 y 2728, voto conjunto de los jueces Rosatti y Maqueda).

29. Cons. 3°.

30. Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, 5ª edición actualizada, Tomos I y II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020.

las constituciones provinciales y demás normas de Derecho Público Interno³¹.

La nota distintiva de estos “alcances” es la heterogeneidad que es propia de todo régimen federal y, por tanto, cada provincia, en el ejercicio de su “margen de apreciación local”, debe ser quien defina el estándar jurídico conforme a su específica e intransferible realidad³². Por ello, si bien el margen de acción provincial en materia municipal (la definición de los alcances de los contenidos de la autonomía, en los términos del artículo 123 de la Ley Fundamental) es amplio –pues la realidad local de las distintas jurisdicciones provinciales es disímil y son ellas las que deben ponderarlo–, tal amplitud de maniobra debe ser ejercida siguiendo el criterio de lealtad y buena fe federal³³, otorgando “el mayor grado posible de atribuciones municipales”³⁴.

3. Competencia originaria versus Derecho Público local

Dejando claro que la queja planteada tiene fundamentalmente que ver con cuestiones de índole local y de competencia de los poderes provinciales, los magistrados Maqueda y Rosatti concluyen que el caso no encuadra en los supuestos de competencia originaria, dado que la cuestión federal no resulta predominante en el pleito³⁵. De ahí que el proceso debería tramitar –al menos inicialmente– ante

31. Cons. 4°.

32. Cons. 4°. Citan como precedentes los casos *Caballero, Adolfo c/ Capello, Mario Osvaldo s/ daños y perjuicios* (2020), 16 de julio de 2020 (Fallos: 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti) y *Shi* (2021), 2 de septiembre de 2021 (Fallos: 344:1151).

33. Cons. 4°, donde se cita lo decidido en la causa *La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (2017), 1° de diciembre de 2017, Fallos: 340:1695.

34. Cons. 4°, con la cita del voto conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti, en la causa *Shi* (2021), 2 de septiembre de 2021, Fallos: 344:1151.

35. Cons. 5°. Por lo que tal como lo advierte la señora Procuradora Fiscal en su dictamen– no se da cumplimiento al recaudo necesario para suscitar la competencia originaria de esta Corte en los supuestos en que una provincia es parte, esto es, que la cuestión federal resulte predominante en el pleito (Fallos: 322:1470; 323:2380 y 3279, entre muchos otros).

la justicia de la Provincia de Buenos Aires, dado que el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que sean dichos magistrados los que intervengan en las causas en que se ventilan cuestiones de ese carácter. Ello sin perjuicio de llegar luego por vía de recurso extraordinario a la tutela que dicha Corte eventualmente pueda dar a los aspectos federales del litigio, en la medida en que la decisión de los jueces provinciales afecte el interés de las partes³⁶.

B. En el voto de los magistrados Rosenkrantz y Lorenzetti el foco está puesto en el análisis de la competencia originaria sin desarrollo alguno del tema municipal.

Recuerdan que la relación jurídica sustancial que da origen al reclamo es de naturaleza local, lo que supone que para resolver el conflicto se tendrá que acudir, necesariamente, a la hermenéutica y aplicación del Derecho Público provincial, más específicamente, a las normas locales que conforman el régimen municipal cuestionado, interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la autonomía local ha querido darle, cuestión que no es del resorte de la Corte, ya que no es apta para instar la competencia del artículo 117 de la CN. Citan el dictamen fiscal y la doctrina según la cual los conflictos entre autoridades locales deben hallar solución –jurídica o política– en el ámbito provincial, sin injerencia de la justicia de la Nación³⁷.

Refuerzan la decisión con la evocación de precedentes donde se dijo que la regla de todo gobierno federativo es que los conflictos o disputas sobre derechos o atribuciones que pueden ocurrir entre los poderes internos de una misma provincia, corresponden al fuero local, ya para ser resueltas por el pueblo mismo, ya por el poder o los poderes que las respectivas constituciones hubiesen creado para ejer-

36. Cons. 6°. Citan los casos *Estancia Moy Aike, Limited S.A. c/ Provincia de Santa Cruz* (1970), Fallos: 277:365 y *Casanova, Miguel Rodolfo c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de amparo* (1987), 24 de diciembre de 1987, Fallos: 310:2841, entre muchos otros.

37. Cons. 2°, 3° y 4°. Citan Fallos: 136:147; 264:7; 291:384; causa CSJ 5897/2014, *Municipalidad de San Luis c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa* (2015), 29 de septiembre de 2015.

cerlo, pues tal es el objetivo de ellas, con cita del ilustre riojano Joaquín V. González³⁸.

Por último, en coincidencia con el voto de Maqueda y Rosatti, dejan a salvo la tutela que esta Corte eventualmente pueda dar a los aspectos federales que el litigio pudiere comprender, la que debe procurarse por la vía del recurso extraordinario y en la medida en que la decisión de los jueces provinciales afecte el interés de las partes³⁹.

V. *OBITER DICTUM* Y SU FUERZA PERSUASIVA A FAVOR DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

Se ha intentado poner de manifiesto en este comentario la riqueza de los fundamentos vertidos en torno a la autonomía municipal, en el voto de los magistrados Maqueda y Rosatti. No puede dejar de advertirse que estos magistrados otrora vistieron el traje de convencionales constituyentes de la reforma de 1994, y el segundo, además, con dilatada trayectoria como docente y doctrinario fuertemente comprometido con la autonomía municipal.

Las consideraciones descriptas en el punto anterior muestran el uso del *obiter dictum*, que refleja etimológicamente lo *dicho sea de paso*, lo complementario, lo que no resulta indispensable para resolver el

38. Cons. 5º, donde se reproduce lo resuelto en la causa CSJN, *Estado Nacional s/ su presentación en autos: Quintela, Ricardo Clemente - intendente de la ciudad capital de la Provincia de La Rioja c/ Estado Nacional s/ acción de amparo* (2004), 24 de agosto de 2004, Fallos: 327:3515. Se agrega que “[t]al es el sentido de las palabras de la Constitución relativas a las Provincias: «se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas»; eligen sus funcionarios «sin intervención del gobierno federal»; cada una «dicta su propia Constitución»”; y tal fue el sentido de la reforma de 1860, que eliminó de entre las atribuciones del Poder Judicial de la Nación, el decidir en los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia; se sostuvo en el precedente de Fallos: 327:3515 (González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1897, pp. 770-771).

39. Cons. 5º. Citan los casos *Estancia Moy Aike, Limited S.A. c/ Provincia de Santa Cruz* (1970), Fallos: 277:365 y *Casanova, Miguel Rodolfo c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de amparo* (1987), 24 de diciembre de 1987, Fallos: 310:2841, entre muchos otros.

caso, lo que se dice “*a mayor abundamiento*”⁴⁰. Como bien señala Ratti, en el *common law* “solo lo necesario para resolver el pleito obliga en un caso análogo futuro, pues se presume que es a ello a lo que el tribunal le otorgó atención, deliberación y esfuerzo como para dotarlo de autoridad y fuerza. Lo demás, aquello esgrimido de modo adicional o que no está estrechamente relacionado con el caso en cuestión, podrá tener fuerza persuasiva, pero no obliga”⁴¹.

En el voto de los magistrados Maqueda y Rosatti, esa construcción del *obiter dictum* supone afirmaciones e invocaciones autonomistas muy respetadas, parafraseando lo dicho por la misma Corte en el caso *Elortondo*⁴². Esas expresiones tienen un valor por fuera de lo decidido en el caso, ya que evidencian la postura de estos jueces sobre el punto, y van en línea con los precedentes emblemáticos del Tribunal. Muestran la férrea determinación de profundizar el camino abierto, principalmente, desde *Rivademar*, pasando por los numerosos casos, algunos ya citado en este comentario, pero también ponen en evidencia los graves incumplimientos de los mandatos constitucionales que dan lugar a estos litigios. Claramente, estos reclamos judiciales no surgirían si las provincias, en el caso Buenos Aires, pero igualmente aplica para Mendoza y Santa Fe, mostraran conductas institucionales respetuosas de la supremacía constitucional; mientras ello no se materialice, el último resorte habilitado es arribar a orillas de la Corte Suprema, máximo baluarte de la república y del federalismo, en busca de interpretaciones esclarecedoras y aleccionadoras del debido cumplimiento constitucional.

40. Ratti, Florencia, ob. cit., p. 615 (itálicas añadidas).

41. Ratti, Florencia, ob. cit., p. 615. Ver, también, Garay, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2013, p. 136.

42. CSJN, *Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo* (1888), Fallos: 33:162, “Cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en sus fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que las motivó, siendo, como es, una máxima de Derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas, pero de ninguna manera obligan el juicio del tribunal para los casos subsiguientes”.

BIBLIOGRAFÍA

- Ábalos, María Gabriela, “Evolución y estado actual de la problemática municipal argentina. Interpretación jurisprudencial y recepción en el constitucionalismo provincial”, en Walter F. Carnota (director), *Derecho Federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grün, 2005, pp. 237-267.
- , “La Corte Suprema, su jurisdicción constitucional frente a la autonomía municipal y otros temas trascendentes”, en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Debates de Actualidad*, Santa Fe, año XX, nro. 195, mayo – noviembre, 2005.
- , *Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial*, Mendoza, Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo (Ediunc), 2006.
- , *Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho Tributario nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2007.
- , “La autonomía municipal”, en Manili, Pablo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación: Máximos precedentes. Derecho Constitucional*, Tomo IV, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- , “Avances de la autonomía municipal en treinta años de democracia”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, 21 de noviembre de 2013, IJ-LXIX-879.
- , “La autonomía municipal”, en García Lema, Alberto y Hernández, Antonio M. (coords.), “A veinte años de la reforma constitucional de 1994”, *Jurisprudencia Argentina*, fascículo 8, 2014-III, Abeledo Perrot, 2014.
- , “Federalismo y autonomía municipal: la Corte Suprema reafirma su función arquitectónica en el desarrollo constitucional argentino”, en *El Derecho - Constitucional*, Tomo 2015, 20. Fecha: 19/02/2015. Cita Digital: ED-DCCLXXV-72.
- , “El municipio y su autonomía económico financiera en el Derecho Público provincial a veinte años de la reforma constitucional de 1994”, en Bastons, Jorge Luis (dir.), *Derecho Municipal*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, pp. 115-138.
- , “Contexto y límites de la reforma constitucional de Mendoza. Constitución histórica y diseño institucional”, en *La Ley Gran Cuyo*, marzo, 2016, 103. Cita: TR *La Ley* AR/DOC/441/2016.
- , “Cuentas pendientes de la autonomía municipal en Argentina”, en *La Ley*, LL 30/01/2017, 1. Cita Online: AR/DOC/4002/2016.
- , “Autonomía municipal y coparticipación impositiva en el diseño federal”, en *La Ley*, LL 26/09/2018, 7.
- , *25 años de la reforma constitucional de 1994*, II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019, pp. 97-146.

- , "Los municipios y su autonomía a veinticinco años de la reforma de 1994", en *Revista de Derecho Público*, febrero 2019.-----, "Autonomía municipal, margen de apreciación local y libertad de comercio. Interpretación jurisprudencial en el diseño federal", en *Revista del Instituto de Estudios Constitucionales*, Fundación para la Educación, la Ciencias y la Cultura, 5 de julio de 2021, <https://fecic.org.ar/opinion-2/> (consultado el 15/04/2022).
- , "Autonomía municipal y armonización tributaria: respuesta jurisprudencial que clama por una solución general", en *La Ley*, LL 18/11/2021, 5. Cita: TR *La Ley* AR/DOC/3242/2021.
- Almada, Lorena, "La Corte habilita a Municipios a cobrar tasas tomando ingresos fuera de su territorio", en *IMP - Práctica Profesional 2021-CX*, 65, *La Ley*. Cita: TR LL AR/DOC/2593/2121.
- Belisle, José Manuel, "Constitución y autonomía municipal en la jurisprudencia de la Corte. Breve comentario al fallo «Shi c/ Municipalidad de Arroyito»", en *Revista del Instituto de Estudios Constitucionales*, Fundación para la Educación, la Ciencias y la Cultura, 5 de julio de 2021, <https://fecic.org.ar/opinion-2/> (consultado el 15/04/2022). Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades", LL 1989-C-47.
- Bidart Campos, Germán J., "Semántica y onticidad: normas y realidad en torno de los municipios provinciales", *El Derecho*, 133-538 (1989).
- Bulit Goñi, Enrique G., "Fallo reciente sobre Tasa Municipal de Inspección de Seguridad e Higiene", en *IMP - Práctica Profesional 2021-CIX*, 69, *La Ley*. Cita: TR LL AR/DOC/2635/2121.
- Carnota, Walter F., "Dos intendentes y una Corte Suprema", en *Boletín La Ley*, 1º de marzo de 2005, p. 1.
- Castagno, Antonio, "Reformas a la Constitución Nacional: el régimen municipal en la Provincia de Buenos Aires", en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Comentarios a la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1995. Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Santa Fe*, Paraná 1994, 28º reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 10 y 11 de agosto de 1994, p. 3705.
- Fontán, Carmen, "Diseño institucional del país: la descentralización política", en *Revista del Instituto de Estudios Constitucionales*, Fundación para la Educación, la Ciencias y la Cultura, 5 de julio de 2021, <https://fecic.org.ar/opinion-2/> (consultado el 15/04/2022). Garay, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

- Gil Domínguez, Andrés, “Coparticipación, omisiones y control de constitucionalidad”, en *La Ley*, LL 27/11/2014, 27/11/2014, 6. Cita: TR *La Ley* AR/DOC/4292/2014. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1897.
- Hernández, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1997.-----, “La Corte Suprema, garante de la autonomía municipal”, en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Debates de Actualidad*, año XX, nro. 195.-----, “Otro fallo histórico de la Corte Suprema sobre la autonomía municipal en el aspecto tributario”, en *Rubinzal Culzoni*, D 661 2021. Herrendorf, Daniel E., “Los municipios en la vida administrativa y política”, en *El Derecho*, 133-536 (1989). Losa, Néstor O., “Reformas constitucionales y municipios”, en *La Ley*, LL 1995-A-727. Cita: TR *La Ley* AR/DOC/6519/2001. Losa, Néstor O., “Reforma Constitucional y municipio”, en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Comentarios a la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1995.
- , “Osadía jurídica valiosa”, en *Rubinzal Culzoni* RC D 1663/2020.
- , “Nuevamente la Corte y la autonomía municipal - Principio de suficiencia”, en *Rubinzal Culzoni*, RC D 758/2021.
- Louteiro, Enrique, “La autonomía municipal en el marco del federalismo argentino. Particular énfasis en la situación de la Provincia de Buenos Aires”, *El Derecho - Constitucional*, marzo 2022 - número 3, 22/03/2022. Cita Digital: ED-MMDCCXXXIII-68.
- Marchiaro, Enrique, “Qué ha dicho y qué no la CSJN en el caso «Festram»”, en *Rubinzal Culzoni*, RC D 138/2021.
- Pavioni, Natalí, “La autonomía municipal postergada en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires”, en *El Derecho - Constitucional*, Tomo 2018 M, 370, 21/05/2018. Cita Digital: ED-DCCLXXVII-288.
- Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 3ª edición, Buenos Aires, Zavallía, 2000. RAE Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/obiter%20dictum> (consultado el 25/05/2022).
- Ratti, Florencia, “El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, nro. 2, diciembre de 2020, pp. 612 - 615. DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0102.rat>.
- Reca, Ricardo Pablo, *Reflexiones sobre el régimen municipal bonaerense*, La Plata, Librería Editora Platense, 2013. Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, 5ª edición actualizada, Tomos I y II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020. Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La constitución de los argen-*

tinios. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 367.

