

PRUDENTIA IURIS N° 94

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



Diciembre 2022
Buenos Aires, Argentina.

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

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

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

María Clara Zamora de Najún

Secretario Académico

Gabriel Limodio

Administrador General

Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Pablo Garat

Decano

Dr. Daniel Herrera

Director de Carrera

Dr. Carlos Muñiz

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Dra. Cristina Marín Henriquez

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

Director de la Revista

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

Secretaria de Redacción

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
(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, 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; <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 Pon-

tifical 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://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>).

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

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

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

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

SUMARIO

Presentación.....	00
Editorial.....	00

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

GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín <i>Comunidad: La palabra que falta</i> , Valencia, Tirant Humanidades, 2022, 285 pp. (por Paulina Menem).	
OLLERO-TASSARA, Andrés <i>Laicismo: Sociedad neutralizada</i> , España, Digital Reasons, 2022, 129 pp. (por Morena Echegaray).	00

PARTE II. Artículos de investigación

LÓPEZ-SILVA, Pablo & MADRID, Raúl Acerca de la protección constitucional de los neuroderechos: la in- novación chilena. <i>About the constitutional protection of neurorights: Chilean innovation</i>	00
SILVA ABBOTT, Max <i>Ius Constitutionale Commune</i> para América Latina (ICCAL) y ac- tivismismo judicial: ¿Hacia el gobierno de los jueces? <i>Ius Constitutio- nale Commune for Latin America (ICCLA) and judicial activism: Towards the government of judges?</i>	00
JOFRÉ, Albano El fundamento humeano de la división entre cuestiones de hecho y de valor. <i>The humean foundation of the distinction between ques- tions of fact and value.</i>	00

SUMARIO

LETELIER WIDOW, Gonzalo José María <i>Lex, ordo, imperium. La comunicabilidad del precepto jurídico en el pensamiento de Tomás de Aquino. Lex, ordo, imperium. The communicability of the legal precept in the thought of Thomas Aquinas.</i>	00
D'ACUNTO, Franco L. Reflexiones acerca del problema teológico-jurídico sobre el origen del poder político en Dante Alighieri y Marsilio de Padua. <i>Reflections on the theological-legal problem on the origin of political power in Dante Alighieri and Marsilio de Padua.</i>	00
PONTEL TABOSSI, Alejandro ¿Existe el derecho constitucional a la seguridad? Aproximaciones a un aspecto jurídico-político esencial. <i>Is there a constitutional right to security? Approaches to an essential legal-political aspect.</i>	00
JURI, Yamila Eliana La soberanía en crisis. Del estado de excepción en Carl Schmitt al estado de dataísmo como elemento de poder. <i>Sovereignty in crisis. From the state of exception in Carl Schmitt to the state of dataism as an element of power.</i>	00
ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal La historia interminable de <i>Dignitatis humanae</i> . Una discusión de la controversia entre Thomas Pink y John Finnis. <i>The never ending story of Dignitatis humanae. A discussion of the controversy between Thomas Pink and John Finnis.</i>	
BALCÁZAR GONZÁLEZ, Andrés Autonomía, derechos y deberes. A propósito del aborto y el infanticidio en Colombia. <i>Autonomy, rights and duties. About abortion and infanticide in Colombia.</i>	
ZAMBRANO, Pilar La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial. <i>Dignity as a hinge concept between moral discourse and legal discourse. Notes for the valid, convenient and transparent use of the concept of dignity in judicial argumentation.</i>	00

PARTE III. Notas y comentarios

El fallo *Artavia* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su décimo aniversario: algunas reflexiones sobre el “*Roe v. Wade* latinoamericano”, por Ligia de Jesús Castaldi (*The Artavia judgment by the Inter-American Court of Human Rights on its tenth anniversary: some thoughts on the “Latin American Roe v. Wade”*). 00

Dobbs vs. Jackson: un giro copernicano en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, por María Marte Didier (*Dobbs vs. Jackson: a copernican twist in the jurisprudence of the Supreme Court of the United States*).

PARTE IV. Documentos y crónicas

Crónica del conversatorio: “Entendiendo el caso *Dobbs*. Sus implicancias para EE. UU. y Argentina”, sobre el reciente fallo de la Suprema Corte de los EE. UU. en torno al aborto, 11 de julio de 2022. Por Santiago Tomás Ganz 00

RECENSIONES

Cacciavillani, Pamela Alejandra, *Celebrar lo imposible. El Código Civil en el régimen jurídico de la propiedad: Córdoba entre fines del siglo XIX y comienzos del XX*, Frankfurt am Main: Global Perspectives on Legal History 18, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, 2021. XIII, 283 pp. (por Roberto Cerón Reyes) 00

Trejo, Lisi, *¿Qué es la democracia para la Corte Suprema de Justicia de la Nación? Un estudio empírico de 25 años de sentencias y las bases para un modelo de democracia*, Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, 219 pp. (por Michel Alexander Giraud Billoud). 00

Errázuriz, Carlos José (con la colaboración de Petar Popovic), *Il diritto come bene giuridico. Un'introduzione alla filosofia del diritto*, Roma, Edizione Santa Croce, 2021, 206 pp. (por Carlos I. Massini-Correas)

Normas de publicación..... 00

PRESENTACIÓN

Con gran alegría presentamos el nro. 94 de *Prudentia Iuris*, el cual cierra un año fructífero para la revista. El número cuenta con la columna editorial del Decano de la Facultad de Derecho, el Dr. Pablo María Garat.

La sección dedicada a la “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” presenta la reseña del libro *Comunidad: La palabra que falta*, de Joaquín García Huidobro, realizada por Paulina Menem, y la del libro de Andrés Ollero-Tassara, *Laicismo: Sociedad neutralizada*, realizada por Morena Echegaray.

La sección de “Artículos de investigación” se abre con el trabajo en coautoría de Pablo-López y Raúl Madrid, donde abordan un tema novedoso e incorporado recientemente en la legislación chilena: los neuroderechos. El trabajo busca contribuir a la discusión y al progreso de la protección de las personas frente a las neurotecnologías. Max Silva Abbott escribe sobre *Ius Constitutionale Commune* y el consecuente activismo judicial en América Latina. Allí manifiesta el cambio de paradigma que ello supone tanto para los ordenamientos jurídicos como de los sistemas políticos regionales y las posibles consecuencias teóricas a futuro. Albano Jofré, en su artículo sobre el fundamento humeano de la división entre cuestiones de hecho y derecho, confronta la teoría de David Hume con la tradición de la filosofía clásica aristotélico-tomista.

Gonzalo Letelier Widow parte del pensamiento de Santo Tomás de Aquino para explicar en qué sentido la ley es principio de la conducta, cómo se relaciona con la coactividad y cómo se justifica su obligatoriedad. Franco D’Acunto escribe sobre el origen del poder político desde dos ópticas distintas. La de Dante Alighieri, que encuentra su fundamento en Dios y el derecho como fundamento del imperio y la de Marsilio de Padua, que influenciado por las ideas averroístas fundamenta la superioridad del emperador por sobre el pontífice por ser la comunidad origen de la ley. En su trabajo de investigación, Alejandro Pontel Tabossi busca afirmar la existencia de un

derecho constitucional a la seguridad, la responsabilidad del Estado para con los ciudadanos y la importancia que tiene este derecho como medio para alcanzar la paz y la libertad.

Yamila Juri parte del estudio de la obra de Carl Schmitt y su relación con conceptos como estado de excepción y teología política, en cuanto importan a la idea de soberanía y más específicamente a la soberanía de los datos. Cristóbal Orrego analiza la controversia entre Thomas Pink y John Finnis en torno a la interpretación de la libertad religiosa en *Dignitatis humanae* y la cuestión de la extensión de esa libertad dependiendo de si es el Estado o la Iglesia quien ejerce la facultad de coaccionar para la fe. Andrés Balcázar escribe sobre un problema siempre actual como es el ignorar los derechos fundamentales y lo analiza desde la discusión en torno a los argumentos que se han utilizado para justificar el aborto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Pilar Zambrano escribe sobre el concepto de dignidad y su rol en la argumentación judicial. El estudio trata un tema persistente en el ámbito tanto de la filosofía del derecho como del derecho judicial y lo hace enfocado en la filosofía del lenguaje.

La sección “Notas y comentarios” incluye el trabajo de Ligia de Castaldi, que reflexiona sobre el fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al cumplirse el décimo aniversario de su publicación, con especial foco en los problemas jurídicos que presenta esa decisión. Por su parte, María Marta Didier presenta un análisis del giro en la jurisprudencia sobre aborto que representa el fallo “Dobbs vs. Jackson”, de la Corte Suprema de Estados Unidos del 24 de junio de 2022.

En la sección “Documentos y crónicas” se presenta la crónica realizada por Santiago Ganz del conversatorio llevado a cabo en la Facultad de Derecho sobre el caso “Dobbs” y sus implicancias para Estados Unidos y Argentina.

En la sección “Recensiones”, Roberto Cerón escribe sobre el libro *Celebrar lo imposible. El Código Civil en el régimen jurídico de la propiedad: Córdoba entre fines del siglo XIX y comienzos del XX*, de Pamela Cacciavillani. Michel Giraud Billoud reseña el libro de Lisi Trejo, *¿Qué es la democracia para la Corte Suprema de Justicia de la Nación? Un estudio empírico de 25 años de sentencias y las bases para un modelo de democracia*. Finaliza la sección el trabajo sobre el libro de Carlos Errázuriz, *Il diritto come bene giuridico. Un'introduzione alla filosofia del diritto*, realizado por Carlos Massini-Correas.

Este año desde la dirección de *Prudentia Iuris* se convocó a estudiantes de los últimos dos años de la carrera de Abogacía para realizar tareas de asistencia editorial como voluntarios y en el marco de una tarea académica extracurricular. Luego de un proceso de selección resultaron elegidos: Rosa-

PRESENTACIÓN

rio Barros, Morena Echegaray, Iván Gaddi, Santiago Ganz, Tamara Lamber y Paulina Menem. Todos ellos han participado activamente en las diversas tareas conducentes a la realización del presente número, la difusión del número a través de diversos canales y la realización de algunos trabajos que aquí se publican. Se ha conformado así un buen grupo de trabajo que fortalece los lazos entre docentes y alumnos en las distintas actividades de la vida universitaria. Agradecemos su participación y buena predisposición a lo largo del año.

Al igual que los números anteriores, el nro. 94 se publica bajo el sistema OJS. Este hecho no podría llevarse a cabo sin la constante colaboración y asistencia de la Biblioteca Central de la Universidad y la editorial Educa.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

ESTEFANÍA ROGORA
Secretaria de Redacción

EDITORIAL

Centenario de los Cursos de Cultura Católica

Celebramos este año el centenario del inicio de los Cursos de Cultura Católica, matriz de nuestra Pontificia Universidad Católica Argentina.

En homenaje a este acontecimiento, queremos dedicarle este editorial de *Prudentia Iuris*. La Facultad de Derecho encuentra sus raíces en los Cursos y en la etapa fundacional de nuestra Universidad.

Por ello transcribimos aquí fragmentos del Capítulo I de la obra *Historia de la Universidad Católica Argentina*, del Dr. Florencio Hubeñak y colaboradores¹, dedicado a los Cursos como “*el germen de la Universidad Católica Argentina*”.

Por nuestra parte, ratificamos que en ese espíritu fundacional encontramos el sentido de nuestra Escuela de Derecho Natural que queremos fortalecer en pleno siglo XXI, sediento –como entonces– del esplendor de la Verdad a la que por misión y vocación apostólica nos sentimos ordenados a buscar, aprehender y transmitir incesantemente. Oportuna e inoportuna-mente.

“Los Cursos de Cultura Católica: el germen de la Universidad Católica Argentina.

[...] en 1905, la Conferencia Episcopal de la Argentina, sacudida por el dictado de la Ley N° 1.420, aprobó una resolución a favor de la libertad de enseñanza en el orden secundario y superior, mencionando por primera vez la idea de crear una Universidad Católica –existente en otros lugares del mundo– en la cual se enseñara la doctrina católica en toda su integridad. Con estos anteceden-

1 Hubeñak, F. (2016). *Historia de la Universidad Católica Argentina* [en línea]. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8034>.

tes, en 1910 se fundó una Universidad Católica en Buenos Aires, designándose Rector al Pbro. Luis Duprat y un Consejo Superior formado por los Dres. Joaquín Cullen, Emilio Lamarca y Ángel Pizarro, entre otros (el segundo y último Rector fue Mons. Miguel De Andrea). Recién dos años después de su fundación comenzó a funcionar su única Facultad, la de Derecho. Los planes de estudio se elaboraron según los vigentes en la Universidad estatal, agregándose cursos obligatorios de Filosofía e Historia, destinados a una formación integral de los alumnos. Pese a toda la prudencia desarrollada no fue posible obtener del gobierno del presidente Marcelo T. de Alvear el reconocimiento de los títulos académicos y la Universidad se fue extinguiendo, hasta que en 1922 se resolvió ‘declarar suspendida indefinidamente la Universidad Católica creada en 1910’. En el clima agitado –y de indiferencia religiosa– que se vivía, un grupo de jóvenes católicos –algunos exalumnos de la frustrada Universidad–, deseosos de formarse con solidez en la cultura cristiana, comenzaron a reunirse en la calle Alsina 553, frente al paredón de la iglesia de San Ignacio, en el local donde se encontraba la biblioteca del Dr. Emilio Lamarca y funcionaba la Liga Social Argentina. Aquél dispuso que se donara la biblioteca de más de catorce mil volúmenes a los Cursos. Esta fue la base de la biblioteca de la UCA. A ella se agregó la importante biblioteca de obras científicas del Dr. Ángel Gallardo. Para el dictado de clases y seminarios de Filosofía, Teología, Sagradas Escrituras e Historia de la Iglesia.

