





# **PRUDENTIA IURIS N° 95**

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



**Junio 2023**  
**Buenos Aires, Argentina.**

ISSN: 0326-2774 (impresa)  
ISSN: 2524-9525 (en línea)

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

**Rector**

Dr. Miguel Ángel Schiavone

**Vicerrector de Integración**

Pbro. Gustavo Boquín

**Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica**

María Clara Zamora de Najún

**Secretario Académico**

Gabriel Limodio

**Administrador General**

Horacio Rodríguez Penelas

**FACULTAD DE DERECHO**

Dr. Pablo Garat

Decano

Dr. Daniel Herrera

Director de Carrera

Dr. Carlos Muñiz

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Jorge Nicolás Lafferrière

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Dra. Cristina Marín Henriquez

Directora de la carrera de Martillero/Gestión y Dirección de Bienes

### **Director de la Revista**

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

### **Secretaria de Redacción**

Ab. Estefanía Rogora  
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,  
Buenos Aires, Argentina)

### **Comité Editorial**

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

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

Carlos I. Massini Correas  
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

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

Joaquín García Huidobro  
(Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, Chile)

Rafael Santa María D'Angelo  
(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Andrés Ollero  
(Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España)

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

### **Consejo Académico**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fernando Toller  
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Alfonso Santiago  
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

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

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

Juan Cianciardo  
(Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires)

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

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

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

Francesco Viola  
(Universidad de Palermo, Palermo, Italia)

Mauro Ronco  
(Universidad de Padova, Padua, Italia)

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

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

Ilva Myriam Hoyos  
(Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia)

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

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

Milagros Otero Parga  
(Universidad de Santiago de Compostela, La Coruña, España)

Catalina Arias de Ronchietto  
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)



## PRUDENTIA IURIS

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

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

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

En las últimas páginas del ejemplar se incluyen las Normas de Publicación para los autores junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar. Los autores de los artículos publicados, además, cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

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

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

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

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

The Journal covers the following fields: Philosophy of Law (Natural Law, Legal Theory, Legal Principles and Concepts); Public Law (Constitutional, Administrative, Labor and Employment, Social Security), Private Law (Civil and Business Law); History of Law; Canon Law; Comparative Law.

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

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

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

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

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

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

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

SUMARIO

Presentación..... 15  
Editorial..... 17

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

LAFERRIÈRE, Jorge y LELL, Helga (Eds.)  
*La dignidad a debate. Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ciudad de Buenos Aires, Marcial Pons, 2021, 218 pp. (por María Cecilia Barnech Cuervo). ..... 23

**PARTE II. Artículos de investigación**

SALAZAR SCHMIDT, Ignacio  
Verdad cristiana y pluralismo democrático según Joseph Ratzinger.  
*Christian truth and democratic pluralism according to Joseph Ratzinger* ..... 29

CORDERO, Teresa  
¿Deben las democracias liberales aceptar argumentos religiosos en el debate público? Una reflexión a partir del pensamiento de Nicholas Wolterstorff y Joseph Ratzinger. *Should liberal democracies accept religious arguments in public debate? A reflection on the thought of Nicholas Wolterstorff and Joseph Ratzinger.* ..... 47

LAISE, Luciano D.  
Disculpe mi ignorancia: ¿Deben los jueces penales decidir con “perspectiva de género”? *Excuse my ignorance: Should criminal judges adopt a ‘gender sensitive approach’ in their precedents?* ..... 61

## SUMARIO

|   |     |
|---|-----|
| GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María<br>La evolución del concepto de persona en el derecho civil español: antropología subyacente. <i>The evolution of the concept of person in civil law: underlying anthropology.</i> .....   | 93  |
| NAVARRO FLORIA, Juan G.<br>Colaboración con el suicidio y objeción de conciencia. <i>Collaboration with suicide and conscientious objection.</i> .....  | 123 |
| PANIAGUA, Juan Manuel<br>Los privilegios de los acreedores involuntarios dentro del régimen concursal vigente a la luz del fallo “Institutos Médicos Antártida” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. <i>The privileges of involuntary creditors within the bankruptcy regime in force in light of the ruling “Institutos Médicos Antártida” of the Supreme Court of Justice of the Nation.</i> ..... | 145 |
| ARIAS KRAUSE, Juan Ignacio<br>Bartolomé de las Casas: Entre la utopía y el derecho abstracto. <i>Bartolomé de las Casas: Between utopia and abstract law.</i> .....   | 181 |

### **PARTE III. Notas y comentarios**

|  |     |
|--|-----|
| Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas”, por María Bibiana Nieto [ <i>Commentary on the ruling of the National Supreme Court of Justice, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ personal rights: related actions (File No. 50.016/2016)”</i> ]..... | 203 |
|--|-----|

### **PARTE IV. Documentos y crónicas**

|   |     |
|---|-----|
| Nota de la Santa Sede en el primer aniversario de la adopción de los objetivos de desarrollo sostenible ..... | 221 |
|---|-----|

SUMARIO

**RECENSIONES**

|  |     |
|--|-----|
| Vallespín Pérez, David, <i>Mediación mercantil y eficiencia procesal</i> .<br>Barcelona. Wolters Kluwer Bosch, 2022, 399 pp. (por Jordi Delgado<br>Castro) .....   | 237 |
| Ventura, Eduardo; Domínguez Benavides, Alejandro. <i>Derecho, Cul-<br/>tura Jurídica e Instituciones Argentinas, Siglos XVI a XIX. Los tres<br/>siglos monárquicos de nuestro pasado</i> . Ciudad Autónoma de Buenos<br>Aires. Educa, 2021, 436 pp. (por Oscar Raúl Lotero)..... | 241 |
| <b>Normas de publicación</b> .....   | 247 |



## PRESENTACIÓN

Con gran alegría presentamos el nro. 95 de *Prudentia Iuris*, el cual comienza con la columna editorial de nuestro decano Pablo María Garat, sobre la misión de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina como escuela de derecho católica.

La sección dedicada a la “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” presenta la reseña de Cecilia Barnech del libro *La dignidad a debate. Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. El libro es una obra colectiva realizada en el marco de un proyecto de investigación que se desarrolló en la convocatoria PICTO-UCA acerca del uso del concepto de dignidad humana por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La sección de “Artículos de investigación” comienza con dos artículos dedicados a profundizar en dos aspectos del pensamiento de nuestro recordado Papa Emérito Benedicto XVI, quien falleció en diciembre de 2022. El primero, por Ignacio Salazar Schmidt, habla sobre el pluralismo democrático, su relación con la verdad cristiana y si ambos son o no necesariamente irreconciliables. El segundo artículo, escrito por Teresa Cordero, parte de los textos de Joseph Ratzinger y Nicholas Wolterstorff para llamar a la reflexión sobre la necesidad de incluir a la dimensión religiosa en la discusión política de las democracias liberales si ellas quieren permanecer fieles a sus principios.

El número continúa con el artículo de Luciano Laise, quien se centra en el llamado enfoque de género y el actual requerimiento hacia los jueces para que dicten sentencias con dicha perspectiva. El autor mantiene que esto resulta inadecuado para lograr una sociedad más igualitaria y realiza entonces una propuesta superadora que parte de la perspectiva de la vulnerabilidad. Desde España, María Goñi Rodríguez de Almeida presenta un estudio histórico de la evolución del concepto de persona en el derecho civil

español a la luz de la concepción antropológica de cada época y su reflejo en los cambios legislativos.

Juan Navarro Floria escribe sobre el suicidio asistido, tema que actualmente se encuentra en debate en Argentina. El trabajo aborda los peligros para la libertad religiosa y la objeción de conciencia que significan varios de los proyectos de ley sobre el tema para los trabajadores de la salud. Juan Manuel Paniagua escribe un artículo sobre la situación suscitada a raíz del fallo “Institutos Médicos Antártida” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad del régimen concursal al amparo del concepto de la dignidad de la persona humana y en consecuencia le otorgó al actor un privilegio fuera del regulado en la ley de concursos y quiebras.

Concluye la sección el artículo de Juan Ignacio Arias Krause, quien desde Chile dedica su investigación a la figura de fray Bartolomé de las Casas y su defensa de los naturales de América durante el siglo XVI.

La sección “Notas y comentarios” presenta el comentario de Bibiana Nieto al fallo que tratara en Argentina el derecho al olvido en internet, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En la sección “Documentos y crónicas” presentamos el documento que emitiera la Santa Sede con motivo del primer aniversario de la adopción de los objetivos de desarrollo sostenible.

Finaliza el número nuestra sección “Recensiones”. En esta oportunidad presentamos dos nuevas reseñas. El libro *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, de David Vallespín por Jordi Delgado. Oscar Raúl Lotero presenta el libro *Derecho, Cultura Jurídica e Instituciones Argentinas, Siglos XVI a XIX. Los tres siglos monárquicos de nuestro pasado*, de los autores de nuestra facultad, Eduardo Ventura y Alejandro Domínguez Benavides.

Agradecemos la constante colaboración y asistencia de la Biblioteca Central de la Universidad y la editorial Educa sin quienes *Prudentia Iuris* no podría publicarse tanto en su versión impresa como bajo el sistema OJS.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE  
Director

ESTEFANÍA ROGORA  
Secretaria de Redacción

## EDITORIAL

### Nuestra misión, visión y vocación

Nos parece el actual un tiempo que requiere una ratificación de nuestra misión y visión como escuela de derecho católica, fiel a sus raíces y actualizada frente a los desafíos que se nos presentan de modo ineludible: la revolución cultural a través de la “perspectiva” o “ideología de género”, que en el orden jurídico representan lo mismo; el impacto de la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías en la vida y relaciones de las personas y los grupos sociales; la recepción de todo ello en la legislación vigente o proyectada y las dificultades para alcanzar el Bien Común como un orden justo de relaciones concretas en nuestra Patria.

Ello conduce también a la necesidad de ratificar nuestra vocación apostólica y de servicio en tanto que universitarios católicos.

Hablaremos, entonces, de la fidelidad a la misión, la excelencia como visión y nuestra vocación universitaria católica.

### La fidelidad a la misión

La misión de la Facultad de Derecho se enmarca en los objetivos fundacionales de la UCA fijados en su Estatuto y ratificados en su Proyecto Institucional 2018-2022, consecuentes con la misión de servicio de la Universidad a la Iglesia y nuestra Patria. Concordantemente, ratificados en el Plan Estratégico de la Facultad 2019-2022 y su continuidad para 2023-2024.

Se encuentran claramente expresados en la obra *Naturaleza y vida de la Universidad*, de Monseñor Octavio Nicolás Derisi, que recordamos hace un tiempo en esta misma página. Ahora destacamos lo que San Juan Pablo II en la Constitución apostólica *Ex Corde Ecclesiae* enseña además sobre las universidades católicas:

“7. En el mundo de hoy, caracterizado por unos progresos tan rápidos en la ciencia y en la tecnología, las tareas de la Universidad Católica asumen una importancia y una urgencia cada vez mayores. De hecho, los descubrimientos científicos y tecnológicos, si por una parte conllevan un enorme crecimiento económico e industrial, por otra imponen ineludiblemente la necesaria correspondiente búsqueda del significado, con el fin de garantizar que los nuevos descubrimientos sean usados para el auténtico bien de cada persona y del conjunto de la sociedad humana. [...]

En este contexto, las Universidades Católicas están llamadas a una continua renovación, tanto por el hecho de ser universidad, como por el hecho de ser católica [...].”

A la luz de estas enseñanzas permanentes y en pleno siglo XXI –caracterizado como el del comienzo de la “era digital”–, la Universidad Católica, fiel a sí misma, en la perspectiva de su naturaleza y fines y comprometida con el orden de los saberes que debe respetar y promover, enfrenta un doble desafío para ser “luz del mundo”.

Por una parte, el de la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías que parecen eliminar cada vez más los límites del hombre como creatura y hacerle creer que puede “ser como Dios”. Por la otra, consecuentemente, la dilución del conjunto de principios y valores que caracterizan al hombre como ser creado –social y político por naturaleza, que marcha hacia su fin trascendente– en un humanismo ateo o “neopaganismo”. Todo ello en medio del aparente progreso indefinido de la ciencia y la incertidumbre acerca de sus consecuencias.

Esto es lo que hoy nos interpela más que nunca y determina nuestra visión como Facultad de Derecho: formar verdaderos universitarios capaces de desarrollar su vocación jurídica a la luz de la Verdad, con sólida formación profesional, pero al servicio de la Justicia y el Derecho desde la perspectiva teológica e iusfilosófica de la Verdad que nos trasciende, para la contribución al Bien Común de nuestra Patria.

Buscamos por ello tener una presencia relevante en relación con los grandes problemas de la sociedad actual, tanto a nivel académico y científico como en el debate público, con una participación basada en los resultados de nuestras investigaciones, desarrolladas en un ámbito de libertad académica y dentro de las exigencias de la Verdad y el Bien Común.

## **La excelencia como visión**

Promovemos permanentemente una Facultad de Derecho definida por su identidad católica, de alta excelencia y proyección internacional, lideran-

do al mismo tiempo la escuela del derecho natural que debemos representar y la actualización de la enseñanza del derecho para afrontar los desafíos de la era digital. Fuertemente inclusiva en base a los méritos de los aspirantes de la escuela media que no cuenten con recursos para sostener aquí sus estudios y claramente comprometida para contribuir a iluminar desde el Evangelio y la actividad de vinculación con el medio a nuestra Argentina, frente a los graves desafíos que debe afrontar.

Una verdadera Escuela de Derecho fundada en la excelencia, exigencia, ejemplaridad, eficacia y eficiencia al servicio de la búsqueda, aprehensión y transmisión de la Verdad bajo el modo de saber y al servicio de la Iglesia y la sociedad.

Una Escuela de Derecho sostenida en el orden y la integración de los saberes, la investigación, la interdisciplinariedad y la innovación respetuosa de todo ello.

Una Escuela de Derecho que garantice la formación de un Claustro permanente de maestros y sus discípulos enriquecidos por la comunión en la vida académica, donde profesores y alumnos puedan desarrollar en plenitud su vocación universitaria con sentido apostólico.

Una Escuela de Derecho que, fundada en el derecho natural, forme a los universitarios católicos que la sociedad necesita en pleno siglo XXI con identidad iusfilosófica y sólidas competencias y habilidades.

Estamos en un punto de inflexión de la Universidad y de la Facultad. Y esto ocurre en medio de la más grave crisis económica y social de la que nuestra Argentina tenga memoria, con graves efectos disruptivos en la población como consecuencia de la pandemia, particularmente en el campo educativo. Pero, además –lo que no es menor–, con la permanente acción cultural disociativa, especialmente sobre nuestros niños, de la perspectiva e ideología de género –que en el orden jurídico son la misma cosa–, a más de la tragedia de la pobreza e indigencia infantil estructural que comprometen el futuro de la Nación.

Esto exige de la comunidad educativa que integramos un nuevo esfuerzo y compromiso que confiamos sea bendecido por Dios como hasta ahora.

## **La vocación apostólica y de servicio en tanto que universitarios católicos**

Solamente puede concebirse la vocación del universitario católico como una vocación misionera y apostólica. Para los hombres y mujeres comprometidos con la Justicia y el Derecho esto adquiere una particular relevancia en el presente y futuro de nuestra Patria porque lo que está en juego es la

concordia política y la paz social, que solamente pueden alcanzarse al modo que la da Cristo, y no el mundo, como Él mismo nos ha enseñado.

Porque como señala el papa Francisco, siguiendo a sus predecesores, en *Fratelli Tutti*: “182. Esta caridad política supone haber desarrollado un sentido social que supera toda mentalidad individualista: ‘la caridad social nos hace amar el bien común y nos lleva a buscar efectivamente el bien de todas las personas, consideradas no sólo individualmente, sino también en la dimensión social que las une’”. Efectivamente, la política es la más alta expresión de la caridad, y atento a que nuestra escuela cree y enseña la politicidad del derecho en perspectiva trascendente para alcanzar el Bien Común, nuestra responsabilidad para contribuir a iluminar desde nuestra vocación universitaria esta finalidad es aún mayor.

La Facultad de Derecho debe continuar remando mar adentro, en fidelidad a nuestra misión, convencidos de nuestra visión y movidos por nuestra vocación en tanto que universitarios católicos. Esto es lo que nos hace fieles a nuestras raíces y permitirá seguir dando frutos, si Dios lo quiere.

PABLO MARÍA GARAT  
Decano

**PARTE I**

**CÁTEDRA INTERNACIONAL  
LEY NATURAL  
Y PERSONA HUMANA**



**LAFFERRIÈRE, JORGE Y LELL, HELGA (EDS.).  
LA DIGNIDAD A DEBATE. USOS DEL CONCEPTO  
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,  
CIUDAD DE BUENOS AIRES, MARCIAL PONS,  
2021, 218 PP.**

**María Cecilia Barnech Cuervo**

Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay

Dámaso Antonio Larrañaga. Uruguay

Contacto: mbarnech@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-5096-4372

Recibido: 14 de marzo de 2023

Aprobado: 22 de marzo de 2023

**Para citar este artículo:**

Barnech Cuervo, M. C. (2023). “Lafferrière, Jorge y Lell, Helga (Eds.).

*La dignidad a debate. Usos del concepto en la  
jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”,

Ciudad de Buenos Aires, Marcial Pons, 2021, 218 páginas.

*Prudentia Iuris*, N. 95. pp.23-35

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.23-25>

*La dignidad a debate. Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* es una obra colectiva realizada en el marco de un proyecto de investigación, dirigido por Jorge Nicolás Lafferrière, acerca del uso del concepto de dignidad humana por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Específicamente se propuso

determinar cómo el Tribunal ha utilizado ese término hasta el momento y, en caso de detectar una falta de referencia unívoca, también, sistematizar y describir las posibles variantes semánticas.

La obra se compone de seis capítulos elaborados, en forma individual o colectiva, por diferentes investigadores en los que se abordan aspectos particulares de la materia. Ello, sumado a que al final de cada capítulo se presenta una bibliografía específica, otorga al texto general una gran riqueza de enfoques. Por otro lado, y a pesar de esta diversidad, los capítulos están organizados con un orden lógico conceptual que genera en el lector un ámbito adecuado de reflexión sobre la dignidad humana.

El Capítulo I, redactado por Carlos A. Gabriel Maino, estudia el concepto desde una perspectiva histórica, presentando, por lo menos, tres variantes: la dignidad como límite, la dignidad como concepto ambiguo o la dignidad como reforzador del derecho a la intimidad. Pero también, nos recuerda, a pesar de posibles confusiones, *el origen auténtico de este concepto, intercambiable con el de persona, que (hace) referencia a una perfección especial del ser humano por sobre el resto de las criaturas, merecedor de un respeto especial, incluso sagrado* (p. 19).

Jorge Nicolás Lafferrière y Helga Lell escriben los Capítulos II y III que conforman el eje central de la obra. Por su parte, en el Capítulo II se estudian las referencias a la dignidad en documentos y cuerpos normativos universales, en el sistema americano, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también por tribunales nacionales. Este exhaustivo recorrido permite dar por descontada la existencia de variantes y múltiples significados del término y, pues, presentar una propuesta de sistematización.

El Capítulo III explica la metodología seguida. En particular, se tomó la producción histórica de la Corte IDH (tanto sentencias en casos contenciosos como opiniones consultivas) hasta 2018. Este *corpus* se analiza desde una perspectiva cuantitativa –se enumera cuántas veces se utilizó el vocablo dignidad y sus derivados que pudieran remitir a él– y, cualitativamente, se categorizan conforme a qué significado y a qué supuestos fácticos se aplicó.

Los hallazgos demuestran que nos enfrentamos a un trabajo fructífero y revelador. La Corte IDH utilizó el término en forma recurrente en casos relacionados con los artículos 5º, 6º y 11 de la CADH. Conceptualmente, asocia, en su mayoría, el uso de la noción de dignidad a la persona humana, pero de forma variable, con diferentes sentidos y alcances; en palabra de los autores: se advierte un uso *un tanto aleatorio y ecléctico* (p. 78). Además, no brinda parámetros *a priori* para su determinación.

En el Capítulo IV, Florencia Ratti se centra en la temática particular de la dignidad y las personas privadas de libertad; enumera las fuentes más invocadas y el uso del término y, asimismo, reconoce la utilización de

*fórmulas o estándares en torno a la dignidad de los reclusos*, como herramienta argumentativa en diferentes supuestos (condiciones de detención, vulnerabilidad, uso de la fuerza, entre otros). En definitiva, Ratti confirma un manejo imperfecto y débil de este mecanismo.

Finalmente, Giuliana Busso y Florencia Verra retoman la discusión, tanto teórica como crítica, sobre el concepto de dignidad, ya sea vista como derecho o como fundamento de derecho y su vínculo con los derechos implícitos, en los Capítulos V y VI, respectivamente.

De esta forma, la obra en su conjunto presenta varias fortalezas. En primer lugar, no está de más recordar la relevancia capital de la temática escogida *—de actualidad y decisiva significación para el derecho internacional de los derechos humanos* (p. 25)—, así como la solvencia técnica de cada uno de los autores, lo que la torna atractiva de antemano.

Por otra parte, me atrevo a afirmar que es uno de los estudios más exhaustivos y a fondo sobre la jurisprudencia de la Corte IDH referida al término “dignidad”. La investigación nos propone una forma paradigmática y rigurosa de examinar la práctica jurídica que implica un aporte contundente a la metodología que trasciende a este estudio en particular y, con seguridad, permitirá futuros abordajes para otras áreas de la jurisprudencia del Tribunal.

En cuanto a los resultados, estos dejan de manifiesto un uso polisémico y, en consecuencia, preocupante del concepto de dignidad humana. Por ello, al trayecto elegido solo podría reprochársele, en una primera lectura, la ausencia de un planteo final o un cierre; ya que el lector advertido de la problemática (y su gravedad, agregaría) espera ansioso una respuesta que le ofrezca calma ante esas ambigüedades e incertidumbres. Pero en una nueva lectura más despojada, se reconoce que el objetivo del trabajo se cumple con creces. Sin pretender prescribir soluciones, destaca su carácter descriptivo y analítico, sin dejar de ser crítico.

Así, ante un mundo incierto, alejado de lo trascendente y en que la Verdad parece no contar, esta obra, de manera consistente y fundada, nos alerta acerca de la opacidad con que es invocada nada más y nada menos que la dignidad humana.



## **PARTE II**

### **ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN**



**VERDAD CRISTIANA Y PLURALISMO  
DEMOCRÁTICO  
SEGÚN JOSEPH RATZINGER**

**Ignacio Salazar Schmidt**

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

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

ORCID: 289982420

Recibido: 21 de septiembre de 2022

Aprobado: 24 de octubre de 2022

**Para citar este artículo:**

Salazar Schmidt, I. (2023). “Verdad cristiana y pluralismo democrático según Joseph Ratzinger”. *Prudentia Iuris*, N. 95, pp.29-45

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.29-45>

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es mostrar cómo, según Joseph Ratzinger, la pretensión de verdad de la fe cristiana es compatible con el pluralismo propio de una democracia liberal. Esta compatibilidad se funda en una determinada comprensión del pluralismo democrático, así como en una determinada comprensión de la tolerancia cristiana.

**Palabras clave:** Pluralismo, Democracia liberal, Cristianismo, Ratzinger.

## **Christian truth and democratic pluralism according to Joseph Ratzinger**

**Abstract:** The object of this work is to show how, according to Joseph Ratzinger, the pretension of truth of the christian faith is compatible with the pluralism of a liberal democracy. This compatibility is grounded on a specific understanding of the democratic pluralism, as well as on a specific understanding of christian toleration.

**Keywords:** *Pluralism, Liberal democracy, Christianity, Ratzinger.*

## **Verità cristiana e pluralismo democratico secondo Joseph Ratzinger**

**Sommario:** L'obiettivo di questo lavoro è mostrare come, secondo Joseph Ratzinger, la pretesa di verità della fede cristiana sia compatibile con il pluralismo tipico di una democrazia liberale. Questa compatibilità si fonda su una certa comprensione del pluralismo democratico, così come su una certa comprensione della tolleranza cristiana.

**Parole chiave:** Pluralismo, Democrazia liberale, Cristianesimo, Ratzinger.

### **1. El problema del pluralismo**

Uno de los mayores desafíos que la democracia liberal plantea a la fe cristiana (aunque no sólo a ella) es lo que podríamos llamar “el problema del pluralismo”. Podemos formular este problema del siguiente modo: ¿cómo compatibilizar la robusta pretensión de verdad de la religión cristiana, que se concibe como la única verdadera, con un modelo de sociedad según el cual el Estado no debe asumir una sola visión general del bien?<sup>1</sup> Si una religión reclama ser la única verdadera, ¿no deberíamos decir que eso mismo es ya un peligroso germen de intolerancia? Por otra parte, ¿lleva la democracia liberal necesariamente consigo una apertura a distintas visiones de mundo que un cristiano jamás podría aceptar, ya que no sólo son distintas, sino muchas veces opuestas a la visión cristiana de la vida? Pareciera que fe cristiana y pluralismo democrático son incompatibles sin más. El teólogo Joseph Ratzinger, sin embargo, propone que, con ciertas condiciones, la pretensión

1 Para formularlo con palabras de Rawls: “El pueblo de una democracia constitucional no tiene, como pueblo liberal, una doctrina general del bien, mientras que los ciudadanos de una sociedad liberal sí tienen tales concepciones”. Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes*. Paidós, 53.

de verdad propia del cristianismo y la tolerancia o diversidad propia de la democracia liberal no son necesariamente irreconciliables. En este trabajo nos proponemos expresar lo que, a nuestro juicio, está en el corazón de esta posición ratzingeriana. Ella, sin embargo, se halla dispersa en varios trabajos suyos y merece por ese motivo ser objeto de una cierta recapitulación o reunión. La esencia del planteamiento ratzingeriano está en que, si se adopta cierto modo de comprender la relación entre razón y fe, la presencia de la fe cristiana en las sociedades liberales no sólo es posible, sino incluso deseable.

Antes de entrar directamente en el problema, es útil intentar precisar algo más sus términos. ¿Cuál es el alcance de eso que llamamos pluralismo? El pluralismo puede ser (o no) descrito como un problema; pero antes que la evaluación del hecho debe aceptarse la existencia del hecho como tal. El pluralismo es sobre todo una realidad, un hecho innegable de nuestras sociedades actuales. Este hecho puede ser valorado positiva o negativamente. Como sugiere un autor<sup>2</sup>, podríamos decir con Agustín “conlinges me a dispersione, in qua frustratim discissus sum dum ab Uno Te aversus in multa evanui”<sup>3</sup>, o decir con Mill que “a medida que la humanidad progresa, va constantemente creciendo el número de doctrinas que dejan de ser objeto de discusión”<sup>4</sup>. Pero antes que cualquier evaluación, el pluralismo es un hecho. Aquí partimos asumiendo que la pluralidad de las sociedades contemporáneas es peculiar de ellas, y más enfática que en épocas pasadas<sup>5</sup>.

Podemos hacer una diferenciación del pluralismo en dos dimensiones<sup>6</sup>. Se lo puede comprender, en primer lugar, como una posición ética o una postura filosófica según la cual cada uno debe transformarse en contacto con las otras éticas o filosofías, a fin de llegar, a partir (y a través) de la diversidad de perspectivas, a una comprensión de lo ético o de lo político que, al menos, se acerque a las exigencias universales de la naturaleza humana. También podría decirse que cierto pluralismo implica la negación de valores universales; pero parece más adecuado (y más difundido en la sociedad) un modo de pensar “agnóstico” respecto de valores universales que un “ateísmo” frente a tales valores. Según esto, el pluralismo como *ethos* comienza por cons-

2 Cfr. Svensson, M. (2015). Subsidiariedad y ordopluralismo. *Subsidiariedad*. IES, 77-94.

3 “Me recoges de la dispersión en que me estaba destrozado, mientras estaba alejado de Ti, el Uno, desvanecido entre muchas cosas”, Agustín de Hipona. *Confesiones* II, 1, 1.

4 Mill, J. S. (2011). *Sobre la libertad*. Alianza, 111.

5 Sobre el pluralismo contemporáneo en relación con la idea de tolerancia religiosa cristiana, desde una perspectiva sociológica y filosófica, véase Karpov, V. y Svensson, M. (Eds.) (2020). *Secularization, Desecularization and Toleration*. Palgrave Macmillan. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-54046-3>.

6 Aquí sigo a Svensson. Ob. cit., 77-94.

tatar la dificultad de acceder a valores universales, aunque en algunos casos no los niegue, sino que los considere algo así como valores límite. Esta es una forma de entender lo que es el pluralismo<sup>7</sup>. Pero también el pluralismo puede ser comprendido como programa de convivencia, es decir, asumiendo que, realmente, no necesitamos un consenso sustantivo en torno a valores comunes para conseguir la paz de la comunidad política, sino solo instituciones comunes, dentro de las cuales una pluralidad de formas de vida pueda coexistir. Según el primer modo de entender el pluralismo, no podríamos descartar que puede implicar, en algunos casos, cierta dosis de relativismo<sup>8</sup>. Distinguidas estas dos formas de comprender el pluralismo, podemos preguntarnos: ¿qué nivel de pluralismo es propio de una democracia liberal? ¿Es el pluralismo liberal-democrático necesariamente relativista?

## 2. ¿Es el relativismo una condición necesaria de la democracia liberal?

Si algo llama la atención en el pensamiento de Joseph Ratzinger es que en todo su quehacer intelectual aparece, de los más diversos modos, la (incómoda) categoría de *verdad*. La pregunta de si la verdad es alcanzable es en su pensamiento una inquietud permanente, y el caso que nos ocupa no es la excepción<sup>9</sup>. Así, al reflexionar sobre la democracia liberal, el teólogo siempre está preguntando, de un modo más implícito o explícito, según los casos, por

7 Una posición de este tipo es la que encontramos en Connolly, W. (2005). *Pluralism*. Duke University Press.

8 Cfr. Connolly, W. *Pluralism*. Ob. cit., 38-67.

9 Aunque se podrían citar muchas obras, pensamos que el problema de la verdad en relación con el pluralismo de la democracia liberal (así como el pluralismo en sede teológica) aparece de modo especial en los siguientes trabajos: Ratzinger, J. (2020). *Introducción al cristianismo*. Sígueme; Ratzinger, J. (2020). *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*. Rialp; Ratzinger, J. (2014). *El Dios de la fe y el Dios de los filósofos*. Encuentro; una excelente recopilación de artículos reunida en la obra Ratzinger, J. (2005). *Fe, verdad y tolerancia. El cristianismo y las religiones del mundo*. Sígueme; el diálogo con Jürgen Habermas en Habermas, J. y Ratzinger, J. (2018). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. Fondo de Cultura Económica; Ratzinger, J. (2005). *La fraternidad de los cristianos*. Sígueme; la encíclica *Lumen fidei*, que si bien fue redactada en último término por Francisco, tiene una primera redacción, casi total, de Benedicto XVI, según se dice en la propia encíclica. Cfr. *Lumen fidei*, n. 7 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)); Ratzinger, J. (1984). Cristianismo y democracia pluralista. Acerca de la necesidad que el mundo moderno tiene del cristianismo. *Scripta Theologica*, Nro. 16, 815-829. Como puede verse al apreciar el conjunto de la obra ratzingeriana, estos asuntos preocuparon desde muy temprano (al menos desde los años sesenta del siglo pasado) a nuestro autor.

la relación entre democracia y verdad. ¿Cuál es esa relación? ¿Cómo tiene que habérselas la democracia con la verdad?

Desde luego, los planteamientos filosóficos sobre la relación entre democracia y verdad son variados. El teólogo alemán considera que, al menos, una comprensión de la democracia liberal estaría marcada por el escepticismo o relativismo. Un ejemplo arquetípico de la posición escéptica sería la de Hans Kelsen, quien, en una de sus obras, pone a Pilato como el mejor ejemplo de hombre democrático. El Evangelio nos relata que cuando Jesús es llevado ante el Procurador romano, éste, tras intentar varias salidas para evitar la muerte de un inocente, le pregunta a quien había afirmado haber venido al mundo para dar testimonio de la verdad: “¿Qué es la verdad?”<sup>10</sup>. Kelsen nota que Pilato no espera una respuesta; antes de que Jesús pueda decir algo, Pilato decide dirigirse a la multitud, mostrando con ese gesto que “la verdad” es, en definitiva, inalcanzable y que por tanto solo nos queda contentarnos con lo que diga la mayoría del pueblo<sup>11</sup>. Si la voluntad del pueblo implicaba la decisión de dar muerte a un inocente, entonces dar muerte a un inocente no podía ser considerado un acto injusto. Las consideraciones relativas a lo justo en sí no son relevantes; alcanzar una verdad de ese tipo es algo demasiado lejano. Quizá Pilato como individuo podía pensar que no era justo matar a un inocente, pero no podía imponer esa convicción al pueblo. Lo justo para la ciudad es lo que el pueblo determine que es justo. Para quienes piensan como el jurista austriaco, dice Ratzinger, “la verdad, también la verdad sobre el bien, no parece algo que se pueda conocer comunitariamente. Es dudosa”<sup>12</sup>.

No es que Ratzinger considere que Kelsen, o quienes piensan como Kelsen, sean escépticos *simpliciter*. En efecto, no se trata de que la verdad sobre el bien sea absolutamente incognoscible, sino solo la verdad sobre el bien común. Cada individuo puede tener su propio proyecto de vida, y la sociedad debe permitirle que lo despliegue con la mayor amplitud posible. El individuo sí tiene acceso a la verdad sobre su propio bien privado<sup>13</sup>. Cuando

10 Jn 18, 38.

11 Cfr. Ratzinger, J. *Verdad, valores, poder...*, 76. La interpretación kelseniana del pasaje bíblico, así como una ulterior discusión, pueden verse en Possenti, V. (1991). *La società liberale al bivio. Lineamenti di filosofia della società*. Marietti, 335. Cfr. Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Labor.

12 Ratzinger, J. *Verdad, valores, poder...*, 73. Como explica el propio Ratzinger, es otro modo de caracterizar este “escepticismo democrático”, es decir que la única fuente legítima del derecho es la voluntad del pueblo. Cfr. Ratzinger, J. *Verdad, valores, poder...*, 88.

13 Esta “privatización de la verdad sobre el bien” es descrita por Ratzinger como una de las consecuencias de la Revolución francesa. Sólo tras esta revolución se concibió el Estado como una entidad absolutamente humana, separada de la divinidad o de la religión. Cfr. Pera, M. y Ratzinger, J. (2006). *Sin Raíces*. Península, especialmente 53-80. Esta privatización de la

cada uno persigue su propio bien, actúa de un modo que podemos llamar genuino o auténtico. En cambio, la pretensión de alcanzar la verdad sobre el bien común sería una pretensión desmesurada y riesgosa, pues podría conducir a imposiciones arbitrarias o a posiciones intolerantes<sup>14</sup>. Toda afirmación de una verdad sobre el bien común sería una imposición.

Corrientes como esta suelen tener un fundamento filosófico posmoderno de origen nietzscheano, según el cual la voluntad de cada sujeto es un poder que no reconoce límites, y cuyo desear debe ser realizado a toda costa en el mundo<sup>15</sup>. Nietzsche, en efecto, postula una ontología de la diferencia en la que cada ser humano es completamente único y no comparte ninguna naturaleza con sus semejantes<sup>16</sup>. Este filósofo ha sido quien más radicalmente ha identificado la vida con la voluntad de poder. Ratzinger, en cambio, desde una ontología analógica, puede fundar una noción de comunión que sea capaz de hacer inteligible un pluralismo democrático no relativista<sup>17</sup>.

---

religión no es, sin embargo, una consecuencia necesaria del proceso de secularización; ha sido lo que ha ocurrido históricamente en Europa y –nos atrevemos a agregar– en América del Sur. Cfr. Mong, A. (2013). The dialectics of secularization: an exceptional phenomenon. *Asia Journal of Theology* Vol. 27 issue 2, 243-259. Hacemos presente que Mong, siguiendo a Gary Glenn, considera que Leo Strauss hace una crítica de origen nietzscheano a la tradición iusnaturalista; no compartimos esta apreciación (sc. el nietzscheanismo de Strauss), aunque tampoco ignoramos que Strauss niega la existencia de absolutos morales. Cfr. Strauss, L. (2013). *Derecho natural e historia*. Prometeo, 167-207. Para una crítica de la negación straussiana de los absolutos morales: Mansuy, D. (2014). Aristote, Leo Strauss et le droit naturel. *Laval théologique et philosophique* vol. 70, núm. 2, 315-329. <https://doi.org/10.7202/1029154ar>. Sobre la relación de Strauss con Nietzsche: Zuckert, C. y M. (2006). *The Truth about Leo Strauss*. University of Chicago Press, 27-57.

14 Al menos en parte, el origen de algunas concepciones escépticas o relativistas de la democracia pueden rastrear hasta Rousseau. Para el pensador francés, el individuo en el estado de naturaleza es auténtico: en el estado pre-social se da el sólo ser sin aparecer; no hay “formas” que disfracen el núcleo íntimo del sujeto, donde estaría su verdad. Si para el sujeto tiene alguna conveniencia entrar en la sociedad, esa conveniencia se da sólo en la medida en que aquella sea un instrumento que le permita perseguir lo que su “yo interior” le muestre como bueno. Véase sobre esto García-Huidobro, J. (1992). *Naturaleza y política*. El discurso sobre la desigualdad de J. J. Rousseau. *Persona y Derecho (Escritos en memoria de Michel Villey IV)* Nro. 27, 201-223. En todo caso, la asociación entre relativismo y democracia también tiene insignes exponentes contemporáneos, que la afirman de modo más o menos explícito. Cfr. Dahl, R. (1992). *La democracia y sus críticos*. Paidós y Ackerman, B. (1980). *Social Justice in the liberal State*. Yale. Para una mayor profundización de este asunto, desde un punto de vista histórico-filosófico, remitimos a la obra de Possenti ya citada.

15 En esto sigo a Gonçalves, A. (2018). The theological foundation of democracy according to Ratzinger. *Religions* vol. 9 issue 115, 10. Una reflexión metafísica crítica muy interesante acerca de la noción nietzscheana de voluntad en: Polo, L. (2018). *Nietzsche como pensador de dualidades*. Eunsa. También A. Mong hace ver el rol de Nietzsche en esta comprensión de la democracia. Cfr. Mong, A. Ob. cit.

16 Cfr. Gonçalves, A. Ob. cit., 10-13.

17 *Ibid.*

Ciertamente, este tipo de enfoque fue el que motivó las condenas de la democracia liberal en otro tiempo por parte de la Iglesia<sup>18</sup>. Pero siendo esas democracias mismas una realidad cambiante en la historia, el juicio de la Iglesia respecto de ellas ha de ser también diverso según los casos. Así, Benedicto XVI explicaba que la variación del juicio de la Iglesia respecto de la democracia, introducida por la novedad que supuso el Concilio Vaticano II, debe ser entendida según una hermenéutica de la reforma, más que una hermenéutica de la ruptura:

Precisamente en este conjunto de continuidad y discontinuidad en diferentes niveles consiste la naturaleza de la verdadera reforma. En este proceso de novedad en la continuidad debíamos aprender a captar más concretamente que antes que las decisiones de la Iglesia relativas a cosas contingentes –por ejemplo, ciertas formas concretas de liberalismo o de interpretación liberal de la Biblia– necesariamente debían ser contingentes también ellas, precisamente porque se referían a una realidad determinada en sí misma mudable. Era necesario aprender a reconocer que, en esas decisiones, solo los principios expresan el aspecto duradero, permaneciendo en el fondo y motivando la decisión desde dentro<sup>19</sup>.

Pero no toda comprensión de la democracia liberal es, a juicio del pensador alemán, necesariamente escéptica. Cabe también lo que Ratzinger, siguiendo a Vittorio Possenti, denomina “posiciones intermedias”, que se sitúan entre el escepticismo y una opción metafísica robusta. Aquí estarían planteamientos como el de Karl Popper y otros<sup>20</sup>. Pensadores como Popper todavía conservan una cierta fe en que algunas verdades político-morales son razonables para todos (o al menos para la mayoría), en cualquier sociedad, aunque esas verdades no puedan ser demostradas. Su planteamiento

18 Cfr. ídem.

19 Benedicto XVI (2005). *Discurso de 22 de diciembre de 2005 a la curia romana*. Disponible en el sitio web del Vaticano.

20 Nuestro autor menciona también como exponentes de posiciones intermedias a Schumpeter y Bobbio. Cfr. Ratzinger, J. (2020). *Verdad, valores, poder...*, 85. Nos parece que también podría encuadrarse en esta categoría la influyente filosofía de John Rawls. En efecto, el profesor de Harvard calza bien con lo que Possenti llama “posiciones intermedias”, pues propone una fundamentación de ciertos valores democráticos que se obtendrían de un modo pretendidamente “aséptico” (el recurso al “velo de la ignorancia”), pero que se revela, después de pasados algunos años de la publicación de su *Teoría de la justicia*, como un planteo fuertemente condicionado por su contexto histórico, a saber, la realidad de los Estados Unidos de la época de posguerra. Sobre las dificultades epistémicas que implica el intento de fundar un sistema de valores políticos de un modo ahistórico, puede verse MacIntyre, A. (2021). *Tras la virtud*. Austral, 74-86.

tiene cierto carácter pragmático. Sobre la base de este consenso mínimo, una sociedad abierta podría sobrevivir. En este tipo de planteamientos, la voluntad general del pueblo no es la única fuente de legitimidad política o jurídica, pues lo que puede acordar la mayoría está sujeto a límites que no provienen de ella misma. Pero la pregunta por la justificación de esos límites contra mayoritarios no tiene una respuesta pacífica. Por esa razón, el teólogo considera que este modo de pensar está cada vez más lejos de ofrecer un terreno seguro para la democracia liberal, puesto que depende fuertemente de condiciones históricas que no están aseguradas. Particularmente, posiciones como la de Popper eran sostenibles gracias a cierto *ethos* judeocristiano que aún era compartido en la época en que escribía el autor de *La sociedad abierta y sus enemigos*. Es así como Ratzinger concluye respecto de Popper que “ponderando el conjunto de su pensamiento podemos decir que este pobre residuo de certeza moral [...] descansa en vestigios de origen judeocristiano existentes todavía”<sup>21</sup>. El problema del enfoque pragmático es que más temprano que tarde colapsa.

Así, habría posiciones que, sin ser escépticas o relativistas, conciben regímenes democráticos en los cuales ciertos valores morales mínimos debieran operar siempre como restricciones a la voluntad de la mayoría, sobre la base de principios que son presentados como relativamente evidentes para todos, o por lo menos como racionalmente accesibles para la generalidad de los ciudadanos. Pero estos planteos, históricamente tan condicionados, no ofrecen un fundamento suficientemente seguro de respeto por la dignidad de la persona desde un punto de vista normativo. Lo que Popper o Bobbio consideraban valores evidentes pueden dejar de serlo en el futuro. O quizá ya dejaron de serlo.

Pero hay un tercer modo de concebir la democracia liberal que permitiría superar el escepticismo, y entrar en un diálogo fecundo con la fe cristiana, de tal modo que ambas –democracia y fe cristiana– resulten beneficiadas. Es la concepción de la democracia que encontramos, por ejemplo, en Jürgen Habermas, quien sostuvo un célebre coloquio con el entonces cardenal Ratzinger, sobre los fundamentos pre-políticos del Estado liberal<sup>22</sup>. De acuerdo con esta visión, el relativismo no sería una condición necesaria de la democracia liberal<sup>23</sup>.

21 Ratzinger, J. (2020). *Verdad, valores, poder...*, 87-88.

22 Dicho coloquio fue organizado por la Academia Católica de Baviera. Tuvo lugar el 19 de enero de 2004. Las intervenciones están recogidas en Habermas, J. y Ratzinger, J. (2018). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. Fondo de Cultura Económica.

23 Como ha mostrado certeramente A. Gonçalves, ciertos enfoques de la Radical Orthodoxy coinciden con la metafísica ratzingeriana y alcanzan notables puntos en común a la hora de proponer un fundamento a una democracia liberal cuyo pluralismo no sea relativista y que así salvaguarde la dignidad humana. Cfr. Gonçalves, A. Ob. cit., 8-10.

El punto de encuentro entre el filósofo de Fráncfort y el futuro Papa en dicho diálogo estaba dado precisamente por la convicción compartida, a la que cada uno llegaba desde puntos de partida diversos, de que la razón humana es falible en su conocimiento de la verdad sobre el bien común, pero que no está completamente ciega, y que es posible que la razón, de algún modo, se abra a algo que está más allá de sí misma. Esta convicción se obtiene, tanto en el caso de Ratzinger como en el de Habermas, de la consideración de situaciones límite para la vida del hombre. Así, el teólogo sostenía en esa oportunidad que el poder inmensamente destructivo del terrorismo –en ese entonces no había pasado tanto tiempo desde el 11 de septiembre de 2001– nos pone frente a la realidad de que el hombre actual ha alcanzado con su razón el poder suficiente como para hacer del mundo un lugar horrible<sup>24</sup>. En la misma línea, explica que la gran cantidad de fabricación de seres humanos en probetas nos muestra que “la tentación de hacer experimentos con el hombre, la tentación de considerar a los hombres como basura y de deshacerse de ellos ya no son fantasías de moralistas hostiles al progreso”<sup>25</sup>, sino serios peligros para la convivencia democrática. Otro tanto se podría decir de la destrucción que trajeron consigo las guerras mundiales. Todo esto ha sido posible gracias a los “avances” de la razón humana. Pero si la bomba atómica, la experimentación con seres humanos, y tantos otros atentados contra los derechos humanos básicos son un producto de la razón, surge la duda sobre la fiabilidad de la sola razón. Surge la pregunta de si una crítica de la razón solo puede tener lugar frente a un tribunal erigido por ella misma. Ratzinger se pregunta, entonces: “¿No habría que poner la razón bajo observación? Pero ¿por medio de quién o de qué? ¿O no deberían quizá *circumscribirse recíprocamente la religión y la razón*, mostrarse una a otra los respectivos límites y ayudarse a encontrar el camino?”<sup>26</sup>.

Precisamente frente a este tipo de abusos de la razón o del uso de la razón para el mal, Ratzinger propone que la fe cristiana puede hacer una contribución decisiva a una sociedad pluralista. Puede ayudar a la razón a ser purificada de los riesgos que presenta su propia *hybris*.

Las reflexiones de Habermas iban en una dirección similar. Para el filósofo, la razón por sí misma descubre que su íntimo origen proviene de Otro<sup>27</sup>. Ella por sí misma está abierta a una dimensión trascendente, si lleva a cabo un “proceso de purificación de la razón por la razón” que la

24 Cfr. Habermas, J. y Ratzinger, J. *Entre razón y religión...*, 42. Hoy podríamos pensar en el conflicto entre Rusia y Ucrania, que nuevamente nos pone delante de la real amenaza de una guerra nuclear.

25 Habermas, J. y Ratzinger, J. *Entre razón y religión...*, 43.

26 Cfr. Habermas, J. y Ratzinger, J. Ob. cit., 44. Énfasis añadido.

27 Habermas, J. y Ratzinger, J. Ob. cit., 24.

haga tomar conciencia de su finitud, conciencia que solo es posible adquirir poniendo a la razón en un horizonte más amplio, es decir, en un horizonte trascendente. Este horizonte más amplio estaría presente en las distintas tradiciones religiosas que de hecho han existido históricamente en las comunidades humanas. Para el filósofo es un hecho que “en la vida de las comunidades religiosas [...] puede mantenerse intacto algo que en otros lugares se ha perdido y que no puede recuperarse solo con los conocimientos profesionales de expertos”<sup>28</sup>. Es decir, la razón *qua* razón constata que hay algo en diversas tradiciones religiosas que parece trascenderla, aunque le es de algún modo accesible. Ese conocimiento que las tradiciones religiosas mantienen parece ser el origen de una fuerza que es capaz de sostener a los seres humanos cuando se enfrentan radicalmente con su finitud. Ese “algo que se mantiene intacto en la vida de las comunidades religiosas” es descrito de la siguiente manera por Habermas:

Me refiero a formas de expresión y de sensibilidad bien diferenciadas frente a una vida fracasada, frente a patologías de la sociedad, frente al fracaso de la concepción de una vida individual y frente a una vida deformada en su conjunto. Esta asimetría en la pretensión epistémica [entre razón y revelación] permite iniciar en la filosofía una disposición a aprender de la religión, y esto no por motivos funcionales, sino por motivos de contenido<sup>29</sup>.

Son palabras fuertes. La razón, frente al problema del sentido, busca, ella misma, refugiarse en la religión. La filosofía tiene cosas sustantivas que aprender de la fe. Aquí no podemos reconstruir en todo su detalle el razonamiento del teólogo y del filósofo, pero quisiéramos simplemente hacer notar una coincidencia fundamental, que, por momentos, resulta sorprendente. Ambos pensadores convienen de modo admirable en que frente a ciertas experiencias límite, debemos reconocer que la razón humana necesita ser purificada de su propia *hybris*, y por otra parte, que la razón en su propio modo de operar permitiría, de suyo, una *apertura* de la propia razón a algo que está más allá de sí misma, y de lo cual participan las distintas formas de revelación, como la llama Habermas<sup>30</sup>. Si se comprende la relación entre

28 Habermas, J. y Ratzinger, J. Ob. cit., 26-27.

29 Habermas, J. y Ratzinger, J. Ob. cit., 27.

30 Para ser justos, debe puntualizarse que Habermas no sólo tiene en mente la tradición cristiana cuando habla de “revelación”, sino que incluye las más variadas tradiciones religiosas que permiten algún contacto de la autoconciencia con el Otro, sea un Otro personal, alguna forma de conciencia cósmica, o alguno de los diversos “pseudónimos la Trinidad” que las distintas religiones nos ofrecen. Cfr. ídem, 24.

razón y fe de esta manera, el relativismo no es, necesariamente, un lastre que acompañe a la democracia liberal.

### 3. ¿Es la intolerancia una condición necesaria del cristianismo?

La convergencia de los planteamientos de Habermas y Ratzinger no se refiere solo a la necesidad de purificación de la razón. *También es la propia religión la que puede dejarse llevar de una peculiar forma de hybris*. Como vimos, el teólogo no sólo propone que la razón sea purificada por la religión, sino también el camino inverso, ya que la propia religión ha sido históricamente –y actualmente– un pretexto para la violencia y la intolerancia. Razón y religión deberían circunscribirse *recíprocamente*, de modo que puedan “mostrarse una a otra los respectivos límites y ayudarse a encontrar el camino”<sup>31</sup>. Aún a riesgo de parecer reiterativos, quisiéramos enfatizar que es precisamente esta *mutua necesidad de purificación* o este *mutuo circunscribirse de razón y religión* la clave para entender cuál pueda ser el lugar del cristianismo en las democracias liberales contemporáneas. Aquí, en la manera como se concibe la razón en relación con la religión, o la relación entre razón y fe, está el nervio de toda esta cuestión<sup>32</sup>.

Si ciertas concepciones de la democracia liberal conllevan el riesgo del escepticismo, no es menos cierto que algunas aproximaciones cristianas a la política conllevan el riesgo de la intolerancia. No sólo del islam –como podría quizá pensarse a primera vista– provienen amenazas de una *hybris* religiosa, sino también del propio cristianismo, derivadas de su irrenunciable pretensión de verdad.

31 Cfr. Habermas, J. y Ratzinger, J. Ob. cit., 44. En el diálogo con Habermas se destaca, ante todo, la necesidad que la razón tiene de purificación. En *Fe, verdad y tolerancia*, por contrapartida, Ratzinger es bastante explícito respecto de la necesidad que la fe tiene de la filosofía, llegando a decir que sin ella la fe “se quedaría sin aire para respirar”. Ratzinger, J. *Fe, verdad y tolerancia...*, 161. Remitimos al lector a esta obra para ver el planteamiento más detenidamente.

32 En este trabajo no podemos exponer con todo detalle la comprensión de Joseph Ratzinger sobre la relación entre religión y razón, o entre fe y razón, naturalmente. Véase Ratzinger, J. (2014). *El Dios de la fe y el Dios de los filósofos*. Encuentro. En esta obra, el teólogo hace propio el sistema de identidad parcial de Santo Tomás de Aquino, es decir, la idea según la cual el Dios de la fe añade algo al Dios de los filósofos, superándolo. Sin embargo, el Dios de la religión es exactamente el mismo que el Dios de los filósofos, entendiendo aquí por “Dios de la religión” el “Dios de las religiones no cristianas”, las cuales se considera que aportan una vivencia real de la divinidad, aunque inferior a la que proporciona la fe cristiana.

Ratzinger no trepida en hacer una autocrítica de los efectos políticos negativos que su propia religión puede tener. Uno de esos efectos negativos –quizá el principal– es precisamente la tendencia a suprimir la idea de tolerancia<sup>33</sup>. Ya en la Antigüedad el cristianismo entró en conflicto con la idea de tolerancia religiosa vigente en la época del Imperio Romano, puesto que se negó a ser ubicado en el Panteón en pie de igualdad con las otras religiones<sup>34</sup>. Sin embargo, esta autocomprensión de los cristianos, que los llevaba a no ponerse en pie de igualdad con las otras religiones imperiales, implicaba que la comunidad de los cristianos debía ser en cierto modo anterior o independiente a la comunidad política. Tal convicción, nos dice el teólogo, es riesgosa, porque “aquí puede encontrarse el peligro de una pretensión teocrática. Con esto se relaciona el que la pretensión de verdad inmanente al Cristianismo (*sic*) pueda transformarse en intolerancia política, como ha sucedido más de una vez”<sup>35</sup>.

Esta posible pretensión teocrática que va envuelta en el cristianismo no es el único peligro que nuestro autor ve como riesgo connatural a la fe cristiana. También la resistencia de los cristianos a aceptar que todo lo humano es imperfecto –y el cristianismo en cuanto humano también– puede llevar a socavar los fundamentos mismos de la convivencia democrática. Este peligro es aún más serio en nuestros días. La amenaza teocrática en sede cristiana parece más improbable. En cambio, la tendencia a separarse o tomar excesiva distancia del Estado es una amenaza más seria.

Si no se acepta que el ideal que propone la fe cristiana nunca se realizará plenamente en este mundo, se corre el riesgo de despreciar el Estado o incluso llegar a combatirlo. Se corre el riesgo de vivir o de intentar vivir, en la práctica, al margen de él, de un modo algo anárquico<sup>36</sup>. En efecto, el teólogo explica que si el cristiano, por así decir, desespera de las posibilidades de alcanzar la perfección en este mundo, y opta por una “separación tajante entre Estado y Evangelio”, podría ser culpable de no colaborar con el *ethos* que el Estado liberal necesita para subsistir. El Estado necesita este *ethos*,

33 Cfr. Ratzinger, *J. Cristianismo y democracia pluralista...*, 823-825.

34 Cfr. ídem. Debe tenerse presente, como explica Ratzinger, que el rechazo cristiano de su inclusión en el Panteón implicaba defender el derecho de los cristianos a negar que el derecho público romano tuviera un carácter sagrado. Este rechazo incluía “la pretensión de ser una realidad de derecho público, situándose en un plano jurídico comparable al del Estado”. Ídem.

35 Ídem.

36 Dice nuestro autor: “Es cierto que la tentación de la anarquía se ha dado en todas las épocas con independencia del cristianismo. Pero la anarquía como objeto de una filosofía política y de un programa de acción con pretensiones de racionalidad, sólo ha sido posible de hecho desde esta triple raíz: el mesianismo judío, el quiliasmo [i.e. milenarismo] cristiano y la moderna idea de progreso vinculada a la técnica”. Ratzinger, *J. Cristianismo y democracia pluralista...*, 822.

pero él mismo no está en condiciones de producirlo<sup>37</sup>. Ya en la época de San Agustín –y de modo más enfático en la tradición agustiniana posterior– estaba presente este peligro de despreciar la comunidad política (la “ciudad terrena”). La comunidad política, como la piensa Agustín, nunca podrá ser *civitas Dei*. La ciudad del hombre sólo es capaz de una perfección finita. Pero no debemos abandonar la humildad que se necesita para aceptar la finitud de la perfección que el Estado puede ofrecer. El pensamiento del obispo de Hipona llevaría ínsito un peligro para la concepción del Estado o comunidad política, que en el extremo puede resultar verdaderamente nocivo. Por eso, el teólogo explica que, para Agustín,

El Estado sólo puede ser siempre *civitas terrena*. Aunque en san Agustín se encuentra también algún punto de apoyo para entender el Estado valorativamente como una magnitud neutral, es evidente su proximidad conceptual a la *civitas diaboli*; y, en cualquier caso, no se hace objeto de consideración inmediata una específica fundamentación positiva de la *civitas terrena*<sup>38</sup>.

El peligro sobre el que advierte Ratzinger puede retrotraerse, en última instancia, a una cierta interpretación de la soteriología cristiana: si consideramos que la salvación del alma discurre por un cauce completamente separado de nuestra actividad terrena –en otras palabras, si la “justificación” depende de tal modo de la gracia que las obras humanas en cierto modo son superfluas–, se corre el peligro de despreciar el Estado, e incluso, de llegar al extremo de considerarlo algo diabólico. La separación entre Estado y Evangelio puede ser vista como el correlato político de una comprensión que separa demasiado la naturaleza de la gracia.

La superación de ambos peligros –pretensión teocrática y abandono del Estado– pasa por aceptar la finitud de la realización cristiana en la historia. Esta es la purificación que la religión misma debe aceptar de parte de la razón, para no pretender instaurar lo Absoluto en la historia. La religión, y la religión cristiana en particular, es también una realidad humana, y como tal, imperfecta.

Esta aceptación de la finitud y de la ambigüedad de todo lo humano tiene consecuencias prácticas. Muy concretamente, el planteamiento ratzingeriano nos conduce a aceptar que los cristianos disfruten de un legítimo pluralismo de las opciones políticas compatibles con la fe. Esto implica dejar un lugar a la razón, para que, con una justa autonomía, determine cuál es el mejor modo concreto de alcanzar el bien común en un contexto histórico

<sup>37</sup> Cfr. Ratzinger, J. *Cristianismo y democracia pluralista...*, 823.

<sup>38</sup> Ídem.

determinado, sabiendo que nunca se alcanzará el ideal cristiano del todo. Así, la fe cristiana puede abrirse a un pluralismo no relativista, como consecuencia de la labor prudencial que le corresponde a la razón en el dominio práctico. La libertad política no necesariamente debe concebirse como la actitud frente a todas las concepciones sobre el bien humano como si fuesen igualmente válidas; hay un pluralismo cuya raíz está precisamente en el carácter concreto y singular de cada caso, y de sus diversas y únicas circunstancias históricas y contingentes.

Es muy importante reparar en cuál es, precisamente, la *causa* de que haya un pluralismo legítimo, porque de ese modo se comprende su verdadero sentido y alcance. La reflexión de Ratzinger nos muestra cuál es la razón fundamental para aceptar una diversidad de maneras de concretar las orientaciones que la fe cristiana ofrece a la vida social. Precisamente porque la actividad política siempre versa sobre aspectos contingentes, en estas materias no hay una única solución cristiana, y es legítimo que distintos cristianos tengan pareceres diversos, los cuales deben fundamentar racionalmente para que sean admitidos por sus conciudadanos. Con alguna libertad en el uso de los términos, podríamos afirmar que Ratzinger propone un relativo relativismo en sede democrática, como él mismo lo dice<sup>39</sup>.

Este planteamiento es coherente con una concepción de la razón práctica (y en algún sentido, la supone) según la cual los problemas políticos son problemas propios de un agente de praxis; entendiendo la racionalidad de la praxis como diversa de la racionalidad propia de la *téchne*<sup>40</sup>. Además, debe tener presente que Ratzinger considera que la tradición del derecho natural puede jugar para articular un pluralismo no relativista en las sociedades democráticas. Esto, sin embargo, a condición de que dicha tradición intente distinguir con nitidez algunos elementos de fe que a veces son presentados irreflexivamente como conquistas de la *ratio naturalis*, tarea en la que la propia tradición del derecho natural se encuentra muchas veces en deuda. Es decir, también haría falta una purificación de la propia tradición del derecho natural. Por último, podemos decir que esta peculiar comprensión de la tolerancia y el pluralismo sirve como fundamentación de una comprensión del principio de subsidiariedad como criterio orientador de la relación

39 “El relativismo aparece [...] como el fundamento filosófico de la democracia. [...] Una sociedad libre sería una sociedad relativista; tan sólo en este supuesto la sociedad podría seguir siendo libre y abierta al futuro. En el ámbito político, esta concepción tiene buena parte de razón. No existe una única opción política que sea la correcta. Lo que es relativo, la construcción de la convivencia de los hombres dentro de un ordenamiento en el que se disfrute de libertad, no puede ser algo absoluto”. Ratzinger, *J. Fe, verdad y tolerancia...*, 105.

40 Sobre la distinción y sus implicancias para la filosofía práctica, véase Volpi, F. (1999). Rehabilitación de la filosofía práctica y neoaristotelismo. *Anuario filosófico* Nro. 32, 315-342.

entre el Estado, los individuos, y las llamadas asociaciones de la sociedad civil<sup>41</sup>. Teniendo en cuenta todos estos factores, parece plausible pensar que la intolerancia no es una condición necesaria del cristianismo y que la religión misma queda a salvo de la *hybris*.

#### 4. Conclusión

En este breve trabajo hemos intentado mostrar por qué Joseph Ratzinger considera que cristianismo y democracia liberal no sólo no son incompatibles, sino que incluso se necesitan mutuamente. En el fondo de esta cuestión, según hemos visto, está el problema de cómo se comprende la relación entre fe y razón.

Esta compatibilidad mutuamente beneficiosa supone dos condiciones de posibilidad: del lado de la democracia liberal, que no se la conciba de un modo escéptico o relativista, es decir, como una manera de convivencia fundamentada en que, en última instancia, el conocimiento comunitario del bien común es inalcanzable. Del lado del cristianismo, se requiere que éste respete una justa autonomía del orden temporal (podríamos decir, una justa autonomía de la “razón pública”) que aleje el peligro de la intolerancia. Cuando uno de los dos lados se sale de estos marcos, sea porque se considere que la verdad sobre el bien común es inalcanzable, sea porque se intente alcanzar la plenitud de la salvación en el orden temporal o porque se desprecie este mismo orden, entonces cristianismo y democracia devienen incompatibles. Dicho con otras palabras, la verdad cristiana y el pluralismo democrático no entran en colisión cuando se acepta cierto pluralismo cristiano.

A nuestro juicio, el planteamiento ratzingeriano resulta iluminador y permite orientar la discusión sobre los fundamentos pre-políticos del Estado liberal de un modo fructífero, y que beneficia, en último término, tanto a la fe cristiana como a la propia democracia liberal, precisamente porque permite conseguir, al mismo tiempo, un pluralismo respetuoso de la dignidad de la persona y una aspiración a un consenso más sustantivo que la mera neutralidad del Estado, lo que hace posible una mayor cohesión social. Al mismo tiempo, se evita el peligro de la *desmesura*, tanto de parte de la razón como de parte de la religión.

Todo este planteamiento requiere una dosis de humildad epistémica, tanto de parte de la religión como de parte de la razón, que obliga a todos

41 Sobre el vínculo entre subsidiariedad y pluralismo, Ortúzar, P. (Ed.). (2015). *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del Mercado*. IES.

los interesados a hacer un esfuerzo de “traducción” de sus propios planteamientos, de modo que se vuelvan inteligibles para la otra parte, la cual a su vez debe hacer un esfuerzo de “interpretación” de los argumentos que se les presentan, ya sea por parte de la “conciencia laica”, ya sea por parte de las diversas tradiciones religiosas. Así, por ejemplo, la idea de que todos hemos sido creados a imagen y semejanza de Dios puede ser “traducida” a términos comprensibles para la “conciencia laica” como la igual dignidad de todos los seres humanos, lo que haría admisible a dicha “conciencia” un trato reflexivo con lo que las diversas religiones quieran plantear en la arena pública, que sin duda puede resultar enriquecedor para la misma razón pública. De este modo, se defiende también la libertad religiosa y se reconoce una justa dimensión secular en el seno mismo del quehacer de la Iglesia<sup>42</sup>.