Spisso, Rodolfo R., “Desnaturalización de la tasa, especie del género tributo, en trascendente decisión de la Corte Suprema de la Nación”, en *IMP - Práctica Profesional 2021-CIX*, 73, *La Ley*. Cita: TR LL AR/DOC/2619/2021.

Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría Constitucional*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000. Vidal Quera, Gastón, “La tasa municipal de Seguridad e Higiene y la capacidad contributiva en un relevante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *La Ley*, TR LL AR/DOC/2596/2121.

Jurisprudencia

CSJN

Ferrocarril del Sud c/ Municipalidad de La Plata s/ cobro de impuestos. Recurso extraordinario. Competencia (1991), 1º de junio de 1911, Fallos: 114:282.

Labella de Corso, Gilda y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (1942), Fallos: 194:111.

Estancia Moy Aike, Limited S.A. c/ Provincia de Santa Cruz (1970), Fallos: 277:365.

Casanova, Miguel Rodolfo c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción de amparo (1987), 24 de diciembre de 1987, Fallos: 310:2841.

Rivademar, Ángela Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario” (1989), 21 de marzo de 1989, Fallos: 312:326.

Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/ rec. extraord, El Derecho, 134-148 (1989).

Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe s/ ord., El Derecho, 144-293 (1991).

Universidad Nacional de Buenos Aires c/ Estado Nacional (PEN) s/ inconst. de decreto, El Derecho, 142-582 (1991).

Municipalidad de La Plata c/ s/inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 9.111 (2002), 28 de mayo de 2002. Fallos: 325:1249.

Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza (2005), 24 de febrero de 2005, Fallos: 328:175.

Intendente de la Municipalidad de La Rioja c/ Provincia de La Rioja (2014), 11 de noviembre de 2014, Fallos: I. 150. XLVIII.

- Intendente Municipal Capital c/ s/amparo* (2014), 11 de noviembre de 2014, Fallos: 337:1263.
- La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (2017), 1° de diciembre de 2017, Fallos: 340:1695.
- Municipalidad de la Ciudad de La Banda c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ conflicto entre poderes públicos* (2018), 23 de agosto de 2018, Fallos: 341:939.
- Municipalidad de la Ciudad de La Banda c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ conflicto entre poderes públicos* (2018), 23 de agosto de 2018, Fallos: 341:939.
- Caballero, Adolfo c/ Capello, Mario Osvaldo s/ daños y perjuicios* (2020), 16 de julio de 2020, Fallos: 343:580.
- Asoc. Pers. Munic. Las Colonias c/ Fed. Sind. Trab. Munic. Festrám y otros s/ acción de amparo* (2020), 29 de octubre de 2020, Fallos: 343:1389.
- Shi, Jinchui c/ Municipalidad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad* (2021), 20 de mayo de 2021, Fallos: 344:1151.
- Gasnor S.A. c/ Municipalidad de La Banda s/ acción meramente declarativa art. 322 CPCC* (2021), 7 de octubre de 2021, Fallos: 344:2728.
- Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa* (2021), 2 de septiembre de 2021, Fallos: 344:2123.
- Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa (art. 322 Código Procesal)* (2022), 10 de febrero de 2022, Fallos: 345:22.

Normas citadas

Constitución de la Nación Argentina (publicada según Ley N° 24.430, BO 10/01/1995).

NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL LENGUAJE INCLUSIVO

NOTES ON THE CONSTITUTION AND GENDER-INCLUSIVE LANGUAGE

GONZALO PEREDA¹

Recibido: 9 de febrero de 2022
Aprobado: 11 de febrero de 2022

RESUMEN

En el presente artículo se pasa revista de los puntos más relevantes del “Informe sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución española”, publicado por la Real Academia Española en 2020, y se analiza y ejemplifica la aplicación de sus recomendaciones al texto constitucional argentino. Se concluye que no es necesaria una modificación del texto constitucional, en tanto el lenguaje empleado por los constituyentes –basado en el uso del masculino genérico o universal– ya es inclusivo conforme a las reglas gramaticales del español y al uso mayoritario de la sociedad argentina.

1. Abogado (UCA) y Profesor Superior en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Asistente a cargo del Taller de Escritura y Uso de las Fuentes de Información (Facultad de Derecho - UCA). Correo electrónico: gonzalo_pereda@uca.edu.ar.

PALABRAS CLAVES

Derecho Constitucional; Constitución Nacional; Género; Lenguaje inclusivo; Técnica legislativa; Reforma Constitucional.

ABSTRACT

This article reviews the “Report on Gender Inclusive Language in the Spanish Constitution” published by the Royal Spanish Academy in 2020, and analyses whether its findings are applicable to the Argentinean Constitution. The article concludes that there are no legal or linguistic grounds for a constitutional amendment since the language employed by the constituents, i.e. the generic male form, is already inclusive of both male and female sexes.

KEYWORDS

Constitutional Law; National Constitution; Gender; Inclusive Language; Lawmaking; Constitutional Amendment.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Pereda, Gonzalo, “Notas sobre la Constitución Nacional y el lenguaje inclusivo”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 13, 2022, pp. 103-112.

1. INTRODUCCIÓN

En enero de 2020, la Real Academia Española publicó un documento titulado “Informe sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución española”², con el objetivo de dar respuesta a las consul-

2. Disponible en el sitio web de la Real Academia Española, “Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas”, rescatado de:

tas realizadas por el gobierno español sobre el buen uso del lenguaje inclusivo en la constitución³. A pesar del avance de las propuestas de uso del llamado lenguaje inclusivo en los ámbitos de la Administración Pública y la justicia, este documento pasó inadvertido en el ámbito jurídico argentino. Por ello, y ante el eventual caso de que se proponga una modificación del texto constitucional para tornarlo “más inclusivo”, a continuación, se pasa revista de los puntos más relevantes del informe de la RAE, y se analiza y ejemplifica la aplicación de sus recomendaciones al texto constitucional argentino. Coincido con la RAE en que no es necesaria una modificación del texto constitucional, en tanto el lenguaje empleado por los constituyentes –basado en el uso del masculino genérico o universal– ya es inclusivo, conforme al uso mayoritario de la sociedad argentina y a las siguientes reglas gramaticales.

Antes de continuar, una explicación preliminar: la RAE tiene por “misión principal velar por que los cambios que experimente la lengua española en su constante adaptación a las necesidades de sus hablantes no quiebren la esencial unidad que mantiene en todo el ámbito hispánico” y “establecer y difundir sus criterios de propiedad y corrección”⁴. En su carácter de “guardiana de la lengua”, la RAE recomienda y desestima distintas opciones en el uso de la lengua. En el cumplimiento de esta misión no actúa motivada por intereses políticos, económicos o ideológicos, ni impulsa, dirige o frena cambios lingüísticos de cualquier naturaleza. Por el contrario, sus recomenda-

https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf (consultado el 24/12/2021). El Informe es citado a lo largo de todo este artículo.

3. Hace varios años que la RAE lleva a cabo una intensa labor de difusión de los argumentos y reglas que hacen del español un lenguaje inclusivo, en oposición a propuestas de reforma impulsadas por el colectivo feminista, entre otros. Un resumen didáctico del tema puede encontrarse en la voz “género” del Diccionario panhispánico de dudas (2005) de la Real Academia Española, <https://www.rae.es/recursos/diccionarios/dpd> (consultado el 24/12/2021). También, ver la breve guía elaborada por la Fundación del Español Urgente (Fundéu), “Lenguaje inclusivo: una breve guía sobre todo lo que está pasando”, <https://www.fundeu.es/lenguaje-inclusivo/> (consultado el 24/12/2021).

4. Estatuto de la Real Academia Española, Madrid, 2021, art. 1 | .

ciones son redactadas tomando como referencia el uso mayoritario de la comunidad hispanohablante en todo el mundo.

Señalado este punto, vale una segunda y última aclaración: lo que hoy se conoce como lenguaje inclusivo o no discriminatorio puede entenderse de dos maneras. Por un lado, en las últimas décadas ha surgido una corriente interpretativa que propone que el lenguaje es inclusivo o no discriminatorio únicamente cuando las mujeres son expresamente mencionadas en el discurso oral y escrito con palabras en género femenino, como en el caso de las expresiones “los argentinos y las argentinas”, y “los españoles y las españolas”. Para el colectivo feminista que impulsa esta modificación del lenguaje, el uso del género masculino como universal, es decir, para referirse tanto a hombres como mujeres, es una manifestación de una sociedad androcéntrica que discrimina a las mujeres. En este marco, la cuestión lingüística forma parte de una lucha de carácter político más amplia: a través de la modificación del lenguaje se busca deconstruir a una sociedad supuestamente estructurada en torno a valores masculinos hegemónicos⁵. Para acabar con la “invisibilización” de las mujeres, se propone el desdoblamiento de todos los términos que admitan las variantes masculinas y femeninas, así como el empleo de sustantivos colectivos (como “la población española” o “el pueblo argentino”) y el uso de nominales que abarquen a los dos sexos, como “toda persona española” o “toda persona argentina”. Asimismo, también se propone como estrategia inclusiva (sobre todo en el plano jurídico) reemplazar aquellas palabras que personifican un cargo o institución, como el juez o la presidenta, por términos neutros, como la pre-

5. Ver, en este sentido, Sarlo, Beatriz & Kalinowski, Santiago, *La lengua en disputa: Un debate sobre el lenguaje inclusivo*, Buenos Aires, Godot, 2019, en el que Kalinowski señala que “el inclusivo es uno de los rasgos, el que más llama la atención, de la configuración discursiva de la lucha política por la igualdad en la sociedad. (...) La lucha por el inclusivo no es una lucha lingüística sino política. Su objetivo no es volverse gramática, sino más bien convertirse en materia. Lo que busca es crear en el auditorio la conciencia de una injusticia, de la persistencia de una injusticia. Y lo logra. Se impulsa una nueva configuración discursiva, no un cambio lingüístico” (cap. 2).

sidencia o la judicatura. De esta manera, se evita cualquier tipo de referencia de carácter binaria⁶.

La segunda interpretación –que es la adoptada por las constituciones española y argentina, así como por la mayoría de la población hispanohablante– sostiene que el uso del masculino genérico o universal es una herramienta legítima para designar de manera conjunta a hombres y mujeres, tanto por su uso extendido y generalizado en la población hispanohablante como por su eficacia y economía. En este marco interpretativo, la expresión “los habitantes de la nación” no invisibiliza a las habitantes ni es irrespetuosa con ellas⁷. La RAE siempre ha sostenido que esta interpretación es compartida espontáneamente por la mayoría de los hablantes.

2. EL USO DEL MASCULINO GENÉRICO O INCLUSIVO EN LA CONSTITUCIÓN

¿Qué recomendaciones de la RAE sobre el masculino genérico se pueden aplicar en materia constitucional? Como primer punto, dado que el masculino comprende de por sí ambas realidades, masculina y femenina, el desdoblamiento de las palabras carece de sentido y atenta contra la economía lingüista del texto. Queda comprendido en esta regla el uso de los indefinidos como “todos”. Cuando el texto de la Constitución española sostiene que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” (art. 45.1) comprende tanto a hombres como mujeres. De la misma manera, “todos” aparece múltiples veces en el texto constitucional argentino con el mismo valor inclusivo: “(...) para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino” (Preámbulo);

6. Sobre las estrategias del colectivo feminista para lograr una lengua más inclusiva consultar Pereda, Gonzalo, “Apuntes sobre el lenguaje inclusivo”, *Diario El Derecho* n° 285, 13 de diciembre de 2019, pp. 4-5.

7. Esta postura es válida siempre y cuando el contexto deje en claro que se abarca a ambos géneros. Distinto es el caso en algunas pocas expresiones en donde el masculino plural no tiene carácter inclusivo, como “los enfermeros”, “los brujos” y “los monjes”. En estos casos, si se desea hacer referencia a las enfermeras, brujas y monjas es necesario emplear ambas fórmulas.

“todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos” (art. 14) y “todos sus habitantes son iguales ante la ley” (art. 16). En el polo opuesto, el pronombre “nadie”, de acuerdo con su uso generalizado, concuerda con adjetivos y participios en masculino, como en “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo” (art. 18), sin dejar de referenciar a las mujeres.