Así nacieron los Cursos de Cultura Católica, germen de la futura UCA. Como toda historia de una institución, la de nuestra Universidad está directamente vinculada con sus hombres. En los Cursos de Cultura Católica –como en la UCA– dejaron su impronta los Dres. Tomás Casares y Atilio Dell’Oro Maini. Casares buscó que se estudiaran con vigor académico y fidelidad a las enseñanzas de la Iglesia todas las disciplinas que se impartiesen. El secretario fue el poeta y escritor Osvaldo H. Dondo, quien, además de su aporte literario y artístico, fue el brazo ejecutor. La UCA recuerda con gratitud a quienes la fundaron, orientaron y animaron: Atilio Dell’Oro Maini, Rafael Ayerza, Juan A. Bordieu, Tomás Casares, Faustino Legón, Samuel W. Medrano, Octavio Pico Estrada, Uriel O’Farrell, César Pico, Eduardo Saubidet Bilbao, Osvaldo Dondo y Jorge Mayol, que integraron la primera Comisión Directiva. Los cursos comenzaron el 21 de agosto de 1922, con el generoso patrocinio de Joaquín S. de Anchorena, Rómulo Ayerza, Bernardino Bilbao, Fernando Bourdieu, Juan F. Cafferata, Tomás Cullen, Ángel Estrada (hijo) y Santiago

O'Farrell. Dictaron los primeros cursos tres sacerdotes: José Ubach, S. J., de Filosofía; Serafín Protón, OAA. de Historia de la Iglesia, y Vicente Sauras, S.J., de Sagradas Escrituras, que tuvieron cuarenta y tres alumnos, entre quienes se destacaron posteriormente Tomás Casares, Atilio Dell'Oro Maini, Isidoro García Santillán, Samuel W. Medrano, Mario Mendióroz, Adolfo Mujica, Uriel O'Farrell, Manuel Ordóñez, Ernesto Padilla (hijo), César Pico y Raúl Zavalía Lagos. En 1929, ya en pleno proceso organizativo, se estableció un ciclo de cinco años de duración que permitiera una formación cristiana integral y en 1931 se agregó una Sección Universitaria de Extensión para completar la formación que otorgaba la Universidad oficial. En 1935 se agregaron los cursos de ingreso a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. En el ambiente de los Cursos, los jóvenes católicos encontraron un clima propicio para desarrollar sus inquietudes. Allí –sobre la base de la Comisión de Artes y Letras– surgió, en 1927, una peña de literatos, poetas, músicos y pintores conocida como Convivio, ‘un encuentro de artistas cristianos para conversar y debatir los distintos aspectos y problemas del arte en sus diversas manifestaciones’ y que supieron plasmar una visión cristiana de la literatura y el arte. Participaron Francisco Luis Bernárdez, Rafael Jijena Sánchez y Leopoldo Marechal, entre los poetas, y Juan A. Ballester Peña, en el área plástica. Bernárdez escribió admirables poemas sobre el Niño Dios y realizó una traducción poética de los Himnos Litúrgicos del Breviario; Marechal, por su parte, compuso una fina y poética obra en prosa inspirado en ‘Ascenso y descenso del alma por la belleza’, de San Isidoro de Sevilla, y Juan Ballester Peña, en la pintura, dejó su marca en la Capilla de los Cursos con sus figuras y varios cuadros murales. También se organizó un taller de pintura y xilografía: ‘San Cristóbal’. Para no perder la visión de conjunto es importante señalar que la década de los veinte produjo una importante revitalización del pensamiento católico en Europa; nombres como Reginald Garrigou-Lagrange, Jacques Maritain, Jean Guitton, Etienne Gilson, Paul Claudel, Hillaire Belloc, G. K. Chesterton, Giovanni Papini, Christopher Dawson, Tristán de Athayde y Marie Stanislas Gillet, OP, expresan un resurgir intelectual católico, mientras que sus obras influyeron notablemente sobre los jóvenes estudiantes católicos argentinos. Paralelamente, un grupo de sacerdotes –muchos formados en el seminario de La Plata fundado en 1912– comenzaban a difundir sus escritos de inspiración tomista, basándose en la reciente encíclica *Studiorum Ducem*, de Pío XI (1923), que actualizaba la *Aeterni Patris*, de León XIII (1879). Mencionemos a Octavio N. Derisi, Julio Meinvielle, Juan

Sepich y Leonardo Castellani, entre los más conocidos. La importancia de los Cursos se acrecentó con las visitas internacionales de filósofos de la talla de Jacques Maritain –que dictó seis conferencias y un curso completo sobre la teoría tomista del conocimiento–, el P. Reginaldo Garrigou-Lagrange, Tristán de Athayde y fray Marie Stanislas Gillet, OP, y logró convertir los Cursos –según Derisi– ‘en el hogar de la cultura católica en Buenos Aires’. Todos ellos –además de las controversias que generaron– dejaron compiladas, en distintos libros y publicaciones, gran parte de las actividades que realizaron durante los días que permanecieron en Buenos Aires. En este ambiente surgieron una serie de publicaciones, como *La Hoja Informativa*, *Criterio*, *Sol y Luna* (que dirigiera Juan C. Goyeneche) y numerosas colecciones de libros, como por ejemplo las ediciones Nova, que difundió las obras clásicas de la Patrística y el pensamiento católico europeo coordinada por el propio Tomás Casares. Los treinta y tres números de *La Hoja Informativa* reflejan la historia de los Cursos y su vitalidad en conferencias y artículos referidos a los distintos ámbitos del saber. Con posterioridad, en julio de 1942 comenzó a publicarse la revista *Ortodoxia*, que, con la dirección del Dr. Casares, fue considerada la revista oficial de los Cursos; publicó diecisiete gruesos volúmenes y difundió una sólida doctrina de filosofía, teología y cultura católica, ya que entre sus colaboradores figuraban personalidades destacadas de una generación clave en la historia del pensamiento católico en la Argentina. Sin pertenecer estrictamente a los Cursos, la revista *Criterio* fue fundada en marzo de 1928, dirigida y escrita en gran parte por sus miembros. Su primer director fue el Dr. Atilio Dell’Oro Maini y su objetivo era –según Derisi– ser una ‘verdadera medida crítica cristiana de los grandes problemas actuales’. En 1932 asumió la dirección de la revista al Pbro. Gustavo Franceschi. Como señala un historiador de la vida de Casares, ‘en los Cursos de Cultura Católica estuvieron, desde 1924, siempre presentes los temas jurídicos. Allí hallaron su tribuna y a la vez completaron su formación destacados juristas argentinos. En 1927 un grupo de exalumnos del Colegio de Lasalle (Garciaarena, De Lara y Anzoátegui) pidió la organización de un ciclo de conferencias sobre los problemas de los católicos en el orden religioso, intelectual, político y social, tarea que se extendió a varias parroquias de la Arquidiócesis. Los cursos estuvieron a cargo de los Dres. Casares, Bourdieu, José Pagés, Dell’Oro Maini y Legón’. La actividad multifacética de los Cursos se completó con un servicio de Librería, fundado por Enrique Lagos, que vendía las publicaciones de los Cursos y proporcionaba los libros que pedían los alumnos y jóvenes tanto del

país como del extranjero. Cuando finalizaron los Cursos, el servicio se convirtió en la Librería del Temple, que funcionó durante muchos años en la calle Viamonte y San Martín.

La Escuela de Filosofía

La actividad de los Cursos se fue propagando notablemente y permitió que, en 1936, por sugerencia del Dr. Casares, se creara la Escuela de Filosofía, designándose director al joven sacerdote platense y filósofo Octavio N. Derisi. Prontamente se elaboró un plan de estudios orgánico que permitiera una formación integral. Entre sus primeros docentes cabe mencionar a los padres Juan Sepich y Marcolino Paez, OP. Como la Escuela no podía otorgar títulos válidos, muchos de sus alumnos estudiaban a la vez en la Universidad oficial. Entre ellos, podemos recordar a Mario Amadeo, José María de Estrada, Juan Carlos Goyeneche, Agustín García Santillán, Abelardo Rossi, Benito Raffo Magnasco, Gastón Terán, Juan Casaubón, Francisco Trusso, Máximo Etchecopar, Mario Buschiazio, y el entonces Hno. marista Septimio Walsh. Casi todos tuvieron luego una participación activa en la UCA. Esta Escuela fue el germen de la futura Facultad de Filosofía. En 1948 se fundaron la Escuela de Economía, guiada por el prestigioso economista Francisco Valsecchi —quien ejerció la dirección entre 1951 y 1958—, y el Instituto de Ciencias, que tuvo como primer director al Dr. Eduardo Braun Menéndez y donde dictaron conferencias y cursos prestigiosos científicos argentinos. Casi paralelamente se crearon también la Escuela de Artes e Institutos de Profesionales Católicos; de abogados, médicos, ingenieros y de otras profesiones que tuvieron significativa importancia en el armado de los primeros cuadros docentes de la Universidad.

Los últimos años de los Cursos

[...] el 14 de setiembre de 1939 la Sagrada Congregación de Seminarios aprobó las normas y bases de los Cursos, anticipando la creación de un Instituto o Universidad Católica. Finalmente, en 1946 la Santa Sede aprobó los cursos *ad experimentum*, convirtiéndolos, por un breve pontificio, en el Instituto Argentino de Cultura Católica, cuya dirección fue encomendada al Cgo. Pbro. Dr. Luis Ma. Etcheverry Boneo. Durante su actividad los Cursos se trasladaron al segundo edificio; una vieja casona situada en la calle Alsina al 800, casi esquina Piedras, muy cerca de la Iglesia San Juan Bautista, que luego fue claustro de esta misma iglesia. En 1934, la Sra. Carolina

Pombo de Barilari cedió el uso de la mansión de la calle Reconquista 572. A su muerte, en 1946, y por intermediación del Arzobispo, consiguieron ubicarse en Carlos Pellegrini 1535, ámbito perteneciente a la parroquia del Socorro, donde funcionaron hasta su suspensión. Estas dificultades edilicias también las padeció la naciente Universidad. Durante ese período se continuaron dictando cursos de Teología, Filosofía e Historia de la Iglesia que todavía en la políticamente complicada década de los cincuenta eran respetados en los ámbitos culturales e intelectuales de todo el país. Las conferencias, publicaciones y demás actividades que se organizaban habían llenado un vacío y ofrecido al ambiente cultural argentino las líneas fundamentales de la cultura católica; ‘habían cumplido un papel decisivo en la creación de un ambiente cultural católico’. El tiempo había hecho madurar a la institución, que ya estaba lista para convertirse en la Universidad Católica y, paralelamente, una serie de acontecimientos también propiciaron su creación. Como escribió Derisi: ‘por los frutos se conoce el árbol’.

La fundación de la Universidad

[...] el Episcopado Argentino, en su asamblea plenaria de febrero de 1956, decidió la creación de la UCA y dispuso iniciar el estudio de proyectos y bases de organización para la misma. En octubre de 1957, en una nueva asamblea plenaria, el Episcopado ratificó aquella decisión y procedió a adoptar las medidas necesarias para determinar con precisión el fundamento, carácter, estructura, posibilidades y los métodos de instalación de la futura Universidad. Finalmente, el 7 de marzo de 1958, entonces festividad de Santo Tomás de Aquino, patrono de las escuelas católicas, el Episcopado declaró oficialmente fundada la UCA bajo la advocación de Santa María de los Buenos Aires, ‘la primera con que se manifestó la devoción a la Santísima Virgen en estas tierras’ [...].

Entre otros aspectos, el documento episcopal analizaba los caracteres que debe tener una Universidad Católica, a la luz de la doctrina de S.S. Pío X y del Cardenal Mercier, fundador del Instituto Superior de Filosofía, de Lovaina en Bélgica. El texto, además, hace una expresa mención a los Cursos de Cultura Católica que ‘estimularon la plenitud de la vocación universitaria’ bajo el signo de una rigurosa formación religiosa, de carácter científico, para preparar a las generaciones de maestros, investigadores y estudiosos que serían, llegado el momento, el fundamento vivo de una nueva Universidad”.

EDITORIAL

Los Cursos de Cultura Católica –cien años atrás– echaron las raíces de nuestra Universidad. La Facultad de Derecho, como desde su fundación, quiere contribuir a fortalecer ese arraigo en fidelidad al legado de aquellos precursores. Que María Santísima, Sede de la Sabiduría, nos sostenga especialmente para ello.

PABLO MARÍA GARAT
Decano

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL
Y PERSONA HUMANA**

**GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, COMUNIDAD:
LA PALABRA QUE FALTA, VALENCIA, TIRANT
HUMANIDADES, 2020, 285 PP.**

Paulina Menem

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina
Contacto: paulinamenem@uca.edu.ar

Recibido: 5 de junio de 2022
Aprobado: 7 de julio de 2022

Para citar este artículo:

Menem, P. (2022). “García-Huidobro, Joaquín, *Comunidad: La palabra que falta*”, Valencia, Tirant Humanidades, 2020, 285 páginas. *Prudentia Iuris*, N. 94. pp.29-32

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.29-32>

Esta reseña se dedica a presentar el libro *Comunidad: La palabra que falta*, compuesto por un prólogo, 8 capítulos y un epílogo.

En la obra en análisis, el Dr. García-Huidobro realiza una crítica de la sociedad chilena actual, precisamente, luego de los episodios revolucionarios que atravesó este país en el año 2019. En su opinión, la crisis se debe –en primer lugar– a la pérdida de los valores de las familias, las iglesias, las escuelas y los barrios. Sin perjuicio de esto, el autor remarca que también se debe a factores muy variables, tales como: el desprestigio de los partidos políticos; la pérdida de credibilidad del mundo empresarial; la debilidad de los sindicatos y su captura por grupos minoritarios; el deterioro de la familia; la crisis de la idea misma de autoridad; la merma de la influencia de la prensa escrita y su progresivo reemplazo por unas redes sociales; la carencia de mecanismos de autocontrol de las propias pasiones e intereses ilegítimos; la difusión de una pedagogía que hace de las emociones la fuente última de

valor; la creciente secularización y el hedonismo; la falta de sensibilidad de las clases acomodadas ante la existencia de vastos sectores de la población que se encuentran en marginalidad; el deterioro del transporte público; el elevado endeudamiento; jóvenes que no estudian ni trabajan; la captura de liceos e instituciones de educación superior por parte de grupos radicales; y la inhibición de muchos, que no se atreven a hablar para no experimentar las consecuencias de la corrección política.

Precisamente, todos estos factores son resultados del individualismo y de la exacerbación de la autonomía a los que ha caído la comunidad política actual; tanto es así que se ha manifestado en las relaciones afectivas (rechazo a la institución del matrimonio, extendiéndose el fenómeno de la convivencia), como a la misma corporalidad del hombre (ya que la materialidad es algo que puede corregirse o transformarse a voluntad de cada uno). El autor menciona cuatro consecuencias políticas derivadas del individualismo actual, estas son: desinterés por la política, desconfianza en las mediaciones (se dejan de lado intermediarios entre el político y los ciudadanos), auge de los movimientos sociales en desmedro de los partidos políticos y el anarquismo que se percibe en las protestas.

El Dr. García-Huidobro resalta los problemas que despierta este individualismo, que además de ser insuficiente para la cantidad de adversidades a las que se enfrenta el hombre, se vislumbra, asimismo, en el sector empresarial, en los planes de acción de los gobiernos (que terminan invisibilizando aquello por lo que se lucha), la pérdida de los barrios y el contraste social que se ve en las ciudades (tal como sucede en ciudades como Santiago o Viña del Mar).

Sin embargo, a pesar de que el autor encuentra la incompatibilidad de la derecha con la igualdad, resalta algunos cambios que han tenido lugar en el panorama intelectual de la centroderecha chilena y en parte del centro de inspiración socialcristiana (el autor menciona a intelectuales como Hugo Herrera, Guillermo Pérez).

A partir de una concepción no igualitarista de la igualdad, ciertos académicos jóvenes proponen instituciones fundamentales, concretamente sobre la división del poder, tanto en la estructura del Estado, como en las empresas y las ciudades (donde el ideal que se propone es buscar preservar en los barrios cierto grado de igualdad); interés por las regiones con capacidad de contrarrestar el poder de la capital; la atención que prestan al problema político de la familia, siendo necesario una filosofía pública de la familia en cabeza del Estado. Corolario de esto, se propone dividir el poder en todos sus ámbitos estatales, geográficos, empresariales e incluso universitario; el autor aduce que “la concentración del poder universitario, su reducción a las universidades estatales, significa una considerable restricción de la libertad”.