## Bibliografía

- Agustín de Hipona, san. (2014). *Confessions* (Trad. C. Hammond). Loeb.
- Ackerman, B. (1980). *Social Justice in the liberal State*. Yale.
- Benedicto XVI (2005). *Discurso de 22 de diciembre de 2005 a la curia romana*. www.vatican.va. Consultado el 26 de octubre de 2022.
- Connolly, W. (2005). *Pluralism*. Duke University Press.
- Dahl, R. (1992). *La democracia y sus críticos*. Paidós.
- Francisco (Papa). *Lumen fidei*. www.vatican.va.
- García-Huidobro, J. (1992). Naturaleza y política. El discurso sobre la desigualdad de J. J. Rousseau. *Persona y Derecho (Escritos en memoria de Michel Villey IV)* n. 27 (201-223). Pamplona.
- Gonçalves, A. (2018). The theological foundation of democracy according to Ratzinger. *Religions* (1-16), 9, 115.
- Habermas, J. y Ratzinger, J. (2018). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. Fondo de Cultura Económica (segunda reimpresión de la edición de 2008).
- Karpov, V. y Svensson, M. (Eds.). (2020). *Secularization, Desecularization and Toleration*. Palgrave Macmillan. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-54046-3>.
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Labor.
- MacIntyre, A. (2021). *Tras la virtud*. Austral.
- Mansuy, D. (2014). Aristote, Leo Strauss et le droit naturel. *Laval théologique et philosophique* vol. 70, núm. 2, 315-329. <https://doi.org/10.7202/1029154ar>
- Mill, J. S. (2011). *Sobre la libertad*. Alianza.
- Mong, A. (2013). The dialectics of secularization: an exceptional phenomenon. *The Asia Journal of Theology*, vol. 27 issue 2 (oct.), 243-259.
- Ortúzar, P. (Ed.). (2005). *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del Mercado*. IES.

<sup>42</sup> En este punto compartimos plenamente la visión de Mong, A. Ob. cit., 253.

- Pera, M. y Ratzinger, J. (2006) *Sin raíces*. Península.
- Polo, L. (2018). *Nietzsche como pensador de dualidades*. Eunsa.
- Possenti, V. (1991). *La società liberale al bivio. Lineamenti di filosofia della società*. Marietti.
- Ratzinger, J. (1984). Cristianismo y democracia pluralista. Acerca de la necesidad que el mundo moderno tiene del cristianismo. *Scripta Theologica* Nro. 16. Eunsa, 815-829.
- . (2005). *Fe, verdad y tolerancia. El cristianismo y las religiones del mundo*. Sígueme.
- . (2014). *El Dios de la fe y el Dios de los filósofos*. Encuentro.
- . (2020). *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*. Rialp.
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes*. Paidós.
- Strauss, L. (2013). *Derecho natural e historia*. Prometeo.
- Volpi, F. (1999). Rehabilitación de la filosofía práctica y nearistotelismo. *Anuario filosófico* Nro. 32, 315-342.
- Zuckert, C. y Zuckert, M. (2006). *The Truth about Leo Strauss*. University of Chicago Press.



# ¿DEBEN LAS DEMOCRACIAS LIBERALES ACEPTAR ARGUMENTOS RELIGIOSOS EN EL DEBATE PÚBLICO?

Una reflexión a partir del pensamiento de Nicholas  
Wolterstorff y Joseph Ratzinger

**Teresa Cordero<sup>1</sup>**

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

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

ORCID: 0000-0003-1192-3495

Recibido: 10 de octubre de 2022

Aprobado: 12 de noviembre de 2022

## **Para citar este artículo:**

Cordero, T. (2023). “¿Deben las democracias liberales aceptar argumentos religiosos en el debate público? Una reflexión a partir del pensamiento de Nicholas Wolterstorff y Joseph Ratzinger”.

*Prudentia Iuris*, N. 95, pp.47-60

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.47-60>

**Resumen:** Uno de los conflictos que enfrentan las democracias liberales tiene que ver con la tendencia a excluir los argumentos religiosos del debate público, por tratarse de razones que no todos los ciudadanos están en condiciones de compartir. Sin embargo, con esta lógica, pueden presentarse algunas incoherencias que afectan el núcleo mismo del liberalismo. A través del pensamiento de dos figuras intelectuales que –desde las

1 Agradezco especialmente a de Nicola Center for Ethics & Culture de la Universidad de Notre Dame por facilitar la escritura de este artículo.

distintas perspectivas de la teología y la filosofía de la religión– han abordado estos asuntos, Nicholas Wolterstorff y Joseph Ratzinger, proponemos reflexionar sobre la necesidad que tiene la democracia liberal de incluir la dimensión religiosa en la discusión política, si quiere ser fiel a sus principios.

**Palabras clave:** Argumentos religiosos, Liberalismo, Debate público.

## **Should liberal democracies accept religious arguments in public debate?**

*A reflection on the thought of Nicholas Wolterstorff and Joseph Ratzinger*

**Abstract:** One of the conflicts faced by liberal democracies has to do with the tendency to exclude religious arguments from public debate, because they are reasons that not all citizens are in a position to share. However, under this logic, some inconsistencies may arise that affect the very core of liberalism. Through the thought of two intellectual figures who –from the different perspectives of theology and philosophy of religion– have addressed these issues, Nicholas Wolterstorff and Joseph Ratzinger, we propose to reflect on the need for liberal democracy to include the religious dimension in the political discussion, if it wants to be faithful to its principles.

**Keywords:** *Religious arguments, Liberalism, Public debate.*

## **Le democrazie liberali dovrebbero accettare argomenti religiosi nel dibattito pubblico?**

*Una riflessione sul pensiero di Nicholas Wolterstorff e Joseph Ratzinger*

**Sommario:** Uno dei conflitti che le democrazie liberali devono affrontare riguarda la tendenza a escludere gli argomenti religiosi dal dibattito pubblico, con la motivazione che si tratta di ragioni che non tutti i cittadini sono in grado di condividere. Tuttavia, secondo questa logica, possono sorgere alcune incongruenze che riguardano il nucleo stesso del liberalismo. Attraverso il pensiero di due figure intellettuali che –dalle diverse prospettive della teologia e della filosofia della religione– hanno affrontato questi temi, Nicholas Wolterstorff e Joseph Ratzinger, ci proponiamo di riflettere sulla necessità per la democrazia liberale di includere la dimensione religiosa nella discussione politica, se vuole essere fedele ai suoi principi.

**Parole chiave:** Argomenti religiosi, Liberalismo, Dibattito pubblico.

## I. Introducción

El 25 de noviembre de 2020, la Corte Suprema de Estados Unidos falló en contra de las medidas que el gobernador de Nueva York había dispuesto sobre el ejercicio del culto religioso durante la Pandemia COVID-19<sup>2</sup>. Aunque la situación sanitaria fue en extremo delicada, los representantes católicos de la Diócesis de Brooklyn, así como las autoridades judías de Agudath Israel of America, advirtieron a los jueces sobre la arbitrariedad de las indicaciones recibidas para el funcionamiento de los establecimientos religiosos en comparación con otras instituciones. Así, por ejemplo, si en una tienda ubicada en el barrio de Brooklyn se permitía acceso a cientos de clientes cualquier día de la semana, una iglesia o sinagoga cercana tenía prohibido el ingreso de más de 10 o 25 personas para realizar sus actos de adoración, pues según las autoridades competentes se trataba de instituciones no esenciales.

La Corte decretó que estas medidas afectaban directamente lo dispuesto en la Primera Enmienda, ordenando se revirtieran las medidas dispuestas por el gobernador de Nueva York lo antes posible<sup>3</sup>. Dentro de las razones acogidas por la Corte hay dos que podríamos clasificar como “razones públicas” y una que nos interesa especialmente tener en cuenta, pues se trata de un argumento eminentemente religioso<sup>4</sup>. Dentro de las “razones públicas” podríamos mencionar: a) que existen pruebas que demuestran que las restricciones establecidas violan el requisito mínimo de neutralidad hacia la religión; b) no se ha demostrado que la concesión de las solicitudes perjudique al público, pues el Estado no ha afirmado que la asistencia a los servicios haya tenido como resultado la propagación de la enfermedad, y tampoco ha comprobado que la salud pública estaría en peligro si se im-

2 Supreme Court of The United States (2020), “Roman catholic diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York”, November 25, 2020, 592 U.S. Traducción propia. La traducción al español de todos los textos en inglés utilizados en este trabajo es personal.

3 “La primera enmienda garantiza que el Congreso no puede crear ninguna ley que establezca una religión oficial o prohibir el libre ejercicio de una religión en particular. Esta enmienda protege la libertad de expresión, de prensa, de reunión, y el derecho de solicitar al gobierno compensación por agravios”. Disponible en: La Constitución | La Casa Blanca (whitehouse.gov).

4 La razón pública es un principio elaborado principalmente por John Rawls, que constituye uno de los pilares de las democracias liberales. Consiste básicamente en sostener que, cuando se delibera públicamente sobre cuestiones constitucionales esenciales o de justicia básica, las razones que se arguyen deben ser comprendidas por todos los ciudadanos. En este sentido, si alguien cree que la razón por la cual debiésemos fundar una norma que nos va a regir es religiosa, tiene que traducirla a lenguaje secular, para que sea válida como criterio público. Cfr. Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica, 204-205.

pusieran medidas menos restrictivas. La tercera razón, como ya dijimos de carácter religioso, ha sido catalogada como “daño irreparable”. En virtud de ella se explica cómo la pérdida de las libertades de la Primera Enmienda, incluso por períodos de tiempo mínimo, constituye un daño irreparable. Al admitirse solo 10 personas en cada servicio, la gran mayoría de los fieles no podrá asistir y, si bien los “excluidos” pueden, en algunos casos, ver los actos por televisión, esa visualización remota no es lo mismo que la asistencia personal. Los católicos que ven la misa desde su casa no pueden recibir la comunión y, asimismo, existen importantes tradiciones religiosas en la fe judía ortodoxa que requieren la asistencia personal.

Centremos la atención en este último argumento. Si nos detenemos en las explicaciones que entregó la Corte, naturalmente surgen preguntas del tipo: ¿qué es la comunión de los católicos?, ¿cómo se puede justificar ante la ciudadanía que un acto como ese requiere presencialidad?, ¿por qué los judíos no pueden prescindir por un tiempo de esas tradiciones que implican presencia física?, ¿no existen también otras instituciones no religiosas que han debido suspender tradiciones de este tipo producto de la emergencia sanitaria?

Así pues, el tema nos sitúa frente a uno de los dilemas propios de las sociedades seculares, donde el debate público tiende a dejar fuera los argumentos con trasfondo religioso, porque no responden a una razón común que pueda ser asumida por todos los ciudadanos. Por este motivo, cuando se trata de cuestiones públicas, las razones religiosas deben ser traducidas –así al menos según algunos autores– a un lenguaje secular, comprensible para todos<sup>5</sup>. Aunque en general esta discusión se sitúa en torno a materias de carácter coercitivo, en la mayoría de las democracias liberales los argumentos religiosos nunca ofrecen una justificación pública satisfactoria<sup>6</sup>. En este sentido, surge el interrogante sobre si es admisible que la Corte Suprema, entidad ejemplar de la razón pública en una sociedad democrática según Rawls, haya acogido un argumento eminentemente religioso como el que acabamos de presentar<sup>7</sup>. Al mismo tiempo, nos preguntamos si acaso puede un argumento como este ser traducido a un lenguaje secular. Si esto no es así, ¿qué ocurre, entonces, cuando la esfera pública se enfrenta con realidades espirituales que no encajan dentro de los criterios de razón pública?, ¿debe aceptarlas sin más o excluirlas por este motivo?

5 Sin embargo, Rawls sostiene que la razón pública no es una ley o una obligación, sino un deber de civilidad de todo ciudadano que desee mantener un régimen constitucional democrático. Cfr. Rawls, J. Ob. cit., 204.

6 Eberle, C. & Cuneo, T. (2017). Religion and Political Theory. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 28.

7 Cfr. Rawls, J. Ob. cit., 219.

Estas preguntas están aquí formuladas grosso modo desde Rawls, cuya influencia en la configuración de esta discusión se encuentra fuera de duda. Pero no las abordaremos desde su obra, sino desde la perspectiva de dos voces creyentes que han estudiado con detención estos asuntos. Por un lado, Nicholas Wolterstorff, filósofo y teólogo calvinista, y por otro, Joseph Ratzinger, teólogo católico. Estos autores resultan particularmente interesantes porque han estado en diálogo con figuras señeras de la tradición liberal, como Robert Audi, en el caso del primero, y Jürgen Habermas, en el caso del segundo<sup>8</sup>. Así también, resulta interesante estudiar la conexión que puede haber entre estos dos autores donde el trasfondo agustiniano es de primera importancia. Aunque ambos pertenecen al cristianismo, nos parece que sus reflexiones en relación con asuntos públicos se aplican a todas las religiones.

## II. Wolterstorff: el derecho de actuar según las propias convicciones en el espacio público

Como sabemos, el núcleo del pensamiento liberal consiste en considerar a sus miembros adultos normales como libres e iguales, poseedores de los mismos derechos. Dentro de ellos, se encuentra el derecho de cada uno a perseguir lo que considera bueno y obligatorio<sup>9</sup>. Apoyado en este principio, Wolterstorff plantea el conflicto que se le presenta a la hora de defender sus ideas en el debate público. En efecto, su motivación para postular la tesis acerca de la pobreza involuntaria evitable como una violación de *los derechos de los pobres en tanto que pobres*, está anclada en argumentos religiosos, fruto de su meditación a partir de las escrituras canónicas<sup>10</sup>. El dilema al que se enfrenta es si el liberalismo puede admitir en el espacio público este tipo de argumentos cuando sabe que una amplia mayoría de conciudadanos no acepta la Biblia como una fuente canónica e incluso, entre aquellos que la aceptan, muchos no consideran válido utilizarla en las discusiones políticas<sup>11</sup>. Su inquietud, en el fondo, es cómo puede una persona religiosa, que se mueve según el derecho a perseguir lo que considera correcto, actuar

8 Cfr. Audi, R. y Wolterstorff, N. (1996). *Religion in the public square: The Place of Religious Convictions in Political Debate*. Rowman & Littlefield Publishers y cfr. Habermas, J. y Ratzinger, J. (2008). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. Fondo de Cultura Económica.

9 Cfr. Rawls, J. Ob. cit., 94.

10 Wolterstorff, N. (1997). Why We Should Reject What Liberalism Tell Us about speaking and acting in Public for Religious Reasons. *Religion and Contemporary Liberalism*. Weithman, P. (Ed.). Notre Dame University Press, 162.

11 Wolterstorff, N. Ob. cit., 172.

consecuentemente, según sus convicciones y principios, sin tener que renunciar a ellos porque la mayoría no los comparte.

El problema que se le presenta a Wolterstorff, y las personas religiosas en general, surge porque las sociedades liberales, en su deseo por evitar todo conflicto, centran la atención casi exclusivamente en su dimensión política, es decir, en asegurar que se respeten las normas mínimas que garanticen una adecuada convivencia. Esto ha llevado al liberalismo a postular el principio de “neutralidad” con respecto a la religión, para así asegurar el pluralismo religioso<sup>12</sup>. Por esta razón, si la religión quiere participar en el debate público, debe hacer el esfuerzo de convertir sus ideas en un lenguaje comprensible para todos. Ahora bien, ¿cómo hacerse cargo, entonces, de aquellas personas que sienten la obligación de defender sus puntos de vista religiosos sobre cuestiones públicas sin hacer tal traducción a un lenguaje secular?

Al intentar responder esta pregunta, Wolterstorff advierte que el liberalismo, al operar bajo el principio de razón pública o “base independiente”, genera finalmente una paradoja. Por un lado, el respeto a la libertad y la igualdad de los ciudadanos requiere la adhesión al principio de independencia, pero si alguno tiene la convicción de que, en cierto asunto, movido por su derecho a buscar lo bueno y obligatorio, debe actuar en base a reflexiones religiosas, se le impide actuar así<sup>13</sup>. Y el problema es que esto no siempre resulta. De hecho, si él intenta aplicar la estrategia rawlsiana del consenso traslapado<sup>14</sup> al caso de los derechos de los pobres en tanto que pobres, se encuentra con que una gran parte de sus conciudadanos niega que los pobres tengan los derechos que él cree que tienen<sup>15</sup>; no es posible traducir lo que ha sido fruto de su meditación religiosa a un lenguaje racional idealmente compartido por todos.

Asimismo, en relación con estos principios, el liberal asume que pedirle a una persona religiosa que divida su vida entre lo religioso y lo secular es lo adecuado y que así no vulnera la religión de nadie. Probablemente, hay muchos temas que admiten un tratamiento de este tipo, pero hay otros, especialmente en ciertas religiones que exigen una visión integrada, donde

12 De acuerdo con el pensamiento secular, esto no significa ir contra la religión, sino que a través del principio de neutralidad se busca proteger la diversidad propia de una democracia pluralista, para que puedan convivir armónicamente las distintas religiones y cosmovisiones. Cfr. Taylor, Ch. (2011). *Why we need a radical redefinition of secularism*. Butler, Habermas, Taylor *et al.* (Eds.). *The power of religion in the public sphere*. Columbia University Press, 30.

13 Wolterstorff, N. Ob. cit., 176.

14 Consenso de doctrinas comprensivas razonables que se traslapan en la concepción política. Cfr. Rawls, J. Ob. cit., 147.

15 Wolterstorff, N. Ob. cit., 174.

sería incoherente actuar así. Es ahí cuando se ve con mayor claridad la paradoja –o injusticia, como la llama Wolterstorff– del liberalismo con algunas religiones<sup>16</sup>. En efecto, un ciudadano puede tener razones religiosas que lo motivan a defender una determinada posición política, pero *además* debe tener razones seculares y así, en el fondo, no se valoran adecuadamente sus convicciones<sup>17</sup>. En este sentido, cabe preguntarse: ¿es la privatización de la religión la mejor manera que tiene el liberalismo de respetar a todos sus ciudadanos?

Así pues, al reflexionar sobre su situación concreta, Wolterstorff llega a la conclusión de que, si el liberalismo quiere ser fiel a los principios de libertad e igualdad, debe admitir los argumentos religiosos en el debate público, aunque ellos no sean compartidos por todos. En este sentido, piensa que el liberalismo debe dejar de buscar una base independiente que aspire a tener un alcance universal<sup>18</sup>. Pues, “independientemente de cuáles sean los principios de justicia resultantes, lo razonable es que ella [la justicia] *no espere que* todas las personas razonables que utilizan su razón humana común estén de acuerdo con sus resultados, sino que *no todas las* personas razonables lo estén”<sup>19</sup>. En efecto, ¿por qué no podría ofrecer razones convincentes para una persona distintas de las que ofrezco a otra?; no hay una única razón humana común, sino que ella misma admite distintos razonamientos, no es necesario que sean siempre las mismas razones para todos con respecto a los mismos temas<sup>20</sup>.

16 Wolterstorff, N. Ob. cit., 177. Al pensar así, el liberalismo se vuelve “iliberal”, pues al ser la religión un asunto históricamente problemático, prefiere dejarla fuera de la esfera pública en vez de ayudar a la deliberación cuando asuntos de ese tipo lo requieran. Cfr. Wolterstorff, N. (2015). *Liberalism and Religion. The Cambridge Companion to Liberalism*. S. Wall (Ed.). Cambridge University Press, p. 303.

17 Audi, R. y Wolterstorff, N. Ob. cit., 120. Si el liberalismo promueve el respeto a los ciudadanos como libres y dignos sería más adecuado que, incluso en materias coercitivas, cada uno pueda exponer sus razones dentro de un contexto de apertura, donde se desee sinceramente comprender y aprender de otros puntos de vista. Cfr. Audi, R. y Wolterstorff, N. Ob. cit., 127.

18 Robert Audi le reprocha a Wolterstorff el hecho de referirse al liberalismo en su forma más extrema y no hacerse cargo de las ramas moderadas como, por ejemplo, la suya, donde los argumentos religiosos son admitidos en el debate público siempre que estén acompañados de otras razones seculares. Cfr. Audi, R. y Wolterstorff, N. Ob. cit., 112. Sin embargo, Wolterstorff considera que la versión de Audi es la menos común de todas, pues manifiesta una cierta simpatía hacia la religión. Cfr. Ob. cit., 116.

19 Wolterstorff, N. *Why We Should Reject...*, 174.

20 Aunque Wolterstorff no lo aclara, es importante subrayar que la razón pública admite distintas razones públicas para un mismo asunto, es decir, no hay una única razón válida cuando se discute una norma. Sin embargo, no entran dentro de esta categoría los argumentos religiosos y eso es lo que el autor cuestiona. Cfr. Rawls, J. Ob. cit., 214.

En resumen, podemos decir que, aunque es de esperar que en la mayoría de los asuntos que ocupan el debate público podamos razonar con un mismo criterio, hay situaciones que escapan al lenguaje secular. Por tanto, si la democracia liberal quiere ser consistente con sus principios, debe tener en cuenta a aquellos ciudadanos que, en su legítimo derecho, han aprendido a pensar y vivir desde premisas religiosas y no tienen el hábito de pensar en términos de razón pública o sienten la obligación de actuar bajo sus convicciones<sup>21</sup>. En consecuencia, no debiera exigir ni a todos ni siempre que conviertan sus razones en argumentos seculares. Así pues, la propuesta de Wolterstorff es una llamada al liberalismo a moderar sus pretensiones de “neutralidad” en el debate público, si quiere resguardar el principio de la igualdad, con su consecuente derecho a perseguir lo que se considera bueno y obligatorio. Sería más apropiado que cada uno pueda decir y actuar como quiera, mientras lo haga con respeto y dentro de los límites de la Constitución.

En la siguiente sección, veremos cómo Ratzinger aborda este problema desde una perspectiva más teórica. En efecto, más allá de la incongruencia liberal que advierte Wolterstorff con respecto a la exclusión de la religión del espacio público, el tema que nos ocupará a continuación tiene que ver con el aporte que la religión puede hacer en esta esfera, es decir, además de ser incluida por respeto a la igualdad de todos los ciudadanos, ¿es deseable que ella tenga una presencia pública? No pareciera que esta preocupación esté ausente en los escritos de Wolterstorff, sin embargo, Ratzinger pone mayor énfasis en esta preocupación.

### **III. Ratzinger: lo que la religión puede aportar en el espacio público**

En un conocido diálogo que sostuvo con Habermas<sup>22</sup>, Ratzinger planteó la necesidad de revisar los presupuestos del liberalismo democrático para avanzar hacia un diálogo intercultural fecundo pues, al estar inmersos en una sociedad cada vez más global e interdependiente, es urgente encontrar caminos de verdadero entendimiento entre las distintas culturas. Pablo Blanco ha destacado cómo el título mismo de la intervención de Ratzinger (“Fundamentos morales prepolíticos del Estado liberal”) resulta particularmente significativo, pues muestra que “entiende la sociedad liberal –es decir, democrática y pluralista– como espacio posible de convivencia social”,

21 Wolterstorff, N. *Liberalism and Religion...*, 299.

22 Habermas, J. y Ratzinger, J. *Ob. cit.*

más que un Estado confesional, en una comprensión que presenta “un interesante paralelismo con la relación entre fe y razón”<sup>23</sup>.

En este sentido, los amplios consensos que atraviesan la sociedad contemporánea han significado un avance importante, pues han logrado que el ordenamiento jurídico se transforme en propiedad de todos, ya que todos participan de su nacimiento. Al mismo tiempo, no resulta difícil advertir los límites que la democracia trae consigo pues, como sabemos, la decisión de la mayoría no siempre será necesariamente la más justa. En efecto, incluso en aquellas sociedades en que la democracia funciona bien, “no genera automáticamente la convicción de que ella es bajo todos los aspectos la mejor forma de Estado”<sup>24</sup>. Es importante, por tanto, preguntarnos si existe o no algo que preceda a los consensos y que, por tanto, deba ser respetado por ellos. En definitiva, para alcanzar un mejor entendimiento social e intercultural resulta fundamental reflexionar sobre si existe algo justo o injusto en sí mismo<sup>25</sup>.

Para responder a esta interrogante, Ratzinger se pregunta por el tipo de razón sobre el que se ha edificado la democracia liberal. Así pues, hace notar que la racionalidad que nos ha heredado la Modernidad está marcada por el criterio cuantitativo, matemático y científico, que vuelve irracional toda reflexión que no cuadre con ese juicio<sup>26</sup>. El problema, explica Ratzinger, es que, apoyada en ese único criterio, nos ha llevado a un progreso sin límite. Y así, ha puesto delante de ella su propia destrucción. En efecto, ¿no es verdad que la construcción de armas, como la bomba atómica, genera inquietud frente al horizonte al que se dirige? En este sentido, si la razón científico-matemática no ha sido capaz de encontrar en sí misma los límites de su propia conservación, ¿quién o qué podría hacerlo?

La respuesta, para Ratzinger, pasa necesariamente por “ampliar nuestro concepto de razón y su uso”<sup>27</sup> hacia la perspectiva metafísica, ética y

23 Blanco Sarto, P. (2019). Habermas y Ratzinger, un debate para el siglo XXI. El diálogo entre la “razón secular” y la “razón teológica”. *Teologia i Człowiek*, Nro. 46.2, 78.

24 Ratzinger, J. (1984). Cristianismo y democracia pluralista. Acerca de la necesidad que el mundo moderno tiene del cristianismo. *Scripta Theologica*, 16, 816.

25 Ídem. Este razonamiento está en sintonía con la tesis de Habermas sobre los límites de la democracia. En efecto, ella vive de presupuestos que por sí misma no puede generar. En este sentido, la razón, enfrentada a experiencias límite, no encuentra respuestas apropiadas y es entonces cuando descubre que su origen proviene de Otro. Así pues, queda abierta necesariamente a la trascendencia. Cfr. Habermas, J. y Ratzinger, J. Ob. cit., 24; cfr. Blanco Sarto, P. Ob. cit., 79.

26 Esta idea puede encontrarse desarrollada en profundidad en Benedicto XVI, “Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones”, Ratisbona, Alemania, 12 de septiembre de 2006, disponible en: [www.vatican.va](http://www.vatican.va) y cfr. Ratzinger, J. (2005). *Fe, verdad y tolerancia. El cristianismo y las religiones del mundo*. Sígueme.

27 Benedicto XVI, cfr. “Fe, Razón y Universidad”. Aquí se vuelve a observar el marco agustiniano que Ratzinger comparte con Wolterstorff.

religiosa. Todas ellas –también la científica– son aproximaciones racionales a la realidad, por eso deben dialogar públicamente, pues no existe una sola que pueda reclamar para sí la racionalidad común a todos los hombres. Si esto ocurre, es el hombre mismo el que queda reducido a un solo aspecto. En este escenario, Ratzinger es partidario de rescatar especialmente el papel que la religión ofrece a la razón moderna para volver a encontrar su camino hacia lo humano, pues una “correlación”<sup>28</sup> entre razón y religión hará posible que ambos conocimientos se enfrenten a sus propios límites y se muestren mutuamente que “ni la razón ni la fe nos prometen en absoluto que se dará alguna vez el mundo perfecto: el mundo perfecto no existe”<sup>29</sup>. De modo entonces que, si el espacio público se esfuerza por comprender esta realidad, estará prevenido frente a la amenaza del fanatismo, cualquiera que este sea. Si ambos razonamientos aprenden a escucharse, podrán “depurarse y regenerarse recíprocamente”<sup>30</sup> y alejarse, así, de toda patología destructiva.

Por tanto, la democracia liberal se encuentra hoy ante el desafío de hallar un camino de entendimiento intercultural que promueva un sano intercambio entre la razón y las distintas religiones que atraviesan las culturas. Ya no bastan solo los consensos minimalistas, sino que es necesario encontrar puntos de encuentro que permitan valorar lo que nos une como humanidad. Solo así, piensa Ratzinger, es probable que finalmente puedan volver a resplandecer “los valores y las normas que en cierto modo todos los hombres conocen o intuyen, y así pueda adquirir nueva fuerza efectiva entre los hombres lo que cohesiona el mundo”<sup>31</sup>. En definitiva, aunque no sea posible encontrar un solo razonamiento que una todas las culturas y bajo el cual todo se apoye, es posible que la correlación entre razón y religión constituya un camino de entendimiento que ayude a superar los conflictos que hoy nos presenta la sociedad mundial<sup>32</sup>.

28 Habermas, J. y Ratzinger, J. *Entre razón y religión*, 53. Para una comprensión más acabada de esta “correlación”, cfr. Benedicto XVI (2008). “Discurso preparado para la Universidad de la Sapienza”.

29 Ratzinger, J. *Cristianismo y democracia pluralista...*, 819. Esta es una perspectiva claramente agustiniana en la que Wolterstorff coincide con Ratzinger. Así, por ejemplo, “el hecho de que se me obligue a cumplir una ley a la que me opongo, ¿no es en sí una indicación de que no se me respeta plenamente como individuo libre y digno? En cierto modo, sí. Pero aquí hay que recordar el punto agustiniano: estamos hablando de la política de las ciudades terrestres, no de la política de la ciudad celestial”. Audi, R. y Wolterstorff, N. Ob. cit., 127.

30 Habermas, J. y Ratzinger J. *Entre razón y religión...*, 53.

31 Habermas, J. y Ratzinger, J. Ob. cit., 54.

32 Aunque este texto ha puesto énfasis en ciertas ideas del teólogo Joseph Ratzinger, resulta muy ilustrativo un volumen que contiene algunas intervenciones especialmente relevantes del magisterio papal de Benedicto XVI, comentadas por Pablo Blanco, David Walsh y Rafael D. García: Blanco, P. y García, R. D. (2013). *Benedicto XVI habla sobre cultura y sociedad*. Palabra, con comentarios de Pablo Blanco, David Walsh y Rafael D. García.

## IV. Conclusiones

Quisiéramos volver ahora sobre la pregunta que nos ocupa, a saber, ¿deben las democracias liberales aceptar argumentos religiosos en el debate público? Tal como vimos en la introducción, el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en contra del gobernador de Nueva York puso de relieve la imposibilidad práctica de excluir a la religión del debate político. En efecto, acogió como legítimo un argumento religioso en el que se expresaba, entre otras cosas, la necesidad que tienen los católicos de recibir la “comuni6n” de manera presencial. Con ello, la Corte Suprema –entidad ejemplar de la raz6n p6blica– puso de manifiesto sus propios l6mites y mostr6 que no siempre est6 en condiciones de abordar cuestiones religiosas desde un lenguaje secular y, en este sentido, puede aceptarlas, siempre que se trate de una cuesti6n razonable.

Justamente esto es lo que tanto Wolterstorff como Ratzinger quieren transmitir al liberalismo democr6tico: existen realidades profundamente humanas que se escapan a una forma estrecha de concebir los criterios p6blicos de deliberaci6n y es necesario que se reconozcan como tales. En ese sentido, un sistema pol6tico que intente deliberar bajo una racionalidad com6n dejando de lado la religi6n, se encontrar6 tarde o temprano con la necesidad de dialogar con ella. En efecto, ni la raz6n cuantitativa, ni la raz6n p6blica, ni el derecho natural lograr6n por sus propias fuerzas ofrecer una respuesta al porqu6 y al para qu6 6ltimos de las discusiones p6blicas. Porque esa raz6n no es la 6nica manera de acceder a la realidad y, en este sentido, no logra dar con el horizonte definitivo de la humanidad, realidad de la cual solo la religi6n puede ocuparse<sup>33</sup>. Por eso, afirma Ratzinger, “yo estoy convencido de que la herida del hombre, de la que en sentido propio le vienen todas las dem6s enfermedades, es precisamente la ruptura con la trascendencia. Despose6do de sus dimensiones reales, el hombre s6lo puede encontrar refugio en esperanzas aparentes”<sup>34</sup>. En la misma l6nea, Wolterstorff se6ala que sacar a la religi6n del espacio p6blico inevitablemente deja un vac6o que termina siendo reemplazado por preocupaciones l6citas, pero no trascendentes como “el bolsillo, su intimidad o la naci6n”<sup>35</sup>, y con ello se pierde de vista un aspecto profundamente racional, pues es la misma raz6n la que plantea al hombre estos interrogantes.

Son muchas las preguntas que a lo largo de este trabajo quedan abiertas como, por ejemplo, qu6 constituye exactamente el espacio p6blico para

33 Cfr. Ratzinger, *J. Fe, verdad y...*, 193.

34 Ratzinger, *J. Cristianismo y democracia pluralista...*, 821.

35 Wolterstorff, *N. Why We Should Reject...*, 177.

el que los argumentos señalados valen. ¿Cuentan en el mismo sentido para el debate público, para la discusión parlamentaria y para la formulación de las leyes? Esta y otras cuestiones relevantes tendrán que ser objeto de otros estudios.

Finalmente, es importante destacar que ambos autores sostienen la necesidad de un “mutuo acomodo”<sup>36</sup> entre el Estado moderno y la religión. En este sentido, es razonable que en el debate público las personas religiosas intenten traducir sus puntos de vista a un lenguaje comprensible por todos, teniendo en cuenta que no siempre lo logrará, porque no toda realidad espiritual es posible de traducir y, por otro lado, no siempre se está en condiciones de hacerlo. De manera que, así como la religión respeta la validez de los argumentos seculares, también a ella se le debe aceptar cuando ofrezca sus razones no traducidas. Volviendo al fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, podemos decir que no solo es un deber acoger argumentos de ese tipo, sino que es deseable que así sea, pues la religión también tiene algo que decir en el espacio público.

## Referencias

- Audi, R. y Wolterstorff, N. (1996). *Religion in the public square: The Place of Religious Convictions in Political Debate*. Rowman & Littlefield Publishers.
- Benedicto XVI (2006). Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones. [www.vatican.va](http://www.vatican.va) (consultado el 27 de julio de 2022).
- Benedicto XVI (2008). Discurso preparado para la Universidad de la Sapienza. [www.vatican.va](http://www.vatican.va) (consultado el 27 de septiembre de 2022).
- Blanco Sarto, P. (2019). Habermas y Ratzinger, un debate para el siglo XXI. El diálogo entre la “razón secular” y la “razón teológica”. *Teologia i Człowiek*, Nro. 46.2, 71-91. DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/TiCz.2019.016>.
- Blanco, P. y García, R. D. (Eds.) (2013). *Benedicto XVI habla sobre cultura y sociedad*. Palabra, con comentarios de Pablo Blanco, David Walsh y Rafael D. García.
- Eberle, C. & Cuneo, T. (2017). Religion and Political Theory. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Habermas, J. y Ratzinger, J. (2008). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. Fondo de Cultura Económica.
- La Constitución | La Casa Blanca ([whitehouse.gov](http://whitehouse.gov)).
- Ratzinger, J. (1984). Cristianismo y democracia pluralista. Acerca de la necesidad que el mundo moderno tiene del cristianismo. *Scripta Theologica* N° 16. Eunsa, 815-829.

<sup>36</sup> Wolterstorff, N. Liberalism and Religion..., 293. Esta idea también puede ser identificada como un “compromiso con la paridad entre lo religioso y lo secular”. Cfr. Eberle & Cuneo, Religion and Political..., 33.

- Ratzinger, J. (2005). *Fe, verdad y tolerancia. El cristianismo y las religiones del mundo*. Sígueme.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Supreme Court of The United States (2020). “Roman catholic diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York”, November 25, 2020, 592 U.S.
- Taylor, Ch. (2011). Why we need a radical redefinition of secularism. Butler, Habermas, Taylor *et al.* (Eds.). *The power of religion in the public sphere*. Columbia University Press, 23-34.
- Wolterstorff, N. (1997). Why We Should Reject What Liberalism Tell Us about speaking and acting in Public for Religious Reasons. *Religion and Contemporary Liberalism*. Weithman, P. (Ed). Notre Dame University Press.
- Wolterstorff, N. (2015). Liberalism and Religion. S. Wall (Ed.). *The Cambridge Companion to Liberalism* (Cambridge Companions to Philosophy, 282-304). Cambridge. University Press. DOI:10.1017/CBO9781139942478.016.

# DISCULPE MI IGNORANCIA: ¿DEBEN LOS JUECES PENALES DECIDIR CON “PERSPECTIVA DE GÉNERO”?<sup>1</sup>

**Luciano D. Laise**

Facultad de Derecho, Universidad de Piura (Campus Lima), Perú

Contacto: luciano.laise@udep.edu.pe

ORCID: 0000-0003-4249-5948

Recibido: 25 de noviembre de 2022

Aprobado: 16 de enero de 2023

## **Para citar este artículo:**

Laise, L. D. (2023). “Disculpe mi ignorancia: ¿Deben los jueces penales decidir con ‘perspectiva de género’?”.

*Prudentia Iuris*, N. 95, pp.61-91

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.61-91>

**Resumen:** El deber de emitir sentencias con “perspectiva de género” es un punto sobre el que insiste la jurisprudencia interamericana y múltiples sentencias de las altas cortes de muchos estados iberoamericanos. Esos tribunales suelen hacer hincapié en que solo mediante la adopción de una perspectiva de género, dirigida a aniquilar los estereotipos negativos de género, se podrá concretar seria y robustamente la vigencia del principio

1 El autor reconoce y agradece los comentarios de Daniel Gorra, de María Marta Didier, de César Olmedo y de los evaluadores de *Prudentia Iuris*. Sus observaciones y sugerencias incrementaron la calidad final de este artículo. También agradece a los participantes del IV Workshop de Derecho y Lenguaje en donde se ha discutido una versión preliminar de este trabajo (Universidad Nacional de San Luis, 2022). La presente investigación se enmarca en el siguiente proyecto: “De la interpretación a la argumentación en el proceso penal adversarial: problemas, límites y desafíos en el Estado Constitucional de Derecho” (DCT2221), financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

de igualdad material. ¿Pero qué significa tal enfoque? ¿Deben los jueces realmente adoptar metodología para resolver todos los casos que se les presentan? Estas son algunas de las preguntas que este trabajo pretende responder con el fin de defender una solución alternativa. Más en concreto, sostendré que el llamado “enfoque de género” resulta inadecuado para su pretensión de lograr una sociedad más igualitaria en donde las personas más vulnerables cuenten con mecanismos idóneos para superar una relación de dominación.

**Palabras clave:** Violencia familiar, Derecho penal del enemigo, Vulnerabilidad.

## **Excuse my ignorance: Should criminal judges adopt a “gender sensitive approach” in their precedents?**

**Abstract:** The gender sensitive approach became a must as the Interamerican jurisprudence and many High Courts of most of Latin American countries remarked. Those courts insist on a specific point: only through the embedment of the gender sensitive approach we will terminate negative gender stereotypes. Only by that means we will be able to achieve a robust fairness and equality. But what does that approach entail and mean? Should judges really adopt that approach in all their precedents? This article aims at tackling those questions by offering an alternative approach. I shall maintain that a gender sensitive approach is improper for accomplishing its very own purpose; that is, to achieve fairness and equality in our societies. That would not be enough to empower vulnerable persons to overcome asymmetric and toxic relations. In contrast, I will argue that a vulnerability approach would function as better means for achieving equality and fairness. In fact, a vulnerability approach will allow victims to overcome asymmetric relations, to empower themselves and, by the same token, to arrive at a just solution.

**Keywords:** *Domestic violence, Criminal law of the enemy, Vulnerability.*

## **Scusate la mia ignoranza: i giudici penali dovrebbero adottare un “approccio sensibile al genere” nei loro precedenti?**

**Sommario:** L’approccio sensibile al genere è diventato un must come hanno osservato la giurisprudenza interamericana e molte Alte Corti della maggior parte dei paesi dell’America Latina. Quei tribunali insistono su un punto specifico: solo attraverso l’incorporamento dell’approccio sensibile al genere elimineremo gli stereotipi di genere negativi. Solo in questo modo saremo in grado di raggiungere una solida equità e uguaglianza. Ma cosa comporta e cosa significa questo approccio? I giudici dovrebbero davvero adottare questo approccio in tutti i loro precedenti? Questo articolo mira ad affrontare queste domande offrendo un approccio alternativo. Sosterrò che un approccio sensibile al genere è improprio per raggiungere il proprio scopo; cioè, per raggiungere l’equità e l’uguaglianza nelle nostre società. Ciò non sarebbe sufficiente per consentire

alle persone vulnerabili di superare relazioni asimmetriche e tossiche. Al contrario, sosterrò che un approccio alla vulnerabilità funzionerebbe come mezzo migliore per raggiungere l'uguaglianza e l'equità. Infatti, un approccio alla vulnerabilità consentirà alle vittime di superare le relazioni asimmetriche, di potenziarsi e, allo stesso tempo, di arrivare a una giusta soluzione.

**Parole chiave:** Violenza domestica, Diritto penale del nemico, Vulnerabilità.

## **I. Introducción: una expresión generalizada que refiere a un concepto opaco**

Un periodista le preguntó a Jorge Luis Borges lo que pensaba sobre Maradona. Era la época en que Diego Armando resplandecía con todo su fulgor en la historia mundial del fútbol. La respuesta del maestro de las letras argentinas fue sagaz, como muchas otras veces, y así legó a la posteridad una de sus frases más memorables: “disculpe mi ignorancia”. Esa misma respuesta le brindé a un colega muy afable que me atrapó en mi zona de confort. Sus preguntas fueron aparentemente sencillas: “¿Deben los jueces decidir con perspectiva de género? ¿Cómo se juzga con perspectiva de género? ¿Qué significa tal cosa?”. Se podría decir que este trabajo es un intento que pretende ir más allá de una contestación evasiva; es decir, quisiera brindar una respuesta que no tenga ese amargo sabor a poco. En otras palabras, si me estás leyendo, querido amigo, este es un esfuerzo dirigido a responder un interrogante que resultó más arduo de lo que pensé al comienzo.

Volviendo al tema que quisiera plantear, el deber de incorporar la perspectiva de género en las prácticas de litigación y de juzgamiento se ha tornado insoslayable para quienes aspiran a ser magistrados; ya sea en calidad de defensores públicos, agentes del Ministerio Público Fiscal, o bien jueces<sup>2</sup>. La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina recopila sentencias que incorporan la llamada “perspectiva de género”<sup>3</sup>. Los Tribunales Superiores o Corte Supremas de varias provincias<sup>4</sup>, y hasta la propia CSJN han revocado sentencias porque estas

2 Argentina. Consejo de la Magistratura de la Nación, *Reglamento de Concursos y Resolución N° 105/22 de la Comisión de Selección*, art. 7°.

3 La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ya elaboró dos “Compendios de jurisprudencia con perspectiva de género”. El último de tales compendios fue publicado en septiembre de 2022. Más información en: <https://www.csjn.gov.ar/om/verNoticia.do?idNoticia=6485>

4 Argentina. Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Mendoza, Sala Segunda, “Di

no habían incorporado tal enfoque<sup>5</sup>. En breve, la interpelación de la perspectiva de género se ha vuelto una exigencia que resulta imperativa para todos los magistrados.

Ahora bien, tal exigencia normativa presupone una respuesta precisa a una pregunta de índole conceptual: ¿qué significa juzgar con “perspectiva de género”? Esta cuestión resulta de la máxima importancia. Porque pareciera que los esfuerzos por clarificar el contenido y sentido de tal concepto no han ido a la par de su creciente uso y relevancia en la práctica jurisprudencial.

Por consiguiente, estamos ante una noción que se emplea cada vez más, pero que está difusamente planteada en la jurisprudencia y doctrina especializada<sup>6</sup>. En fin, usted, señor litigante o funcionario judicial, tiene que aplicar la perspectiva de género en todas y cada una de sus intervenciones, pero adolece de una definición concisa, clara y puntual sobre lo que significa tal concepto y cómo hacer tal cosa<sup>7</sup>. Vaya paradoja. ¿No le parece?

Es a partir de este punto de arranque que pretendo salir en el auxilio de todos aquellos que sirven a la administración de justicia penal<sup>8</sup>. En efecto, quisiera brindar una contribución que subsane tales déficits conceptuales a través de la defensa de una tesis de naturaleza descriptiva y otra de índole argumentativa/normativa. La tesis descriptiva que desplegaré consiste en la caracterización del concepto de “juzgar con perspectiva de género” como una noción polisémica.

Con todo, las distintas conceptualizaciones, más allá de sus diferencias, terminarían confluyendo en dos grandes dificultades; 1) un enfoque punitivista que socavaría el umbral mínimo de garantías iusfundamentales de las

---

Cesare Melli, Andrés Salvador p/ Homicidio Agravado (97026) (97026/16) p/ Recurso Ext. de Casación p/ Recurso Ext. de Casación Horizontal”, CUIJ: 13-05722642-5/1, 28 de abril del 2022. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, “M., N. M. s/ Lesiones leves agravadas, amenazas coactivas con arma y abuso sexual con acceso carnal, todo ello en concurso real”, Expte. Nro. 1218/2021 STJ-SP, 11 de julio 2022. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, “Dos Santos, Nelson s/ Recurso de Casación en Autos: ‘Expte. Nro. 44.724/2016 – Dos Santos, Nelson s/ Homicidio Calificado por Violencia de Género’ y Acumulado Nro. 47.781/2016”, Expte. N° 100799/2017, 16 de marzo de 2020.

5 Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos”, 27 de febrero de 2020.

6 Una de las excepciones se puede advertir en el siguiente trabajo: Poyatos Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, Vol. 2, 7 y ss.

7 Gastaldi, P. & Pezzano, S. (2021). Juzgar con perspectiva de género “Desigualdad por razones de género” como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales. *Revista Argumentos*, Vol. 12, 43.

8 Nada obsta que, con los debidos ajustes, se apliquen algunos de los resultados de este trabajo a otras disciplinas jurídicas.

personas acusadas de los llamados “delitos de género”; 2) el ejercicio de la función jurisdiccional con “perspectiva de género”, que terminaría reforzando estereotipos negativos que apuntan a considerar a la mujer como una víctima que no puede hacerse cargo de su proceso de reparación y prevención de futuras relaciones asimétricas con varones. Esto, además, invisibilizaría la necesidad de protección que tienen otras personas vulnerables como los ancianos y niños, por caso.

Así, la noción de “juzgar con perspectiva de género” no solo no erradica, sino que más bien contribuye a fortalecer la situación vulnerable de quien padece una relación de poder asimétrico. El loable objetivo de desarticular tales relaciones de dominación y empoderar a la víctima no se podría concretar a través de una justicia con enfoque de género; es decir, si se pretende que un ser humano deje de estar sometido a la voluntad despótica de otra persona, pues hace falta una perspectiva alternativa. Por ende, la superación de un punto de vista que devenga en victimismo exige recorrer un camino distinto con el fin de que la víctima asuma el rol protagónico de su propia vida. En síntesis, la justicia con perspectiva de género implica una respuesta inadecuada porque no es un medio apto para alcanzar la protección y respeto de la dignidad intrínseca de la persona humana, tanto de la víctima como del acusado.

Situados en este contexto de ideas, me permitiré introducir la tesis normativa que pretendo defender en este trabajo. En concreto, sostendré que el juez ha de asumir una carga argumentativa más intensa y desafiante: un enfoque de vulnerabilidad que repare la injusticia sufrida por la víctima, que fortalezca a la persona agredida en su integralidad y que brinde las herramientas para que la víctima pueda tomar las riendas de su propia existencia.

El camino que recorreré para sostener mi argumento es el siguiente: 1) Dilucidaré el concepto de “juzgar con perspectiva de género”. 2) Reconstruiré las razones que se esgrimen en defensa de tal perspectiva al momento de elaborar una sentencia judicial. 3) Argumentaré en contra de la necesidad de adoptar un enfoque o perspectiva de género con el fin de conciliar el respeto a las garantías constitucionales básicas y una superación al paradigma de tipo punitivista en lo que hace a la represión de delitos contra las mujeres<sup>9</sup>. 4) Esbozaré una propuesta alternativa que podría sintetizarse en lo que Basset denomina como “perspectiva de vulnerabilidad”<sup>10</sup>. 5) Fi-

9 Rosler, A. (2022). *Si usted quiere una garantía, compre una tostadora*. Editores del Sur, 23 y ss.

10 Basset, U. C. (2017). La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano. Basset, U. C. & Lafferrrière, N. (Ed.). *Tratado de la vulnerabilidad*. La Ley, 19-21.

nalmente, concluiré con un apartado en el que recapitularé los principales hallazgos del presente trabajo.

## **II. Reconstrucción conceptual: ¿qué significa juzgar con perspectiva de género?**

### ***1. El deber de incorporar la perspectiva de género en todo acto estatal: porque así lo dispuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos***

La conceptualización de la llamada perspectiva de género resulta bastante esquivada. Se la suele postular como una exigencia normativa que se sigue del bloque de constitucionalidad en virtud de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>11</sup> (en adelante: Corte IDH). Sin embargo, una tesis como la anterior presupone un concepto unívoco de bloque de constitucionalidad, lo cual resulta discutible en sí mismo<sup>12</sup>. De hecho, esa noción constitucional tiene un ejemplo paradigmático o caso fácil; esto es, aquellos tratados internacionales de derechos humanos a los que el propio texto constitucional les atribuye una jerarquía equivalente a la propia de la ley fundamental.

Con todo, se pueden plantear algunas dudas que suscitan los “casos difíciles” o aquellos que se encuentran en la “zona de penumbra”. Me refiero al persistente problema sobre el grado de obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana en los casos en que un Estado no fue parte<sup>13</sup>. En concreto, y por citar un ejemplo, Argentina, ¿está obligada a cumplir una sentencia de la Corte IDH que condena a Guatemala a aniquilar estereotipos de género por ser estos incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos? La respuesta a esta pregunta depende del concepto que adoptemos del bloque de constitucionalidad y del tipo de control de convencionalidad que cabe aplicar<sup>14</sup>.

11 Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). Una sentencia brasileña con visión de género. *Revista de Bioética y Derecho*, Vol. 45, 155.

12 Pulido-Ortiz, F. E. (2020). Constitución y bloque constitucional. *Revista de Derecho Político*, Vol. 108, 341 y ss.

13 Para un trabajo sintético sobre estos asuntos, García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, Vol. 5, 124 y ss. Para un estudio crítico, Londoño Lázaro, M. C. (2014). *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*. Tirant Lo Blanch, *passim*.

14 En este punto resulta sumamente iluminador el siguiente trabajo: Pulido-Ortiz, F. E. *Ob. cit.*, 341 y ss.

En cualquier caso, sea cual fuera el concepto de bloque de constitucionalidad que se adopte, una noción como la que se comentó resulta prescriptiva, pero no descriptiva del contenido semántico del deber de juzgar con perspectiva de género. No pretendo abordar en este trabajo una cuestión que considero de segundo orden: ¿en qué medida los jueces de un estado deben atenerse a los precedentes de la Corte IDH? Mi punto es que la cuestión normativa depende de una elucidación conceptual previa. Porque difícilmente cabrá rechazar o asumir el deber de adoptar una “perspectiva de género” al momento de emitir sentencia si no sabemos lo que significa tal noción.

## ***2. El deber de juzgar con perspectiva de género: una definición finalista demasiado genérica***

Así, podemos también detectar una segunda línea que avanza más firmemente en la pretensión de definir el concepto de juzgar con “perspectiva de género”. Por ejemplo, cuando se postula que “la perspectiva de género se propone eliminar las discriminaciones reales de las que son objeto las mujeres, por ser mujeres, y los hombres, por ser hombres”<sup>15</sup>. A partir de esta aproximación pareciera que una acción humana que omita la incorporación de una perspectiva de género no sería más que un tipo especial de acto discriminatorio.

Por ende, si llevamos el antedicho criterio al campo judicial, resulta que emitir una sentencia sin adoptar una perspectiva de género comportaría una decisión judicial que resulta necesariamente discriminatoria. Dicho de otra manera, la razón de ser de la perspectiva de género consiste en extirpar a la acepción de personas de la historia de la humanidad. En consecuencia, una sentencia con perspectiva de género no es sino una concreción de la pretensión igualitaria que subyace a toda sociedad respetuosa de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el elemento teleológico es muy relevante para la definición de un concepto que pertenece al mundo jurídico. Porque, como decía Séneca, ningún viento es favorable para quien no sabe a qué puerto se encamina<sup>16</sup>. Sin embargo, conocer el destino es solo una parte del viaje. Esto significa

15 Vidales, I., Elizondo, D. M. & Rodríguez, G. (2007). *La perspectiva de género: breve estudio en Nuevo León*. CECyTE, 12.

16 Séneca (2015). *Letters on Ethics: to Lucilius*. (Trad. Graver, M. & Long, A. A.). University of Chicago Press, carta 71. La traducción a la lengua inglesa dice: “If one doesn’t know what harbor to make for, there can be no favoring wind”.

que aprehender la finalidad a la que apunta el uso de un concepto no reemplaza el conocimiento exhaustivo sobre lo que este refiere o significa<sup>17</sup>. También resulta preciso, en efecto, conocer la morfología y estructura que caracteriza a la perspectiva de género. Dicho de otro modo, la reconstrucción del elemento finalista es una condición necesaria, pero insuficiente para la comprensión del significado de todo concepto.

Por ejemplo, si usted quiere definir lo que es una silla va a tener que mencionar, más temprano que tarde, que esta sirve para sentarse. La función es aquello que torna plenamente inteligible a la descripción exhaustiva de tal artefacto humano. Pruebe, señor lector, el siguiente ejercicio mental: intente definir lo que es una silla prescindiendo de su finalidad o función. Verá usted que esa es una tarea ardua y necesariamente incompleta; salvo que uno incorpore la función o finalidad como un elemento necesario para la descripción de tal mueble. Esto que vale para un artefacto o mueble también se aplica a otros conceptos que designan realidades permeadas por la cultura, como sucede con las nociones propias de los ámbitos del saber práctico: la política, la economía, la moral y, lo que más nos importa en este trabajo, el derecho<sup>18</sup>.

Un esfuerzo de reconstrucción conceptual más exhaustivo en la línea que aquí se propone se advierte, por ejemplo, en la obra de Kemelmajer de Carlucci. La citada autora plantea que juzgar con perspectiva de género consiste en ejercer la magistratura de una manera tal en que se erradiquen los estereotipos de género. Ahora bien, ¿qué son los estereotipos de género? Pues estos se refieren “a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”<sup>19</sup>.

Con todo, la creación y el mantenimiento de tales estereotipos, según lo que plantea la Corte IDH, es particularmente grave cuando se refleja, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas públicas. Dentro de las prácticas de tales autoridades reviste una especial gravedad el caso del razonamiento y del lenguaje de las autoridades públicas. De lo que se trata, pues, es de eliminar a los estereotipos de género de las prácticas discursivas de todas las ramas del gobierno. Más en concreto, en lo que respecta a la administración de justicia, según el citado tribunal regional, el objetivo

17 Cotta, S. (1991). *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè, 10.

18 Laise, L. D. (2017). *El poder de los conceptos: convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. Porrúa, 223-224.

19 Corte IDH, “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala”, sentencia del 9 de marzo de 2018, pár. 294.

consiste en dictar sentencias que prescindan definitivamente de los estereotipos de género.

### ***3. Una definición transformativa: la perspectiva de género como instrumento para erradicar prácticas discriminatorias***

Ramírez Ortiz afirma que la perspectiva de género sirve para revelar aquellas instituciones, reglas y prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el fin de derogarlas, transformarlas y/o sustituirlas por otras que concreten eficazmente el principio de igualdad<sup>20</sup>. La efectiva vigencia material de la igualdad entre hombres y mujeres es la meta última que pretende realizarse por medio de una justicia con perspectiva de género<sup>21</sup>. Porque quienes se han conformado con la mera igualdad formal, junto con el despliegue de políticas aparentemente “neutrales”, no habrían hecho más que consolidar desigualdades de género<sup>22</sup>.

Ahora, un punto que suelen resaltar los defensores de la perspectiva de género es que el ejercicio del poder es un factor que incide relevante o decisivamente en las relaciones interpersonales. Tales defensas, en efecto, no escatiman referencias a la obra de Foucault, para quien las relaciones humanas están basadas y se reducen a una cuestión de poder<sup>23</sup>. De hecho, esta pretensión dirigida a desenmascarar la falsa neutralidad política de las instituciones jurídicas es lo que adscribe a la justicia con perspectiva de género en el movimiento de los llamados estudios críticos del derecho –*Critical Legal Studies*–<sup>24</sup>.

Con todo, lo relevante del antedicho esquema de ideas es que el poder se despliega mediante un entramado dinámico que atraviesa a todas las capas de la sociedad. No existe, pues, una sola manera de ejercer el poder, sino que es algo que varía según el tipo de relaciones humanas a las que

20 Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, Vol. 1, 203. En un sentido similar, Gentile Bersano, F. y Mudry, F. (2022). Perspectiva de género y derecho penal. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe*, Vol. 125, 91 y ss.

21 Maturana Cabezas, P. A. (2019). Juzgar con perspectiva de género: fundamentos y análisis de sentencias. *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 15, Nro. 2, 282.

22 Poyatos Matas, G. Ob. cit., 2.

23 Para una síntesis de la influencia de la noción de poder formulada por Foucault en los estudios de género, cfr. Piedra Guillen, N. (2004). Relaciones de poder: leyendo a Foucault desde la perspectiva de género. *Revista de Ciencias Sociales (CR)*, Vol. 4, Nro. 106, 125 y ss.

24 Faralli, C. (2002). La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX. *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 3, 168.

nos estemos refiriendo –v. gr., entre cónyuges, entre padres e hijos menores, gobernantes y ciudadanos, trabajador y empresario–<sup>25</sup>.

No obstante, existiría un hilo conductor en el poder o ejercicio del poder. Se trata de regular y controlar la vida de la otra persona con el fin de subordinarla a la propia voluntad y así dirigir su existencia<sup>26</sup>. El despliegue del poder se sumerge en un juego de suma cero. Porque el poder que uno posee necesariamente ha sido arrebatado a otro ser humano. De esta manera, el ejercicio del poder implica el mantenimiento o consolidación de relaciones asimétricas o desiguales. En efecto, la dinámica del poder termina configurando una mecánica social de opresor y oprimido de la cual nadie es capaz de huir<sup>27</sup>.

Aún más, el carácter de la opresión sería, de hecho, estructural. Porque estaríamos frente a unas estructuras que permean a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, no se trata de algo que las personas realizan intencionada o reflexivamente, sino del resultado de la acción humana bajo las coordenadas culturales de la hora presente. Porque puede que las personas individualmente consideradas no se autoconciban como agentes de opresión, pero sin saberlo terminarían siéndolo en virtud de la inercia de las institucionales sociales. Dicho de otro modo, quizá el varón no pretenda erigirse en opresor de manera consciente, pero la corriente social lo llevaría inexorablemente a sojuzgar a las mujeres con quienes se relaciona.

Ante este escenario de opresión, los operadores jurídicos –en general– y los jueces –en particular– están llamados a desmontar, pieza por pieza, aquellas complejas estructuras opresivas que imperan en la sociedad. Juzgar con perspectiva de género comportaría el deber de reconocer la naturaleza y las consecuencias del poder en las relaciones humanas. Los juzgadores urgentemente deberían abandonar su ilusión de neutralidad. Es necesario que, desde el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces se involucren activamente en el desmantelamiento de la opresión que unos sujetos vulnerables (mujeres) padecen de las manos de sus opresores (varones).

Hasta acá la reconstrucción de lo que significa “juzgar con perspectiva de género” a partir de algunos de sus desarrollos más sistemáticos y

25 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2020). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México D. F., 48.

26 Lagarde, M. (1997). *Género y feminismo: desarrollo humano y democracia*. Grafistaff, 68-70.

27 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Ob. cit., 48. Para un estudio crítico sobre la dimensión ideológica de las políticas de género en el ámbito público, Maino, C. A. G. (2019). Origen y desarrollo de las políticas de género en educación. *Prudentia Iuris*, Vol. 88, 29-32.

recientes. No obstante, tal conceptualización también está sujeta a cuestionamientos. En los próximos apartados esgrimiré dos argumentos críticos: 1) por un lado, la necesaria conexión de la adopción de la perspectiva de género con una concepción punitivista del derecho penal. Esto comportaría concebir al varón acusado como un sujeto peligroso en virtud de pertenecer al sexo masculino. Luego, 2) plantearé un argumento de corte empírico: la insuficiencia que presenta una perspectiva de género para erradicar los estereotipos negativos. Aún más, tal enfoque incurre en la paradoja de que fortalece el estereotipo de la mujer-víctima. En efecto, la adopción de la perspectiva de género implica concebir a la mujer como un ser que carece necesariamente de la suficiente autonomía para dirigir su propia vida. Pero no nos adelantemos. Vayamos paso a paso.

### **III. Primera crítica. La justicia con perspectiva de género: ¿un nuevo caso de derecho penal de autor?**

#### ***1. El regreso al derecho penal de autor: el varón como sujeto peligroso***

La llamada “perspectiva de género” corre el severo riesgo de ser aplicada al campo penal como una metodología que comporta un derecho penal de autor; esto es, la imputación de una acusación a una persona por lo que esta es, no por lo que ha realizado<sup>28</sup>. En efecto, si el hecho de pertenecer al género masculino necesariamente implica un rol opresor, pues entonces se terminarían abordando los casos de una manera todavía más trágica. Porque ni siquiera se estaría atribuyendo un delito en función de una característica del autor, sino por los riesgos potenciales que se le atribuye a un varón por el mero hecho de serlo.

Zaffaroni plantea que el derecho penal de autor es la “tumba del principio de legalidad y de cualquier garantía individual”<sup>29</sup>. Porque un elemento necesario del respeto al principio de legalidad penal implica que se reprochen conductas o hechos, mas no ser de tal o cual manera, o poseer esta o aquella característica<sup>30</sup>. Por ende, resulta imperioso probar que determinadas conductas han implicado una relación de dominación. De lo contrario, el proceso transcurriría bajo una suerte de presunción de que, si es varón,

28 Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general*. (Trad. D. M. Luzón Peña). (Tomo I). Civitas, 177.

29 Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de derecho penal: parte general*. (Tomo III). Ediar, 42.

30 Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Ediar, 38.

pues entonces ha dominado a la víctima. Peor aún, el varón acusado tendría que demostrar que es inocente, en vez de defenderse de la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal<sup>31</sup>.

Ahora, en cambio, resulta mucho más nutritivo asumir el deber de argumentar puntualmente en qué medida el caso concreto encaja o no en un marco de una relación de dominación en la que el varón ha oprimido a la mujer. Así, le corresponderá al juez controlar en qué medida el debate que traban las partes está atravesado por una desigualdad que cabe desarticular<sup>32</sup>. De esta manera, el varón acusado no tendría que demostrar su inocencia por el hecho de pertenecer al sexo masculino.

No obstante, tampoco cabe asumir que la víctima se ubica necesariamente en un perfecto estado de igualdad respecto a quien sería su agresor. El juez es quien tiene el deber de controlar en qué medida la víctima se ubica concretamente en un plano de desigualdad, indefensión o sumisión respecto a su agresor. Porque cabe tener presente que no pocas veces resulta ser el varón quien es la víctima de una relación de dominación. Al fin y al cabo, los varones no son los únicos que impulsan acciones violentas en el marco de una relación de pareja<sup>33</sup>.

La aplicación directa y automática de perspectiva en favor de la mujer pareciera sugerir que las motivaciones por las cuales matan o agreden las personas varía significativamente en función del sexo de las personas. Con todo, no existe suficiente respaldo empírico para sugerir tal cosa<sup>34</sup>. Además, la perspectiva de género cuando propone que todo caiga bajo el ángulo de opresor-oprimido deja de lado aquello que sucede cuando se superponen múltiples vulnerabilidades en una misma persona. Por ejemplo, el supuesto de una pequeña niña que es, a su vez, una víctima de agresiones físicas durante varios años en manos, o en complicidad, de su propia madre (adulta).