¿Qué sucede con los grupos nominales como “los españoles” o “los argentinos”? Para la RAE, no cabe duda de que esta expresión abarca por igual a hombres y mujeres, como en “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo” (art. 35.1). La Constitución argentina emplea una sola vez el término “argentinos” cuando prescribe que “el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional (...) facultades extraordinarias, ni la suma del poder público (...) por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna” (art. 29). Incluso si se atiende al momento histórico en que esta cláusula fue redactada, no existen dudas de que el constituyente buscó proteger a todos los argentinos por igual, fueran hombres o mujeres. La misma regla se aplica a “los ciudadanos” y, por tanto, no discrimina la Constitución cuando sostiene que “todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia” (art. 36) y que “los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados” (art. 39).

Esta regla tiene por virtud salvar las potenciales dificultades que podrían presentar otros sustantivos mencionados en el texto constitucional, como “diputados” y “senadores”. Indudablemente, la disposición que establece que el Congreso estará “compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores” (art. 44), resulta inclusiva de las dos realidades, masculina y femenina. Con el mismo valor se emplean otros sustantivos que pueden dar lugar a potenciales iniciativas de desdoblamiento, como niños y ancianos [art. 75, inc. 23: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato (...) respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”]; trabajadores [art. 75, inc. 19: “proveer lo conducente (...) a la formación profesional de los trabajadores”]; extranjeros [art. 20: “(...) los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano”]; ministros y embajadores [art. 99, inc. 7º:

“(…) nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado”]; consumidores y usuarios [art. 42: “(…) los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud”], entre otros casos.

No obstante la claridad de esta regla, podría argumentarse que en ciertos casos el carácter inclusivo de un término solo puede ser determinado por su contexto. Por ejemplo, “ningún senador” o “ningún diputado” equivalen a “cualquier senador” y “cualquier diputado” cuando forman parte de una generalización, como en “ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado” (art. 69). Pero este grupo nominal deja de ser inclusivo en el caso de “un senador y un diputado fueron detenidos ayer al intentar robar en un supermercado”, donde se designa indudablemente a dos varones. Sin embargo, esta dificultad queda salvada por el simple hecho de que la Constitución no hace referencia a personas en particular, de modo tal que sustantivos en masculino como “autor”, “ministro” o “juez” son indudablemente comprensivos de ambos sexos: “(…) todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra” (art. 17); “(…) cada ministro es responsable de los actos que legaliza” (art. 102); “(…) la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado” (art. 43).

La única excepción válida podría suscitarse en el plano de las obligaciones militares que imponen los textos constitucionales. Mientras que la Constitución española manda a la ley fijar “las obligaciones militares de los españoles” (art. 30.2), la Constitución argentina dispone que “todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria” (art. 21). Estos son los únicos artículos que ameritan una aclaración sobre su valor inclusivo. Cuando ambas constituciones fueron redactadas (1978 y 1853, respectivamente), los ejércitos de ambos países se componían de fuerzas exclusivamente masculinas. Si bien en aquellos momentos no se les asignó un valor inclusivo a estas cláusulas, hoy tanto hombres como mujeres pueden formar parte de la milicia. En el caso argentino, la ley sobre servicio militar voluntario –vigente desde 1994– aclara en su primer artículo que pueden formar parte de las Fuerzas Armadas tanto “los argentinos varones y mujeres”.

Por último, cabe preguntarse por las referencias a los cargos, órganos, puestos o dignidades del Estado que puede ejercer una sola persona en un determinado período, como el Presidente de la Nación, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, etc. En estos casos, el valor inclusivo se determina también por el contexto sintáctico. Por ejemplo, “jefe de gobierno” no tiene carácter inclusivo en “ayer me entrevisté con el jefe de gobierno”, en tanto se refiere al varón que ocupa el cargo; mientras que abarca a hombres y mujeres la frase “su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad” (art. 129), ya que cualquiera de ellos puede ocupar el puesto. En el primer caso, la expresión “jefe de gobierno” refiere a la persona que ocupa el cargo (función referencial), mientras que en el segundo denomina el cargo, puesto o dignidad (función predicativa). En todos los casos, la Constitución emplea estos términos con carácter predicativo: “el Presidente de la Nación” no significa “el varón que ocupa la presidencia de la Nación”, sino “la persona que ocupa la presidencia de la Nación”. Sin perjuicio del uso del masculino genérico, los nombres comunes que designan títulos, cargos, puestos o dignidades se pueden aplicar a las mujeres usados tanto en masculino (como en “Cristina Kirchner es la presidente del Senado”) como en femenino (“Carla Vizzotti es la ministra de Salud”)⁸. Al igual que en España, en la Argentina todos los cargos públicos (desde Presidente para abajo) han sido –o son– ocupados por mujeres. El hecho de que ningún jurista haya impugnado estos nombramientos ni señalado irregularidades en base al sexo biológico de quien los ocupa confirma la naturalidad del masculino inclusivo en la Constitución, de acuerdo con la conciencia lingüística de los hispanohablantes. Por tanto, las razones por las que puede considerarse la posibilidad de aludir expresamente en femenino a los cargos únicos y dignidades unipersonales en el texto constitucional (la Presidenta de la Nación, la Defensora del Pueblo, etc.) no son ni jurídicas ni lingüísticas.

8. “El femenino de cargos, puestos y profesiones”, <https://www.fundeu.es/lenguaje-inclusivo/femeninoprofesiones.html> (consultado el 26/12/2021).

3. REFLEXIONES FINALES

La RAE reconoce que es difícil conciliar los argumentos jurídicos, lingüísticos y políticos que actualmente se esgrimen en torno a la interpretación y al uso del lenguaje inclusivo. En última instancia, cualquier reforma del texto constitucional responderá a una decisión de carácter político y no lingüístico. Por dicho motivo, la RAE recomienda mantener todos los usos en masculino que presenta la Constitución española, dado que las denominaciones en masculino están justificadas lingüísticamente. En caso de modificar el texto, recomienda desdoblarse todas las menciones (los Ministros y las Ministras, un Procurador General o una Procuradora General, etc.), sea ocasionalmente o siempre, o bien alternarlas con fórmulas que eviten tanto el desdoblamiento como el masculino: “quien ocupe la presidencia”, “la persona que ejerza el cargo de Presidente”, etc. Una opción similar es la de referirse al órgano político en lugar de a la persona que lo ocupa: la Defensoría, la Procuración, la Presidencia, etc.

Ante el avance de las propuestas de uso del lenguaje inclusivo, conviene recordar la corrección lingüística de la Constitución Nacional. Los cambios en el lenguaje deben producirse por la natural y progresiva evolución del habla y de la mano del libre consentimiento de los hablantes; no pueden ser impuestos por ninguna institución, ni por el Estado o cualquier otro colectivo o grupo de interés. En conclusión, no es posible encontrar argumentos de carácter lingüístico para pensar en la posibilidad de reformar el texto constitucional que, en su redacción actual, ya asegura los derechos de todos los argentinos por igual.

BIBLIOGRAFÍA

- Fundación del Español Urgente (Fundéu), “El femenino de cargos, puestos y profesiones”, <https://www.fundeu.es/lenguaje-inclusivo/femenino-profesiones.html>
- Fundación del Español Urgente (Fundéu), “Lenguaje inclusivo: una breve guía sobre todo lo que está pasando”, <https://www.fundeu.es/lenguaje-inclusivo/>

Real Academia Española, *Estatuto*, Madrid, 2021.

Real Academia Española, "Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas", https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

Real Academia Española, "Diccionario panhispánico de dudas", 2005.

Pereda, Gonzalo, "Apuntes sobre el lenguaje inclusivo", *Diario El Derecho* n° 285, 13 de diciembre de 2019, pp. 4-5.

Sarlo, Beatriz & Kalinowski, Santiago, *La lengua en disputa: Un debate sobre el lenguaje inclusivo*, Buenos Aires, Godot, 2019.

Normas citadas

Constitución de la Nación Argentina (publicada según Ley N° 24.430, BO 10/01/1995).

PARTE III

**ENSAYOS, CRÓNICAS
Y RECENSIONES**

RECENSIÓN

GUERRA MORENO, Débora (coord.), *Constitución y justicia digital*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, Cúcuta, Universidad Libre, 2021, ISBN: 978-958-791-461-0, 204 pp.

LUCAS O. ABAL¹

En el mes de abril del año 1981, se celebró en Florencia, Italia, lo que se llamó la First International Conference on Logic, Informatics, Law. En este congreso, expositores de todo el mundo se preguntaron si era posible que las computadoras pudieran razonar jurídicamente. El único acuerdo al que llegaron los asistentes fue que el problema solo podría resolverse luego de experimentar con las computadoras y observar su comportamiento².

Desde entonces, hasta el año 2020, la informática aplicada al Derecho avanzó de manera constante, aunque lentamente. Sin embargo,

1. Abogado (UCA, 2012). Diplomado en Arbitraje Comercial y de Inversiones (Universidad Austral, 2020). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). A partir de la pandemia de coronavirus, comenzó a escribir textos, para revistas especializadas, en los que procuró aportar ideas sobre la vinculación del Derecho y la tecnología. Correo electrónico: lucasabal@gmail.com.

2. Una reseña del congreso puede encontrarse en *European Journal of Operational Research*, 1986, nro. 23, p. 130. Varias de las exposiciones fueron luego recogidas en Ciampi, C. (ed.), *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1982, 476 pp.

la reciente pandemia aceleró muchos de los cambios en la digitalización de los procesos judiciales. Las *computadoras* todavía no razonan jurídicamente de manera autónoma, como soñaban los expositores del congreso; pero sí se desarrollaron otros muchos avances.

La vertiginosidad de los últimos cambios, acontecidos durante la pandemia, no nos dio demasiado tiempo para reflexionar sobre ellos; justamente lo contrario de lo que había sucedido con muchas de las novedades anteriores que demoraron años. Por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires y en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció el sistema de notificaciones electrónicas en diciembre de 2011 (Acordada 31/2011); pero recién resultó obligatorio su uso en mayo de 2015³. En contraste, en abril de 2020, la Corte implementó la presentación de escritos con firma electrónica (Acordada 12/2020) y, a las pocas semanas, todos los usuarios del sistema estábamos presentando escritos con ese método.

Si bien comenzamos a utilizar las nuevas herramientas sin cuestionarlas demasiado, muchas personas sí se detuvieron a analizarlas e incluso a adelantarse a los futuros cambios en el trámite de los expedientes judiciales. A modo de ejemplo, puedo citar los siguientes trabajos en español: “Acceso a justicia en el contexto del COVID-19: desafíos y estrategias en el uso de tecnologías para los servicios de acceso a justicia”, de Karina Carpintero⁴; “América Latina y la modernización judicial en tiempos de pandemia”, de Luis María Palma⁵; “Justicia civil post-coronavirus, de la crisis a algunas de las reformas que se avizoran”, de Silvia Barona Vilar⁶; “Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de liti-

3. La Corte fue posponiendo sucesivamente, entre los años 2011 y 2015, la obligatoriedad del sistema de notificaciones electrónicas mediante el dictado de acordadas. La Acordada 29/2012 establecía la obligatoriedad a partir de enero de 2013; la Acordada 35/2013, desde octubre de 2013; la Acordada 36/2013, desde noviembre de 2013; la Acordada 38/2013, desde abril de 2014; la Acordada 7/2014, desde mayo de 2014; y finalmente la Acordada 3/2015, desde mayo de 2015. Recién a partir de esta última acordada, el sistema de notificación electrónica consolidó su obligatoriedad.

4. En diario *La Ley* del 20/7/2020, p. 3, TR *La Ley* AR/DOC/1897/2020.

5. En *Iustech Revista de Derecho y Tecnología*, Lima, nro. 1, 2020.

6. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Valencia, nro. 12 bis, 2020, pp. 776-787.

gios y la inteligencia artificial”, de Fernando Martín Diz⁷; “Justicia y COVID-19: de la digitalización impuesta a la transformación necesaria”, de Mario Adaro⁸; “La garantía de acceso a la justicia en un caso con elementos extranjeros en tiempos de COVID”, de Nieve Rubaja y Carolina Iud⁹; y “La Justicia Digital en Argentina en tiempos de pandemia. Su nueva visión hacia un Estado Digital de Derechos”, de Patricio Maraniello¹⁰.

En inglés, algunos de estos trabajos fueron: “Courts in the Digital Age: «Adaptive Leadership» for Harnessing Technology and Enhancing Access to Justice”, de Karen Eltis¹¹; “Digital Civil Procedure”, de David Freeman Engstrom¹²; “Digital Justice in 2058: Trusting Our Survival to AI, Quantum and the Rule of Law”, de Jeffrey Ritter¹³; “Diversity by Design: Improving Access to Justice in Online Courts with Adaptive Court Interfaces”, de Ayelet Sela¹⁴; *Pathways to Digital Justice*, del World Economic Forum¹⁵; “Post-Pandemic Recommendations: COVID-19 Continuity of Court Operations During a Public Health Emergency Workgroup”, de Samuel Thumma y Marcus Reinkensmeyer¹⁶; y “Towards a digital legal consciousness”, de Naomi Creutzfeldt¹⁷.

7. En *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, Cádiz, nro. 2, 2020, pp. 41-74. Rescatado de <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.03> (consultado el 27/04/2022).

8. En diario *La Ley, Suplemento Gestión Judicial*, 2020 (mayo), p. 4, TR *La Ley AR/DOC/1897/2020*.

9. En diario *La Ley*, del 03/12/2020, p. 6, TR *La Ley AR/DOC/3808/2020*.

10. En *elDial.com*, DC2B11.

11. En Hunt, Christopher y Diab, Robert (eds.), *The Last Frontier: Digital Privacy and the Charter*, Toronto, Thomson Reuters, 2022.