Otro punto de quiebre en la comunidad chilena se fue dando en el ámbito universitario, donde el autor identifica a los alumnos –de hoy en día– como alumnos “barra libre” y “alumno-cliente”. El primero es quien acude a la universidad por el mero motivo de “pasarla bien”, mientras que el segundo es el que paga y reclama que se le entregue un servicio de acuerdo con sus preferencias (lo cual no se resuelve mediante la gratuidad de los niveles educativos). Asimismo, se encuentran los anarquistas y asambleístas, lo más elocuente de estas figuras se presenta en los paros o en una toma, “soluciones” que no terminan por resolver ninguna injusticia, ya que parando la enseñanza, aprendizaje e investigación no es la manera de encontrar la solución. Y la tercera corriente que sacude a las universidades es la burocracia que adopta la filosofía tecnocrática, que pretende manejar la universidad como si fuera una empresa y que reduce la búsqueda del saber en datos duros.

Por otro lado, parte de la crisis chilena también se debe a los problemas que presenta el abstencionismo y desinterés político, a partir de que el voto ya no es más obligatorio en Chile, debiendo serlo, ya que votar es la mínima contribución de un ciudadano al bien común.

En síntesis, todos estos factores culminaron en los episodios del año 2019 en Chile (con la destrucción de edificios, paros universitarios, saqueos en supermercados); en otras palabras, se derribó en una República totalmente en ruinas.

Sin perjuicio de esto, el autor propone “la lenta tarea de recuperar la comunidad”. Propone que para la adecuada funcionalidad de la sociedad es necesario que esta se apoye en la llamada “sociedad civil”, no solo porque sus fuerzas son enormes, sino porque es allí donde se vive de modo más genuino la experiencia de comunidad. La sociedad civil lleva a cabo iniciativas educacionales a favor de los menos favorecidos; se ocupa de las personas afectadas por diversas discapacidades; entrega atención a los enfermos terminales o a la tercera edad; y realiza un sinnúmero de tareas que ningún Estado puede desarrollar de modo tan personal. Dentro de las comunidades más relevantes se encuentran las de carácter religioso, pero debido al avance de la secularización y al desprestigio de la Iglesia católica, muchas personas han abandonado esa cercanía con la religión o prefieren hacerse una religión a la carta, donde no existan las exigencias que plantea la fe. Es por ello que, según el autor, es necesario fortalecer el interés de la sociedad por la religiosidad.

En segundo lugar, corresponde fortalecer el cuidado de los espacios públicos, la dignidad del trabajo y recordar el valor de la autoridad y la ley, lo cual no es tarea fácil, porque sus actores están totalmente desprestigiados, los políticos y los parlamentos gozan de escasa confianza por parte de la sociedad; tarea que el autor califica como ardua, ya que implica fortalecerlo

desde la educación universitaria. Sumado a lo anterior, también propone enriquecer el patriotismo (casi perdido), explicado como un valor que exige atender al pasado, honrar las tradiciones y mostrar agradecimiento por las generaciones precedentes.

Finalmente, propone que la política debe tener presente en sus actuaciones difundir el ideal de familia, ya que la familia es la que enseña y permite vivir de modo natural las relaciones que se derivan en la comunidad. Resulta curioso que el autor proponga fortalecer aquellos valores que en el principio de su obra advirtió que se encontraban en crisis (la familia, religión, la educación y el barrio).

OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *LAICISMO: SOCIEDAD NEUTRALIZADA*, MADRID, DIGITAL REASONS, 2014, 84 PP.

**Morena Echegaray
Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina
Contacto: morenaechegaray6@gmail.com**

Recibido: 5 de junio de 2022
Aprobado: 7 de junio de 2022

Para citar este artículo:

Echegaray, M. (2022). “Ollero Tassara, Andrés, *Laicismo: Sociedad neutralizada*”, Madrid, Digital Reasons. *Prudentia Iuris*, N. 94. pp.33-35

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.33-35>

Andrés Ollero nació en Sevilla en 1944, ciudad donde cursó sus estudios universitarios y obtuvo un Premio Extraordinario de Licenciatura en 1965. Su carrera académica continuó en la Universidad de Granada, donde obtuvo el grado de Doctor en 1969. Más tarde amplió sus estudios en Múnich y en Roma. Fue Profesor Adjunto por concurso y Profesor Agregado de Filosofía del Derecho en 1982, Catedrático en 1983 y Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos a partir de 1999. Fue Diputado por Granada, miembro de la Junta Electoral Central y Magistrado del Tribunal Constitucional. Autor de 29 libros y 309 artículos y capítulos de libro de su especialidad.

El presente libro está compuesto por 14 capítulos, junto con el prólogo y un capítulo 15, donde hace alusión a las referencias utilizadas.

Andrés Ollero explica que el laicismo propone una tajante no contaminación entre poderes públicos y convicciones religiosas. Afirma que hay que

entenderlo como un diseño del Estado absolutamente ajeno al fenómeno religioso. El autor se siente “expropiado” cuando, por ser laico, parece estar obligado a comportarse como si fuera no creyente. Esta identificación se ha dado en el ámbito cultural en Italia, donde hay que elegir entre ser católico o laico.

La laicidad positiva plasmada en la Constitución española implica el efectivo reconocimiento de la libertad religiosa como derecho fundamental del ciudadano, a cuyo servicio el Estado ha de mantener con las confesiones las consiguientes relaciones de cooperación.

La Constitución española de 1978 no contiene, ni en su preámbulo ni en su texto articulado, referencia expresa alguna a Dios. Pero no puede derivarse de ello que configura un Estado laico, ya que para hacerlo es preciso ahondar en su regulación de los derechos y libertades fundamentales y determinar qué se entiende por laico.

El artículo 16.1 descarta toda óptica laicista cuando dice “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”.

El artículo 16.2 rechaza toda práctica inquisitorial al asegurar que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Una inmediata consecuencia es una elemental exigencia de laicidad. Para preservar un abierto pluralismo es preciso aceptar que toda propuesta civil se fundamenta, directa o indirectamente, en alguna convicción y que resulta irrelevante que ésta tenga o no parentesco religioso.

Arriba con esto a que la Constitución española comienza por emparejar “libertad ideológica, religiosa y de culto”, cerrando así el paso a la dicotomía laicista: intentar remitir a lo privado la religión y el culto, reservando el escenario público solo para un contraste entre ideologías libres de “toda sospecha”. Concluye que nada más ajeno a la laicidad que convertir al laicismo en religión civil.

En su artículo 16.3 menciona tres cosas: ninguna confesión tiene carácter estatal; los poderes públicos han de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española; y, como consecuencia, mantendrán relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.

Es claro cómo el artículo 16 de la Constitución española ha convertido la aconfesionalidad en uno de los rasgos distintos del Estado Social y Democrático de Derecho. Menciona cómo se esgrime una presunta neutralidad para, en realidad, neutralizar toda relevancia pública de las convicciones religiosas, discriminándolas respecto a las ideológicas, filosóficas o morales. Se ha llegado a defender, desde un concepto de democracia, que (en aras de esa neutralidad) los poderes públicos no solo tienen que evitar todo contacto con las confesiones sino también con la sociedad misma, en la medida que ésta conserve las huellas de presencia secular.

Para el autor, es obvio que todo esto va dirigido contra la Iglesia católica, directamente aludida con el citado artículo de la Constitución. Por ende, nos encontramos ante una asignatura pendiente de su transición democrática, la de asumir que el poder político puede y debe convivir con la autoridad moral que unas u otras confesiones pueden alcanzar por su prestigio ciudadano.

La laicidad exige neutralidad de intenciones: el Estado será neutral, en la medida en que no adopte decisiones directamente encaminadas a potenciar o privilegiar a una confesión religiosa, yendo más allá de lo que las creencias de sus ciudadanos demanden. Pero esa misma laicidad descarta que la actividad de los poderes públicos haya de ser neutra, no hay que garantizar una neutralidad de efectos, aquilatando si una u otra medida podrá repercutir más o menos sobre ciudadanos de una u otra confesión. Si van a tener en cuenta sus creencias, es para cooperar a su libre ejercicio.

Andrés Ollero es partidario de una laicidad positiva, ajena a todo clericalismo. Considera que España experimenta un laicismo autoasumido por los propios católicos, por inhibición, concluye que es peligroso ya que, si el Obispo no habla, sus clericales fieles “se lo echarán en cara y si habla peor”. El clericalismo civil, propio del laicismo, ignora los derechos fundamentales y en vez de situar el derecho fundamental de los ciudadanos a la libertad religiosa en el centro de la cuestión, reduce todo a una relación Iglesia-Estado, todo pasa a depender del concordato de turno.

La conclusión a la que llega es que más allá de la mera aconfesionalidad, considera que la clave de la laicidad positiva está en situarla en el centro del derecho fundamental que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos. Por último, hace una distinción entre los derechos que tienen fundamento en la justicia y en la tolerancia. Hay quien identifica indebidamente la tolerancia con el regalo de derechos. La justicia consiste en dar a cada uno lo que es suyo, su derecho. La tolerancia consiste en dar a uno lo que no es suyo; algo a lo que no tiene derecho, sino que es mero fruto de la generosidad ajena. Busca con eso dejar en claro que él como titular de un derecho fundamental (la libertad religiosa), no tolera que lo toleren.

PARTE II

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

ACERCA DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS NEURODERECHOS: LA INNOVACIÓN CHILENA

Pablo López Silva*

Escuela de Psicología, Instituto de Filosofía,
Universidad de Valparaíso Chile, Valparaíso, Chile
Contacto: pablo.lopez.silva@gmail.com

Raúl Madrid**

Facultad de Derecho y Facultad de Filosofía,
Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile
Contacto: rmadrid@uc.cl

Recibido: 16 de marzo de 2022
Aprobado: 28 de mayo de 2022

Para citar este artículo:

López Silva, P.; Madrid, R. (2022). “Acerca de la protección constitucional de los neuroderechos: la innovación chilena”.

Prudentia Iuris, N. 94, pp.39-68

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.39-68>

* Profesor Adjunto de la Escuela de Psicología y Profesor de Posgrado del Instituto de Filosofía de la Universidad de Valparaíso (Chile); Psicólogo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile); Máster in Research y PhD in Philosophy, The University of Manchester (Manchester, Reino Unido). Contacto: ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7457-7724>.

** Profesor Titular Ordinario, Director del Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología de la misma Universidad. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-4592-6985>. En lo que a este investigador se refiere, el artículo forma parte del Proyecto FONDECYT N° 1190895, titulado: “La deconstrucción del Derecho. Análisis de tres binomios jurídicos en discusión”, en el cual el autor se desempeña como Investigador Principal.

Resumen: Después de un proceso legislativo de más de dos años, se ha promulgado en la República de Chile la Ley N° 21.383 (14 de octubre de 2021), que modifica la Carta Fundamental con el objeto de incorporar la protección de las personas frente al desarrollo científico y tecnológico, concretamente en su dimensión “cerebral”. Esta reforma constitucional es reflejo de la preocupación por la forma en que el avance neurotecnológico podría impactar en la sociedad, cuestión que ha impulsado el surgimiento de una doctrina orientada a proteger los bienes jurídicos que se verían amenazados en este contexto, expresándose en el concepto de “neuroderechos”. El presente trabajo reflexiona sobre las bases conceptuales y jurídicas del mensaje contenido en el proyecto que da origen a esta primera reforma constitucional a nivel mundial para proteger los “neuroderechos”, así como sobre el texto mismo de la norma recientemente promulgada. Se incluyen en el trabajo comentarios generales y específicos, con el fin de contribuir en la discusión y al progreso del desarrollo de marcos legales que protejan a las personas ante las amenazas de potencial mal uso de diversas neurotecnologías invasivas y no-invasivas.

Palabras clave: Neuroderechos, Neurotecnología, Neurociencias, Privacidad mental.

About the constitutional protection of neurorights: chilean innovation

Abstract: After a legislative process of more than two years, the Law No. 21.383 has been enacted in the Republic of Chile (October 14, 2021), which amends the Constitution in order to incorporate the protection of people against scientific and technological developments, specifically in its “cerebral” dimension. This constitutional reform reflects the concern about the way in which neurotechnological progress could impact on society, an issue that has prompted the emergence of a doctrine aimed at protecting the implicit legal rights that would be threatened in this context, expressed in the concept of neuro-rights. This paper reflects on the conceptual and legal bases of the message contained in the project that gives rise to this first constitutional reform to protect “neuro-rights” at world level, as well as on the text of the recently enacted norm. General and specific comments on the constitutional reform are included in the work in order to contribute to the discussion and progress in the development of legal frameworks that protect people from the threats of potential misuse of various invasive and non-invasive neurotechnologies.

Keywords: Neurorights, Neurotechnology, Neuroscience, Mental Privacy.

Sulla protezione costituzionale dei neurodiritti: l’innovazione cilena

Sommario: Dopo un processo legislativo di più di due anni, nella Repubblica del Cile è stata promulgata la legge N. 21.383 (14 ottobre 2021), che modifica la Carta fondamentale con l’obiettivo di incorporare la protezione delle persone di fronte allo sviluppo scientifico e tecnologico, in particolare nella sua dimensione “cerebrale”. Questa riforma costituzionale è un riflesso della preoccupazione per il modo in cui il progresso neurotecnologico potrebbe avere un impatto sulla società, una questione che ha portato alla nascita di una dottrina volta a proteggere i diritti giuridici impliciti che sarebbero minacciati in questo contesto, espressi nel concetto di neuro-diritti. Questo articolo riflette sulle basi concettuali e giuridiche del messaggio contenuto nel progetto che ha dato origine a questa prima riforma costituzionale a livello globale per proteggere i “neurodiritti”, così come sul testo della stessa legge recentemente promulgata. Commenti generali e specifici sono inclusi nel documento, con l’obiettivo di contribuire alla

discussione e al progresso nello sviluppo di quadri giuridici che proteggono le persone dalle minacce di un potenziale uso improprio di varie neurotecnologie invasive e non invasive.

Parole chiave: Neurodiritti, Neurotecnologia, Neuroscienze, Privacy mentale.

1. La mente en un mundo neurotecnologizado

Los actuales avances en neurotecnología y neurociencias prometen hacer posible la manipulación gradual de la conducta y la conciencia humana mediante la intervención externa del cerebro y del sistema nervioso central¹. Megaproyectos como el *Brain Activity Map* prometen trazar con niveles de precisión sin precedentes la actividad neuroeléctrica a la base de nuestros estados mentales específicos². Esto permitiría modelar patrones neuronales que podrían llegar a hacer públicos aspectos tan íntimos de nuestra vida, tales como los pensamientos y ciertas disposiciones conductuales³, lo que, en consecuencia, podría marcar el comienzo de una verdadera revolución con implicancias en lo conceptual, empírico y lo jurídico⁴. Ahora, aunque el principal objetivo de este tipo de iniciativas es la creación de tratamientos para enfermedades mentales y neurológicas⁵, estas tecnologías podrían también utilizarse para manipular y aumentar la capacidad cognitiva de los ciudadanos conectándolas a interfaces cerebro-ordenador (*Brain-computer interface*, BCI), lo que en la literatura es denominado *cognitive enhance-*

1 Goering, S.; Timothy, B. y Klein, E. (2021). "Neurotechnologies and relational agency". *Philosophy Compass* vol. 16, 5; Yuste, R. (2020a). "Si puedes leer y escribir la actividad neuronal, puedes leer y escribir las mentes de la gente". *El País*, Dic 4th, 2020. Disponible en: https://elpais.com/retina/2020/12/03/tendencias/1607024987_022417.html.

2 Alivisatos, P. A. *et al.* (2012). "The brain activity map project and the challenge of functional connectomics". *Neuron* vol. 21, 970-974.