Asimismo, ¿qué sucede con el caso de las mujeres que sufren violencia en manos de otras mujeres? ¿Qué pasa con las niñas que sufren violencia sexual de parte de sus dos padres o, incluso, solamente de su propia madre? ¿Y qué hay de las abuelas que son agredidas físicamente por sus hijas o nietas? ¿Qué ocurre con la madre que sufre una relación de dominación, pero

31 Esto colisiona directamente con lo dispuesto por el art. 8º, inciso 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cfr. Edwards, C. E. (1996). *Garantías constitucionales en materia penal*. Astrea, 107.

32 Gastaldi, P. & Pezzano, S. Ob. cit., 46.

33 Arbach, K., Nguyen-Vo, T. & Bobbio, A. (2015). Violencia física en el noviazgo: análisis de los tipos diádicos en población argentina. *Revista Argentina de Ciencias del Comportamiento*, Vol. 7, Nro. 2, 39.

34 Kreimer, R. (2020). *El patriarcado no existe más*. Galerna, 298.

que descarga sus frustraciones sobre su niño menor de edad que padece una discapacidad?

Lo que quiero remarcar es que la perspectiva de género pone el acento unilateralmente en tan solo uno de los grupos (mujeres) que puede ser víctima de una relación de dominación. Puede que así suceda en la mayoría de los casos. Con todo, no existe respaldo basado en evidencia científica de que ello suela ocurrir solamente en una dirección que va desde el varón hacia la mujer<sup>35</sup>. De hecho, la ira, los celos y la agresión verbal parecen ejercerse en similar medida tanto por hombres como por mujeres, como lo señala Pinker<sup>36</sup>. El desborde de las pasiones hacia la violencia no es una cuestión privativa del sexo masculino, tal como lo señalan algunos clásicos de la literatura universal<sup>37</sup>.

## ***2. La dimensión abstracta se proyecta sobre la dimensión concreta de la decisión judicial***

Podríamos afirmar que el juzgamiento bajo una “perspectiva de género” comporta un punto de partida que se basa en una dimensión abstracta que proyecta sus resultados sobre una dimensión concreta. El aspecto que resulta abstracto se revela en la predicación de una teoría social basada en la naturaleza opresiva de un grupo sobre otro. Lo que presupone una suerte de compromiso con la explicación del funcionamiento o dinámica específica de las relaciones humanas, las cuales se describen primordialmente a través del poder<sup>38</sup>.

No obstante, cabe plantearse, ¿resulta necesario asumir esa teoría social para concretar los fines que pretende el juzgamiento con perspectiva de género? El juez que no está comprometido con la naturaleza inexorablemente opresiva de las relaciones sociales, ¿podrá intervenir eficazmente en la concreción de los fines que procura la perspectiva de género? En fin, la administración de justicia que adopta una “perspectiva de género”, ¿puede

35 Paglia insiste en la urgente necesidad de que los estudios feministas pongan una mayor atención a la información científica. Paglia, C. (2008). *Feminism Past and Present: Ideology, Action, and Reform. Arion: A Journal of Humanities and the Classics*, Vol. 16, Nro. 1, 16.

36 Pinker, S. (2008). *The Sexual Paradox: Men, Women and the Real Gender Gap*. Scribner, 48.

37 Podría mencionar, a título de ejemplo, al personaje de Lady Macbeth de Shakespeare. O también a Medea, de Eurípides, la cual era una mujer sabia, seductora e inteligente, quien se vuelve asesina a causa de la traición de su marido.

38 Este tipo de dialéctica de las relaciones sociales evoca al pensamiento marxista, De Martini, S. (2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Vol. 75, 70 y ss.

escapar o prescindir de una teoría social que adopte una dinámica histórica de opresores y oprimidos?

La respuesta al anterior interrogante es que la dimensión concreta del juzgamiento con perspectiva de género sigue necesariamente la suerte de los contenidos de la dimensión abstracta<sup>39</sup>. Con esto quiero decir que el alcance de la aplicación de la perspectiva de género a casos particulares y concretos de modo necesario estará supeditado a los contenidos previamente delimitados en abstracto. De esta manera, si no se asume que las relaciones sociales están atravesadas por el poder de cabo a rabo, entonces las intervenciones ancladas en una perspectiva de género no se dirigirían a desmantelar una relación de dominación.

Ahora bien, independientemente de la discusión que se podría dar en clave de teoría social, estimo que la calidad de la labor jurisdiccional disminuye cuando esta se encuentra comprometida de manera invariable o apodíctica con una explicación general de la naturaleza de las relaciones sociales. ¿Por qué esto sería así especialmente en el campo de los procesos penales? Porque esto nos pondría, lisa y llanamente, en un nuevo ejemplo de derecho penal de autor. Con otras palabras, no serían los actos concretos, sino algunos rasgos de la personalidad los que determinarían el régimen penal que se ha de aplicar a una persona acusada de un delito.

Así, el dato de pertenecer al sexo masculino, por ejemplo, funcionaría como un criterio necesario y suficiente para que al imputado varón no se le aplique una suspensión de juicio a prueba acusado de delitos contra la integridad de la mujer, a pesar de que se hubiera verificado un consentimiento libre y autónomo de parte de la víctima. Aclaro que me refiero al caso en que el acusado cumple con todos los requisitos legales para acceder a tal instituto procesal. Se trata, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en “Góngora”, de una obligación absoluta en manos de los jueces penales<sup>40</sup>. De esta manera, todo caso en que la víctima fue una mujer que ha sufrido “violencia de género” debe ser llevado a la instancia de juzgamiento y debate oral, salvo en los supuestos en que se impulse un juicio abreviado<sup>41</sup>.

39 La idea de que el razonamiento práctico contiene una dimensión abstracta que se proyecta sobre la dimensión concreta se toma del siguiente trabajo, Zambrano, P. (2016). Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación. *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*. J. Cianciardo y et al. (Ed.). UNAM, 61 y ss. También, cfr. Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Giuffrè, 15 y ss.

40 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, 23/04/2013, *Fallos* 336:392.

41 La noción de violencia de género que se emplea en esta sección del trabajo no remite

¿Pero acaso pretendo sugerir que necesariamente resulta inconstitucional una decisión judicial que niegue una suspensión a prueba ante un hecho de violencia contra la mujer? Pues no, porque podría ser el caso de que, en los hechos concretos, efectiva y puntualmente se corrobore una relación de dominación que permite afirmar que la mujer no aceptó el acuerdo de suspensión de juicio a prueba con suficiente autonomía personal. Me refiero, por ejemplo, a cuando una mujer está profundamente atemorizada de que su marido tome represalias en caso de que esta prosiga con su querrela o acusación privada<sup>42</sup>.

Lo que pretendo subrayar es que el punto de partida basado en la teoría social en que normalmente se apoya la perspectiva de género implica asumir que la mujer no puede sino estar en un estado de indefensión. Esta no podría, en efecto, tomar decisiones que le permitan “empoderarse” realmente. Porque lo que recalca la perspectiva de género es un enfoque binario. Un grupo dominante (varones) oprime al otro (mujeres).

Lo dicho anteriormente no solo omite el caso en que un individuo del bando oprimido (mujer) ejerce una relación de dominación sobre un miembro del llamado grupo opresor (varones). El punto más serio es que el supuesto bando oprimido, o bien está bajo dominación, o bien emprende una serie de acciones para volverse en el nuevo grupo dominante. No hay otra alternativa posible. La dialéctica historicista sobre la que se basa el enfoque de género no permite un punto intermedio.

Con todo, ¿qué tal si en vez de partir de una explicación homogénea de las relaciones sociales más bien asumimos que estas no siempre comportan una pretensión de dominación? ¿Qué tal si el punto de arranque es la tesis de que las relaciones abusivas o violentas responden a causas psicológicas de los individuos y no tanto a estructuras sociales permeadas por la desigualdad y la opresión? ¿Acaso la explicación más exhaustiva de la dinámica de las relaciones interhumanas obedece a un juego de fuerzas o dominación de un grupo sobre otro?

Las ventajas del enfoque alternativo que adoptaré en el apartado V, el cual se ha dado llamar como “perspectiva de la vulnerabilidad”, se reducen

---

directamente a aquellas conceptualizaciones formalizadas y recogidas por disposiciones jurídico-penales de Argentina, sino que refiere a un concepto propio de la teoría social. En tal sentido, la violencia de género a la que me refiero es aquella que designa una relación asimétrica signada por la violencia que ejerce el varón sobre una mujer, sin por ello asumir un compromiso o defensa de tal noción desde la tradición de pensamiento de los estudios de género.

42 Para una sistematización de las directivas interpretativas dirigidas a efectuar un control jurisdiccional sobre casos en que una víctima de violencia familiar pretende consentir que su agresor reciba una suspensión de juicio a prueba, cfr. Laise, L. D. (2022). Lo que ellas quieren: suspensión de juicio a prueba y violencia contra la mujer. *Novum Jus*, Vol. 16, n° 2, 92 y ss.

básicamente a tres: 1) se optimiza el cumplimiento de las garantías al debido proceso del acusado; 2) se concreta la pretensión del derecho penal de reprimir conductas gravemente disvaliosas para el mantenimiento del orden social; y 3) se incrementan las chances de ampliar el nivel de autonomía de la mujer que ha sido víctima de lo que se suele nombrar como “violencia de género”. Pero, antes de ello, pasemos a un segundo argumento crítico, más de corte empírico, sobre la administración de justicia con perspectiva de género.

#### **IV. Segunda crítica: ¿es la perspectiva de género capaz de erradicar los estereotipos negativos que perjudican a las mujeres?**

La defensa de la justicia con perspectiva de género se suele fundamentar en la necesidad de erradicar los estereotipos de género negativos<sup>43</sup>. Ahora bien, ¿a qué refiere tal noción de “estereotipos”? Pues, como lo señala Irisarri, las teorías de género sostienen que “los estereotipos sociales enmarcan cómo debe ser la relación entre hombre y mujer, y posicionan a esta última en una situación de inferioridad”<sup>44</sup>. De lo que se trata, pues, es de ejercer la función jurisdiccional con el fin de erradicar una distribución de roles y funciones que difiere arbitraria o injustificadamente en virtud del sexo de las personas.

Así, por ejemplo, algunos ordenamientos jurídicos asumen que las mujeres deben cumplir con funciones de cuidado en el seno de la familia. Y, en cambio, a los varones les corresponde el rol de proveedores del sustento material. Esto se refleja en el hecho de que, al menos a la fecha de este trabajo, a las mujeres argentinas les corresponde una licencia por maternidad de noventa días, pero los varones solo tienen tres días de licencia por paternidad. Lo que subyace a esta normativa, en efecto, es que la madre es quien ha de ejercer primordialmente el rol de cuidado del niño en sus primeros meses de vida. Mientras que el hombre, en cambio, a lo sumo podrá ausentarse de su trabajo para asistir a la familia en la jornada del parto y unos pocos días más<sup>45</sup>.

43 Arena, F. J. (2020). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”. *Derecho y Control*. Risso, V. & Pezzano, S. (Ed.). Ferreyra, 15 y ss.

44 Irisarri, S. M. (2018). *Violencia contra la mujer: protección ante agresiones por razón de género*. Astrea, 207. En un sentido similar, Corte IDH, “González y otras (Campo algodonero) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009, pág. 401.

45 Pautassi, L. & Rodríguez Enríquez, C. (2014). *La organización social del cuidado de niños y niñas. Elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina*, 14 y ss.

Un caso como el de la normativa laboral descrita anteriormente desincentivaría la posibilidad de una distribución equitativa de las tareas de cuidado. Ello no haría más que reforzar el estereotipo de que la mujer es la que cuida a los niños y el varón es quien se encarga de proveer el sustento económico para la familia. Sin embargo, ¿es la administración de justicia con “perspectiva de género” el medio más idóneo para desarticular tales estereotipos de género? La respuesta que desplegaré es que tal remedio es insuficiente.

Porque un enfoque de género pone el acento en una mirada sobre un grupo de seres humanos y no sobre las necesidades, circunstancias y experiencias de cada una de las personas involucradas en el marco de un caso concreto<sup>46</sup>. ¿Y qué tal si la mujer decide libre y autónomamente relegar su carrera profesional con el fin de quedarse la mayor parte del día con su hijo? ¿Acaso la distribución de las tareas de cuidado no puede ser asumida libremente por una mujer?

Así, resulta llamativo que, en los países nórdicos que cuentan con mayores facilidades para distribuir las tareas de cuidado de los niños, son las mujeres más preparadas y educadas quienes escogen pasar mayor tiempo con sus hijos<sup>47</sup>. De hecho, son tales madres quienes suelen optar por concentrar esos días de licencia para el cuidado de los niños. No suele haber una distribución en partes iguales de esa licencia entre varones y mujeres<sup>48</sup>. Con otras palabras, las mujeres más preparadas son las que eligen quedarse el mayor tiempo posible al cuidado de sus hijos.

Lo cual parece coincidir con algo que Hersch detectó hace unos años en el contexto estadounidense. A saber, que las madres más educadas o preparadas tienden a volcarse hacia labores de cuidado. Esto podría deberse a que son ellas quienes tienen mayor poder de negociación con sus empleadores. O bien eso podría responder a que las mujeres más capacitadas son quienes cuentan con habilidades o competencias lo suficientemente

46 Hervada expresamente rechazaba la idea de que los derechos sean atribuidos a los individuos en virtud de su mera adscripción a grupos sociales. En cambio, el citado autor proponía que la concreción de la fórmula de la justicia suponía atender al cumplimiento de lo que se le debía a cada persona considerada en su específica individualidad y circunstancia. Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural, 1981*. (11ª ed.). EUNSA, 37.

47 Para un estudio que relativiza el éxito de las políticas de género implementadas por los países nórdicos (*v. gr.*, guarderías a precios accesibles, licencia por maternidad junto con licencias por paternidad, permisos para ausentarse del trabajo cuando los niños u otros miembros de la familia están enfermos), Borchorst, A. & Siim, B. (2008). *Woman-friendly Policies and State Feminism: Theorizing Scandinavian Gender Equality*. *Feminist Theory* Vol. 9, Nro. 2, 218 y ss.

48 Kreimer, R. Ob. cit., 214 y ss.

apreciadas como para poder reinsertarse en el mercado laboral cuando lo deseen o necesiten<sup>49</sup>.

Una mirada que ponga su atención sobre la persona individualmente considerada no atiende tan solo a lo que corresponde abstractamente a los miembros de un grupo desaventajado, sino al restablecimiento o aseguramiento de lo que le es debido a alguien en específico<sup>50</sup>. En cambio, la perspectiva de género asume, de modo necesario, que la mujer es el eslabón más frágil y débil en toda relación entre personas de diverso sexo. Ahora, ¿y qué acontece en las relaciones conflictivas entre mujeres? ¿Y qué sucede cuando una madre adulta maltrata a su hija indefensa de escasos años de vida? ¿O qué pasa cuando un hombre adulto es agredido por una violenta pareja del sexo opuesto? En síntesis, el enfoque de género presupone que la mujer es siempre, y en todos los casos, el “sexo débil”<sup>51</sup>.

Lo anterior no solo reproduce un estereotipo negativo de las mujeres, sino que refuerza la situación de vulnerabilidad en la que se ven ellas, que efectivamente se encuentran sometidas a una relación asimétrica o de dominación. Con todo, el hecho de padecer tal situación de dominación no es algo privativo de la pertenencia a un sexo. Lo que amerita una decisión judicial tendiente a restablecer la igualdad es el restablecimiento del derecho que ha sido conculcado en una determinada relación jurídica<sup>52</sup>. Y esto no se logra entera o plenamente adoptando una visión que haga prevalecer a los miembros de un grupo sobre otro (el que fuera), sino mediante la consideración de las particulares necesidades de la persona más frágil que ha sufrido una injusticia<sup>53</sup>.

49 Hersch, J. (2013). Opting Out Among Women with Elite Education. *Review of Economics of the Household*, Vol. 11, Nro. 4, 475 y ss.

50 Hervada, J. Ob. cit., 37-39.

51 Otros autores, en cambio, han sostenido que la perspectiva de género es compatible con una visión que promueva la igualdad entre varón y mujer, a través del respeto a la antropología propia de cada sexo, lo cual potenciaría el papel específico tanto de la maternidad como de la paternidad en el ámbito familiar. Cfr., por ejemplo, Miranda-Novoa, M. (2013). Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Dikaion* Vol. 21, Nro. 2, 346. Sin embargo, a mi modo de ver, este planteamiento ya no es capaz de explicar el hecho de que las actuales defensas del “enfoque de género” no asumen una visión complementaria entre los distintos sexos, sino que se dirigen a disolver toda diferencia entre varones y mujeres. Una de las máximas referentes del feminismo de género confirma esto en una reciente entrevista. Fontevecchia, J. (8 de octubre de 2022). Judith Butler: “La masculinidad de lo humano se ha deshecho” (entrevista). *Perfil*, *passim*.

52 Hervada, J. Ob. cit., 38-39.

53 2 de cada 100 parejas están compuestas por varones que sufren una relación que está atravesada por violencia doméstica, la cual es ejercida por una mujer dominante. Cfr. Charen, M. (2018). *Sex Matters: How Modern Feminism Lost Touch with Science, Love, and Common Sense*. Crown Forum, 172.

Así, la noción de violencia de género, comprendida esta como un vínculo asimétrico y violento de un hombre sobre una mujer, presenta el tino de mostrar que las agresiones pueden darse en un marco relacional, en el cual una de las personas es capaz de ejercer dominación sobre la otra. El punto objetable es que resulta insuficiente limitar el análisis de la relación de dominación al caso de hombres sobre mujeres. Aún más, el enfoque o la perspectiva de género se concentra unilateralmente en el desmantelamiento de asignación de roles sociales basado en estereotipos. Lo cual asume que la mujer es necesariamente la parte más vulnerable de esa relación de pareja.

No obstante, esa respuesta pareciera desconocer la libertad humana e incurre en un determinismo histórico propio de perspectivas marxistas que adoptan una dialéctica de opresores *versus* oprimidos. En contraste, el acierto de la perspectiva de género, es decir, la desarticulación de una relación de dominación o poder asimétrico podría concretarse mejor a través de un camino alternativo.

En síntesis, de lo que se trata es de adoptar el punto de vista que recoge las necesidades del más débil o vulnerable, pero con el fin de fortalecerlo sustentablemente. Sobre este punto, mi apreciado lector, versará el próximo apartado.

## **V. La perspectiva de vulnerabilidad: bases para una alternativa a la administración de justicia con “perspectiva de género”**

### ***1. Algunas razones a favor de una perspectiva de vulnerabilidad***

La perspectiva de vulnerabilidad se caracteriza por correr el acento de la denuncia de la relación entre opresores y oprimidos con el fin de poner el foco sobre una aproximación constructiva, reparadora, empoderadora y equiparante<sup>54</sup>. No se trata, en efecto, de limitarse a una persecución del agresor con un umbral de garantías constitucionales propio del derecho penal del enemigo<sup>55</sup>. Antes bien, un enfoque de vulnerabilidad, como lo plantea Basset, presenta tres grandes ventajas: i) configura un nuevo vector de análisis de la igualdad; ii) presenta una empatía con los que más sufren una

<sup>54</sup> Basset, U. C. Ob. cit., 19.

<sup>55</sup> Cancio Meliá, M. (2003). ¿Derecho penal del enemigo? *Derecho penal del enemigo*. Cancio Meliá, M. & Jakobs, G. (Eds.). Civitas, 60 y ss.

determinada injusticia; iii) advierte la interdependencia del ser humano con el propósito de fortalecer a cada persona que ha sufrido una situación de injusticia basada en su posición frágil<sup>56</sup>.

Respecto a la primera ventaja (i), la perspectiva de vulnerabilidad asume que la concreción de la igualdad material es un reto en nuestras comunidades. Porque las posibilidades y las posiciones que ocupa cada persona en la sociedad están lejos de ser las mismas. Ante ello, la perspectiva de vulnerabilidad pretende brindar efectivas correcciones que atiendan a las necesidades de cada individuo, pero que lo inserten armónicamente en la trama de relaciones sociales en que se despliega su vida<sup>57</sup>. Dicho en otras palabras, un enfoque de vulnerabilidad se dirige a remediar una injusticia y, a la vez, a trazar estrategias para que esa persona no vuelva a ser el eslabón más frágil en sus interacciones humanas.

Por ejemplo, una perspectiva de vulnerabilidad no atiende solamente al hecho de que una mujer fue víctima de una agresión leve por parte de su expareja en virtud de pertenecer al llamado “sexo oprimido”. Antes bien, un enfoque de vulnerabilidad se orienta a intervenir con el fin de recomponer los vínculos familiares con sus hijos, si fuera el caso. Esto podría implicar, en el caso extremo, que la víctima se aleje permanentemente del agresor, pero también conlleva facilitarle herramientas para prevenir y anticiparse a que sus hijos no cometan las mismas agresiones que su padre. Todo ello sin dejar de procurar que esos niños eviten desarrollar temor a todo hombre mayor que pretenda vincularse sentimentalmente con su madre. Y, dentro de lo posible, se ha de intentar la recomposición de la trama familiar entre los niños y su padre.

Asimismo, (ii) un enfoque de vulnerabilidad permite ubicarse en el lugar del otro y visualizar la dimensión de autonomía y libertad de toda persona humana con el fin de empoderar al sujeto vulnerable que ha sufrido una injusticia<sup>58</sup>. De lo que se trata es de que, a partir de su propia situación personal, la persona vulnerable sea capaz de tomar sus propias decisiones. Porque solo podrá incrementar progresivamente su nivel de autonomía a través del reconocimiento efectivo de su capacidad de hacerse responsable de sus propias decisiones. Solo cuando ello no fuera posible será necesario acudir a apoyos; esto es, a personas o instituciones que protejan a la persona vulnerable de sus propias acciones. Sin embargo, tales intervenciones siempre han de ordenarse progresivamente a fortalecer a la persona vulnerable

56 Basset, U. C. Ob. cit., 19.

57 Ídem, 20.

58 Ídem.

y no a consolidar su posición frágil. Todo ello siempre que resulta imprescindible; es decir, como última *ratio*<sup>59</sup>.

Con todo, resulta llamativo que el enfoque de género suela omitir consideraciones tendientes a favorecer una capacidad progresiva de las mujeres-víctimas para tomar activamente las riendas de su existencia. Esta mirada que pone el acento en la adquisición incremental de un mayor nivel de autonomía es algo sobre lo que se insiste en algunos otros campos jurídicos que versan sobre sujetos particularmente desaventajados como, por ejemplo, quienes padecen discapacidades<sup>60</sup>. No obstante, resulta sorprendente que la mujer-víctima termine siendo considerada de un modo mucho más paternalista que aquellos sujetos que sufren alguna clase de discapacidad.

Así, por caso, resulta preciso oír a la víctima que sufre violencia familiar en el marco de una audiencia de suspensión de juicio a prueba. El juez ha de corroborar que la víctima no está sujeta a una oferta coercitiva, sino que consiente con un suficiente nivel de autonomía personal que su expareja se vea beneficiado con una *probation*. La intervención paternalista del juez que trata a la mujer que sufrió violencia familiar cual si fuera una incapaz no hace más que apuntalar la situación de vulnerabilidad de la víctima. Con otras palabras, el activismo judicial orientado a proteger a la víctima sin oír sus determinaciones refuerza la posición vulnerable de la persona que padece violencia familiar<sup>61</sup>.

En tercer lugar, (iii) la vulnerabilidad se proyecta hacia el futuro. Porque la vulnerabilidad implica siempre la posibilidad de que acaezca un daño. El concepto de vulnerabilidad refiere a una labor de detección de situaciones concretas que suponen un peligro para la persona frágil con el propósito de evitar un futuro trágico que aún no sucedió, pero que hoy se puede enderezar. Lo cual significa que la noción de vulnerabilidad no solo se concentra en la represión de actos ilícitos, sino en la prevención de situaciones injustas<sup>62</sup>. Dicho de otro modo, un enfoque de vulnerabilidad no se dirige a castigar o

59 Ídem.

60 Caliva, C. & Esses, M. (2017). La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: sustrato filosófico y compatibilidad con las normas internacionales sobre la materia. *Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial: aproximación a algunos aspectos novedosos*. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Ed.). La Ley, 39 y ss.

61 Laise, Lo que ellas quieren..., 102. Para una conceptualización exhaustiva de la noción de activismo judicial, Rivas-Robledo, P. (2022). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*, Vol. 31, n° 1, 71 y ss. Rivas-Robledo, P. (2022), ¿Qué es el activismo judicial? Parte II. Una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Dikaion*, Vol. 31, n° 2, e3126, *passim*.

62 Basset, U. C. Ob. cit., 20.

intervenir con una mera pretensión *ex post*, sino que aspira a evitar nuevas y graves afectaciones a derechos fundamentales.

Por ejemplo, un juez penal rechaza una suspensión de juicio a prueba porque estamos ante un caso de la llamada “violencia de género”. Ahora bien, si esta decisión judicial no toma en cuenta cómo evitar que el acusado tome represalias contra la denunciante, pues entonces se abandonaría a la víctima a su propia suerte. Se podrá adoptar una medida que cumpla con la función represiva del sistema penal, pero eso no protegerá a la víctima de futuras represalias de su agresor. En cambio, un enfoque de vulnerabilidad busca tanto reprimir hechos ya acontecidos como prevenir nuevas agresiones o injusticia hacia la víctima. Dicho en una apretada síntesis, una perspectiva de vulnerabilidad no solo pretende restablecer el derecho conculcado, sino empoderar a la víctima que ha sufrido una injusticia.

Finalmente, es preciso remarcar que la perspectiva de vulnerabilidad implica un enfoque integral en el cual las tres dimensiones señaladas más arriba se han de desplegar copulativa y armónicamente. Ninguno de estos tres aspectos puede darse por separado, ni cabe afirmar que uno prevalece sobre otro. Antes bien, un enfoque de vulnerabilidad ha de conciliar las tres ventajas señaladas: i) un nuevo vector de análisis de la igualdad; ii) desplegar una empatía con los que más sufren una determinada injusticia; iii) advertir la interdependencia del ser humano con el propósito de fortalecer a cada persona en sus necesidades específicas. Dicho en pocas palabras, los tres aspectos del enfoque de vulnerabilidad están interconectados y dependen uno del otro.

## ***2. Respuesta a posibles objeciones (I): la perspectiva de vulnerabilidad socava el principio de legalidad***

La perspectiva de vulnerabilidad pareciera que está en tensión con el principio de legalidad. Porque la máxima de determinación que se desglosa de tal principio básico del derecho penal estaría siendo conculcada cuando el juez formula una acusación más severa por el hecho de que la víctima fue una persona vulnerable. Estaríamos, pues, en un marco en que nos adentraríamos en un derecho penal de la víctima, pero no en el sentido de una participación activa de esta en el proceso. Se trataría de una vuelta a la venganza privada y, por tanto, estaría comprometida la legitimidad misma del poder punitivo<sup>63</sup>.

63 Mañalich, J. P. (2004). El derecho penal de la víctima. *Derecho y humanidades*, Vol. 10, 253 y ss.

Ahora bien, la propuesta que esbozo en este trabajo se encuadra en la discrecionalidad judicial; esto es, dentro de ese margen de decisión que el juzgador tiene para escoger entre alternativas abiertas que le brinda la propia normativa del sistema jurídico<sup>64</sup>. No se trata de que el juez elabore una sentencia que reformule al supuesto de hecho de los tipos penales que está llamado a interpretar. Antes bien, el punto es que el juez despliegue su rol dentro de los márgenes de la ley, pero atendiendo a las vulnerabilidades de la víctima. Por ejemplo, mediante la adopción de todas las medidas procesales que se necesiten para evitar la revictimización de la persona agredida y con el objetivo de prevenir nuevas agresiones<sup>65</sup>.

Otro punto en que la perspectiva de vulnerabilidad podría incidir, siempre dentro del marco del principio de legalidad, es en la aplicación de las circunstancias agravantes. En concreto, la valoración sobre “la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y el peligro causados”<sup>66</sup> podría nutrirse de las consideraciones de la perspectiva de vulnerabilidad. Así, en la inherente discrecionalidad que tiene el juez al momento de dosificar la pena, se podría echar mano de un enfoque que se focaliza en la situación vulnerable de la persona agredida. Lo cual podría servir tanto para reprimir conductas pasadas como para prevenir futuras agresiones hacia la víctima. Todo ello sin perjuicio de procurar la rehabilitación del agresor.

En síntesis, el límite para la aplicación de una perspectiva de vulnerabilidad es el derecho penal de excepción. No se trata de instituir penas por la vía pretoriana, ni de saltarnos los máximos de la escalas penales; ni tampoco de perforar mínimos<sup>67</sup>. Un enfoque que pone el acento en la persona vulnerable consiste en operar dentro del marco de la ley penal con una particular consideración de las personas vulnerables que han sufrido el injusto con una perspectiva represiva y, a la vez, preventiva.

64 Etcheverry, J. B. (2014). Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, Vol. 15, 154 y ss.

65 En un sentido similar, pero desde el llamado enfoque de género, Lloria García, P. (2020). Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado. *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 40, 343.

66 Código Penal (Argentina), art. 41, inciso 1°.

67 Para un estudio crítico sobre la perforación de mínimos en las escalas penales, Magoja, E. E. (2022). Activismo judicial en el derecho penal: la perforación de mínimos legales mediante la equidad. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Vol. 19, Nro. 52, 406 y ss.

### ***3. Respuesta a posibles objeciones (II): la perspectiva de vulnerabilidad conculca el principio de imparcialidad judicial***

Un reto adicional que plantea la perspectiva de vulnerabilidad es el mantenimiento del principio de imparcialidad judicial. La superación de la venganza privada a través de un ejercicio legítimo de la potestad punitiva descansa en la eliminación de toda sospecha de parcialidad hacia alguna de las partes<sup>68</sup>. Sin embargo, el enfoque que prioriza al más vulnerable, ¿acaso no conlleva que el juez ha de estar inclinado a fallar en favor de la parte más frágil? Si el órgano jurisdiccional tiene el deber de imparcialidad porque este debe tratar a todos los justiciables por igual, sin ninguna clase de discriminación<sup>69</sup>, ¿cómo es posible conciliar este deber con una mirada prioritaria a la parte más frágil?

La respuesta es sencilla. El juez no debe priorizar al más frágil para garantizarle más y mejor justicia en detrimento de los derechos del acusado, sino con el propósito de nivelar el campo de juego entre ambas partes. Porque, al fin y al cabo, la perspectiva de vulnerabilidad procura concretar la igualdad, no asegurar un privilegio discriminatorio que favorezca al más débil. No se trata, pues, de concederle un umbral de garantías procesales diferente o un estándar probatorio más favorable a la víctima de una relación asimétrica.

En cambio, la mirada prioritaria sobre la parte damnificada tan solo procura, de un lado, evitar toda revictimización con relación a hechos pasados y, del otro, apunta a prevenir futuras agresiones. De lo que se trata es de impedir que se reduzca el proceso a un inculpar a la damnificada por lo ocurrido. Lo cual sería aún más grave si no mediara alguna pretensión de favorecer un mayor nivel de autonomía y dominio de sí en la persona agredida. El enfoque de vulnerabilidad, por ende, tan solo pretende robustecer la igualdad entre las partes.

De esta manera, en aquello que implique una afectación a las garantías constitucionales del proceso penal, el juez deberá siempre procurar emplear todos los medios disponibles para conciliar dos extremos: i) un respeto básico al derecho a la defensa y al debido proceso y ii) la evitación de una revictimización de una persona vulnerable. Por caso, un niño que ha sufrido un delito que comportó una relación asimétrica –*p. e.*, un abuso sexual gravemente ultrajante por parte de su maestro de escuela– ha de brindar su declaración una sola vez en un contexto seguro que reduzca lo más posible

68 Binder, A. M. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*, 1993. Ad-Hoc, 141.

69 *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, artículo 9°.

la angustia de revivir hechos en que se aprovecharon de su fragilidad –p. e., entrevista en Cámara Gesell–. No obstante, si bien el abogado defensor no podrá interrogar directamente a la víctima, este sí podrá estar presente y formular preguntas a través de la psicóloga que interviene en la entrevista.

Recapitulando, un enfoque de vulnerabilidad que pone al acusado en una situación de indefensión frente a la acusación de la víctima tendría serios reparos en cuanto al aseguramiento del derecho a la defensa y al debido proceso a través de un tratamiento parcializado a la parte más frágil. En consecuencia, la perspectiva en favor del más vulnerable tan solo busca restablecer un equilibrio que se ha perdido entre el supuesto agresor y quien se erige como víctima. Con otras palabras, se trata de robustecer el plano de igualdad en el que se encuentra la parte vulnerable y aquella persona que se aprovechó de tal fragilidad.

## **VI. Conclusiones: de una perspectiva conflictivista a un enfoque personalizado, reparador y preventivo**

La adopción de una perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales comporta el riesgo de fortalecer el punitivismo y, por ende, una disminución del umbral mínimo de garantías constitucionales del acusado. Además, el enfoque de género no resulta suficiente para superar o prevenir que una víctima de una relación asimétrica vuelva a sufrir de tales padecimientos. Y, por último, la perspectiva de género termina siendo insuficiente para abordar casos en que se ven involucrados niños u otros sujetos vulnerables.

La visión dicotómica o binaria de sujetos opresores (varones) y personas oprimidas (mujeres) resulta desacoplada de las múltiples posibilidades de violencia que pueden transcurrir en las relaciones humanas. Porque, en efecto, nada obsta para que las mujeres también agredan a sus parejas (varones) o a sus propios niños. De hecho, los estudios sobre violencia entre parejas de adolescentes concluyen que las agresiones son bidireccionales. Esto sugiere que las causas de la violencia interpersonal radican más en el campo psicológico de las personas que en una dinámica social de opresores (varones) y oprimidos (mujeres).

Situados en este contexto, el presente trabajo sostuvo la conveniencia de concretar el principio de igualdad material a través de una perspectiva de vulnerabilidad. Esta poseería la triple ventaja: 1) configura un nuevo vector de análisis de la igualdad; 2) presenta una empatía con los que más sufren una determinada injusticia; 3) advierte la interdependencia del ser humano con el propósito de fortalecer a cada persona que ha sufrido una situación de injusticia basada en su posición frágil.

Con todo, este enfoque de vulnerabilidad no puede ser empleado como una excusa para la aplicación de un derecho penal de excepción. Esto significa que la vulnerabilidad de la víctima no puede servir como un pretexto para aplicar tipos penales de una manera excepcional en virtud de alguna característica de los individuos, tal como pertenecer al sexo masculino.

Tampoco un enfoque de vulnerabilidad debe ser una excusa para una aparentemente bienintencionada parcialidad en favor del más débil. Esta atención prioritaria al más débil ha de limitarse a recomponer la autonomía e igualdad entre las partes. Y, lo que es aún más importante, todo esto debe efectuarse a través de un aseguramiento del contenido básico de las garantías constitucionales del acusado, tales como el derecho a ofrecer prueba, su derecho a interrogar a todos los que brinden un testimonio o declaración ante las autoridades y su derecho a ser oído. Podrá variar el modo o mecanismo en que se asegure ese derecho, pero su completa aniquilación equivaldría a un proceso teñido de parcialidad y, por consiguiente, ilegítimo.

En síntesis, la perspectiva de vulnerabilidad pone el foco sobre la persona más frágil en una situación o relación asimétrica, pero no en virtud del hecho de pertenecer a un cierto grupo o colectividad. Lo que justificaría esa mirada preferencial es la particular y concreta situación de fragilidad en que se ve sumergida aquella persona que sufre una relación de dominación. De esta manera, los jueces insistirían nuevamente en el elemento personal que está incluido en la fórmula de la justicia; es decir, se volvería a remarcar la centralidad no solo de dar lo justo, sino *a cada uno*. Lo que significa que el cumplimiento de lo debido atiende a las personas en concreto, a partir de sus necesidades actuales y particulares, no en virtud de su mera adscripción a una determinada colectividad.

## VII. Referencias bibliográficas

### 1. Libros, capítulos de libro y artículos de doctrina

- Arbach, K., Nguyen-Vo, T., & Bobbio, A. (2015). Violencia física en el noviazgo: análisis de los tipos diádicos en población argentina. *Revista Argentina de Ciencias del Comportamiento*, 7(2), 38-46. <https://doi.org/10.32348/1852.4206.v7.n2.10731>
- Arena, F. J. (2020). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. V. Riso & S. Pezzano (Eds.). *Derecho y Control*. Ferreyra, 11-44. [https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/11768/Libro Derecho y Control 2 para subir.pdf](https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/11768/Libro_Derecho_y_Control_2_para_subir.pdf)
- Basset, U. C. (2017). La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano. U. C. Basset & N. Lafferrière (Eds.). *Tratado de la vulnerabilidad*. La Ley, 19-40.

- Binder, A. M. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. 1993. Ad-Hoc.
- Borchorst, A. & Siim, B. (2008). Woman-friendly Policies and State Feminism: Theorizing Scandinavian Gender Equality. *Feminist Theory*, 9(2), 207-224. <https://doi.org/10.1177/1464700108090411>
- Caliva, C. & Esses, M. (2017). La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: sustrato filosófico y compatibilidad con las normas internacionales sobre la materia. R. Rabbi-Baldi Cabanillas (Ed.). *Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial: aproximación a algunos aspectos novedosos*. La Ley, 37-94.
- Cancio Meliá, M. (2003). ¿Derecho penal del enemigo? M. Cancio Meliá & G. Jakobs (Eds.). M. Cancio Meliá (Trad.). *Derecho penal del enemigo*. Civitas, 55-101.
- Charen, M. (2018). *Sex Matters: How Modern Feminism Lost Touch with Science, Love, and Common Sense*. Crown Forum.
- Cotta, S. (1991). *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè.
- De Martini, S. (2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, 75, 67-89.
- Edwards, C. E. (1996). *Garantías constitucionales en materia penal*. Astrea.
- Etcheverry, J. B. (2014). Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 15, 148-171. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>
- Faralli, C. (2002). La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX. *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 133-216. <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0202110133A>
- Fonvecchia, J. (8 de octubre de 2022). Judith Butler: “La masculinidad de lo humano se ha deshecho” (entrevista). *Perfil*. <https://www.perfil.com/noticias/periodismopuro/judith-butler-la-masculinidad-de-lo-humano-se-ha-deshecho-por-jorge-fontevecchia.phtml>
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, 5, 123-159. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>
- Gastaldi, P. & Pezzano, S. (2021). Juzgar con perspectiva de género “Desigualdad por razones de género” como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales. *Revista Argumentos*, 12, 36-48. <https://oaji.net/articles/2021/3865-1634050878.pdf>
- Gentile Bersano, F. & Mudry, F. (2022). Perspectiva de género y derecho penal. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa fe*, 125, 90-123.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Giuffrè.
- Guillen, N. P. (2004). Relaciones de poder: leyendo a Foucault desde la perspectiva de género. *Revista de Ciencias Sociales (CR)*, 4(106), 123-141. <https://www.redalyc.org/pdf/153/15310610.pdf>
- Hersch, J. (2013). Opting Out Among Women with Elite Education. *Review of Economics of the Household*, 11(4), 469-506. [https://law.vanderbilt.edu/phd/faculty/joni-hersch/2013\\_Hersch\\_Opting\\_Out\\_among\\_Women\\_with\\_Elite\\_Education\\_REHO.pdf](https://law.vanderbilt.edu/phd/faculty/joni-hersch/2013_Hersch_Opting_Out_among_Women_with_Elite_Education_REHO.pdf)

- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural*. 1981 (11ª ed.). EUNSA. [https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/56681/1/02-Introducción crítica al derecho natural.pdf](https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/56681/1/02-Introducción%20crítica%20al%20derecho%20natural.pdf)
- Irisarri, S. M. (2018). *Violencia contra la mujer: protección ante agresiones por razón de género*. Astrea.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). Una sentencia brasileña con visión de género. *Revista de Bioética y Derecho*, 45, 127-147. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/17720/20427>
- Kreimer, R. (2020). *El patriarcado no existe más*. Galerna.
- Lagarde, M. (1997). *Género y feminismo: desarrollo humano y democracia*. Grafistaff.
- Laise, L. D. (2017). *El poder de los conceptos: convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. Porrúa.
- Laise, L. D. (2022). Lo que ellas quieren: suspensión de juicio a prueba y violencia contra la mujer. *Novum Jus*, 16(2), 77-105. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.4>
- Lloria García, P. (2020). Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 309-357. <https://doi.org/10.15304/epc.40.6503>
- Londoño Lázaro, M. C. (2014). *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*. Tirant Lo Blanch.
- Magoja, E. E. (2022). Activismo judicial en el derecho penal: la perforación de mínimos legales mediante la equidad. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 19(52), 405-427. <https://doi.org/10.24215/25916386e124>
- Maino, C. A. G. (2019). Origen y desarrollo de las políticas de género en educación. *Prudentia Iuris*, 88, 21-51. <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/2678/3318>
- Mañalich, J. P. (2004). El derecho penal de la víctima. *Derecho y humanidades*, 10, 253-283. <https://revistaidiem.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/17028/17751>
- Maturana Cabezas, P. A. (2019). Juzgar con perspectiva de género: fundamentos y análisis de sentencias. *Anuario de Derechos Humanos*, 15(2), 279-290. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2019.53129>
- México, S. C. de J. de la N. (2020). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. México D. F.
- Miranda-Novoa, M. (2013). Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Dikaion*, 21(2), 337-356. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2749/3063>
- Paglia, C. (2008). Feminism Past and Present: Ideology, Action, and Reform. *Arion: A Journal of Humanities and the Classics*, 16(1), 1-18. <https://www.bu.edu/arion/files/2010/03/Feminism-Paglia1.pdf>
- Pautassi, L. & Rodríguez Enríquez, C. (2014). *La organización social del cuidado de niños y niñas. Elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina*. <http://elcuidadoenagenda.org.ar>
- Pinker, S. (2008). *The Sexual Paradox: Men, Women and the Real Gender Gap*. Scribner.

- Poyatos Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, (2), 1-21. <https://doi.org/10.6018/iqual.341501>
- Pulido-Ortiz, F. E. (2020). Constitución y bloque constitucional. *Revista de Derecho Político*, 108, 337-360. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/articulo/download/28009/21781>
- Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 201-245. [https://doi.org/10.33115/udg\\_bib/qf.i.1.22288](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i.1.22288)
- Rivas-Robledo, P. (2022a). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*, 31(1), 70-92. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>
- Rivas-Robledo, P. (2022b). ¿Qué es el activismo judicial? Parte II. Una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Dikaion*, 31(2), e3126. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>
- Rosler, A. (2022). *Si usted quiere una garantía, compre una tostadora*. Editores del Sur.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general*. (D. M. Luzón Peña, Trad.). Civitas.
- Séneca (2015). *Letters on Ethics: to Lucilius*. (M. Graver & A. A. Long, Trans.). University of Chicago Press.
- Vidales, I., Elizondo, D. M. & Rodríguez, G. (2007). *La perspectiva de género: breve estudio en Nuevo León*. CECyTE.
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de derecho penal: parte general*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Ediar.
- Zambrano, P. (2016). Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación. J. Cianciardo & et al. (Eds.). *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*. UNAM, 53-77. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/36840>

## 2. Jurisprudencia citada

- Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Gónzora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, 23 de abril de 2013, *Fallos*: 336:392. Recuperado de: <https://consejomagistratura.gov.ar/wp-content/uploads/2022/04/GONGORA.pdf>
- Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos”, 27 de febrero de 2020. Recuperado de: <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2020/05/CASO-R.-M.-M.pdf>
- Argentina. Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Mendoza, Sala Segunda, “Di Cesare Melli, Andrés Salvador p/ Homicidio Agravado (97026) (97026/16) p/ Recurso Ext. de Casación p/ Recurso Ext. de Casación Horizontal”, CUIJ: 13-05722642-

5/1. Recuperado de: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/documents/36211/184347/Sentencia+Sala+Segunda+Suprema+Corte+de+Justicia+de+Mendoza.pdf/a94695a9-ac33-4618-8c6a-3d7b1638a79a>

Argentina. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, “M., N. M. s/ Lesiones leves agravadas, amenazas coactivas con arma y abuso sexual con acceso carnal, todo ello en concurso real”, Expte. N° 1218/2021 STJ-SP, 11 de julio 2022.

Argentina. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, “Dos Santos, Nelson s/ Recurso de Casación en Autos: ‘Expte. N° 44.724/2016 – Dos Santos, Nelson s/ Homicidio Calificado por Violencia de Género’ y Acumulado N° 47.781/2016”, Expte. N° 100799/2017, 16 de marzo de 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/3yrOggO>

Corte IDH, “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala”, sentencia del 9 de marzo de 2018. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_351\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf)

Corte IDH, “González y otras (Campo algodonero) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)



# LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: ANTROPOLOGÍA SUBYACENTE<sup>1</sup>

María Goñi Rodríguez de Almeida<sup>2</sup>

Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, España

Contacto: maria.goni@ufv.es

ORCID: 0000-0001-8250-4533

Recibido: 15 de noviembre de 2022

Aprobado: 29 de noviembre de 2022

## Para citar este artículo:

Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2023). “La evolución del concepto de persona en el derecho civil español: antropología subyacente”.

*Prudentia Iuris*, N. 95, pp.93-122

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.93-122>

**Resumen:** La concepción antropológica que subyace en las normas de derecho civil en España ha ido variando a lo largo de la historia, poniendo el foco en aspectos o dimensiones parciales y aislados de la persona. En este trabajo se analizan críticamente estos cambios desde la perspectiva filosófica del personalismo. Se examina cómo se ha pasado de considerar a la persona como mero sujeto de derechos y obligaciones patrimoniales, a redescubrir la importancia de su dimensión social, o cómo, recientemente, las leyes reducen la persona a su pura voluntad olvidando el resto de sus elementos, analizando estas últimas con detenimiento. Después de ese análisis, se concluye que la

1 Este trabajo tiene su origen en la comunicación presentada en 6th Conference of the International Consortium for Law and Religion Studies, *Human Dignity, Law, and Religious Diversity: Designing the Future of Inter-Cultural Societies* (Córdoba, 19-21 September 2022).

2 La autora es Doctora en Derecho. Profesora titular de derecho civil.

antropología subyacente en el derecho civil español no coincide con la que aquí se defiende pues no procura la dignidad, igualdad y libertad de la persona, como ser de fines.

**Palabras clave:** Derecho civil, Antropología, Persona, Autonomía de la voluntad.

## **The evolution of the concept of person in civil law: underlying anthropology**

**Abstract:** The anthropological conception that underlies the rules of civil law in Spain has been changing throughout history, focusing on partial and isolated aspects or dimensions of the person. This paper critically analyzes these changes from the philosophical perspective of personalism. It examines how it has gone from considering the person as a mere subject of patrimonial rights and obligations, to rediscovering the importance of its social dimension, or how, recently, the laws reduce the person to their pure will, forgetting the rest of its elements, analyzing the latter carefully. It is intended to conclude that the underlying anthropology in Spanish civil law, and in view of the latest proposals and propositions examined, is far from being the most appropriate and from seeking the dignity, equality, and freedom of the person, as being of ends, as defended here.

**Keywords:** *Civil law, Anthropology, Person, Free will.*

## **L'evoluzione del concetto di persona nel diritto civile: l'antropologia di fondo**

**Sommario:** La concezione antropologica che sta alla base delle regole del diritto civile in Spagna è cambiata nel corso della storia, concentrandosi su aspetti o dimensioni parziali e isolate della persona. Questo articolo analizza criticamente questi cambiamenti dalla prospettiva filosofica del personalismo. Si esamina come si sia passati dal considerare la persona come mero soggetto di diritti e doveri patrimoniali, a riscoprire l'importanza della sua dimensione sociale, o come, recentemente, le leggi riducano la persona alla sua pura volontà, dimenticando il resto dei suoi elementi, analizzando quest'ultimo con attenzione. Si intende concludere che l'antropologia soggiacente al diritto civile spagnolo, e alla luce delle ultime proposte e proposizioni esaminate, è lungi dall'essere la più appropriata e dal ricercare la dignità, l'uguaglianza e la libertà della persona, come fin, come qui difeso.

**Parole chiave:** Diritto civile, Antropología, Persona, Autonomia di volontà.

## Introducción

Este trabajo pretende analizar críticamente cuál es la antropología que subyace en el derecho civil español a lo largo de la historia y en la actualidad.

Para ello, se parte de explicar qué es la persona según la antropología personalista –que es la que defendemos–, para poder analizar después si ese concepto de persona es el que predomina en nuestro derecho.

En primer lugar, se hace un repaso histórico de las diferentes concepciones antropológicas en las que se ha apoyado el Código Civil español: persona como sujeto de derechos y obligaciones patrimoniales, persona como ser social; persona únicamente considerada en su dimensión íntima, hasta la actualidad: persona reducida a su propia voluntad.

Se dedica la tercera parte del trabajo a analizar las leyes españolas que consideran que la dignidad de la persona se encuentra en su propia voluntad. La autonomía de la voluntad pasa a ser lo prioritario, casi lo único importante en la persona. Esta antropología reduccionista y voluntarista de la persona se aleja mucho de los postulados que defendemos, pues consideramos a la persona como un ser completo, íntegro y social, compuesto de entendimiento y voluntad, pero que trasciende a cada una de sus especificidades. Se realiza un examen crítico de todo ello.

## 1. Concepto de persona y antropología subyacente en el derecho civil

Toda disciplina científica debe tener un sustrato antropológico en el que apoyarse desde el momento que trata de dar respuestas a cuestiones relativas al ser humano. Según qué tipo de antropología adoptemos, tendremos una visión u otra de la persona que será la que sirva de prisma o perspectiva con la que enfrentaremos el estudio de cualquier materia que la contenga<sup>3</sup>. Lo mismo ocurre en el derecho y, en concreto, en la materia de

3 En este sentido, las distintas corrientes de pensamiento han ofrecido diferentes concepciones antropológicas. Las teorías del contrato social han diferenciado el estado natural del social, al que los hombres acceden a través de un pacto social, por el que los hombres se unen para vivir juntos y un pacto político por el que los hombres deciden someterse a un poder soberano. Es el estado social el propio de la persona, cuando entra en sociedad, y ahí surgirá el derecho, que no es propio del estado natural. Y en esta corriente de pensamiento se distinguen autores muy diversos, como Hobbes, Rousseau o Locke, que basan sus ideas en un pesimismo antropológico (entendiendo que el hombre es un peligro para el hombre), en un optimismo natural (el hombre es bueno por naturaleza, pero la sociedad lo pervierte), o el optimismo moderado de Locke, para quien en el estado natural ya existe la ley y el hombre, pero nece-

derecho civil, parte de la ciencia jurídica, que se basa en la persona. Trataremos de analizar en este trabajo qué antropología subyace en ella, y si ha cambiado a lo largo del tiempo.

El objeto material del derecho civil es la realidad personal, familiar y social de la persona y sus relaciones con los demás en cada uno de esos ámbitos que corresponden a las dimensiones de la persona, desde la perspectiva de lo que se le debe, “lo suyo”, en cada situación concreta (objeto formal).

Por eso, podemos decir que el derecho civil es el estatuto jurídico de la persona, la persona “como ser de fines”<sup>4</sup>, este es su elemento esencial; el objeto del derecho civil es el individuo “en sus atributos esenciales de persona, y en las relaciones con sus semejantes”<sup>5</sup>; la persona es el concepto básico del derecho civil, tanto en su concepción intimista como en su dimensión económica o productivista, o en su dimensión social; pero, según qué entendamos por persona, según cuáles sean sus componentes o las dimensiones que de la misma prevalezcan, el derecho civil podrá ser definido o contemplado de una forma u otra. Las relaciones entre el derecho civil y la persona son, por tanto, estrechísimas.

En consecuencia, y como dice Tena, hay que averiguar quién es esa persona para el derecho civil, establecer “la importancia exacta que tiene la persona, qué se entiende con el término persona”<sup>6</sup>. Creemos, al igual que este autor, que debe tomarse el concepto más general de persona, incluyendo todos los aspectos de ella, como ser humano, desde luego, y, además, como sujeto de derechos y obligaciones y titular de bienes, pero también como ser completo dotado de cuerpo y espíritu. Ello nos lleva inexorablemente a plantearnos, en primer lugar, ¿qué es ser persona?, y después, ¿qué es la persona para el derecho?

Desde el punto de vista filosófico, entendemos la persona como el ser íntegro, completo, social, compuesto de entendimiento y voluntad, pero que

---

sitan de la sociedad y la autoridad para garantizar y defender los derechos y libertades. Por otra parte, el existencialismo considera a la persona como libertad, no existe una naturaleza que le condicione, es el único ser que puede preguntarse por el ser, y el hombre se construye a sí mismo. La posibilidad de elección basada en esa libertad es el centro de sus ideas, pero esa elección lleva a anular lo que no se ha elegido, a la nada, provocando su frustración. El estructuralismo da un paso más, entendiendo o identificando al hombre con un objeto, ya que no puede actuar libremente, sino que está determinado por fuerzas y estructuras de su mismo ser y de la sociedad. La naturaleza humana se reconoce solo como un conjunto biológico que determina la conducta del hombre y le hace creer que es libre, pero no es así. Solo existe una verdad, un saber y una realidad social de la que surge el hombre, como producto de ella.

4 Tena, I. (2012). El derecho civil entre lo permanente y su constitucionalización. *Nuevo Derecho*, vol. 8, n° 10, enero-junio, 67. doi: <https://doi.org/10.25057/2500672X.597>.

5 Gil, J. (1989). Acotaciones para un concepto de derecho civil. *Anuario de Derecho Civil* (Tomo XLII), 356.

6 Tena, I. Ob. cit., 66.

trasciende a cada una de sus especificidades. Partimos, por tanto, de una antropología personalista, aceptando la triple dimensión del ser humano: psíquica, somática y espiritual<sup>7</sup>. Según el personalismo, la persona se compone de diversos elementos. Su afectividad, como “una estructura esencial, originaria y autónoma de las personas, que a veces posee una dimensión espiritual, alcanza a su espiritualidad”, pero también en el hombre adquieren una importancia esencial sus relaciones interpersonales: “el hombre se hace hombre solo frente al hombre”, la dimensión social de la persona es un elemento básico de ella. Son también elementos necesarios en la persona la inteligencia, pero sobre todo la libertad y la voluntad, que le llevan a querer, a actuar y tomar decisiones; por último, la persona es un ser corpóreo, con cuerpo, que necesita satisfacer sus necesidades esenciales vitales básicas, y descubrir la importancia que el cuerpo y la distinción de sexos tiene en la persona, como elementos inherentes a ella<sup>8</sup>. Todas estas dimensiones son inherentes y esenciales para la persona, y el derecho civil debe recogerlas.

Por eso, decimos que la persona es un ser biopsicosocial, compuesto de alma y cuerpo, elementos diferentes pero unidos de forma inescindible, de manera que sin uno de esos elementos no hay persona. Esta concepción dual del hombre debe estar presente en el concepto y consideración que hagamos del derecho civil, pues esta materia, dentro del derecho, y más que ninguna otra, se encarga de la persona y las relaciones que como tal tiene con los demás y las cosas.

Por otra parte, la concepción jurídica de la persona debe estar en relación con el concepto filosófico que sostengamos de ella<sup>9</sup>. La cualidad de persona para el derecho es una realidad natural, no una categoría que atribuye el derecho, sino que la persona y el derecho están íntimamente rela-

7 “Entendemos por personalismo o filosofía personalista la corriente o corrientes filosóficas nacidas en el siglo XX que poseen las siguientes características: 1) están construidas estructuralmente en torno a un concepto moderno de persona; 2) por concepto moderno de persona se entiende la perspectiva antropológica que tematiza o subraya todos o parte de estos elementos: la persona como yo y quién, la afectividad y la subjetividad, la interpersonalidad y el carácter comunitario, la corporalidad, la tripartición de la persona en nivel somático, psíquico y espiritual, la persona como varón y mujer, la primacía del amor, la libertad como autodeterminación, el carácter narrativo de la existencia humana, la trascendencia como relación con un Tú, etc.; 3) algunos de los principales filósofos de referencia son los siguientes: Mounier, Maritain, Nédoncelle, Scheler, Von Hildebrand, Stein, Buber, Wojtyla, Guardini, Marcel, Marías, Zubiri”. Burgos, J. M. (2012). *Introducción al personalismo*. Palabra, 239-240.

8 Burgos, J. M. (2005). Algunos rasgos esenciales de la antropología personalista. *Thémata: Debate sobre las Antropologías*, nº 35, 499.

9 Sobre la relación de la persona, la dignidad humana y el derecho, véase Massini, C. I. (2017). Sobre dignidad humana y derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho. *Prudentia Iuris*, N. 83, 49-72. file:///C:/Users/Gen%3%A9rica\_Provisional/Downloads/971-3241-1-PB.pdf (consultado 3/11/2022).

cionados desde el momento en que esta tiene un carácter esencialmente social. Por tanto, donde hay personas, hay derecho, pues este sirve para repartir las cosas entre ellas conforme a un criterio de justicia. El derecho “no es algo exterior al ser humano, sino que es una exigencia existencial, una exigencia de la naturaleza humana”<sup>10</sup>. En consecuencia, la persona para el derecho no puede diferir de la persona en sentido ontológico y toda persona es persona para el derecho en cuanto es sujeto de las relaciones jurídicas. Ser persona para el derecho es de origen natural. El derecho reconoce, por tanto, la personalidad jurídica, no la atribuye como consideran los positivistas que entiende que esta es otorgada por las leyes y el ordenamiento, reduciendo al hombre a ser un centro de imputación de normas<sup>11</sup>; la juridicidad es natural al hombre, y la personalidad jurídica inherente al mismo. Hervada confirma esta idea: “[...] Ser persona implica de suyo el fenómeno jurídico como hecho natural y la dimensión de ser sujeto de derecho. La condición ontológica de persona incluye la subjetividad jurídica, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano”<sup>12</sup>.

De este modo, si el hombre es un ser completo, compuesto de cuerpo y alma, entendemos que está formado tanto de una dimensión física (corporeidad), una dimensión íntima (inteligencia, afectividad, libertad y voluntad), espiritual y una dimensión social. Ninguna de sus dimensiones puede ser aisladamente considerada, ni debe predominar o prevalecer sobre la otra, pues ello conduciría a una falsa representación de lo que es el ser humano y, desde el punto de vista jurídico, a tomar decisiones incompletas o tendenciosas en la aplicación del derecho. Y esa visión antropológica de la persona es la que entiendo que debe iluminar o inspirar el concepto jurídico de persona para el derecho civil.

Por ejemplo, si prevalece la dimensión íntima, imponiendo al individuo sobre su dimensión de ser social, o sobre su consideración de ser espiritual, puede reconducirse el hombre a un ser individualista con predominio absoluto de su propia voluntad, a la autonomía de la voluntad pura; tal y como veremos que está ocurriendo en algunas tendencias actuales y de futuro

10 Lacalle, M. (2013). *La persona como sujeto de derecho*. Dykinson, 228.

11 En este sentido, lo defienden positivistas como Kelsen, que consideran a la persona como “una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas”. Kelsen, H. (1946). *Teoría pura del Derecho*. Losada, 83.

12 Hervada, J. (1981). Concepto jurídico y concepto filosófico de persona. *La Ley*, n° 4, 994 y ss.

del derecho civil<sup>13</sup>. Si lo que importa es la voluntad de la persona, entendida solo como consecuencia del libre desarrollo de su personalidad, esto conduce a entender, por ejemplo, que “el derecho a decidir”, conforme a mi interés particular, predomina sobre cualquier otro interés común, o distinto del simple voluntarismo que solo se basa en mi libre capacidad de decisión inmediata, cuestión que se está poniendo de manifiesto en la elección de cambio de sexo, en la consideración del sexo (para las nuevas teorías voluntaristas, género) como algo opcional separado de la realidad corporal o biológica que lo acompaña. La concepción de la persona como ser biopsicosocial es contraria a esa consideración de la libre elección del sexo como algo diferente al cuerpo que lo sustenta.

Sin embargo, si consideramos que la persona es mucho más que su propia voluntad, cuando esta está basada en el utilitarismo e inmediatez temporal, no se justifican muchas leyes o preceptos positivos que se fundamentan únicamente en aquello. No encuentra justificación la eutanasia, la libertad de elección de la maternidad o filiación, la posibilidad de un divorcio voluntarista, el ejercicio abusivo y exclusivo de la propiedad, la contratación con objeto o fin ilícito, etc. Porque una cosa es que el hombre tenga capacidad de elegir basada en su libertad, y otra es que esa capacidad de elección se fundamente exclusivamente en ella misma; el hombre puede decidir, es libre, pero esa facultad de decisión debe estar fundada en la *recta ratio*, sabiendo cuál es el bien que quiere y el mal que no quiere, es decir, en la ley moral, que persigue la libertad del hombre en relación interna y la ley debe descansar en ella<sup>14</sup>. Pero es que esa ley moral debe estar impregnando

13 Parece que la persona se reduce a un voluntarismo exagerado, relativismo donde lo único importante es lo que ella quiera y decida en un momento determinado, muchas veces como consecuencia de un mal entendido derecho al libre desarrollo de su personalidad, lo que se refleja en leyes recientes como las que favorecen el cambio de sexo, la eutanasia, la maternidad subrogada, las leyes en defensa de los derechos de los trans y colectivo LGTBI; donde lo único que importa es “lo que quiera” un individuo en un momento concreto.

14 Ratzinger explica perfectamente la importancia de la *recta ratio* en el derecho, pues aquella debe estructurar a este: “La elaboración y la estructuración del derecho no es inmediatamente un problema teológico, sino un problema de la *recta ratio*, de la recta razón. Esta recta razón debe tratar de discernir (más allá de las opiniones de moda y de las corrientes de pensamiento de moda) qué es lo justo, el derecho en sí mismo, lo que es conforme a la exigencia interna del ser humano de todos los lugares, y que lo distingue de aquello que es destructivo para el hombre. Tarea de la Iglesia y de la fe es contribuir a la sanidad de la *ratio* y por medio de una justa educación del hombre conservar a esa razón del hombre la capacidad de ver y de percibir. Si a ese derecho en sí se lo quiere llamar derecho natural, o de cualquier otra manera, eso es un problema secundario. Pero allí donde esta exigencia interior del ser humano, el cual está orientado como tal al derecho, allí donde esta instancia que va más allá de las corrientes mudables no puede ser ya percibida, y, por tanto, el ‘fin de la metafísica’ es total, el ser humano se ve amenazado en su dignidad y en su esencia”. Ratzinger, J. (1999). La crisis del derecho. En

el derecho, ya que este es parte del orden moral. Cualquier otra consideración de la libertad humana, de la consideración de la persona como ser individual y autónomo exclusivamente, conduce a la aceptación de otro tipo de derecho civil.

Igualmente, si consideramos que el hombre es un ser social, un ser en relación, que no puede entenderse sin la comunidad/sociedad pues en ella alcanza su perfección, como defendemos desde aquí, debemos entender el derecho civil como el que estructura las relaciones sociales y familiares del hombre, que es parte de esas comunidades, y que ayuda a la perfección del ser humano en cuanto organiza los medios para ello. En este sentido y, con esta consideración, debemos defender, por ejemplo, un concepto de familia como medio impulsor para la perfección de la persona. Y ello trae como consecuencia que los preceptos del derecho de familia deben estar alineados con el bien que persigue el hombre, rechazando o criticando aquellos que le alejan de su perfección. De igual forma, si la comunidad más amplia (la sociedad) es también parte para que la persona alcance sus fines, entenderemos que las limitaciones en los derechos individuales como medida de respeto de los de los demás, la restricción de sus facultades en favor de las personas más vulnerables (menores, consumidores, personas sin recursos...) es una lógica consecuencia de esta dimensión social, y así debemos explicarlo. Pues si la óptica fuera reducir a la persona a su dimensión individual, no se entenderían todas las limitaciones del derecho de propiedad, de los derechos reales, de la libertad de contratación, en aras de aquellos más necesitados de protección o simplemente de los otros<sup>15</sup>. Igualmente, en la dimensión social de la persona y en su apoyo en la comunidad para alcanzar sus fines, que encuentran su sentido precisamente en los fines de la sociedad, del bien común, se justifica la comprensión de las instituciones de la usucapión o la fe pública registral del artículo 34 LH, cuyo fundamento objetivo es la postergación de los intereses dominicales individuales del *verus dominus* frente a la protección de los terceros de buena fe que contrataron fiándose de la apariencia.