12. En *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, Vol. 169, nro. 7, 2021.

13. En *Journal of International and Comparative Law*, Hong Kong, nro. 8, 2021.

14. En *Journal of Law & Ethics of Human Rights*, Jerusalem, nro. 15 (1), 2021, pp. 125-152.

15. Obra colectiva publicada en septiembre de 2021. Rescatado de: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Pathways_to_Digital_Justice_2021.pdf (consultado el 27/4/2022).

16. En *Southern Methodist University Law Review*, Dallas, Vol. 75, 2022, pp. 1-119.

17. En *European Journal of Law and Technology*, Vol. 12, nro. 3, 2021. Rescatado de: <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/816/1041> (consultado el 27/4/2022).

Este virtuoso ejercicio de reflexionar sobre los cambios presentes y futuros en el trámite de las causas judiciales también fue el que practicó el libro que reseñaré aquí.

Constitución y justicia digital es una obra colectiva que recoge trabajos de prestigiosos juristas de Argentina, Colombia y España; la perspectiva internacional de la obra es evidente. Las reflexiones que se leen trascienden los sistemas a los que pertenecen los autores; y resultan útiles para cualquier lector interesado en los cambios que experimentan los procesos judiciales.

Tal como lo sostiene la presentadora del libro, Débora Guerra Moreno, los trabajos señalan “aspectos para asegurar la justicia, el proceso y su digitalización”. Esta frase sintetiza con acierto el hilo conductor que une los artículos con temas, en principio, tan diversos como la inteligencia artificial, las audiencias electrónicas y el Consejo Asesor de Contenido de Facebook.

El concepto más recurrente que comparten los trabajos de la obra es el de *debido proceso*. En este sentido, la mayor parte de los autores señala varias preocupaciones en torno a la protección de este derecho, que podría ser vulnerada por algunas de las nuevas prácticas. Así, Cucarella Galiana sostiene que “cuando se disponga la presencia física del investigado o acusado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada”¹⁸. Y Colmenares Uribe señala la importancia de la cobertura de Internet; de lo contrario, personas que vivan en sitios con un pobre ancho de banda no podrían conectarse a audiencias o incluso ver el expediente digital, lo que tornaría imposible un correcto ejercicio de su defensa¹⁹.

Si menciono el tema del debido proceso y las nuevas tecnologías, no puedo dejar de citar el célebre trabajo: “Technological Due Process”²⁰, de Danielle Keats Citron. Ya en 2008, esta autora advirtió que todos los avances y las transformaciones digitales debían aplicar-

18. Guerra Moreno, Débora (coord.), *Constitución y justicia digital*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, Cúcuta, Universidad Libre, 2021, p. 143.

19. *Ibíd.*, p. 33.

20. En *Washington University Law Review*, Saint Louis, Vol. 85, nro. 6, 2008, pp. 1249-1313. Rescatado de: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss6/2 (consultado el 27/04/2022).

se con un estricto seguimiento de los derechos *tradicionales*. E incluso más: los órganos del Estado debían procurarse nuevas normas de protección de los Derechos Humanos en los ecosistemas digitales. En 2021, trece años después del artículo de Citron, la Comisión Europea propuso un marco legal para la inteligencia artificial con el propósito, según explica, de que las personas confíen en que la tecnología es utilizada de modo seguro y con respecto a sus Derechos Humanos²¹.

Regreso a *Constitución y justicia digital*, y luego de dar un marco sobre el contexto en el que surgió esta valiosa obra, me gustaría dedicar algunas líneas a cada uno de los textos que este libro recoge.

El puntapié inicial a la obra colectiva es de Carlos Alberto Colmenares Uribe, con “El proceso civil en la justicia digital”. Este trabajo brinda un completo panorama sobre las nuevas regulaciones que rigen en Colombia relacionadas con la *justicia digital*. También incluye muchos datos sobre estadísticas de la situación digital en Colombia; en particular, para señalar la necesidad de que la red de Internet se expanda a todo el país con el propósito de que efectivamente el proceso digital pueda procurar una tutela judicial efectiva.

Luego continúa Néstor Pedro Sagüés, con un artículo que matiza con habilidad la satisfacción por el avance de la tecnología con la preocupación por que ella pueda obstaculizar la protección de los derechos fundamentales: “Justicia digital y derechos fundamentales”. El tenor del trabajo puede adelantarse con esta aseveración concluyente: “(...) nunca la digitalización debe ser excusa para perturbar el curso de tales instrumentos procesal-constitucionales [acción de amparo y hábeas corpus]”²². El jurista argentino destaca el tema –a veces olvidado– de la capacitación y, en relación con ella, cuándo las normas que regulan la justicia digital pueden ser declaradas inconstitucionales: “(...) si el grado exigido de suficiencia en la capacitación digital respecto de los instrumentos judiciales es desproporcionado, absurdo, arbitrario, contrario al recto sentido común, o si incurre en

21. El informe de la Comisión Europea está disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence> (consultado el 27/04/2022).

22. Guerra Moreno, ob. cit., p. 55.

excentricidades y desmesuras, estos defectos pueden lesionar un ejercicio normal y sensato del derecho de defensa, y, por ende, pecar de inconstitucional”²³.

La obra sigue con una completa aproximación a un novedoso organismo de Facebook: “La intrépida propuesta del *Oversight Board* de Facebook: análisis de las primeras decisiones de un ODR controversial”, de Omar Alfonso Cárdenas Caycedo. Desde el año 2018, esta red social cuenta con una suerte de tribunal que dirime algunos casos espinosos que decide juzgar²⁴. Facebook llamó a este tribunal, en inglés, *Oversight Board* y, en español, Consejo Asesor de Contenido²⁵. El interesante trabajo de Cárdenas Caycedo se ocupa de explicarnos qué es el Consejo Asesor de Contenido y cuáles son sus funciones y características. El mismo trabajo también individualiza todas las resoluciones de ese tribunal hasta el mes de junio de 2021 y las comenta brevemente.

En muchos países del mundo, los procesos judiciales tramitan ya de manera digital. Sin embargo, buena parte de los ordenamientos que los rigen están pensados para un trámite presencial y en papel. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell no escapa de esta realidad en “Juicios virtuales y garantías procesales”. El autor nos invita en su texto a reflexionar sobre varios principios procesales, en el marco de este nuevo trámite de los juicios. Y más valioso aún, el autor no se detiene en una mera reflexión, sino que además ensaya inteligentes soluciones para adaptar las nuevas herramientas a los principios procesales tradicionales.

Liliana Pabón Giraldo pondera con acierto la etapa probatoria en el siguiente capítulo de la obra: “La prueba en la era de la justicia digital: hacia el respeto de las garantías constitucionales”. El *expediente electrónico* y el *litigio en línea* –para usar dos expresiones que utiliza la autora– necesariamente importan un cambio en los modos tradicio-

23. *Ibidem*, p. 50.

24. *Ibidem*, p. 66.

25. Ver en Servicio de Ayuda de Facebook: <https://www.facebook.com/help/711867306096893> (siempre que se seleccione el idioma español) (consultado el 27/04/2022).

nales de producir la prueba. En este trabajo, la autora nos recuerda los elementos estructurales de la prueba y, luego de citas a normas colombianas y sentencias de la Corte Constitucional colombiana, finaliza su trabajo con seis ítems a los que refiere como “la nueva silueta que viene teniendo la prueba en la era de la justicia digital”²⁶. Este listado puede resultar muy útil tanto para abogados como para funcionarios judiciales.

La obra continúa con “Justicia digital, equilibrio de poderes y mecanismos alternativos de resolución de controversias”, de Luis Andrés Cucarella Galiana. El trabajo comienza con una dura crítica al Poder Judicial y al resto de los organismos del Estado por su –a criterio del autor– insuficiente respuesta para afrontar los procesos judiciales en el contexto de la pandemia. Pero lejos de descansar en la mera crítica, Cucarella Galiana continúa con una solución probable: la mediación electrónica. A lo largo del texto, el autor analiza este mecanismo de solución de controversias y recomienda ampliar su aplicación para “potenciar la digitalización de la Justicia”²⁷.

El siguiente aporte del libro procura responder la (tan vigente) pregunta: ¿podemos aplicar la inteligencia artificial al trámite de los expedientes? En “Un cambio generacional en el proceso judicial: la inteligencia artificial”, Jordi Nieva Fenoll nos responde que definitivamente sí. De hecho, el autor nos brinda numerosas situaciones en las cuales podríamos utilizar la inteligencia artificial. Al mismo tiempo, analiza críticamente la herramienta y nos expone su riesgo: “(...) que se utilice de manera indiscriminada cayendo en la falacia *ad modernitatem*, que llama la atención del juez incauto con pocas ganas de trabajar. La IA [inteligencia artificial] simplifica nuestras vidas y puede ayudar además a que tomemos las decisiones de una forma incluso más ética y objetiva de lo que lo haría un ser humano, como veremos después. Pero utilizada indebidamente se convierte en un simple instrumento lombrosiano (Lombroso, 1876) de evaluación de los delitos”²⁸.

26. Guerra Moreno, ob. cit., p. 129.

27. *Ibidem*, p. 148.

28. *Ibidem*, p. 161.

La obra concluye con: “El debido proceso de cara a las cajas negras”, de Diana María Ramírez Carvajal. El último trabajo estudia un elemento fundamental de la inteligencia artificial: el algoritmo. La autora hace una clasificación de los algoritmos según si el contenido de su función es conocido (caja blanca) o poco o nada conocido (caja negra). Con ello, advierte sobre los riesgos de utilizar cajas negras que muchas veces cuentan con sesgos y otros elementos que propician el racismo y otras formas de discriminación. Todo este análisis concluye en su último capítulo sobre la importancia de proteger el debido proceso frente a los algoritmos.

Tal como se desprende del repaso de los artículos que incluye *Constitución y justicia digital*, sin duda, es una obra que nos ayudará a comprender mejor los cambios que ya se produjeron en materia de digitalización del proceso; pero también es una obra con una evidente perspectiva futura. Esto no solo nos prepara mejor para los avances que se puedan ir implementando, con una especial atención a la custodia del debido proceso, sino que también nos invita a pensar sobre nuevos cambios que podrían surgir. A esta altura de la técnica no nos debe sorprender un futuro, tal vez no tan lejano, con procesos judiciales totalmente autónomos. ¿Qué rol jugaremos los abogados en este futuro? Cualquiera sea el caso, debemos estar preparados para enfrentarlo. De esta manera, *Constitución y justicia digital* resulta una lectura imprescindible para los abogados litigantes, los funcionarios judiciales y los profesores de Derecho; las nuevas formas de litigar no nos pueden pasar inadvertidas.

RECENSIÓN

DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho Electoral. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2021, 472 pp.

SANTOS URQUIZA RUEDA¹

Tengo el agrado de compartir esta breve reseña de la obra *Derecho Electoral. Teoría y práctica*, del profesor Dr. Alberto Dalla Vía, que, según se expone en su prólogo, fue escrita durante el confinamiento al que nos han llevado los tiempos de pandemia transitados. Dentro de lo sombrío que se ha vivido en esta época de COVID-19, tenemos una nueva luz en el campo del Derecho Electoral, que es, al decir del autor, un “manual teórico-práctico”, de gran valor no solo para aquellos que estudiamos esta temática jurídica sino para el beneficio de toda la comunidad. Allí se explican con claridad cuestiones que cruzan la vida de todos, pues uno de los fundamentos de la democracia se cristaliza en el derecho a elegir a nuestros representantes y a ser elegidos como tales: se trata de la legítima canalización de la voluntad popular, llevada a cabo de la manera más justa posible, y eso se da a través de las instituciones e instrumentos que componen el sistema electoral de un país.

Cabe destacar, en este sentido, la valía del autor, quien desde hace décadas es una figura imprescindible en el destino de la materia

1. Abogado egresado de la Universidad Católica Argentina, exfuncionario de la Dirección Nacional Electoral 2018-2019. Correo electrónico: santos.urquiza@gmail.com.

electoral local. Sus aportes se aprecian desde su profusa producción literaria a través de diversos libros, artículos, exposiciones y comentarios, como en su notable incidencia como juez de la Cámara Nacional Electoral desde hace casi veinte años. Además de sus altas credenciales como Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, posee dos doctorados, uno en Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA) y otro en Ciencia Política (Facultad de Ciencias Sociales, UBA), y se suma el largo recorrido docente que su currículum denota. Precisamente, esa vasta experiencia se vislumbra en esta obra.

En el libro maneja un lenguaje claro, sucinto, fundamental en la aproximación a la materia, que se aleja de lo críptico destinado a especialistas, y acerca al público general a la importancia de lo tratado, sin obviar la profundidad técnica necesaria. Muchas cuestiones abordadas, ciertamente, afectan no solo a particulares sino al conjunto entero de la sociedad. Doblemente loable es esta tarea que desarrolla en un campo del Derecho que todavía tiene espacio para crecer; allana el camino y se convierte en una guía ineludible para quienes tengan la vocación o necesidad de instruirse en la cuestión electoral.

El "Manual", por usar la humilde expresión empleada por el mismo autor, está compuesto de una estructura clara y equilibrada. Luego del Prólogo, se siguen seis capítulos. El primero, destinado a una introducción al Derecho Electoral (capítulo I); el segundo trae una descripción acabada de la estructura del ordenamiento institucional electoral en "La organización electoral" (capítulo II); más adelante, describe el corazón de los sistemas democráticos con su exposición en "El sufragio y la representación política" (capítulo III); continúa con la arquitectura utilizada por la sociedad para manifestar organizada esa voluntad popular en "Los sistemas electorales y los partidos políticos" (capítulo IV); examina y se detiene en los avatares procesales electorales en "El proceso electoral" (capítulo V); para finalizar con un acápite necesario producto de los momentos que vivimos en "Las elecciones en tiempos de pandemia" (capítulo VI).