3 Yuste, R. (2020b). "Can You See a Thought? Neuronal Ensembles as Emergent Units of Cortical Function". *IBM Distinguished Speaker Series*, 2020b. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=QRr_2PuzTZU; Alivisatos, P. A. *et al.* (2013). "The Brain Activity Map". *Science* vol. 339, 1284-1285.

4 Göering, S. *et al.* (2021). "Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies". En *Neuroethics* vol. 14, 365-386; López-Silva, P. (2019). "Preocupaciones neuroéticas sobre la neuroprotección y la construcción de leyes". Ponencia expuesta en la Conferencia: "¿Es hora de los neuroderechos?", 3 de octubre, 2019, Centro de Innovación, Pontificia Universidad Católica de Chile; López-Silva, P. y Madrid, R. (2021). "Sobre incorporar los neuroderechos en la constitución o en la ley". *Revista Chilena de Derecho & Tecnología*, vol. 10, 53-76.

5 Alivisatos, P. A. *et al.* (2013). "The Brain Activity Map". *Science* vol. 339, 1284-1285.

ment (mejora cognitiva)⁶. En cierto modo, y dependiendo del tipo de mejora, todo lo anterior implicaría una profunda y significativa modificación de lo que significa ser humano, incluso más allá de la dimensión estrictamente terapéutica⁷.

Desde un punto de vista ético-político, algunos autores proponen el uso ilimitado de este tipo de intervenciones en la sociedad, sin otra frontera que el desarrollo de la capacidad tecnológica⁸. Sin embargo, además de dar lugar a complejos problemas ético-sociales⁹, ello podría eventualmente incluir la posibilidad de evolucionar hacia otra especie, lo que nos acerca a posiciones poshumanistas respecto del desarrollo humano¹⁰. Desde un punto de vista jurídico, la cuestión parece centrarse en problemas como la tutela de la identidad, igualdad, intimidad o privacidad de diversas dimensiones del sujeto humano ante la masificación de neurotecnologías con acceso a nuestra actividad cerebral¹¹. Finalmente, desde el punto de vista de la neurociencia, la discusión no se limita a aspectos exclusivamente penales (en ocasiones muy resaltados, especialmente a propósito de los procedimientos de prueba y consentimiento), sino que se extiende a otros ámbitos del derecho, en la medida en que su influencia abarca aspectos de la vida cotidiana de los ciudadanos¹². Uno de los asuntos más graves en este contexto sería llegar a disponer de la capacidad para el acceso no consentido a algunos de los

6 Bostrom, N. y Roach, R. (2007). "Ethical issues in human enhancement". En *New Waves in Applied Ethics*. London. Palgrave Macmillan, 120-152; Parens, E. (jan-feb, 1998). "Is better always good? The enhancement project". En *The Hastings Center Report* vol. 28, 1-17.

7 Yuste, R. (2019). "Las nuevas neurotecnologías, y su impacto en la ciencia, medicina y sociedad". En *Lecciones Cajal*. Universidad de Zaragoza, vol. 1, 7; Bedzow, I. (2018). "The confused ethics of cognitive enhancers". En *J Clin Psychiatry Neurosci*. Vol. 1, 12-14; Bostrom, N. y Roach, R. (2007). "Ethical issues in human enhancement". En *New Waves in Applied Ethics*. London. Palgrave Macmillan, 120-152.

8 Persson, I. y Savulescu, J. (2008). "The perils of cognitive enhancement and the urgent imperative to enhance the moral character of humanity". En *Journal of Applied Philosophy* vol. 25, 162-177; Bostrom, N. (2008). "Why I want to be Posthuman". En *Medical Enhancement and Posthumanity*. London. Springer, 107-137.

9 Veit, W. (2018). "Cognitive enhancements and the threat of inequality". En *Journal of cognitive enhancement* vol. 2, 404-410; López-Silva, P. (2021). "Mejoras cognitivas y el problema de la inequidad: entre bioconservadurismo y bioliberalismo". En *Persona & Derecho* vol. 84(1), 183-206.

10 Cfr., por ejemplo, Fukuyama, F. (2002). *Our Posthuman Future. Consequences of the Biotechnology Revolution*. Nueva York. Farrar, Strauss & Giroux y Braidotti, R. (2013). *The Posthuman*. Cambridge. Cambridge University Press.

11 Yuste, R. et al. (2017). "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI". En *Nature* vol. 8, 159-163.

12 Buchanan A. (2011). "Cognitive enhancement and education". En *Theory and Research in Education* vol. 9, 145-162; Schermer, M. (2008). "On the argument that enhancement is 'cheating'". En *Journal of medical ethics* vol. 34, 85-88.

elementos íntimos de la información mental (privacidad) o la manipulación externa de las decisiones (autonomía); en otras palabras, influir en procesos neurobiológicos y neuropsicológicos que se encuentran en la base de la conducta y producción de estados mentales específicos de un sujeto, y así, controlar aspectos específicos de su voluntad. Finalmente, debe mencionarse también el peligro que representaría llegar a consagrar un “derecho” de los ciudadanos a acceder a las mejoras cognitivas o morales no terapéuticas, que podría derivar en un “mercado” de mejoras humanas, cuyo progreso fuera indefinido (e incluso eventualmente financiado por el Estado).

Para algunos, este tipo de escenarios es aún distante¹³. Sin embargo, la evidencia parece sugerir lo contrario. Al ya conocido “NeuraLink” desarrollado por Tesla Company, se le suma el trabajo de Facebook que, basado en investigaciones de Makin, Moses y Chang (2020), se encuentra actualmente desarrollando una BCI no intrusiva llamada “Brain-to-text”. Esta BCI permitiría a los usuarios escribir en sus teléfonos simplemente mediante el pensamiento consciente de aquello que les gustaría escribir (Facebook Reality Lab 2020). En la misma línea, el denominado “Kernel-Flow” es una BCI que utiliza tecnología infrarroja para transmitir información neuronal en tiempo real a cualquier usuario que tenga el dispositivo. De no ser reguladas, el mal uso de este tipo de tecnologías podría tener importantes repercusiones psicológicas y neuronales en los usuarios¹⁴. En la hipótesis de que pudieran ser jaqueadas, podrían incluso dejar en evidencia parte importante de nuestra vida mental.

Recientemente, este tipo de escenario ha dado lugar al surgimiento de una doctrina orientada a proteger los bienes jurídicos implícitos en la discusión acerca del impacto de la neurotecnología en la sociedad, contexto en el cual surgen –novedosos pero difusos– conceptos tales como *neurodatos* (información que directamente representa el funcionamiento del cerebro humano, siendo aquí “información” toda noticia o contenido relativo a una persona natural identificada o identificable¹⁵) y *neuro-privacidad* (referida a la protección de la intimidad de la información neuronal de las personas)¹⁶. Así, en la discusión actual, las nociones recién mencionadas

13 Zúñiga-Fajuri, A. *et al.* (2021). “Neurorights in Chile: Between neuroscience and legal science”. En *Developments in Neuroethics and Bioethics* vol. 4, 165-179.

14 Hildt, E. (2022). “A Conceptual Approach to the Right to Mental Integrity”. En López-Silva, P. & Valera, L. (Eds). *Protecting the Mind: Challenges in Law, Neuroprotection, and Neurorights* (87-97). Amsterdam. Springer.

15 Hallinan, D. y Gellert, R. (2020). “The Concept of ‘Information’. An Invisible Problem in the GDPR”. En *SCRIPTed* vol. 17, 273.

16 Goodenough, O. y Tucker, M. (2010). “Law and Cognitive Neuroscience”. En *Annual Review of Law and Social Science* vol. 6, 64.

parecen configurar el objeto de lo que debiera proteger el sistema jurídico con la denominación de *neuroderechos*.

Ahora bien, dada la novedad del debate científico propiamente tal, tales nociones y sus respectivas aplicaciones al ámbito jurídico parecen estar acompañadas de un buen número de incertezas en el plano normativo, cuya definición depende en gran medida del curso que sigan las investigaciones científicas, y de la exacta traducción jurídica que termine haciéndose en cada cuerpo legal concreto. En este contexto, el presente trabajo se propone clarificar algunos aspectos fundamentales sobre la forma de incorporación de los *neuroderechos* en los ordenamientos jurídicos. Para ello, (a) se examinarán los aspectos más relevantes vinculados con la noción que nos ocupa con objeto de intentar aclarar el mensaje, la justificación y algunas dificultades teóricas contenidas en la primera iniciativa constitucional para consagrar los *neuroderechos*: el caso de Chile. A continuación, (b) formularemos algunos comentarios críticos respecto del proyecto de reforma constitucional antes mencionado.

2. Neuroderechos y la preocupación sobre la protección de lo mental

El desarrollo del concepto de *neuroderechos* parece sustentarse en la idea de que la actual protección normativa del derecho a la privacidad de la información no sería suficiente para la información neuronal (*neurodatos*)¹⁷. El argumento se basa en que se trataría de una modalidad especial y compleja de información que requeriría una actualización de la normativa relativa a la protección de datos, destinada a incluirla específicamente¹⁸. El tema tendría, además, una ramificación hacia la teoría de los derechos humanos, ya que obligaría a revisar si dichas estructuras normativas se encuentran actualmente en las mejores condiciones para abordar de manera adecuada la protección de estos *neuroderechos*.

Para comprender el sentido que tiene este nuevo concepto, es necesario identificar algunos hitos fundamentales del contexto de su formación. En el año 2013, el gobierno de Barack Obama anunció la creación del *Brain Activity Map*, proyecto que prometía ofrecer una nueva y revolucionaria radiografía de la forma en que la actividad eléctrica del cerebro *produce* (en

17 Hallinan, D. *et al.* (2014). "Neurodata and Neuroprivacy: Data Protection Outdated?" En *Surveillance & Society* vol. 12, 70.

18 Ienca, M. y Andorno, R. (2017). "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology". En *Life Sci Soc Policy* vol. 13, 1-27.

tiempo real) fenómenos mentales, tales como la percepción visual, la *acción* voluntaria, las memorias, los pensamientos y la conciencia corporal¹⁹. El rápido avance neurotecnológico producido por la iniciativa estadounidense –y sus posteriores homólogas internacionales– inspiró a Yuste a adoptar una visión crítica respecto de las posibles repercusiones sociales que estos desarrollos podrían tener. En 2017, Rafael Yuste –neurobiólogo español y Profesor de la Universidad de Columbia, Nueva York– ayudó a organizar el *Morningside Group* en el que se desarrolló el concepto original de *neuroderechos*. Durante el mismo año, Yuste ofreció una conferencia en Chile invitado por algunos parlamentarios al “Congreso Futuro”. En la ocasión, el autor comentó algunos de los principales desafíos relacionados a los riesgos de la irrupción y masificación de las neurotecnologías en la sociedad. Esta visita inició un pionero proceso de colaboración entre Yuste y el Gobierno chileno para la creación del primer proyecto de ley y otro de reforma constitucional enfocados en la inclusión de los *neuroderechos* en un aparato legal específico por primera vez en la historia.

La preocupación que lleva a la creación de los *neuroderechos* se ha especificado en cuatro ámbitos en la literatura actual: (a) el derecho a la libertad cognitiva, (b) el derecho a la privacidad mental, (c) el derecho a la integridad mental, y (d) el derecho a la continuidad psicológica²⁰. Por su parte, la *NeuroRights Initiative* de la Universidad de Columbia –liderada por Yuste– aboga por el reconocimiento de cinco *neuroderechos*: (a) el derecho a la identidad personal, es decir, la formulación de fronteras que impidan a la tecnología alterar el sentido del yo; (b) el derecho al libre albedrío, entendido como el control sobre las propias decisiones; (c) el derecho a la privacidad mental. En otros términos: cualquier dato obtenido gracias a la medición de la actividad neuronal debe ser considerado como privado; (d) el derecho a un acceso igualitario a la mejora mental. Se sostiene que es necesario producir reglas de derecho nacional e internacional con objeto de regular el desarrollo y aplicación de las mejoras mentales, y (e) el derecho a la protección de “prejuicio algorítmico”, es decir, el sesgo a la hora de usar y programar la inteligencia artificial²¹.

Actualmente, tanto el proyecto de reforma constitucional como el de ley se encuentran siendo discutidos en el Senado en distintas etapas para

19 Alivisatos, P. A. *et al.* (2012). “The brain activity map project and the challenge of functional connectomics”. En *Neuron* vol. 21, 970-974.

20 Ienca, M. y Andorno, R. (2017). “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”. En *Life Sci Soc Policy* vol. 13, 5.

21 Para revisar los cinco *neuroderechos* propuestos por la *NeuroRights Initiative*, ver: https://neurorights-initiative.site.drupaldistest.cc.columbia.edu/sites/default/files/content/The%20Five%20Ethical%20NeuroRights%20updated%20pdf_0.pdf.

su eventual aprobación y promulgación. Procederemos ahora a analizar el proyecto de reforma constitucional en dos partes: la primera, en torno a sus fundamentos teóricos, y la segunda, relativa a la modificación normativa en sí misma.

2.1. El Mensaje del Proyecto y algunas cuestiones teóricas

El proyecto de reforma constitucional fue presentado por senadores de diversos sectores políticos el 7 de octubre de 2020 (Boletín N° 13.827-19)²², utilizando como premisa la idea de que alcanzar nuevos saberes en el ámbito neurotecnológico conlleva una mayor capacidad de control del individuo sobre su entorno, es decir, podrían llegar a convertirse en una amenaza para la autonomía y la libertad individual. La idea implícita es que el mayor conocimiento del funcionamiento del cerebro debiera conducir a reflexionar sobre qué tipo de supervigilancia de la actividad neuronal de un sujeto se espera por parte de terceros (sobre todo, teniendo en cuenta potenciales aplicaciones comerciales de ese tipo de tecnología)²³. El argumento del Mensaje del Proyecto de reforma constitucional es semejante al que realizan Persson y Savulescu para justificar el mejoramiento moral²⁴, pero aplicado a los *neuroderechos*: dado que la decisión de conocer el funcionamiento del cerebro está tomada –y hasta puede beneficiar a sujetos con diversas patologías de origen neurológico–, es preciso evitar los abusos (pues el uso terapéutico parece aceptable, como los implantes cocleares para la sordera, o los estimuladores de médula espinal para tratar la enfermedad de Parkinson)²⁵. Ahora bien, el problema que se advierte, en relación con el control, no solo está vinculado con la privacidad (consciente y subconsciente), sino también

22 Senado de la República de Chile. *Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, que modifica el artículo 19, número 1°, de la Carta Fundamental, para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/09/Boletin-13827-19-neuroderechos.pdf>.

23 En la misma fecha también fue presentado un Proyecto de Ley: Boletín N° 13828-19, al que no nos referiremos en este texto.

24 El razonamiento de estos autores es el siguiente: puesto que los científicos no van a dejar de avanzar en el desarrollo de mejoras cognitivas, es preciso proceder al mejoramiento moral de la población, para que las use de manera ética y legal. Cfr. Persson, I. y Savulescu, J. (2008). “The perils of cognitive enhancement and the urgent imperative to enhance the moral character of humanity”. En *Journal of Applied Philosophy* vol. 25, 162-177.