---

discurso de agradecimiento por la concesión del grado de doctor Honoris Causa en Derecho por la Universidad de LUMSA.

15 En este sentido: Graniers, G. (1979). *La Filosofía del Derecho a través de su historia y sus problemas*. (Trad. J. Williams Benavente). Editorial Jurídica de Chile, 204: "Hablando empíricamente podemos decir que el fin inmediato del derecho es el bien social, y que su bien remoto es el bien del individuo, que en último término obtiene beneficios incluso de los máximos sacrificios que le impone el ordenamiento jurídico. Algunas veces puede ser difícil percibir tal beneficio, pero la dificultad desaparece si se reflexiona que más allá del individuo sacrificado hay otros individuos a los que el sacrificio les beneficia y que para el mismo sujeto sacrificado, la pérdida de un bien inferior puede convertirse en una ganancia de bienes superiores".

De ahí que la cuestión antropológica sea fundamental para el derecho civil, y probablemente en esta rama del derecho más que en ninguna otra, pues siendo la destinada al estudio del estatuto de la persona, según cómo configuremos a esta, podremos considerar justas o injustas, válidas o ilícitas las normas que lo integran. Esto hay que ponerlo en relación con la concepción última del positivismo que llevado al absurdo considera válida y lícita cualquier norma emanada del Poder Legislativo, cayendo en una tautología de difícil solución, pues entonces nunca podrían existir normas injustas, aun cuando vulneren derechos inherentes a la persona. Los deberes jurídicos deben estar en consonancia con los deberes u obligaciones morales, pero, si existe una divergencia, debemos ser capaces de justificar el no cumplimiento de aquellos cuando no vengán refrendados por una obligación moral.

¿Cuál es la concepción antropológica subyacente a nuestro derecho civil actual? ¿Concuerda con la concepción personalista? Parece que, nuestro legislador (al menos el español), en muchas ocasiones se aparta de esta concepción antropológica, y las últimas leyes y proyectos de leyes en marcha no concuerdan con lo que aquí se defiende.

El concepto de derecho civil que desde aquí se defiende debe ser acorde a la concepción de persona como ser biopsicosocial que hemos explicado, pues como hemos dicho la concepción filosófica y jurídica de la persona deben coincidir. Por eso, si el derecho civil debe examinar y ocuparse de la realidad personal, familiar y social de la persona y sus relaciones con los demás, ese concepto de persona debe ser íntegro y acorde con todo lo que se acaba de explicar, debiendo el derecho civil abarcar todas y cada una de las dimensiones en las que la persona –así entendida– se relaciona.

## **2. Evolución del trasfondo antropológico en el derecho civil (del código a la actualidad)**

### ***2.1. Del inicio del derecho civil y las ideas del liberalismo***

El derecho civil tal y como lo conocemos hoy en día en España, como aquella disciplina científica jurídica que se encarga del estatuto de la persona en su dimensión íntima, familiar y social, se configuró prácticamente en la época de la codificación. Con anterioridad, el derecho civil evolucionó desde el *ius civile* romano (del ciudadano romano), pasando a ser el derecho común frente a los derechos nacionales bárbaros, y solo antes de la codificación, entrado ya el siglo XIX, fue cuando se configuró como tal.

El concepto de persona que manejaba el derecho civil, por tanto, debe enmarcarse en esa época, donde predominaba el iusnaturalismo racionalista<sup>16</sup>, y los postulados más liberales, influenciados por las ideas de Locke del siglo XVII.

En efecto, las ideas liberales de Locke (y también de Hobbes en otro sentido), sobre la separación entre razón y pasión, llevó a separar las categorías de ser persona y vivir en el mundo: lo privado y lo público. Lo público se convierte en el centro de la construcción de la sociedad, y sobre los propósitos del hombre racional, quedando en la esfera privada las emociones y sentimientos, enmarcándose en ella lo relativo al hogar, familia y relaciones íntimas; es decir, las relaciones familiares y personales que ocupan un espacio residual frente a la esfera pública que es el verdadero centro de la teoría política. El espacio privado –propio del derecho civil– queda fuera del espacio político, y, por tanto, de su alcance y sobre el que no se tiene control, quedando a expensas del individualismo y voluntarismo de la persona<sup>17</sup>. De este modo, y en un contexto de igualdad, en el estado de naturaleza, “los hombres disfrutaban de una libertad perfecta para disponer de sus personas y bienes dentro de los límites de la ley natural, sin la obligación de pedir permiso ni depender de la voluntad de otros”<sup>18</sup>. De este modo, se llevan al extremo estas ideas individualistas en el sentido de que cada hombre tiene la propiedad de su persona, incluyendo su cuerpo, acciones, pensamientos y creencias, pudiendo, en consecuencia –aunque esto se producirá en la evolución del pensamiento posterior de otros autores<sup>19</sup>–, tomar las decisiones sobre uno mismo, lo que dará lugar a “un ámbito de plena libertad (liberalismo libertario o libertarismo)”. Para Locke<sup>20</sup>, en el estado de naturaleza, los hombres viven independientes, libres e iguales sin sujeción o subordinación

16 El iusnaturalismo racionalista, al que nos referimos, considera que el individuo aisladamente considerado es el máximo valor, de forma que “parte de una concepción del hombre como esencia racional o moral, que es completamente independiente de los demás y tiene plena disponibilidad sobre sí: es libertad y nada más que libertad” [Lacalle, M. (2013). *La persona como...*, 57]. El derecho es una cualidad de la persona, ponen el foco del derecho en la dimensión subjetiva de los derechos individuales, pasando a considerarse este como el sistema para asegurar la libertad individual.

17 En este sentido, según dice Álvarez, S. (2020). La interferencia estatal en la vida privada y familiar. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n° 42, junio, 2-3.

18 Redondo, L. (2017). Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada. *EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 12, abril-septiembre, 134-35.

19 Son las ideas que retoma Robert Nozick: Nozick, R. (1974). *Anarquía, Estado y Utopía* (versión digital). Titivillius, 425, citado por Redondo. Ídem.

20 Véase Varnagy, T. (2020). El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo. *Filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 54-55.

alguna; de este modo, al ser todos iguales e independientes, nadie puede perjudicar a otro en su vida, libertad, salud o posesiones. La propiedad existe en ese estado de naturaleza, por lo que no puede tampoco subordinarse ni estar sometida al poder político, pudiendo, en consecuencia, cada persona, actuar sobre sus bienes. No es posible ninguna intervención del poder político, ya que el hombre entra en sociedad para preservar su propiedad. Esta propiedad privada (que alcanza a su propio ser), independiente y nunca supeditada, se convierte en el centro de las ideas liberales.

Estas ideas liberales influyeron notablemente en el pensamiento posterior y fueron recogidas por el Código Civil napoleónico (1808), tras la Revolución francesa, fuente e inspiración de nuestro Código Civil (1889). Luego, no es de extrañar que el individualismo y la libertad de la persona sobre sus bienes y su propio ser sean señas de identidad de aquel.

## ***2.2. El positivismo y la codificación: la persona como sujeto de derechos y obligaciones***

Estas ideas sobre la persona fueron recogidas por los positivistas que las moldearon y condujeron a la concepción de persona en la época de la codificación. Efectivamente, para los positivistas, ser persona en el derecho es de origen positivo, es una cualidad técnica que otorga la ley, de modo que es el legislador, y el ordenamiento, el que puede determinar cuándo y cómo se es persona para el derecho, pues esta se reduce a ser un sujeto de derechos (subjettivos) y deberes. El derecho subjettivo necesita para su ejercicio de un titular, y la reducción a esto hace que solo sea persona para el derecho aquel titular<sup>21</sup>. Creemos que, desde el positivismo, se ofrece una visión sesgada y reduccionista del concepto de persona, que no compartimos, y que olvida qué es ser realmente persona para el derecho, de origen natural y completa, debiendo atender el derecho todas las dimensiones de la persona.

En coherencia con estos planteamientos positivistas, en la época de la codificación, el derecho civil ha tenido un componente patrimonial más relevante o elocuente que el no patrimonial o personal. Esto se debe a las propias ideas liberales y burguesas que inspiraron el Código que pretendían dar solución, sobre todo, a las cuestiones relativas a la voluntad del individuo, a la propiedad, y al intercambio de bienes y servicios que la burguesía realizaba y que eran su preocupación. Se entendía en este momento que la

21 El máximo exponente de esta tesis, con una noción técnica de la persona, es Kelsen, que afirma que la persona es “una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas”. Kelsen, H. Ob. cit., 83.

persona (objeto del derecho civil) era, sobre todo, “sujeto de derechos y obligaciones”, primando su voluntad ante todo de forma individualista, como sujeto de relaciones patrimoniales.

También suele identificarse la codificación con la reducción, o disminución, del contenido del derecho civil, sea por la “pérdida” de materias que le deberían ser propias, sea por la “exclusión voluntaria” de otras. En este último sentido, podemos señalar que el Código asumía un concepto sesgado o parcial de la persona, pues la contemplaba solo como ser patrimonial o económico, sujeto de derechos y propietario de bienes<sup>22</sup>. Esta concepción de la persona dejaba prácticamente al margen los valores de la persona y sus derechos fundamentales, que quedaban fuera del derecho civil. Todo ello reducía, igualmente, su contenido, dejando al derecho civil principalmente la regulación de las cuestiones patrimoniales del hombre, amén de sus relaciones familiares más estrictas como de la consideración de los estados civiles propios de la persona, o sus relaciones familiares directas (filiación, matrimonio). Disminución intrínseca del propio contenido del derecho civil, que también cambiará a partir, sobre todo, de la Constitución<sup>23</sup>.

### ***2.3. La democracia y la Constitución de 1978: la persona como ser social***

La democracia y la modernización de la sociedad española, así como la nueva y cada vez mayor intervención del Estado, trajo un cambio del liberalismo decimonónico, en el que se inspiró el Código, a una democracia, de corte social, preocupada más por la sociedad que por el individuo particular, que va a quedar reflejada en la Constitución española (CE) de 1978. De alguna forma, el Estado se convierte en el garante del bienestar social, del bien común<sup>24</sup>, y va a primar la sociedad en su conjunto, frente al ser individual: la dimensión social de la persona empieza a tomar fuerza. En consecuencia, la autonomía de la voluntad, la propiedad privada absoluta, la libertad de circulación y contratación, pilares todos ellos del Código y

22 Coincidiendo en este planteamiento con los postulados positivistas.

23 Sobre el concepto de persona en el Código Civil, como ser patrimonial o económico, y la correspondiente reducción del contenido del derecho civil, véase: Tena I. Ob. cit., 65-75; Besa P., Vera, D., García, R., Vial, R., Valenzuela, J., Salas, C. (2020). *Evolución del concepto de derecho civil*, 1-6. <https://www.monografias.com/trabajos10/evco/evco.shtml> (consultado 25/3/2020); Gil, J. Ob. cit., 369-372.

24 Art. 1º CE 1978: “España se constituye en un estado social, democrático y de derecho”.

derecho civil anterior, van a sufrir cambios y limitaciones en su ejercicio, ya que se subordinan al interés general.

Prueba de ello, y a modo ejemplificativo, la propiedad privada que se proclama como derecho en el artículo 33 CE, y se sigue respetando, siendo uno de los derechos claves de nuestro ordenamiento, se ve sometida al interés general conforme al artículo 128 CE, lo que se traduce en la nueva función social de la propiedad, que delimita el contenido actual de esta. La vieja concepción del artículo 348 CC, de que el derecho de propiedad supone las facultades de gozar y disponer de las cosas sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, debe ser reinterpretada al hilo de la nueva función social, que implica que la propiedad particular puede verse limitada en aras del interés general, y sufre limitaciones consustanciales con respecto a los terceros, antes impensables en un sistema liberal<sup>25</sup>.

## ***2.4. La despatrimonialización del derecho civil: la dimensión íntima de la persona***

Al mismo tiempo, vuelven al derecho civil los derechos más inherentes de la persona. Los derechos fundamentales que recoge la Constitución en los artículos 15 al 29 habían estado tradicionalmente alejados del derecho civil, puesto que siempre habían sido objeto de protección por parte del Estado, garante de los mismos, y frente a quien el ciudadano debía reclamar amparo, siendo, en consecuencia, objeto del derecho público. Pero con la entrada en vigor de la CE, y, sobre todo, con su artículo 18, que recoge los derechos

<sup>25</sup> No nos olvidemos de que el sistema liberal que regía el Código Civil en la época de la codificación estaba impregnando por las ideas liberales, influenciadas claramente por las tesis de Locke, que puede considerarse como el precursor de la filosofía liberal de la propiedad. Para este autor los hombres son plenamente libres e iguales en el estado de naturaleza, de forma que pueden hacer lo que consideren, sin estar sometidos a jerarquía alguna. En este orden de cosas, precisamente aparece el Estado para legitimar la propiedad individual del hombre, dictando normas y leyes que tiendan a protegerla y preservarla. El hombre en estado de naturaleza tiene ya propiedades legítimas individuales y propias que deben defenderse. Locke afirmaba que la propiedad privada precede, por tanto, al establecimiento de la sociedad política o gobierno, y entendía que el hombre puede ser propietario “sin necesidad de un pacto explícito de cuantos comparten dicha posesión [común otorgada por Dios]” (II, párrafo 25); y ningún poder “puede arrebatar a ningún hombre parte alguna de su propiedad sin su propio consentimiento” (II, párrafos 138, 193), ya que los “hombres entran en sociedad para preservar su propiedad” (II, párrafos 222, 94, 124, 134). El título que otorga al hombre la propiedad privada es, precisamente, el trabajo, pues gracias a este, el hombre es capaz de extraer y transformar una cosa del estado de naturaleza en otra distinta, adquiriendo la propiedad sobre la misma. Véase Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (Segundo tratado). (Edición de J. Abellán y traducción de F. Giménez Gracia). Espasa.

al honor, intimidad y propia imagen como derechos fundamentales, se va a producir una extensión o ampliación del derecho civil por efecto de la CE –constitucionalización del mismo–, pues, a partir de ahora, estos derechos inherentes al ser humano, que son los derechos de la personalidad para el derecho civil y que siempre deberían haber sido parte del derecho civil por constituir derechos propios del ser personal, vuelven al derecho civil, ampliando su contenido. La poca atención que les dispensó el Código en la época anterior, y la proclamación actual de los mismos por la Constitución, hacen que esta se los arrogue como propios, ordenando la publicación de la ley orgánica que los protege (LO N° 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen), y mermando *a priori* las competencias del Código, por lo que este reacciona interesándose por esta dimensión de la persona.

De este modo, el derecho civil empieza a perder su carácter netamente patrimonial, para incorporar (o en algunos casos, simplemente, destacar) el aspecto más personal del individuo, sus derechos inherentes, y aquellos aspectos de su vida personal y familiar sin trascendencia económica, hasta entonces olvidados, pero, desde nuestro punto de vista, siempre existentes. Es lo que se llama la despatrimonialización del derecho civil.

A partir de ahora, el derecho civil no es solo el derecho del “*homo oeconomicus*”<sup>26</sup>, sino el derecho de un individuo, del que se toma consciencia que tiene otras dimensiones tan importantes como la económica o patrimonial, dignas de protección y atención.

En consecuencia, los derechos fundamentales se “civilizan”, ya no son patrimonio del derecho público porque también se hace necesario su reclamación y defensa frente a particulares, y porque, si el derecho civil es el derecho de la persona, no puede ignorar los derechos más intrínsecamente ligados a ella por el solo hecho de existir, de ser persona; se redescubre a la persona “humana”, y no solo al individuo como un sujeto de derechos, el individuo como voluntad. No puede, el derecho civil, desvincularse de la parte del ordenamiento que considera a la persona como tal. Por eso, se va a producir, al menos para el derecho positivo, una ampliación del concepto de persona –entendida hasta el momento principalmente como sujeto de derechos y obligaciones– hasta hacerlo equivalente al de persona como ser de seres, completa, con todas sus dimensiones, lo que lleva a, su vez, a una aparente “humanización” del derecho civil<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Gil, J. Ob. cit., 370.

<sup>27</sup> Martínez de Aguirre, C. (1991). *El derecho civil a finales del siglo XX*. Tecnos, 110-111.

Como afirma Gil Rodríguez<sup>28</sup>, la despatrimonialización consiste en “colocar, como la Constitución hace, a la persona humana por delante del interés económico, de modo que las relaciones patrimoniales mismas se funcionalicen a la lógica de respeto a la dignidad de aquella”, y eso sin que se expulse, o se pierda, la parte patrimonial del derecho civil, que permanece, pero supeditada a la “persona-humana”. Como afirma Martínez de Aguirre, se trata de “una subordinación teleológica de las instituciones y valores patrimoniales a los personales”<sup>29</sup>.

Se redefine el concepto de persona como objeto principal del derecho civil, incluyendo en ella, como ya hemos dicho antes, tanto su dimensión “doméstica o intimista”, como la “productivista”, en la que se sitúa tanto la propiedad como su autonomía, pero siempre subordinadas a aquella<sup>30</sup>.

Pero esa subordinación debe entenderse en el sentido de que las instituciones patrimoniales son instrumentos para el desarrollo integral de la persona, existe una vinculación institucional de los mecanismos patrimoniales y sus valores a la persona, y aquellos son los medios para conseguir el fin del desarrollo y protección del ser humano. El derecho civil debe estar atento a que esos instrumentos patrimoniales no superen a la persona, y esta quede relativizada de nuevo frente a las relaciones patrimoniales. Es esta la función que debe realizar ahora el derecho civil, tratar de que no prevalezca la lógica puramente patrimonial sobre la personal, ya que la persona es más que sujeto de relaciones patrimoniales.

Esto es necesario, hoy más que nunca, cuando surgen voces contra la deshumanización y despersonalización de nuestro entorno social; a través de la personalización del derecho civil se puede contribuir a ello, volver a poner a la persona en el centro del ordenamiento civil, como el fin que hay que perseguir.

Esta ampliación o personalización del derecho civil se ha puesto de relieve en muchas de las iniciativas legislativas en la materia, que se han centrado en la persona, como ser personal, como pueden ser la Ley N° 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, en su regulación de los consentimientos previos y documentos de instrucciones previas; la normativa sobre trasplantes, y, cómo no, el régimen de la reproducción asistida y el estatuto jurídico del embrión<sup>31</sup>; las modificaciones del Código

28 Gil, J. Ob. cit., 370.

29 Martínez de Aguirre, C. Ob. cit., 150-154.

30 Gil, J. Ob. cit., 371.

31 Aunque en este caso, nos separamos de la concepción antropológica que subyace en esta ley, puesto que no considera al embrión como persona para el derecho, pues esta es solo la que alcanza los requisitos que la ley establece (el nacimiento según art. 29 CC), siguiendo los postulados positivistas, mientras que yo entiendo que debe respetarse como tal, como sujeto de derechos y digno de protección, al gozar de naturaleza humana.

Civil para adaptarlo al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, sin hacer distinciones entre aquella y la capacidad de obrar. De igual forma, importantes debates sociales actuales serán resueltos por el derecho civil en su versión más intimista y menos patrimonialista, como la maternidad subrogada, la cuestión sobre la posibilidad de decisión de los menores transexuales al cambio de sexo (rechazada por el TC en julio 2019), el consentimiento para la eutanasia, entre los más importantes y actuales.

No obstante, el foco, la concepción antropológica que subyace en la mayoría de ellos, no son exponentes, a nuestro juicio, de la “personificación” o “humanización” del derecho civil, en el sentido de que no son ejemplo de la dignificación de la persona, del refuerzo de su dignidad, antes bien, al contrario. El hecho de que, hoy en día, el derecho civil ponga su atención en regulares aspectos de la dimensión intimista de la persona, no quiere decir que lo esté haciendo correctamente, pues a través de muchas de estas normas no se defiende a la persona en su integridad, no se procura con ellas el bien de la persona, que es a lo que aspira para su perfección.

En definitiva, se vuelve a producir una transformación del derecho civil, que, en teoría, amplía su contenido, al consolidar el verdadero significado integral de “persona”, sin que se expulse el contenido económico o patrimonial; este permanece, pero, ahora, orientado, subordinado, a la persona como “ser humano” en todas sus dimensiones. Más que “despatrimonialización” deberíamos hablar de “humanización” o “personalización” del derecho civil, pues el derecho civil patrimonial no desaparece, sino que permanece<sup>32</sup>.

Eso sí, como hemos señalado antes, la incorporación de esa dimensión más íntima de la persona como objeto de interés para el derecho civil sigue sin ser totalmente adecuada con la concepción antropológica que aquí se defiende, por dos motivos: uno ya apuntado, porque muchas de las intervenciones del legislador en temas “personales” no contribuyen a la protección de la dignidad humana, al bien de la persona, a su perfección (por ejemplo,

32 En contra, se encuentran aquellos que defienden un derecho civil de carácter exclusivamente patrimonial, que no admiten esta “despatrimonialización”, pues entienden que la persona es “solo –lo que no es poco– sujeto de derecho, es decir, titular potencial de posiciones jurídicas activas o pasivas frente a terceros”: Carrasco, A. (1988). *El derecho civil: señas, imágenes y paradojas*. Tecnos, 34-35. En estas posturas “disgregadoras” sobre el derecho civil, también se propugna, incluso, la salida del derecho de familia del mismo, que debe independizarse, e incluso aproximarse al público. Así se manifiesta Cicu, A. (1947). *El derecho de familia*. (Trad. S. Sentís Melendo). Ediar, considerando que, en el derecho de familia, la relación jurídica tiene caracteres comunes a la de derecho público, como son el interés superior y unitario que debe defenderse.

la eutanasia, la manipulación de embriones, el cambio de sexo voluntarista); y en segundo lugar porque sigue poniéndose de manifiesto que la persona para el derecho es, sobre todo, un sujeto de derechos y obligaciones capaz de actuar en el tráfico jurídico, versión patrimonialista, relegando a un segundo plano todo aquello que, aun formando parte de ella, no sirva a esta finalidad. Esto se pone de relieve, por ejemplo, en la nueva protección de discapacitados, que se argumenta solo para que puedan actuar en el tráfico, contratar; también, por ejemplo, en la –acertada– eliminación de los requisitos (fisiológicos) que exigía el Código para ser persona en los antiguos artículos 29 y 30, los que no han logrado superar la idea que impregna todo el código de que ser persona es poder actuar jurídicamente, nada más.

## ***2.5. El predominio de la autonomía de la voluntad: la persona como voluntad pura***

Por otra parte, en los últimos años, y con proyección a futuro, observamos la creciente importancia de la autonomía de la voluntad de la persona en sus relaciones más personales, que afectan a sus derechos fundamentales o de la personalidad, basados –en teoría– en su dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad que recoge el artículo 10 CE.

De este modo, las modificaciones más importantes en el derecho de la persona y derecho de la familia han puesto en el centro la libre voluntad del individuo que prevalece sobre otros factores sociales o públicos a la hora de configurar nuevos derechos derivados de nuevas realidades que afectan a la esfera más personal del ser humano.

El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares, donde tradicionalmente ha sido muy escaso, al existir intereses de protección pública en ellos, ha empezado a desempeñar un papel fundamental<sup>33</sup>. El avance de la voluntad como fuente de configuración de las instituciones más ligadas al ser personal y familiar es una realidad en nuestros días, y así parece proyectarse al futuro, siendo un ámbito donde el derecho civil crece de forma continua. Si la autonomía de la voluntad decrece en su ámbito más propio como son las relaciones contractuales (por la protección a los consumidores, a las personas vulnerables, la injerencia del derecho público...), sin embargo, crece y experimenta una evolución al alza en las relaciones

33 Parra, M. A. (2002). Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del derecho de la persona y de la familia. *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 19, diciembre, 155; Lacruz Berdejo, J. L. (1982). Un nuevo contractualismo en el derecho de familia. *La Ley*, nº 3, 727 y ss.

más personales del ser humano, en ámbitos del derecho de familia y de la persona en los que, hasta ahora, estaba arrinconada<sup>34</sup>. De este modo, parece que “la familia ‘se privatiza’, en el sentido de que prevalecen las opciones personales, la voluntad individual, como manifestación del respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos individuales. Se refuerza con ello la autonomía de la voluntad, la posibilidad de autorregulación”<sup>35</sup>.

Tal ha sido el caso en temas como la transexualidad, la filiación, la doble maternidad y la maternidad subrogada, y más recientemente la eutanasia, por no olvidar algunos más “clásicos” como el matrimonio y el divorcio.

Este giro hacia el predominio de la voluntad en cuestiones propias de la persona, en su dimensión más intimista, no nos parece adecuado, pues parece identificar erróneamente a la persona con su libertad plena, de tal forma que es ella la que parece que puede construirse a su libre albedrío, según las tendencias culturales y sociales relevantes en cada momento, olvidando su esencia natural, a la que no puede renunciar ni omitir, ni “reconstruir”, como puede ser el derecho a la vida, a la integridad física, sexo, filiación; cuestiones todas ellas propias de la naturaleza humana que no puede negarse ni construirse de forma particular, pues es común para todos. Parece que se está separando la naturaleza humana del derecho de familia, y esto, a todas luces, y aunque solo sea a través de la fuerza de los hechos y los datos, parece imposible<sup>36</sup>.

34 No puede olvidarse que la familia, y la “persona” como ser humano, trasciende al interés puramente particular y las normas que lo regulan son esencialmente imperativas o prohibitivas y de orden público, precisamente para proteger esos intereses más generales y no particulares y privados. En este sentido, añade Hott, C. S. (1999), que “como consecuencia de ello, desaparecen o se atenúan las derivaciones de la autonomía de la voluntad, y es así como prima el formalismo sobre el consensualismo: la irrenunciabilidad por sobre la renunciabilidad de los derechos subjetivos extrapatrimoniales de familia y, muy especialmente, la aplicación de un estatuto jurídico predeterminado e imperativo sobre la libertad contractual de estipulación”; en Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n° 1, 105.

35 Parra, M. A. (2011). Autonomía de la voluntad y derecho de familia. *Diario La Ley*, n° 765, 1.

36 En este sentido, Martínez de Aguirre describe esta cuestión de forma muy interesante, afirmando que la biología, y la naturaleza humana no pueden obviarse para el derecho y menos para el derecho de familia, pues este regula diferentes situaciones en función, al final, de la diferente biología o realidad natural del hombre. Afirma, este autor, “la fuerte relación entre las instituciones básicas de derecho de familia (principalmente filiación, pero también el matrimonio) y su fundamento natural, así como las consecuencias que esta relación puede tener en su regulación”. Martínez de Aguirre, C. (2020). Con la naturaleza hemos topado. Reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo derecho de familia. *Prudentia Iuris, N. Aniversario*, 312. DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.309-321>.

Todo ello conduce a concluir que, a pesar de que se trate de desvincular en algunas normas el derecho civil de la naturaleza humana, poniendo el foco en la concepción de persona como pura libertad, que se construye a sí misma, con independencia de su naturaleza, eso no es cierto, y esta debe seguir siendo la base del derecho civil como desde aquí se defiende.

Nos detenemos en el análisis de alguna de estas normas.

### **3. La autonomía de la voluntad como fundamento de recientes leyes civiles: análisis crítico**

En la última década, en España, se han sucedido una serie de leyes en el ámbito del derecho civil que tienen como denominador común el considerar a la persona como voluntad pura; de forma que la autonomía de la voluntad se erige como el presupuesto y fundamento principal y común a todas ellas, tal y como acabamos de exponer, y muchas veces de forma exagerada cuando no equivocada.

#### ***3.1. Leyes sobre el matrimonio y filiación***

Las reformas legales sobre el matrimonio de 2005 que impulsó el matrimonio entre personas del mismo sexo, el divorcio “exprés” sin causa, y la posterior Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, que permite la celebración del matrimonio y el divorcio ante notario, han ido configurando un matrimonio casi a la carta, donde lo único relevante para el mismo (y su extinción a través del divorcio) es la voluntad del individuo como consecuencia del libre desarrollo de su personalidad que defiende el artículo 10 CE. Atrás quedan las consideraciones sobre el matrimonio como institución dirigida a la procreación y sostén de la familia, basada en la diferenciación de sexos, que tenía entre sus funciones la protección de aquella; se está produciendo, en consecuencia, una pérdida de la esencia del matrimonio, y su desnaturalización, se convierte más bien en una opción personal independiente del sexo de las personas. El matrimonio ha perdido su función de pilar social y se ve casi como un derecho subjetivo, que depende exclusivamente de la voluntad manifestada por el contratante, sin otro motivo o causa que querer contraerlo, como expresión de su personalidad. Esta es la visión que del matrimonio aporta la Ley N° 13/2005, del 1° de julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho

a contraer matrimonio<sup>37</sup>, que es, a nuestro juicio, una desnaturalización de la institución.

De igual forma, no debe extrañar que, si esto es así, la forma de extinción a través del divorcio se base igualmente en la voluntad de ponerle fin, sin necesidad de hacer constar causa alguna que justifique su disolución, tal y como inmediatamente después introdujo la Ley N° 15/2005, del 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges basta para poner fin al matrimonio, desligando, por tanto, la separación y el divorcio de causas que supongan el incumplimiento de los deberes matrimoniales como era hasta entonces<sup>38</sup>.

La mera voluntad es la causa tanto del matrimonio como del divorcio, tendencia voluntarista que queda aumentada ante la posibilidad de que sea un notario, fedatario público que recoge la voluntad de las partes en un documento fehaciente (escritura pública), quien pueda, a su vez, constatar estos hechos, sin necesidad de acudir a un juez, posibilidad introducida por la Ley N° 15/2015, del 3 de julio, de jurisdicción voluntaria, eliminando el divorcio judicial en determinados casos.

De igual, y con respecto a las modificaciones legales introducidas en temas de filiación, la voluntad de la persona se erige como fundamento básico de aquellas. Esto es así sobre todo en relación con la determinación de la filiación en parejas del mismo sexo, donde la declaración de la voluntad de la madre no gestante basta para determinar dicha filiación. Ya en las leyes de reproducción asistida se introdujo la autonomía de la voluntad como clave en la determinación de la filiación y, probablemente, haya alcanzado su punto más extraordinario como criterio determinante de la filiación, en el caso de la “doble maternidad por naturaleza”. La reforma del artículo 7.3, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en 2007, permite que sea la sola voluntad de quien dice ser madre el criterio determinante de la filiación, con preferencia a la determinación con base en la verdad biológica.

37 Según prueban las siguientes palabras de su Exposición de motivos: “Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho”.

38 La Exposición de motivos de esta ley es todavía más clara en cuanto a la inspiración voluntarista de la reforma: “Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 CE, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no se desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

La voluntad, el querer ser madre, se impone como título determinante de la filiación, alterando todo nuestro sistema de filiación basado en la verdad biológica, encumbrando la posesión de estado como criterio principal, y olvidando, en definitiva, la realidad biológica, natural, que ella implica. Se produce definitivamente una ruptura en la relación filiación/heterosexualidad; se separa la filiación biológica de la querida; de nuevo, la persona es pura voluntad, sin tener en cuenta la naturaleza ni la biología, aspectos que quedan relegados a un segundo plano, cuando son inherentes a la persona, y la conforman plenamente como desde aquí se defiende.

### ***3.2. La “ley trans” y la elección de sexo***

El 27 de junio de 2022, el gobierno de coalición presidido por Pedro Sánchez ha dado luz verde al Proyecto de Ley para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans y para la Garantía de los Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales e Intersexuales (LGTBI)<sup>39</sup>, que se remite a las Cortes para su publicación. En el mismo se reconoce el “derecho” a cambiar de sexo sin necesidad de operación quirúrgica, y la posibilidad de que los menores lo soliciten a partir de los 12 años, sin ser necesaria si quiera la aprobación judicial o asistencia paterna a partir de los 16 años<sup>40</sup>. Se confirma que, con esta nueva ley, únicamente se requiere para cambiar de sexo la voluntad de la persona, pues se elimina la necesidad de presentar informes médicos o legales, operaciones quirúrgicas, y se prohíben las terapias de conversión, dejando de considerarse la disforia de género como una enfermedad.

Siendo este un tema complejo que provocaría una reflexión mucho más profunda, me limito aquí a poner de relieve la creciente importancia de la voluntad en la decisión del cambio de sexo, también como consecuencia del libre desarrollo de la personalidad y de la identidad sexual, que lleva a configurar la posibilidad de cambiar el sexo biológico para adecuarlo al sexo sentido o psicológico, como un derecho de la personalidad: el derecho a libre determinación de la identidad sexual y expresión de género.

Este nuevo derecho se basa en la autonomía y libertad individual de cada persona a decidir cuál es su sexo (sentido o querido), y qué prácticas han de realizarse sobre su cuerpo para conseguir aquel, además de una serie de acciones de reconocimiento y respeto por parte de los demás hacia

39 Consultar el Proyecto de Ley definitivo en <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf>.

40 Entre los 12 y 14 años se necesita autorización judicial; entre 14 y 16, asistencia paterna.

la persona que libremente decide sobre ello. La sexualidad binaria queda desterrada y se abren múltiples opciones al individuo que se basan solo en su derecho a la determinación sexual. Esta ley tiene su fundamento claro en la teoría de género, con una concepción antropológica muy peculiar, a caballo entre el subjetivismo voluntarista del existencialismo y componentes del estructuralismo marxista, para la que la persona se construye a sí misma en sintonía con las circunstancias externas, ambiente y cultura en la que le toca vivir y como quiera. La teoría de género “parte de un dualismo que distingue en la persona el sexo (biológico), del género (lo construido)”<sup>41</sup>; son realidades diferentes y el cuerpo (y su realidad biológica) queda como separado de la persona, no tiene importancia, y lo determinante es el género que se puede elegir y cambiar a voluntad pues no está en relación con el cuerpo y sexo, sino que depende de la sociedad y de lo que se crea, entienda o quiera en un momento determinado; se produce una sustitución del sexo por el género como identificador del ser humano. Por eso, “cada uno puede elegir su propia identidad y orientación sexual: todo es diverso y relativo, el hombre y la mujer se crean a sí mismos sin ninguna referencia a su naturaleza sexuada”<sup>42</sup>.

Esta reforma es absolutamente criticable, desde nuestro punto de vista, pues prescinde totalmente de la realidad biológica de la persona y en definitiva de la naturaleza humana, convirtiendo el sexo (género, para ellos) en algo disponible, objeto de la autonomía de la voluntad, como si de un negocio jurídico unilateral se tratara. Se pone el fundamento del derecho en la autodeterminación, debiéndose permitir todo aquello que impida la libertad del ser humano –libertad negativa–, pues en ella reside su dignidad. Esto alcanza por supuesto a su cuerpo y biología, de los que se puede prescindir, para su autodeterminación: “[...] conciben la identidad sexual como algo fluido y cambiante gobernado por la autopercepción de cada individuo”<sup>43</sup>.

No puede llevarse a este extremo la autonomía de la voluntad en cuestiones que, por afectar a la propia naturaleza humana, deberían ser indisponibles y absolutas, pues determinan a la persona y no pueden construirse o generarse al libre albedrío<sup>44</sup>. Esto es lo que ocurre en las perso-

41 Lacalle, M. Ob. cit., 20.

42 Lacalle, M. Ob. cit., 21.

43 Lacalle, M. (2021). Transhumanismo y derecho. De la naturaleza humana a la autodeterminación como fundamento de los derechos humanos. *Cuadernos de Bioética*, n° 32 (105), 225-235.

44 Como afirma Padrón, H. (2015). La persona humana en el Código Civil y Comercial, artículos 17 y 19: una reflexión filosófica. *Prudentia Iuris*, N. 80. 129. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/persona-humana-codigo-civil-padron.pdf>: “En efecto, afirmar que el cuerpo humano es indisponible como bien comercial en sí mismo y en sus productos es importante aunque no es suficiente. La indisponibilidad económica que se prescri-

nas trans que eligen cambiar de sexo: del biológico al sentido o querido (género), y también en las que se consideran como no binarias que no se sienten, no se identifican, con ninguno de los dos sexos establecidos (masculino y femenino), aunque tienen uno naturalmente definido. En ambos casos, el género pasa a ocupar el lugar del sexo biológico. Es la identidad de género la que prevalece sobre el sexo y, como esta solo depende de su voluntad, deciden cambiarla con independencia de aquel. Por el contrario, las personas intersexuales pueden encontrarse en una situación diferente. Estas son aquellas que tienen caracteres biológicos, cromosómicos, hormonales y/o anatómicos de ambos sexos. Durante muchos años se han producido intervenciones quirúrgicas en los menores intersexuales para “reassignar el sexo”, y tratar de definirlo. Creemos que probablemente, en su desarrollo natural, uno de los dos sexos prevalezca sobre el otro, quedando finalmente determinado, sin necesidad de intervenciones quirúrgicas tempranas. La decisión de operar a los menores, basada solo en su voluntad, o en la de sus progenitores, puede ser también criticable, pues es la sola voluntad la que les permite elegir cambios en su cuerpo y mente, ya que no hay, a veces, suficientes datos biológicos para tomar esa decisión. Pero sí que creemos que se trata de un caso distinto de los anteriores, pues estos no deciden cambiar su género con independencia del sexo biológico, no es una cuestión únicamente de identidad de género, sino de indeterminación sexual<sup>45</sup>.

En los supuestos de elección de género, se pone de manifiesto la corriente del relativismo que, al prescindir de la verdad del ser, de la naturaleza, se reduce a la persona a la voluntad o libertad absoluta, convirtiéndose el deseo de cada uno, o de cada colectivo en fuente del derecho, en título legitimador, de un pretendido derecho (el del cambio de sexo) que no es tal. No compartimos la consideración de un “derecho” a la posibilidad de cambio de sexo; no puede ser un verdadero derecho cuando no puede, en realidad,

---

be se funda, precisamente, en el concepto de persona humana, de la cual el cuerpo forma parte unitiva sustancial y, por tanto, participa de la dignidad intangible de la persona humana”.

45 La distinción –a efectos jurídicos– entre las personas intersexuales y las transexuales se basa en que en los primeros, su olvido o diferente trato podría incluso ser un supuesto de discriminación sexual, pues se basa en un sexo biológico indeterminado; mientras que los transexuales, en sus reivindicaciones no pueden alegar discriminación sexual, sino, y en su caso, vulneración del libre desarrollo a la personalidad, porque en su discriminación se vulneraría su identidad de género, no su sexo, al tener un sexo biológico claro, pero sentimiento de pertenencia a otro distinto. Sobre sus diferencias y el diferente tratamiento jurídico entre unos y otros –con matices–, véase: Lauroba, E. (2018). Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible. *Derecho privado y Constitución*, nº 32, 11-54 y Arroyo, A. (2020). Las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos humanos y fundamentales. *IgualdadES*, nº 2, 20-60.

reclamarse frente a quien tenga que entregárselo; ¿es realmente “lo suyo”, lo justo?, ¿quién debe repartirlo y cómo?

### ***3.3. Ley de la eutanasia***

El derecho a decidir sobre el fin de la propia vida es uno de los derechos de nuevo cuño que se fundamentan en la autonomía de la voluntad del individuo llevada, a mi parecer, hasta el extremo, de tal forma que este tiene capacidad de decisión sobre su propia personalidad jurídica y física.

Si bien esta ley no entra de lleno en el ámbito civil que se analiza, creemos interesante detenernos en ella por dos motivos: el primero porque afecta a un derecho fundamental, derecho de la personalidad, como es el derecho a la vida, que sí es objeto del derecho civil, siendo la muerte la que pone fin a la vida y, además, a la personalidad jurídica. Pero en segundo lugar, nos parece relevante analizarlo desde el derecho civil porque el consentimiento —causa que justifica según esta ley la eutanasia—, manifestación clara de la personalidad, es objeto de esta rama del derecho.

El derecho a la vida como derecho fundamental, absoluto, inherente al ser humano e indisponible, se transforma, como consecuencia del derecho a la elección y libre determinación, en un derecho relativo y disponible en determinadas condiciones legalmente establecidas.

De nuevo, la autonomía de la voluntad, el voluntarismo y el relativismo absoluto se erigen como principio informador y sustentador de un nuevo derecho que conculca el derecho fundamental a la vida, recogido en el artículo 15 CE.

La ley de la eutanasia ha sido aprobada finalmente en España a través de la Ley Orgánica N° 3/2021, del 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Su exposición de motivos afirma: “[...] la presente ley pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia. La eutanasia significa etimológicamente ‘buena muerte’ y se puede definir como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento”. Continúa justificando su admisión dando los siguientes argumentos, basados todos ellos en la prevalencia de la autonomía de la voluntad y la capacidad configuradora de cada persona sobre su vida, según las tendencias y demandas de la sociedad: “Y es, precisamente, obligación del legislador atender a las demandas y valores de la sociedad, preservando y respetando sus derechos y adecuando para ello las normas que ordenan y organizan nuestra convivencia. La legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las perso-

nas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad. Hacer compatibles estos derechos y principios constitucionales es necesario y posible, para lo que se requiere una legislación respetuosa con todos ellos. No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, [...] Se busca, en cambio, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables, lo que denominamos un contexto eutanásico. Con ese fin, la presente ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole”.

No podemos estar más en desacuerdo con estas afirmaciones, en las que se observa una exagerada preminencia del derecho a decidir, de la autonomía de la voluntad, sobre un derecho fundamental inherente y absoluto y, en consecuencia, indisponible. En primer lugar, porque el ejercicio de la autonomía de la voluntad solo es lícito si con el mismo se persigue un fin lícito, orientado al bien del sujeto, pero no cuando provoca un daño; no podemos justificar el evitar un mal (el sufrimiento de una persona), con otro mal (la muerte)<sup>46</sup>. Además, no podemos reducir todo al debate simplista de si es posible disponer, o no, de un bien (la vida) por parte de su titular, como si de un derecho subjetivo patrimonial se tratara y si esa libertad, o capacidad de decisión y disposición, debe estar protegida y garantizada. Y es que no puede examinarse este problema desde una perspectiva jurídico-positiva y aislada. El tema es más complejo; para empezar, el “bien vida” no es disponible, no está configurado como tal en nuestro ordenamiento, más bien al contrario, es un derecho fundamental absoluto y por tanto inalienable, protegido por la propia constitución. Pero, además, el tema trasciende a la

46 Observatorio de Bioética Instituto Ciencias de la Vida (2020). La eutanasia que nos llega. Reflexión médica, jurídica y moral. Universidad Católica de Valencia y Observatorio de Bioética Instituto Ciencias de la Vida. <https://es.zenit.org/wp-content/uploads/2020/01/LA-EUTANASIA-QUE-NOS-LLEGA.pdf>, 2. También, como afirma Cathrein, S. J. (2002), “el derecho es una parte esencial del orden moral” y “son moralmente buenas para el hombre aquellas acciones que, conforme a su naturaleza racional, se acomodan a todas sus relaciones para consigo mismo, para con los demás hombres, y para Dios, su creador y fin último”. Véase en *Filosofía del Derecho. El derecho natural y el positivo*. (Trad. A. Jardon, 7ª edición). Reus, 272-273.

propia singularidad del individuo, siendo necesario extenderlo a su realidad ontológica<sup>47</sup>, como persona íntegra y social, por lo que no puede resolverse con base en su exclusiva voluntad, y el derecho (positivo) debe fundamentarse y valerse de otras ciencias para dar respuesta a esta cuestión; es en el derecho natural donde el rechazo a esta práctica encuentra su sentido. Efectivamente, la naturaleza humana –una vez más– no puede separarse del derecho, pues es su base. Ya hemos dicho en repetidas ocasiones que ser persona para el derecho es de origen natural, y no una cualidad técnica jurídica que atribuye el ordenamiento; esto ocurre, con más razón, cuando hablamos del bien, derecho a la vida, sin el que la persona no existe como tal (ya que el bien protegido es su propio ser), por lo que el derecho a la vida es un derecho a ser persona, a existir. Es un derecho natural originario que debe protegerse de principio a fin sobre el que no se puede disponer y decidir justificándolo en un derecho de elección o predominio de la mal entendida autonomía de la voluntad.

#### 4. Conclusión

Considero que este gigantismo del principio de la autonomía de la voluntad en el derecho civil no patrimonial es un defecto que el derecho civil debe corregir, pues este tiene que estar en perfecta consonancia con el derecho natural y sus principios inmutables, que lo fundamenta, inspira y a la vez persigue.

La voluntad del individuo, por relativa y particular, puede no estar bien formada, y ser mutable, característica esta de la que debe huir el derecho, pues debe fundarse en principios inmutables y generales y no en la conveniencia de la mayoría, y menos del individuo concreto. El individualismo profundo llevado al extremo y guiado por lo que la ley establece como posible, válido y obligatorio, conduce a estas situaciones límites que deben rechazarse. Lo que la ley natural rechaza no puede aceptarlo el derecho positivo sin más; este debe estar en perfecta consonancia con el derecho natural, que no es sino la expresión jurídica de aquella y del orden moral<sup>48</sup>. En

47 Medina, D. (2013). Muerte digna. Vida digna. Una reflexión. Un debate. *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 3ª, 403.

48 “Muchos derechos son ya concedidos al hombre por la ley natural, así el derecho a la vida, a la libertad, al honor, a la posesión y al mismo tiempo es impuesto a todos los demás también por la ley moral natural, el deber de respetar ese derecho. Es, por lo mismo, imposible que pueda existir un derecho a algo malo por su naturaleza. [...] Si se niega el carácter moral del derecho y de los deberes jurídicos, se quita toda su dignidad y su nobleza al orden jurídico entero”. Cathrein, S. J. Ob. cit., 276.

definitiva, considero que el derecho civil en este punto debe dialogar con la Filosofía del Derecho y otras ciencias que ayuden a reconducir la autonomía de la voluntad como principio general del derecho civil, como reflejo del derecho natural, y sobre todo donde alcanza su sentido, en el derecho patrimonial, pues los bienes en juego son particulares, disponibles, y no necesitados de especial protección.

En conclusión, la aparente “humanización” en la que se ha visto inmerso el derecho civil en los últimos años, con la preponderancia de la dimensión más íntima, personal y familiar del ser humano respecto a sus relaciones patrimoniales, no ha sido tal. Podría parecer que se acerca a la concepción antropológica, que aquí se defiende, de considerar a la persona como un ser completo biopsicosocial, sin embargo, se aleja cada vez más de nuestros postulados. Esto es así porque lejos de contemplar a la persona en su totalidad, la reduce a una de sus dimensiones: la voluntad.

La antropología subyacente hoy en día en el derecho civil, y a la vista de las últimas propuestas y proposiciones –y las que se avecinan–, dista mucho de ser la más adecuada y de procurar la dignidad, igualdad, y libertad de la persona, como ser de fines. Se hace necesario re-pensar el derecho civil, y dotarle de sentido pleno basado en la persona.

## Bibliografía

- Álvarez, S. (2020). La interferencia estatal en la vida privada y familiar. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n° 42, junio, 1-23. DOI: 10.7203/CEFD.42.16609.
- Arroyo, A. (2020). Las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos humanos y fundamentales, *IgualdadES*, n° 2, 20-60.
- Besa P., Vera, D., García, R., Vial, R., Valenzuela, J., Salas, C. (2020). *Evolución del concepto de derecho civil*. <https://www.monografias.com/trabajos10/evco/evco.shtml>
- Burgos, J. M. (2005). Algunos rasgos esenciales de la antropología personalista. *Thémata: Debate sobre las Antropologías*, n° 35, 495-500.
- Burgos, J. M. (2012). *Introducción al personalismo*. Palabra.
- Carrasco, A. (1988). *El derecho civil: señas, imágenes y paradojas*. Tecnos.
- Cicu, A. (1947). *El derecho de familia*. (Trad. S. Sentís Melendo). Ediar.
- Gil, J. (1989). Acotaciones para un concepto de derecho civil. *Anuario de Derecho Civil*. (Tomo XLII), 317-376.
- Graniers, G. (1979). *La Filosofía del Derecho a través de su historia y sus problemas*. (Trad. J. Williams Benavente). Editorial Jurídica de Chile.
- Hervada, J. (1981). Concepto jurídico y concepto filosófico de persona. *La Ley*, n° 4, 942-946.
- Hott, C. S. (1999). Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n° 1, 105-119. <http://www.jstor.org/stable/41612169>.

- Kelsen, H. (1946). *Teoría pura del Derecho*. Losada.
- Lacalle, M. (2013). *La persona como sujeto de Derecho*. Dykinson.
- Lacalle, M. (2021). Transhumanismo y Derecho. De la naturaleza humana a la auto-determinación como fundamento de los derechos humanos. *Cuadernos de Bioética*, n° 32 (105), 225-235.
- Lacruz Berdejo, J. L. (1982). Un nuevo contractualismo en el derecho de familia. *La Ley*, n° 3, 727-730.
- Lauroba, E. (2018). Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible. *Derecho privado y Constitución*, n° 32, 11-54.
- Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (Segundo tratado). (Edición de J. Abellán y traducción de F. Giménez Gracia). Espasa.
- Martínez de Aguirre, C. (1991). *El derecho civil a finales del siglo XX*. Tecnos.
- Martínez de Aguirre, C. (2020). Con la naturaleza hemos topado. Reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo derecho de familia. *Prudentia Iuris, N. Aniversario*, 309-321. DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.309-32>.
- Massini, C. I. (2017). Sobre dignidad humana y derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho. *Prudentia Iuris*, N. 83, 49-72. [file:///C:/Users/Gen%C3%A9rica\\_Provisional/Downloads/971-3241-1-PB.pdf](file:///C:/Users/Gen%C3%A9rica_Provisional/Downloads/971-3241-1-PB.pdf).
- Medina, D. (2013). Muerte digna. Vida digna. Una reflexión. Un debate. *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 3ª, 399-416.
- Nozick, R. (1974). *Anarquía, Estado y Utopía* (versión digital). Titivillius. <https://docer.com.ar/doc/exss158>.
- Observatorio de Bioética Instituto Ciencias de la Vida (2020). La eutanasia que nos llega. Reflexión médica, jurídica y moral. Universidad Católica de Valencia y Observatorio de Bioética Instituto Ciencias de la vida. <https://es.zenit.org/wp-content/uploads/2020/01/LA-EUTANASIA-QUE-NOS-LLEGA.pdf>, 2.
- Padrón, H. (2015). La persona humana en el Código Civil y Comercial, artículos 17 y 19: una reflexión filosófica. *Prudentia Iuris*, N. 80, 105-130. <http://biblioteca-digital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/persona-humana-codigo-civil-padron.pdf>.
- Parra, M. A. (2002). Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del derecho de la persona y de la familia. *Anales de la Facultad de Derecho*, n° 19, diciembre, 139-158.
- Parra, M. A. (2011). Autonomía de la voluntad y derecho de familia. *Diario La Ley*, n° 765, 1-10.
- Ratzinger, J. (1999). La crisis del derecho. En discurso de agradecimiento por la concesión del grado de doctor Honoris Causa en Derecho por la Universidad de Lumsa.
- Redondo, L. (2017). Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada. *EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 12, abril-septiembre, 131-146. DOI <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3646>.
- Tena, I. (2012). El derecho civil entre lo permanente y su constitucionalización. *Nuevo Derecho*, vol. 8, n° 10, enero-junio, 65-75. DOI: <https://doi.org/10.25057/2500672X.597>.

- Varnagy, T. (2020). El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo. *Filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 41-76.
- Cathrein, S. J. (2002). *Filosofía del Derecho. El derecho natural y el positivo* (Trad. A. Jardón, 7ª edición). Reus.

# COLABORACIÓN CON EL SUICIDIO Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

**Juan G. Navarro Floria**

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

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

ORCID: 0000-0003-3376-9038

Recibido: 13 de diciembre de 2022

Aprobado: 30 de diciembre de 2022

## **Para citar este artículo:**

Navarro Floria, J. G. (2023). “Colaboración con el suicidio y objeción de conciencia”. *Prudentia Iuris*, N. 95, pp.123-143

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.123-143>

**Resumen:** ¿Se puede obligar a alguien a dar muerte a una persona, o a colaborar con el suicidio de otro? No se trata de una cuestión teórica: hay en este momento al menos cinco proyectos de ley en el Congreso que propician la legalización del suicidio asistido y de la eutanasia. En el presente trabajo sólo voy a referirme a las implicancias que presentan para la libertad religiosa tanto individual como colectiva y la libertad de conciencia en particular. Pero para situar el tema es necesario aclarar muy brevemente algunos conceptos.

**Palabras clave:** Suicidio asistido, Eutanasia, Libertad de conciencia, Libertad religiosa.

## Collaboration with suicide and conscientious objection

**Abstract:** Can someone be forced to kill a person, or to collaborate with the suicide of another? This is not a theoretical issue: there are currently at least five bills in Congress that promote the legalization of assisted suicide and euthanasia. In the present work I am only going to refer to the implications that they present for both individual and collective religious freedom and freedom of conscience in particular. But to situate the topic it is necessary to very briefly clarify some concepts.

**Keywords:** *Assisted suicide, Euthanasia, Freedom of conscience, Religious freedom.*

## Collaborazione al suicidio e all'obiezione di coscienza

**Sommario:** Qualcuno può essere costretto a uccidere una persona, oa collaborare al suicidio di un'altra? Non si tratta di una questione teorica: attualmente ci sono almeno cinque progetti di legge al Congresso che promuovono la legalizzazione del suicidio assistito e dell'eutanasia. Nel presente lavoro mi limiterò a fare riferimento alle implicazioni che essi presentano per la libertà religiosa, individuale e collettiva, e la libertà di coscienza in particolare. Ma per situare l'argomento è necessario chiarire molto brevemente alcuni concetti.

**Parole chiave:** Suicidio assistito, Eutanasia, Libertà di coscienza, Libertà religiosa.

## 1. Introducción

¿Se puede obligar a alguien a dar muerte a una persona, o a colaborar con el suicidio de otro? No se trata de una cuestión teórica: hay en este momento al menos cinco proyectos de ley en el Congreso que propician la legalización del suicidio asistido y de la eutanasia. Uno es de los diputados Alfredo Cornejo, Jimena Latorre y Alejandro Cacace<sup>1</sup>, otro es del diputado

1 Expediente 4597-D-2021, Trámite Parlamentario (T.P.) 184 (25/11/2021). Recibió la

Julio Cobos<sup>2</sup>, todos ellos de la UCR; el tercero es de la diputada por Córdoba Gabriela Estévez y otras<sup>3</sup>, del Frente de Todos; el cuarto es de la diputada Moisés<sup>4</sup>, del Frente de Todos; y el quinto y último al momento de escribir estas líneas es de autoría de la diputada Brawer y otros<sup>5</sup>, que dejando de lado los eufemismos utilizados por los anteriores habla directamente de “muerte voluntaria médicamente asistida”, “eutanasia” y “suicidio asistido”.

Aunque la cuestión no es nueva<sup>6</sup>, esos proyectos obligan ahora a volver sobre ella.

No voy a analizar aquí el contenido de fondo de esos proyectos<sup>7</sup>: sólo voy a referirme a las implicancias que presentan para la libertad religiosa tanto individual como colectiva y la libertad de conciencia en particular. Pero para situar el tema es necesario aclarar muy brevemente algunos conceptos.

Con títulos edulcorados (“interrupción voluntaria de la vida”, “ley de buena muerte”, “ayuda para morir dignamente”) se quiere legislar sobre dos situaciones con puntos en común, pero diferentes: el suicidio asistido, y la eliminación de enfermos terminales o crónicos. Eso se intenta gracias a la proclamación de un derecho subjetivo a poner fin a la propia vida, y del derecho a poner fin a la vida de otras personas por razones de “piedad”.

La pretensión de legalizar estas situaciones (o de “descubrir” y garantizar esos “derechos”) era previsible a partir de la aprobación de la ley de promoción del aborto<sup>8</sup>. Esa ley, que no fue la mera despenalización del abor-

---

adhesión de los diputados Facundo Suárez Lastra, Juan Martín, Ximena García, Fabio Quetglas, Albor Cantard, Gabriela Lena, Brenda Agustín, Gonzalo del Cerro, Claudia Najul, Luis Petri, Jorge Vara, Karina Banfi y Julieta Marcolli.

2 Expte. 3956-D-2022, T.P. 113/2022.

3 Expte. 4734-D-2021, Trámite Parlamentario 191 (6/12/2021). Son firmantes las diputadas Gabriela Estévez, Mara Brawer, Carla Carrizo, Carolina Gaillard, Mónica Macha, Cecilia Moreau, Florencia Lampreabe y Jimena López. Han llamado a su proyecto “ley Alfonso”.

4 Expte. 4092-D-2022, T.P. 116/2022. Este proyecto reformula uno de la misma autora (expte. 3930-D-2022) con una modificación relevante para lo que es objeto de este trabajo, ya que elimina la proyectada sanción penal a los médicos que dificulten la eutanasia.

5 Expte. 4855-D-2022 – T.P. 139/2022.

6 Ver, entre muchos: Massini Correas, C. I. y Zambrano, P. Vida humana, autonomía y el final de la existencia: ¿existe un derecho a disponer de la propia vida?. Borda, G. A. (Director). *La persona humana*, p. 105.

7 Ver al respecto Lafferrière, N. Análisis de los proyectos de legalización de la eutanasia y el suicidio asistido en Argentina. [https://centrodebioetica.org/analisis-de-los-proyectos-de-legalizacion-de-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido-en-argentina/#\\_ftn3](https://centrodebioetica.org/analisis-de-los-proyectos-de-legalizacion-de-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido-en-argentina/#_ftn3); y del mismo autor, Quinto proyecto de ley de eutanasia en Argentina. *ED* tº 229, cita digital ED-MMMDCCLXXX-VI-633.

8 Ley N° 27.610 (BO 15/1/2021).

to sino mucho más que eso, quebró un principio del derecho argentino que sostenía el derecho inalienable a la vida de toda persona humana.

Sin entrar ahora en la discusión acerca de esa ley, sobre lo que tanto se ha escrito, hay dos datos muy claros y que nadie debería poder discutir sin mala fe. El primero es que, desde la biología, la embriología y la medicina lo que se gesta en el seno materno durante el embarazo es indudablemente un ser humano. No hace siquiera falta recurrir a la ciencia para afirmarlo, basta con la experiencia de cualquier mujer que haya estado embarazada: ella sabe que lo que lleva en su vientre es un ser humano, y no otra cosa. El segundo dato que no debería necesitar discusión es que jurídicamente ese ser humano es una persona, sencillamente porque todo ser humano es persona. Sin duda alguna, el Pacto de San José de Costa Rica, que tiene jerarquía constitucional en la Argentina (art. 75, inc. 22, CN), afirma que “persona es todo ser humano” (art. 1º). Lo mismo dice el Código Civil y Comercial, de 2014: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19)<sup>9</sup>.

Por lo tanto, la ley de promoción del aborto lo que dice con toda claridad, y más allá de cualquier valoración que se haga de eso, es que hay personas que no tienen derecho a la vida, porque hay otras personas (las “personas gestantes”) que tienen derecho a poner fin a la vida de aquellas. Se podrán dar razones para intentar justificar semejante cosa, y de hecho el legislador ha encontrado plausible legislar en ese sentido, pero lo que no se puede negar es lo que la ley dice y significa.

Esa decisión del legislador nos situó previsiblemente en el inicio de una pendiente resbaladiza que lleva necesariamente a preguntarse por qué no puede aplicarse esa misma idea a personas ya nacidas. La ley de promoción del aborto autoriza a eliminar a una persona hasta el momento mismo anterior al nacimiento. ¿Por qué no poder hacerlo después, si no hay ninguna diferencia esencial entre el niño a punto de nacer y el recién nacido?

La filosofía que inspira la promoción del aborto y la promoción de la eutanasia y el suicidio es la misma: el individualismo extremo, y el utilitarismo. La persona no vale por lo que es, por una dignidad intrínseca que le es propia, sino por su utilidad o aptitud para hacer ciertas cosas. A la inversa, cuando la vida del otro es un obstáculo o una carga a mi propia realización personal, se convierte en algo prescindible y digno de ser eliminado.

9 Como se sabe, el texto sancionado se apartó del Proyecto de Código, que establecía una distinción según que la concepción hubiera tenido lugar en el seno materno o en laboratorio, poniendo en duda la condición de persona de los embriones no implantados. Pero en todo caso, esa discusión es irrelevante en orden al aborto, porque es indudable que para que éste se produzca debe haber una persona en gestación en el seno materno, a cuya vida se procura poner término.

Digamos, por fin, que en estas materias existe un indudable factor de imitación. Por alguna razón difícil de explicar, en la Argentina, en las últimas décadas tendemos a copiar particularmente los “avances” de la legislación española, y esta no es la excepción.

En España, el 24 de marzo de 2021 se aprobó la Ley Orgánica N° 3/2021 de regulación de la eutanasia, que plantea los mismos problemas que los actuales proyectos argentinos<sup>10</sup>. Ni siquiera somos originales.

Conviene saber que son muy pocos los países que han legalizado con mayor o menor alcance la eutanasia y la asistencia al suicidio<sup>11</sup>. En Europa son Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suiza y ahora España. En América, Colombia (por decisiones de la Corte Constitucional), algunos estados de los Estados Unidos y Canadá. En Oceanía, Nueva Zelanda y algunos territorios de Australia.

En relación al tema que aquí nos ocupa, en general en esos casos, o bien se admite la objeción de conciencia, o bien eso no resulta necesario porque si bien se despenaliza o legitima la práctica, no se impone como obligación al personal sanitario la participación en ella.

Pero lo que se ha advertido en esos casos es que lo que al comienzo se planteó como algo excepcional y para supuestos singularmente dramáticos de personas con enfermedades terminales y sufrimientos intolerables, con el tiempo se ha ido ampliando y haciendo aplicable a muchos más casos, incluso de niños, o de personas sanas pero que simplemente pierden el deseo de vivir<sup>12</sup>.

## 2. El suicidio en la ley argentina vigente

Hasta ahora el suicidio es ilícito en la Argentina. Naturalmente no se castiga al suicidio en sí mismo, y tampoco a su tentativa, pero sí es un delito penal tanto la instigación al suicidio como la cooperación con su realización (art. 83 del Código Penal<sup>13</sup>)<sup>14</sup>.

10 En relación a esa ley y sobre el tema concreto de este artículo, acaba de publicarse un excelente libro: Navarro-Valls, R., Martínez-Torrón, J. y Valero Estarellas, M. J. (2002). Eutanasia y objeción de conciencia. Palabra.

11 Ver al respecto el número monográfico de octubre de 2021 de la *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* sobre “objeción de conciencia y vida humana”.

12 Ver, por ejemplo, el caso de Bélgica, veinte años después de la legalización de la eutanasia: <https://adfinternational.org/20-years-euthanasia/> (consultado 28/7/2022).

13 “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”.

14 Me he ocupado sucintamente del tema en mi libro (2016). *Los derechos personalísimos*. El Derecho, capítulo 4.

Es que hay un derecho de vivir, pero también un deber de cuidar la propia vida<sup>15</sup>, que no solamente es un bien para uno mismo, sino también para los demás. Es lo que trasunta, por ejemplo, el artículo 54 del Código Civil y Comercial, cuando declara inexigible el cumplimiento de un contrato que ponga en riesgo la vida de quien lo suscribió.

Por eso, no sólo la cooperación al suicidio es sancionable, sino que también merece reproche la omisión de actuar para impedirlo. Así se explica el artículo 1779 del Código Civil y Comercial, que considera un impedimento de la reparación del daño “en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo”.

También subyace la idea de esa ilicitud, y de la indisponibilidad de la propia vida, en la Ley N° 27.130 (Ley Nacional de Prevención del Suicidio)<sup>16</sup>, que declara “de interés nacional en todo el territorio de la República Argentina, la atención biopsicosocial, la investigación científica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección y atención de las personas en riesgo de suicidio y la asistencia a las familias de víctimas del suicidio” (art. 1°).