El Prólogo, escrito por Dalla Vía, funciona como puerta de entrada y bienvenida al recorrido de las páginas de este encomiable texto; pero además sirve al autor para delimitar claramente la raíz constitu-

cional del Derecho Electoral, como también para exponer el diálogo y la relación que este tiene con la ciencia política. Este segundo aspecto resulta imprescindible ya que, en el afán por profundizar en la especialidad de una materia, muchas veces sucede que un autor se desprende de su practicidad, alejando el planteo teórico de lo efectivamente realizable en los asuntos cotidianos. El Derecho Electoral no puede obviar el contexto en que se desarrolla, queda inmediatamente al descubierto cuando así resulta y sus consecuencias pueden ser muy perjudiciales, como bien lo entiende Dalla Vía.

En el primer capítulo, el autor traza, en once apartados, un arco sólido en el cual anuncia los fundamentos internacionales, nacionales y locales asentados en diversas normas y jurisprudencia. Trae a luz la génesis que éstos tienen en los principios electorales, que define, siguiendo a Robert Alexy, como “mandatos de optimización”², para diferenciarlos de las normas jurídicas y los valores; unas, como mandatos claros dirigidos a un sujeto; los otros, metas a perseguir. Así, explica cuán necesario resulta para la materia la ponderación acertada de los textos constitucionales en ocasión de tratar derechos fundamentales como, por ejemplo, el “derecho a la democracia” o el derecho a un sufragio universal, secreto y obligatorio. En el primer apartado, asimismo, rescata la doctrina esbozada en la sentencia *Yick Wo v. Hopkins* (1886)³, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, quizá el aspecto más esencial del Derecho Electoral: “(...) el derecho de voto es el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos”⁴. En el último apartado, nos ilustra con el concepto de integridad electoral, mencionando lo propuesto por Pippa Norris, como un “concepto normativo universal, orientado hacia la evaluación de las elecciones en todo el mundo”⁵, para contarnos en pocas palabras cómo se está debatiendo actualmente acerca de la transpa-

2. Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Derecho Electoral. Teoría y práctica*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2021, p. 57.

3. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

4. Cfr. *Derecho Electoral...*, ob. cit., p. 15.

5. Cfr. *Derecho Electoral...*, ob. cit., p. 66.

rencia en las elecciones de distintos países del mundo y lo que ello significa.

Seguidamente, en “La organización electoral”, luego de un brevísimo repaso de conceptos de Rousseau, Platón, Marx, Engels, Smith y Mill, entre otros, cita y transcribe párrafos de *La democracia en América*, de Alexis de Tocqueville, para destacar los beneficios prácticos y reales de la democracia. Así, nos introduce al desarrollo de “los mecanismos institucionales creados por un Estado para asegurar el normal ejercicio de los derechos políticos y electorales”, que es el punto central del capítulo. En sus once apartados, recorre el nacimiento y la formación de la justicia electoral en nuestro ordenamiento; repasa la competencia, el financiamiento y federalismo electoral; se detiene en el rol de la ciudadanía y ahonda acerca de la conformación de los organismos electorales regionales. Luego, se enfoca en temas que han merecido su análisis y participación activa como magistrado y académico al tratarse diversas reformas electorales en los últimos años. También aborda debates candentes respecto al voto electrónico y del recuento provisional de resultados, siempre haciendo hincapié en el rol fundamental que dentro del diseño de la administración electoral tiene el Poder Judicial, para sobre todo restarle herramientas al poder político que ocasionalmente pueda ocupar el Poder Ejecutivo. Pugna por una práctica electoral signada por la transparencia e integridad, tanto en la campaña como en su financiamiento, que garantice a todos los ciudadanos la posibilidad de elegir sus representantes sin que su voluntad sea torcida.

El camino de transformación de la voluntad popular en representación política efectiva es, sin duda, uno de los puntos más álgidos de la materia electoral. En este sentido, el tercer capítulo de la obra goza de robustez y profundidad notoria; allí se aborda desde la representación y el mandato, hasta los presupuestos para ser candidato por un partido político; el fenómeno de las candidaturas independientes e, incluso, la temática de la reelección presidencial.

Nos cuenta, primeramente, acerca del gobierno representativo, cómo nació y su evolución en el Estado moderno, con referencias clásicas a los conocidos ejemplos de democracia directa en el ágora ateniense; luego, a las formas indirectas y semidirectas de nuestros días, con el foco en explicar cómo las teorías expuestas por pensadores se

plasman en nuestro ordenamiento. Aporta ejemplos históricos concretos, comentando en ocasiones sobre su conveniencia. Tras realizar una necesaria disección entre el mandato imperativo y el mandato representativo, expone acerca del corazón mismo del Derecho Electoral, el sufragio. En línea con Fayt, dice que “es un derecho público subjetivo de naturaleza política, una forma de energía o actividad política que es la materialización del poder electoral. El conjunto de electores constituye el denominado «cuerpo electoral», que es el que expresa la voluntad colectiva (...)”⁶.

Resalto este punto entre los apartados del capítulo por la importancia que tiene, en momentos donde los niveles de confianza en quienes detentan el poder público son extremadamente bajos⁷. No está cuestionada la *legitimidad de origen*, aquella que nace a través de procesos electorales limpios y transparentes, sino la *legitimidad de ejercicio*, que es efectivamente cómo se desarrolla el ejercicio del mandato. Cabe añadir que el trabajo para mejorar los instrumentos que ayudan a la expresión de la voluntad popular, que permita acercar al elector con su derecho a elegir, sin intermediaciones o barreras en las herramientas o las oportunidades para hacerlo, es un efecto directo de la tarea de los operadores electorales.

En el capítulo cuarto, se presenta un *racconto* de una materia que ha sido objeto de volúmenes⁸: “Los sistemas electorales y los partidos políticos”. Es el capítulo más extenso no sólo en esta obra sino, quizás, en la producción literaria referida al Derecho Electoral en la actualidad. En sus dieciséis apartados se presentan dos troncos del

6. Cfr. *Derecho Electoral...*, ob. cit., p. 188.

7. Véase, por ejemplo, la “Encuesta de Satisfacción Política y Opinión Pública”, Universidad de San Andrés, informe a marzo 2022, <https://udesa.edu.ar/esp> (consultado el 07/05/2022).

8. Ver Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Fondo de Cultura Económica, 1994; Rae, Douglas W., *Leyes electorales y sistema de partidos políticos*, Madrid, España, Centro de Investigación y Técnicas Políticas, 1977; Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed. ampl. y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2006; Nohlen, Dieter, *Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos. Opciones institucionales a la luz del enfoque histórico-empírico*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral (IFE), Friedrich-Naumann-Stiftung, 1999; entre otros.

árbol de la materia, tanto los sistemas electorales entendidos como mecanismos para convertir votos en “cargos”, como los partidos políticos, ese “epifenómeno” que es el vehículo de la representación política de las masas. Cada parte está desarrollada en forma exhaustiva, con el valor agregado en cada comentario a autores de referencia y notas al pie de suma utilidad para el lector.

La faz práctica de lo expuesto hasta este punto de la obra se plasma, principalmente, en el acápite titulado “El proceso electoral”. Condensa allí los presupuestos teóricos desarrollados para volcarlos sobre la realidad concreta, aunque sin soslayar la explicación de los orígenes de cada instituto y de las prácticas. Para ello, recurrentemente se vale de la jurisprudencia tanto internacional como nacional; su estudio se encuentra anclado en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional Electoral. En los dieciocho apartados que conforman el capítulo encontramos la estructura procedimental de los procesos partidarios y, sobre todo, electorales, con detalle sobre cómo las campañas tienen efecto en ellos, las situaciones que se suscitan, el paso desde el antes, durante y después de una elección determinada, entre otras cosas. Desde luego, la pluma de Dalla Vía se ve potenciada por los muchos años de experiencia ocupando un cargo en el máximo tribunal electoral del país.

El autor aprovecha el contexto en que se desarrolla la escritura de su obra para, como capítulo final, repasar la relación del Estado de Derecho y emergencias hasta la actualidad. En este último sentido, hace un recorrido por los numerosos procesos electorales que se han pospuesto alrededor del mundo durante el año 2020. Destaca de qué manera se planteó la situación y qué medida adoptó algún país o Estado local determinado, y la relación existente entre Poderes para determinar la validez de una postergación de fecha de elección, por ejemplo. Trae a colación el caso de la localidad de Río Cuarto⁹, que pospuso elecciones en el marco de un acuerdo político en el seno del Concejo Deliberante, cuestión que fue recurrida por inconstitucional ante la justicia local y denegada en el Tribunal Supremo de Justicia de

9. Cfr. *Derecho Electoral...*, ob. cit., p. 436.

la Provincia de Córdoba; criterio que el autor no comparte por el precedente de “prórroga de mandatos” que éste puede significar¹⁰.

También expone la conformación de los estados de excepción existentes en nuestro ordenamiento constitucional como marco por donde transita la normativa relacionada a la pandemia. A mi criterio, se desprende de este texto un punto sustancial y actual para la materia electoral: la delegación legislativa y los reglamentos de necesidad y urgencia utilizados como suerte de “democracia delegativa” en gobiernos de signo populista. Estas herramientas parecieran ser cada vez más utilizadas por movimientos políticos que –con fundamento en una gran popularidad de origen– erosionan paulatinamente instituciones de representación de la voluntad popular, y favorecen, por ejemplo, procesos electorales carentes de legitimidad alguna. Así, encontrar la manera de contrarrestar estos movimientos resulta una batalla crucial, dado que no solo tergiversan la posibilidad de manifestar la voluntad popular de un grupo humano específico, sino que también la difusión de los mismos tiene impacto a nivel regional e internacional, socavando los principios básicos sobre los cuales se asientan las democracias actuales. Debemos continuar el desarrollo académico científico en esta línea –como lo hace aquí el autor–, para dotar a los instrumentos e instituciones que conforman el universo jurídico electoral, de mayor certeza y garantía.

Derecho Electoral. Teoría y práctica es un libro completo, claro y que se presta para una lectura fluida. Su contenido representa una acabada exposición de las principales cuestiones del Derecho Electoral: una lectura imprescindible para aquellos que desean conocer en mayor profundidad la materia, probablemente con destino a constituirse como una referencia obligada en la doctrina especializada del tema, no solo a nivel local sino también regional.

10. Cfr. *Derecho Electoral...*, ob. cit., p. 439.

PARTE IV
DOCUMENTOS

**NOTA DOCTRINAL SOBRE
LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA**
**CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA.
COMISIÓN EPISCOPAL PARA LA DOCTRINA DE
LA FE, MADRID, 25 DE MARZO DE 2022,
SOLEMNIDAD DE LA ANUNCIACIÓN DEL SEÑOR**

*“Para la libertad nos ha liberado Cristo”.
(Gal 5, 1)*

Esta nota doctrinal fue aprobada por los obispos miembros de la Comisión Episcopal para la Doctrina de la Fe en su reunión CCLVI del 1º de febrero de 2022.

Presidente:

Mons. D. Enrique Benavent Vidal, obispo de Tortosa

Vicepresidente:

Mons. D. Francisco Javier Martínez Fernández, arzobispo de Granada

Miembros:

Mons. D. Ricardo Blázquez Pérez, cardenal arzobispo de Valladolid

Mons. D. Javier Salinas Viñals, obispo Auxiliar de Valencia

Mons. D. Agustín Cortés Soriano, obispo de Sant Feliu de Llobregat

Mons. D. Luis Quinteiro Fiuza, obispo de Tui-Vigo

Mons. D. José M.^a Yanguas Sanz, obispo de Cuenca

Mons. D. Francisco Conesa Ferrer, obispo de Solsona
Mons. D. Adolfo González Montes, obispo emérito de Almería
Mons. D. Esteban Escudero Torres, obispo auxiliar emérito de Valencia

I. JUSTIFICACIÓN DE LA PRESENTE NOTA

1. El ser humano se caracteriza por tener conciencia de su propia dignidad y de que la salvaguarda de la misma está unida al respeto de su libertad. La convicción de que ambas son inseparables y de que todos los seres humanos, sea cual sea su situación económica o social, tienen la misma dignidad y, por ello, derecho a vivir en libertad, constituye uno de los avances más importantes en la historia de la humanidad: “Jamás tuvieron los hombres un sentido tan agudo de la libertad como hoy”¹. La aspiración a vivir en libertad está inscrita en el corazón del hombre.

2. La libertad no se puede separar de los otros derechos humanos, que son universales e inviolables. Por tanto, requieren ser tutelados en su conjunto, hasta el punto de que “una protección parcial de ellos equivaldría a su no reconocimiento”². La raíz de los mismos “se debe buscar en la dignidad que pertenece a todo ser humano”³, y su fuente última “no se encuentra en la mera voluntad de los seres humanos, en la realidad del Estado o en los poderes públicos, sino en el hombre mismo y en Dios su creador”⁴. En los documentos del Magisterio de la Iglesia encontramos enumeraciones de estos derechos⁵. El primero de todos es el derecho a la vida desde su concepción hasta su conclusión natural, que “condiciona el ejercicio de cualquier otro derecho y comporta, en particular, la ilicitud de toda forma de abor-

1. Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, n. 4.

2. Compendio de Doctrina Social de la Iglesia, n. 154: “Universalidad e indivisibilidad son las líneas distintivas de los derechos humanos”.

3. *Ibíd.*, n. 153.

4. *Ibíd.*

5. Cfr. San Juan Pablo II, *Centesimus annus*, n. 47. Cfr., también, Compendio de Doctrina Social de la Iglesia, n. 155.

to provocado y de eutanasia”⁶. El derecho a la libertad religiosa es también fundamental, pues es “un signo emblemático del auténtico progreso del hombre en todo régimen, en toda sociedad, sistema o ambiente”⁷.

3. En el proceso que condujo a la formulación y a la proclamación de los derechos del hombre, estos se concebían como expresión de unos límites éticos que el Estado no puede traspasar en su relación con las personas. Eran una defensa frente a las tentaciones totalitarias y a la tendencia que los poderes públicos tienen a invadir la vida de las personas en todos los ámbitos, o de disponer de ella en función de sus propios intereses. Por ello, la Iglesia los valora como una “extraordinaria ocasión que nuestro tiempo ofrece para que, mediante su consolidación, la dignidad humana sea reconocida más eficazmente y promovida universalmente”⁸. En la doctrina católica, además, son vistos como expresión de las normas morales básicas que en toda ocasión y circunstancia deben respetarse⁹, y del camino para la consecución de una vida más digna y una sociedad más justa¹⁰.