25 Mensaje del Proyecto, p. 2.

con la autonomía, porque las mencionadas tecnologías también podrían conseguir que los individuos actuaran en contra de su voluntad real al inducir biotecnológicamente pensamientos o inclinaciones. Recientemente, Yuste (2020) advierte que, de poder leer y transcribir la actividad neuronal de forma tan específica como lo prometen proyectos como *the Brain Initiative*, podríamos finalmente leer y transcribir *mentes*²⁶. El debate ético-jurídico se vuelve más relevante al observar que la mera posibilidad de recopilar y grabar la actividad neuronal que produce estados mentales específicos en un sujeto podría abrir la posibilidad para que científicos no solamente pudiesen “leer mentes”, sino también controlarlas mediante la manipulación de esa actividad neuronal específicamente mapeada, grabada y codificada. A esta última posibilidad, Yuste (2020a) le ha denominado “hackeo-cerebral” y parece ser una de las amenazas más graves y reales a la privacidad de nuestra actividad neuronal y, por lo tanto, al derecho de autodeterminación como seres humanos (Collecchia, 2021).

La base para justificar el Proyecto que desarrollaba el Mensaje en cuestión es, por lo tanto, que ninguno de los textos normativos actuales sobre DD. HH. hace referencia específica a la protección de la autonomía y la identidad psíquica, y por lo tanto es necesario proceder a hacerlo de manera positiva. Tal carencia es la que sirve para justificar también la propuesta de Yuste y su equipo de incorporar cláusulas que protejan específicamente los *neuroderechos*, mediante instrumentos internacionales de alto nivel que definan los tipos penales relativos al ámbito neurotecnológico y a la inteligencia artificial²⁷, de manera similar a las prohibiciones enumeradas en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2010). Por otro lado, es importante indicar que la Convención Americana de Derechos Humanos ha reconocido expresamente la dignidad como un valor clave en el artículo 11, por cuanto: (n. 1) “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; (n. 2) “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” y (n. 3) “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injeren-

26 Para muchos esta afirmación podría sonar como una exageración. Sin embargo, ya existen avances en neurotecnología que permiten traducir actividad cortical en acciones con propósito específico (el caso de Neuralink) y pre-visualizar pensamientos básicos en una pantalla de ordenador bajo condiciones controladas. Ver Yuste, R. (2020b). “Can You See a Thought? Neuronal Ensembles as Emergent Units of Cortical Function”. En *IBM Distinguished Speaker Series*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=QRr_2PuzTZU.

27 Yuste, R. et al. (2017). “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”. En *Nature* vol. 551, 159-163.

cias o esos ataques”. Sobre esta base, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido, además, que existe una relación muy cercana entre la dignidad y el derecho a la integridad física y psíquica, entendiendo la integridad del ser humano como una manifestación concreta de dicha dignidad²⁸. Según los autores del Mensaje, este punto resultaría fundamental para explicar la ubicación del derecho a la neuroprotección en la raíz misma de las garantías constitucionales.

Otra variable significativa para la inclusión del derecho en comentario dentro de la Constitución –según los legisladores– es el papel de la (nueva) tecnología en el mundo contemporáneo. Esta cuestión es de la mayor relevancia, por cuanto la variable tecnológica se erige como un verdadero paradigma de significado en la cultura contemporánea, y así es reconocida hoy casi universalmente. El uso de la técnica, sin embargo, no es nuevo, sino que ha acompañado al hombre desde sus orígenes. El siglo XIX, al igual que el siglo XXI, también proclamó la técnica como clave explicativa de sus procesos sociales y culturales, y de seguro en otros momentos de la historia ha ocurrido lo mismo. ¿Cuál sería, entonces, la diferencia, o esa condición específica de nuestro tiempo que distinguiría el cambio tecnológico contemporáneo como excepcional respecto de los anteriores? La respuesta parece estar en la capacidad de distribuir y manipular la información, así como en la naturaleza de los datos que hoy pueden llegar a convertirse en información pública. De ahí que pasen a considerarse “ambiguas” algunas fronteras que antes parecían indudables y firmemente establecidas, como la de la mente humana, que ahora nos ocupa. El desafío a los límites naturales implica siempre el riesgo de manipular aspectos de la realidad que no están dispuestos a someterse realmente a nuestro control, como en la fábula del *Aprendiz de brujo*²⁹. De aquí que el Mensaje del Proyecto sostenga que “la consagración constitucional del derecho a la neuroprotección deriva de la necesidad de proteger la dignidad humana frente al uso de nuevas técnicas, en especial en lo tocante a la protección del ‘cerebro humano’, concepto que no se agota solo en una dimensión física, sino que más bien se expande hacia su dimensión de potencialidad mental que envuelve los misterios de la existencia humana y es por esa razón que debe tener la máxima protección *ius fundamental*”³⁰.

En este contexto, un aspecto central consiste en precisar cuál es, según el Proyecto, el contenido esencial del eventual derecho constitucional

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *J. vs. Perú*, Caso 11.769, 2013, Serie C, No. 275, párr. 363.

29 Madrid, R.; Widow, J. L. y Valera, L. (2021). “Prólogo a ¿Humanidad sin fronteras? Transhumanismo, posthumanismo y Derecho”. En *Revista Persona y Derecho* vol. 84, 8.

30 Mensaje del Proyecto, p. 8.

a la protección neuronal. Ello interesa en sentido positivo, para determinar exactamente en qué consiste el derecho, y en sentido negativo, para conocer sus límites y el modo en que especifica la acción de terceros. Como recuerda Nogueira, el límite de un derecho es la frontera entre lo que algo es y lo que no es; consiste en parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. La frontera del derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido, prefijado, dentro del cual implica contorno³¹.

El Proyecto sostiene que el derecho a la protección de la actividad neuronal tiene un contenido “múltiple”, es decir, que dispone de un conjunto de prerrogativas que, por una parte, se traducen en la potestad para rechazar ataques o transgresiones arbitrarias, y por otra, requieren de acciones positivas por parte de la autoridad civil para asegurar su protección, aludiendo a la “función instauradora” del derecho propuesta por Zagrebelsky, el cual indica que “la reivindicación de derechos constituye una manifestación de vigor y madurez de una sociedad, un signo de progreso hacia una meta representada por la autonomía humana frente a cualquier realidad social que pretenda ser asumida como ‘dato’”³².

En este sentido es importante indicar que la existencia de derechos naturales anteriores al Estado o a la Constitución no se opone al carácter dialéctico del conocimiento humano, sino que más bien lo circunscribe al ámbito de las cosas que pueden de suyo ser modificadas por la perspectiva hermenéutica del discurso. Esto dejaría de lado los asuntos que –por su propia naturaleza– se encuentran más allá de la voluntad humana, que serían justamente aquellas exigencias jurídicas universales a todos los miembros de la especie humanas, que provienen de su esencia. Por lo demás, la Constitución vigente en Chile hasta el momento afirma explícitamente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que *emanan* de la naturaleza humana” (art. 5º, inciso 2º)³³.

Siguiendo a Yuste y a su equipo del *Morningside Group*, el Proyecto identifica cuatro elementos éticos, que supuestamente constituyen el contenido esencial del derecho que se consagra³⁴. Esta enumeración, creemos, no puede ser proclamada como exhaustiva, por cuanto el desarrollo biotecnológico

31 Nogueira, H. (2005). “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”. En *Ius et Praxis* vol. 11, 19.

32 Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid. Ed. Trotta.

33 La cursiva es nuestra.

34 Mensaje del Proyecto, pp. 9 y sigs. El artículo de Ienca y Andorno, antes citado, que también es del año 2017, como el texto de Yuste *et al.* utilizado por los legisladores chilenos, contiene un desarrollo semejante al aquí expuesto: cfr. pp. 27 y sigs.

lógico podría agregar en el futuro aspectos que en la actualidad no pueden ser configurados teórica o normativamente. En otros términos, la propuesta es que el núcleo de la garantía fundamental estaría compuesto al menos por las cuatro líneas que se indican, que son las siguientes:

(a) El derecho a la privacidad de la información producida por la actividad cerebral, a la cual es posible acceder a través de la neurotecnología (*Privacy y Consent*): se trata de la protección de los *neurodatos* a los que el Proyecto caracteriza como “información útil y valiosa”. Esta información –argumentan–, sin los debidos resguardos y medidas de seguridad apropiadas, abriría la puerta para la anulación de la privacidad o de la autodeterminación informativa. Se hace presente que, en Chile, a través de la Ley N° 21.096, se incorporó en la Constitución el derecho a la protección de datos personales como garantía fundamental. Los autores del Proyecto consideran que la modificación que proponen *reforzará* la protección de la información cerebral; este sería, pues, el motivo de la reforma: un auxilio normativo explícito, que haga más poderosa y efectiva una protección ya existente. Tal cosa sería necesaria en razón de la dignidad humana, por cuanto no se trataría de un simple dato personal, sino que más bien de una categoría de información tan personal y radical, que debe ser protegida de manera explícita.

(b) El derecho a la identidad personal y la autodeterminación (*Agency*): en efecto, la neurotecnología abre la posibilidad para anular o alterar la identidad de las personas, sin perjuicio de la ambigüedad inherente al concepto. Así como permite o puede llegar a permitir tratar enfermedades antes incurables, como el Alzheimer o cualquier otro tipo de demencia, también representa un riesgo para la identidad de las personas, toda vez que podría constituir una herramienta para inhibir la conciencia y la determinación del “yo” (mediante el “hacking mental” antes mencionado). En otros términos, mediante la neurotecnología sería posible disminuir la conciencia o generar intersticios amnésicos, entre otros efectos no deseados. El problema de la identidad mental es probablemente el de mayor importancia teórica desde el punto de vista de la persona humana enfrentada al conocimiento detallado del cerebro y el sistema nervioso, y toca cuestiones tan debatidas como la naturaleza espiritual o puramente material de los individuos. El concepto de identidad de conciencia que se utilice estará muy relacionado con el fundamento que se proporcione para la actividad superior de la mente. Así, la auto-comprensión del yo no será la misma si se afirma que el pensamiento, los sentimientos, etc., son el mero resultado de la actividad del cerebro y del sistema nervioso, o si proceden de un principio no material/espiritual.

(c) El derecho a la igualdad frente a las mejoras cognitivas (*Augmentation* o *Cognitive enhancement*). El Proyecto destaca la necesidad de regular el uso de estas nuevas biotecnologías, para evitar posibles atentados a la justicia³⁵. Dentro del conjunto de mejoras que pueden llevarse a cabo en humanos —es decir, junto a las intervenciones meramente terapéuticas—, se encuentran las neuromejoras (*neuroenhancement*), que corresponden a la ampliación de las funciones cognitivas, emocionales y motivacionales de individuos sanos mediante drogas u otros medios³⁶. En sentido estricto, la mejora cognitiva no es terapéutica: no consiste en invertir o compensar deficiencias de la función intelectual producidas por enfermedades mentales, desórdenes neurológicos, o el declive de ellas en la ancianidad. La cuestión es diferente si su objetivo es aumentar el desempeño de la facultad más allá de su estado “normal”.

Hay cierta complejidad en definir lo que es una mejora cognitiva, debido a la gran diversidad de métodos para producirla, unido a los debates científicos, éticos, políticos y jurídicos que suscita. En la actualidad, existe cierto consenso en que cabe concebirla como la amplificación o extensión de las capacidades nucleares de la mente, mediante el aumento o amplificación de nuestros sistemas de procesamiento de la información³⁷. La cognición quedaría así definida como los procesos que un determinado organismo usa para organizar la información, lo que incluye adquirir información (percibir), seleccionarla (prestar atención), representarla (comprender) y retenerla (memorizar), así como utilizarla para guiar el comportamiento (razonamiento y coordinación de los movimientos externos). Así, pues, las intervenciones para mejorar la función cognitiva deben dirigirse a alguna de estas facultades centrales, que serían en realidad procesos³⁸.

Este tipo de mejoras han traído como consecuencia un amplio debate sobre sus efectos sociales³⁹. El aspecto principal radica en la desigualdad

35 López-Silva, P. (2021). “Mejoras cognitivas y el problema de la inequidad: entre bioconservadurismo y bioliberalismo”. En *Persona & Derecho* vol. 84, 183-206.

36 Repantis, D.; Laisney, O. y Heuser, I. (2010). “Acetylcholinesterase inhibitors and memantine for neuroenhancement in healthy individuals: A systematic review”. En *Pharmacological Research* vol. 61, 474.

37 Sandberg, A. (2011). “Cognition Enhancement: Upgrading the Brain”. En *Enhancing Human Capacities*. London. Wiley, 71-91.

38 Dubljevi , V. (2012). “Cognitive enhancement, rational choice and justification”. En *Neuroethics* vol. 6, 179-187; Dubljevi , V.; Venero, C. y Knafo, S. (2015). “What is cognitive enhancement?”. En *Cognitive enhancement: Pharmacologic, Environmental and Genetic Factor*. Amsterdam. Springer, 1-9.

39 Cfr. Blank, R. (2016). *Cognitive Enhancement. Social and Public Policy Issues*. USA. Palgrave/Pivot. Hampshire; López-Silva, P. (2021). “Mejoras cognitivas y el problema de la inequidad: entre bioconservadurismo y bioliberalismo”. En *Persona & Derecho* vol. 84, 183-206.

que producirían en la sociedad, para el caso de que no todos tuvieran acceso a ellas –que es el problema que se plantea el Proyecto en comento. Algunos autores estiman que se produciría una multiplicación de las inequidades distributivas, además de la generación de grupos humanos con un estatuto moral más alto que el del hombre “normal”, lo que llevaría, como dice Buchanan, a una diferencia entre “meras personas” (*mere persons*) y “post-personas” (*post-persons*)⁴⁰. Por esto, mientras algunos autores han propuesto la obligatoriedad de las mejoras⁴¹, otros han defendido su regulación estricta⁴².

Finalmente, además de las mejoras cognitivas, existen también mecanismos de intervención biotecnológica que producirían mejoras “morales”, es decir, llevarían a que los individuos fueran mejores a la hora de decidir en sus acciones particulares, o al menos evitarían que optaran por determinadas alternativas contrarias a los derechos de terceros. Estas capacidades también podrían ser afectadas por los avances de la neurociencia, influyendo en las decisiones concretas de los miembros de la sociedad, por lo que esta preocupación también parece motivar el Mensaje de la iniciativa en comento.

(d) Derecho al control de sesgos de los algoritmos (*Bias*). En virtud del avance tecnológico –argumentan los autores–, muchas de las decisiones más cotidianas son adoptadas por máquinas a través de algoritmos de inteligencia artificial (IA). Se trata de procesos como selección de personal, celebración de un contrato, aceptación de condiciones, buscadores de información, giros de dinero y muchas otras operaciones que se organizan y articulan a través de algoritmos. El sesgo se produce cuando el modelo realiza correlaciones inapropiadas, por ejemplo, al formar falsos nexos entre puntos de datos. También puede tratarse de un sesgo de selección, que se produce cuando la base de datos no es representativa de la diversidad que presenta en el medio social. El Proyecto le otorga al sesgo un contenido ideológico; sin embargo, al asumir que “algunos de esos algoritmos discriminan contra minorías”, en ocasiones funcionarían amplificando las tendencias encontradas en las bases de datos. Puesto que muchas de las tecnologías aplicadas al conocimiento de la mente humana se basan en algoritmos, y los sesgos en su diseño y aplicación serían directamente ejecutados en el cerebro, sería pre-

40 Buchanan, A. (2009). “Moral Status and Human Enhancement”. En *Philosophy & Public Affairs* vol. 37, 347.

41 Persson, I. y Savulescu, J. (2012). *Unfit for the Future. The Need for Moral Enhancement*. Oxford. Oxford University Press.