El suicidio es tratado allí como una patología, y, por lo tanto, “toda persona que realizó un intento de suicidio tiene derecho a ser atendida en el marco de las políticas de salud y la legislación vigente” (art. 8°).

Los proyectos que nos ocupan cambian radicalmente esa política legislativa, aceptando la muerte “voluntaria” incluso de niños y personas con capacidad restringida, por propia decisión. Como ocurrió con el aborto, los proyectos legislativos descubren un derecho subjetivo no solo a poner fin a la propia vida, sino también a exigir al Estado y al resto de la sociedad su colaboración en la ejecución de tal decisión. De tal manera e igual que ocurrió con el aborto, lo que es un delito (ayudar al suicidio) quiere ser convertido en una obligación. Y allí es donde nace o se hace patente el derecho a la objeción de conciencia.

### **3. La eutanasia en la legislación vigente**

Hasta ahora la eutanasia también es ilícita, porque más allá de su motivación es vista como una forma de homicidio.

Recordemos brevemente algunos conceptos básicos.

15 La Constitución de la República Oriental del Uruguay lo expresa así en relación a la salud (art. 44): “Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad”.

16 *BO* 8/4/2015.

En torno al fin de la vida humana, se distinguen varias situaciones posibles: eutanasia, distanasia, ortotanasia<sup>17</sup>.

La palabra eutanasia proviene del griego *thanatos*, muerte; y *eu*, dulce o buena. Significaría etimológicamente “muerte dulce” o “buena muerte”. Pero en verdad consiste en la pretensa legitimidad de poner fin a la vida ajena o acelerar su terminación, generalmente alegando motivos altruistas o piadosos (evitar el sufrimiento).

Por otra parte, la negación de la inevitable finitud de la existencia humana puede llevar a procurar su prolongación artificial, que eventualmente conlleva un sufrimiento físico o moral para la persona, que resulta igualmente inadmisibles. Esa prolongación irrazonable (distanasia) puede producirse mediante lo que se denomina encarnizamiento terapéutico, es decir, el empeñamiento en sostener la prolongación de la vida por medios artificiales o extraordinarios. Esa decisión es ética y jurídicamente inaceptable y merece el mismo rechazo que la acción contraria, a saber, la utilización de medios técnicos para acelerar la muerte o poner fin a la vida<sup>18</sup>.

La distinción entre medios ordinarios y extraordinarios (o proporcionados y desproporcionados), para el sostén de la vida, depende de las circunstancias de tiempo y lugar. Lo que era desproporcionado y extraordinario hace algunas décadas puede ser hoy ordinario y, por tanto, exigible. Por otra parte, no es lo mismo lo que cabe exigir en un hospital de campaña en medio de un desastre, que en un sanatorio de alta complejidad en una gran ciudad. También debe atenderse a criterios de disponibilidad (por ejemplo, cantidad de medios disponibles en relación a la cantidad de pacientes que los demandan), costo, etcétera.

La “proporcionalidad” del medio a emplear se vincula con el resultado terapéutico esperado (es decir, si cabe esperar una curación, una mejoría duradera o una simple prolongación de la agonía).

Si el suicidio consiste, en teoría, en la decisión de la propia persona de poner fin a su vida, la eutanasia supone un paso más, que es admitir la legitimidad de la decisión de otra persona (familiares, médicos, acaso el Estado) sobre la muerte ajena. Quienes la propician, en principio, requieren que exista una voluntad libre y plena de quien demanda la eutanasia, pero inmediatamente se plantea el problema de las personas que no están en

17 Ver, en general, sobre el tema, Bergoglio de Brouwer de Koning, M. T. y Bertoldi de Fourcade, M. V. La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión. *ED* 117-780, y sus múltiples citas. También, Lafferrière, J. N. (2014). La eutanasia y la justicia en el final de la vida. Rivera (h), Elías, Grosman y Legarre (Directores). *Tratado de los Derechos Constitucionales*. (T. I). Abeledo Perrot, 830.

18 Ver, entre otros, Andorno, R. El debate ético jurídico en torno al ensañamiento terapéutico y la eutanasia. *ED* 171-976.

condiciones de prestar ese consentimiento por carecer de la conciencia o del discernimiento necesarios. Esto sin considerar la posibilidad de un juicio o discernimiento alterado por el sufrimiento o el dolor, que por lo tanto no sea plenamente libre.

La eutanasia puede ser activa (suministro de sustancias o acciones mecánicas que provoquen la muerte) o pasiva (esto es, por la simple omisión de brindar los cuidados necesarios para mantener la vida). En cualquier caso, la eutanasia consiste en dar muerte de modo intencional a una persona humana, así sea invocando móviles de piedad; que, hasta ahora, no están previstos en la Argentina como atenuantes del delito penal de homicidio. También en derecho civil la eutanasia es una conducta ilícita por atentar contra el derecho personalísimo a la vida, y por tanto genera la correspondiente responsabilidad civil de quien la realice.

Esa responsabilidad será mayor en el caso de los médicos o profesionales del arte de curar, vinculados por el antiguo “juramento hipocrático” que, entre otras cosas, señala que el médico no debe suministrar ninguna droga mortal<sup>19</sup>.

Lo deseable es que cada persona pueda “morir a su tiempo” (ortotanasia), recibiendo los cuidados paliativos adecuados para evitar el dolor o sufrimiento que sea evitable, y en condiciones dignas, en compañía de sus afectos, y con los auxilios materiales y espirituales que sean necesarios<sup>20</sup>. Recordando también que el acto de morir pertenece a lo más íntimo y privado de las personas, por lo que se vincula al derecho a la intimidad o privacidad.

La Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente, cuando legisla sobre directivas anticipadas para el cuidado de la salud (art. 11), expresamente prohíbe las que impliquen la eutanasia, y lo mismo hace el Código Civil y Comercial (art. 60: “Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”).

19 El “Código de Ética de la Confederación Médica Argentina” expresamente establece, en su artículo 117, que “en ningún caso el médico está autorizado para abreviar la vida del enfermo, sino para aliviar su enfermedad mediante los recursos terapéuticos del caso” [ver en Garay, O. (1999). *Código de Derecho Médico*. Ad-Hoc, 1044].

20 El derecho a los cuidados paliativos está previsto en el artículo 59, inciso h), del CCC. La Resolución N° 357/2016 (BO 30/3/2016), del Ministerio de Salud de la Nación, aprueba las Directrices de Organización y Funcionamiento en Cuidados Paliativos. Se trata de los cuidados y sedaciones necesarias para evitar al enfermo terminal el dolor o sufrimiento o reducirlo tanto como sea posible. La reciente Ley N° 27.678 (BO 21/7/2022) “tiene por objeto asegurar el acceso de los pacientes a las prestaciones integrales sobre cuidados paliativos en sus distintas modalidades, en el ámbito público, privado y de la seguridad social y el acompañamiento a sus familias”.

La prohibición legal de la eutanasia ha sido recordada por la Corte a la hora de interpretar el artículo 11 de la Ley de Derechos del Paciente. Dijo el Tribunal: “No fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, expresamente vedadas en el artículo 11 del precepto, sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la ‘abstención’ terapéutica ante la solicitud del paciente (cfr. *Fallos*: 335:799, considerando 16)”<sup>21</sup>.

#### **4. Enfermos incurables en situación terminal**

La cuestión de los enfermos terminales está prevista en nuestro derecho civil por la modificación que la Ley N° 26.742 hizo en el año 2012 a la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente, estableciendo que “el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

La misma ley introdujo una modificación en la norma referida al consentimiento informado que deben brindar los pacientes, que se ha reproducido en el artículo 59, inc. g, del CCC, que menciona: “[...] en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”<sup>22</sup>.

21 CSJ 376/2013 (49-D)/CS, “Diez, M. A. s/ declaración de incapacidad”, resuelta el 7 de julio de 2015 (*ED* 264-153).

22 Ese mismo artículo del CCC, en su inciso h), prevé, en relación a estos pacientes, “el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.

No es lo mismo una enfermedad irreversible o incurable, que puede sin embargo prolongarse por mucho tiempo, que una enfermedad “en estado terminal”, que significa que la muerte resulta más o menos inminente de acuerdo con su curso propio. A esta última situación se asimilan las lesiones (por ejemplo, fruto de algún accidente) que, sin ser consecuencia de una enfermedad, anuncian el mismo desenlace.

En uno y otro caso, es el propio paciente quien tiene el derecho personalísimo de aceptar o rechazar los tratamientos o procedimientos médicos (quirúrgicos o no) que los médicos aconsejen. Este derecho de autodeterminación había sido ya firmemente reconocido por la Corte Suprema, con carácter general y no sólo para enfermos terminales, por ejemplo, en relación a las transfusiones de sangre<sup>23</sup>. En el caso “Bahamondez” la Corte expresamente dijo que la negativa a recibir determinado tratamiento por razones de conciencia no es equiparable al suicidio.

Sin perjuicio de esto, la ley reconoce el derecho a rechazar los medios que sean “extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”. Lo que parece indicar que no son rechazables los medios proporcionados y ordinarios, o que no produzcan sufrimiento, al menos sin un motivo.

El principal cuestionamiento que han merecido estas normas es la inclusión entre los medios sujetos a rechazo (no sólo por parte del propio paciente, sino eventualmente por otros en su nombre) de la hidratación y la alimentación. Dar de beber y alimentar, se sostiene, no es en ningún caso un medio desproporcionado o extraordinario, sino al contrario, serían cuidados mínimos, ordinarios y siempre debidos. Por lo tanto, la privación de esos cuidados (a quien no esté en condiciones de alimentarse o beber sin ayuda, por ejemplo) implica simple y llanamente matar de hambre y de sed. En el caso “Diez”, la Corte desestimó este razonamiento diciendo que “la hidratación y la alimentación han sido reconocidos como tratamientos médicos, aun en ausencia de previsiones normativas expresas”.

El recién mencionado caso “Diez” trataba de un hombre que llevaba varios años de vida vegetativa, con un estado de “conciencia mínima”, que no requería asistencia respiratoria pero necesitaba ser hidratado y alimentado mediante una sonda. Su familia pidió el cese de esa hidratación y alimentación, lo que obviamente llevaría a su muerte. Sus cuidadores se negaban a hacerlo, e incluso la Iglesia Católica se ofreció a solventar los gastos de cuidado, aliviando así a la familia. La Corte, sin embargo, dispuso el cese de la hidratación y alimentación, dando por cierta una supuesta manifestación

23 CS, “Bahamondez”, *Fallos*: 316:479, *LL* 1993-D-130.

de voluntad anticipada, verbal, del paciente en ese sentido. La sentencia no llegó a ejecutarse porque Marcelo Diez, ese era el nombre del paciente, falleció el mismo día de su dictado por causas naturales.

Hay una afirmación importante de la Corte, que no parece muy coherente con su decisión final. Dijo el Tribunal que lo allí resuelto “de ninguna manera avala o permite establecer una discriminación entre vidas dignas e indignas de ser vividas ni tampoco admite que, con base en la severidad o profundidad de una patología física o mental, se restrinja el derecho a la vida o se consienta idea alguna que implique cercenar el derecho a acceder a las prestaciones médicas o sociales destinadas a garantizar su calidad de vida (*Fallos*: 327:2127; 335:76, 452) [...] no se trata de valorar si la vida de M. A. D., tal como hoy transcurre, merece ser vivida pues ese es un juicio que, de acuerdo con el sistema de valores y principios consagrado en nuestra Constitución Nacional, a ningún poder del Estado, institución o particular corresponde realizar”.

En esa misma sentencia la Corte expresamente dijo que debía atenderse al derecho a la objeción de conciencia de médicos y personal de salud, frente a la participación en la práctica en cuestión, en términos similares a lo que había dicho en el caso “F.A.L.” que, como sabemos, amplió notoriamente en su momento las causales de “aborto no punible” o “interrupción legal del embarazo”.

Esto nos lleva al tema de la objeción de conciencia, objeto de este trabajo<sup>24</sup>.

## 5. La libertad religiosa y de conciencia

La libertad religiosa y de conciencia es uno de los derechos humanos fundamentales, para muchos el primero de todos, por varias razones. Es mucho más que la “libertad de culto” que ya en el siglo XIX garantizó nuestra Constitución. Hoy la garantizan con jerarquía constitucional varios de los tratados internacionales de derechos humanos que integran nuestro bloque de constitucionalidad, como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 12) y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18), entre otros.

La libertad religiosa tiene una dimensión interna, que es el derecho de tener, no tener, cambiar y profesar unas determinadas convicciones religio-

<sup>24</sup> Dejamos así de lado en esta oportunidad otras cuestiones, entre ellas, una de la mayor importancia, que es la situación en que la persona no está en condiciones de expresar su propia decisión y la posibilidad de que otros lo hagan en su nombre, cuestión presente en el art. 59 CCC.

sas. Ese derecho es absoluto y no admite limitaciones ni coerción alguna. Y tiene una dimensión externa, que es la libertad de practicar la propia religión y vivir de acuerdo a ella, con una serie de manifestaciones como es el culto en sentido estricto, la enseñanza, la organización de la propia vida, entre otras.

La dimensión externa de la libertad religiosa sí admite ciertas restricciones o limitaciones, pero muy excepcionales. Por lo pronto, solo pueden ser impuestas por ley formal del Congreso, y de ninguna otra forma. Y en lo sustancial, las restricciones solo son admisibles por estrictas razones de orden, salud, moral o seguridad públicas, únicamente en la medida en que sean indispensables para alcanzar esos objetivos en una sociedad democrática, y siempre con la menor extensión posible. Por lo tanto, la regla deberá ser siempre el respeto de la libertad religiosa y de sus manifestaciones externas, mientras que sus posibles restricciones serán siempre de interpretación estricta.

A su vez, la libertad religiosa tiene otra doble dimensión, expresamente garantizada por los tratados internacionales que ya mencionamos: una individual, y otra colectiva. La libertad de las personas individuales, y la de las comunidades religiosas o de fe. La Corte Interamericana de Derechos Humanos acaba de hacer en 2022 en su sentencia en el caso “Pavez”<sup>25</sup> un importante reconocimiento a la dimensión colectiva de la libertad religiosa.

Una de las más notables formas concretas y prácticas de ejercicio de la libertad de conciencia en su faz individual es el derecho a la objeción de conciencia: el derecho de toda persona a negarse a cumplir una norma o mandato que pretenda obligarla a obrar en contra de su conciencia (sea que el mandato de conciencia tenga un fundamento religioso, o meramente ético).

Los tratados internacionales de derechos humanos no mencionan expresamente el derecho a la objeción de conciencia salvo de manera incidental (en relación al servicio militar), pero sus órganos de interpretación han dicho claramente que ese derecho está contenido en la libertad de conciencia que sí se reconoce expresamente.

También la Corte Suprema, en varios e importantes fallos, ha hablado expresamente del “derecho a la objeción de conciencia” como un verdadero derecho subjetivo. Según la Corte, “la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no

25 CIDH, 4/2/2022, caso “Pavez Pavez vs. Chile (Fondo, reparaciones y costas)”, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_449\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf) (consultado 27/7/2022).

afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común” (caso “Bahamondez”).

El respeto de ese derecho es una exigencia de una sociedad democrática. Como dice la Corte en “Portillo”: “Es nuestra propia Constitución la que reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. El artículo 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con los vinculados a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia no permite dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamientos y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra norma fundamental”.

Esto es muy importante porque quiere decir que existe una obligación del Estado de respetar el ejercicio de ese derecho, y esa obligación no depende de que haya un reconocimiento expreso en la ley para cada situación concreta, sino que se deriva del mismo bloque de constitucionalidad. Ciertamente, hay muchas leyes tanto nacionales como provinciales que han reconocido el derecho a la objeción de conciencia en distintas situaciones (muchas de ellas, vinculadas al ejercicio de la profesión médica y otras referidas al cuidado de la salud)<sup>26</sup>. Justamente, la existencia de esas múltiples normas permite inducir la existencia del derecho a la objeción de conciencia con carácter general. Pero aún a falta de reconocimiento del derecho para una situación determinada, él de todas maneras existe y es exigible, y no puede ser limitado arbitrariamente.

## 6. La objeción institucional

Junto al derecho individual a la objeción de conciencia existe el llamado derecho a la “objeción de conciencia institucional”, u objeción de ideario.

Este derecho se deriva, por una parte, del derecho a la libertad religiosa en su faz colectiva que antes mencionamos. Las iglesias y confesiones religiosas tienen derecho no solamente a realizar actos de culto o religiosos en sentido estricto, sino también a crear instituciones destinadas a la enseñanza, o a la atención de las necesidades de sus miembros o de la población en general. Entre ellas, instituciones sanitarias. Desde tiempo inmemorial la Iglesia Católica, lo mismo que otras confesiones religiosas, desarrollan una

<sup>26</sup> Ver, entre otras, Ley N° 24.429 (art. 20), Ley N° 24.317 (art. 9.b), Ley N° 24.301 (art. 10.b), Ley N° 25.673 y Decreto N° 1.282/2003, Ley N° 26.130 (art. 6°), Ley N° 26.150 (art. 6°); y gran cantidad de leyes provinciales.

actividad asistencial y caritativa como una exigencia de su propia doctrina. En esas instituciones, las comunidades religiosas tienen derecho a que se respete su ideario religioso y moral.

Pero en el ámbito sanitario, además, es un dato de la realidad que la atención de la salud no la realizan principalmente personas individuales aisladas, sino que es indispensable unir esfuerzos en la creación de instituciones que tengan los medios necesarios, de una complejidad y costo imposible de afrontar por un profesional por su propia cuenta. Ahora bien: es inadmisibles pensar que porque los profesionales de la salud tengan la necesidad de trabajar en conjunto, esa necesidad anule su libertad de conciencia y los prive de obrar conforme a ella.

Cuando una institución médica (lo mismo podemos decir en el ámbito de la enseñanza) posee un ideario definido, tiene derecho a exigir a quienes trabajan en ella que adecuen su conducta a ese ideario, y a reclamar que no se le imponga a la institución la realización de prácticas que sean contrarias a aquel ideario. Y los profesionales que allí trabajan tienen un deber de lealtad a ese ideario institucional.

## **7. Los proyectos de ley de suicidio asistido**

¿Qué dicen los proyectos de ley de suicidio asistido y eutanasia en relación a la libertad de conciencia? Todos están hechos sobre el molde de la ley de promoción del aborto. Es notable que ninguno, en sus fundamentos, mencione siquiera el derecho a la objeción de conciencia, ni las implicancias éticas y religiosas del tema.

### ***7.1. Restricción a la libertad de expresión***

Por lo pronto, copiando a la Ley N° 27.610, algunas de las leyes proyectadas prohíben al personal sanitario emitir “juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas” en su diálogo con los pacientes<sup>27</sup>. En otros proyectos, se dice: “Las personas que invoquen la objeción de conciencia se abstendrán de emitir algún juicio valorativo de carácter religioso, ideológico o personal que pueda discriminar o vulnerar la dignidad humana de las personas beneficiarias de los servicios de salud. Asimismo, se abstendrán de intentar persuadir a los/as beneficiarios/as con cualquier doc-

<sup>27</sup> Proyecto Cornejo, art. 9.d.

trina religiosa, ideológica o estrictamente personal con el fin de evitar que se realice un procedimiento que pudiera ser contrario a las convicciones del personal de salud”<sup>28</sup>.

Esta es una inaceptable restricción a la libertad de expresión, además de lesionar la libertad religiosa y de conciencia. ¿Por qué tanto miedo a permitir que se presente a las personas una perspectiva religiosa de la vida y de la muerte?

Como dijo la Corte en “Portillo”, “se es igual por merecer el mismo respeto y consideración cualesquiera fuesen las ideas religiosas que se sostengan, y aun cuando ninguna se sostenga. Según esta concepción, en un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechace [...] La libertad civil asentada por la Constitución se extiende a todos los seres humanos por su simple condición de tales, y no por la pertenencia a determinados grupos o por su profesión de fe respecto de ideales que puedan considerarse mayoritarios”. En cambio, la ley de promoción del aborto impone una manera única de pensar y prohíbe la expresión de otras convicciones, y lo mismo se pretende en relación al suicidio asistido.

## ***7.2. Se obliga a cooperar con el suicidio***

En segundo lugar, como regla, se obliga al personal sanitario a prestar ayuda a la muerte del paciente que lo requiera. Esto significa que lo que hasta ahora es un delito (matar, o cooperar con la muerte autoinfligida) se quiere convertir en una obligación.

¿Cuál es la necesidad?

Porque aun suponiendo que hubiera un verdadero interés público en facilitar que las personas pongan fin a su propia vida (cosa que desde luego no comparto, pero planteo como hipótesis), ¿habría también un interés análogo en forzar a que quien no lo quiera coopere con esas muertes supuestamente voluntarias?

Esta obligatoriedad de cooperar con el suicidio es particularmente grave porque claramente no se trata de un “acto médico”, sino en todo caso lo contrario a él.

<sup>28</sup> Proyecto Brawer, art. 22.

### **7.3. Limitaciones a quienes pueden invocar la objeción de conciencia. Registro de objetores**

Los proyectos de ley (nuevamente, siguiendo e incluso copiando el modelo de la Ley N° 27.610) prevén la objeción de conciencia individual pero de modo absolutamente mezquino y restringido.

Sólo se prevé la objeción respecto de intervención “directa”<sup>29</sup>, lo que pareciera excluir la objeción a la colaboración indirecta con el suicidio y la eutanasia. Solamente el “Proyecto Cobos” extiende el derecho de objeción al “resto del personal al que corresponda prestar funciones durante la práctica”<sup>30</sup>. Pero en los demás casos, la literalidad de la norma deja a la intemperie al personal auxiliar (enfermeros, camilleros, farmacéuticos, mucamas) y administrativo del lugar donde vaya a proporcionarse el “servicio” de adelantar la muerte de las personas.

Todos los proyectos exigen que el objetor haya manifestado esa condición “anticipadamente y por escrito”<sup>31</sup>. Es conocido y evidente que los registros de objetores se prestan a ser instrumentos de discriminación en perjuicio de quienes allí deban anotarse. Ese registro supone obligar a la revelación de las propias convicciones, lo que abiertamente vulnera la libertad religiosa, y además no respeta el derecho a la reserva de datos sensibles<sup>32</sup>, como son las convicciones ideológicas y religiosas. Suponiendo que fuera necesario un registro para uso de los pacientes, o de los establecimientos sanitarios, ¿por qué en todo caso no llevar un registro de médicos y profesionales que estén dispuestos a colaborar con el suicidio, en lugar de un registro de objetores? Sería mucho más razonable.

### **7.4. La obligación de derivar**

Los cinco proyectos obligan a los profesionales a derivar al paciente a otro profesional no objetor, “sin dilaciones”<sup>33</sup>. Este deber de derivación

29 Proyecto Cornejo, art. 16; Proyecto Estévez, art. 12; Proyecto Brawer, art. 22; Proyecto Moisés, art. 18.

30 Proyecto Cobos, art. 12.

31 Proyecto Cornejo, art. 16; Proyecto Cobos, art. 12; Proyecto Estévez, art. 12, Proyecto Moisés, art. 18.

32 Es una contradicción con lo establecido en la Ley N° 25.326 de protección de datos personales, art. 2°, que prohíbe como regla la confección de bases de datos o registros de datos sensibles.

33 Proyecto Cornejo, art. 16; Proyecto Estévez, art. 12; Proyecto Brawer, art. 22; Proyecto Moisés, art. 18.

constituye una forma de cooperación con la práctica objetada, y por lo tanto violenta la libertad de conciencia del objetor.

La omisión de esta derivación inmediata es amenazada con sanciones “administrativas, penales y civiles, según corresponda”.

### ***7.5. Sanciones (incluso penales) a quien no coopere con el suicidio***

Las leyes proyectadas amenazan a los profesionales que se nieguen a cooperar con el suicidio de sus pacientes con “sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda”<sup>34</sup>, como vimos. Es que como dijimos, la cooperación con el suicidio se convierte en un deber jurídico para los profesionales, a contramano de siglos de ética médica.

Es más, el Proyecto Cobos, copiando una vez más la Ley N° 27.610, propone incorporar al Código Penal un nuevo delito, castigando con pena de prisión e inhabilitación a “la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a realizar la interrupción voluntaria de la vida en los casos legalmente autorizados”. En términos casi idénticos está redactado el Proyecto Brawer.

Los objetores de conciencia sufren además una discriminación por razón de sus convicciones, ya que en alguno de los proyectos se les prohíbe formar parte de las comisiones encargadas de evaluar los casos de pedido de asistencia al suicidio<sup>35</sup>.

### ***7.6. Restricción a la objeción institucional o de ideario***

También la objeción institucional o de ideario está restringida. Por lo pronto no está prevista como una decisión institucional. Solo para los casos de instituciones en las que todos los profesionales sean individualmente objetores (que no es lo mismo que una institución que por norma no se presta a estas prácticas) hay una tímida previsión, pero también a ellas se las obliga a derivar a los pacientes a quien sí acepte realizar la práctica (colaborando de ese modo con ella), a costo de la institución que realiza la derivación<sup>36</sup>.

34 Proyecto Cornejo, art. 16; Proyecto Estévez, art. 12.

35 Proyecto Brawer, art. 22.

36 Proyecto Cobos, art. 17; Proyecto Cobos, art. 12; Proyecto Estévez, art. 13; Proyecto Brawer, art. 23; Proyecto Moisés, art. 19.

A las obras sociales, empresas de medicina prepaga, y “todos aquellos agentes y organizaciones que presten servicios médico-asistenciales”, cualquiera sea su figura jurídica, se los obliga a incorporar a sus prestaciones la eutanasia, con cobertura total<sup>37</sup>. Sin excepción alguna ni siquiera para las instituciones confesionales.

El “Proyecto Cobos” y el “Proyecto Estévez” contienen un reconocimiento genérico de la “objección de conciencia sanitaria”, definida como el “derecho individual de los profesionales de la salud a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones”<sup>38</sup>; lo que parece excluir la objeción institucional<sup>39</sup>, tal como se confirma leyendo la totalidad de los proyectos.

## 8. Algunas conclusiones

Los cinco proyectos analizados, más allá de la valoración que pueda hacerse genéricamente y sobre el tema de fondo, son inconstitucionales en el punto referido al respeto a la libertad religiosa y de conciencia, porque vulneran de manera clara (y, además, innecesaria) esa libertad fundamental.

Esto no quiere decir que una regulación mejor, ampliamente respetuosa del derecho a la objeción de conciencia tanto en su faz individual como colectiva, convierta a los proyectos en inobjetables y dignos de apoyo. La discusión de fondo sobre lo que proponen es otra cosa. Lo que aquí decimos es que por lo menos, como condición mínima, en el caso de que el legislador siga empeñándose en limitar y restringir el derecho a la vida en aras de una irrestricta autonomía individual, debería evitar la imposición obligatoria de la participación en tales prácticas, incluso con amenaza de sanción penal a los objetores.

Los proyectos hacen, ciertamente, una lectura muy sesgada de la autonomía individual: ella sería absoluta para quien elige poner fin a la propia vida, o a la vida de alguien que no está en condiciones de tomar por sí la decisión pero con quien tiene cierto vínculo, pero sería inexistente para quien se niega a participar de ese proceso.

37 Proyecto Cobos, art. 18; Proyecto Cobos, art. 13; Proyecto Estévez, art. 3°; Proyecto Moisés, art. 20.

38 Art. 3°, inc. c).

39 Lo mismo se deduce de una norma confusamente redactada, el art. 10, según la cual: “La práctica de la interrupción voluntaria de la vida se realizará en establecimientos sanitarios públicos o privados o en el domicilio del paciente, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza”.

Suponiendo que exista un interés público en favorecer el suicidio o la eliminación de enfermos terminales (cosa que ciertamente es difícil de compartir), es muy diferente pensar que también haya un interés público prioritario y prevalente en obligar a participar de la ejecución de esas políticas a quien tiene convicciones éticas o religiosas fuertes que le impiden poner fin a la vida de otro.

Obrando de esa manera el Estado estaría violentando el derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia e incumpliendo el deber de garantizar esas libertades que le imponen la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

En el supuesto de que hubiera una mayoría de la población dispuesta a convalidar una política de promoción de la eutanasia y el suicidio, lo que cabe esperar es que la ley diga que nadie está obligado a cooperar con esas prácticas. Y como mínimo, que garantice a los objetores de conciencia, sin limitaciones arbitrarias, su derecho a la libertad de conciencia.

Eso supone, al menos:

- a) Que el derecho a la objeción de conciencia sea garantizado tanto a los médicos y personas llamadas a actuar directamente en la asistencia al suicidio o la ejecución de la eutanasia, como a quienes sean llamados a hacerlo de manera indirecta o auxiliar.

En este sentido, cabe recordar que existe una gran cantidad de leyes nacionales y provinciales sobre el ejercicio de la enfermería y otras profesiones de cuidado de la salud, que reconocen expresamente el derecho a la objeción de conciencia<sup>40</sup>, y que la reglamentación del ejercicio profesional es competencia de las provincias, por lo que una eventual ley nacional de promoción del suicidio o la eutanasia no podría desconocer esas garantías.

40 Para los enfermeros, por ejemplo, la Ley N° 12.245 de la Provincia de Buenos Aires (BO 15/01/1999), artículo 9.c; Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 298), Salta (Ley N° 7.351), Santa Fe (Ley N° 12.501), Río Negro (Ley N° 2.999), Chubut (Decreto N° 319/1999), Chaco (Ley N° 7.346), Jujuy (Ley N° 5.297) y Catamarca (Ley N° 5.268). En La Rioja (Ley N° 9.067), la objeción de conciencia está legislada como una obligación para los enfermeros: “Negarse a realizar o colaborar en la ejecución de prácticas que entren en conflicto con sus conocimientos y formación científica y profesional, convicciones religiosas, morales o éticas” (art. 21, inc. k). Para otros profesionales, por ejemplo: técnicos de la salud en la ciudad de Buenos Aires (Ley N° 1.831), los instrumentadores quirúrgicos en Entre Ríos (Ley N° 9.680), en Corrientes (Ley N° 6.286), en el Chaco (Ley N° 7.327) y en Chubut (Ley N° I-636); los nutricionistas (Ley N° 4.515) en el Chaco; los terapeutas ocupacionales en el Chaco (Ley N° 7.033), en Río Negro (Ley N° 5.231) y en Corrientes (Ley N° 6.185); los cuidadores domiciliarios en La Rioja (Ley N° 8.931); los bioquímicos en Mendoza (Ley N° 8.401); los técnicos en emergencias médicas en Buenos Aires (Ley N° 15.094) y en Río Negro (Ley N° 4.967); los kinesiólogos, fisioterapeutas y terapeutas físicos en Santa Fe (Ley N° 13.437).

- b) Que se garantice que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia no conllevará sanciones de ningún tipo ni desventajas o discriminaciones laborales y profesionales posteriores en perjuicio de los objetores.
- c) Que el ejercicio de ese derecho no esté condicionado a la inscripción en listas o registros previos de objetores, que vulneran el derecho al resguardo de datos sensibles y que se prestan a ser utilizados con fines persecutorios o discriminatorios.
- d) Que se garantice la libertad de ideario a las instituciones confesionales, pero también a las no confesionales que tengan un ideario explícito contrario a la ejecución de la eutanasia o la colaboración con el suicidio, y a las que tengan propietarios identificables que a título personal profesen esas convicciones.

Cabe decir que lo previsto por la Corte en el caso “Diez”, cuando reclamó que se dictasen protocolos que contemplen el ejercicio de la objeción de conciencia en este tipo de situaciones, es positivo en cuanto reconoce que existe un derecho a la objeción, pero objetable por las restricciones que parece establecer a su ejercicio, restringiéndolo además al derecho individual y sin contemplar el institucional<sup>41</sup>.

La objeción de conciencia al servicio militar, universalmente aceptada y exigida por los tratados internacionales de derechos humanos y por sus órganos de aplicación, se funda en la negativa a matar: el objetor al uso de armas no objeta por cobardía, sino porque no quiere ser cómplice de la guerra y no acepta ser puesto en la necesidad de matar a otro. Es curioso que se acepte eximir del deber de matar al enemigo en tiempo de guerra, pero se obligue a matar al inocente en tiempo de paz.

41 Dijo la Corte (considerando 33): “Que, por otra parte, la particular situación que se suscitó en la institución en la que se atendió a M.A.D. pone de manifiesto la necesidad de que las autoridades correspondientes contemplen mediante un protocolo las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a los pacientes [...]”.

## Bibliografía

- CIDH, 4/2/2022, caso “Pavez Pavez vs. Chile (Fondo, reparaciones y costas), [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_449\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf) (consultado 27/7/2022).
- Expte. 4597-D-2021, Trámite parlamentario (T.P.) 184 (25/11/2021).
- Expte. 3956-D-2022, T.P. 113/2022.
- Expte. 4734-D-2021, T.P. 191 (6/12/2021).
- Expte. 4092-D-2022, T.P. 116/2022. Este proyecto reformula uno de la misma autora (expte. 3930-D-2022) con una modificación relevante para lo que es objeto de este trabajo, ya que elimina la proyectada sanción penal a los médicos que dificulten la eutanasia.
- Expte. 4855-D-2022, T.P. 139/2022.
- Garay, O. (1999). *Código de Derecho Médico*. Ad-Hoc.
- Lafferrière, N. Análisis de los proyectos de legalización de la eutanasia y el suicidio asistido en Argentina. [https://centrodebioetica.org/analisis-de-los-proyectos-de-legalizacion-de-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido-en-argentina/#\\_ftn3](https://centrodebioetica.org/analisis-de-los-proyectos-de-legalizacion-de-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido-en-argentina/#_ftn3).
- Lafferrière, N. Quinto proyecto de ley de eutanasia en Argentina. *ED* tº 229, cita digital ED-MMMDCLXXXVI-633.
- Massini Correas, C. I. y Zambrano, P. Vida humana, autonomía y el final de la existencia: ¿existe un derecho a disponer de la propia vida? Borda, G. A. (Director). *La persona humana*.
- Navarro-Valls, R., Martínez-Torrón, J. y Valero Estarellas, M. J. (2022). *Eutanasia y objeción de conciencia*. Palabra.



# LOS PRIVILEGIOS DE LOS ACREEDORES INVOLUNTARIOS DENTRO DEL RÉGIMEN CONCURSAL VIGENTE A LA LUZ DEL FALLO “INSTITUTOS MÉDICOS ANTÁRTIDA” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**Juan Manuel Paniagua**

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

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

Recibido: 2 de febrero de 2023

Aprobado: 7 de marzo de 2023

## **Para citar este artículo:**

Paniagua, J. M. (2023). “Los privilegios de los acreedores involuntarios dentro del régimen concursal vigente a la luz del fallo ‘Institutos Médicos Antártida’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

*Prudentia Iuris*, N. 95, pp.145-180

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.145-180>

**Resumen:** El presente aborda la problemática surgida en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación”, del 2019, en el cual los jueces de ese tribunal otorgaron al actor un privilegio por fuera del sistema regulado en la ley de concursos y quiebras a un acreedor verificado como quirografario en el concurso liquidativo de dicho nosocomio. Declarando, así, la inconstitucionalidad del régimen y amparándose en conceptos indefinidos, como el de dignidad de la persona humana, dejando de lado el fino plexo normativo sobre la materia. Con la particularidad de haber dictado el mismo tribunal solo cinco meses antes la sentencia “Asociación Francesa Filantrópica [...] s/ quiebra s/ inc. de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, en un caso con múltiples semejanzas, habiendo resuelto

la constitucionalidad del régimen, la aplicación de las normas sobre las preferencias concursales y el no otorgamiento del privilegio invocado por el actor.

**Palabras claves:** Concursos y quiebras, Privilegios, Acreedores, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Seguridad jurídica, Inconstitucionalidad.

## **The privileges of involuntary creditors within the bankruptcy regime in force in light of the ruling “Institutos Médicos Antártida” of the Supreme Court of Justice of the Nation**

**Abstract:** This paper addresses the problem that arose in the ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation, “Institutos Médicos Antártida s/ bankruptcy s/ verification incident” of 2019, in which the judges of that court granted the actor a privilege outside the system regulated in the bankruptcy and bankruptcy law to a creditor verified as unsecured in the liquidation contest of said hospital. Thus declaring the unconstitutionality of the regime and taking refuge in indefinite concepts, such as the dignity of the human person, leaving aside the fine regulatory plexus on the matter. With the particularity of having dictated, the same court only 5 months before the sentence “French Philanthropic Association [...] s/ bankruptcy s/ inc. credit verification by L.A.R. and others” in a case with multiple similarities, having resolved the constitutionality of the regime, the application of the rules on bankruptcy preferences and the non-granting of the privilege invoked by the plaintiff.

**Keywords:** *Insolvency proceedings and bankruptcies, Privileges, Creditors, Supreme Court of Justice of the Nation, Legal Security, Unconstitutionality.*

## **I privilegi dei creditori involontari nell’ambito del regime fallimentare vigente alla luce della sentenza “Institutos Médicos Antártida” della Corte Suprema di Giustizia della Nazione**

**Sommario:** Questo contributo affronta il problema sorto nella sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione, “Institutos Médicos Antártida s/ fallimento s/ incidente di verifica”, del 2019, in cui i giudici di quella corte hanno concesso all’attore un privilegio al di fuori il regime disciplinato dalla legge fallimentare e fallimentare ad un creditore accertato chirografario nel concorso di liquidazione del predetto ospedale. Dichiarando così l’incostituzionalità del regime e rifugiandosi in concetti indefiniti, come la dignità della persona umana, prescindendo dal sottile plesso normativo in materia. Con la particolarità di aver dettato, lo stesso tribunale solo 5 mesi prima della sentenza

“Associazione filantropica francese [...] s/ fallimento s/ inc. verifica del credito da parte di L.A.R. ed altri” in una causa dalle molteplici analogie, avendo resuelto la costituzionalità del regime, l’applicazione della disciplina sulle preferenze fallimentari e la mancata concessione del privilegio invocato dall’attrice.

**Parole chiave:** Procedure concorsuali e fallimenti, Privilegi, Creditori, Suprema Corte di Giustizia della Nazione, Sicurezza giuridica, Incostituzionalità.

## 1. Introducción

La *justicia*, la *seguridad jurídica* y la *ley* como fuente más cabal del derecho son los valores fundamentales que tiene una sociedad para lograr la convivencia pacífica de sus miembros y alcanzar el bien común.

Es entonces obligado recordar que “es imposible la convivencia si los miembros de la comunidad no dan mutuo crédito a sus palabras y creen que se les dice la verdad; en efecto, la vida social es comunicación recíproca y las conductas interactivas presuponen la posibilidad de prever la respuesta del otro”<sup>1</sup>.

De allí que el legislador haya establecido un ordenamiento legal, armonizando los principios del derecho y los valores de la sociedad a través de un alambicado plexo normativo que siempre perseguirá la concreción del derecho en la sociedad y al que todos los hombres estarán ligados sin excepción.

En este sentido, ese legislador de 1995 estableció en la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 un minucioso sistema de preferencias para el cobro de créditos denominados privilegios como una excepción a la regla general de los procesos concursales que es la “*pars conditio creditorum*” y que, como toda excepción, debe ser aplicada restrictivamente y así lo establece el propio ordenamiento al prohibir la creación de privilegios por fuera de la norma.

Dicho esto, en este trabajo de investigación me propuse demostrar que la sentencia de la CSJN “Institutos Médicos Antártida” que sitúo en crisis no es ajustada a derecho y no es adecuada al propósito del ordenamiento jurídico que regula el caso al vulnerar el fin al que la norma que se pone en juego se dirige, es decir, lo regulado por los artículos 239 a 250 de la Ley de Concursos y Quiebras, y cuya finalidad es proteger a la masa de los acreedores en los procesos concursales como un adecuado principio de justicia distributiva. Sin pasar por alto y criticar la posición de los ministros de la CSJN al arrogarse facultades legislativas prohibidas por el mandato

1 Bossini, L. A. (202). *La verdad del Derecho*. Circa Humana Philosophia, 19.

constitucional y el más elemental principio republicano creando privilegios cuando la ley especial lo prohíbe explícitamente.

## **2. Desarrollo**

### ***a. Presentación sistemática***

Para alcanzar el objetivo de este trabajo existe un sendero argumental anclado en un análisis de las respuestas jurídicas plasmadas en recientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde se observa una *cosmovisión* determinada pero que en concreto causan un desconcierto y confusión al observar la palmaria contradicción en sus resoluciones.

Por lo pronto, cabe consignar que tanto el Código Civil y Comercial de la Nación como la Ley de Concursos y Quiebras, siguiendo las aguas de la doctrina presente y de sus antepasados, es decir, del derogado Código Civil argentino y de la derogada Ley de Concursos N° 19.551, no establecen diferencias en cuanto al tratamiento de los privilegios.

### ***b. Propósito***

El propósito de este trabajo es dilucidar, de algún modo, si la tarea discrecional de los jueces puede subvertir completamente al orden normativo estatal específico sobre los privilegios concursales, argumentando y basándose en principios generales que benefician a la parte por sobre el todo.

En esta medida, toda sentencia, en un sentido amplio, es un acto político ya que tiene como fin dar solución a una controversia en concreto, pero siempre en miras al bien común de la vida política. En el problema que analizo, desviarse de esa causa fin y colocar los derechos de un particular por sobre ese bien común desvirtúa el fin de la vida política.

### ***c. Hipótesis***

En el ordenamiento jurídico argentino el régimen concursal se apoya en un principio clásico de este tipo de procesos de crisis, que es la paridad entre los acreedores que concurren a cobrar sus créditos contra el patrimonio, por si escaso, del deudor, siendo la única excepción el esquema de los privilegios concursales que establece en un catálogo taxativo la Ley de Concursos y Quiebras.

En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y la propia Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (LCQ) establecen que el único modo de romper esta paridad es a través de un ajustado y cerrado elenco de preferencias a los que ambos cuerpos normativos denominan privilegios.

Dicho esto, es menester señalar que estos privilegios, como todo el régimen concursal, son de orden público y, además, regulados en un sistema de número cerrado, es decir, que solo pueden ser creados por la ley.

#### ***d. El origen del problema***

Ciertamente, el problema que planteo viene dado por el siguiente interrogante: ¿Es adecuado a justicia otorgar privilegios a ciertos acreedores del concurso en función de una situación particular por sobre la regulación de orden público en materia de privilegios de la Ley de Concursos y Quiebras?

El origen de este problema encuentra sustrato jurídico en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, del 2019, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde los jueces quebrantan el régimen, es decir, rompen ese esquema normativo cerrado de los privilegios y lo otorgan en un caso en donde la ley nada dice, afectando con ello al resto de los acreedores muñidos de privilegios amparados por la manda de la Ley de Concursos y Quiebras.

#### ***e. Estado de la cuestión***

Como es sabido, el carácter del proceso universal en cuanto concursal se sustenta en la protección de los acreedores para que logren el cobro de sus créditos. El legislador, al reconocer la problemática del deudor insolvente, estableció un sistema de remedios para alcanzar la finalidad de la norma.

Este sistema que, como todo sistema, se sostiene en la perfecta armonía de la interpretación de sus normas, se percibe desnaturalizado al verse alterado por el manejo discrecional de los jueces que, si bien están facultados para la integración e interpretación de las normas, no deben desnaturalizar su finalidad que, como toda ley, es el bien común.

Lo cierto es que el fenómeno de la *constitucionalización* del derecho privado y la inclusión del artículo 3° del CCCN y los tratados internacionales como derecho interno, han abierto una puerta por la cual, de algún modo, se empieza a crear un universo distinto de acreedores a los cuales los jueces discrecionalmente le otorgan privilegios, cosa que les está vedada.

La CSJN, en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, da una vuelta de campana al otorgar un privilegio a los denominados acreedores involuntarios (que deberían ser llamados extralegales), luego de haber dictado el fallo

“Asociación Filantrópica Francesa” del 2018 solamente cinco meses antes del fallo “Institutos Médicos Antártida” del 2019, en donde había denegado el otorgamiento del privilegio en un caso con multiplicidad de semejanzas.

De manera sostenida, la excelentísima Cámara Nacional Comercial ha dicho que debe estarse al régimen legal de los privilegios ante estos casos y que, a todo evento, la solución debería pasar por una reforma legislativa y no dejar al arbitrio de la magistratura la subversión del sistema, según lo tiene dicho en la tradicional jurisprudencia emanada de ese tribunal.

Es importante destacar en este punto que la CSJN fue pacífica en sus decisiones hasta que en el año 2019 revirtió drásticamente su postura en el fallo “Institutos Médicos Antártida”. En dicho pronunciamiento, la Corte otorgó un privilegio de primer orden con preferencia de pago por sobre todos los demás privilegios normados taxativamente en la LCQ, amparándose en aspectos referentes a la dignidad del ser humano y en las disposiciones precedentes de los TTIIDHH.

### ***f. Tópicos generales de la legislación sobre concursos y quiebras***

A los efectos de iniciar el presente análisis me detendré en apuntar algunos aspectos fundamentales y elementales del régimen concursal con la pretensión, por lo menos aquí, de hacer una reseña de la parte general de los procesos de insolvencia como marco general de estudio.

El derecho concursal tiene una realidad que excede el mero incumplimiento que es la situación de insolvencia, caracterizada ésta por la escasez del patrimonio del deudor que se materializa en un estado de cesación de pagos. En este contexto, la totalidad de los acreedores pretenden ejercer su derecho crediticio sobre la totalidad de la masa patrimonial del deudor, lo cual da la característica de universalidad de este tipo de proceso.

Este escenario es para el deudor un verdadero remedio ante su impotencia patrimonial generalizada, en la cual el Estado, a través de la Ley N° 24.522, Ley de Concursos y Quiebras (LCQ), trata de que se realice la justicia con los acreedores, de signar la política económica nacional con el objetivo de favorecer la continuidad de los negocios, el giro comercial en general, y más allá, el tráfico e intercambio de bienes y servicios cuya finalidad redundará en la generación de riquezas, tratando de dar, al menos, una solución para aquellos a los cuales la situación económica o comercial reinante les produjo este verdadero estado de cesación de pagos.

En este sentido, y con un ordenamiento de marcado carácter de orden público e impregnado de normas imperativas, el legislador trazó un detallado proceso concursal para curar o subsanar a aquellos deudores en los

que aún su situación pueda llegar a tener algún tipo de solución, luego de una negociación y concordato con sus acreedores, para solventar en parte su pasivo (concurso preventivo); o, en su caso, liquidar la totalidad del patrimonio del deudor con la intervención de un funcionario del concurso, llamado síndico, para hacer frente a los créditos insinuados (concurso liquidativo o quiebra).

A esta altura, conviene aclarar que en forma inicial algunos créditos gozan de ciertas preferencias a los que la ley denomina privilegios. Este sistema está regulado de forma tal, análogamente a los derechos reales, como un “*numerus clausus*” o régimen cerrado, es decir, que éstos solo surgen por disposición de la ley, vedando a los particulares y a los magistrados hacer nacer otra clase o tipo de privilegio que no sean los específicamente regulados en los artículos 239 a 250, LCQ. El derecho patrimonial de fondo también regula los privilegios en los artículos 2573 al 2586 del CCCN.

### **3. Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

#### ***a. Introducción***

A modo de introito, en este apartado cabe señalar que, en sentido estricto, tal vez no sea preciso hablar de jurisprudencia ya que, a lo sumo, la CSJN ha pronunciado aisladamente, en el caso “Institutos Médicos Antártida”, el criterio que violenta el sistema cerrado de privilegios sin llegar a dar por sentado una *tradición jurisprudencial* sobre el entuerto, por eso en el título colocamos la palabra sentencia y no jurisprudencia.

Más adelante, al abordar la *particularidad* de la diferencia en el pronunciamiento entre “Asociación Francesa Filantrópica” e “Institutos Médicos Antártida”, mencionaré el especial ingrediente, acaso extrajudicial, que dio pie a ese sorprendente, inusitado y extraordinario cambio diametral en la decisión de sus fallos con solo cinco meses de diferencia entre ellos.

Por lo expuesto señalamos, entonces, que darle la categoría de jurisprudencia a este fallo, es decir, dentro de la *teoría clásica* de las fuentes del derecho, otorgar a esa decisión el carácter y fortaleza de ser un medio de expresión del derecho es, a nuestro entender, un desacierto hermenéutico.

En lo que importa aquí, Llambías sostiene: “La jurisprudencia es la fuente de derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto”<sup>2</sup>. Más allá del

2 Llambías, J. J. (2010). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (T. I). Abeledo Perrot, 80.

atino conceptual, esto tiene su correlato material en que la tendencia de los tribunales debería seguir los precedentes judiciales en los que, después de haberse dictado sendos fallos en función de la semejanza de los casos concretos bajo análisis, y por cuanto debería emanar de ese hecho una fuerza de convicción en lo sucesivo, “si una regla ha concitado la adhesión de los jueces es porque ella resulta justa, y por ello, la misma doctrina ha de seguir siendo aplicada”<sup>3</sup>.

Y como también decía Salvat, “La estabilidad de la jurisprudencia tiene la gran ventaja de asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas. Los particulares, en sus transacciones, deben forzosa y lógicamente contar con ella y partir de la base de que cuando los tribunales declaran la validez o la nulidad de una cláusula o cuando fijan el alcance de una disposición legal, no es para consagrar al día siguiente una decisión contraria”<sup>4</sup>. En esta encomiable cita se resume la inconsistencia de la CSJN que, no al día siguiente, pero sí luego de cinco meses, emitió una resolución totalmente contraria. En los acápites siguientes surge palmaria la contradicción, ya que en el fallo “Asociación Filantrópica Francesa”, del 2018, la CSJN, siguiendo su propia doctrina y la emanada de la CNCom., denegó la concesión del privilegio al acreedor involuntario que lo pretende, para luego, en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, del 2019, concederlo, contrariándose a sí misma.

Importa insistir que la configuración de los jueces de un tribunal o las circunstancias particulares de un caso aislado no pueden (sin algún sustento normativo al menos) derribar una construcción legal *dogmática* y *jurisprudencial* que otorga *seguridad* en las relaciones jurídicas y que luce una impronta de la más estricta justicia, y menos podrá este tribunal ir en contra de sus propias decisiones.

## ***b. El fallo de la CSJN “Asociación Filantrópica Francesa”***

A los efectos de este trabajo nos detendremos en los *aspectos principales* que serán de relevancia en el desarrollo de la doctrina más relevante emanada de la pieza judicial en examen.

Los hechos del fallo “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros” (Fallos: 341:1511), dictado en noviembre de 2018, son:

<sup>3</sup> Ídem.

<sup>4</sup> Salvat, R. (1954). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (T. I). Tipográfica Editora Argentina, 23.

*Primero:* La quiebra de dicha Asociación fue decretada en 2008, y en los hechos, se trata de un caso en el cual el actor reclamó una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una mala praxis médica ocurrida durante el nacimiento del damnificado directo, quien como consecuencia de esta sufrió la pérdida de la visión y de la actividad motora de sus miembros más una disfunción cerebral que solo le permite hoy expresarse a través de ciertos sonidos.

*Segundo:* El actor, por intermedio de sus padres, una vez obtenida la sentencia por daños, concurrió a los fines de obtener la satisfacción de su crédito, pero se encontró con la quiebra del nosocomio mencionado. Dicha quiebra motivó al damnificado a pedir la verificación de su crédito, planteando allí la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales. Éste requería de un tratamiento de rehabilitación junto a un acompañamiento como consecuencia de la mala praxis médica.

*Tercero:* Los hechos generadores del daño tuvieron lugar en 1994. La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia dictada en primera instancia donde se había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales establecido en los artículos 239, 214, 242, de la Ley N° 24.522 y verificado en favor del acreedor un crédito con privilegio especial prioritario a cualquier otro.

En *primera instancia* se dictó la inconstitucionalidad en el año 2014, frente a la existencia de un proyecto de distribución de fondos provisional y anticipado. Sin embargo, la Cámara lo revocó, disponiendo que el crédito fuera quirografario. Además, los jueces de dicha Cámara entendieron que el régimen de privilegios concursales de la ley era compatible con los derechos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados invocados, diciendo que los mismos no mencionaban específicamente la situación de los créditos de titulares involuntarios vulnerables en procesos universales.

Por otra parte, también reivindicaron el *principio de objetividad* que rige en materia de créditos según la ley concursal, además de soslayar que es el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones establecidas por los tratados internacionales, por lo que no correspondía trasladar esa obligación al resto de los acreedores concurrentes.

Luego de esta situación acontecida, tanto el fiscal general como la defensoría pública de menores e incapaces y más los padres del damnificado interpusieron un recurso extraordinario federal ante dicha Cámara. Allí, los padres del menor con discapacidad plantearon que si el crédito fuese quirografario no se estaría garantizando el derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental espiritual y social.

Entendían que se estaba violando lo dispuesto por los distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional. La Corte, por el voto de la mayoría conformada por los jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Lorenzetti, confirmó la sentencia de la Sala A y, por lo tanto, el carácter quirografario del crédito verificado.

En dicha sentencia se hizo hincapié en distintos fundamentos. Se menciona el principio de legalidad que rige en cuanto al nacimiento de los créditos y la protección de la seguridad jurídica. En el considerando 9° se habla de la falta de operatividad automática de las Convenciones Internacionales, en cuanto a que no contienen específicamente ninguna indicación en cuanto a personas con discapacidad titulares de un crédito en un proceso concursal, quedando el alcance de dicha protección en la potestad de cada Estado.

Se hace referencia al sistema de frenos y contrapesos entre los tres poderes y se dice que el judicial no debe avanzar sobre prerrogativas que son del legislativo, como es el caso recordándose en el considerando 14 que la declaración de inconstitucionalidad debe ser considerada de última *ratio*.

Se agregó en el considerando 17 que la preferencia que se le da a un acreedor respecto del resto en un concurso es una potestad del Poder Legislativo. En el considerando 18 se hizo énfasis en que es el Estado quien debe desarrollar políticas públicas para asegurar el derecho a la salud reconocido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales como principal constreñido y legitimado pasivo de esta obligación.

A continuación, expresaré alguna doctrina judicial que emana de este fallo.

En cuanto al concepto de *privilegio* y el criterio restrictivo de aplicación, el reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, y que tal calidad solo puede surgir de la ley (arts. 3875 y 3876 del Código Civil derogado, 2573 y 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación y 239 y ss. de la Ley de Concursos y Quiebra).

Los *privilegios*, en tanto constituyen una excepción al principio de la *par conditio creditorum* –como derivación de la garantía de igualdad protegida por el artículo 16 de la Constitución Nacional–, deben ser interpretados restrictivamente, pues de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley se afectarían derechos de terceros (cfr. *Fallos*: 330:1055; 329:299 y sus citas, entre muchos otros).

De tal modo, la existencia de los privilegios queda subordinada a la previa declaración del legislador, quien cuenta con amplio margen de discrecionalidad para la distribución de los bienes o agrupación de los acreedores, sin que esté dado a los jueces realizar una interpretación amplia, extensiva o análoga de los supuestos reconocidos por la ley, para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general.

En cuanto a la especialidad del régimen de privilegios del derecho concursal, la Ley de Concursos y Quiebras es derecho sustancial y específico, contiene un esquema de unificación de los privilegios y establece en el artículo 239 un sistema cerrado por el cual, en situación de insolvencia, estos se rigen exclusivamente por sus disposiciones, salvo las puntuales remisiones que allí se hacen a regímenes especiales.

Conforme a la *inalterabilidad* del régimen de privilegios, las condiciones personales del acreedor no alteran el régimen de privilegios del ordenamiento concursal, en tanto en el Título IV, Capítulo I de la Ley N° 24.522, donde la asignación de un privilegio responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto, no confiere privilegio alguno al crédito de M.B.L., que es el pretense acreedor en el fallo “Asociación Filantrópica Francesa”.

Por lo tanto, según el ordenamiento concursal, no le cabe otro carácter que el de crédito común o quirografario (art. 248). Por otra parte, ni las convenciones internacionales invocadas de persona con discapacidad provocada por la mala praxis médica, ni tampoco la Ley N° 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente –ni puede derivarse de sus términos– una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal.

No hay duda de que las normas invocadas reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (arts. 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 40, 70 aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Ley N° 26.061). Pero esto no puede vulnerar normas de orden público de derecho interno.

De todos modos, son normas que están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular, en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social.

Admitir el *reconocimiento judicial* de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traerá aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, *contra legem*, discrecional y casuístico puede conllevar un impacto negativo para la seguridad jurídica en

general. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (art. 241, inciso 4° de la Ley N° 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio.

En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad.

### ***c. El fallo de la CSJN “Institutos Médicos Antártida”***

Antes de adentrarnos al análisis de este fallo es imperioso destacar que, en este trámite, el ministro Rosenkrantz se excusó por haber sido letrado del Instituto y en su reemplazo intervino como conjuetz la Dra. Graciela Medina, quien tiene una posición asumida desde el mencionado caso “González, Feliciano”, a favor de reconocer el derecho al pronto pago de esta clase de acreedores vulnerables o involuntarios, ampliando los fundamentos de su decisión al decir que debían aplicarse las disposiciones previstas en instrumentos internacionales referidos a los derechos de los niños y de las personas con discapacidad, siguiendo la misma lógica que el Tribunal había adoptado con relación al crédito de un trabajador en el caso “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.”<sup>5</sup>, por ser de rango superior a la Ley de Concursos y Quiebras.

En la quiebra de “Institutos Médicos Antártida”, los padres del entonces menor de edad B.M.F., hoy mayor de edad discapacitado, dedujeron un incidente de verificación a fin de que se admitiera con carácter privilegiado el crédito quirografario del que era titular su hijo. Señalaron que la acreencia cuya verificación pretendían encontraba su origen en la indemnización fijada en la sentencia recaída el 20 de agosto de 1998 en la causa “F. R. c/ Institutos Médicos Antártida s/ responsabilidad profesionales”, confirmada por la cámara el 30 de mayo de 2003, oportunidad en la que se había hecho lugar a la demanda derivada de los daños y perjuicios que sufrió su hijo con motivo de la mala praxis médica de la que fue víctima en oportunidad de su

5 CSJN, “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra”, 2014.

nacimiento el 25 de mayo de 1990, que le había provocado una incapacidad total e irreversible del orden del 100 % (cuadriplejía y parálisis cerebral).

El magistrado de primera instancia, al admitir el pedido, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los artículos 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243 parte general e inciso 2º, de la Ley N° 24.522, y tuvo por verificado a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier privilegio especial.

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar a los recursos de apelación deducidos por dos acreedores hipotecarios del instituto médico fallido, revocó la sentencia de primera instancia y asignó al crédito en cuestión el carácter de quirografario.

Los padres de B.M.F. y la Defensora Pública de Menores e Incapaces dedujeron sendos recursos extraordinarios que se concedieron.

La Corte Suprema, por mayoría y con los votos concurrentes de los jueces Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y de la conjuez Graciela Medina –quien integró el Tribunal con motivo de la excusación del juez Carlos Rosenkrantz que había sido abogado de la mencionada institución médica–, declaró formalmente procedentes los recursos extraordinarios, dejó sin efecto la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16 de la Ley N° 48, declaró para la presente causa la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los artículos 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243 parte general e inciso 2º, de la Ley N° 24.522, y admitió que el crédito a favor de B.M.F. goza de privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio.

En su voto, el juez Maqueda destacó la situación de *extrema vulnerabilidad* en que se encuentra B.M.F. desde su nacimiento –1990– y el tiempo transcurrido sin poder cobrar la totalidad de su crédito reconocido por sentencia judicial firme en el año 2003. En virtud de ello, examinó si las normas internacionales, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, alteraban la preferencia de cobro que establece la Ley de Concursos y Quiebras.

En ese sentido, comenzó por recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana y que la preservación de la salud lo integra, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas.

Entendió que aun cuando el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras fuese una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, la situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que se presentaba en el caso no podía ser desatendida por esta Corte Suprema.

En efecto, el crédito se deriva de una mala praxis médica por la que B.M.F. padece una condición cuadripléjica irreversible desde su nacimiento,

agravada por la pérdida de visión y del habla, la alimentación mediante una sonda gástrica y por continuas complicaciones, como el padecimiento de trombosis, escaras y anemia.

Entendió que debía ofrecerse una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud de B.M.F., respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado.

Consideró, en consecuencia, que las normas concursales cuestionadas no daban una respuesta adecuada y definitiva a la extrema situación de vulnerabilidad descrita y a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico le otorgaban a la condición en la que se encontraba B.M.F., por lo que correspondía declarar su inconstitucionalidad.

Por último, concluyó que para garantizar a B.M.F. el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, su crédito debía estar resguardado por un privilegio que lo colocase en un plano superior al de los demás créditos privilegiados.

En su voto, el juez Rosatti, después hacer mérito de la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encontraba el joven B.M.F., precisó que la pretensión debía ser analizada bajo el prisma de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad consagrados en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes y que complementan los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental). Con esa premisa entendió que si una norma infraconstitucional, como es el caso de una ley, violenta los derechos derivados de la dignidad de la persona, deberá concluirse que no es válida y tacharla de inconstitucional.

En ese análisis, entendió que no podía afirmarse que el crédito de B.M.F. sólo protegía un mero interés pecuniario ajeno y escindible de su situación personal en tanto importaba la medida económica del daño inmaterial causado al beneficiario y, por lo tanto, resultaba evidente que tenía por objeto una prestación directamente vinculada con el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, derecho directamente vinculado con el derecho a la vida con respecto al cual –como lo había señalado esta Corte Suprema en reiteradas ocasiones– todos los demás derechos tenían siempre carácter instrumental.

Asimismo, el juez Rosatti afirmó que en el escenario particular que planteaba el caso, el cuidado especial que demandaba la situación de ostensible vulnerabilidad del joven B.M.F. que, por razones ajenas, vio postergada la satisfacción de su crédito, exigía que se tradujera, ineludiblemente, en

una preferencia en el cobro de dicha acreencia vinculada con la satisfacción de derechos fundamentales. En tales condiciones, concluyó que la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales se presentaba –al presente– como el único modo de que pudiera tornarse operativa la protección especial prevista en los instrumentos internacionales.

En esa línea, en el voto de la conjuer Medina señaló que atento a que la situación de vulnerabilidad de B.M.F. –en continuo agravamiento– requiere de una solución que la atienda con urgencia, al tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos y a la duración que tuvo el trámite del presente incidente de verificación, corresponde que este Tribunal ponga fin a la discusión en examen y declare, para el presente caso, la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales en cuestión y fije para el crédito de B.M.F. el privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia.

En tanto, en los votos de los jueces Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco se remitieron a su voto en la causa COM 8283/2006/34/CS1 “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, sentencia del 6 de noviembre de 2018, oportunidad en la que se había planteado una situación análoga y resolver a la aquí examinada, confirmando la sentencia apelada.

## **4. Consideraciones especiales y algunas soluciones desafortunadas por los pronunciamientos judiciales**

### ***a. Principales problemas***

Este apartado se estructura al compás de las siguientes preguntas de naturaleza ontológica que surgen de los fallos que son la materia de este trabajo:

¿Cuáles son los modos de ser del régimen de privilegios? Este esquema normativo de los privilegios, ¿es un catálogo cerrado de preferencias o una lista declarativa abierta permeable a la ponderación de los jueces?

Para esto es pertinente leer el citado artículo 239 del régimen concursal, en cuanto plasma que “sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo y conforme a sus disposiciones”. La mención de sólo gozarán, así, dicta la norma y aclara los créditos enumerados en este capítulo, lo que indica claramente que no hay ninguna excepción. En la simple interpretación de la palabra “sólo” de la norma queda expuesto que no cabe anormalidad o irregularidad alguna, es decir, que cuando dice “sólo gozarán de privilegios”, y luego menciona los “enumerados en este capítulo” no deja dudas de su carácter cerrado y taxativo.