4. En las últimas décadas se está imponiendo una nueva visión de los derechos humanos. Vivimos en un ambiente cultural caracterizado por un individualismo que no quiere aceptar ningún límite ético. Esto ha conducido a que se reconozcan por parte de los poderes públicos unos nuevos “derechos” que, en realidad, son la manifestación de deseos subjetivos. De este modo, estos deseos se convierten en fuente de Derecho, aunque su realización implique la negación de

6. Compendio de Doctrina Social de la Iglesia, n. 155.

7. *Ibíd.*

8. *Ibíd.*

9. Cfr. Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, n. 27: “Todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia y el mismo suicidio voluntario (...) son oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonoran más a quienes los practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al Creador”.

10. Cfr. *ibíd.*, n. 26: “Conviene, pues, que se haga accesible al hombre todo lo que necesita para llevar una vida verdaderamente humana, como es el alimento, el vestido, la vivienda, el derecho a elegir libremente un estado de vida (...) a actuar de acuerdo con la recta norma de su conciencia (...) y a la justa libertad también en materia religiosa”.

auténticos derechos básicos de otros seres humanos. Esto ha tenido consecuencias en la legislación: comportamientos que eran tolerados mediante una “despenalización” adquieren la consideración de “derechos” que deben ser protegidos y promovidos.

5. Recientemente hemos asistido en nuestro país a la aprobación de la ley que permite la práctica de la eutanasia y la considera como un derecho de la persona. Es un paso más en el conjunto de leyes que conducen a que la vida humana quede gravemente desprotegida¹¹. También se han aprobado leyes que se inspiran en principios antropológicos que absolutizan la voluntad humana, o en ideologías que no reconocen la naturaleza del ser humano que le ha sido dada en la creación, y que debe ser la fuente de toda moralidad. En estas leyes se promueve, además, la imposición de estos principios en los planes educativos, y se restringe el derecho a la objeción de conciencia tanto de las personas como de las instituciones educativas, sanitarias o de asistencia social, con lo que se limita el ejercicio de la libertad.

6. Esto nos lleva a pensar que, si bien es cierto que nunca el ser humano ha tenido un sentido tan acusado de la propia libertad, esta estará siempre amenazada por estados y grupos de poder que no dudan en utilizar cualquier medio para influir en la conciencia de las personas, para difundir determinadas ideologías o para defender los propios intereses. Actualmente tenemos la sensación de que se “toleran” algunos derechos humanos como si se tratara de una concesión “graciosa”, de que se recortan progresivamente, y de que se promueven valores contrarios a las convicciones religiosas de amplios grupos de la sociedad. La utilización del poder para modelar la conciencia moral de las personas constituye una amenaza para la libertad.

11. Cfr. Francisco, “Discurso a la Federación Nacional de los Colegios de Médicos y Cirujanos dentales” (20/09/2019), *L'Osservatore Romano*, 21/09/2019, 8: “Se puede y se debe rechazar la tentación –inducida también por cambios legislativos– de utilizar la medicina para apoyar una posible voluntad de morir del paciente, proporcionando ayuda al suicidio o causando directamente su muerte por eutanasia. Son formas apresuradas de tratar opciones que no son, como podría parecer, una expresión de la libertad de la persona, cuando incluyen el descarte del enfermo como una posibilidad, o la falsa compasión frente a la petición de que se le ayude a anticipar la muerte”.

7. En continuidad con las enseñanzas de esta CEE expresadas en la instrucción pastoral, “La verdad os hará libres” (Jn 8, 32)¹²; y de acuerdo con la carta de la Congregación para la Doctrina de la Fe, *Samaritanus bonus*, en la que se pide “una toma de posición clara y unitaria por parte de las conferencias episcopales, las iglesias locales, así como de las instituciones católicas para tutelar el propio derecho a la objeción de conciencia en los contextos legislativos que prevén la eutanasia y el suicidio”¹³; en la presente nota queremos recordar los principios morales que los católicos debemos tener presentes para decidir sobre nuestra actuación ante estas leyes y otras semejantes, y que cualquier estado o persona comprometidos en la defensa de los derechos humanos pensamos que deberían respetar.

II. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA

8. La libertad, que consiste en “el poder, radicado en la razón y en la voluntad, de obrar o de no obrar, de hacer esto o aquello, de ejecutar así por sí mismo acciones deliberadas”¹⁴, es una característica esencial del ser humano dada por Dios en el momento de su creación¹⁵. Es el “signo eminente de su imagen divina”¹⁶ y, por ello, la expresión máxima de la dignidad que le es propia. Al crear al ser humano dotado de libertad, Dios quiere que este lo busque y se adhiera a él sin coacciones para que, de este modo,

“llegue a la plena y feliz perfección”¹⁷. Estamos, por tanto, ante algo de lo que ningún poder humano puede lícitamente privarnos:

12. Conferencia Episcopal Española, “La verdad os hará libres” (Jn 8, 32), 20/02/1990.

13. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Samaritanus bonus*, n. 9.

14. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1731.

15. San Ireneo de Lyon, *Adversus haereses*, 4, 4, 3: PG 7, 983: “El hombre fue creado libre y dueño de sus actos”.

16. Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, n. 17.

17. *Ibíd.*

“Toda persona humana, creada a imagen de Dios, tiene el derecho natural de ser reconocida como libre y responsable”¹⁸.

9. Esta característica esencial del ser humano no se entiende como una ausencia de toda ley moral que indique límites a su actuación, o como “una licencia para hacer todo lo que agrada, aunque sea malo”¹⁹. El ser humano no se ha dado a sí mismo la existencia, por lo que ejerce correctamente su libertad cuando reconoce su radical dependencia de Dios, vive en permanente apertura a él y busca cumplir su voluntad. Además, ha sido creado como miembro de la gran familia humana, por lo que el ejercicio de su libertad está condicionado por las relaciones que configuran su existencia: con los otros seres humanos, con la naturaleza y consigo mismo. La libertad no puede ser entendida como un derecho a actuar al margen de toda exigencia moral.

10. El respeto a la libertad de todas las personas, que constituye una obligación de los poderes públicos, se manifiesta, sobre todo, en la defensa de la libertad religiosa y de conciencia: “El derecho al ejercicio de la libertad es una exigencia inseparable de la dignidad de la persona humana, especialmente en materia moral y religiosa”²⁰. Vivimos inmersos en una cultura que no valora lo religioso como un factor positivo para el desarrollo de las personas y las sociedades. El principio que está en la base de muchas leyes que se aprueban es que todos debemos vivir como si Dios no existiese. Se tiende a minusvalorar lo religioso, a reducirlo a algo meramente privado y a negar la relevancia pública de la fe. Esto lleva a considerar la libertad religiosa como un derecho secundario.

11. Sin embargo, estamos ante un derecho fundamental porque el hombre es un ser abierto a la trascendencia y porque afecta a lo más íntimo y profundo de su ser, que es la conciencia. Por tanto, cuando no es respetado, se atenta contra lo más sagrado del ser humano, y cuando lo es, se está protegiendo la dignidad de la persona humana en su raíz. Se trata de un derecho que tiene un estatuto especial y que debe

18. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1738.

19. Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, n. 17.

20. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1738; cfr. Concilio Vaticano II, *Dignitatis humanae*, n. 2.

ser reconocido y protegido dentro de los límites del bien común y del orden público²¹. Podemos afirmar, por tanto, que la salvaguarda del derecho a la libertad religiosa y de conciencia constituye un indicador para verificar el respeto a los otros derechos humanos. Si no se garantiza eficazmente, es que no se cree de verdad en ellos.

12. En virtud del derecho a la libertad religiosa, “no se obligue a nadie a actuar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella, pública o privadamente, solo o asociado con otros, dentro de los debidos límites”²². Este derecho no debe entenderse en un sentido minimalista reduciéndolo a una tolerancia o libertad de culto²³. Además de la libertad de culto, exige el reconocimiento positivo del derecho de toda persona a ordenar las propias acciones y las propias decisiones morales según la verdad²⁴; del derecho de los padres a educar a los hijos según las propias convicciones religiosas y todo lo que conlleva la vivencia de las mismas, especialmente en la vida social y en el comportamiento moral; de las comunidades religiosas a organizarse para una vivencia de la propia religión en todos los ámbitos; de todos a profesar públicamente la propia fe y a anunciar a otros el propio mensaje religioso.

13. La obligación, por parte de los poderes públicos, de tutelar la libertad religiosa de todos los ciudadanos²⁵ no excluye que esta deba ser regulada en el ordenamiento jurídico. Esta regulación ha de inspirarse en una valoración positiva de lo que las religiones aportan a la sociedad, en la salvaguarda del orden público y en la búsqueda del bien común, que consiste en “la suma de aquellas condiciones de vida social mediante las cuales los hombres pueden conseguir más

21. Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1738.

22. Concilio Vaticano II, *Dignitatis humanae*, nn. 2-3.

23. Cfr. Francisco, “Discurso en el encuentro con el pueblo marroquí, las autoridades, la sociedad civil y el cuerpo diplomático”, 30/03/2019: “La libertad de conciencia y la libertad religiosa –que no se limita solo a la libertad de culto, sino a permitir que cada uno viva según la propia convicción religiosa– están inseparablemente unidas a la dignidad humana”.

24. Cfr. Benedicto XVI, Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz, “La libertad religiosa, camino para la paz”, 01/01/2011, n. 3.

25. Cfr. Concilio Vaticano II, *Dignitatis humanae*, n. 7.

plena y rápidamente su perfección” y, sobre todo, “en el respeto a los derechos de la persona humana”²⁶. Una legislación apropiada sobre la libertad religiosa debe partir del principio fundamental de que esta “no debe restringirse, a no ser que sea necesario y en la medida en que lo sea”²⁷.

14. En la regulación de este derecho, el Estado debería observar algunos principios: 1. Procurar la igualdad jurídica de los ciudadanos y evitar las discriminaciones que tengan como fundamento la religión. 2. Reconocer los derechos de las instituciones y de grupos constituidos por miembros de una determinada religión para la práctica de la misma. 3. Prohibir todo aquello que, aun siendo ordenado directamente por preceptos o inspirándose en principios religiosos, suponga un atentado a los derechos y a la dignidad de las personas, o ponga en peligro sus vidas. Desde estos principios, las leyes han de garantizar el derecho de todo hombre “de actuar en conciencia y libertad a fin de tomar personalmente las decisiones morales”²⁸.

III. LA DIGNIDAD DE LA CONCIENCIA

15. En el ejercicio de su libertad, cada persona debe tomar aquellas decisiones que conducen a la consecución del bien común de la sociedad y de su propio bien personal. Por ello, el ser humano que, al haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, es una criatura libre, tiene la obligación moral de buscar la verdad, pues solo la verdad es el camino que conduce a la justicia y al bien. Esta obligación nace del hecho de que el hombre, al no haberse creado a sí mismo, tampoco es creador de los valores, por lo que el bien y el mal no dependen de su voluntad. Su tarea consiste en discernir cómo debe actuar en las múltiples situaciones en las que se puede encontrar y que le llevan a tomar decisiones concretas²⁹.

26. Concilio Vaticano II, *Dignitatis humanae*, n. 6.

27. *Ibíd.*, n. 7.

28. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1782.

29. Cfr. San Juan Pablo II, *Veritatis splendor*, nn. 57-61.

16. Para que pueda conocer en cada momento lo que es bueno o malo, junto al don de la libertad, Dios ha dotado al ser humano de la conciencia, que es “el núcleo más secreto y el sagrario del hombre, en el que está solo con Dios, cuya voz resuena en lo más íntimo de ella”³⁰. Decidir y actuar según la propia conciencia constituye la prueba más grande de una libertad madura y es una condición para la moralidad de las propias acciones. Estamos ante el elemento más personal de cada ser humano, que hace de él una criatura única y responsable ante Dios de sus actos. La conciencia, aunque no sea infalible y pueda incurrir en el error, es la “norma próxima de la moralidad personal”³¹, por lo que todos debemos actuar en conformidad con los juicios que emanan de ella³².

17. El hombre en su conciencia descubre una ley fundamental “que no se da a sí mismo, sino a la que debe obedecer y cuya voz resuena en los oídos de su corazón, llamándolo a amar y hacer el bien y a evitar el mal”³³. Esta ley es la fuente de todas las normas morales, por lo que en la obediencia a ella encontramos el principio de la moralidad. El ser humano “está obligado a seguir fielmente lo que sabe que es justo y recto”³⁴. Si obra así, está actuando de acuerdo con su dignidad³⁵. En cambio, cuando sus actos no están inspirados en la búsqueda de la verdad y el deseo de adecuarse a las normas morales objetivas, con facilidad se deja llevar por los propios deseos e intere-

30. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, n. 16; cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1776.

31. San Juan Pablo II, *Veritatis splendor*, n. 60.

32. Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1790: “La persona humana debe obedecer siempre el juicio cierto de su conciencia. Si obrase deliberadamente contra este último, se condenaría a sí mismo”. Cfr., también, San Juan Pablo II, *Veritatis splendor*, n. 60: “El juicio de la conciencia tiene un carácter imperativo: el hombre debe actuar en conformidad con dicho juicio”.

33. Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, n. 16; cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1776.

34. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1778.

35. *Ibíd.*, n. 1780: “La dignidad de la persona humana implica y exige la rectitud de la conciencia moral”.

ses egoístas, y “poco a poco, por el hábito del pecado, la conciencia se queda casi ciega”³⁶.