42 Bedzow, I. (2018). “The confused ethics of cognitive enhancers”. En *J Clin Psychiatry Neurosci*. Vol. 1, 12-14; López-Silva, P. (2021). “Mejoras cognitivas y el problema de la inequidad: entre bioconservadurismo y bioliberalismo”. En *Persona & Derecho* vol. 84, 183-206.

ciso consagrar los debidos resguardos jurídicos frente al *Bias* en la adopción automatizada de decisiones.

Por esta razón, argumentan, en el proyecto de ley que regula la protección de los datos personales (Boletines N° 11.144-07 y N° 11.092-07 refundidos)⁴³, se busca consagrar el derecho de oposición a valoraciones personales automatizadas y el principio de privacidad por diseño (PhD), como mecanismos para hacer frente a los posibles sesgos en la elaboración y diseño de algoritmos. Ahora bien, el “problema del sesgo” en realidad es el problema del “prejuicio” (es decir, la existencia de un juicio anterior, que afecta o modifica el segundo). Esto apunta a un debate previo: si el conocimiento que posee el ser humano se origina en una evidencia o es fruto de un método, es decir, de un proceso de demostración. La respuesta clásica a este problema fue que el punto de partida del conocimiento era la realidad exterior. En este contexto, el pre-juicio, es decir, el juicio anterior al pensamiento formal, no solo no constituía un defecto, sino que apuntaba a la condición misma de la estructura cognitiva humana.

Tiempo después, con el giro metodológico y la intención de aplicar al conocimiento humano las condiciones de “pureza” de las ciencias lógico-empíricas, se convierte al *prejuicio* en un supuesto error del pensar. De este modo, pasa a entenderse que el pensamiento debe carecer de contenidos previos al encuentro entre el intérprete y lo interpretado, surgiendo la búsqueda de la eliminación de toda preconcepción. Esto, sin embargo, es imposible, “en la medida en que todo juicio humano es un acto de la conciencia, y la conciencia es fundamento de identidad: nada puede separar la conciencia de sus preconcepciones, lo que no significa que el agente, desde su individualidad, no pueda ni deba hacer un esfuerzo por separar las preconcepciones que no sean atingentes a la materialidad del juicio que formula. En este sentido, todo juicio y toda decisión humana están configurados por las preconcepciones y por sus pre-juicios. El modo correcto de actuar no es suprimirlos (porque no se puede), sino regularlos de acuerdo con criterios éticos y con criterios de justicia”⁴⁴.

A partir de lo anterior, el Mensaje declara que el derecho a la protección neuronal es un derecho “de textura abierta”, de modo que su desarrollo y su dimensión operativa corresponden al legislador (pero sin afectar su contenido esencial). Se apoya en el artículo 19, N° 26, de la Constitución, al

43 Ver: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11144-07.

44 Amunátegui, C. y Madrid, R. (2020). “Sesgo e inferencia en redes neuronales ante el Derecho”. En *Inteligencia artificial en América Latina y El Caribe. Ética, gobernanza y políticas*. Buenos Aires. CETyS Universidad de San Andrés, 18-9.

que considera como un antecedente normativo de que en Chile existe la garantía de reserva legal, esto es, que los derechos no son ilimitados y exigen una labor de delimitación por parte de los poderes públicos, y ello se reserva exclusivamente al legislador⁴⁵. Considera, además, que la protección de la identidad y de la autodeterminación deben remitirse también –ya sea en su dimensión constitucional o legal– a los tratados internacionales vinculantes para Chile. Del mismo modo –concluyen–, es necesario avanzar en estatutos de sanciones penales a la transgresión ilegal utilizando dispositivos tecnológicos, que coadyuven de manera preventiva a la debida protección de la integridad física y psíquica de las personas.

3. *Neuroderechos* y la reforma constitucional promulgada: breve consideración crítica

De acuerdo con los antecedentes mencionados, la modificación constitucional propuesta es un artículo único que consiste en la incorporación de un nuevo inciso en el artículo 19, N° 1, de la Constitución (integridad física y psíquica), aunque en realidad se relaciona con muchas otras garantías fundamentales. Se busca agregar “algunos elementos esenciales para la debida protección de los derechos humanos ante el desarrollo de la neurotecnología”⁴⁶. Con fecha 6 de septiembre de 2021, la Comisión Mixta, constituida en conformidad a lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Política de la República, propuso el texto que fue aprobado por el Honorable Congreso Nacional iniciado por la moción de los senadores Girardi, Goic, Chahuán, Coloma y De Urresti, que es recogido por la Ley N° 21.383 del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, y promulgada en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2021. Su texto fue el siguiente:

“Ley N° 21.383. Modifica la carta fundamental para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas

Artículo único.- Modifícase el número 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de la siguiente forma:

1) Reemplázase, en el actual párrafo final, el punto y coma por un punto y aparte.

2) Agrégase el siguiente párrafo final, nuevo:

‘El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley

45 Sentencia del Tribunal Constitucional, R. 239-96 C° 9.

46 Proyecto, p. 13.

regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”.

Cabe preguntarse, desde un punto de vista sistemático, si técnicamente era preferible incorporar el problema de los *neuroderechos* en el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución, o bien haberlo convertido en un apartado específico, dentro del catálogo general de derechos que el artículo consagra. Parece evidente que se ha optado por asociar estas nuevas prerrogativas a la idea de “integridad psíquica” que contiene el número 1. Se trata, de todas formas, de una cuestión metodológicamente opinable. Su presencia en el numeral 1 refuerza el valor de la unidad personal también en el ámbito de la conciencia, lo cual en nuestra opinión es un efecto positivo.

3.1. Necesidad de la inclusión constitucional

Un primer punto al que cabe hacer mención tiene que ver con la real necesidad de modificar la Constitución chilena para incluir la protección de los eventuales *neuroderechos*⁴⁷. Las garantías fundamentales son en sí mismas verdaderos principios jurídicos y, por lo tanto, implican en su núcleo un conjunto de normas no explicitadas. En otros términos, el desarrollo de lo que se encuentra implícito en una de estas garantías-principio no afecta su contenido material, y en consecuencia todo lo contenido en el núcleo queda también protegido. El artículo 19, N° 26, de la Constitución garantiza a todos “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Esto se vincula, a su vez, con el artículo 5°, inc. 2°, que afirma que “la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, con lo cual, “el límite del contenido de los derechos se proyecta no solo al legislador, sino también al poder constituyente instituido, estableciendo una garantía de irreversibilidad en materia de derechos fundamentales”⁴⁸.

47 Para lo que sigue sobre este tema, cfr. López-Silva, P. y Madrid, R. (2021). “Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley”. En *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* vol. 10, 61.

48 El Tribunal Constitucional chileno ha indicado, además, que “un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo

Ahora bien, el contenido esencial de la protección de la intimidad está consagrado en el artículo 19, N° 4, el cual dispone: “La Constitución asegura a todas las personas el respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, *la protección de datos personales*. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”⁴⁹. El texto referido incorpora la modificación de la Ley N° 21.096 del 16 de junio de 2018, que otorgó explícitamente rango constitucional a la protección de datos personales en Chile. Con anterioridad a esta ley, la protección de dichos datos se consideraba incluida en el artículo 19, N° 4, de la Constitución (vida privada). Se crea así una reserva legal especial (datos personales) frente a la general, establecida en el artículo 19, N° 26, por la que su tratamiento y protección se convierten en materia de ley. Los datos personales habían sido definidos previamente en la Ley N° 19.628, artículo 2°, como aquellos “relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

Así pues, la garantía expresamente incorporada en la Constitución por la Ley N° 21.096 parece suficiente tutela para este género de información privada, sin que sea necesario agregar un desglose particular. Por esta razón, la modificación constitucional propuesta en el Proyecto que comentamos carecería de una clara justificación técnico-jurídica de fondo. Debe tenerse presente, además, que las garantías constitucionales disponen de una cláusula llamada “de eternidad” (*Ewigheitsklausel*), por lo que no pueden ser modificadas en su espíritu ni siquiera por el cien por ciento de los parlamentarios⁵⁰. Desde una perspectiva hermenéutica, las garantías fundamentales son, además, un catálogo abierto: “[...] por su propia naturaleza consideran la posibilidad de nuevas atribuciones y deberes que se desprendan de los grandes focos de significado que constituyen sus diversos numerales. Los catálogos abiertos se enriquecen a través de la interpretación de las normas ya existentes”⁵¹. De este modo, se podría decir que los *neuroderechos* –al menos en Chile– son subsumibles en las garantías fundamentales que ya existen, y no requieren, por tanto, de una modificación constitucional como la propuesta. Ahora, procederemos a especificar comentarios más específicos respecto de artículo único del Proyecto de reforma constitucional en cuestión.

somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (STCCh rol 43, 24 de febrero de 1987, considerando 21°).

49 La cursiva es nuestra.

50 Tovar, J. (2009). “La ‘garantía de eternidad’ de la cláusula social del Estado democrático de Derecho frente a posibles agresiones por parte del derecho de la Unión Europea”. En *Revista de Derecho Social* vol. 48, 149-161.

51 López-Silva y Madrid, ob. cit., 64.

3.2. *Comentarios al texto propuesto*

Como puede verse, la reforma constitucional promulgada no incorpora nociones de suyo conflictivas como “integridad mental o cerebral”, o “indemnidad cerebral”, como sí figuraban en el título de la propuesta de reforma legal original (Boletín N° 1328-19). En la versión final se estimó –a nuestro juicio, acertadamente– que estos conceptos son parte de un debate que se encuentra doctrinalmente en desarrollo, cuya complejidad científica y epistemológica no puede ser trasladada a una dimensión normativa en el presente estado de la discusión, en la que se hallan aspectos tan decisivos como la determinación de si la conciencia humana responde exclusivamente a fundamentos neurobiológicos, o el ser humano posee un principio espiritual que es responsable de su actividad cognitiva superior. Al reconocer la existencia de discusiones de esta envergadura, en la tramitación del Proyecto se indicó expresamente que se optaría por una solución “más pragmática y amplia”⁵².

La redacción enfatiza de manera directa el deber del Estado de resguardar la “actividad cerebral”, dentro de la declaración general de que las mejoras biotecnológicas deben ser funcionales a las personas, y respetar sus bienes fundamentales, tales como la vida y la integridad. Con ello se buscó evitar propuestas menos claras, orientadas a una protección en los términos existentes hasta ahora, es decir, sin incluir explícitamente las tecnologías que habilitan un registro de la información neuronal, ni la eventual manipulación ilícita de las decisiones personales. Se agrega, además, la expresión “restricciones” a las materias delegadas a la ley, para dotar a la norma jurídica de la potestad prudencial de reducir el ámbito de las intervenciones, materia del Proyecto. En el informe de la Comisión Mixta se advertía que las condiciones normativas en general pueden ser complementadas por vía reglamentaria, siempre que ésta tenga la “densidad normativa” suficiente para ello (se refiere a la capacidad de proteger jurídicamente tanto al que desarrolla las tecnologías, como a quien las usa o padece sus efectos). La idea era que las modificaciones resguardaran la neutralidad de las tecnologías, en el supuesto de que los instrumentos que desarrolla el ser humano no son buenos o malos en sí mismos, sino sólo de manera instrumental al uso que se les da. Pero la ley establece la prohibición o restricción de ciertos usos que deben tener resguardos especiales, y no a las neurotecnologías propiamente tales⁵³.

52 Informe Comisión Mixta, p. 11.

53 Informe Comisión Mixta, p. 7.

La Cámara de Diputados, en el tercer trámite constitucional, eliminó del texto final la expresión “inclusive”, que aludía a la incorporación de la actividad cerebral, y de la información proveniente de ella. La razón que se adujo para ello fue que el término parecía apartar la actividad cerebral –y la información proveniente de ella– del resto de las actividades que se pueden realizar sobre la integridad física y psíquica. De esta manera, consideraron, se evitaba la formación de un criterio interpretativo de exclusión de otras materias, en la consideración de que, si estos elementos requieren de una cláusula especial para ser incluidos dentro de la integridad física y psíquica, existirían otras actividades que estarían excluidas al no estar citadas expresamente⁵⁴. Por ello, se introdujo en su reemplazo la voz “especialmente”, dando a entender que se trata de un modo específico de protección de la integridad, y no de otro “género” diferente que sea “incluido” de manera externa.

Algunas de las versiones previas mencionaban expresamente el deseo de eliminar o matizar el carácter “antropocéntrico” que tendría el artículo 19° de la Constitución. En otros términos, se buscaba poner de manifiesto que el desarrollo de la ciencia y la tecnología no solamente radica en el bienestar humano, sino que también puede hacerse con independencia de éste, como, por ejemplo, en el caso de la protección del medio ambiente⁵⁵. Esta propuesta daba a entender que el medio ambiente tendría un valor en sí mismo, abstractamente considerado, y no en virtud de su funcionalidad al desarrollo de la humanidad. Dicha tesis es compatible con una concepción del hombre –como sujeto jurídico– incapaz de distinguirse cualitativamente de las cosas o bienes, lo que convertiría en discutible el llamado “principio de servicialidad” establecido perentoriamente en el artículo 1°, inciso 4°, de la Constitución, el cual declara que “el Estado está al servicio de la persona humana, y su finalidad es promover el bien común”. Como sostuvo en su momento Soto Kloss, el principio aludido se trata de un “deber jurídico” que la Constitución impone al Estado por causa de su finalidad y del carácter accidental e instrumental que posee; medio de perfeccionamiento de las personas⁵⁶. Por ello, la Constitución supone una concepción instrumental del Estado, el cual no es entendido como un fin en sí mismo, sino que es un medio o instrumento cuyo objeto es favorecer el desarrollo integral de los seres humanos⁵⁷. Todo el apartado de las garantías fundamentales de la Constitución se encuentra amparado en la actualidad por este principio

54 *Ibidem*, p. 4.

55 *Ibidem*, p. 5.

56 Soto Kloss, E. (1995). “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad”. En *Revista de Derecho Público* vol. 57/58, XXVI.

57 Verdugo, M.; Pfeffer, E. y Nogueira, H. (2015). “Bases de la institucionalidad”. En *Derecho Constitucional*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 112.

de servicialidad. Por ello, resulta curiosa la declarada pretensión de evitar el “antropocentrismo”, en la medida en que la norma que proponen busca proteger específicamente las diversas atribuciones *de las personas*, en cuanto sujetos jurídicos reconocidos como tales por la Carta Fundamental y el ordenamiento jurídico vigente.