Luego, teniendo en cuenta que de lo contrario se puede convertir en una triple excepción, es decir, ya el régimen concursal es una excepción al derecho común que plantea el principio de la *par conditio* al de *prior in tempore*, al cual se lo exceptiona, a su vez, con el régimen de privilegios. Dicho esto, entonces, la apertura del sistema de preferencias sería una tercera excepción que tornaría al esquema normativo en algo ilógico, incongruente y contradictorio.

Un principio de hermenéutica básica indica que las normas deben invocarse e interpretarse en primera instancia por sus reglas generales. Pero la realidad del derecho propone muchas veces excepciones a la regla, producto de la multiplicidad de las relaciones jurídicas en la realidad de las cosas. Por ello el legislador, al notar esta particularidad, dota al ordenamiento de excepciones, a través de dispositivos legales para que, de algún modo, no se desvirtúe la armonía del ordenamiento jurídico como un plexo normativo coherente y relacionado. Es menester entonces que las excepciones sean de aplicación restrictiva ya que la pauta debe ser ir por la vía de la regla general y, en casos excepcionales, aplicar lo que la propia norma indica para la invocación de las excepciones.

Dicho esto, la creación de excepciones por la senda pretoriana conculca a esa coherencia, ya que ésta incorpora, a través de la jurisprudencia, una irregularidad en donde el legislador no tuvo la oportunidad de cotejar y concordar con el resto de la propia norma y del ordenamiento general. Esto, sin dudas es una anomalía, porque el juez ante el caso concreto que escapa a la regla general deberá buscar la excepción en la propia norma, y más si ella es de orden público.

En el caso del derecho concursal, donde todas sus normas son de claro carácter de orden público, y que además el legislador se ocupó de mencionar explícitamente que en el esquema normativo de los privilegios nunca y de ningún modo se pueden crear privilegios por fuera de este sistema, soslayar esta manda legal por parte de los jueces vulnera y quebranta la finalidad del régimen.

## ***b. Un nuevo universo de acreedores***

Como fue anticipado, al abrir el sistema explicado hasta aquí, deviene la consecuencia de conculcar efectivamente al régimen, dejándolo endeble a las crisis planteadas por los acreedores involuntarios que aparezcan en un futuro justificando cualquier situación de vulnerabilidad creando preferencias donde la ley no reconoce y quebrando el principio fundamental del derecho de la bancarrota que es la "*pars conditio creditorum*", tornando a los privilegios como un "favor" personal más que como una calidad del crédito.

Dicho lo precedente en este punto citaremos lo expuesto en las sesiones del Congreso Nacional producto del proyecto de ley presentado por la senadora Lucila Crexell, en el cual propone una solución al problema planteado otorgando un privilegio general a este tipo de acreedores. Teniendo en cuenta que, si bien no es la más adecuada, por lo menos comporta un principio, una base, una certeza desde la cual partir en las relaciones patrimoniales de los particulares y de cómo se mecanizará y se protegerá la percepción de su crédito ante la situación de impotencia de su deudor.

La cita de la sesión del Congreso expone:

“Aquellos cuyo crédito está generado por omisiones o conductas del deudor en las que existe como causa del vínculo crediticio, la negligencia o la culpa o el dolo de parte de aquél, o que resultan de un criterio de imputación objetivo impuesto al deudor, sin que pueda advertirse participación en la causa del crédito de parte de quien, a la postre, resulta acreedor.

Estos acreedores no se generaron libremente y sin embargo son tratados sin diferenciación con los contractuales, dentro de la misma tradicional categoría concursal de comunes o quirografarios, dejando desde luego a salvo los privilegios que nacen de la ley.

Alguna doctrina prefiere aludir a la denominación ‘acreedores involuntarios’, aclarando que ella exhibe el elemento distintivo de esta clase de créditos y también permite abarcar situaciones que –aun compartiéndolo– originan con un vínculo de naturaleza contractual, como el caso de un acreedor por lesiones derivadas de un contrato de transporte o de una mala praxis ocurrida en una intervención quirúrgica”<sup>6</sup>.

Para un mayor entendimiento y citando a Graziabile, este autor sostuvo: “[...] tenemos ahora una nueva preocupación que es el efecto concursal sobre los acreedores involuntarios que se relacionan con el deudor insolvente a través de un hecho que ha originado una responsabilidad civil del concursado. No hago referencia exclusivamente a los acreedores extracontractuales, sino que lo que interesa es la involuntariedad de la relación crediticia, en especial en el caso de responsabilidad civil, la cual puede ser contractual o extracontractual, y también limitada a ciertos supuestos de rubros indemnizables”<sup>7</sup>.

6 Senado de la Nación. Secretaría parlamentaria. Dirección general de publicaciones. Proyecto de Ley S-1998/2015.

7 Graziabile, D. J. (2009). *Acreedores involuntarios en el concurso. En busca de una necesaria protección legal frente a la insolvencia del civilmente responsable*. V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal, Mendoza.

### ***c. El fallo “Institutos Médicos Antártida” y el empleo del principio general de la dignidad humana o de la equidad como fuente del derecho***

En este punto, lo primero a decir es que la aplicación del principio de la dignidad importa cierta controversia. En primer lugar, mencionar el carácter abierto y no específico de su noción; en segundo lugar, la posibilidad de manipular su contenido para fundamentar cualquier decisión y, en tercer lugar, su aparente universalidad que oculta la importancia de los distintos contextos histórico - culturales para determinar su contenido<sup>8</sup>.

Siguiendo aquí al profesor Lafferrière, este nos indica que, en el caso de “Institutos Médicos Antártida”, “no estamos ante uno de esos supuestos indiscutibles en que la dignidad está claramente en peligro”<sup>9</sup>, y agrega aun que “el recurso de la dignidad en este tipo de casos puede dar lugar a usos inconsistentes”<sup>10</sup>.

En el comentario al fallo “Asociación Filantrópica”, el jurista Gil Domínguez, en una postura errada, plantea que aceptar la aplicación de la ley concursal por motivos de seguridad jurídica es inadmisibles ante la necesidad de concretar los derechos de una persona con discapacidad protegidos por el bloque de constitucionalidad, ya que en el fallo mencionado se genera un problema de la generalidad de la ley y el caso concreto en el sentido de que el legislador estableció en abstracto una relación de preferencia condicionada e inmutable en torno a la naturaleza de los acreedores. Este comentario, más allá de lucir de laboratorio y ajeno a la situación actual del país, adolece de un equívoco fundamental, que es desconocer el fin de la ley en el más estricto sentido que es el bien común por sobre el bien de la parte.

Con solo una cita de Santo Tomás de Aquino se da una prístina luz a la cuestión: “[...] la ley debe ocuparse primariamente del orden [...] Además, la parte se ordena al todo como lo imperfecto a lo perfecto, y el hombre individual es parte de la comunidad perfecta. Luego es necesario que la ley se ocupe de suyo del orden a la felicidad común”<sup>11</sup>.

Con esto no estoy significando que la persona con discapacidad deba quedar desprotegida y abandonada a su suerte, sino que subvertir el sistema para atender a la parte por sobre el todo es un yerro y un descuido grave porque se atenta contra el bien común al colocar el bien de un particular por

8 Lafferrière, J. N. (2020). Dignidad humana, equidad y prioridad de cobro en una quiebra: Comentario a la sentencia “Institutos Médicos Antártida” de la Corte Suprema de Argentina. *Revista Internacional de DDHH*, Vol. 10, Núm. 2, 244.

9 *Ibidem*, 245.

10 *Ídem*.

11 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. Q. 90, a. 2.

sobre él. Entendiendo que, si la *causa fin* de la ley es el bien común, entonces, si se desvirtúa el fin de la ley, en este caso LCQ, causa el desvío de su finalidad y, en el caso en análisis, la CSJN se está apartando del esquema legal de los privilegios, desviándose del fin que la ley indica, para favorecer a lo querido por la parte. Es claro que la decisión del fallo “Institutos Médicos” se aparta del fin de la ley, por lo tanto, la decisión se aparta del bien común.

Quizás aquí Gil Domínguez interpreta que el bien común es la propia satisfacción del sistema normativo haciendo una hermenéutica iuspositivista del caso, aspecto que es, como ya mencioné, totalmente errado como un paroxismo de la construcción solipsista en donde el derecho se encierra sobre sí mismo divorciándose de la realidad. Como ya sabemos, el bien común es “el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y fácil de su propia perfección en cuanto a su subsistencia y desarrollo, de allí que siempre el bien del todo es anterior y está por sobre el bien de la parte”<sup>12</sup>.

Aristóteles disipa cualquier duda y en el Libro V de su *Ética a Nicómaco* nos dice: “[...] llamamos cosas legales justas a las que promueven y conservan la felicidad y todos sus requisitos en la convivencia política”<sup>13</sup>, teniendo en cuenta que la comunidad perfecta es la ciudad (*polis* para Aristóteles, que nosotros asimilamos al Estado moderno).

Es decir, la responsabilidad, en cuanto a brindar dignidad de la persona humana, en este caso de la persona con discapacidad que sufre un daño que deberá ser indemnizado y que es colocado en una situación de desamparo, debe recaer en los hombros del Estado tal cual lo dicen repetidas veces los TTIIDDHH y nunca en los particulares acreedores de la quiebra.

En una encomiable tesis, finalmente nos dice Tomás: “[...] y como la parte, en cuanto tal es del todo, síguese que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo”<sup>14</sup>.

Es necesario plantear el tema de la equidad, y como primera medida es obligado plantear su definición. Tal como vengo exponiendo, abrevare aquí también en la doctrina de cuño tomista. Por ello, con elogiada claridad, el Angélico dice: “[...] lo bueno es, dejando de lado la letra de la ley, seguir lo que pide la justicia y el bien común. Y a esto se ordena la epiqueya, que entre nosotros se llama ‘equidad’”<sup>15</sup>.

Generosamente Santo Tomás nos indicó quién fue su fuente, que en este caso es Aristóteles; a estos efectos, nos dice en su Libro V: “[...] lo equi-

12 Barra, R. (2012). Ordenamiento jurídico y mercado. [rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/ordenamiento-juridico-y-mercado/](http://rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/ordenamiento-juridico-y-mercado/) (consultado 28/3/2022).

13 Aristóteles (2011). *Ética a Nicómaco*. Tecnos, 186.

14 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II. Q. 58, a. 5.

15 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II. Q. 120, a. 1.

tativo es lo mejor en la justicia específica, y como tal es algo justo, pero no es mejor que lo justo en sentido genérico que es otro aspecto. Son, pues, entonces equivalentes lo justo y lo equitativo y siendo ambos buenos, en lo particular lo equitativo es lo más preciso. Lo que ocasiona la dificultad es el hecho de que lo equitativo es justo, pero no en orden a la generalidad de la ley, sino en la adecuación de la justicia a la ley<sup>16</sup>.

No puedo aquí dejar pasar la oportunidad para citar a nuestros juristas vernáculos. Llambías expone que “la equidad es la versión inmediata y directa del derecho natural, o como dice Savatier, ‘el derecho natural interpretado objetivamente por el juez’<sup>17</sup>. Es claro el abandono de cualquier postura o doctrina iuspositivista a esta altura del estado de la ciencia jurídica, como propugna algún sector minoritario de la doctrina totalmente superado y errado.

Por ello, siguiendo a Casares, recordamos que el derecho natural es “aquel conjunto de principios del orden jurídico que deben informar esencialmente toda legislación positiva para que sea de veras derecho o asignación de lo propio a cada uno, de acuerdo con las esenciales exigencias de la naturaleza humana en cada circunstancia”<sup>18</sup>.

Inmersos en una sociedad en constante aceleración y dinámica, la dimensión práctica de la judicatura es la de ser un moderado continuador del derecho, del discurso del legislador que debe completar la sugerencia del programa legislativo ajustándose a la exigencia del mandato de legalidad, ponderando, y ya no solamente subsumiéndose, a los principios esenciales en el caso en análisis, que son la *par conditio creditorum* y el régimen de privilegios.

Caminar por extravagantes construcciones jurisprudenciales en esta materia que es resorte fundamental del Poder Legislativo puede producir una experiencia lúdica demasiado costosa para la sociedad; la judicatura debe estabilizar y estilizar en clara armonía el esquema normativo a la realidad de las cosas en un contexto histórico, no puramente argumental por un narcisismo incorregible como una suerte de cesura *irremediable e irredimible*.

La sociedad como un todo es la destinataria del quehacer del servicio de justicia y si ese servicio práctico no se conecta con la realidad se puede caer en un reduccionismo de pomposidad discursiva en vez de brindar la solución en el caso concreto haciendo que el hecho de la vida de alguien o de

16 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, 197.

17 Llambías, J. J. *Tratado de Derecho Civil...*, 89.

18 Casares, T. (1935). *La justicia y el derecho*. Cursos de Cultura Católica, 163.

algunos quepa en el molde de la solución judicial de la forma más cómoda, pero en sacrificio del principio de legalidad.

Sin dudas que la equidad es una fuente del derecho, pero es menester formular una observación importante, tal cual lo menciona Llambías: “Como la equidad aplicada en todo y por todo puede quebrantar la seguridad de la ley positiva, a veces cuando el bien que pueda quebrantar o menoscabar la ley no sea primordial para la existencia y dignidad del hombre, la prudencia aconseja que ceda la equidad ante la ley para que se salve el orden de la sociedad”<sup>19</sup>. Y continúa con la cita, sosteniendo: “Otra cosa sería una obstinación injusta de la justicia, porque pretendería mantener perpetuamente una sociedad en estado deplorable –de inseguridad jurídica– por no privar de su derecho a un individuo”<sup>20</sup>. Posición esta última que refleja un regreso a la fundamentación tomista.

Por su parte, Julio César Rivera destaca que, “En definitiva, no se trata de que el juez –o árbitro– pueda apartarse del derecho y resolver simplemente lo que le parezca; ello implica poner a la equidad al margen de lo jurídico y se incurre en subjetivismos que en modo alguno puedan conciliarse con la objetividad inherente al derecho”<sup>21</sup>.

De allí que, según Galgano<sup>22</sup>, la equidad no autoriza a actuar como Salomón, rey absoluto que disponía de la vida y los bienes de sus súbditos, sino que deben moverse dentro del espíritu del legislador. No debe entenderse aquí que haya sumisión del Poder Judicial al Poder Legislativo, pero sí una relación de armonía.

A la afirmación de Galgano dicha más arriba, Broggin expone: “[...] el jurista no construye la decisión equitativa del *ius praetorium* haciéndola surgir directamente de su conciencia, o de los principios generales del *honeste vivere, neminem laedere, sum cuique tribuere*, sino precisando, afinando, corrigiendo la solución precedente positiva, que él encuentra en el texto del *ius civile*”<sup>23</sup>.

En el fallo “Institutos Médicos Antártida”, los jueces Medina, Rosatti y Maqueda (voto mayoritario) confunden al otorgar un privilegio creándolo a pesar de la expresa prohibición de la ley al pretensio acreedor involuntario en la verificación de su crédito bajo argumento del empleo del principio de dignidad, pero en realidad se están refiriendo a la equidad denotando allí el error conceptual.

19 Llambías, J. J. *Tratado de Derecho Civil...*, 91.

20 Ídem.

21 Rivera, J. C. (2020). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. (T. I, 7ª ed.). La Ley, 424.

22 Galgano, F. (1991). *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*. Contrato e impreza, 462.

23 Rivera, J. C. *Instituciones de Derecho Civil...*, 425.

Esto se verifica en el siguiente párrafo del considerando 19 que transcribo: “Cuando se juzga que el régimen de privilegios concursales resulta en este caso inconstitucional, ello no implica desconocer que en general no atenta contra la dignidad del hombre, ni contra las convenciones de derechos humanos. Es en este caso donde la aplicación armónica de las normas conduce a una decisión particular, que tenga en cuenta la dignidad del actor y su derecho a la vida, seriamente comprometido, quien prácticamente toda su vida ha litigado para obtener un resarcimiento por la mala praxis sufrida durante su nacimiento”.

Luego, en el considerando 17, Medina menciona las “especialísimas circunstancias del caso”, claro ejemplo del aspecto objetivo que habilitaría, de alguna manera, a la aplicación de la equidad como fuente o modo de expresión del derecho. Necesariamente cabe recalcar que el empleo de la equidad como fuente del derecho es de carácter excepcional (excepcionalísimo, dice Aristóteles en el Libro V de la Ética). Aquí los jueces no se deberían haber arrogado la función de legisladores sino aplicar los dispositivos que la ley claramente les suministra.

Además, los jueces repiten en varias oportunidades constructos conceptuales como “la extrema situación de vulnerabilidad”, “la falta de recursos económicos”, “la urgencia del tiempo transcurrido”; pareciera ser que los acreedores de la quiebra deberían ser los garantes de la salvaguarda de la *dignidad* de la persona humana por sobre la responsabilidad del Estado en esta materia.

A propósito de lo dicho, el juez Maqueda señala en el considerando 15, en su parte pertinente, que la solución “[...] es la que mejor contribuye a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados”. No se percató que los instrumentos internacionales examinados nada dicen acerca de los acreedores involuntarios en los procesos concursales y la libre interpretación pareciera ser una elucubración que no tiene correlato con la dimensión práctica.

Al hablar de la *equidad* y manifestarnos a favor de la tradición aristotélica refrendada por Santo Tomás y receptada jurídicamente por autores de la talla de Jorge Llambías y Julio César Rivera, siempre la *directriz valorativa* en cuanto al fundamento y límite de la aplicación de esta fuente del derecho es que no debe afectar al bien común, es decir, no colocar el bien de la parte por sobre el del todo. Por eso, el espíritu y finalidad del régimen de los privilegios concursales es restringir la excepción de la paridad entre los acreedores. Espíritu que no debe alterarse como ya dije, porque impregnaría al sistema de un problema irreductible.

La flaqueza de la vía de soporte argumentativo de la resolución del fallo “Institutos Médicos Antártida” a través de una categoría conceptual

forzada emanada de los instrumentos internacionales ya mencionados decantó en un proceso agudo al que, como saldo resultante de este momento de agitación crítica, se fueron sumando otros elementos de ponderación comunicativa, según los cuales el atendimento a pretendidas exigencias internacionales puede, y acaso debe, pasar por alto la *seguridad jurídica* de un orden jurídico con las funestas consecuencias que ello conlleva.

Ahora bien, si aun así el voto mayoritario se empeña en el empleo del principio general del derecho como el invocado, que tal cual expuse es desatinado ya que están haciendo alusión a la *equidad* en vez de a la dignidad, es fundamental hacer una aclaración que ayudara con la correcta y armónica hermenéutica del ordenamiento.

A todo evento, el artículo 2° del CCCN les marca a los magistrados cuáles son las pautas de interpretación a fin de dictar sus pronunciamientos. Este artículo las describe claramente, y dice: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Parece claro advertir aquí que los principios generales no son fuente de derecho sino un patrón de interpretación.

El profesor Rivera sostiene: “La aplicación de los principios generales como fuente de integración requiere, como dato previo, que no exista una normativa aplicable al caso. Es que los jueces deben ajustarse al sistema de fuentes”<sup>24</sup>.

Por último, el planteo queda expresado en que los principios generales del derecho no pueden operar como fuente de aplicación directa a un caso concreto si existe ley especial que regula las conductas de una determinada materia. Y aquí además existen principios generales de un ordenamiento particular, que en el derecho concursal es la *par conditio creditorum* y el sistema de privilegios que sí son de aplicación directa por ser, ellos, la fuente más cercana al caso, pleito o controversia.

#### ***d. La declaración de inconstitucionalidad del régimen de la Ley N° 24.522 y el problema de la seguridad jurídica***

En la aproximación a la noción de la *seguridad jurídica*, como piedra fundamental de un Estado de Derecho, y que por sobre todo debe basarse en la coherencia y congruencia de las resoluciones judiciales conforme el orde-

24 Rivera, J. C. *Instituciones de Derecho Civil...*, 396.

namiento jurídico, se exige una especial ponderación y aislar como fuente del derecho a aquellas sentencias que, de alguna manera, alteran y trastocan la interpretación armónica del derecho vigente.

Una de las misiones del Poder Judicial es justamente, ante la puesta en crisis de la norma basada en un caso concreto, hacerles pasar una prueba de constitucionalidad, y más allá de un sentido de estricta justicia, ponderando el caso concreto a la ley con el fin de dar una respuesta a esa controversia, pero siempre bajo el prisma de que esa decisión debe ser justa y congruente con todo el sistema. Tal es la función principal de los jueces y no la de ser protagonistas del proceso atribuyéndose la estelaridad de sus decisiones.

Aristóteles va a decir que “en las leyes reside la salvación de las ciudades [...]”<sup>25</sup>. El filósofo manifiesta claramente que solo el gobierno de las leyes, en el cual todos están bajo ellas, y esto incluye a los jueces, será el mejor modelo a fin de lograr el bien común político, entonces ante la prevalencia entre la ley y la libre interpretación del magistrado apartándose arbitrariamente de la norma debería prevalecer ésta.

Esa idea se despliega no solamente en que una repetida tradición de sentencias pueda ser fuente del derecho, por lo menos fuente material. Las partes, al acudir a obtener la tutela judicial, pretenden una decisión fundada, pero siempre en el derecho vigente, no en la elucubración de la libre interpretación de la magistratura. El filósofo del derecho Ronald Dworkin dice: “[...] atañe a la responsabilidad del juez y al cumplimiento de su deber el respetar tanto la jurisprudencia anterior como el sistema de fuentes en general”<sup>26</sup>.

Dicho de otro modo, no se puede dejar de subrayar la tensión que provoca la declaración de inconstitucionalidad de una norma imperativa, como la de nuestro caso en examen, para reemplazarla con una interpretación errada de preceptos como la dignidad humana que no tienen como finalidad la regulación de institutos patrimoniales y que además se crearon con otros principios especialmente aplicables en el derecho de familia.

Sin embargo, la tensión señalada proviene de un ligero análisis metodológico de la cuestión. Es que para declarar la inconstitucionalidad de una norma el juez o tribunal debe reemplazarla con otra y que ella sea conocida por todos, tal cual el principio que informa a todo plexo normativo de conocimiento de la ley, esto importa a que la regla sea anterior y pública y no sea producto de una extraña y excéntrica interpretación que poco tiene que ver con el sentido dado por el legislador a las leyes y el instituto de los privilegios concursales.

25 Aristóteles (2017). *Retórica*. Alianza, 78.

26 Rivera, J. C. *Instituciones de Derecho Civil...*, 396.

Sentado ello, en el esquema de los privilegios que está inserto en el sistema del derecho concursal aparece armónicamente una delicada organización de preferencias valoradas con parámetros que funcionan como los encastres de los engranajes de una maquinaria.

En otros términos, es inconveniente la diametral postura de la CSJN en lo referido aquí, ya que en vez de dar luz a esta cuestión lo que hace es crear una incertidumbre en las relaciones patrimoniales de los particulares. La aludida sentencia produce la parálisis por análisis de los negocios jurídicos y, además, agrega costos de transacción que siempre aumentarán los indicadores económicos a la hora del giro de la plaza comercial. Ya que, ante la inseguridad provocada por este tipo de fallos judiciales, que subvierten un sistema de claro corte económico financiero, los particulares optarán por no contratar o por tomar tantos recaudos en función de garantizar sus acreencias que todo ello inducirá a la menor circulación de bienes y servicios, que redundará en la menor creación de riqueza y, en definitiva, en una sociedad más alejada del bien común.

En síntesis, la seguridad jurídica de una sociedad se debe basar en dos pilares fundamentales, a saber, el criterio de justicia y finalidad de bien común de sus normas y la clara y predecible decisión de sus magistrados. Pareciera ser que nuestro máximo tribunal atenta de lleno contra ello, ya que las dos sentencias de la CSJN analizadas en profundidad precedentemente en este trabajo entran en una insuperable tensión, echando por tierra la ansiada seguridad jurídica.

En definitiva, y en vista al futuro, hay una incertidumbre para aquellos acreedores concursales, y más aún, para cualquier acreedor potencial que, ante el concurso de su deudor se verá perjudicado en la percepción de su crédito, y esto es porque se ajustó a la ley en cuanto a prever el aseguramiento del cobro de su acreencia mediante, por ejemplo, la constitución de un privilegio taxativamente regulado, y ahora por la errónea interpretación de quien debe resguardar y resolver su entuerto, que son los jueces, se ve desprotegido y avasallado.

### ***e. La procedencia de la creación pretoriana de privilegios. El principio de legalidad. Argumento en base a la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el sujeto activo obligado***

A todas luces aquí se ve la colisión frontal del principio de legalidad con la creación por parte de la CSJN en “Institutos Médicos Antártida”, pasando

por alto la especial prohibición que no solamente en la ley sino en sus propios precedentes tiene dicho, no habiendo otorgado nunca un privilegio en función de una causa por fuera del régimen concursal.

Julio César Rivera indica: “El origen legal de los privilegios tiene su fundamento en que, si se permitiera a las partes establecerlos por vía de convención, se podrían dar situaciones injustas, por ejemplo, el deudor a su arbitrio podría favorecer a un determinado acreedor en beneficio de otros, burlando de este modo las razones de equidad y justicia que justifican los privilegios. Por los mismos motivos se niega también la posibilidad de crearlos por vía judicial”<sup>27</sup>.

En el caso en examen, no solamente la CSJN creó un privilegio concursal, sino que además le otorgó una prioridad de pago por encima incluso de los gastos del concurso, lo que atenta contra todo el sistema, ya que eventualmente podrá desfinanciar el proceso concursal, desalentando así a que aquellos que necesiten este remedio legal no concurren a él generando más pérdida de la riqueza, más acreedores insatisfechos y más empresas que no continúen con su giro económico.

El principio de legalidad es el fundamento del sistema jurídico, si bien el intérprete de la ley es el Poder Judicial, y por mandato del artículo 3° del CCCN tiene el deber de resolver “mediante una decisión razonablemente fundada”<sup>28</sup>, esta decisión debe tener un principio de ponderación, “surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”<sup>29</sup>.

De la interpretación armónica de estos dos artículos del CCCN se infiere que no toda razón que mitigue el dolor es razón suficiente para apartarse de lo específicamente regulado por el legislador, aspecto que no es admisible.

A todas luces es atendible la catastrófica y lamentable situación del menor afectado por la mala praxis en el caso de “Institutos Médicos Antártida”, pero el sujeto pasivo de la obligación de ocuparse de este asunto, como menciona incontables veces en su fallo la CSJN, debería ser el Estado con sus plenas funciones y prerrogativas, pero no los particulares en cuanto acreedores de una quiebra.

En este punto yerra la Corte al interpretar los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuando manifiesta en el considerando 9° del fallo mencionado más arriba que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas”. Va

27 Rivera, J. C. (2014). *Derecho Concursal*. (T. III). La Ley, 591.

28 Artículo 3° *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación.

29 Artículo 2° *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación.

de suyo que la masa de acreedores de una quiebra de ningún modo es la *autoridad pública*.

Y continúa diciendo: “[...] el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia [...] a una mejora continua de las condiciones de existencia”; hay aquí, a mi parecer, otro error conceptual, esto es menester de las políticas públicas en materia sanitaria y asistencial del Estado.

Es peligroso darle carta de ciudadanía conceptual, ya que este fallo podría ser el punto de partida de la apertura del régimen de privilegios y que desnaturalizaría todo el sistema del derecho de quiebras. Como expuse, estos argumentos son de una interpretación forzada y errada en cuanto a la determinación clara del verdadero problema aquí que tiene dos frentes que friccionan en sus extremos: por un lado, la atención del afectado y, por otro lado, la seguridad jurídica del todo.

En el considerando 11 la Corte sostiene: “Si bien es cierto que el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras es una excepción al principio de la paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que solo puede resultar de una disposición legal, en el caso que presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este tribunal no puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales citados”. Repite su error en la interpretación de los tratados colocando en cabeza de los privados a las obligaciones del Estado, que en su función administrativa debe dar la asistencia debida y procurar las medidas que resulten pertinentes para hacer efectivos tales derechos.

No puedo pasar por alto, en un breve recorrido cronológico en cuanto al caso que vengo desarrollando, que el hecho del nacimiento y mala praxis que causó la parálisis cerebral ocurrió en 1990, en 1998 obtuvo la sentencia de primera instancia para luego ser confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en 2003, mismo año en el cual se decretó la quiebra de “Institutos Médicos Antártida”.

Ahora la pregunta obligada es, más allá del por demás extenso tiempo que transcurrió entre el hecho y la sentencia, que recién llegaría a la CSJN en 2019, ¿no reparó la Corte en que de haberse obtenido por parte del pretensor la sentencia en un plazo coherente, este hubiese percibido su acreencia por daños pudiendo dar las condiciones de dignidad aducidas una y otra vez en la sentencia traída a este trabajo?

Desde ya que la respuesta es sencilla. El retraso injustificado de la judicatura es lo que agravó la situación del pretensor, no la rígida regulación de los privilegios. Es deber del Estado atender a esto y no, como ya adelanté, perjudicar a los acreedores particulares.

En este escenario es el propio Estado en el retraso en el trámite del juicio por mala praxis que causó la parálisis cerebral al niño en el caso que originó “Institutos Médicos”, lo que causó la falta de tutela judicial efectiva

y agravó las condiciones del menor con discapacidad. Por ello el Estado debería ser, entonces, el sujeto activo obligado, tal como pregonan los tratados sobre derechos humanos.

Si bien la resolución en “Institutos Médicos Antártida” se basa casi exclusivamente en los TTII sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, el más lógico principio de hermenéutica jurídica, y más aún, lo tiene dicho la propia CSJN, que la integración e interpretación de los TTII estarán subordinados a que no contraríen la parte dogmática de nuestra manda constitucional.

Veo en este punto una contradicción frontal entre los argumentos esgrimidos por nuestro máximo tribunal y el artículo 17 de la manda constitucional, en cuanto a que se le está privando la propiedad privada a los acreedores del deudor fallido por una sentencia que el mismo artículo 17 veda a través de la fórmula “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”. Advierto que la sentencia no se funda en la ley especial que regula los concursos, no habiendo congruencia entre la decisión y el derecho aplicable.

En este sentido, la Corte tiene dicho: “En el sistema constitucional argentino las cláusulas de la normativa internacional (y lógicamente sus correlativas interpretaciones) no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional; así lo expresa con claridad el *artículo 75*, inc. 22, de la Norma Fundamental, al establecer que aquellas normas no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”<sup>30</sup>.

Y agregó: “Postular que el derecho internacional en materia de derechos humanos es siempre más tuitivo que el derecho constitucional en la materia importa consagrar un prejuicio antes que una regla de justicia”<sup>31</sup>.

Una vez más, de lo expuesto se desprende que el privilegio y pronto pago excepcionalísimo dado en “Institutos Médicos Antártida” violenta el artículo 17 de la Constitución Nacional, al afectar indirectamente la propiedad privada de los acreedores en el derecho a la percepción de sus créditos.

Finalmente, el potencial crítico de lo que la sociedad necesita para el mantenimiento del orden jurídico y para la estabilización de sus expectativas crece al abrigo de una abordabilidad normativa, en cuanto a establecer la necesidad de una política económica que reconcilie el sistema conceptual y garantice la seguridad en sus transacciones, su certeza y su previsibilidad

30 CSJN, “ADEMUS y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta - y otro s/ amparo sindical”.

31 Ídem.

con las urgencias sociales. Esto no puede, y no debe, ser puramente discrecional.

De no tener en cuenta lo dicho podríamos caer en el paroxismo de la construcción solipsista, en cuanto a que “si el derecho no se lleva bien con la realidad, peor para la realidad”, como manifestación de autosatisfacción del sistema por sobre la realidad del bien común de una sociedad.

El contenido pragmático del quehacer involucrado en una sofisticación discursiva, por momentos, apasionada, ha descuidado la dimensión de la racionalidad pragmática a la que debe servir todo jurista, es decir, el pragmatismo no pretende decir al jurista lo que no sepa, sino recordarle lo que ya sabe y que muchas veces se olvida frente a la urgencia de cada situación concreta.

A modo de colmar el andamiaje conceptual, el profesor Rivera nos indica: “[...] no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto, para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular, el sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado –en términos de justicia o de injusticia– de tal apartamiento; una sentencia justa dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de Derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende ajustada a derecho”<sup>32</sup>.

Y luego menciona con una claridad encomiable: “[...] esos principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho”<sup>33</sup>.

De lo expuesto por Julio Rivera destaco que la habilitación de la aplicación del principio general de la dignidad pretendida erróneamente por los jueces Medina, Maqueda y Rosatti, podrá suceder ante una cuestión que no esté resuelta por la ley, lo cual no sucede de ningún modo en el sistema de los privilegios concursales que los mencionados jueces colocan en crisis en el fallo “Institutos Médicos Antártida”.

La Corte no debería apartarse a lo establecido por ella misma en sus fallos anteriores, eso reporta, en palabras del profesor español Miguel Beltrán, como un “terrorismo jurídico”<sup>34</sup>.

32 Rivera, J. C. *Instituciones de Derecho Civil...*, 397.

33 Ídem.

34 Beltrán, M. (1989). *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, 66.

Este pequeño esbozo intenta, de algún modo, reconciliar todo ese equipamiento jurídico discursivo con las consecuencias a las cuales conduce.

## 5. Conclusiones

En el ordenamiento jurídico argentino los denominados acreedores involuntarios no gozan de privilegios según el esquema normativo plasmado en los artículos 2573 a 2586 del Código Civil y Comercial de la Nación, ni tampoco en los pertinentes artículos 239 a 250 de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522.

Como consecuencia de lo dicho, los jueces no pueden de ningún modo crear los privilegios, alterando así un esquema normativo pensado como una herramienta política con impacto jurídico y económico que es resorte exclusivo del Poder Legislativo según la manda constitucional.

De hacerlo de ese modo, se vería palmariamente configurada una arrogación de facultades propias del Poder Legislativo en el Poder Judicial, ya que los jueces no pueden interpretar libremente el catálogo de privilegios que establece la ley, es decir, no podrán crearlos basados en criterios personales.

Los jueces siempre deberán verificar los recaudos legales para el otorgamiento de los institutos jurídicos, en este caso el de los privilegios concursales, y cuya falta neutralizaría los efectos de la norma.

Así las cosas, los jueces no pueden crear analogías para restringir derechos, eventualmente podrán hacerlo para favorecerlos. En este caso los acreedores concursales se ven privados de su derecho por una decisión erróneamente fundada, como vimos en el fallo “Institutos Médicos Antártida”, ya que los magistrados de la CSJN de ningún modo pueden hacerle decir a la ley, o a los tratados internacionales que invoca lo que ellos no dicen ni amparan a través de una forzada interpretación.

Por ello, la única manera de ajustar la situación particular de este nuevo universo de acreedores será por vía de la ley, dando así la pretendida seguridad jurídica que debería impregnar a todo el plexo normativo.

La invocación de la dignidad del ser humano y de los tratados de derechos humanos deberían aplicarse en las materias específicas de las cuestiones y controversias jurídicas suscitadas en hechos que tengan referencia, casi exclusiva, a la persona humana y no alterar relaciones patrimoniales que nacieron al amparo de la ley y a las que las partes se ciñeron con el fin de regular los intercambios de dicha relación jurídica.

Ciertamente, no debemos pasar por alto que esta dicotomía en la respuesta de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ocasiona, sin du-

das, una situación de inseguridad jurídica que da una estocada de muerte al giro comercial de los negocios en nuestro país.

Esta situación impacta en el estancamiento de la economía tanto en el estrato *macroeconómico* como *microeconómico*, como así también en las relaciones comerciales internacionales, al dar una respuesta jurídica a este tipo de controversias que desalienta la concreción de negocios y las inversiones que posibilitan la generación de empresas, riqueza y empleo genuino.

El fallo “Institutos Médicos”, de nuestro máximo tribunal, sin ser hoy aún calificado como jurisprudencia, ya que hasta el momento solo hay una sentencia que destruye el tan fino sistema de privilegios regulado en nuestro derecho vernáculo, exhibe un desapego a la idea del bien común e interés general de la sociedad que es, y debe ser, la causa fin del estado.

No podemos dejar de hacer una mención en este sentido a que el sistema republicano de división de poderes está estructurado de forma tal que le otorga al Poder Judicial la facultad y potestad de control de las manifestaciones de la voluntad de los otros dos titulares de las funciones del poder.

De allí que el control de constitucionalidad *difuso*, como el que rige en nuestro país, en donde todo magistrado judicial está en condiciones de declarar la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, como manifestación de la voluntad del Poder Legislativo, lo debe ejercer y emplear en forma restrictiva, ya que está delimitando las funciones de los otros poderes que son expresión de la voluntad de la sociedad, dado que son poderes que están integrados por personas elegidas por la voluntad del pueblo.

La importancia de lo mencionado radica en que al emitir una sentencia los jueces deben ponderar las condiciones de la sociedad, no pueden estar al margen y tenerse sus fallos como un elemento de laboratorio, como un ejemplo de manual, sino fundarse en la realidad de las cosas y en el bien común del Estado.

La sinuosidad conceptual de la CSJN que se plasmó en los fallos que hemos analizado en este trabajo atenta contra la política económica del país al alterar una de las normas que regula justamente la crisis económica financiera de una empresa. Si bien se prevé el concurso de personas humanas, es dable aquí destacar que la LCQ es aplicada casi en su totalidad a los casos de concursos de personas jurídicas en todas sus variantes y tipos, salvo las exceptuadas especialmente en el artículo 2º de la mencionada ley.

Por lo pronto, entonces, queremos dejar en claro que, si bien los jueces están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma, esto debe operar en forma restrictiva y más en una regulación plagada de normas de orden público, como la Ley N° 24.522.

La Corte en su inveterada jurisprudencia tiene dicho: “La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, o de alguna de sus partes,

es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada ‘última ratio’ del orden jurídico”<sup>35</sup>.

Por otra parte, es mandatorio concluir que desatar las manos del juez en este particular caso, para que éste pueda crear la norma en vez de interpretarla, viola la división de poderes; toda vez que en el fallo “Institutos Médicos”, la CSJN da vida a un privilegio donde la ley nada dice. Y eso es lo mismo que arrogarse potestades legislativas, hecho que a todas luces es inconstitucional.

Es dable recordar que la letra del artículo 19 de la Constitución Nacional dice que nadie puede ser válidamente obligado a lo que la ley no manda, pero tampoco le puede ser arrebatado su derecho sin una ley que lo fundamente, como ocurre con el derecho tutelado por el régimen de los privilegios concursales en beneficio de los acreedores y que es violentado en el fallo “Institutos Médicos”.

Finalmente, lo mencionado se integra en el sentido de que alterar el sistema concursal por un caso particular es un peligro que puede conculcar el *orden jurídico* y la estabilidad económica financiera de una sociedad, y más a una como la nuestra, en donde la crisis económica pareciera ser una realidad recurrente.

## 6. Fuentes y bibliografía

### a. Legislación

Constitución Nacional.

Ley N° 24.522. Nacional. Ley de concursos y quiebras. 1995.

Ley N° 26.061. Nacional. Ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes. 2005.

Código Civil y Comercial de la Nación. 2015.

### b. Jurisprudencia

CSJN. “Safe S.A. agropecuaria c/ Provincia de Santa Fe s/ demanda ordinaria para que se ordenen actos normales de administración”. 1973. *Fallos*: 301:1540.

CSJN. “Bonfante, Carlos A. c/ Junta nacional de carnes s/ ordinario”. 1974.

CSJN. “Barbarella S.A.C.I.F.I s/ concurso preventivo”. 1978.

35 CSJN, “Barbarella S.A.C.I.F.I. s/ concurso preventivo”, 1978.

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro – Sala I. “González, Feliciano c/ Micrómnibus Gral. San Martín SAC s/ incidente de verificación tardía”. 2006.
- Dictamen del Procurador Fiscal del fallo: “Inmobiliaria financiera y agropecuaria La Ferrolana S.A. s/ quiebra”. 2006.
- CSJN. “Banco Central de la República Argentina s/ incidente de revisión en: Banco Coopesur Coop. Ltda. s/ quiebra”. 2006.
- Suprema Corte de Buenos Aires. “Persini, Ada s/ incidente de revisión en autos Racing Club. Concurso preventivo”. 2009.
- CNCom., Sala D. “Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por Ramírez, Celia y otros”. 2014.
- CSJN. “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra”. 2014.
- CSJN. “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”. 2018.
- CSJN. “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación”. 2019.

### **c. Estudios bibliográficos**

- Alegría, H. (1975). *Algunas cuestiones de derecho concursal*. Ábaco.
- Alterini, J. (2019). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tratado exegético* (T. XI, 3ª edición). La Ley.
- Alterini, A., López Cabana, R., Ameal, O. (2008). *Derecho de las obligaciones*. Abeledo Perrot.
- Anich, J. (2012). *Cooperativas de trabajo en la legislación concursal*. Astrea.
- Aristóteles (2017). *Retórica*. Alianza.
- Aristóteles (2011). *Ética a Nicómaco*. Tecnos.
- Barra, R. (2012). Ordenamiento jurídico y mercado. [rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/ordenamiento-juridico-y-mercado/](http://rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/ordenamiento-juridico-y-mercado/) (consulta 10/01/2022).
- Barreiro, M., Truffat, E. D. Los acreedores involuntarios: Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal. *LL 2008-A*, 714.
- Beltrán, M. (1989). *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Sin lugar.
- Bonnecase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil*. (T. II).
- Bonnecase, J. (1926). *Suplemento al tratado de Baudry Lacantinerie*. (T. III). Paris.
- Borda, G. (1996). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (T. I). Abeledo Perrot.
- Bossini, L. A. (2020). *La verdad del Derecho*. Circa Humana Philosophia.
- Calvo Costa, C. (2019). *Derecho de las obligaciones*. Hammurabi.
- Casares, T. (1935). *La justicia y el derecho*. Cursos de Cultura Católica.
- Corna, P. M. (2008). *Teoría general de los privilegios*. Cathedra Jurídica.
- Dasso, A. (2007). *Un nuevo derecho concursal en el derecho comparado. En ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)*. La Ley.
- Di Pietro, A. (2009). *Derecho privado romano*. Abeledo Perrot.
- Escuti, I., Junyent Bas, F. (2015). *Derecho concursal*. Astrea.
- Gebhardt, M. (2008). *Ley de concursos y quiebras*. Astrea.

- Gelli, M. A. (2013) *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*. (T. II). La Ley.
- Gerbaudo, G. (2019). Las autorizaciones de pagos urgentes en el régimen del pronto pago. El necesario diálogo de fuentes en un Estado constitucional y convencional de Derecho. *Diario comercial, económico y empresarial* Núm. 220.
- Graziabile, D. J. (2009). *Acreeedores involuntarios en el concurso. En busca de una necesaria protección legal frente a la insolvencia del civilmente responsable*. V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal. Mendoza.
- Graziabile, D. J. (2014). *Régimen concursal*. (T. III). Abeledo Perrot.
- Heredia, P. D. (2000). *Tratado exegético de derecho concursal*. Ábaco.
- Junyent Bas, F., Molina Sandoval, C. (2019). *Ley de concursos y quiebras*. Abeledo Perrot.
- Junyent Bas, F. *Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursal*. La Ley 2007-E-552.
- Lafferrière, J. N. (2020). Dignidad humana, equidad y prioridad de cobro en una quiebra: Comentario a la sentencia “Institutos Médicos Antártida” de la Corte Suprema de Argentina. *Revista Internacional de DDHH*. Vol. 10, Núm. 2.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Instituto de estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Llambías, J. J. (2015). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. (T. I). Abeledo Perrot.
- López Mesa, M. (2020). *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado*. (T. XIV). Hammurabi.
- López Revól, A. Algunas inquietudes respecto de los acreedores involuntarios. *Estudios de derecho empresario*. ISSN 2346-9404.
- Mariani de Vidal, M. (2016). Cambios en el régimen de privilegios en la reforma del Código Civil y Comercial. *Revista Pensar en Derecho*. Núm. 2.
- Mariani de Vidal, M., Abella, A, (2016). *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*. (T. II). Zavalia.
- Martínez, M. (2019). Régimen de privilegios. Bloque federal de convencionalidad. Acreedor involuntario. La igualación de los desiguales no es igualdad ante la ley. *Revista Código Civil y Comercial*. Año V, Núm. 7.
- Martorell, E. (2012). *Ley de concursos y quiebras comentada*. La Ley.
- Messineo, F. (1971). *Manual de derecho civil y comercial*. (T. IV). Ejea.
- Mazeaud, H., L. y J. (1974). *Lecciones de derecho civil*. (T. IV). Ejea.
- Molinario, A. D. (1941). *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Valerio Abeledo.
- Parellada, C. A. (2009). *El acreedor por daños extracontractuales en el proceso concursal*. La Ley.
- Pisani, O. (2012). El acreedor concursal involuntario. Comentario al Fallo “González Feliciano”. Colegio de Abogados de San Isidro.
- Raspall, M. (2019). Acerca de la tutela diferenciada, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales. *Revista del Código Civil y Comercial* (marzo).
- Ribera, C. E. (2019). El acreedor involuntario con privilegio especial. Instituto de Derecho Concursal. Colegio de Abogados de San Isidro.
- Rivera, J. C. (2014). *Derecho concursal*. La Ley.

- Rivera, J. C. (2020). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. (T. I, 7ª ed.). La Ley.
- Rivera, J. C., Roitman, H., Vítolo, D. (2009). *Ley de concursos y quiebras*. (T. IV). Rubinzal Culzoni.
- Rouillon, A. (2014). *Régimen de concursos y quiebras*. Astrea.
- Salvat, R. (1954). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (T. I). Tipografía Editora Argentina.
- Tomás de Aquino (2015). *Suma Teológica*. T. IX, IIda. – IIda., Cuestión 120. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Tomás de Aquino (2015). *Suma Teológica*. T. VI, IIda. – IIda., Cuestión 58. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Villanueva, J. (2004). *Privilegios*. Rubinzal Culzoni.
- Vítolo, D. (2019). *Ley de concursos y quiebras. Doctrina – Jurisprudencia*. Rubinzal Culzoni.
- Vítolo, D. (2012). *La ley de concursos y quiebras y su interpretación en la Jurisprudencia*. Rubinzal Culzoni.

# BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: ENTRE LA UTOPIA Y EL DERECHO ABSTRACTO

**Juan Ignacio Arias Krause<sup>1</sup>**

Universidad Católica Silva Henríquez, Santiago, Chile

Contacto: [jarias@ucsh.cl](mailto:jarias@ucsh.cl)

ORCID: 0000-0001-8985-9732

Recibido: 27 de enero de 2023

Aprobado: 14 de febrero de 2023

## **Para citar este artículo:**

Arias Krause, J. I. (2023). “Bartolomé de las Casas: Entre la utopía y el derecho abstracto”. *Prudentia Iuris*, N. 95, pp.181-200

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.181-200>

**Resumen:** Lo que se ha llamado la “segunda conversión” de Bartolomé de las Casas es un hito que nos ha servido para presentar un corte epistemológico que acontece en el pensamiento del dominico. Es el paso de un proyecto utópico –que busca alcanzar un modelo de plenitud social, basado en una comunidad entre españoles e indígenas–, a otro, que persigue el reconocimiento de la alteridad (mediante los principios de igualdad y libertad), a través de un pensamiento jurídico fundamentado en fuentes teológicas y culturales. Lo que vincula ambas posiciones es un quiebre con la realidad social y política de la época, no solo en España sino sobre todo en América. El choque entre el pensamiento, ya sea utópico o jurídico, con la base material que sustenta la realidad política de la época, es lo que provocará un “hiato” ineludible en la aplicación práctica de su teoría.

**Palabras claves:** Bartolomé de las Casas, Filosofía del derecho, Filosofía de la conquista.

<sup>1</sup> Este artículo forma parte del Proyecto del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT) Regular, Investigación n° 1220879. El autor es Doctor en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

## **Bartolomé de las Casas: Between utopia and abstract law**

**Abstract:** What has been called the “second conversion” of Bartolomé de las Casas is a milestone that has served us to present an epistemological break that occurs in the Dominican’s thought. It is the transition from a utopian project –which seeks to achieve a model of social abundance based on a community between Spaniards and indigenous people– to another, which pursues the recognition of otherness (through the principles of equality and freedom) using legal thinking based on theological and cultural sources. What links both positions is a break with the social and political reality of the time, not only in Spain but especially in America. The clash between thought, whether utopian or juridical, with the material basis sustaining the political reality of the time will provoke an unavoidable “hiatus” in the practical application of his theory.

**Keywords:** *Bartolomé de las Casas, Philosophy of Law, Philosophy of the Conquest.*

## **Bartolomé de las Casas: Tra utopia e diritto astratto**

**Sommario:** Quella che è stata chiamata la “seconda conversione” di Bartolomé de las Casas è una pietra miliare che ci è servita per presentare una rottura epistemologica che si verifica nel pensiero domenicano. È il passaggio da un progetto utopico –che cerca di raggiungere un modello di pienezza sociale, basato su una comunità tra spagnoli e indigeni–, a un altro, che persegue il riconoscimento dell’alterità (attraverso i principi di uguaglianza e libertà), attraverso un pensiero giuridico fondato su fonti teologiche e culturali. Ciò che accomuna le due posizioni è una rottura con la realtà sociale e politica dell’epoca, non solo in Spagna ma soprattutto in America. Lo scontro tra il pensiero, utopico o giuridico che sia, con la base materiale che sorregge la realtà politica del tempo, è ciò che provocherà un inevitabile “pausa” nell’applicazione pratica della sua teoria.

**Parole chiave:** Bartolomé de las Casas, Filosofia del diritto, Filosofia della conquista.

## 1. Introducción

Hace 500 años Bartolomé de las Casas experimentó lo que se ha llamado su “segunda conversión”. Lo hizo nueve años después de la “primera”, cuando en 1514 (año de su “gran despertar”, al decir de Lewis Hanke<sup>2</sup>) asumió la defensa irrestricta por los naturales de América contra los abusos extremos perpetrados por la Conquista española. Atrocidades que son denunciadas y relatadas a lo largo de toda su obra.

Entre estos nueve años median dos tipos de conciencias: la primera, utópica y política; la segunda, realista y legalista. Para llegar a la segunda tuvo que sufrir la desazón del fracaso de una empresa, persecuciones políticas y atentados contra su propia vida<sup>3</sup>. Las historias son ricas en acontecimientos y son narradas por el mismo fraile en el tercero de los libros de su *Historia de las Indias*. Fue en estos años (1516) en que el Cardenal Cisneros, regente de la Corona española, lo instituyó como “procurador o protector universal de todos los indios de las Indias”<sup>4</sup>, designación que determinaría su actividad política y jurídica en lo que le quedaría de una larga vida (1484-1566).

También a estos años se deben sus primeros escritos, en los que –como hace en todos los textos y libros– procura convencer a las autoridades políticas de la época para acabar con los abusos cometidos por los europeos en América. Son los *Memoriales* (de *agravios*, 1516; de *remedios*, 1516; de *denuncias*, 1516, dirigidos a Cisneros; de *remedios*, 1518; de *remedios*, 1518, dirigidos al nuevo rey, Carlos I<sup>5</sup>) que constituyen la fuente de lo que se ha dado en llamar su pensamiento utópico. Si bien no se pretende realizar un análisis pormenorizado de esta obra (sobre la cual se han realizado interesantes trabajos en los últimos años), la primera parte del artículo estará dedicada a ella, con el fin de mostrar el hecho problemático que presenta el

2 Las Casas, Bartolomé de (2017a). *Historia de las Indias I*. Fondo de Cultura Económica, XI.

3 Sucesos descritos no solo por él en su *Historias de las Indias*, sino también referidas por los frailes jerónimos, quienes, junto con alabar su personalidad (“es hombre bueno y religioso”) y la fidelidad de su defensa (“le mueve un encendido celo de caridad y de justicia; ya que ha despreciado las terrenas comodidades y se impone voluntariamente grandes trabajos para conseguir la salud espiritual y temporal de estas gentes”), dan cuenta de las persecuciones sufridas: “[...] ha sufrido persecuciones y contrariedades tales, que puede ser de aquellos de quienes se dijo ‘si a mí me persiguieron también os perseguirán a vosotros’”. Para concluir la referencia: “Es digno de fe; Vuestras Señorías pueden y deben darle crédito”. Hanke, L. y Giménez Fernández, M. (1954). *Bartolomé de las Casas 1474-1566. Bibliográfica crítica y cuerpo de materiales para el estudio de su vida, escritos, actuación y polémicas que suscitaron durante cuatro siglos*. Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 9.

4 Las Casas. Ob. cit., 136.

5 Las Casas, Bartolomé de (1958). *Obras escogidas*. (Tomo V). Atlas.

elemento utópico señalado, y, al mismo tiempo, la complejidad de perseguir una aplicación concreta en un lugar y un tiempo determinado. Como queda inmediatamente de manifiesto, esta última situación pone en entredicho la propia etimología de utopía, de ese no-lugar que presenta Tomás Moro en su célebre obra, escrita en los mismos años y publicada en 1516.

Estos *Memoriales* podrían ser considerados una utopía social, sin embargo, luego de los desastres acaecidos en América –previos al momento de poder ser aplicados–, Bartolomé de las Casas dará paso a la utopía jurídica, la que comprende su mayor obra y su revaloración en el siglo XX como un protodefensor de los derechos humanos. Si bien esta idea hasta el día de hoy causa controversia, pues no faltan tanto simpatizantes como detractores de la misma<sup>6</sup>, este trabajo se ajustará al carácter jurídico que contiene, centrado en específico en el universo en el que se enmarca la labor lascasiana: el derecho natural.

En efecto, es numerosa y compleja la literatura que basa el problema del fundamento de los derechos humanos ya sea en una teoría iuspositiva o iusnatural. Sin embargo, más que continuar con esta polémica, el hecho de dedicar la segunda parte del trabajo a la aplicación del ideario de Las Casas en el derecho abstracto tiene el sentido de mostrar cómo este tipo de construcción jurídica, más allá de su aporte teórico y cultural, produce un desequilibrio semejante al intento de la aplicación de la utopía en un tiempo y en un espacio concretos. Esto es lo que en este trabajo hemos llamado “hiato”, que, creemos, es insalvable al momento de querer ser aplicado en la realidad.

## 2. La utopía

La utopía en el pensamiento de Bartolomé de las Casas tiene un tiempo preciso y definido: va de las ya nombradas “primera” conversión a la “segunda”. Sobre este breve período de tiempo, rico en acontecimientos y limitado en escritos (en comparación al resto de su vida), existe una cuantiosa bibliografía que se ha preocupado por contener el carácter utópico al que hacemos mención. Importantes trabajos ponen el acento en el pensamiento

6 Junto con ser una figura fundamental en el pensamiento político y jurídico hispano y americano, Bartolomé de las Casas es, al mismo tiempo, el héroe y el villano de su propia figura: acusado de que su *Brevísima destrucción de las Indias* sirviera para dar origen a la llamada “leyenda negra española” (comenzando con la de Ramón Menéndez Pidal), ha sido catalogado por otros como el inaugurador de una forma de conciencia jurídica, el fundador de un tipo de modernidad (Dussel), y también como el “precursor del anticolonialismo” (Friede).

humanista que mueve a la cultura de la época<sup>7</sup>, estableciendo los vínculos entre los proyectos de Tomás Moro y de Erasmo de Rotterdam con el lascasiano. Por ello, lo que acá destacamos de esta relación es la concepción práctica que tiene la idea de utopía en los tiempos del humanismo. Como apuntan Frank y Fritzie, lo que caracteriza las construcciones utópicas de esta época, frente a las del mundo clásico –como, por ejemplo, los idearios platónicos– es su carácter práctico, sosteniendo que “Moro fundaba la excelencia de su óptima república en principios morales y no metafísicos”<sup>8</sup>. De igual modo, Las Casas realiza proyectos de nuevas formas de gobernanza para las Indias, en vistas a “remediar” los males ocasionados por los españoles en esas tierras, que se encuentran fundados en principios prácticos de corte moral. La suya es, propiamente, una utopía empírica (a diferencia de la de Tomás Moro, que sería una teoría literaria, siguiendo la categorización de Rocío Hernández, 2012). Precisamente, los principios desde los que parte para alcanzar estos remedios tienen como punto de inicio la visibilización del otro a través de la idea de igualdad<sup>9</sup>.

Los proyectos escritos por Las Casas en estos años seguirán la línea de visibilización y de posible solución a la explotación que en tan pocos años había alcanzado la Conquista española. Teniendo este ideario una propuesta precisa, que será la mayor demanda de Bartolomé de las Casas desde su primer escrito presentado en 1516 (denominado elocuentemente “remedio”), donde sostiene que la explotación española sobre la población indígena debía acabar de manera inmediata.

Estos primeros escritos que tienen un fuerte contenido utópico serían revisados en sus diversas versiones por los más altos personeros políticos de

7 Cfr. Giménez Fernández, M. (1953/1984). *Delegado de Cisneros para la reformación de las Indias (1516-1517)*. Volumen I. CSIC - Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 43-48; Cantú, F. (2002). América y utopía en el siglo XVI. *Cuadernos de Historia Moderna*, n° 1; Durán Luzio, J. (1992). *Bartolomé de las Casas ante la conquista de América. Las voces de un historiador*. EUNA, 13-110; Teglia, V. (2016). Un jardín para los indios, en Bartolomé de las Casas. *Revista Diálogo Andino*, n° 49.

8 Frank, M. y Fritzie, M. (1981). *El pensamiento utópico en el mundo occidental. Antecedentes y nacimiento de la utopía hasta el siglo XVI*. (Tomo I). Taurus, 171.

9 Mucho se ha escrito sobre el reconocimiento de la alteridad en Bartolomé de las Casas, sin embargo, siguiendo a Todorov, tal reconocimiento del otro, en cuanto tal, en el dominio no funcionaría como auténtica alteridad, depurada de toda forma de homogeneización. El otro es, ciertamente, reconocido, sin embargo, bajo el principio abstracto de la igualdad (como se verá en la segunda sección), que elimina las diferencias y convierte a todos en hijos de Dios y en partícipes de una razón natural común. “Pero la misma afirmación de la igualdad de los hombres se hace en nombre de una religión particular, el cristianismo, sin que se reconozca tal particularismo. Hay pues un peligro potencial de ver que se afirme, no sólo la naturaleza humana de los indios, sino también su ‘naturaleza’ cristiana”. Todorov, T. (2019). *La conquista de América. El problema del otro*. Siglo XXI, 198.

la época: desde Fernando V (quien moriría pocos años después) al cardenal Cisneros (quien regentaría Castilla tras la muerte del rey católico), hasta el arribo de Carlos I, como novel monarca del creciente Imperio. Cada una de estas versiones irá matizando el exceso de idealismo (como la demanda de restitución a los indios de sus tierras) a una concreción más realista, en la que se toma conciencia de que la petición de planes muy ambiciosos podía conducir al fracaso de la empresa en su totalidad, la cual consistía en crear comunidades de labradores compuestas de españoles e indígenas, no ya en las islas descubiertas (donde la población indígena había sido aniquilada), sino que en tierra firme.

Manuel Giménez Fernández (1953/1984) y luego Ramón-Jesús Queraltó (1976) han llamado a esto el paso del “doctrinarismo” al “posibilismo”. Mientras la primera postura contenía “dos aspiraciones básicas: la fundación de pueblos de indios libres, y la instauración de comunidades hispano-indias en torno a familias castellanas”, la segunda, en cambio, abandona “la obligación y exigencia de la restitución a los indios injuriados o explotados”<sup>10</sup>.

Por diversos motivos (que serán comentados más adelante), estos escritos toman la figura de proyectos y culminan en un fracaso total antes de intentar ser aplicados, lo que condujo a la segunda conversión. Sin embargo, el fracaso de tal empresa no debe tomarse como una pérdida total. La configuración práctica del otro como igual fundará las bases sobre las que luego, en el período de esa “segunda” conversión, establecerán a ese “otro” práctico en un sujeto de derecho. Lo que posibilita dicho tránsito, por tanto, es el paso de una concepción práctico-moral, a otra, objetiva y jurídica.

La historia que conduce a tal paso es, hasta cierto punto, conocida. En 1611, Antonio de Montesinos pronunció su célebre sermón, que nos ha llegado gracias a Las Casas, quien lo reproduce en su *Historia de las Indias*. El Sermón de Montesinos es clave, como se verá, por ser la primera voz de protesta sobre la escandalosa acción de los españoles en América y por comenzar, con ello, todo el movimiento en defensa de los desprotegidos. También es fundamental que, aunque sea en tono de prédica, ya se encuentran presentes los elementos que serán claves en las futuras defensas, como el de la racionalidad común a todos los seres humanos y la doctrina cristiana de la igualdad de los hombres, en descrédito de la desigualdad natural aristotélica, que distingue entre seres humanos libres o esclavos por naturaleza.

Estos, ¿no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos?

10 Queraltó Moreno, R. J. (1976). *El pensamiento filosófico-político de Bartolomé de las Casas*. Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla - CSIC, 72.

Tened por cierto, que en el estado que estáis no os podéis más salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo<sup>11</sup>.

Las repercusiones tras este sermón no se hicieron esperar: las críticas comenzaron por los conquistadores en América (con Diego Colón, hijo de Cristóbal Colón, a la cabeza), que buscaron escarmentar al fraile. Las quejas llegaron hasta los oídos de Fernando de Aragón, quien ordenaría su retorno a España. Fue este el comienzo de la toma de conciencia que generaría en el Viejo Continente un movimiento, a juicio de Juan Friede (1974), anticolonialista. La crisis de conciencia y el conocimiento crítico de la acción de los españoles en América hizo que el gobierno central tomara paulatinamente medidas, dictando, en 1512, las *Leyes de Burgos* (u *Ordenanzas para el tratamiento de los indios*<sup>12</sup>), en las que se reglaba la relación entre los conquistadores y las poblaciones nativas de América<sup>13</sup>.

Con ocasión de la conmemoración de los 500 años de este código se han sucedido diversos estudios sobre ese *corpus*, muchos de los cuales han pretendido situarlo como un antecedente de los derechos humanos<sup>14</sup>. Sin embargo, esta tesis es aventurada por más de un sentido, y ha sido recientemente descartada minuciosamente por José Sánchez-Arcilla Bernal (2021), para quien las *Leyes* responden más a una estrategia administrativa por parte de Fernando V, gracias a la cual se pretendían solucionar los crecientes conflictos surgidos en América (pérdida de mano de obra de trabajo, evangelización del indio, incentivar a los españoles a emigrar al nuevo continente). Contra la idea de una garantía jurídica a los derechos de los naturales, el autor señala su revés: lo que se pretendía con las leyes era garantizar los intereses de la Corona, cosa que se lograría mediante la “[i]mposición de una nueva religión, desarraigo de sus tierras y pérdida de la propiedad de las mismas, restricción de la libertad de movimiento, aculturación [...] Las ‘*Leyes de Burgos*’: toda una falacia de los derechos humanos [...]”<sup>15</sup>.

11 Las Casas, Bartolomé de (2017b). *Historia de las Indias II*. Fondo de Cultura Económica, 441-442.

12 Véase: Caballero González, U. (2012). *Análisis histórico jurídico de las Leyes de Burgos de 1512*. [Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México], 134-147.

13 Sobre esta crisis de conciencia y el extenso proceso que conduciría a la postre a la Controversia de Valladolid, véase: Dumont, J. (2009). *El amanecer de los derechos del hombre. La Controversia de Valladolid*. Encuentro, 41-113.

14 Monje Santillana, J. C. (2009). Las Leyes de Burgos de 1512, precedente del derecho internacional y del reconocimiento de los derechos humanos. *Trabajos académicos de la Universidad de Burgos*; Sánchez Domingo, R. (2012). Las Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista. *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 28.

15 Sánchez-Arcilla Bernal, J. (2021). Las Leyes de Burgos de 1512: una falacia de los derechos humanos. En *Revisión historiográfica. Cuadernos de Historia del Derecho*, 28, 90.