18. Actuar según la propia conciencia no siempre es fácil: exige la percepción de los principios fundamentales de moralidad, su aplicación a las circunstancias concretas mediante el discernimiento, y la formación de un juicio sobre los actos que se van a realizar. A menudo se viven situaciones que hacen el juicio moral menos seguro; frecuentemente el hombre está sometido a influencias del ambiente cultural en que vive, a presiones que le vienen desde el exterior y a sus propios deseos. Todo esto puede llegar a oscurecer sus juicios morales e inducir al error a causa de la ignorancia. Sin embargo, cuando esta no es culpable, “la conciencia no pierde su dignidad”³⁷, pues buscar los caminos para formarse un juicio moral y actuar de acuerdo con sus dictados es más digno del ser humano que prescindir de la pregunta por la moralidad de sus actos.

IV. LA FUNCIÓN DEL ESTADO

19. El ser humano es, por naturaleza, un ser social. Por ello, en sus decisiones morales no debe buscar únicamente el propio bien, sino el de todos. En sus actos ha de tener en cuenta unos principios básicos de moralidad: hacer a los demás lo que le gustaría que le hicieran a él; no hacer un mal para obtener un bien; actuar con caridad respetando al prójimo y su conciencia, etc. Para regular las relaciones entre los miembros de la sociedad son necesarias las estructuras políticas. La comunidad política “deriva de la naturaleza de las personas” y es, por tanto, “una realidad connatural a los hombres”³⁸. Su finalidad es favorecer el crecimiento más pleno de todos los miembros de la sociedad y promover, de este modo, el bien común, algo que es inalcanzable para cada individuo sin una organización de la convivencia.

36. Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, n. 16.

37. Cfr. San Juan Pablo II, *Veritatis splendor*, n. 62.

38. Compendio de Doctrina Social de la Iglesia, n. 384.

20. En su servicio al bien común, los poderes públicos han de respetar la autonomía de las personas, por lo que en ningún momento se puede prohibir que cada cual se forme su propia opinión sobre aquellos temas que afectan a la vida social. Tampoco se pueden impedir las iniciativas que nacen de la sociedad y que buscan el bien común de todos. Cuando en la comunidad política se defienden los derechos humanos y se crea un ambiente favorable para que los ciudadanos los ejerzan, ya se está contribuyendo al bien común³⁹.

21. La autoridad es un instrumento de coordinación al servicio de la sociedad. Su ejercicio no puede ser absoluto y se ha de realizar dentro de los límites del respeto a la persona y a sus derechos. Tampoco puede convertirse en una instancia que pretenda invadir o regular todos los aspectos de la vida de las personas y de las familias. Los poderes públicos, que tienen como misión favorecer la vida ordenada en la sociedad, no pueden anular o suplantar las iniciativas particulares, aunque deben regularlas para que sirvan al bien común. Tanto en la vida económica como en la vida social, “la acción del Estado y de los demás poderes públicos debe conformarse al principio de subsidiariedad”⁴⁰.

22. Estos principios han de ser tenidos en cuenta en aquellas cuestiones que afectan a la libertad religiosa y de conciencia de las personas. El Estado puede ordenar el ejercicio de la libertad religiosa, para que esta pueda desplegarse en respeto a las demás libertades y favorecer la convivencia social. Esta regulación puede justificar la prohibición de ciertas prácticas religiosas, pero no porque sean religiosas, sino porque sean contrarias al respeto, a la dignidad o integridad de las personas, o porque pongan en peligro alguno de los derechos fundamentales. Del mismo modo que el Estado no puede ser parcial en materia religiosa⁴¹, tampoco puede constituirse en promo-

39. Cfr. Francisco, Mensaje a los participantes en la conferencia internacional: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo: conquistas, omisiones, negaciones” (10/12/2018).

40. Compendio de Doctrina Social de la Iglesia, n. 351.

41. Cfr. Conferencia Episcopal Española, “Orientaciones morales ante la situación actual de España” (23/11/2006), n. 62: “La vida religiosa de los ciudadanos no es competencia de los gobiernos. Las autoridades civiles no pueden ser intervencionistas

tor de valores o de ideologías contrarias a las creencias de una parte de la sociedad. La neutralidad exigida en materia religiosa se extiende a las opciones morales que se debaten en la sociedad. Cuando el poder se sirve de los medios de los que dispone para difundir una determinada concepción del ser humano o de la vida, se está extralimitando en sus funciones.

V. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

23. “El ciudadano tiene obligación en conciencia de no seguir las prescripciones de las autoridades civiles cuando estos preceptos son contrarios a las exigencias del orden moral, a los derechos fundamentales de las personas o a las enseñanzas del Evangelio”⁴². La objeción de conciencia supone que una persona antepone el dictado de su propia conciencia a lo ordenado o permitido por las leyes. Esto no justifica cualquier desobediencia a las normas promulgadas por las autoridades legítimas. Se debe ejercer respecto a aquellas que atentan directamente contra elementos esenciales de la propia religión o que sean “contrarias al derecho natural en cuanto que minan los fundamentos mismos de la dignidad humana y de una convivencia basada en la justicia”⁴³.

24. Además de ser un deber moral, es también un “derecho fundamental e inviolable de toda persona, esencial para el bien común de toda la sociedad”⁴⁴, que el Estado tiene obligación de reconocer, respetar y valorar positivamente en la legislación⁴⁵. No es una concesión del poder, sino un derecho pre-político, consecuencia directa del reconocimiento de la libertad religiosa, de pensamiento y de

ni beligerantes en materia religiosa (...). Su cometido es favorecer el ejercicio de la libertad religiosa”.

42. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2242.

43. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Samaritanus bonus*, n. 9.

44. *Ibíd.*

45. Cfr. Entrevista del papa Francisco en *La Croix* (30/06/2016): “El Estado debe respetar las conciencias. En cada estructura jurídica, la objeción de conciencia debe estar presente, porque es un derecho humano”.

conciencia. Por ello, el Estado no debe restringirlo o minimizarlo con el pretexto de garantizar el acceso de las personas a ciertas prácticas reconocidas legalmente, y presentarlo como un atentado contra “los derechos” de los demás. Una justa regulación de la objeción de conciencia exige que se garantice que aquellos que recurren a ella no serán objeto de discriminación social o laboral⁴⁶. La elaboración de un registro de objetores a determinados actos permitidos por la ley atenta contra el derecho de todo ciudadano a no ser obligado a declarar sobre sus propias convicciones religiosas o ideológicas. De todos modos, donde legalmente se exija este requisito “los agentes sanitarios no deben vacilar en pedirla (la objeción de conciencia) como derecho propio y como contribución específica al bien común”⁴⁷.

25. En cumplimiento de este deber moral, el cristiano no “debe prestar la colaboración, ni siquiera formal, a aquellas prácticas que, aun siendo admitidas por la legislación civil, están en contraste con la ley de Dios”⁴⁸. Puesto que el derecho a la vida tiene un carácter absoluto y nadie puede decidir por sí mismo sobre la vida de otro ser humano ni tampoco sobre la propia, “ante las leyes que legitiman la eutanasia o el suicidio asistido, se debe negar siempre cualquier cooperación formal o material inmediata”⁴⁹. Esta “se produce cuando la acción realizada, o por su misma naturaleza o por la configuración que asume en un contexto concreto, se califica como colaboración directa en un acto contra la vida humana inocente o como participación en la intención inmoral del agente principal”⁵⁰. Esta cooperación con-

46. Cfr. San Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, n. 74: “Quien recurre a la objeción de conciencia debe estar a salvo no solo de sanciones penales, sino de cualquier daño en el plano legal, disciplinar, económico y profesional”.

47. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Samaritanus bonus*, n. 9. Cfr. Francisco, “Discurso a los participantes en un congreso organizado por la Sociedad Italiana de Farmacia Hospitalaria” (14/10/2021), *L'Osservatore Romano* 2739 (22/10/2021), 7: “Vosotros estáis siempre al servicio de la vida humana. Y esto puede conllevar, en algunos casos, la objeción de conciencia, que no es deslealtad, sino, por el contrario, fidelidad a vuestra profesión, si está válidamente motivada”.

48. Compendio de Doctrina Social de la Iglesia, n. 399.

49. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Samaritanus bonus*, n. 9.

50. San Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, n. 74.

vierte a la persona que la realiza en corresponsable⁵¹ y no se puede justificar invocando el respeto a la libertad y a los “derechos” de los otros⁵², ni apoyándose en que están previstos y autorizados por la ley civil.

26. Por ello, los católicos estamos absolutamente obligados a objetar en aquellas acciones que, estando aprobadas por las leyes, tengan como consecuencia la eliminación de una vida humana en su comienzo o en su término: “El aborto y la eutanasia son crímenes que ninguna ley humana puede pretender legitimar. Leyes de este tipo no solo no crean ninguna obligación de conciencia, sino que, por el contrario, establecen una grave y precisa obligación de oponerse a ellas mediante la objeción de conciencia”⁵³. Aunque no todas las formas de colaboración contribuyen del mismo modo a la realización de estos actos moralmente ilícitos, deben evitarse, en la medida de lo posible, aquellas acciones que puedan inducir a pensar que se están aprobando.

27. Actualmente, los católicos que tienen responsabilidades en instituciones del Estado, con frecuencia, se ven sometidos a conflictos de conciencia ante iniciativas legislativas que contradicen principios morales básicos. Puesto que el deber más importante de una sociedad es el de cuidar a la persona humana⁵⁴, no pueden promover positi-

51. El pecado es un acto personal del que cada cual es responsable, pero podemos tener una responsabilidad en los pecados cometidos por otros cuando cooperamos con ellos “participando directa y voluntariamente, ordenándolos, aconsejándolos, alabándolos o aprobándolos, no revelándolos o no impidiéndolos cuando se tiene obligación de hacerlo”. Catecismo de la Iglesia Católica, n. 1868.

52. Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Samaritanus bonus*, n. 9: “No existe el derecho al suicidio ni a la eutanasia: el derecho existe para tutelar la vida y la coexistencia entre los hombres, no para causar la muerte”.

53. San Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, n. 73. Cfr. Francisco, “Discurso a los participantes en el congreso conmemorativo de la Asociación de Médicos Católicos Italianos con motivo del 70 aniversario de su fundación” (15/11/2014): “La fidelidad al Evangelio de la vida y al respeto de la misma como don de Dios, a veces requiere opciones valientes y a contracorriente que, en circunstancias especiales, pueden llegar a la objeción de conciencia”.

54. Cfr. Francisco, “Discurso a los participantes en la Plenaria de la Academia Pontificia para la Vida” (05/03/2015), *L'Osservatore Romano* en lengua española 2406 (13/03/2015), 3.

vamente leyes que cuestionen el valor de la vida humana, ni apoyar con su voto propuestas que hayan sido presentadas por otros. Su deber como cristianos es “tutelar el derecho primario a la vida desde su concepción hasta su término natural”⁵⁵, por lo que tienen la “precisa obligación de oponerse a estas leyes”⁵⁶. Esto no impide que, cuando no fuera posible abrogar las que están en vigor o evitar la aprobación de otras, quedando clara su absoluta oposición personal, puedan “lícitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a limitar los daños de estas leyes y disminuir así los efectos negativos en el ámbito de la cultura y de la moralidad pública”⁵⁷.

28. Aunque las decisiones morales corresponden a cada persona, el derecho a la libertad de conciencia, por analogía, se puede atribuir también a aquellas comunidades o instituciones creadas por los miembros de una misma religión para vivir mejor su fe, anunciarla o servir a la sociedad de acuerdo con sus convicciones. Estas tienen una serie de valores y principios que les confieren una identidad propia e inspiran su actuación. Por este hecho no dejan de prestar un servicio a la sociedad. Es legítima, por tanto, la objeción de conciencia institucional a aquellas leyes que contradicen su ideario. El Estado tiene el deber de reconocer este derecho. Si no lo hace, pone en peligro la libertad religiosa y de conciencia. Nos alegra constatar que algunas instituciones de la sociedad civil que han abordado esta cuestión desde otras perspectivas y se han pronunciado sobre ella, coincidan con nosotros en este punto⁵⁸.

55. Congregación para la Doctrina de la Fe, “Carta para el compromiso y conducta de los católicos en la vida pública”, n. 12.

56. *Ibíd.*, n. 10.

57. San Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, n. 73.

58. Cfr. Informe del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en relación con la prestación de la ayuda para morir de la ley orgánica reguladora de la eutanasia (21/07/2021): “En definitiva, en lo que se refiere a las comunidades, entidades, congregaciones y órdenes religiosas u otras organizaciones o instituciones seculares cuya actividad responda claramente a un ideario (...) creemos que no existen argumentos para negarles el ejercicio colectivo o institucional del derecho a la objeción de conciencia”.

29. Las instituciones sanitarias católicas, que “constituyen un signo concreto del modo con el que la comunidad eclesial, tras el ejemplo del buen samaritano, se hace cargo de los enfermos”⁵⁹, están llamadas a ejercer su misión desde “el respeto a los valores fundamentales y a aquellos cristianos constitutivos de su identidad, mediante la abstención de comportamientos de evidente ilicitud moral”⁶⁰. Por ello, no se deben plegar a las fuertes presiones políticas y económicas que les inducen a aceptar la práctica del aborto o de la eutanasia. Tampoco es éticamente aceptable “una colaboración institucional con otras estructuras hospitalarias hacia las que orientar y dirigir a las personas que piden la eutanasia. Semejantes elecciones no pueden ser moralmente admitidas ni apoyadas en su realización concreta, aunque sean legalmente posibles”⁶¹. Esto supondría una colaboración con el mal.