El Proyecto constituye una suerte de reconocimiento a la naturaleza humana y su integridad desde el punto de vista neurológico, de manera que se agrega explícitamente a estas nociones una nueva dimensión de ella, fruto de los avances tecnológicos que permiten conocer de mejor modo el funcionamiento del cerebro. Así, la reforma constitucional que nos ocupa puede ser entendida como una explicitación del contenido esencial de la garantía, un desarrollo relativo a las determinaciones espacio-temporales de concreción de los derechos, a propósito de las nuevas posibilidades técnicas que ofrece el desarrollo de la ciencia y la tecnología. El texto final no identifica los derechos concretos asociados al bien protegido, como sí ocurre en el caso de otras garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución. Es razonable suponer que se ha tenido en mente la clasificación antes señalada, elaborada por Yuste y su equipo del *Morningside Group*. Desde el punto de vista teórico, subsiste el problema de que estas nociones se encuentran todavía en un proceso de desarrollo y configuración, de manera que no hay unanimidad sobre su contenido, límites y características. Por ello, resulta complejo determinar a estas alturas del desarrollo biotecnológico, por ejemplo, qué quieren decir exactamente conceptos tales como “identidad neuronal”, ni cuáles son sus posibles efectos jurídicos. Este problema parece ser una de las objeciones más relevantes a la hora de escribir un texto normativo sin que contenga elementos demasiado abiertos o difusos, y es soslayado justamente para evitar la discusión teórica, como se indicaba antes.

El texto de la reforma deja espacio para la elaboración jurisprudencial del concepto de *neuroderechos*, sin perjuicio de todo lo que se ha explicado en el Mensaje. Si el tema no se resuelve en el plano legislativo, se trasladaría probablemente a los Tribunales de Justicia. El problema principal es que, dentro de la misma doctrina, no existe un acuerdo general sobre qué sería exactamente un derecho neuronal, como tampoco existe total precisión sobre qué debe entenderse por la noción de “mejora cognitiva”, cuya distinción respecto de las mejoras emocionales o las mejoras morales es también problemática. El caso del mejoramiento de la “empatía”, por ejemplo, es sintomático de lo que decimos, por cuanto podría caer en cualquiera de los tres tipos⁵⁸.

⁵⁸ Batson, C. D. (2009). “These things called empathy: Eight related but distinct phenomena”. En *The social neuroscience of empathy*. Cambridge. MIT Press, 3-16.

Cabe también preguntarse si este nuevo derecho que se consagra es un derecho autónomo, o bien se une a otros cercanos. La protección de la intimidad neuronal, en principio, puede concebirse vinculada al derecho a la vida y la integridad física y psíquica, tal como ha determinado el Proyecto en comento (art. 19, N° 1). Pero es evidente que también le es propio un vínculo con la protección de datos personales, como se ha señalado más arriba (art. 19, N° 4). Creemos, además, que aquí debería estar incluido el derecho a la propia imagen, cuestión que en Chile se encuentra protegida implícitamente en la Constitución chilena, ya sea porque es un aspecto de la dimensión externa del derecho al respeto de la vida privada (“constituyendo el aspecto más externo que es el de la figura humana, que garantiza también un ámbito de autonomía y control respecto de sus atributos más característicos y definitorios de la propia persona, posesión irreductible e inherente a ella”⁵⁹), o bien porque se trata de un derecho esencial de la persona, teniendo un carácter autónomo, aunque sea relativo a la privacidad en un sentido amplio. Además, se advierte una relación con la igualdad ante la ley (art. 19, N° 2), por causa de los innumerables problemas que podrían generarse a partir de un proceso de intervención neurotecnológica parcial o inequitativo. Finalmente, cabe también un vínculo evidente con la autonomía o libertad personal (art. 19, N° 7).

Pueden formularse también algunas observaciones respecto del consentimiento requerido para el uso de estas tecnologías. La modificación original incluía el consentimiento como condición de posibilidad de las intervenciones biotecnológicas a las que apunta. Se ponía como ejemplo la práctica del boxeo, en el que las personas dan su consentimiento para participar en una actividad en la que podrían, eventualmente, ser lesionadas, por cuanto se trataría de la misma situación que el caso que nos ocupa: “Las personas pueden perfectamente consentir en ejecutar deportes de contacto como el boxeo [...]. Estas generan intervenciones profundas en la esfera de protección del artículo 19, N° 1, y se consideran, cuando son efectuadas dentro del marco de lo socialmente aceptable y no vulneran su contenido esencial, como plenamente lícitas. Misma disposición debe regir para la afectación de los *neuroderechos*”⁶⁰. Compartimos esta opinión, pero para efectos de evaluar la naturaleza del consentimiento en estas materias, resulta atendible la opinión de autores como Nicholas Agar, en el sentido de que sólo se pueden

59 Nogueira, H. (2007). “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”. En *Ius et Praxis* vol. 13, 260.

60 Barcia, R. et al. *Documento de Trabajo N° 5: ¿Cómo avanzar en los nuevos neuroderechos y su regulación? Comentarios al proyecto de reforma constitucional y al proyecto de ley*. Disponible en: <https://www.uaautonoma.cl/wp-content/uploads/2021/03/Documento-de-Trabajo-Neuroderechos-Nro.-5-2021.pdf>.

apreciar las experiencias en el horizonte de significado del rango normal de experiencia humana; es decir, no es posible conectar con experiencias demasiado alejadas de ese margen que constituye la vivencia humana en sentido propio. Por ello, el consentimiento para cierto tipo de mejoras neuronales podría resultar problemático, en la medida en que no puede realmente prestarse el consentimiento respecto de lo que no se conoce, porque se halla fuera de la capacidad de comprensión, en sentido hermenéutico, y se trataría, por lo tanto, de un consentimiento inválido. Es posible que este tipo de intervenciones no requieran de una prohibición –habría que discutirlo–, y que se permitiera realizar actos imprudentes en la medida en que no hieran a otros, y el consentimiento para estas materias fuera equivalente a tomar alcohol en exceso. Así, se podrían permitir mejoras que pueden predecirse como malas para el sujeto⁶¹. Se trata de un problema todavía hipotético que deberá ser analizado a su debido tiempo. Existe, de todas formas, una distancia entre “permitir” las mejoras humanas biotecnológicas, y convertirlas en un “derecho”. Esta última opción acarrea varios problemas teóricos y prácticos, entre los que se cuenta la eventual obligación del Estado de garantizar y proveer dichas mejoras para los ciudadanos que las soliciten.

En las discusiones posteriores se eliminó del texto de la reforma, sin embargo, la alusión al consentimiento, entendiéndose que la Constitución actualmente no se hace cargo ni se refiere a ese concepto, el cual es tratado a nivel del Código Civil, con rango legal. Además, se consideró que el proyecto de protección de los *neuroderechos* ya alude a tres formas distintas y especiales de consentimiento: una genérica, otra aplicable al ámbito médico o terapéutico, y, finalmente, una aplicable al ámbito de la investigación. Por otra parte, en el Informe de la Comisión Mixta, el Diputado Sr. Tohá indicó que, a diferencia de otras leyes o reformas, en este proyecto se trata un desarrollo o progreso que no es finito, del que se desconocen sus límites y consecuencias, y por ello, el debido consentimiento de las personas afectadas constituye un resguardo fundamental que el proyecto debería incluir⁶². Los asesores del Senador Coloma recomendaron que el consentimiento fuera regulado meramente en el plano legal y no constitucional. Actualmente, en la ley se establecen –argumentaron– sistemas de consentimiento específicos para ciertos procedimientos (como lo relativo a la Ley sobre la Investigación Científica, o en lo relativo a la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes), en los que se contienen excepciones o resguardos respecto a situaciones de urgencia, en que una persona no puede prestar su con-

61 Agar, N. (2014). *Truly Human Enhancement. A Philosophical Defense of Limits*. Massachusetts. MIT Press.

62 Informe Comisión Mixta, p. 7.

sentimiento que convendría respetar no incluyendo el tema en el estatuto constitucional. Además, con la remisión a la ley, el consentimiento ya se encontraría regulado. A mayor abundamiento, se recuerda que el Proyecto de Ley de protección de neuroderechos regula especialmente el consentimiento, contemplando una norma general que se aplica para cualquier tipo de intervención neurológica, incluyendo los casos de investigación científica y tratamiento médico. Carlos Amunátegui (Pontificia Universidad Católica de Chile) indicó que no constitucionalizar el consentimiento permite que se mantengan protegidos aspectos de la autonomía personal y de la libertad de conciencia, y Lorena Donoso (Universidad de Chile) destacó que la discusión se refiere al ámbito de las garantías fundamentales y, por lo tanto, a los derechos indisponibles que emanan de la dignidad humana y de la esencia de la persona. Añadió que resultaría inadecuado considerar reglas de consentimiento en el plano de dichas garantías constitucionales, porque para proteger la vida de las personas no se puede esperar por su consentimiento, y existirían casos en los que el mero consentimiento no sería suficiente. La ley sería entonces la llamada a establecer las condiciones y requisitos para la aplicación de neurotecnologías, dentro de las cuales se encuentra el consentimiento.

Hay, pues, una delegación a la ley para limitar el derecho, y para especificar en el futuro cuáles son concretamente los derechos asociados a la neuroprotección. Dada la naturaleza de los derechos en cuestión, podría ser aconsejable, por otra parte, exigir para esta ley un quórum adicional. Ahora bien, hay otro problema ligado al consentimiento, pero en el ámbito legal. La ley de neuroderechos que se encuentra en tramitación prohíbe, en su artículo 3º, determinadas intervenciones en pacientes que no puedan consentir. Esta disposición reitera la norma de la Ley N° 20.584, que tiene consecuencias muy negativas para la investigación y la práctica médica. La prohibición explícita de la utilización de las Interfaces Cerebro-Computadoras (ICC) en pacientes que no pueden consentir, de seguro impedirá la aplicación clínica más importante de estas metodologías: su uso para lograr la comunicación en pacientes incommunicados con su medio externo, producto de enfermedades neurológicas severas. El paciente enclaustrado no podría dar su consentimiento. Si esto se aprobase, Chile se transformaría en el único país en que tales pacientes no podrían acceder a la ICC⁶³.

63 Ruiz, S. *et al.* (2021). "Efectos negativos en la investigación y el quehacer médico en Chile de la Ley N° 20.584 y la ley de neuroderechos en discusión: la urgente necesidad de aprender de nuestros errores". En *Revista Médica de Chile*, vol. 149, 444.

Conclusión

La rapidez de los adelantos científico-tecnológicos hace que el debate sobre sus efectos ético-jurídicos acontezca antes del desarrollo de planteamientos generales sobre los posibles abusos de las tecnologías. Esto no es una novedad de cara al derecho, pues su naturaleza es siempre reactiva, al ser su papel otorgar una dimensión normativa a las instituciones que existen por la propia naturaleza humana y en virtud de las circunstancias del desenvolvimiento histórico.

La redacción de la fórmula final que se ha elegido para proteger la conciencia y la autonomía cognitivo/moral de los miembros de la comunidad (ante una eventual posibilidad tecnológica de violarlas) parece acertada. Se ubica el desarrollo tecnológico al servicio de “la persona”. El concepto es relevante porque la tradición occidental identifica con él a un sujeto individual y racional (*rationalis naturae individua substantia*), que además se encuentra abierto a la trascendencia, y por lo tanto representa el principio ordenador del derecho. La identificación de la persona como sujeto de derechos y titular del bienestar tecnológico proporciona un horizonte de significado para las ideas de respeto a la vida y la integridad física y psíquica. En este último caso, y probablemente contra las ideas fiscalistas de algunos científicos y legisladores, el texto positivo de la reforma se abre a considerar la mente humana como un fenómeno híbrido de causas a la vez materiales y espirituales, que confluyen en la operación de una facultad abstracta que opera por medios materiales. Esta conclusión, además, resulta perfectamente coherente con el contenido y la visión antropológica que se plantea en la Constitución todavía vigente en Chile.

De la personalidad entendida de este modo, brota un sentido de la dignidad asociada con ciertos bienes propios y fundamentales del ser humano. El respeto al núcleo de conciencia que implican la radicación de la inteligencia y la voluntad como facultades superiores en la intimidad del individuo, aparece entonces como el criterio que debe regir los adelantos de la neurociencia y de las eventuales intervenciones biotecnológicas en el cerebro y el sistema nervioso. Desde esta perspectiva, si bien técnicamente la explicitación de su protección constitucional no parecía imprescindible, la reforma promulgada contribuye a proteger la libertad de los ciudadanos ante una eventual intromisión en sus procesos cognitivos y en la toma de decisiones. Como hiciera presente en su momento Guido Girardi, uno de los gestores del proyecto (Senador y presidente de la comisión Desafíos del Futuro del Senado), “Ya existen tecnologías que podrían leer directamente el cerebro, lo que se piensa y siente, pero también implantar senti-

mientos que no son los propios”⁶⁴, lo que extiende también la preocupación por sus potenciales aplicaciones. En este sentido, uno de los aspectos que seguramente se desarrollará –y que la norma que comentamos viene a proteger– es el de las aplicaciones comerciales de las tecnologías vinculadas al cerebro. Aunque tales desarrollos no constituirían un problema en sí mismos, la ausencia de regulación podría permitir que se traspasaran límites peligrosos. Es el caso, por ejemplo, de que tales aplicaciones fueran pirateadas o contuvieran “neurocookies” que les permitirían llegar a identificar las preferencias de compra de una persona, e implantarle otras nuevas. También se sitúa en la base de esta reforma el hecho de que, una vez que las posibilidades técnicas permitan la masificación de este tipo de intervenciones, se pueda garantizar el acceso equitativo a ellas, con el debido equilibrio al respeto de la dignidad de cada cual. Como hemos expresado en otro lugar, la prevención para explicitar este nuevo “derecho” neurológico era el problema de la llamada “inflación de derechos”, es decir, el aumento desordenado de normas que pueden en realidad ser reducidas a una garantía fundamental, la cual actúa como foco de sentido. Las garantías constitucionales no son meros preceptos o reglas, sino principios jurídicos, horizonte de significado que contienen un conjunto de normas no necesariamente explicitadas⁶⁵.

En la medida en que el nuevo texto apunta a reparar la “insuficiencia” del sistema jurídico actual chileno para proteger de manera realmente operativa la privacidad mental y la libertad cognitiva, podría considerarse que la explicitación es afortunada. Ello quedaría en evidencia, por ejemplo, en la dimensión fundamentalmente externa en la que se basan tanto la concepción jurídica como la elaboración jurisprudencial de la privacidad y la libertad de pensamiento. Ninguna de ellas se abocaría a la protección del sustrato mental que precede a la manifestación de un pensamiento u opinión, ni a la plena conciencia de las personas sobre una eventual manipulación no consentida de sus pensamientos, ya sea que ellos se expresen formalmente, o no. Tal cosa sería determinante no solo para asegurar la dignidad humana y los derechos fundamentales de que hablábamos antes, sino además para proteger la democracia ante la crisis de confianza desatada por escándalos como el de Facebook-Cambridge Analytica (2018).

64 Ver https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380275_spa.

65 López-Silva, P. y Madrid, R. (2021). “Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley”. En *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, n. 1, 68 (53-76).