Para nuestro análisis, estas *Leyes* emanadas desde la metrópoli son fundamentales para contextualizar la función de los *Memoriales de remedios* elaborados por Bartolomé de las Casas, pues su creación significa una posición que se encuentra en la vía contraria a la sostenida por los dominicos en general y por el propio Las Casas<sup>16</sup>. Entre otros puntos decisivos, las *Leyes* ratificaron la Encomienda, que era la institución clave en la explotación de los indígenas en América, y con ello, aunque en el papel se sostenía su libertad, *de facto*, esta libertad era suprimida por los distintos actos administrativos que tenían los españoles sobre ellos.

Es por esto que, si se contextualizan los *Memoriales* escritos por Las Casas, se podrá ver en ellos una suerte de reflejo espejado, que se desplaza en direcciones contrarias. Uno de los puntos centrales de los *remedios*, tanto de estos primeros años como a lo largo de su desarrollo jurídico, será el poner fin a la Encomienda; mientras que el tema capital de las *Leyes* será fortificarla. La postura contra la Encomienda fue la actitud generalizada de los dominicos, y a partir de ella se pueden vislumbrar las incomodidades políticas que causaban estos tanto en la corte como en los conquistadores, cuyos intereses chocaban en lo medular de ambas empresas.

Con esto se puede apreciar también que, detrás de las tentativas lascasianas, no existe una suerte de *ratio gubernatoria*, de corte biopolítica sobre la población indígena, como han sostenido ciertos estudios actuales<sup>17</sup>, pues el universo político en el que nos movemos, de seguir los análisis foucaultianos sostenidos por estos autores, corresponde al análisis de la pastoral de las almas, propio del mundo medieval, y no al gobierno y el control biopolítico de la población. La administración sobre las poblaciones indígenas tiene una finalidad de control absoluto del territorio en el caso de las *Leyes* y no de control sobre la población, propiamente tal. En este sentido, la labor de Bartolomé de las Casas se patentiza a través de principios prácticos, que redundan en una comprensión antropológica específica, con la que se deberá enfrentar –primero utópica, luego jurídicamente– al poder político.

16 De hecho, tampoco se puede cerrar a esta orden y al propio Bartolomé ser los exclusivos defensores de los amerindios. “En realidad –sostiene Caroline Cunill–, fray Bartolomé no es sino el máximo exponente de un fenómeno que hunde sus raíces en una corriente que relaciona de forma sistemática a las órdenes mendicantes con la protección de las poblaciones aborígenes”. Cunill, C. (2012). Fray Bartolomé de las Casas y el oficio de defensor de indios en América y en la Corte española. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. <http://journals.openedition.org/nuevomundo/63939>.

17 Mora Rodríguez, L. A. (2020) Bartolomé de Las Casas y el pensamiento decolonial: debates y precisiones. *Revista Estudios*, 41; Jáuregui, C. y Solodkow, D. (2020). La utopía biopolítica: Bartolomé de las Casas y la gestión de la vida indígena en el Memorial de remedios para las Indias (1516). *A Contracorriente: Una Revista de Estudios Latinoamericanos*, 18(1).

Mirada a contraluz de las *Leyes de Burgos*, la posición de Bartolomé de las Casas es la visión crítica de una forma de dominación, que surge como toma de conciencia al dominio político, y como apertura y reconocimiento del *otro*, y aún de manera más específica –siguiendo a Dussel–, desde *lo otro*, desde los márgenes o las afueras del centro, esto es, desde América. “Se trataría del primer discurso crítico de *toda* la Modernidad; discurso crítico ‘localizado’, territorializado en América misma, desde un ‘afuera’ de Europa en su inicio (en su ‘exterioridad’)”<sup>18</sup>.

Por ello, en esta primera incursión utópica, situamos puntualmente la conciencia crítica del universo cultural de su época, en estas *Leyes*, como expresión objetiva de la idea de política que se debía desarrollar desde la metrópoli. Esto nos enfrenta con el primer *corpus* legal referido a las llamadas *Indias* y, frente a este, mostrar el carácter utópico de su postura.

En este sentido se puede realizar una comparación entre *Las Ordenanzas de Burgos* y el *Memorial de remedios* de 1516. El contraste salta a la vista y se mueve al nivel de los fundamentos estructurales. Como se ha dicho, desde la primera de las Ordenanzas, queda en evidencia lo importante para los negocios de la Corona: la mantención de la encomienda.

Primeramente fordenamos e mandamos/ que por quanto es nuestra determinación de mudar/ los dichos yndios y facerles estancias junto con las/ de los españoles, que ante todas cossas las/ personas a quien están encomendados o se en/comendaren los dichos indios<sup>19</sup>.

Y pese a que las *Leyes* tenían el fin de dignificar la vida de los encomendados, en vistas a propiciar una evangelización “amorosa”, las condiciones en que debían ser alojados distan ciertamente de cualquier forma de dignidad:

para cada cinquenta yndios/ fagan luego quatro bohíos cada uno de a XXX/ pies de largo e quinze de ancho e V mil mon/tones, los tres mil de yuca y los dos mill de/ ajes e doscientos e cinquenta pies de axí/ e cinquenta pies de algodón<sup>20</sup>.

Los bohíos eran viviendas taínas, que, como indica la RAE<sup>21</sup>, estaban hechas “de madera y ramas, cañas o pajas y sin más respiradero que la puerta”. Sin ánimo revisionista, ciertamente los bohíos eran las viviendas

18 Dussel, E. (1994). *1492, el encubrimiento del otro*. Plural Editores. UMSA. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 18.

19 Caballero. Ob. cit., 135.

20 Ídem.

21 La referencia también se encuentra en: Caballero. Ob. cit., 93.

de los taínos y, por lo tanto, en este sentido, no era una imposición cultural, sino una adecuación a sus costumbres. Sin embargo, la diferencia estriba en la cantidad de personas que debían vivir ahí: alrededor de una docena por bohío.

En contraste con esta Ordenanza, el primero de los remedios dispuesto por Las Casas enfatiza la anulación de cualquier forma de relación laboral que favorezca a los españoles: “Que en tanto que S. A. manda ver y determinar lo que conviene, que mande en aquellas islas, para que lo sobredicho haya efecto<sup>22</sup>, mande suspender todos los indios de todas las islas, que en ninguna cosa sirvan ni trabajen, que de trabajo sea”<sup>23</sup>.

La razón de este remedio es significativa: “Porque siguiendo la mala y pestífera costumbre que los españoles en servirse de los indios tienen, matarán y darán causa a matar y morir en poco tiempo muchos dellos”<sup>24</sup>. Resalta, además, Las Casas la necesidad de esta medida por la disminución física que en tan poco tiempo han llegado a tener los indígenas, y por la necesidad de que recobren “algunos fuerzas, recreándose, y engordarán, o al menos arreciarán algo”<sup>25</sup>. Hanke y Giménez<sup>26</sup> llaman a esta medida revolucionaria, y, ciertamente, lo es, pues va en contra de los intereses económicos de un grupo, para favorecer a una mayoría explotada. Y en este sentido, también es utópica, pues el fin ideal al que se aspira al terminar con la explotación indígena es una futura sociedad americana, igualitaria y libre de dominación.

En general, las *Leyes* pretenden establecer una nueva dignidad en la relación con los habitantes originarios del continente americano, buscando fortalecer una institución de origen feudal, que tiene su fundamento y razón de ser en la evangelización de la población. Esto se puede lograr instituyendo un sistema de dominación paternalista y de imposición cultural, en el que se instauran medidas rígidas para que los indígenas no retornen a lo que para los españoles eran sus costumbres bárbaras. En contraste con ello, la posición de Las Casas y de los remedios por él expuestos se fundamenta en el principio de la igualdad, en el reconocimiento de la alteridad y en la subsiguiente (y consecuente) recomposición de las condiciones de vida que corresponde a alguien que es considerado un semejante.

22 Esto es, que “el mal y daño que han las Indias cese, y Dios y el príncipe nuestro señor hayan más servicio que hasta aquí y la república della sea más conservada y consolada”. Las Casas (1958). Ob. cit., 5.

23 Ídem.

24 Ídem.

25 Ídem.

26 Hanke y Giménez. Ob. cit., 6.

El choque entre ambas posturas resultaría inminente. El fundamento práctico moral chocaría con los intereses económicos que fundamentan *de facto* la Conquista. De llevar a la práctica los remedios propuestos, el incentivo principal que movilizaba a las masas a viajar al Nuevo Mundo se derrumbaría.

La posición de Las Casas se iría matizando, como se dijo, de un principio doctrinal a otro “posibilista” en el que tendería a renunciar a su deseo de acabar con la enajenación de las propiedades realizada por los españoles, para alcanzar el fin de la encomienda, que es el eje principal del problema. Dado que el carácter utópico iría cediendo en favor de una posición pragmática, tan solo destacamos que luego de diversas versiones de su proyecto, en el año 1520, tendría la autorización y la autoridad para aplicar su proyecto en tierra firme, en Cumaná.

Se había adelantado que tal proyecto culminaba en un fracaso. Esto se debe a que, al volver a América, la comunidad que había dejado años atrás y que sería la vanguardia para llevar a cabo su proyecto, había sido arrasada y muerta en manos de indígenas. Visto esto, los españoles que acompañaban a Las Casas para realizar el proyecto escapan y se unen a españoles encomenderos. El proyecto en su totalidad había sido un fracaso, y Bartolomé de las Casas se recluye en el monasterio.

Son estos los años de la segunda conversión. La política utópica tomaría un giro, y se transformaría en exposición jurídica. Los principios morales toman cuerpo objetivo, y el reconocimiento de la alteridad se convierte en la defensa del indígena como sujeto de derecho.

### 3. El derecho abstracto

Es el mismo Bartolomé de las Casas quien señala cómo se abocó al estudio jurídico de manera sistemática en los años que siguieron a lo que se ha llamado su segunda conversión. Luego de los desastres de Cumaná y de la puesta en duda de su empresa, el valor moral de la defensa cedería en favor de una posición jurídica, que cumpliera con objetivizar la concepción que políticamente había sido fervientemente afirmada, pero que en la práctica no tenía modo alguno de ser ejecutada. Se entiende la elocuencia del movimiento intelectual de Las Casas: dado que la defensa por la igualdad de los indígenas no había contenido una fuerza de ejecución real por apelar a la conciencia subjetiva de los conquistadores, habría que organizar una doctrina jurídica que pusiera tal fuerza en acto.

La estrategia es clara, pero en el seno de esta lógica se encuentra el principal hiato de la Conquista en América. Es importante distinguir este aspecto, pues siguiendo la posición de Juan Friede, el movimiento *proindi-*

*genista* y anticolonialista<sup>27</sup> sí contaba con una base y apoyo teórico y social, pero este apoyo se encontraba en España y no en América, produciéndose en este continente, de hecho, una realidad contraria (a excepción de las órdenes religiosas). “El aspecto ideológico del movimiento proindígena no pertenece, propiamente dicho, de una manera directa a la historia de América, sino más bien a la historia de las ideas jurídico-teológicas españolas del siglo XVI”<sup>28</sup>.

Según se ha dicho en la sección anterior, los reclamos sobre el trato de los conquistadores en América causaron una polémica y una crisis de conciencia en la metrópoli, desde donde se propiciaron una serie de debates, que desembocarían en la célebre *Controversia de Valladolid*, punto culmen del movimiento intelectual y cultural de la primera mitad del siglo XVI (este acontecimiento es el que ha suscitado las mayores investigaciones en relación a Las Casas, sobre el que se ha hecho inclusive una película (*La controversia de Valladolid*, de 1992, dirigida por Jean-Daniel Verhaeghe)<sup>29</sup>. Sin embargo, la extensa obra de estos intelectuales y la creciente investigación realizada sobre ella desde el siglo XX, sigue adoleciendo del mismo problema que fuera criticado por Friede: su rescate teórico, su puesta en valor, y la cada vez más férrea defensa de la contemporaneidad que contienen estas doctrinas, juntamente con la reiterada relación que se hace de ella con los derechos humanos<sup>30</sup>, corresponden a una puesta en valor del universo cultural hispánico (Friede llega a denominar a esta tendencia intelectual de “neohispanismo”). Con esto, la reivindicación señalada margina (una vez más) el universo social y político (cabría añadir, también, cultural y religioso) americano, pues las moderadas decisiones tomadas por la Corona española con relación a las leyes y cuidados indianos no llegaban a tomar cuerpo en América. Y es en este sentido, precisamente, donde radica el valor esencial de la obra “indigenista” de Las Casas (Las Casas, 1985), en particular,

27 A la posición que sitúa a Bartolomé de las Casas como un antecedente necesario del pensamiento anticolonialista, se le ha sumado en las últimas décadas la consideración de ser también precedente de la teoría decolonial. Véase: Dussel. Ob. cit.; Mora. Ob. cit.

28 Friede, J. (1974). *Bartolomé de las Casas: precursor del anticolonialismo. Su lucha y su derrota*. Siglo XXI, 5.

29 Véase, sobre ello: Hanke, L. (1949). *Bartolomé de las Casas. Pensador político, Historiador, Antropólogo*. Sociedad Económica de los Amigos del País; (1974). *El prejuicio racial del Nuevo Mundo. Aristóteles y los indios de Hispanoamérica*. Sep/Setentas; (1985). *La humanidad es una*. Fondo de Cultura Económica; (1988). *La lucha por la justicia en la conquista de América*. Istmo; Dumont. Ob. cit.

30 Galmés, L. (1982). *Bartolomé de las Casas: defensor de los derechos humanos*. BAC; Beuchot, M. (1994). *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*. Anthropos; Pino Montoya, J. W. (2019). Aportes de Bartolomé de las Casas a la teoría actual de los derechos humanos. *Hallazgos*, 17(33).

de su *Historia de las Indias* (I, II y III<sup>31</sup>), la *Apologética historia sumaria*<sup>32</sup> y, ciertamente, su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*<sup>33</sup>, libro este último más polémico que histórico, dirigido a Felipe II, con el único fin de acabar con la Encomienda<sup>34</sup>. La *Historia* y la *Brevísima relación* dan cuenta de los sucesos, de las acciones y de los tratos que dieron los españoles a las poblaciones de América. Ambos textos describen el comportamiento social adoptado e implantado en el Nuevo Continente, que constituye el cruento ordenamiento político que regía sobre el territorio. La *Apologética*, por otra parte, es un texto en el que describe las costumbres y las sociedades de los naturales del Nuevo Mundo. Este escrito “ha sido calificado de verdadero tratado de Antropología Cultural de América y en efecto, y pese al defecto que entraña, sobre todo, tratar de la misma manera a los muy diversos grupos humanos que allí había, es un primer intento de aplicar el método comparativo al estudio cultural de los indios americanos”<sup>35</sup>. El trabajo, continúa argumentado el autor, le serviría al Obispo de Chiapas para defender la condición racional de los habitantes de América, semejante a la de los griegos y romanos<sup>36</sup> e, inclusive, de los propios españoles (posiciones defendidas en la *Controversia de Valladolid*).

31 Las Casas, Bartolomé de (2017a). *Historia de las Indias I, II y III*. Fondo de Cultura Económica.

32 Las Casas, Bartolomé de (1967). *Apologética historia sumaria*. (Tomo I). Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Históricas.

33 Las Casas, Bartolomé de (2018). *Tratados I*. Fondo de Cultura Económica, 3-199.

34 La *Brevísima relación* forma parte de una serie de tratados que Bartolomé de las Casas publicó sin autorización en 1552, siendo este el primero de estos escritos. Como en tantas otras partes, en estos tratados insiste sobre la necesidad de dejar en libertad a los indios, postulando que estos “se pongan y reduzcan y encorporen en la corona real de Castilla y León, en cabeza de Vuestra Majestad, como súbditos y vasallos libres que son, y ningunos estén encomendados a cristianos españoles” [Las Casas, Bartolomé de (2017d). *Tratados II*. Fondo de Cultura Económica, 645].

35 Alcina, en: Las Casas, Bartolomé de (1985). *Obra indigenista*. Alianza, 20.

36 “Cuanto a la política, digo, no sólo se mostraron ser gentes muy prudentes y de vivos y señalados entendimientos, teniendo sus repúblicas (cuanto sin fe y cognoscimiento de Dios verdadero pueden tenerse) prudentemente regidas, y con justicia prosperadas, porque a muchas y diversas naciones que hobo y hay hoy en el mundo, de las muy loadas y encumbradas, en gobernación, política y en las costumbres, se igualaron, y a las muy prudentes de todo él, como eran los griegos y romanos, en seguir las reglas de la natural razón con no chico exceso sobrepujaron” [Las Casas (1968). Ob. cit., 4]. En este contraste entre el mundo clásico (grecorromano) y el universo indiano, la tesis definitiva de Las Casas culmina en reconocer que este último universo cultural es más racional que el clásico mediante las siguientes argumentaciones: “1° Los indios no carecen de la lumbré natural que Dios ha dado a todos los hombres; los indios no son por lo tanto menos racionales que los europeos; 2° La idolatría de los indios contiene menos errores que la de los pueblos antiguos; 3° En la elección de sus dioses, tuvieron más razón, discreción y honestidad que los pueblos antiguos; 4° Los indios tienen mucha menor dificultad en ser convertidos a la fe católica que los griegos y romanos” [Kohut, K. (1992). El

Se aprecia, por tanto, que no es la postura teórica o doctrinal lo que enriquece la obra de Las Casas, sino su experiencia práctica, y es el valor de esta práctica, de la observación realizada en el continente americano, y de las luchas y disputas sostenidas en este territorio, lo que revitaliza la extensa obra del Protector de los indios. De igual modo, esta teórica-práctica es la que pone distancia con la posición meramente teórica de gran parte de los intelectuales que le fueron contemporáneos, pese al aprecio que tiene por ellos, de quienes aprende, pero a los que no dudará en poner en entredicho. Es lo que pasa con el maestro de su generación, Francisco de Vitoria (cuya posición influiría en el derecho internacional y los derechos fundamentales hasta nuestros días<sup>37</sup>), a quien cita en varias oportunidades<sup>38</sup>, pero que, en los momentos altos del debate jurídico, en la relación a la legitimidad de los títulos adquiridos por los españoles, será puesto por Las Casas en sospecha, justamente por la falta de conocimiento directo de la vida y de las costumbres de los pueblos americanos. Por esto, Antonio Truyol y Serra describe a Las Casas como “teorizante y hombre de acción, o, más exactamente acaso, teorizante al servicio del hombre de acción”<sup>39</sup>.

Ahora bien, lo que no pudo ser realizado por la voluntad subjetiva, por el querer moral de los conquistadores, deberá ser ejecutado por la voluntad objetiva, por el derecho, entendiéndolo desde su concepción abstracta. En primera instancia, el derecho abstracto presupone una estructura anterior al orden político y social, que introduce a la persona dentro del universo comunitario. Esta persona es despojada de sus atributos distintivos y diversos, y adquiere cualidad universal mediante principios que le son inmanentes.

El iusnaturalismo en este sentido es destacado, pues hará derivar de una forma de razón los atributos que conforman los principios universales recién mencionados, y, en primera instancia, el principio en el que Bartolomé de las Casas basa toda su argumentación: la libertad. El *De Regia Potestate* es un impecable tratado político-jurídico en el que defiende el derecho a la autodeterminación de los habitantes de América a partir de la afirmación de la libertad como cualidad natural de los seres humanos: “Desde el principio del género humano, todos los hombres, todas las tierras y todas las

---

humanismo español y América en el siglo XVI. *Actas del X Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas*, vol. 1, 481].

37 Cfr. Arias Krause, J. I. (2019). Modernidad y conquista. El despertar de los derechos fundamentales y del derecho internacional en Francisco de Vitoria. *Las Torres de Lucca: revista internacional de filosofía política*, vol. 8, nº 15.

38 Cfr. Cárdenas Bunsen, J. A. (2011). *Escritura y derecho canónico en la obra de Bartolomé de las Casas*. Iberoamericana/Vervuert, 359-369.

39 Truyol y Serra, A. (1988). *Historia de la filosofía del derecho y del Estado 2. Del Renacimiento a Kant*. Alianza Universidad Textos, 96.

otras cosas, por derecho natural y de gentes, fueron libres y alodiales, o sea, francas y no sujetas a servidumbre<sup>40</sup>. Teniendo esto como punto de partida, se desprenden los derechos subjetivos que corresponden a toda persona libre y racional, siendo el primero de estos el de propiedad. Se entiende, de esta manera, por qué una de las principales luchas será, primero, contra la esclavitud, luego contra la enajenación de los bienes de quienes eran sus legítimos dueños antes de la llegada de los españoles. Este tipo de relación es estrecha en la argumentación de Las Casas, pues persona libre es aquella que tiene el derecho y capacidad de tener propiedad. Por ello, esta serie de concepciones van unidas unas a otras: ser persona es la capacidad de tener propiedad, y esta solo la tienen los sujetos libres, por lo que son, al mismo tiempo, sujetos de derecho.

Teniendo en consideración esta triada se podrá vislumbrar cada uno de los ámbitos sobre los que giran las concepciones jurídico-políticas de Las Casas, para lo que él deberá desplegar su amplia cultura clásica y su pensamiento teológico para justificarla. Por ejemplo: argumentar y defender la racionalidad de los indígenas conducirá a reconocer su libertad<sup>41</sup> y con ella la autonomía de regirse<sup>42</sup> como reino independiente<sup>43</sup>; reconocer que las tierras de los reinos indígenas eran de su propiedad, y la enajenación de los bienes constituye robo<sup>44</sup> por parte de los españoles, conduce al reconoci-

40 Las Casas, Bartolomé de (1969). *De Regia Potestate o Derecho de Autodeterminación*. CSIC, 6.

41 “Pues la libertad es un derecho inherente al hombre necesariamente y desde el principio de la naturaleza racional, y es por eso de derecho natural, como se dice en el Decreto: *existe idéntica libertad para todos*”. [Las Casas (1969). Ob. cit., 17].

42 “Hay que tener en cuenta, además, que hombre libre es aquel que es dueño de sí mismo, como dice Aristóteles. Por eso los hombres libres gozan de la facultad de disponer libremente de sus propias personas y cosas conforme a su propia voluntad” [Las Casas (1969). Ob. cit., 19]. Más adelante, recalcará la tesis de la autodeterminación: “Ninguna sumisión, ninguna servidumbre, ninguna carga puede imponerse al pueblo sin que el pueblo, que ha de cargar con ella, dé su libre consentimiento a tal imposición” [Las Casas (1969). Ob. cit., 34].

43 Antonio Truyol y Serra sostiene sobre el pensamiento global de Las Casas: “Bartolomé de las Casas concebía que el resultado de la conquista debía ser una confederación pacífica de reinos indígenas cristianos bajo el dominio del emperador, que sería el rey de Castilla. Dichos reinos conservarían sus propios gobiernos y sus costumbres en todo lo que fuera compatible con su incorporación al imperio cristiano” (Truyol y Serra. Ob. cit., 97).

44 “Ningún rey o príncipe, por soberano que sea, puede legítimamente por donación, venta, permuta o de cualquier otro modo de enajenación, ceder ciudades, villas, castillos, ni rincón alguno de su país por insignificante que sea, en favor de otro señor; ni puede tampoco negociar sobre el derecho de soberanía, a menos que consientan libremente en esta enajenación los súbditos, vecinos o residentes de tal ciudad, villa o comarca. Y si lo hace el rey de hecho contra su voluntad o forzando su consentimiento, peca mortalmente y no tiene absolutamente ninguna validez jurídica tal enajenación, negociación o sometimiento, y el donatario o comprador también peca gravemente y no podrá salvarse” [Las Casas (1969). Ob. cit., 58-59].

miento político del otro<sup>45</sup>. Con esto, se sobreentiende el deber moral y jurídico de restituir las tierras y riquezas a quienes eran sus dueños originalmente; reconocer a los americanos como libres y como propietarios conduce a reconocer los derechos subjetivos de estos.

El derecho abstracto actúa, a este respecto, como una arquitectónica basada en principios desde los cuales se derivan otros. Esta derivación es necesaria por su cualidad racional, cuya acción implica necesidad. Lo paradójico es que esta misma razón defendida por Las Casas es la que se propone como la ordenadora de la realidad social y política, la que hace que toda posterior estructura derive necesariamente, y su contradicción implica barbarie. Por ello, si se acepta este orden necesario, irremediamente se deben sostener sus consecuencias, de ahí el conflicto político y moral al que se enfrentan la Corona y la sociedad española de la época, pero, destaquemoslo desde ya, en España y no en América.

El carácter abstracto y las consecuencias que contiene este tipo de derecho, no residen únicamente en estar basados en unos derechos derivados de la razón abstractiva, sino que esta razón contiene un drama fundamental: en la práctica, tal tipo de programa establece una imposición de los más diversos tipos (jurídico, político, cultural), pues compone un ingente contenido de leyes ajeno al ordenamiento social en el que se encontraba América en ese momento.

Ciertamente, el pensamiento de Las Casas constituye una enorme exploración de los derechos subjetivos que, como se ha dicho, para muchos contienen uno de los primeros esbozos de los derechos humanos por la rígida defensa de la libertad y del reconocimiento del otro como igual. Sin embargo, al mismo tiempo, constituyen una imposibilidad, pues sobre lo que quería ser aplicada, establece un hiato radical. La base material y social sobre la que dichos principios querían sustentarse (propiamente, los conquistadores españoles) en la práctica no reconocían a ese otro, el que –como ha argumentado Tzvetan Todorov– surge como un problema. La abstracción jurídica, al aparecer como imposición social, produce un desequilibrio temporal y espacial, semejante al de la utopía. Una y otra producen una cesura en la realidad, la quiebran para desvelar la imposibilidad de hacerse real.

---

“La asociación de hombres de una ciudad, reino o de cualquier otra colectividad, está formada por vínculos de derecho natural con el fin de vivir políticamente. Comprende, pues, todo lo que es imprescindible para la promoción del bien común. Ahora bien, la venta de la jurisdicción es contraria al bien y a la prosperidad de toda la ciudad o de todo el reino. Luego tal enajenación va contra el derecho natural” [Las Casas (1969). Ob. cit., 66].

45 Cfr. León Guerrero, M. M. y Aparicio Gervás, J. M. (2018). La Controversia de Valladolid (1550-1551) y el concepto de igualdad del “otro”. *Boletín Americanista*, n° 76.

## 4. Conclusión

Existe una relación necesaria en la trayectoria práctica y teórica de Bartolomé de las Casas, en la que no puede entenderse la segunda sin la experiencia de la primera. Tomando en consideración esto, el artículo bien puede distinguir sus dos apartados de la siguiente manera: mientras en la primera parte se procuró mostrar una suerte de proyecto de “máximos”, en el que no solo se pretendía acabar con las condiciones inhumanas en las que la Conquista había sumido a los pueblos naturales de América, sino que se asegurarían los mecanismos para garantizar su existencia plena; en la segunda sección, en cambio, se revisaron los principios sobre los cuales se fundamenta un pensamiento de “mínimos”, preocupado, ya no por la plenitud de una ideal comunidad política, sino en defender la igualdad y libertad de esos pueblos, en vistas a respetar y reconocer su dignidad natural<sup>46</sup>. Ciertamente, de haber alcanzado la primera, la segunda se hubiera alcanzado de manera necesaria, pues la presupone.

Cada uno de estos proyectos culminarían en una sucesión de fracasos, los que han sido revisado por Juan Friede, quien, junto con destacar la infatigable labor de Bartolomé de las Casas, ha puesto el acento en los dobleces políticos que sufriera el dominico en su vida. Fracasos, primero, a nivel jurídico, pues tras cada logro legal, sobrevénía la derogación posterior de la ley. De las derrotas sufridas por Las Casas, expuestas por Friede, destacamos la última: “La derrota más significativa y podríamos decir final del movimiento lascasiano fue el decreto emitido el 13 de mayo de 1556 mediante el cual se revocó la antigua ley de 1549 que prohibía nuevas conquistas”. Y agrega inmediatamente algo que nos parece igualmente significativo: “Esta ley, aunque nunca cumplida a cabalidad, había sido el logro sobresaliente del movimiento lascasiano”<sup>47</sup>. Ese *nunca cumplida a cabalidad* nos arroja a la imposibilidad de concreción de cada una de las normas defendidas en la metrópoli y al espejismo de alcanzar adelantos o breves triunfos. El “se acata, pero no se cumple”, que funcionaría decisivamente en la Colonia, ya era práctica común en la Conquista y nos ha llegado como un recuerdo entre

46 Dado que nos hemos movido entre la utopía y el derecho natural, nos parece necesario hacer una referencia a Ernst Bloch quien, en su libro *Derecho natural y dignidad humana* (2011), realiza una poderosa distinción, la que también podría servir para distinguir las dos secciones que componen este artículo. Este filósofo señala que mientras “la utopía social estaba dirigida a la felicidad humana; el derecho natural, en cambio, a la dignidad humana. La utopía social diseñaba de antemano situaciones en las que dejan de existir los *agobiados y oprimidos*, mientras que el derecho natural construye situaciones en las que dejan de existir los *humillados y ofendidos*” [Bloch, E. (2011). *Derecho natural y dignidad humana*. Dykinson, 48-49].

47 Freide. Ob. cit., 200.

irónico y bochornoso de la falta de aplicación de normas que protegieran a los naturales de América y revela la suerte de anomía generalizada en la primera mitad del siglo XVI.

Y entonces, ¿cuál es el valor que puede llegar a tener, no solo la figura de Bartolomé de las Casas, sino y aún más, su gesto transido de fracaso y, con ello, el gesto de la utopía y del derecho natural? Negativamente sostenemos que no es por la imposibilidad de poder plasmar su pensamiento en la realidad política y social que le tocara vivir ni, a nuestro juicio, por la ingente obra que nos dejó (a la cual se le deba el rescate de textos claves de nuestra cultura, como por ejemplo el mencionado sermón de Montesinos o el diario de viaje de Cristóbal Colón), como tampoco por el valor ensimismado de su pensamiento.

La importancia que tiene hasta hoy la obra y el pensamiento de Bartolomé de las Casas es la instauración de lo que acá se ha llamado “hiato”, es por el quiebre con un modelo. Este quiebre produce una fisura, y esta deja restos, excesos si se quiere o, siguiendo a Bloch, excedentes utópicos. Sostiene este autor que, si no existieran tales excedentes, el derecho natural no pasaría de ser una “ideología”<sup>48</sup>. Por ello, es significativo que un naciente imperio, que abogaba por perpetuar un modelo social y económico heredado del medievo, no adoptara ni asumiera los principios jurídicos eminentemente modernos de Las Casas. De haberlos adoptados, estos se habrían convertido en “técnica económica” y habrían servido para justificar la dominación. Es por esto que el hiato que produce un pensamiento que aboga por los principios que garanticen la dignidad de los seres humanos y que es propio de esa época, produce una grieta que llega hasta la nuestra, en la que se rescata teóricamente a Las Casas como protodefensor de los derechos humanos, pero que, aunque reconocidos a esta altura de los tiempos, en más de un caso –quizás, justamente, por su carácter abstracto y carente de materialidad–, no logran ser aplicados a la realidad.

## Referencias bibliográficas

- Abril Castelló, V. (2000). Estudio Preliminar. Bartolomé de las Casas y la Escuela de Salamanca en la historia de los Derechos Humanos: la Apología. Las Casas, B. de. *Apología o declaración y defensa universal de los derechos del hombre y de los pueblos*. Junta de Castilla y León, Consejería de Educación y Cultura.
- Arias Krause, J. I. (2019). Modernidad y conquista. El despertar de los derechos fundamentales y del derecho internacional en Francisco de Vitoria. *Las Torres de Lucca: revista internacional de filosofía política*, vol. 8, n° 15.

48 Cfr. Serra, F. (1998). *Historia, política y derecho en Ernst Bloch*. Trotta, 143-146.

- Beuchot, M. (1994). *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*. Anthropos.
- Bloch, E. (2011). *Derecho natural y dignidad humana*. Dykinson.
- Caballero González, U. (2012). *Análisis histórico jurídico de las Leyes de Burgos de 1512*. [Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México]. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/319910>
- Cantú, F. (2002). América y utopía en el siglo XVI. *Cuadernos de Historia Moderna*, n° 1.
- Cárdenas Bunsen, J. A. (2011). *Escritura y derecho canónico en la obra de Bartolomé de las Casas*. Iberoamericana/Vervuert.
- Cunill, C. (2012). Fray Bartolomé de las Casas y el oficio de defensor de indios en América y en la Corte español. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. <http://journals.openedition.org/nuevomundo/63939>
- Dumont, J. (2009). *El amanecer de los derechos del hombre. La Controversia de Valladolid*. Encuentro.
- Durán Luzio, J. (1992). *Bartolomé de las Casas ante la conquista de América. Las voces de un historiador*. EUNA.
- Dussel, E. (1994). *1492, el encubrimiento del otro*. Plural Editores. UMSA. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.
- Frank, M. y Fritzie, M. (1981). *El pensamiento utópico en el mundo occidental. Antecedentes y nacimiento de la utopía hasta el siglo XVI*. (Tomo I). Taurus.
- Friede, J. (1974). *Bartolomé de las Casas: precursor del anticolonialismo. Su lucha y su derrota*. Siglo XXI.
- Galmés, L. (1982). *Bartolomé de las Casas: defensor de los derechos humanos*. BAC.
- Giménez Fernández, M. (1953/1984). *Delegado de Cisneros para la reformación de las Indias (1516-1517). Volumen 1*. CSIC - Escuela de Estudios Hispano-Americanos.
- Hanke, L. (1949). *Bartolomé de las Casas. Pensador político, Historiador, Antropólogo*. Sociedad Económica de los Amigos del País.
- Hanke, L. (1974). *El prejuicio racial del Nuevo Mundo. Aristóteles y los indios de Hispanoamérica*. Sep/Setentas.
- Hanke, L. (1985). *La humanidad es una*. Fondo de Cultura Económica.
- Hanke, L. (1988). *La lucha por la justicia en la conquista de América*. Istmo.
- Hanke, L. y Giménez Fernández, M. (1954). *Bartolomé de las Casas 1474-1566. Bibliográfica crítica y cuerpo de materiales para el estudio de su vida, escritos, actuación y polémicas que suscitaron durante cuatro siglos*. Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina.
- Hernández Arias, R. (2012). Utopía literaria y utopía empírica. Tomás Moro y Bartolomé de las Casas. Similitudes y diferencias. *Hesperia: Anuario de filología hispánica*, n° 15, 1.
- Jáuregui, C. y Solodkow, D. (2020). La utopía biopolítica: Bartolomé de las Casas y la gestión de la vida indígena en el Memorial de remedios para las Indias (1516). *A Contracorriente: Una Revista de Estudios Latinoamericanos*, 18(1), 26-56. <https://acontracorriente.chass.ncsu.edu/index.php/acontracorriente/article/view/2033>

- Kohut, K. (1992). El humanismo español y América en el siglo XVI. *Actas del X Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas*, vol. 1. [https://cvc.cervantes.es/literatura/aih/pdf/10/aih\\_10\\_1\\_054.pdf](https://cvc.cervantes.es/literatura/aih/pdf/10/aih_10_1_054.pdf)
- Las Casas, Bartolomé de (1958). *Obras escogidas*. (Tomo V). Atlas.
- Las Casas, Bartolomé de (1967). *Apologética historia sumaria*. (Tomo I). Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Históricas.
- Las Casas, Bartolomé de (1969). *De Regia Potestate o Derecho de Autodeterminación*. CSIC.
- Las Casas, Bartolomé de (1985). *Obra indigenista*. Alianza.
- Las Casas, Bartolomé de (2017a). *Historia de las Indias I*. Fondo de Cultura Económica.
- Las Casas, Bartolomé de (2017b). *Historia de las Indias II*. Fondo de Cultura Económica.
- Las Casas, Bartolomé de (2017c). *Historia de las Indias III*. Fondo de Cultura Económica.
- Las Casas, Bartolomé de (2018) *Tratados I*. Fondo de Cultura Económica.
- Las Casas, Bartolomé de (2017d). *Tratados II*. Fondo de Cultura Económica.
- León Guerrero, M. M. y Aparicio Gervás, J. M. (2018). La Controversia de Valladolid (1550-1551) y el concepto de igualdad del “otro”. *Boletín americanista*, nº 76.
- Monje Santillana, J. C. (2009). Las Leyes de Burgos de 1512, precedente del derecho internacional y del reconocimiento de los derechos humanos. *Trabajos académicos de la Universidad de Burgos*.
- Mora Rodríguez, L. A. (2020) Bartolomé de Las Casas y el pensamiento decolonial: debates y precisiones. *Revista Estudios*, 41. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/estudios/article/view/44849/44670>
- Mora-Rodríguez, L. A. (2011). Utopía y *ratio gubernatoria* en la Conquista de América. *Revista de Filosofía* 50, 127-128.
- Pino Montoya, J. W. (2019). Aportes de Bartolomé de las Casas a la teoría actual de los derechos humanos. *Hallazgos*, 17(33). <https://doi.org/10.15332/2422409x.5240>
- Queraltó Moreno, R. J. (1976). *El pensamiento filosófico-político de Bartolomé de las Casas*. Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla-CSIC.
- Sánchez-Arcilla Bernal, J. (2021). Las Leyes de Burgos de 1512: una falacia de los derechos humanos. *Revisión historiográfica. Cuadernos de Historia del Derecho*, 28, 41-90.
- Sánchez Domingo, R. (2012). Las Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista. *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 28.
- Serra, F. (1998). *Historia, política y derecho en Ernst Bloch*. Trotta.
- Teglia, V. (2016). “Un jardín para los indios, en Bartolomé de Las Casas”. *Revista Diálogo Andino*, nº 49.
- Todorov, T. (2019). *La conquista de América. El problema del otro*. Siglo XXI.
- Truyol y Serra, A. (1988). *Historia de la filosofía del derecho y del Estado 2. Del Renacimiento a Kant*. Alianza Universidad Textos.

## **PARTE III**

### **NOTAS Y COMENTARIOS**



# COMENTARIO AL FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “DENEGRI, NATALIA RUTH C/ GOOGLE INC. S/ DERECHOS PERSONALÍSIMOS: ACCIONES RELACIONADAS (EXPEDIENTE N° 50.016/2016)”<sup>1</sup>

**María Bibiana Nieto**

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

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

ORCID: 0000-0001-7167-4545

Recibido: 6 de febrero de 2023

Aprobado: 22 de febrero de 2023

## **Para citar este artículo:**

Nieto, M. B. (2023). “Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ‘Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas (expediente n° 50.016/2016)’”.

*Prudentia Iuris*, N. 95, pp.203-215

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.95.2023.pp.203-215>

**Resumen:** El artículo de opinión aborda el fallo de la Corte Suprema de Justicia en el Caso “Denegri”. La autora sostiene que no es correcto considerar toda la información referente a la actora disponible en la web como de “interés público”. Además, sostiene que tampoco es acertada la afirmación de que Denegri dio su “consentimiento” para la exposición de su honor e intimidad en el pasado, alegado por el Alto Tribunal para rechazar la demanda. En el ordenamiento jurídico argentino la disposición de los

<sup>1</sup> Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoB-yIdLinksJSP.html?idDocumento=7765751>.

derechos personalísimos no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable. No puede haber habido consentimiento a la indexación de los contenidos cuestionados en el buscador Google en el momento en que sucedieron los hechos –años 1996–, ya que Google Inc. se fundó en 1998.

**Palabras clave:** Denegri, Google, Derecho al olvido, Libertad de expresión, Honor.

**Commentary on the ruling of the National Supreme Court of Justice, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ personal rights: related actions (File No. 50.016/2016)”**

**Abstract:** The opinion article addresses the ruling of the Supreme Court of Justice in the “Denegri” Case. The author maintains that it is not correct to consider all the information regarding the plaintiff available on the web as being of “public interest”. In addition, she maintains that the statement that Denegri gave her “consent” for the exposure of her honor and privacy in the past, alleged by the High Court to reject the claim, is not correct either. In the Argentine legal system, the provision of very personal rights is not presumed, it is of restrictive interpretation, and freely revocable. There cannot have been consent to the indexing of the questioned content in the Google search engine at the time the events occurred –years 1996–, since Google Inc. was founded in 1998.

**Keywords:** *Denegri, Google, Right to be forgotten, Freedom of expression, Honor.*

**Comento alla sentenza della Corte Suprema Nazionale di Giustizia, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ diritti personali: azioni correlate (File n. 50.016/2016)”**

**Sommario:** L’articolo di parere affronta la sentenza della Suprema Corte di Giustizia nel caso “Denegri”. L’autore sostiene che non è corretto considerare di “pubblico interesse” tutte le informazioni relative all’attore disponibili in rete. Inoltre, sostiene che non è corretta nemmeno l’affermazione secondo cui Denegri le avrebbe dato il “consenso” per l’esposizione del suo onore e della sua privacy in passato, addotta dall’Alta Corte per respingere la domanda. Nell’ordinamento giuridico argentino la previsione di diritti personalissimi non è presunta, è di interpretazione restrittiva e liberamente revocabile. Non può esserci stato consenso all’indicizzazione del contenuto contestato nel motore di ricerca Google al momento in cui si sono verificati i fatti –anni 1996–, dal momento che Google Inc. è stata fondata nel 1998.

**Parole chiave:** Denegri, Google, Derecho al olvido, Libertà di espressione, Onore.

## I. Hechos del caso

Natalia Denegri demandó a Google Inc. y solicitó la aplicación del “derecho al olvido” respecto de información personal ocurrida hacía más de veinte años, por considerarla perjudicial, irrelevante, innecesaria y obsoleta, sin ningún tipo de importancia informativa y periodística. Afirmó que le ocasionaba serios perjuicios, ya que se refería a hechos periodísticos ocurridos en el pasado vinculados a una causa penal de trascendencia que carecía actualmente de interés público. Reconoció que en el año 1996 fue protagonista de un hecho que tuvo connotación pública por estar vinculado al conocido “caso Cópola”. Sostuvo que fue víctima de los hechos que se relatan en los sitios en cuestión ya que, se comprobó más tarde, existió un oscuro plan urdido por un juez federal que pretendió involucrar a personajes de la farándula con el tráfico de drogas. Como parte de este proyecto se allanó de manera ilegal el departamento del exfutbolista Alberto Tarantini, una noche en la que Natalia Denegri se encontraba allí; se “plantaron” drogas y se “armó” una escena del delito. Indicó que, en la actualidad, al ingresar su nombre, la información continúa apareciendo en los resultados de búsqueda. Y si bien es información real, son hechos de un pasado que la avergüenzan y desea olvidar. Describió y adjuntó impresiones de pantalla del resultado de la búsqueda que se observa en el sitio de la demandada al introducir las palabras “Natalia Denegri caso Cópola”, detallando las URL que pretende que sean desvinculadas del buscador. Fundó en derecho su reclamo y ofreció prueba. La demandada adujo que Google como motor de búsqueda no ejerce control alguno sobre los contenidos cuestionados por la actora, que han sido subidos a la web por terceros. Describió el mecanismo operativo de los buscadores de internet y del servicio denominado “YouTube” e invocó la protección constitucional de dicho servicio vinculado al derecho a la información. Señaló que, en el caso, Google Inc. no ocasionó ningún daño a los derechos personalísimos de Natalia Denegri, quien debería dirigir sus reclamos a los sujetos responsables del contenido subido a internet. Controvirtió y argumentó sobre la supuesta irrelevancia de la cuestión postulada por la actora. Denegri se vio involucrada en sucesos de innegable interés público que la ciudadanía tiene derecho a conocer y tener disponible. Objetó la aplicabilidad al caso del “derecho al olvido” invocado por la peticionaria. Ofreció prueba y fundó en derecho sus defensas.

En primera instancia, el juez Dr. Hernán Horacio Pagés admitió parcialmente la pretensión de la parte actora<sup>2</sup> y dispuso que Google Inc.

2 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 78, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, 20 de febrero de 2020.

procediera, dentro del plazo de diez días hábiles judiciales de consentida o ejecutoriada la decisión, a suprimir toda vinculación de sus buscadores, tanto del denominado “Google” como del perteneciente a “YouTube”, entre las palabras “Natalia Denegri”, “Natalia Ruth Denegri” o “Natalia Denegri caso Cóppola” y cualquier eventual imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, que exhiban eventuales escenas protagonizadas por la peticionaria cuyo contenido pueda mostrar agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile, así como también eventuales videos de posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada. Y postergó para la etapa de ejecución de la condena la individualización de las URL.

La sentencia, apelada por ambas partes, fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, Sala H, con voto del Dr. Claudio M. Kiper al que adhirieron los demás miembros del Tribunal, Dres. José Benito Fajre y Liliana E. Abreut de Begher<sup>3</sup>. Contra este pronunciamiento Google Inc. dedujo recurso extraordinario federal que fue concedido por cuestión federal y denegado por arbitrariedad, lo que dio lugar a la interposición de la queja correspondiente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) –integrada por los Dres. Horacio D. Rosatti, Ricardo L. Lorenzetti, Juan C. Maqueda y Carlo F. Rosenkrantz– hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y rechazó la demanda<sup>4</sup>.

## II. Argumentos del fallo de la CSJN

El Alto Tribunal sostiene que “la cuestión en debate se centra en determinar si una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público tiene –según invoca– un ‘derecho al olvido’ por el cual pueda solicitar que se desvincule su nombre de determinados contenidos que la involucran, alegando que por el paso del tiempo han perdido dicho interés y que, a su criterio, resultan inapropiados a la autopercepción de su identidad actual y, en consecuencia, lesionan sus derechos al honor y/o a la intimidad; o si, por el contrario, la medida de desindexación de información ordenada –tendiente a hacer cesar la continuación del daño que alega– restringe indebidamente el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva” (Cons. 6º).

3 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala H, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, agosto de 2020.

4 CSJN, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, 28 de junio de 2022.

## II.1. Derecho a la libertad de expresión

La Corte considera, ante todo, la protección constitucional de la libertad de expresión y su lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales, entre otras razones, por su importancia para el funcionamiento de una república democrática y para el ejercicio del autogobierno colectivo establecido por ella. Recuerda las dimensiones de la libertad de expresión: la individual –emitir y expresar el pensamiento– y la social –derecho a la información de los miembros de un Estado democrático– (Cons. 7º). Señala que esta libertad también comprende el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones a través de internet conforme prescribe el artículo 1º de la Ley Nº 26.032, norma reglamentaria del artículo 14 de la Constitución Nacional y del artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto prescribe que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección” (Cons. 8º). Se refiere a los precedentes “Rodríguez, María Belén” (*Fallos*: 337:1174), “Gimbutas, Carolina Valeria” (*Fallos*: 340:1236) y “Paquez, José” (*Fallos*: 342:2187), donde se puso de relieve la importancia de internet, por su alcance global, para la libertad de expresión en sus dimensiones individual y colectiva: “Así, a través de internet se puede concretar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar –o a no hacerlo– sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, dicha red constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública [...]” (Cons. 9º).

También en ellos se destacó el rol esencial que los motores de búsqueda desempeñan en internet, al potenciar el ejercicio de la libertad de expresión, en su dimensión social. “Prestan un servicio que permite a cualquier usuario conectado a internet, tras ingresar una o varias palabras en el buscador, recibir como respuesta una lista ordenada de sitios de la red que están vinculados, según criterios predeterminados de indexación de contenidos, con la preferencia del usuario, fijada según las palabras con las que este orientó su búsqueda” (Cons. 10).

Precisa que, en nuestro sistema constitucional, cuando existen conflictos de derechos en que está implicada la libertad de expresión se aplican los siguientes principios: toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva, y toda censura previa se presume inconstitucional. Por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción. Rememora precedentes suyos en los que se da una protección intensa a la libertad de expresión, par-

ticularmente en materia de interés público, como las doctrinas “Campillay” (*Fallos*: 308:789) y de la “real malicia” (*Fallos*: 310:508). Respecto de la censura reitera la presunción de inconstitucionalidad, que implica que deben interpretarse restrictivamente los supuestos en los cuales podría corresponder hacer la excepción y que la medida que adopte debe ser la estrictamente indispensable para satisfacer la finalidad. Ilustra la afirmación citando el Fallo “S.V. c/ Maradona, D. A. s/ medidas precautorias” del 3 de abril de 2001 (*Fallos*: 324:975) (Cons. 11).

Aplica los principios antes reseñados a la función que desempeñan los motores de búsqueda, e infiere que una eventual decisión judicial de desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado implicaría una limitación que interrumpiría o dificultaría el proceso comunicacional, por lo que constituiría una medida extrema que importaría una grave restricción a la circulación de información de interés público y sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Sostiene que el remedio de suprimir una de las vías de acceso, al inhabilitar un nombre propio como uno de los canales para acceder a cierta información o contenido, en determinadas circunstancias, aunque aparentemente es más leve que eliminar contenidos de la web, podría extenderse a todos los participantes involucrados en el tema. Reconoce que en materia de solicitudes de bloqueo se podría aceptar –con carácter absolutamente excepcional– un supuesto de tutela preventiva, si se acreditara la ilicitud de los contenidos y el daño sufrido, en un contexto –el de los motores de búsqueda– en el que dicho daño, una vez producido, continúa generándose (Cons. 12).

La Corte examina, seguidamente, si la desvinculación ordenada por el tribunal de alzada constituye una restricción indebida a la libertad de expresión, por afectar el acceso a un discurso constitucionalmente protegido.

Afirma que la información cuestionada por la actora se relaciona con la amplia cobertura mediática que tuvo el “caso Cóppola”, que involucró a personajes del deporte y de la vida pública argentina, y que concluyó con la destitución y condena penal de un juez federal y de funcionarios judiciales y policiales. Asimismo, considera que “los contenidos respecto de los cuales se ha dictado la medida que ordena desvincular los sitios de los resultados de búsqueda con el nombre de la actora, corresponden tanto a estos últimos programas televisivos como a otras intervenciones derivadas de la fama adquirida a causa de aquellos”. Sostiene que, “en ese marco, Natalia Denegri cobró notoriedad por su vinculación con el ‘caso Cóppola’ y por su participación en los referidos programas de entrevistas que efectuaban la cobertura mediática de sus avances, notoriedad que mantiene hasta la actualidad”. Y agrega que continúa siendo una persona pública, empresaria de medios, conductora de programas de televisión y ganadora de numerosos premios internacionales por su labor profesional en Estados Unidos (Cons. 13).

Manifiesta que “concluir que por el mero paso del tiempo la noticia o información que formó parte de nuestro debate público pierde ese atributo, pone en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social que se nutre de los diferentes hechos de la cultura, aun cuando el pasado se nos refleje como inaceptable y ofensivo para los estándares de la actualidad”. Por las razones apuntadas, es necesario demostrar todos los presupuestos de la acción descriptos en los considerandos precedentes porque “si se permitiera restringir recuerdos del acervo público sin más, se abriría un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar”. En el contexto de una sociedad democrática, la información verdadera referida a una persona pública y a un suceso de relevante interés exige su permanencia y libre acceso por parte de los individuos que la integran, porque forma parte de una época determinada cuyo conocimiento no cabe retacear sin motivos suficientes que tornen aconsejable una solución con un alcance distinto (Cons. 14).

Reitera que Denegri es una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público, interés que se mantiene hasta la actualidad. De ahí, concluye que la información de la que la actora pretende desvincularse goza de la máxima tutela que nuestra Constitución Nacional proporciona a la libertad de expresión y, en consecuencia, la pretendida desvinculación –por lesionar, según la actora, sus derechos al honor y a la intimidad– debe analizarse bajo el marco constitucional que regula el debate público (Cons. 15).

## ***II.2. Derecho al honor***

El Alto Tribunal pasa a tratar el derecho al honor, derecho personalísimo que tiene todo individuo y que ampara a las personas frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecedora en la consideración ajena al ir en su descrédito. El reconocimiento y protección de este derecho está en el artículo 33 de la Ley Fundamental y en los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional desde su reforma en 1994. Este bien jurídico se protege frente a una agresión ilegítima –por difamatoria, injuriantes, inexacta, falsa– y ajena, susceptible de dañar de manera infundada la reputación, fama o autoestima de un individuo. No comprendería aquellos supuestos en que la lesión invocada es consecuencia de las acciones libres adoptadas por el propio individuo en el desarrollo de su personalidad (Cons. 16).

Ante las tensiones entre el derecho al honor y la protección de la libertad de expresión, esta última goza de una protección más intensa siempre que se trate de publicaciones referidas a funcionarios públicos, personas

públicas o temas de interés público por el prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones de interés público como garantía esencial del sistema republicano (Cons. 17).

Considera que “las circunstancias particulares del caso ponen de manifiesto que la información cuyo bloqueo se pretende refleja contenidos veraces referidos a una etapa de su vida pública en los que ha participado en forma activa adquiriendo, por ello, el carácter de figura pública dada la notoriedad de su intervención en los sucesos que conforman la señalada información que reviste indudable interés público”. Sostiene que no puede producir una lesión ilícita del derecho al honor la difusión de información veraz vinculada con un asunto de interés público y referida a una persona pública. Que la actora, y eventualmente su familia, se sientan agraviadas o mortificadas por la difusión de dicha información no es argumento suficiente porque la intromisión ilegítima en el derecho al honor exige, como se dijo, la falta de veracidad o exactitud de la información que se divulga, lo que no ocurre en el caso (Cons. 18).

Argumenta que la medida ordenada tampoco podría sustentarse en el hecho de que el contenido de las publicaciones señaladas expone discusiones y peleas entre sus protagonistas que, al decir del magistrado de grado –replicado en forma parcial por el tribunal de alzada–, no presentan “por la procacidad o chabacanería propiciada por el espacio televisivo del momento [...] interés periodístico alguno sino que su publicación sólo parece hallarse fundada en razones de morbosidad [...] y no hacen al interés general que pudo revestir el ‘caso Cóppola’, sino, más bien, a la parafernalia de contenidos excéntricos de nulo valor cultural o informativo, que cobraron notoriedad más por el culto al rating de ciertos programas, que por el interés social que podían despertar”.

Despojar de protección constitucional a dichos contenidos, basándose en gustos, sensibilidad o puntos de vista particulares del tribunal de justicia llamado a ponderarlas, introduce en el estándar de análisis una variable extremadamente maleable y subjetiva que abre la puerta a la arbitrariedad y, por ende, debilita la protección de la expresión. Además, el solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas tampoco podría sustraerlas, sin más, de esa protección constitucional (Cons. 19).

### ***II.3. Derecho a la intimidad***

Respecto del derecho a la intimidad, la Corte subraya que se trata también de un derecho que cuenta con una fuerte protección en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales que tienen jerarquía cons-

titucional (arts. 19 de la Ley Fundamental, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Y pondera que la información conformada por programas de audiencias masivas y entrevistas periodísticas emitidos en medios de acceso público como lo fueron –y lo son– los canales de televisión, no lesiona el derecho a la intimidad de Denegri porque ésta reveló aspectos de su vida personal de manera voluntaria. El Tribunal hace notar que no se alegó en la demanda ni se acreditó en debida forma que hubiera habido un vicio del consentimiento (Cons. 20).

Por las razones antes expuestas concluye que, en las circunstancias descriptas, no se advierte fundamento constitucional ni legal que sustente la pretensión de Denegri. Además, pondera que no han existido argumentos suficientes que demuestren que una persona que fue y es figura pública tenga el derecho a limitar el acceso a información veraz y de interés público que sobre ella circula en internet restringiéndola a los aspectos que ella misma considera relevantes o, por el contrario, inapropiados a la autopercepción de su identidad actual (Cons. 21).

### III. Valoración crítica del fallo de la CSJN

Si bien es cierto que la actora cobró notoriedad por su vinculación con el “caso Cóppola” y su participación en programas televisivos que abordaron el tema<sup>5</sup>, con posterioridad, Denegri continuó interviniendo en ellos por razones ajenas al caso que la llevó a los medios. En efecto, el presentador de televisión y periodista Mauro Viale la convirtió en personaje estable de su programa (Pasquini, G.; Mochkofsky, G., 1997, p. 236). Por ese motivo creo que sí debería deslindarse y recibir diferente trato la información de interés público del denominado “caso Cóppola”, de la que no lo es, surgida de su subsiguiente trabajo como panelista de programas de TV en busca de rating, cuyo contenido no puede calificarse sin más de “interés público” porque se haya desarrollado frente a cámaras de televisión.

Según el Tribunal, por el hecho de tratarse de información verdadera de una persona pública que participó voluntariamente en asuntos de interés público no existe lesión ilícita del derecho al honor de Denegri. Discrepo de estas afirmaciones porque no toda la información referida a la actora disponible en internet es de interés público. Conuerdo, en parte, con el fallo de

5 En este sentido, comentan Gabriel Pasquini y Graciela Mochkofsky en su libro sobre el caso Cóppola: “El rating de ‘Memoria’, el programa de Chiche Gelblung en Canal 9 que iba martes y viernes, saltó a 30 puntos, mientras ‘Mediodía con Mauro’ (Viale), en ATC, comenzaba a subir a fuerza de anticopopolismo”.

Cámara que afirma que sí está afectado el honor de la actora: “Se trataba de una persona joven, sin experiencia, que seguramente se vio confundida por su extraña ‘fama’ circunstancial, y que seguramente debe sentirse mortificada por apreciar esas imágenes poco decorosas, en especial luego de tanto tiempo y de haber formado una familia y desempeñarse profesionalmente. Aclaro que no veo afectado el derecho a la intimidad, pues la actora se expuso públicamente, sino su derecho al honor. Si bien expuso su honra, ya lo hizo por un tiempo más que suficiente”<sup>6</sup>.

La Corte argumenta que la pretensión de la actora que se fundó en que la información verdadera no la representa en la actualidad –agrego yo: en otras palabras, que afecta su derecho personalísimo a la identidad– no es atendible porque, mediando interés público (arts. 31 de la Ley N° 11.723 y 53 del Código Civil y Comercial de la Nación), no puede reputarse ilícita la reproducción del contenido de los registros de video en internet –tampoco que esa reproducción devino ilícita con posterioridad por el paso del tiempo– cuya desindexación del motor de búsqueda de la demandada ordenó la sentencia apelada (Cons. 22). Estas aseveraciones me parecen dogmáticas, sin justificación consistente y que, en definitiva, no aprecian debidamente las particularidades del caso. El honor es un concepto dinámico que evoluciona y cambia. Los valores que existen en una comunidad concreta, las circunstancias de tiempo y lugar y el contexto general en que se dan varían. Por esa razón, conductas que en determinado lugar o tiempo histórico resultan injuriosas, en otros no lo son (CSJN, “Morales Solá”, 1996, voto del Dr. Vázquez, Cons. 14). Por otra parte, las personas también pueden arrepentirse de ciertos hechos de su vida pasada y buscar, dentro de lo factible, su rectificación. En este sentido, “el derecho al olvido” como facultad que integra el derecho a la autodeterminación informativa protege la dignidad de la persona humana, y permite enmendar algunos aspectos desdorosos de la propia vida<sup>7</sup>. La Corte no ha tenido en cuenta este aspecto fundamental del bien jurídico protegido y afirma que como la actora participó voluntariamente en noticias de interés público, de manera inexorable debe sacrificar su honor. Ahí radica el problema, que observo en la argumentación del Alto Tribunal: sostener que se trata de información de interés público, pero sin fundamentación. Simplemente dice que, porque Natalia Denegri estuvo vinculada al “caso Cópola”, todas sus intervenciones posteriores revisten ese carácter.

6 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala H, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, agosto de 2020, voto Dr. Kiper, p. 15.

7 En nuestra legislación, está receptado de modo expreso en los ámbitos crediticio (Ley N° 25.326, art. 47) y penal (Ley N° 25.326, arts. 7°, inc. 4°, y 23).

Y de manera, a mi modo de ver, superficial, desacredita lo dicho al respecto por los jueces de primera y segunda instancia.

Para resolver de forma justa el asunto que nos ocupa, además de los artículos 31 de la Ley N° 11.723 y 53 del Código Civil y Comercial (CCC) citados por la CSJN, debe aplicarse el artículo 55 de este cuerpo normativo. Natalia Denegri dispuso de sus derechos al honor, a la imagen, a la intimidad voluntariamente, como se dijo, pero: ¿cuál es el alcance de ese consentimiento?, ¿puede pretenderse que no tiene límites? El artículo 55 del CCC aclara el panorama: “Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. Estimo que en esta norma está la clave para admitir su pretensión. La actora no solicita que se supriman los contenidos de los sitios web donde se alojan, sino que se desindexe el vínculo de su nombre con los contenidos cuestionados del buscador Google. Justamente la titular de estos derechos personalísimos está manifestando su voluntad en un sentido claro y concreto. No se puede livianamente argumentar que no es posible la desindexación porque hubo consentimiento. El consentimiento debería ser expreso, desde que “no se presume”. Y mal puede haber consentido a la indexación de los contenidos cuestionados en el buscador Google, algo desconocido en el momento en que sucedieron los hechos, ya que Google Inc. se fundó en 1998<sup>8</sup>.

Un Estado democrático y republicano necesita, sin lugar a duda, de una libertad de expresión robusta. Pero también requiere, para una convivencia pacífica, que este derecho se conjugue armónicamente con los demás derechos inherentes a la dignidad de la persona humana de contenido espiritual: honor, imagen, intimidad e identidad. No es razonable que se dé por supuesta la preeminencia de uno sobre otro, sin un análisis puntilloso sobre las particularidades del caso, a fin de lograr un equilibrio en el ejercicio de derechos de igual rango constitucional. No podemos desestimar que Google Inc. es una empresa con fines de lucro de dimensión mundial cuyas prácticas han sido y son cuestionadas<sup>9</sup>. Si bien este fallo facilita su negocio, no se aprecia de qué modo fortalece la libertad de expresión garantizada por

8 La Compañía Google fue fundada por Larry Page and Sergey Brin en 1998. Ver: <https://about.google/our-story/>.

9 El Departamento de Justicia de EE. UU., junto con los fiscales generales de California, Colorado, Connecticut, Nueva Jersey, Nueva York, Rhode Island, Tennessee y Virginia, presentó una demanda civil antimonopolio contra Google por monopolizar múltiples productos de tecnología de publicidad digital en violación de las Secciones 1 y 2 de la Ley Sherman (24/01/2023). Noticia disponible en: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies>.

la Constitución Nacional. Lo que sí provoca es la desprotección de la titular de derechos de igual jerarquía, Natalia Denegri. La CSJN está llamada a una alta y noble función y es la última instancia judicial en resguardo de la dignidad y derechos fundamentales de toda persona humana que habita nuestro país. Albergó la esperanza de que en los próximos casos que seguramente llegarán, honre su misión y aporte una doctrina equilibrada que ilumine el camino para la resolución de futuras controversias, como ha hecho tantas veces en fallos señeros. Agrego, por último, un aspecto positivo: “De Negri, Natalia” abrió una amplia discusión entre los juristas. Resta ahora que se tome conciencia de la necesidad del reconocimiento, bajo determinadas condiciones, del “derecho al olvido digital” como parte del derecho a la autodeterminación informativa en Argentina.

## Referencias

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala H, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, agosto de 2020.
- CSJN, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, 28 de junio de 2022.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 78, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, 20 de febrero de 2020.
- Pasquini, G., Mochkofsky, G. (1997). *Los Farsantes. Caso Cóppola, una crónica de fin del menemismo*. Sudamericana.



**PARTE IV**

**DOCUMENTOS Y CRÓNICAS**



En la sección “Documentos y crónicas” entre escritos de diversas fuentes también se difunden aquellos emanados de la Iglesia y que por su tema resultan oportunos en su publicación. Siendo la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad, que no solo es católica, sino también pontificia, creímos atinado difundir la “Nota de la Santa Sede en relación a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” del 25 de septiembre de 2016. La nota fue enviada por el Observador Permanente de la Santa Sede ante las Naciones Unidas, Mons. Bernardito Auza, al Secretario General de las Naciones Unidas.

La Santa Sede participó, como Estado observador, desde el inicio en los debates que condujeron a la adopción de la denominada “Agenda 2030” referida a los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Así, al cumplirse el primer aniversario de tal decisión, la Santa Sede quiso ofrecer un documento clarificador que ofrezca “ciertos principios al evaluar la Agenda 2030 y al interpretarla e implementarla a nivel nacional e internacional” (pto. 5). Ello resulta particularmente significativo porque la Agenda 2030 ha sido objeto de diversas controversias e interpretaciones. Por ello en un contexto de hiperinformación disponible al instante, es bueno conocer no solo el contenido de los Objetivos sino también las declaraciones interpretativas, observaciones y reservas que ha realizado la Santa Sede.