30. Actualmente estamos asistiendo a la difusión de antropologías contrarias a la visión cristiana del hombre, de la sexualidad, del matrimonio y de la familia, que tiene como consecuencia la normalización de ciertos comportamientos morales opuestos a las exigencias de la ley de Dios. Frecuentemente estas ideologías son promovidas por los poderes públicos y se impone su difusión en centros educativos mediante leyes que tienen un carácter coercitivo. Se piensa que su imposición constituye el medio para evitar los delitos de odio hacia ciertos grupos o personas debido a sus características. El deber de los cristianos de respetar la dignidad de cualquier ser humano, de amarlo como a un hermano y de apoyarlo en cualquier circunstancia de su vida, no implica la asunción de principios antropológicos contrarios a la visión cristiana del hombre. Dado que la libertad religiosa y de conciencia es un derecho fundamental, los católicos tienen el deber de oponerse a la imposición de estas ideologías. Este deber lo han de ejercer, en primer lugar, los padres que, por ser los primeros educadores de sus hijos, tienen el derecho de formarlos de acuerdo con sus convicciones religiosas y morales, y de elegir las instituciones educa-

59. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Samaritanus bonus*, n. 9.

60. *Ibíd.*

61. *Ibíd.*

tivas que estén de acuerdo con ellas, cuya identidad ha de ser garantizada.

VI. LA LIBERTAD CRISTIANA

31. La libertad humana no es únicamente una “libertad amenazada”, sino que es también una “libertad herida” por el pecado. Si el hombre ha sido creado libre para que pudiera buscar a Dios y adherirse a él sin coacciones, el pecado lo ha llevado a la desobediencia a Dios y ha provocado en él una división interior. El ser humano experimenta constantemente que no hace el bien que quiere, sino el mal que aborrece (cfr. *Rom 7, 15*), y que vive sujeto a sus pasiones y a sus deseos. El pecado es fuente de esclavitud interior para él, porque lo arrastra a hacer todo aquello que lo lleva a la muerte. La idea de una libertad autosuficiente o de un hombre que por sus propias fuerzas es capaz de hacer siempre el bien y buscar la justicia, no responde ni a la propia experiencia ni a la historia de la humanidad. Además de esta impotencia, el ser humano experimenta también lo que significa vivir sin esperanza porque el miedo a la muerte, que es el horizonte último de su existencia, lo domina y lo incapacita también para ejercer su libertad con todas sus consecuencias. El pecado, que conduce a la muerte e impide amar a Dios con todo el corazón y obedecer su voluntad, ha herido la libertad humana.

32. “Si el Hijo de Dios os hace libres, seréis realmente libres” (*Jn 8, 36*). El conocimiento de Cristo nos abre a la libertad plena y verdadera: “Si permanecéis en mi palabra, seréis de verdad discípulos míos, conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres” (*Jn 8, 32*). El encuentro con el Señor es un acontecimiento de gracia que nos permite participar en la gloriosa libertad de los hijos de Dios (cfr. *Rom 8, 21*) y vivir una nueva existencia caracterizada por la fe, la esperanza y la caridad.

33. El pecado es la negativa por parte del hombre a reconocer a Dios como Señor, a glorificarlo y a darle gracias. En cambio, la fe es obediencia a Dios. Si el hombre por el pecado lo ha rechazado, por la fe llega a reconocerlo como a su Señor. Y es obedeciéndolo como el hombre se libera de la esclavitud de las apetencias que el pecado des-

pierta en él. La fe fructifica en la esperanza. La muerte es el horizonte amenazador de la vida del hombre. El miedo a la muerte lo domina, hasta el punto de que todo lo que hace es para liberarse de ella. El drama del hombre consiste en que, a pesar de su esfuerzo, nunca lo podrá conseguir por sí mismo. En su resurrección, Cristo nos ha abierto un horizonte de vida. Gracias al Misterio pascual el temor a la muerte que nos esclaviza se ha desvanecido. Esta esperanza confiere al creyente la fuerza necesaria para afrontar las pruebas y los sufrimientos del tiempo presente, sin perder la confianza en Dios y la alegría de quien se siente unido a Cristo. El amor es la expresión más evidente de la libertad cristiana. El creyente, que se sabe amado y salvado por Dios, por amor a él y con un sentimiento de gratitud, cumple su voluntad, no por miedo al castigo, sino impulsado por la caridad que el Espíritu Santo ha derramado en su corazón (cfr. *Rom 5, 5*).

34. Esta libertad que tiene su origen en Cristo da fuerza para superar las dificultades con las que el creyente puede encontrarse para actuar en coherencia con su fe⁶². Los valores que se están generalizando en nuestra cultura y las leyes que se están aprobando en nuestras sociedades occidentales sitúan a los creyentes ante problemas difíciles de conciencia. Frecuentemente nos encontramos ante opciones dolorosas, que exigen sacrificios en la vida profesional e incluso en la vida familiar. “Es precisamente en la obediencia a Dios –a quien solo se debe aquel temor que es el reconocimiento de su absoluta soberanía– de donde nacen la fuerza y el valor para resistir a las leyes injustas de los hombres”⁶³. Quien no se deja vencer por el miedo está recorriendo el camino que lo conduce a la verdadera libertad que únicamente se encuentra en Cristo⁶⁴.

62. Cfr. Francisco, Audiencia general (17/06/2020).

63. San Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, n. 73.

64. Cfr. San Juan Pablo II, *Veritatis splendor*, nn. 84 y sigs.

REVISTA FORUM

NORMAS DE PUBLICACIÓN

FORUM –Anuario del Centro de Derecho Constitucional– adopta las siguientes *normas de publicación*, en consonancia con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan el ideario y el proyecto integrador de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

I. Cobertura temática

La Revista *FORUM* (en adelante, la Revista) publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Constitucional y sus disciplinas afines, conforme a su misión, que se inserten en las siguientes categorías temáticas:

- 1.1. Derecho Constitucional;
- 1.2. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas);
- 1.3. Derecho Internacional Público;
- 1.4. Derecho Administrativo;
- 1.5. Historia del Derecho;
- 1.6. Derecho Canónico y Eclesiástico;
- 1.7. Derecho Comparado.

II. Código de conducta y buenas prácticas editoriales

FORUM adhiere al Código de conducta y mejores prácticas del *Committee on Publication Ethics* (COPE), denominado *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors y Code of Conduct for Journals Publishers*.

FORUM asegurará la calidad científica de las publicaciones y la adecuada respuesta a las necesidades de los/as lectores/as y los/as autores/as. Los trabajos que se presenten a la Revista deben cumplir con estas normas éticas.

III. Secciones de la Revista

La Revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según distintas secciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

Artículos de investigación

Se publican dentro de esta sección trabajos que cumplan con las siguientes características.

- a. Estructura de la investigación
 - El tema tratado debe realizar aportes científicos y ofrecer conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento, en línea con el espíritu del Centro de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
 - Deber existir coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
 - El trabajo debe contar con bibliografía actualizada y pertinente con la temática.
- b. Requisitos

Los trabajos presentados deben ser escritos en español (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a los comentarios, las notas, reseñas, crónicas y ensayos, en cuanto corresponda. Preferentemente se aceptarán trabajos en castellano. No obstante, también pueden recibirse en italiano, francés, inglés o portugués.
- c. Extensión

No podrán tener una extensión menor a las 5.000 ni mayor a las 25.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en fascículos diferentes.
- d. Otros

El trabajo debe enviarse con el título en el idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 300 palabras y palabras claves en un

número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo deberá incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.

e. Evaluación

Los trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

f. Originalidad

Los trabajos propuestos para esta Sección deberán ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en *FORUM*. Para tal caso, los autores deben enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

Notas y comentarios

- a. Estructura: Esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 15.000 palabras.
- b. Originalidad: Los trabajos propuestos para esta sección deben ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar por vía digital una carta que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en la Revista.
- c. En el caso de comentarios de jurisprudencia, la sentencia, con indicación del tribunal interviniente, nombre de los firmantes y fecha de emisión, debe ser entregada junto con el trabajo enviado, como anexo. Si la sentencia fue extraída de una página web debe indicarse dirección de acceso.
- d. Otros: El trabajo debe enviarse con el título en idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo debe incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.
- e. Las notas y comentarios serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

Recensiones, crónicas y ensayos

La sección incluye reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 4.000 palabras. Las recensiones no contarán con palabras clave. La Revista podrá publicar crónicas y ensayos que no superen esa extensión de palabras.

Documentos

La Dirección podrá seleccionar documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

Otras secciones

Según las necesidades del número publicado, podrán incluirse necrológicas, recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de conferencias y/o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

IV. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen, si la hubiere. Los autores deben informar al menos el máximo grado académico que poseen, junto con la universidad que lo otorgó y el año, los cargos o compromisos laborales o profesionales, dedicatorias o los proyectos científicos patrocinados en los que el trabajo se enmarca podrán incluirse como segundo párrafo de la nota al pie inicial, antes de las notas de numeración correlativa. Los autores deberán indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. Podrán incluir los agradecimientos que estimen pertinentes.
2. Los autores que se encuentren en conflicto de interés con el trabajo presentado deben efectuar la aclaración pertinente en la nota al pie inicial, junto con sus datos personales. También deberán aclarar si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una

beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

3. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia al número de *FORUM* en el cual haya aparecido.
4. Los autores cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, habilitando la reproducción de su trabajo en el Repositorio Digital o Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los trabajos que contiene esta Revista representan la opinión de sus autores y no constituyen necesariamente la opinión oficial de la Pontificia Universidad Católica Argentina ni de ninguno de sus órganos.
6. Por lo menos el 50 % de los trabajos publicados en cada número de la Revista pertenecerán a autores externos a la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sin perjuicio de ello, la Revista publicará al menos dos trabajos pertenecientes a autores de la Universidad por número.

V. Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores aquellos envíos que incurran en las siguientes causales de rechazo:

- a. Que el manuscrito haya sido publicado o se haya enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. Si el archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. Si el texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las *normas de publicación*.
- d. Si el autor no ha aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

VI. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido del Director de la Revista, para

discernir la originalidad, relevancia e interés científico. En el caso de los artículos de investigación, la evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada.

2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación, o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. Solo se iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes *normas de publicación*. La adaptación de los originales a las *normas de publicación* de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a la Revista para las secciones de “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” serán evaluados por un árbitro externo a la Revista, designado por la Secretaría de Redacción. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego simple” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 30 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entregará al árbitro un certificado que acredite su labor.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Director de la Revista y el Consejo Editorial (en adelante, la Dirección de la Revista). Se podrá recurrir a un segundo arbitraje si fuera necesario.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación por el árbitro académico.
10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para asegurar la objetividad respecto de los autores.

VII. Normas para árbitros

- a) Los artículos, notas y comentarios presentados serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos. No serán sometidos a arbitraje las rese-

ñas, crónicas y/o ensayos cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección de la Revista.

- b) El *referato* de la Revista está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) y/o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) y/o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuyas áreas de trabajo son la Teoría y el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho Político, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal Constitucional, la Historia Constitucional, la Historia de las Ideas Políticas y otras disciplinas afines. La selección del árbitro dependerá de la temática del artículo.
- c) El árbitro que se encuentre en conflicto de interés con el trabajo que se le ha encargado evaluar debe inmediatamente excusarse de participar en el proceso del trabajo que se trate.

VIII. Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

1. Formato para textos

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra *Times New Roman*, negrita de 14 puntos para el título; negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel; cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel; 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

2. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas siempre deben ir a pie de página y no en el cuerpo del texto. Deben adoptar el siguiente formato:

- a. Referencias de libros: apellidos y nombres del autor, título de la obra (en letra cursiva o bastardilla), lugar de publicación, editorial, año de edición, página o páginas citadas (todo separado por comas).
Ejemplo: Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 1985, p. 250.
Si se trata de una traducción y se requiere mencionar el autor, se anota después de la editorial. Por ejemplo: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cuarta edición, novena reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, trad. Moisés Nilve, 2009, p. 174.

- b. Referencias de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva: apellidos y nombres del autor, “título del escrito” (en letra normal y entre comillas), apellidos y nombres del compilador o editor, indicándolo, o emplear AA.VV. cuando se trate de varios autores sin un editor compilador declarado, título de la obra, lugar de publicación, editorial, año de edición, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Bandieri, Luis María, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 34-51.
- c. Referencias de artículos de revista: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, nombre de la revista (en cursivas), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Castaño, Sergio Raúl, “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro*, Nueva época, Madrid, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 27-60.
- d. Referencias de artículos de periódicos: nombre y apellidos del autor, “Título del artículo”, nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Ventura, Adrián, “La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso”. *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. Ídem.
- e. Referencias de Internet: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, lugar, fuente editorial, fecha de la publicación (si está disponible), dirección de la página web, fecha de consulta, todo separado por comas.
Ej. Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Buenos Aires, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, rescatado de: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012).
- f. Jurisprudencia citada: las referencias a las sentencias citadas deben contener las partes en cursiva, el año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, el tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Debe especificarse el tomo y página de la publicación oficial; el link respectivo (con más fecha de último acceso) si hubiera publicación online disponible. Si no estuviera publicada oficialmente se incluirá la referencia a una publicación no oficial.
Ej. *Cruz, Felipa y otros c/ Minera Lumbrera Ltd. y otro s/ sumarísimo* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2016, *Fallos*: 339:142.
En el caso de citarse jurisprudencia extranjera, se deberá emplear el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

- g. Las citas intertextuales en el cuerpo del texto deben ir “entre comillas”. Si las citas son en idioma distinto del español, deben hacerse “entre comillas y en itálica”. Las citas de caja menor deben ir sin comillas y en fuente *Times New Roman* 12, con un margen izquierdo tabulado de 1,25 cm. 8. Para los términos del texto que estén en un idioma diferente al original del artículo se debe utilizar letra itálica. Para citas textuales dentro de un texto ya entrecomillado (“ ”) se utilizan las comillas angulares de apertura y de cierre (« »). Si en el interior de la cita, se omite alguna frase, debe indicarse con paréntesis y tres puntos (...).

3. *Presentación de la bibliografía*

Al concluir el trabajo, debe presentarse la totalidad de la bibliografía utilizada, expuesta en orden alfabético, según el apellido del autor (o del primer autor, si la respectiva obra tiene más de uno), guardando la misma estructura y forma señalada en los anteriores puntos. Para los casos de referencia de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva y artículos de revista, se deben citar de forma completa las páginas de inicio y final del respectivo trabajo.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