Sobre la Agenda en sí, durante su alocución del 25 de septiembre de 2015, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Papa dijo que era una importante señal de esperanza y remarcó que el derecho a la vida y el reconocimiento a la propia existencia humana son el fundamento común de los pilares del desarrollo integral. La Nota reproducida a continuación se divide en dos partes. La Parte I establece nueve grandes principios generales siguiendo la línea marcada por el

Papa Francisco. La Parte II analiza la Agenda 2030 a la luz de esos y otros principios.

Esperamos que la presente publicación contribuya a un entendimiento más claro de los alcances que como comunidad debemos observar de una herramienta que, como mencionó nuestro Papa en su alocución, debe ser implementada de manera verdadera, justa y efectiva.

ESTEFANÍA ROGORA  
Secretaria de redacción

# **NOTA DE LA SANTA SEDE EN EL PRIMER ANIVERSARIO DE LA ADOPCIÓN DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (AGENDA 2023)<sup>1</sup>**

**Por SE Arzobispo Bernardito Auza**  
Nuncio Apostólico y Observador Permanente de la Santa Sede  
ante las Naciones Unidas

**Anexo de la carta de fecha 25 de septiembre de 2016 dirigida al Secretario General por el Observador Permanente de la Santa Sede ante las Naciones Unidas.**

**“Transformando nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la adopción de la agenda para el desarrollo después de 2015, celebrada del 25 al 27 de septiembre de 2015 en Nueva York.**

## *Nota de la Santa Sede*

### **Introducción**

1. Con aspiraciones adecuadas y loables, la Asamblea General aprobó la Agenda 2030, un plan de acción internacional no vinculante, en forma de resolución<sup>2</sup>. Se divide en cinco partes: (a) el preámbulo; (b) la Declaración;

1 La nota en idioma español se encuentra publicada en el sitio: <https://www.caritas-jaen.es/main-files/uploads/sites/23/2020/03/Nota-de-la-Santa-Sede-en-el-primer-aniversario-de-la-adopción-de-los-Objetivos-de-Desarrollo-Sostenible.pdf>

2 La Resolución N° 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015, titulada “Transformando nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

(c) los Objetivos y Metas de Desarrollo Sostenible; (d) los medios de implementación y la Alianza Global; (e) el seguimiento y revisión.

2. En el cumplimiento de su misión moral y específicamente espiritual en la comunidad internacional y en el marco de su estatus particular en las Naciones Unidas, la Santa Sede participó activamente en las negociaciones a lo largo de casi dos años y medio, tanto en el Grupo de trabajo de la Asamblea General sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible y en las negociaciones intergubernamentales sobre la agenda de desarrollo pos-2015.

3. El Papa Francisco, en su discurso ante la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, describió la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en la cumbre como “un importante signo de esperanza”. Una esperanza que se realizará si la Agenda se implementa de manera verdadera, justa y efectiva.

4. Sin embargo, el Papa Francisco ha advertido a la comunidad internacional sobre el peligro de caer en “un nominalismo declaracionista”, lo que significa la práctica de “apaciguar las conciencias” con declaraciones solemnes y agradables, en lugar de hacer “verdaderamente efectiva la lucha contra todos los flagelos”. La Santa Sede, por ejemplo, expresa su esperanza de que el indicador actual de pobreza extrema, aproximadamente un dólar al día, pueda ir acompañado o sustituido por indicadores más ambiciosos y más amplios. El Santo Padre también ha alertado a la comunidad internacional sobre el peligro de pensar que “una sola solución teórica y apriorística proporcionará una respuesta a todos los desafíos”.

5. Escuchando las palabras del Papa Francisco, la Santa Sede desea considerar ciertos principios al evaluar la Agenda 2030 y al interpretarla e implementarla a nivel nacional e internacional. Con este fin, la presente nota se divide en dos partes. La Parte I establece los puntos clave que figuran en la dirección del Papa Francisco a las Naciones Unidas en relación con la Agenda 2030. La Parte II considera la Agenda 2030 a la luz de estos y otros principios.

## **Parte I: Principios generales**

**6. Comprensión del desarrollo humano integral.** Los pilares del desarrollo humano integral, a saber, el derecho a la vida y, más en general, el derecho a la existencia de la propia naturaleza humana, se ven amenazados cuando ya no reconocemos ningún ejemplo por encima de nosotros

mismos o no vemos nada más que a nosotros mismos. Esto solo puede remediarse mediante el reconocimiento de una ley moral que está escrita en la propia naturaleza humana, una que incluye el respeto absoluto por la vida en todas sus etapas y dimensiones y la diferencia natural entre el hombre y la mujer. Los derechos humanos se derivan de una comprensión correcta de la naturaleza humana, la persona humana, la dignidad humana inherente y la ley moral.

**7. Reconocer a los pobres como agentes dignos de su propio destino.** Para permitir que hombres y mujeres escapen de la pobreza extrema, deben ser agentes dignos de su propio destino, teniendo en cuenta que el desarrollo humano integral y el pleno ejercicio de la dignidad humana no pueden imponerse, sino que deben desarrollarse para cada individuo, para cada persona. La familia, en relación con los demás, y en una relación correcta con aquellas áreas en las que se desarrolla la vida social humana<sup>3</sup>.

**8. Proporcionar medios tanto espirituales como materiales.** Al mismo tiempo, se necesitan los medios espirituales y materiales mínimos para que una persona pueda vivir con dignidad y para crear y mantener una familia, que es la célula principal de cualquier desarrollo social. En términos prácticos, esto significa: libertad religiosa y educación, así como alojamiento, trabajo, tierra, alimentos, agua y atención médica.

**9. Respeto al principio de justicia.** La justicia<sup>4</sup> requiere medidas concretas y medidas inmediatas para preservar y mejorar el medio ambiente natural y poner fin al fenómeno de la exclusión social y económica, con sus consecuencias funestas<sup>5</sup>.

**10. El derecho a la educación a la luz del destino trascendente de la persona humana.** El derecho a una educación de calidad e integral debe incluir la educación religiosa. Esto presupone un enfoque holístico, que se garantiza ante todo respetando y reforzando el derecho primario de la familia a educar a sus hijos, así como el derecho de las iglesias y los grupos sociales a apoyar y ayudar a las familias en este empeño. De hecho, la edu-

3 Por ejemplo, familias, amigos, comunidades, pueblos y ciudades, escuelas, empresas y sindicatos, provincias y naciones.

4 Cabe destacar que el concepto perenne de justicia es la voluntad constante y perpetua de dar al otro lo que le corresponde.

5 Por ejemplo, la trata de personas, la comercialización de órganos y tejidos humanos, la explotación sexual de niños y niñas, el trabajo esclavo, incluida la prostitución, el tráfico de drogas y armas, el terrorismo y la delincuencia internacional organizada.

cación, que etimológicamente significa “sacar a la luz” o “dirigir”, tiene un papel fundamental en ayudar a las personas a descubrir sus talentos y su potencial para ponerlos al servicio de la humanidad: cada persona tiene algo que ofrecer a la sociedad y debe estar habilitado para proporcionar su contribución. Una educación auténtica debe centrarse en las relaciones porque el desarrollo es el fruto de las buenas relaciones.

**11. Respeto al Estado de Derecho.** De ello se deduce que si queremos un verdadero desarrollo humano integral para todos, debemos trabajar para evitar el conflicto entre las naciones y entre los pueblos garantizando el imperio de la ley sin oposición.

**12. Resolución pacífica de controversias.** Debemos recurrir a la resolución pacífica de controversias a través del diálogo, la negociación, la mediación y el arbitraje; la renovación y aceleración de los esfuerzos en el proceso de desarme; transparencia en la venta de armas y prohibiciones en este comercio a países en conflicto.

**13. Servicio a los demás y respeto al bien común.** Esto requiere una sabiduría que esté abierta a la realidad de la trascendencia y que reconozca que el significado completo de la vida individual y colectiva se encuentra en el servicio desinteresado a los demás y en el uso prudente y respetuoso de la creación para el bien común.

**14. Construyendo los cimientos de la fraternidad universal.** En el análisis final, el hogar común de todos los hombres y mujeres debe continuar siendo construido sobre los cimientos de una comprensión correcta de la fraternidad universal y el respeto por lo sagrado de la naturaleza creada, comenzando con cada vida humana.

## **Parte II: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**

15. La Agenda 2030 es una clara señal de que, a pesar de las diferencias en algunas áreas, la comunidad internacional se ha unido y ha afirmado su compromiso de erradicar la pobreza en todas sus formas y dimensiones y de garantizar que todos los niños, mujeres y hombres de todo el mundo tendrán las condiciones necesarias para vivir en verdadera libertad y dignidad. Teniendo en cuenta que la Santa Sede está de acuerdo con la mayoría de los Objetivos y Metas enumerados en la Agenda, en este punto, la Santa Sede, de conformidad con su naturaleza y misión particular, desea hacer aclaraciones y reservas sobre algunos de los conceptos utilizados en la

Agenda 2030. La Santa Sede desea resaltar el hecho de que los comentarios que se hacen en este documento toman en consideración las reservas que ingresaron en el expediente de los Objetivos 3.7 y 5.6.

**16. Interpretación.** La Agenda 2030 reconoce que debe interpretarse de conformidad con el derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos (Resolución N° 70/1 de la Asamblea General, párrs. 10, 18 y 19).

- a) Que la Agenda debe interpretarse de acuerdo con estas normas significa, y la Santa Sede enfatiza, una “interpretación adecuada” de acuerdo con los principios consolidados y reconocidos<sup>6</sup>.
- b) A este respecto, la Santa Sede sostiene que la Agenda 2030 debe interpretarse de buena fe de acuerdo con el significado ordinario de los términos en su contexto y a la luz del objeto y propósito de la Agenda 2030, que se establece en el Preámbulo y reafirmado en la Declaración.
- c) De ello se deduce que los objetivos, metas e indicadores eventuales no deben considerarse de forma aislada de la Agenda.
- d) La Santa Sede se guía por el concepto de bien común, tal como se define en la presente nota [véase el párrafo 19 (b)], además de los principios de solidaridad y subsidiariedad, que se reflejan explícitamente en la Agenda 2030, en una variedad de formas.
- e) Los principios de soberanía nacional, integridad territorial e independencia política de los Estados también se reconocen explícitamente junto con los “diferentes enfoques, visiones, modelos y herramientas disponibles para cada país” (ibíd., párr. 59; véase también preámbulo, párr. 5 y los párrafos 3, 5, 18, 21, 38, 47, 55, 56).

**17. Objeto de la Agenda.** Con la Agenda 2030, la comunidad internacional se compromete a “erradicar la pobreza en todas sus formas y dimensiones” (preámbulo, párr. 1), basada en la “centralidad de la persona humana como el sujeto principal responsable del desarrollo” y el compromiso relacionado de que “Nadie se quedará atrás” (preámbulo, párr. 2 y párrs. 4 y 48)<sup>7</sup>.

6 Declaración de posición de la Santa Sede sobre el documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la adopción de la agenda de desarrollo pos-2015, “Transformando nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (Nueva York, 1° de septiembre de 2015). Véase también la explicación de la posición y las reservas de la Santa Sede en el informe del Grupo de Trabajo Abierto sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (A / 68/970 / Add.1, pp. 22-23).

7 Ibíd.

- a) Es en esta perspectiva que se debe leer la Agenda 2030 completa, y esto incluye el respeto por el derecho a la vida de la persona, desde la concepción hasta la muerte natural<sup>8</sup>.
- b) Los polos de la vida humana han sido descritos por el Papa Francisco como “la fortaleza” y la “memoria” de la familia, al subrayar que “[a] las personas incapaces de cuidar a los niños y cuidar de los ancianos son personas sin futuro, porque carecen de la fuerza y la memoria necesarias para avanzar”<sup>9</sup>.

**18. Centralidad de la persona humana.** Que la persona humana es el sujeto principal responsable del desarrollo [preámbulo, párrs. 1, 2, 5 y 7 y párrs. 1, 2, 27, 50, 52, 74 (e)], significa que necesitamos una apreciación más profunda “de nuestro origen común, de nuestra pertenencia mutua y de un futuro para compartir con todos”<sup>10</sup>.

- a) Esto, a su vez, implica una creciente conciencia de nuestra naturaleza humana general, de la dimensión trascendente de la existencia humana, así como del respeto por el cuerpo humano en su feminidad o masculinidad<sup>11</sup>.
- b) Una correcta comprensión de la persona humana, como una unidad de cuerpo y alma, conduce a un reconocimiento de que la sexualidad es una dimensión importante de la identidad humana.
- c) La sexualidad debe ser vivida de acuerdo con la dignidad de cada persona, que no tiene derechos sexuales individuales, ya que una relación sexual requiere el pleno respeto de la dignidad y la libertad de cada persona que forma la pareja.

**19. El concepto de dignidad humana.** La Agenda 2030 usa el término “dignidad” de varias maneras (preámbulo, párr. 4 y párrs. 4, 8, 50).

- a) Reconoce la dignidad de todo ser humano al usar el término “dignidad humana”, que la Santa Sede entiende como dignidad humana inherente e inalienable, es decir, el valor trascendente de la persona humana, de la cual se derivan los derechos y deberes<sup>12</sup>.
- b) La Agenda también habla de personas que viven con dignidad, que

8 Ibid.

9 Papa Francisco, “Vigilia de oración por el Festival de las Familias: discurso del Santo Padre”, Filadelfia, 26 de septiembre de 2015.

10 Declaración de posición sobre la Agenda 2030.

11 Ibid.

12 Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo, párr. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preámbulo, párrs. 1 y 2; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preámbulo, párrs. 1 y 2.

la Santa Sede relaciona con el principio del bien común: una evaluación objetiva de un acceso relativamente completo y listo a la suma de las condiciones de la vida social dirigida al desarrollo integral y cumplimiento genuino<sup>13</sup>.

- c) Además, la Santa Sede sostiene que cada persona tiene una “dignidad adquirida” que se desarrolla cuando uno maximiza o perfecciona libremente sus posibilidades de acuerdo con la razón correcta, y para los creyentes, esa razón está iluminada por la fe<sup>14</sup>.

**20. Promoción de mujeres y hombres, niñas y niños.** Debemos reconocer que las mujeres tienen un papel especial que desempeñar en la familia y en la sociedad y en relación con el desarrollo humano integral *per se*.

- a) Esto se debe a su presencia única en la creación de la vida como madres físicas y espirituales, que tienen dones especiales, pero no exclusivos, que incluyen la defensa, la crianza y el cuidado de la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.
- b) De ello se deduce que las mujeres deben ser promovidas y contar con los medios para realizar su dignidad inherente como mujeres y protegerse de la violencia psicológica y física, a través de todas las formas de aborto, incluido el feticidio femenino y el infanticidio femenino, para que puedan contribuir con sus regalos en todos los contextos de la sociedad, incluidos los procesos informales de paz (como la familia y varias organizaciones) y los procesos formales de paz.
- c) La Santa Sede enfatiza que cualquier referencia a “género”, “igualdad de género” e “igualdad de género y empoderamiento de mujeres y niñas” se entiende de acuerdo con el uso común y generalmente aceptado de la palabra “género” basado en el criterio biológico. Identidad masculina y femenina, que a su vez se ve reforzada por las numerosas referencias en la Agenda 2030 a ambos sexos (párrs. 15, 20, 25). El Papa Francisco, siguiendo los pasos de sus predecesores, ha hablado con frecuencia sobre los peligros de la “ideología de género” que niega la relevancia del sexo biológico, masculino y femenino, al opinar que existe una gran cantidad de “géneros” basados en las percepciones subjetivas de cada uno<sup>15</sup>.

13 Ver Catecismo de la Iglesia Católica 1905-1912, 1924-1927 (1993); y Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo moderno, *Gaudium et Spes*, 7 de diciembre de 1965, n. 26.

14 Consejo Pontificio para la Familia, “La familia y los derechos humanos”, 1998, n° 13.

15 Ver, por ejemplo, el Papa Francisco, “Discurso a los obispos de la Conferencia Episcopal de Puerto Rico en visita de Ad Limina”, *Domus Sanctae Marthae*, 8 de junio de 2015; vea también la Carta encíclica *Laudato Si': On Care for Our Common Home*, 24 de mayo de 2015,

- d) Al usar el término “promoción”, en lugar de “empoderamiento”, la Santa Sede busca evitar una visión desordenada de la autoridad como poder en lugar de servicio<sup>16</sup>, y expresa la esperanza de que las mujeres y las niñas, en particular, cuestionen esta perspectiva errónea de la autoridad con miras a humanizar las situaciones en las que viven.
- e) En consecuencia, para evitar connotaciones ideológicas y políticas, la expresión “promoción de las mujeres” debe entenderse como respeto por la dignidad de las mujeres, fortaleciéndolas, educándolas, dándoles una voz cuando no la tienen y ayudándolas a desarrollar habilidades y a asumir responsabilidades.
- f) Sin embargo, la promoción de la mujer es difícil de lograr sin la “promoción de los hombres”, en el sentido de alentarlos y apoyarlos para que sean esposos y padres responsables y para que asuman sus responsabilidades en el avance del desarrollo integral de las mujeres y las niñas.

21. **Salud.** La Santa Sede apoya y promueve el acceso a atención médica básica y medicamentos asequibles, así como a un amplio contexto de atención médica que incluye agua potable, saneamiento, electricidad para hospitales y unidades de atención médica, y la capacitación de enfermeras y médicos. La Santa Sede lee que el Objetivo 2 incluye el derecho a la alimentación y el Objetivo 6 incluye el derecho al agua y el concepto de agua asequible.

- a) El término “vida sana” debe entenderse como la salud de la persona en su conjunto, incluidos los más vulnerables, los no nacidos, los enfermos y los discapacitados, durante todas las etapas del desarrollo de la vida de la persona. Tomando en consideración cada dimensión (física, psicológica, espiritual y emocional).
- b) Dado que el derecho a la salud es un corolario del derecho a la vida, nunca se puede utilizar como una forma de terminar con la vida de una persona, que es tal desde la concepción hasta la muerte natural. Lo mismo es cierto para los Objetivos 3.7 y 5.6. En resumen, la Meta 3.7 aboga por “el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, la información y la educación, y la integración de la salud reproductiva en las estra-

---

Nº 155; y “Discurso a la Organización de las Naciones Unidas”, Nueva York, 25 de septiembre de 2015.

<sup>16</sup> Véase el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.95.XIII.18), cap. V, párr. 27. Véase también la declaración de posición en la Agenda 2030.

- tegias y programas nacionales”, mientras que la Meta 5.6 exige el “acceso universal a la salud sexual y reproductiva y derechos reproductivos”.
- c) Con respecto a la “salud reproductiva” y expresiones relacionadas, que incluyen “salud sexual y reproductiva y derechos reproductivos” (Objetivo 5.6), los mismos términos “reproducción” y “reproductivos” son problemáticos, ya que ocultan la dimensión trascendente de la procreación humana. El término “procreación” se prefiere porque refleja la participación de la pareja, hombre y mujer, en la obra de creación de Dios.
- d) La Santa Sede no considera que los términos se apliquen a un concepto holístico de salud, ya que no comprenden, cada uno de ellos de manera particular, a la persona en la totalidad de su personalidad, mente y cuerpo, y tampoco logran fomentar el logro de la madurez personal en la sexualidad y en el área del amor mutuo y la toma de decisiones, por lo que pasan por alto las características de la relación conyugal entre un hombre casado y una mujer que están de acuerdo con las normas morales<sup>17</sup>. La Santa Sede rechaza la interpretación que considera el aborto o el acceso al aborto, la subrogación materna o el aborto selectivo por sexo, y la esterilización como dimensiones de estos términos.
- e) Con respecto al Objetivo 10 dedicado a reducir la desigualdad dentro y entre los países y la Meta 10.b sobre asistencia para el desarrollo, debe entenderse que los Estados y las organizaciones internacionales no pueden usar la coerción ni ejercer la presión sobre otros Estados y organizaciones con el fin de imponer políticas que socavan los fundamentos éticos y culturales de la sociedad a través de la asistencia económica internacional o los programas de desarrollo<sup>18</sup>.
- f) Del mismo modo, los gobiernos nacionales deben garantizar que la atención médica pública y privada respete la dignidad inherente de la persona humana y los protocolos éticos y médicos, basados en la razón correcta, así como la libertad de religión y el derecho a la objeción de conciencia de la atención médica. Trabajadores y proveedores.

17 Véase el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.95.XIII.18), cap. V, párr. 27. Véase también la declaración de posición en la Agenda 2030.

18 En *Laudato Si': On Care for Our Common Home*, N° 50, el Papa lamentó que “En lugar de resolver los problemas de los pobres y pensar en cómo el mundo puede ser diferente, algunos solo pueden proponer una reducción de la tasa de natalidad” y la presión internacional sobre los países en desarrollo, “que hacen que la asistencia económica esté supeditada a ciertas políticas de ‘salud reproductiva’”.

**22. Los derechos y deberes de la familia.** Que la persona humana, un ser social, está en el corazón de la Agenda 2030 significa, y la Santa Sede enfatiza, que la familia, la unidad natural y fundamental de la sociedad, basada en el matrimonio entre un hombre y una mujer, también está en juego. El centro de desarrollo, y de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado<sup>19</sup>. La Agenda 2030 también reconoce con razón la importancia de las “comunidades y familias unidas” (párr. 25).

- a) La comunión entre marido y mujer da vida al amor y la solidaridad de todos los miembros de la familia, de los que se deriva la solidaridad local, nacional, regional e internacional. Para los fines del derecho internacional, se debe hacer una distinción entre la familia como “unidad de la sociedad” y “hogar”, término utilizado en la Meta 5.4.
- b) El último término incluye una variedad de situaciones de vivienda (por ejemplo, hogares encabezados por niños, madres solteras con niños bajo su cuidado, parejas que cohabitan), cuyos miembros individuales y su bienestar son siempre una preocupación para el Estado. Por otra parte, dicha protección nunca debe menoscabar la protección especial que debe otorgarse a la familia, que es la unidad natural y fundamental de la sociedad como sujeto de derechos y deberes antes del Estado<sup>20</sup>.
- c) En este punto, la Santa Sede se basa en la “Carta de los Derechos de la Familia” (1983) en relación con lo que la protección para la familia podría implicar a través de su consideración de las cuestiones basadas en la razón correcta.
- d) En palabras del Papa Francisco, “no podemos llamar saludable a ninguna sociedad cuando no deja espacio real para la vida familiar. No podemos pensar que una sociedad tenga futuro cuando no apruebe leyes capaces de proteger a las familias y de garantizar sus necesidades básicas”<sup>21</sup>.

19 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1.

20 *Ibid.*

21 Ver “Vigilia de oración por el Festival de las Familias: discurso del Santo Padre”, 2015. Véase también la intervención del Secretario de Relaciones con los Estados en la cumbre de las Naciones Unidas para la adopción de la agenda de desarrollo pos-2015, Nueva York, 27 de septiembre de 2015: “La familia, la unidad natural y fundamental de la sociedad, es el principal agente del desarrollo sostenible, y por lo tanto el modelo de comunión y solidaridad entre naciones e instituciones internacionales. Una preocupación compartida por la familia y sus miembros es un contribuyente seguro a la reducción de la pobreza, mejores resultados para los niños, la igualdad entre niñas y niños, mujeres y hombres, así como un mejor equilibrio entre

**23. Los derechos y deberes de los padres.** El reconocimiento de la protección especial que debe otorgarse a la familia basada en el matrimonio entre un hombre y una mujer, reconocido en el derecho internacional, significa que la comunidad internacional favorece la transmisión de la vida con la relación íntima de los padres y el cuidado de sus hijos.

- a) La Convención sobre los Derechos del Niño respalda esta realidad cuando reconoce que la familia es “el entorno natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños” (Convención sobre los Derechos del Niño, preámbulo, párr. 5); y cuando reconoce que un niño tiene el “derecho a saber y ser cuidado por sus padres” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7º).
- b) La Santa Sede subraya que no puede respaldar métodos de planificación familiar que separen fundamentalmente las dimensiones esenciales de la sexualidad, es decir, los elementos unitivos y procreativos del acto conyugal entre un esposo y una esposa<sup>22</sup>.
- c) Además, las decisiones morales y responsables sobre el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos pertenecen a los padres, quienes deben estar libres de toda coerción y presión de las autoridades públicas, incluida cualquier información demográfica que pueda inducir temor y ansiedad sobre el futuro. La concientización sobre la fertilidad y la educación son fundamentales en la promoción de la paternidad responsable<sup>23</sup>.
- d) Los gobiernos de los países también deben estar libres de coerción y presión similares, especialmente por los “sistemas de préstamos opresivos”<sup>24</sup>. En este sentido, el Papa Francisco también ha subrayado los peligros de la “colonización ideológica”, es decir, cuando el costo de recibir el dinero es la imposición de una idea a la gente de que “cambia, o significa cambiar, una mentalidad o una estructura”<sup>25</sup>.
- e) Además, en primera instancia, los padres tienen la responsabilidad de proteger los derechos de los niños “antes y después del nacimien-

---

el trabajo, la familia y el descanso, y un fortalecimiento de los vínculos intra e intergeneracionales”.

22 Ver declaración de posición en la Agenda 2030; véase también Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, cap. V, párr. 27.

23 Ver Papa Francisco, “Reunión con representantes de la sociedad civil: discurso del Santo Padre”, viaje apostólico a Ecuador, Estado Plurinacional de Bolivia y Paraguay, julio de 2015.

24 Ver “Discurso a la Organización de las Naciones Unidas”, Nueva York, 25 de septiembre de 2015.

25 Ver Papa Francisco, conferencia de prensa en vuelo de Filipinas a Roma, 19 de enero de 2015; ver también “Reunión con las familias: dirección de Su Santidad el Papa Francisco”, Mall of Asia Arena, Manila, 16 de enero de 2015.

- to” y, junto con el Estado, deben garantizar el acceso “a la atención médica prenatal y posnatal” (Convención sobre los Derechos del Niño, preámbulo, párr. 9 y párr. 24).
- f) En consecuencia, la Santa Sede lee la Agenda 2030, con especial atención a la reducción de la “mortalidad de recién nacidos, niños y madres” prevenible, para incluir al niño por nacer.
  - g) Con respecto específicamente a los padres jóvenes, para que un hombre y una mujer de la edad apropiada puedan casarse entre sí, se deben desarrollar condiciones para ayudar a estas parejas con especial atención al trabajo, educación, descanso y problemas de equilibrio familiar.
  - h) Además, la Santa Sede ha enfatizado continuamente los derechos previos de los padres para educar a sus hijos de acuerdo con sus creencias religiosas y morales, incluidas las dimensiones del amor humano y asuntos relacionados con la naturaleza de la sexualidad, el matrimonio y la familia<sup>26</sup>.

24. La **libertad de religión**. Desde la perspectiva de la Santa Sede, la frase que termina con “la pobreza en todas sus formas” (Resolución N° 70/1 de la Asamblea General, preámbulo, párr. 1) incluye la pobreza material, social y espiritual. La Agenda 2030 reconoce el entendimiento intercultural y reconoce el derecho internacional de los derechos humanos, que incluye la libertad religiosa.

- a) La Santa Sede desea enfatizar que la dimensión religiosa no es una “subcultura sin derecho a voz en la plaza pública”; es una parte fundamental de cada pueblo y de cada nación y “por su naturaleza, trasciende los lugares de culto y la esfera privada de individuos y familias”<sup>27</sup>.
- b) La libertad religiosa “moldea la forma en que interactuamos social y personalmente con nuestros vecinos cuyas opiniones religiosas difieren de las nuestras”, y el diálogo interreligioso nos permite hablar unos con otros, en lugar de tomar las armas<sup>28</sup>.
- c) Teniendo en cuenta las atrocidades en curso contra los cristianos y otras minorías religiosas, la Santa Sede sostiene que las cuestiones relacionadas con la libertad religiosa en sí misma y la libertad de conciencia, así como el diálogo interreligioso e intrarreligioso, deben tener prioridad para el éxito final de la Agenda 2030.

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> Ver Papa Francisco, “Reunión por la libertad religiosa con la comunidad hispana y otros inmigrantes: dirección del Santo Padre”, Filadelfia, 26 de septiembre de 2015.

<sup>28</sup> *Ibíd.*

- d) De hecho, los objetivos separados en la Agenda 2030 relacionados con la paz y las sociedades inclusivas son de particular importancia para la crisis relacionada con el creciente número de migrantes, refugiados y personas desplazadas, que obviamente están trayendo consigo varias tradiciones religiosas.
- e) La fuerza, la determinación y la perseverancia de estas personas “nos recuerdan la dimensión trascendente de la existencia humana y nuestra libertad irreducible ante cualquier reclamo de poder absoluto”<sup>29</sup>.

**25. Desarrollo humano integral.** De acuerdo con la Agenda 2030, es un plan de desarrollo “integrado” basado en las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económico, social y ambiental, que, como se señaló anteriormente, coloca a la persona humana en el centro del plan (preámbulo).

- a) Esto significa que el éxito de la Agenda 2030 depende de ir más allá del lenguaje de la economía y las estadísticas, precisamente porque el énfasis real está en la persona humana y sus actividades<sup>30</sup>.
- b) Por lo tanto, las consideraciones de una dimensión moral, espiritual y religiosa no pueden ser ignoradas sin un serio perjuicio para la persona humana y su pleno desarrollo.
- c) De ello se desprende que el Objetivo 12 sobre la garantía de patrones de consumo y producción sostenibles debe entenderse no solo con respecto a los límites de los recursos naturales, sino también con respecto a los criterios que se relacionan con la promoción de la solidaridad y el autocontrol.
- d) Con respecto al término “desarrollo sostenible”, la Santa Sede entiende que el concepto se refiere al reconocimiento de “los límites de los recursos disponibles, y de la necesidad de respetar la integridad y los ciclos de la naturaleza [...] [así como] la naturaleza de cada ser y de su conexión mutua en un sistema ordenado, que es precisamente el cosmos”<sup>31</sup>.
- e) La Santa Sede prefiere usar la expresión “desarrollo humano integral”, que incluye el desarrollo sostenible.

<sup>29</sup> *Ibíd.*

<sup>30</sup> Ver declaración de posición en la Agenda 2030; véase también la intervención del Secretario de Relaciones con los Estados, Nueva York, 27 de septiembre de 2015.

<sup>31</sup> Papa Juan Pablo II, Carta encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, 30 de diciembre de 1987, núms. 26 y 34.



## **RECENSIONES**



**Vallespín Pérez, David, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*. Barcelona. Bosch (Wolters Kluwer), 2022**

El Prof. Dr. David Vallespín Pérez, Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona, fruto de su dilatada y reconocida trayectoria docente e investigadora (es autor de libros reconocidos en Europa y América como, por ejemplo: *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, *La revisión de la sentencia firme en el proceso civil*, *La conexión penal*, *La prejudicialidad penal en el proceso civil y concursal*, *El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico*, *El juicio verbal*, *Litigación Civil*, *La tutela cautelar de las víctimas de violencia de género*, *El régimen profesional de los trabajadores autónomos y sus especialidades*, *Manual de Derecho Procesal Civil*, *Asesoramiento y praxis judicial en el divorcio contencioso* y *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*; así como de más de 65 artículos científicos publicados en las más prestigiosas revistas especializadas, tanto a nivel nacional como internacional), ha ejecutado diferentes proyectos sobre el acceso a la justicia en la realidad actual. Finalmente, ha publicado esta obra monográfica sobre uno de los ámbitos más olvidados de la mediación (la mediación mercantil), desde la óptica de la eficiencia procesal y los garantías procesales básicas.

Este brillante estudio monográfico interdisciplinar (399 páginas) está compuesto por siete grandes capítulos. No nombra los capítulos, ni queda muy claro si lo que dice a continuación pertenece al primero. En el primero, tras un análisis de la “cohabitación” a lo largo de la historia de diferentes métodos de resolución de conflictos: autotutela, autocomposición, heterocomposición y proceso, el autor enfrenta el debate abierto, en orden a las fórmulas ADR y ODR, acerca de la conveniencia de optar por su voluntariedad (métodos alternativos y complementarios) u obligatoriedad (métodos sustitutivos del proceso).

En este contexto se examina, con detalle, la regulación de la mediación en la Ley N° 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, así como también en el Proyecto de nueva Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (PLEP), de abril de 2022 (Capítulo I). Concretamente, al hilo de la regulación en el PLEP se examinan los “medios adecuados”

de resolución de conflictos (entre ellos, la mediación), poniendo un especial énfasis en el siempre complejo equilibrio entre eficiencia procesal (visión economicista del proceso) y los principios de justicia y seguridad (visión jurídica del proceso que se hace descansar en el modelo constitucional de juicio justo y, más particularmente, en la toma en consideración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978).

A continuación, la obra sigue con un análisis pormenorizado de la mediación mercantil (Capítulo II): concepto, ámbito de aplicación, su papel en la resolución de los conflictos transfronterizos, sus plazos de prescripción y caducidad, las Instituciones de mediación, sus principios informadores, el estatuto del mediador, el procedimiento de la mediación y la ejecución de sus acuerdos; así como con la toma en consideración, en pleno siglo XXI, de la resolución de conflictos *on-line* (de los ODR a los i-ODR), la mediación electrónica y el hipotético papel que pueda llegar a corresponder en este terreno a la inteligencia artificial.

Tras este estudio, el autor centra su atención (Capítulo III) en la mediación de consumo (coexistencia de una mediación integrada en el Sistema Arbitral de Consumo y de otra, amparada tras la Ley N° 7/2017, por la Ley N° 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles; tratamiento de la mediación de consumo por la Ley N° 7/2017, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo; derecho de consumo y mediación electrónica; y algunas especialidades sectoriales como, por ejemplo, las contempladas en orden a los procedimientos extrajudiciales y alternativos en el sector financiero –mediación financiera o bancaria y mediación hipotecaria–, el derecho de seguros, el sector eléctrico, las telecomunicaciones, y la protección de los usuarios en el transporte aéreo).

El Capítulo IV, dedicado a la mediación en el ámbito del derecho de la competencia y la propiedad industrial; el Capítulo V, centrado en la mediación en los contratos de distribución comercial, con especial referencia al contrato de franquicia; y el Capítulo VI, en que se analiza la pluralidad propia de la mediación empresarial o societaria (estatutaria, parasocial, intragrupo, orgánica y protocolaria en el ámbito particular de la empresa familiar) suponen la toma en consideración de la mediación como método apto, a nivel sectorial, para la resolución de conflictos empresariales de diferente índole y condición.

La obra monográfica concluye, finalmente, con un examen pormenorizado tanto de la regulación caótica y laberíntica en el ordenamiento jurídico español del tradicional derecho de quiebras, como de la historia, parece que

todavía inacabada y plagada de sucesivas reformas, del derecho concursal (Capítulo VII).

De todo lo anterior se deduce que estamos ante un libro de referencia no solo para procesalistas, sino también para mercantilistas. Obra que, de otra parte, resulta especialmente recomendable, no solo por su indudable interés dogmático, sino también por su relevancia práctica. Este estudio bien puede decirse que viene a cubrir un vacío en el ámbito de la vertiente mercantil de la mediación. Una vez más, el Dr. Vallespín demuestra que es un gran conocedor de las normas jurídicas (tanto sustantivas como procesales) y, por encima de todo, que es plenamente consciente, en aplicación del más elemental sentido común, que más allá de su literalidad están orientadas a aplicarse, con respeto a los derechos fundamentales de la actividad procesal, en la práctica diaria que afecta al derecho de la empresa y a los derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios.

JORDI DELGADO CASTRO  
Universidad Austral de Chile, Isla Teja, Chile  
Contacto: jordi.delgado@uach.cl



**Ventura, Eduardo; Domínguez Benavides, Alejandro, *Derecho, Cultura Jurídica e Instituciones Argentinas, Siglos XVI a XIX. Los tres siglos monárquicos de nuestro pasado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Educa, 2021**

La obra es un estudio desde la historia del derecho, la cultura jurídica y las instituciones durante los siglos XVI a XIX indispensable para la comprensión del período. El estado actual de la ciencia nos permite observar que en 1810, lejos de constituir un punto de ruptura, el derecho castellano e indiano pervivieron incluso luego de la organización constitucional como lo hace notar Annick Lemperiere<sup>1</sup>.

La obra se estructura en una introducción y tres partes que tratan sucesivamente el encuentro entre ambos mundos: el derecho indiano y el derecho castellano. La parte introductoria explicita los lineamientos del estudio de la materia, la relación que debe tener con el método científico y los alcances del saber histórico. La historia adquirió categoría de ciencia mediante la escuela alemana de principios del siglo XIX, definiéndola como una rama científica del saber humano con método propio llevada exclusivamente por los integrantes de ese gremio.

La verdad histórica está limitada a la existencia de reliquias, por lo cual la labor debe estar sostenida en tres principios para que sea el resultado del método científico. Frente a la proliferación de textos sin el mínimo rigor, detallan los mismos: 1) el contenido del relato y narración histórica debe estar sostenido sobre pruebas que sean físicamente comprobables; 2) todo acontecimiento humano emerge de circunstancias previas homogéneas según un proceso de desarrollo interno, inmanente, endógeno y secular; 3) un principio denominado la flecha del tiempo que parte de un pasado histórico cerrado a un futuro abierto evitando la anacronía y la ucronía.

Concibiendo las sociedades humanas como sistemas dinámicos y complejos conformados por individuos operativos y grupos colectivos y compues-

1 Lemperiere, A. (2019). El liberalismo hispanoamericano en el espejo del derecho. *Rev. Hist. Derecho* [online]. n. 57 [citado 18/07/2020], 117-156.

tos por esferas de actividad distintas, se pueden tratar separadamente pero conectados y en algunos casos interdependientes entre sí. A efectos de explicar la cultura jurídica material distinguen ley y derecho, basándose en la concepción tomista de que el derecho es la cosa justa; establecen como fin de la comunidad política la adecuación de la norma a la recta razón y a la convención humana que, surgida de la racionalidad, prescribe a los actos como justos. Conceptos claves para entender el resto de libro.

La primera parte consta de dos capítulos en los que refiere al encuentro entre dos mundos describiendo la organización castellana, el lugar del derecho y los valores que estaban representados por el cristianismo y su influencia en la organización de Indias. El rol de la religión como ley fundamental del Reino y su implicancia en el derecho de la época son destacados. Contra lo que se sostiene con mucha liviandad remarcan los límites del Rey; la monarquía absoluta no era arbitraria, los límites de la potestad real estaban delimitados en la idea de justicia, las convenciones humanas y el propio derecho promulgado por este. Finalmente, remarcan la participación del estamento común en las Cortes de León como previas a otras de su época, su carácter de cogobernantes junto al Rey y la administración de justicia. Finalizan con la descripción del proceso de concentración de facultades y pérdida de autonomías de las autoridades a merced de la tradición centralista de los borbones.

El segundo capítulo trata la incorporación de las Indias a occidente mediante la evangelización, la educación universitaria y el derecho. Las relaciones entre la Iglesia y la Corona son tratadas a la luz de la doctrina de la época, tanto en el cumplimiento de la concesión pontificia como en el carácter de la personalidad jurídica del aborigen; como sostiene Mariano Fazio<sup>2</sup>, la disputa jurídica y antropológica tuvo consecuencias en la conformación de los estados nacionales de la región. Sobre el valor del proceso, se citan las polémicas que se suscitaron sobre finales del siglo XIX entre Vicente Fidel López, Bartolomé Mitre y Dalmacio Vélez Sarsfield.

Esta parte del libro es de una riqueza incomparable para el conocimiento de la historia y la evolución de la comunidad política. La incorporación de Indias a occidente obedeció a un proceso cultural en que intervinieron los valores del cristianismo introduciendo conceptos desconocidos para los pueblos aborígenes, como ser el de persona. Debidamente fundado en las fuentes, describen la labor de las órdenes franciscanas y jesuitas en ese proceso como las consecuencias producidas a partir de la expulsión de estos

2 Fazio, M. (2013). *Evangelización y Culturas en América Latina. Conquista, Evangelización y Liberación*. Logos.

últimos. Abordan también la organización eclesial en Indias, el Patronato, la obra de las Universidades y de implantación del derecho.

La segunda parte inicia con un capítulo referido al derecho indiano, al destacar su importancia por fundamentar todo el sistema normativo posterior, incluso vigente en el período independiente, completando su estudio el derecho castellano por la influencia de la práctica jurídica indiana sobre las instituciones castellanas durante los siglos XVII y XVIII. Conceptualizando el mismo y su división por etapas, destacan su profundo sentido igualitario y libertario. Su casuismo, particularismo y descentralización como fuentes para las tendencias al autogobierno, el valor a la costumbre como generadora del derecho sin dejar de considerar que ella debía ser interpretada a la luz de valores compartidos. No dejan de lado la discordancia existente entre la norma y la práctica. Mediante las citas de la normativa vigente en la época, las citas a las Partidas, a la Recopilación de 1680, al carácter del derecho castellano cumpliendo el postulado inicial: la historia, para ser científica, debe estar sustentada en los testimonios.

Abordando la creación del virreinato del Río de la Plata, consideran los antecedentes históricos en su primera erección en 1661 y cómo configura el actual territorio argentino, destacando la pertenencia de Cuyo a la jurisdicción chilena y la Real Ordenanza de Intendentes como germen de autogobierno de las futuras provincias argentinas, cuestión debatida en la historiografía.

En una sociedad concebida estamentariamente, efectúan una completa descripción de la administración de justicia aludiendo a los distintos fueros que, además de la justicia ordinaria, existían, por ejemplo, el universitario o el protomedicato. Llama la atención el tratamiento dado al cabildo, célula fundamental de la estatalidad del imperio español en India, a sus funciones y los cabildos abiertos como germen del proceso revolucionario. Asistimos al rescate de Ricardo Zorraquín Becú y otros autores clásicos, que habiendo sido confrontados más desde lo ideológico que desde lo jurídico con una importante dosis de anacronismo, nunca se expuso una tesis superadora a esos estudios.

Caracterizando la sociedad indiana, abordan la condición de vecino en su carácter político y social para indicar el carácter estamentario de la sociedad; sobre el carácter democrático de la sociedad describen una interesante polémica entrecruzando las opiniones de Mitre y Levene, por un lado, con las de Labougle. Interesante resulta la evolución del concepto de gaucho, que habrá que esperar al siglo XX y la obra de Güiraldes para darle su contenido actual. Sobre la condición del aborigen, menciona su situación de ser libre sujeto a tutela para el mejor ejercicio de sus derechos, la pervivencia de sus instituciones y en una clara síntesis marca el confronto entre los conceptos venidos de la concepción occidental del derecho y la recepción

por parte de los pueblos originarios favorecidos por su organización social en aquellos lugares en los que era similar y el proceso de sedentarización donde la mayoría de la población era nómada.

La tercera parte trata la legislación castellana y sus fuentes comenzando por una evolución del componente poblacional que habitó la península ibérica, detallando su heterogeneidad. Desde el inicio existe un elemento constante: el particularismo. Citando el texto de Sánchez Albornoz, destacan el temperamento aventurero de los diversos pueblos venidos de otros lares que dejaron su influencia consolidando grupos humanos distintos. De esos sistemas jurídicos se conoce poco, al no haber documentos que registraran normas que hayan ido más allá del derecho consuetudinario. Sistemas luego reemplazados y en algunos casos trasplantados al derecho romano.

Describiendo el proceso de romanización de la península ibérica explican su avance mediante la penetración cultural y el impacto de los campamentos romanos como facilitador, además, de la organización territorial mediante municipios copiados del modelo romano. La aplicación del derecho romano mediante concesión de la ciudadanía, proceso completado en el año 212 con Caracalla, adquiriendo el *ius civile* aplicación general, mutando de un componente étnico a una concepción política conforme las ventajas que reportaba su adquisición.

Tema central es la vulgarización del derecho romano durante el bajo imperio que permitirá a los pueblos la continua adaptación de éste a las necesidades locales. Los aportes del cristianismo en la búsqueda de soluciones utilitarias (la humanitas, la caritas) como la pervivencia de las costumbres germánicas son descritas como elementos vitales de este derecho. Afirman que la crisis del imperio afecta la libertad interpretativa del jurista sustituyéndola por la del dominus, traduciéndose en una adaptación del derecho a la voluntad de este conllevando la centralización de funciones para la organización social como otro aspecto relevante.

En orden temporal inverso describen la influencia de los visigodos, destacando que la herencia principal fue el derecho y la pervivencia del derecho romano luego de la edad media y la ocupación del islam de la península ibérica. Citando la Recopilación de Indias de 1680 informan su pervivencia en el orden supletorio de aplicación del derecho en Indias. Destacan la limitación de los poderes reales, la labor conciliar –refiriendo a los llevados a cabo en Toledo, con la incorporación de los asuntos eclesiásticos y canónicos en ello, dando cuenta de la interrelación entre ambos órdenes– y la organización jurídico política. El Breviario de Alarico, el Libro de los Jueces, el pensamiento de Isidoro de Sevilla, del que destacan su labor como jurista, son objeto de análisis mediante dos cuestiones relevantes: la *ley* y la *costumbre* con el valor indicado antes sin omitir la influencia del derecho canónico y la

escasa influencia para la tradición jurídica posterior del derecho musulmán y hebreo dejado de aplicar a comienzos del siglo XV.

Resaltan el carácter esencialmente consuetudinario del derecho alto-medieval, tratándose de la expresión de criterios jurídicos espontáneos de la comunidad en aras al bien común. Bidart Campos<sup>3</sup> enseñaba que el Juez descubría cuál era el criterio jurídico aplicable al caso concreto, de allí el valor de las sentencias de los jueces, fazañas dictadas en los juicios de libre albedrío, función que luego irá centralizando el Rey como un modo de generalizar el derecho vigente. Prevalciendo el derecho local sobre el territorial, para la generalización de la aplicación del mismo habrá que esperar la aparición del constitucionalismo. Conviene recordar también que al día de hoy, la doctrina del margen de apreciación local está teniendo una revitalización en sus estudios y su aplicación, como lo marcan sentencias de la CSJN –aun en votos en disidencia como el de Rosatti en el caso “Castillo”<sup>4</sup>– y estudios doctrinarios, citando el encabezado por Alfonso Santiago.

La recepción de esos principios en Castilla es analizada a través de la obra de Alfonso X, el Fuero Real y las Partidas que tuvieron larga pervivencia aun en el período independiente. Finaliza con la descripción del derecho español entre los siglos XV y XIX, sobre el que se asentarán en gran medida las instituciones patrias.

Concluyendo, destacamos la labor de sistematización en el manejo de las fuentes jurídicas, que pregunta al pasado desde el presente porque no se desentiende de las polémicas posteriores al período que trata. Hay una gran labor de erudición; sin embargo, lo más destacable es que cumple con el capítulo introductorio: lo que está escrito está probado a través de reliquias comprobables y su lectura permite comprender la evolución jurídica del derecho patrio a través de sus antecedentes. Hacemos votos para la pronta aparición de los tomos subsiguientes.

OSCAR RAÚL LOTERO

Mgter. Ciencias Políticas (Facultad de Derecho UNNE).

Prof. Titular Historia Constitucional Argentina.

Contacto: dr.loterounne@gmail.com

3 Bidart Campos, G. (1984). *Manual de Historia Política*. Ediar.

4 *Fallos*: 340:1795.



## ***PRUDENTIA IURIS***

### **NORMAS DE PUBLICACIÓN**

## **Políticas de sección**

### ***Parte I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana***

Se publicarán en esta sección artículos de investigación o notas y comentarios que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio de la Dirección Editorial merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que para las Secciones “Artículos de Investigación” y “Notas y Comentarios” según sea la índole del texto.

### ***Parte II. Artículos de Investigación***

1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
  - Que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
  - Que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
  - Que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. **Extensión:** Los trabajos enviados a esta sección no podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras.
- 1.3. **Arbitraje:** Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 1.4. **Originalidad:** Originalidad: Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra

publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.

**1.5. Sobre el contenido inicial de los artículos de investigación.** La primera página incluirá:

- a) El título y subtítulo, si corresponde, del trabajo en castellano
- b) El nombre de su autor o autores en negrita seguido del curriculum resumido del autor. Este debe contener solo el grado académico o profesional más alto alcanzado, así como la filiación académica del autor o autores (v.g. la actual relación del autor o autores con un algún centro de estudio universitario o equivalente en labores de docencia o investigación profesional), su dirección de correo electrónico y su número Orcid ([www.orcid.org](http://www.orcid.org)). Los agradecimientos particulares que quiera dar el autor o autores, como asimismo la adscripción a proyectos científicos patrocinados deben señalarse con asterisco al comienzo del artículo.
- c) Un resumen del trabajo de entre 100 y 150 palabras, el cual debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando solo la idea central y los puntos principales. Siendo breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- d) De tres a seis palabras clave en castellano, separadas por punto y coma.

La segunda página deberá incluir:

- a) El título en inglés, seguido del resumen y las palabras clave separadas por punto y coma en inglés.
- b) El título en italiano, seguido del resumen y las palabras clave separadas por punto y coma en italiano.

**1.6. Listado bibliográfico actualizado:** Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada ordenada alfabéticamente y citada conforme a las normas APA.

**Parte III. Notas y Comentarios**

1. Se publicarán en esta sección trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación.
- 1.2. Extensión:** La extensión debe ser menor a 4.000 palabras.
- 1.3. Arbitraje:** Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 1.4. Originalidad:** Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin

autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.

**1.5. Sobre el contenido inicial de notas y comentarios.** La primera página incluirá:

- a) El título y subtítulo, si corresponde, del trabajo en castellano.
- b) El nombre de su autor o autores en negrita seguido del curriculum resumido del autor. Este debe contener solo el grado académico o profesional más alto alcanzado, así como la filiación académica del autor o autores (v.g. la actual relación del autor o autores con un algún centro de estudio universitario o equivalente en labores de docencia o investigación profesional), su dirección de correo electrónico y su número Orcid ([www.orcid.org](http://www.orcid.org)). Los agradecimientos particulares que quiera dar el autor o autores, como asimismo la adscripción a proyectos científicos patrocinados, deben señalarse con asterisco al comienzo del artículo.
- c) Un resumen del trabajo de entre 100 y 150 palabras, el cual debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Siendo breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- d) De tres a seis palabras clave en castellano como en inglés (*keywords*), separadas por comas. Las palabras clave en inglés deben ir en letras cursivas.

La segunda página deberá incluir:

- a) El título en inglés, seguido del resumen en inglés y las palabras clave.
- b) El título en italiano, seguido del resumen en italiano y las palabras clave.

**1.6. Listado bibliográfico actualizado:** Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada ordenada alfabéticamente y citada conforme a las normas APA.

#### **Parte IV. Documentos y crónicas**

##### **1. Documentos y crónicas:**

La Dirección Editorial de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas

y Científicas, etc. Igualmente se incluirán en esta sección crónicas de actividades académicas o de relevancia para el ámbito de la investigación jurídica.

### **Recensiones**

2. Se publicarán en esta sección reseñas de libros de aparición reciente.
- 2.1. En principio, las obras no podrán tener más de dos años.
- 2.2. **Extensión:** No podrán tener una extensión mayor a las 2.000 palabras.
- 2.3. **Revisión:** Los trabajos, para su inclusión en esta sección, deberán ser aprobados por, al menos, un miembro del Comité Editorial.

### **Frecuencia de publicación**

*Prudentia Iuris* es una publicación semestral. Los números son publicados en la primera semana de los meses de junio y diciembre de cada año.

### **Política de acceso abierto**

La revista *Prudentia Iuris* adhiere a la filosofía del acceso abierto a la literatura científica, permitiendo descargar, distribuir, copiar e imprimir su material sin restricciones, asegurando así el cumplimiento de dos objetivos fundamentales:

- Acceso irrestricto a la información, sin barreras económicas, legales o técnicas.
- Aumento de visibilidad e impacto de la institución y de sus investigadores.

### **Indexación**

*Prudentia Iuris* se encuentra incluida en la base de datos Scimago, Scopus, DOAJ, HeinOnline, Núcleo Básico, ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex 2.0, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad.

### **Proceso de revisión por pares**

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos respectivos. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.
2. Además, la Revista hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una

versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje.

3. *Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas para autores y a las políticas de secciones. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para las secciones que requieren evaluación por pares serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros. La Dirección Editorial asegurará el anonimato del artículo eliminando del texto y archivo los nombres o referencias al autor.
5. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los trabajos conforme a las normas de publicación, según el formulario correspondiente y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje desde su aceptación será como máximo de 30 días. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará al árbitro un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido y se le expedirá un certificado por su actuación. La Revista no publicará los nombres de los árbitros de modo de garantizar el anonimato de la revisión.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado - Aprobado con cambios opcionales - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por la Dirección Editorial - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por el árbitro - Rechazado. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro. En caso que se trate de un texto aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 30 días para el envío de la nueva versión. Por su parte, en caso que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

## Información para autores y envíos online

Los autores deberán:

1. Los autores que no cuenten con usuario en el portal deben enviar un mail a [pruentia\\_juris@uca.edu.ar](mailto:pruentia_juris@uca.edu.ar) solicitando un usuario y contraseña con el cual ingresar a la web para enviar el artículo original. Si ya cuenta con nombre de usuario/o / contraseña para *Prudentia Iuris* “VAYA A IDENTIFICACIÓN”. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. La revista no exige pago de arancel alguno en concepto de presentación, procesamiento y evaluación de los materiales recibidos.
2. 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 del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional y al Portal de Revistas de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.
6. Los autores deberán declarar la originalidad de los trabajos enviados, conforme a las normas de publicación. La Revista revisará que no se incurra en plagio. En caso de detectarse esta situación, el trabajo será rechazado.
7. La Revista adhiere al Código de ética del Comité de Ética en las Publicaciones (Committee on Publication Ethics - Code of Conduct and Best Practices Guidelines for Journals Editors, COPE) y los autores, al remitir los trabajos, se comprometen a remitir tales normas.
8. Para las secciones de Recensiones y Crónicas, excepcionalmente, a criterio de la Dirección Editorial, se aceptarán trabajos de alumnos de grado de destacado desempeño académico.

## Plagio

Todas las fuentes deben ser citadas y cuando se citen textos extensos de material escrito o de ilustración, el autor debe solicitar autorización y dejar constancia de dicha autorización.

Para la detección de plagio se utiliza el buscador de Google Académico. La Revista no publicará el texto enviado por un autor si se detectara plagio total o parcial del texto o se localizara el artículo ya publicado por el mismo autor.

En los casos mencionados, se comunicará al autor el motivo de rechazo explicando de manera clara las evidencias del plagio.

## Normas para autores

### 1. Formato básico para la recepción de artículos:

*Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas para autores y a las políticas de secciones. Todo artículo enviado a la Revista deberá contar con título, resumen de entre 100 y 150 palabras y de 3 y 6 palabras clave, todos ellos en castellano, inglés e italiano. La extensión del artículo deberá ser la adecuada a la sección elegida.

### 2. Formato básico para textos y citas bibliográficas:

**2.1. Título en castellano:** Interlineado 1,5; texto centrado; negrita de 14 puntos; tipo de letra Times New Roman; en mayúsculas y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel.

**2.2. Títulos en inglés y en italiano:** Interlineado 1,5; texto centrado; negrita de 12 puntos; tipo de letra Times New Roman.

**2.3. Cuerpo del texto:** Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman; 12 puntos; texto justificado.

**2.4. Notas a pie de página:** Interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman; 10 puntos.

**2.5. Sobre el contenido inicial de los Artículos de investigación y de Notas y comentarios.**

La primera página incluirá:

a) El título y subtítulo, si corresponde, del trabajo en castellano. Texto centrado, en negrita de 12 puntos; tipo de letra Times New Roman; Interlineado 1,5.

b) El nombre de su autor o autores en negrita seguido del curriculum resumido del autor. Éste debe contener solo el grado académico o profesional más alto alcanzado, así como la filiación académica del autor o autores (v.g. la actual relación del autor o autores con algún centro de estudio universitario)

o equivalente en labores de docencia o investigación profesional), su dirección de correo electrónico y su número Orcid ([www.orcid.org](http://www.orcid.org)). Los agradecimientos particulares que quiera dar el autor o autores, como asimismo la adscripción a proyectos científicos patrocinados, deben señalarse con asterisco al comienzo del artículo.

- c) Un resumen del trabajo de entre 100 y 150 palabras, el cual debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Siendo breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- d) De tres a seis palabras clave en castellano como en inglés (*keywords*), separadas por comas. Las palabras clave en inglés deben ir en letras cursivas.

La segunda página deberá incluir:

- a) El título en inglés, seguido del resumen en inglés y las palabras clave.
- b) El título en italiano, seguido del resumen en italiano y las palabras clave.

**2.6. Listado bibliográfico actualizado:** Al final de los *Artículos de investigación* y de *Notas y comentarios* se debe incluir la lista de bibliografía utilizada ordenada alfabéticamente y citada conforme a las normas APA.

**3. Citas bibliográficas:** Las citas se deben hacer con nota al pie de página indicando en el cuerpo del trabajo solo número de cita con superíndice. Para citar la bibliografía utilizada seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.

### 3.1. Libros:

Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título*. Ciudad. Editorial.  
 Ej.: Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.  
 En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). Título. DOI / <http://www>.  
 Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de...

### 3.2. Capítulo de un libro:

Apellido Autor, Iniciales nombre autor. (año). Título del capítulo o entrada en N. Apellido Editor (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. xxx–xxx). Editorial.  
 Ej. Di Lucia, P. (2003). La Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza. Linguaggio axiologico e linguaggio deontico, en M. Siclari. *Contribu-*

*ti allo studio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* (19-38). Giappichelli.

**3.3. Artículos científicos:**

Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista*, Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

**3.4. Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos:**

Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. "En" Nombre del editor (Ed.), *Nombre del Congreso, Simposio o Jornada* (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

**3.5. Artículo de diario impreso:**

Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del diario*, páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

**3.6. Publicaciones en línea en bases de datos:**

Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista*, Volumen, Número, Páginas. Recuperado en URL o DOI

Ej. Lalanne, J. (2020). La certeza de la sentencia judicial. *Prudentia Iuris*, (90), 79-115. Recuperado 22 febrero, 2021 en <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/3336>

**3.7. DOI:**

Incluir el DOI para todos los trabajos que lo tengan independientemente de que se usara la versión impresa u online del trabajo.

Ej. Goldfarb, M. (2020). Ética profesional de los abogados. Teoría y praxis en la provincia de Corrientes, Argentina (2002-2014). *Prudentia Iuris*, (90), 27-57. doi: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.27-57>

**3.8. Tesis o Disertaciones publicadas:**

Apellido, iniciales del autor (año). *Título* (tipo de trabajo, lugar). Sitio donde se encuentra publicado. DOI / <https://>

Ej. Zambrano-Vázquez, L. (2016). *The interaction of state and trait worry on response monitoring in those with worry and obsessive-compulsive symptoms* [Doctoral dissertation, University of Arizona]. UA Campus Repository. <https://repository.arizona.edu/handle/10150/620615>

Highton, C. (2020) *Los daños derivados de la Inteligencia Artificial y del impacto de las nuevas tecnologías* [en línea]. Tesis de maestría. Pontificia Universidad Católica Argentina, 2020. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10922>

### **3.9. Colecciones de congresos, conferencias, workshop:**

#### **3.9.1. Publicadas en una revista académica**

Sigue el formato de cita de las publicaciones en revistas académicas:

Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista*, Volumen, Número, Páginas. DOI

Ej. De Martini, S. M. A. (2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

#### **3.9.2. Publicadas como un libro completo**

Sigue el formato de cita de los libros

Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título en cursiva*. Ciudad. Editorial. DOI / <http://www>

Ej. Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro. En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). *Título*. DOI / <http://www>.

#### **3.9.3. Publicadas como un capítulo en un libro**

Sigue el formato de cita de un capítulo en un libro

Apellido Autor, Iniciales nombre autor. (año). Título del capítulo o entrada en N. Apellido Editor (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. xxx-xxx). Editorial. DOI

Ej. Di Lucia, P. (2003). La Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza. Linguaggio axiologico e linguaggio deontico, en M. Siclari. *Contributi allo studio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* (19-38). Giappichelli.

#### **3.10. Reporte de una agencia gubernamental:**

Nombre de la dependencia responsable del documento. (año). *Título* (si tiene Nro. de publicación). Nombre de quien depende el autor del documento ej. Ministerio. DOI / <http://www>

Ej. Ministerio de Salud, Departamento de Epidemiología. (2020). *Informe de indicadores: Estrategia nacional de testeo, trazabilidad y aislamiento* (informe nro. 51). Santiago, Chile: Gobierno de Chile.

#### **3.11. Informe:**

Apellido, iniciales del autor. (año). *Título*. Editor del informe. <https://www>.

Ej. Lafferrière, J. N., Moya, G. (dirs.) (2018). *La información genética en salud en América Latina: algunos aspectos éticos y jurídicos*. Documento inédito. Proyecto de investigación colaborativo. Universidad Católica. Instituto de Bioética; Facultad de Derecho. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2718>

#### **4. Reiterar una obra ya citada en el trabajo:**

##### **4.1. Cuando se repite información del mismo autor, el mismo libro y las mismas páginas:**

Se cita de forma completa la obra por primera vez y luego se utilizará: “Ídem” y si las citas no son contiguas se agregará a continuación el número de cita donde se indica la obra completa.

Ej.: 1. Yacobucci, G. J. (2005), “Los desafíos de un nuevo Derecho Penal”, en *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho Prof. Damásio de Jesús), San Pablo, n° 1, p. 15.

2. Ídem

6. Ídem 1

##### **4.2. Cuando se cita un mismo autor y una misma obra, variando solamente las páginas citadas:**

Se cita de forma completa la obra por primera vez y luego se utilizará: Apellido, iniciales. Ob. cit., páginas citadas.

Ej. 1. Ferrajoli, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53.

3. Ferrajoli, L. Ob. cit., 23

##### **4.3. Cuando se cita al mismo autor y una misma obra pero a lo largo del trabajo se utilizan varias obras del mismo autor:**

Se cita de forma completa la obra por primera vez y luego al reiterar la cita: Apellido, Iniciales del autor. *Título de la obra abreviado...*, Tomo, páginas citadas.

Ej. 1. Binder, A. M. (2000). *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad Hoc, 115.

18. Binder, A. M. *Ideas y...*, 102-103.

20. Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 345-346.

24. Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 346.

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

##### **Lista de comprobación de preparación de envíos**

Como parte del proceso de envío, se les requiere a los autores que indiquen que su envío cumpla con todos los siguientes elementos, y que acepten que envíos que no cumplan con estas indicaciones pueden ser devueltos al autor.

1. La petición es original, no ha sido publicada previamente, ni se ha presentado a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al editor).
2. El archivo enviado está en formato OpenOffice, Microsoft Word, RTF, o WordPerfect.

3. Se han añadido direcciones web para las referencias donde ha sido posible.
4. El texto tiene interlineado 1,5; el tamaño de fuente es 12 puntos; se usa cursiva en vez de subrayado (exceptuando las direcciones URL); y todas las ilustraciones, figuras y tablas están dentro del texto en el sitio que les corresponde y no al final del todo.
5. El texto cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las Normas para autoras/es, que se pueden encontrar en Acerca de la revista.
6. Si está enviando a una sección de la revista que se revisa por pares, tiene que asegurarse de que las instrucciones de una revisión a ciegas) han sido seguidas..

**Nota de copyright**

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Usted es libre de:

- Compartir - copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- Adaptar - remezclar, transformar y construir a partir del material.
- La licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

Bajo los siguientes términos:

- Atribución - Usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciente.
- NoComercial - Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.
- CompartirIgual - Si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.
- No hay restricciones adicionales - No puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia.

Avisos:

- No tiene que cumplir con la licencia para elementos del material en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una excepción o limitación aplicable.

**Declaración de privacidad**

Los nombres y direcciones de correo-e introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

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