Referencias

- Alivisatos, P. A.; Chun, M.; Greenspan R. J.; Roukes, M. L. y Yuste, R. (2012). "The brain activity map project and the challenge of functional connectomics". En *Neuron*. 21(74), 2012, 970-974. DOI: 10.1016/j.neuron.2012.06.006. PMID: 22726828; PMCID: PMC3597383.
- Alivisatos, P. A.; Chun, M.; Church, G. M.; Deisseroth, K.; Greenspan, R. J.; Batson, C. D. (2009). "These things called empathy: Eight related but distinct phenomena". En *The social neuroscience of empathy*. Cambridge. MIT Press, 3-16.
- Bedzow, I. (2018). "The confused ethics of cognitive enhancers". En *J Clin Psychiatry Neurosci*. 1, 12-14.
- Blank, R. (2016). *Cognitive Enhancement. Social and Public Policy Issues*. Hampshire. Palgrave/Pivot.
- Bostrom, N. (2009). "Why I want to be Posthuman". En *Medical Enhancement and Posthumanity*. Amsterdam. Springer, 107-137.
- Bostrom, N. y Roach, R. (2007). "Ethical issues in human enhancement". En *New Waves in Applied Ethics*. Basingstoke. Palgrave Macmillan, 120-152.
- Braidotti, R. (2013). *The Posthuman*. Cambridge Polity Press.
- Buchanan, A. (2009). "Moral Status and Human Enhancement". En *Philosophy & Public Affairs*. 37(4), 346-381.
- Buchanan A. (2011). "Cognitive enhancement and education". En *Theory and Research in Education*. 9, 145-162.
- Corte IADH, *J. vs. Perú*, Caso 11.769, 2013, Serie C, No. 275, párr. 363.
- Dubljevi , V.; Venero, C. y Knafo, S. (2015). "What is cognitive enhancement?". En *Cognitive enhancement: Pharmacologic, Environmental and Genetic Factors*. Netherlands. Springer, 1-9.
- Dubljevi , V. (2012). "Cognitive enhancement, rational choice and justification". En *Neuroethics*. 6, 179-187.
- Fukuyama, F. (2002). *Our Posthuman Future. Consequences of the Biotechnology Revolution*. Nueva York. Farrar, Strauss & Giroux.
- Goering, S.; Brown, T. & Klein, R. (2021). "Neurotechnologies and relational agency". En *Philosophy Compass*. 16(4), e12734.
- Goering, S.; Klein, E.; Specker-Sullivan, L.; Wexler, A.; Agüera y Arcas, B. I.; Carmena, J.; Fins, J.; Friesen, P.; Gallant, J.; Huggins, J.; Kellmeyer, P.; Marblestone, A.; Mitchell, C.; Parens, E.; Pham, M.; Rubel, A.; Sadato, N.; Teicher, M.; Wasserman, D.; Whittaker, M.; Wolpaw, J. y Yuste, R. "Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies". En *Neurotics. Only First*. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12152-021-09468-6>.
- Goodenough, O., y Tucker, M. (2010). "Law and Cognitive Neuroscience". En *Annual Review of Law and Social science*. 6, 61-92.
- Hallinan, D. y Gellert, R. (2020). "The Concept of 'Information'. An Invisible Problem in the GDPR". En *SCRIPTed*. 17(2), 273.
- Hallinan, D.; Friedewald, M.; Schütz, P. y De Hert, P. (2014). "Neurodata and Neuro-privacy: Data Protection Outdated?". En *Surveillance & Society*. 12(1), 70.

- Hildt, E. (2022). "A Conceptual Approach to the Right to Mental Integrity". En López-Silva, P. & Valera, L. (Eds.). *Protecting the Mind: Challenges in Law, Neuroprotection, and Neurorights* (87-97). Amsterdam. Springer.
- Ienca, M. & Andorno, R. (2017). "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology". En *Life Sci Soc Policy*. 13(5), 1-27. DOI:10.1186/s40504-017-0050-1.
- Ienca, M. y Andorno, R. (2007). "Towards new Humana Rights in the age of Neuroscience and Neurotechnology". En *Lifesciences, Society and Policy*. 13(15), 1-27.
- López-Silva, P. (2021). "Mejoras cognitivas y el problema de la inequidad: entre bioconservadurismo y bioliberalismo". En *Persona & Derecho*. 84(1), 183-206.
- López-Silva, P. (2019). *Preocupaciones neuroéticas sobre la neuroprotección y la construcción de leyes*. Ponencia expuesta en la Conferencia: "¿Es hora de los neuroderechos?", 3 de octubre de 2019. Centro de Innovation. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- López-Silva, P. y Madrid, R. (2021). "Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley". En *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, n. 1, 53-76.
- Mceuen, R.; Roukes, M. L.; Sejnowski, T. S.; Weiss, R. y Yuste, R. (2013). "The Brain Activity Map". En *Science* 339(6125), 1284-1285.
- Nogueira, H. (2005). "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales". En *Ius et Praxis*. 11(2), 15-64.
- Oehling, A. (2011). "El concepto constitucional de dignidad de las personas. Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa Continental". En *Revista Española de Derecho Constitucional*. 91, 135-178.
- Parens, E. (1998). "Is better always good? The enhancement project". En *The Hastings Center Report*. 28, 1-17.
- Persson, I. y Savulescu, J. (2008). "The perils of cognitive enhancement and the urgent imperative to enhance the moral character of humanity". En *Journal of Applied Philosophy*. 25(3), 162-177.
- Repantis, D.; Laisney, O. y Heuser, I. (2010). "Acetylcholinesterase inhibitors and memantine for neuroenhancement in healthy individuals: A systematic review". En *Pharmacological Research*, 61, 473-481, 474u8.
- Ruiz, S.; Ramos, P.; Concha, R.; Altermatt, F.; Von Bernhardt, R.; Cuello, M.; Godoy, J.; Valera, L.; Araya, P.; Conde, E.; Toro, P. y Caneo, C. (2021). "Efectos negativos en la investigación y el quehacer médico en Chile de la Ley N° 20.584 y la ley de neuroderechos en discusión: la urgente necesidad de aprender de nuestros errores". En *Revista Médica de Chile*. 149, 439-446.
- Sandberg, A. (2011). "Cognition Enhancement: Upgrading the Brain". En *Enhancing Human Capacities*. London. Wiley, 123-152.
- Schermer, M. (2008). "On the argument that enhancement is 'cheating'". En *Journal of medical ethics*. 34, 85-88.
- Senado de la República de Chile. *Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, que modifica el artículo 19, número 1°, de la Carta Fun-*

- damental, para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/09/Boletin-13827-19-neuroderechos.pdf>.
- Soto Kloss, E. (1995). “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad”. En *Revista de Derecho Público*. 57/58, 13-28.
- Tovar, J. (2009). “La ‘garantía de eternidad’ de la cláusula social del Estado democrático de Derecho frente a posibles agresiones por parte del derecho de la Unión Europea”. En *Revista de Derecho Social*. 48, 149-161.
- Veit, W. (2018). “Cognitive enhancements and the threat of inequality”. En *Journal of cognitive enhancement*. 2, 404-410.
- Verdugo, M.; Pfeffer, E. y Nogueira, H. “Bases de la institucionalidad”. En *Derecho Constitucional*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 112.
- Yuste, R. [Entrevista]. “Si puedes leer y escribir la actividad neuronal, puedes leer y escribir las mentes de la gente”. *El País*, 4 de diciembre de 2020a. Disponible en: https://elpais.com/retina/2020/12/03/tendencias/1607024987_022417.html.
- Yuste, R. “Can You See a Thought? Neuronal Ensembles as Emergent Units of Cortical Function”. Conferencia para la *IBM Distinguished Speaker Series*, 2020b. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=QRr_2PuzTZU.
- Yuste, R. (2019). “Las nuevas neurotecnologías, y su impacto en la ciencia, medicina y Sociedad”. En *Lecciones Cajal*. 1, 7.
- Yuste, R.; Goering, S.; Arcas, B.; Agüera, Y.; Bi, G.; Carmena, J. M.; Carter, A.; Fins, J.; Friesen, P.; Gallant, J.; Huggins, J. E.; Illes, J.; Kellmeyer, P.; Klein, E.; Marblestone, A.; Mitchell, C.; Parens, E.; Pham, M.; Rubel, A.; Sadato, N.; Sullivan, L.; Teicher, M.; Wasserman, D.; Wexler, A.; Whittaker, M. y Wolpaw, J. (2017). “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”. En *Nature*. 551, 159-163.
- Zagrebel'sky, G. (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid. Ed. Trotta.
- Zúñiga-Fajuri, A.; Villavicencio, L.; Zaror, D. y Salas, R. (2021). “Neurorights in Chile: Between neuroscience and legal science”. En *Developments in Neuroethics and Bioethics*. 4, 165-179.

Páginas web

https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380275_spa

https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

***IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* PARA AMÉRICA LATINA (ICCAL) Y ACTIVISMO JUDICIAL: ¿HACIA EL GOBIERNO DE LOS JUECES?**

Max Silva Abbott

Universidad San Sebastián, Concepción, Chile

Contacto: max.silva@uss.cl

Recibido: 21 de abril de 2022

Aprobado: 11 de mayo de 2022

Para citar este artículo:

Silva Abbott, M. (2022). “*Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL) y activismo judicial: ¿Hacia el gobierno de los jueces?”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp.69-108

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.69-108>

Resumen: La incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, la doctrina del control de convencionalidad y el activismo judicial propugnados por el *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL) buscan producir una profunda transformación en el modo de concebir y de operar de los ordenamientos jurídicos y de los sistemas políticos de nuestra región, convirtiendo a los jueces nacionales, y sobre todo internacionales, en los principales protagonistas de este proceso, sin que exista ningún control sobre su actividad. El presente trabajo pasa revista a este fenómeno y deja planteadas –sin ahondar en ellas– varias interrogantes que surgen a partir de las consecuencias teóricas que lo anterior conlleva.

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad, Control de convencionalidad, ICCAL, Activismo judicial, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ius Constitutionale Commune for Latin America (ICCLA) and judicial activism: Towards the government of the judges?

Abstract: The incorporation of human rights treaties to the constitutional block, the doctrine of conventionality control and judicial activism advocated by the *Ius Constitutionale Commune for Latin America (ICCLA)*, seek to produce a profound transformation in the way of conceiving and operating the legal and political systems of our region, turning national and above all international judges, into the main protagonists of this process, without any control over their activity. The present work reviews this phenomenon and raises –without delving into them– several questions that arise from the theoretical consequences that the above entails.

Keywords: *Block of constitutionality, Control of conventionality, ICCLA, Judicial activism, Inter-American Court of Human Rights.*

Ius Constituzionale Comune per L'America Latina (ICCAL) e l'attivismo giudiziario: Verso il governo dei giudici?

Sommario: L'incorporazione dei trattati sui diritti umani al blocco costituzionale, la dottrina del controllo della convenzionalità e dell'attivismo giudiziario sostenuta dallo *Ius Constitutionale Comune per l'America Latina (ICCAL)*, mirano a produrre una profonda trasformazione nel modo di concepire e gestire gli ordinamenti giuridici e politici della nostra regione, facendo dei giudici nazionali e, soprattutto, internazionali i principali protagonisti di questo processo, senza alcun controllo sulla loro attività. Il presente lavoro passa in rassegna questo fenomeno e solleva, senza approfondirli, alcuni interrogativi che emergono dalle conseguenze teoriche che quanto sopra comporta.

Parole chiave: Blocco costituzionalità, Controllo della convenzionalità, ICCAL, Attivismo giudiziario, Corte interamericana dei diritti umani.

I. Introducción

En los últimos años, y a distintas velocidades, la estructura y el funcionamiento de varios ordenamientos jurídicos nacionales dentro de Iberoamérica han ido sufriendo modificaciones bastante considerables. Lo anterior se ha debido tanto a factores externos, en particular la creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos, como internos, fruto del comportamiento de diversas instituciones estatales, sobre todo de algunos jueces, pertenezcan o no al Poder Judicial.

Este fenómeno ha hecho que parte de la doctrina latinoamericana haya iniciado hace algún tiempo un intenso y apasionante debate, respecto del verdadero sitio que desde su perspectiva debieran poseer en la actualidad las constituciones nacionales, así como del papel que tendrían que asumir los jueces domésticos al interior de un ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo es plantear brevemente y desde una perspectiva teórica, cercana a la Teoría del Derecho, un cúmulo de consecuencias jurídicas de este fenómeno que, pese a su importancia, no hemos visto esbozadas en otros trabajos: entre otras cosas, las relaciones entre el derecho nacional y el internacional; el problema de las fuentes del derecho y su jerarquía mutua; la mayor o menor vigencia de la ley y de la constitución dentro de un país; las competencias que poseen los diferentes órganos del Estado, en particular los jueces; la relación del Poder Judicial con los demás poderes; el funcionamiento de nuestros sistemas democráticos; y de modo transversal a todo lo anterior, lo que podría considerarse una notable “desformalización” del derecho y una grave falta de control sobre todo este fenómeno, todo lo cual, estimamos, produce un gran déficit de certeza jurídica.

Se insiste en que todos estos problemas teóricos serán solo comentados brevemente, pues el desarrollo de cualquiera de ellos excede los límites del presente trabajo. De este modo, nuestra intención es más bien contribuir al debate.

Este proceso de cambio se encuentra aún en evolución, no siendo posible vaticinar si logrará consolidarse. Con todo, su actual estado de avance y en particular lo que señala esta abundante doctrina merecen atención, y obligan a reexaminar –de manera teórica– la forma tradicional en que han sido entendidos la estructura y el modo de operar de nuestros ordenamientos e instituciones jurídicas nacionales. Ello, con el objetivo de tomar conciencia de este proceso y de los diversos desafíos que conlleva, tanto para el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos domésticos, como de nuestros sistemas democráticos.

El presente trabajo pasa revista a algunos de estos cambios que buscan consolidarse. Para ello, comienza por el análisis doctrinario de la incorpora-

ción de los tratados de derechos humanos al llamado “bloque de constitucionalidad” y algunas de las consecuencias que ello conlleva. Más adelante, y relacionando lo anterior con la doctrina del control de convencionalidad, se aborda la labor que los partidarios de este proceso asignan a los jueces locales, la cual dista bastante de la visión tradicional que se posee a su respecto. Luego, y en razón de ser en buena medida el telón de fondo de todo este proceso en nuestra región, se indaga en el proyecto académico que llama a generar un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (el ICCAL). Finalmente, se hacen diversos comentarios respecto de todo lo señalado – desde una perspectiva más cercana a la Teoría del Derecho –, para arribar a algunas conclusiones.

Debe advertirse que, en razón del carácter teórico o especulativo del presente trabajo, solo se analizan fuentes doctrinarias, no jurisprudenciales. Igualmente, que ello explica las abundantes citas textuales que se incorporan en la presente investigación.

II. Bloque de constitucionalidad, estándar mínimo y jerarquía normativa

En varios países, diversos tratados de derechos humanos han sido incorporados al llamado “bloque de constitucionalidad”¹, gracias a la existencia de diferentes cláusulas de apertura². De ahí que se hable de un

1 Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. En *Texas International Law Journal*, Vol. 50, Issue 1, 56 y 65-68; Acosta Alvarado, P (2016). “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 43-46; Carvajal Martínez, J. E.; Guzmán Rincón, A. M. (2017). “Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica”. En *Revista Republicana*, Núm. 22, 199. Algunos problemas asociados en Silva Abbott, M. (2018). “La notable incerteza que produce la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad”. En *Prudentia Iuris*, vol. 86, 105-131.

2 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam / Max-Planck-Institut / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 74, 81; Von Bogdandy, A. et al. (2017). “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 19; Von Bogdandy, A. (2017). “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos bási-*

“Estado abierto”³ o de una “constitución abierta”⁴ a los derechos humanos de origen internacional. Otros hablan de una “internacionalización del derecho constitucional”⁵, de un “proceso de interamericanización”⁶, de un “pluralismo jurídico”⁷, de un “pluralismo normativo”⁸ o de un “pluralismo

cos para su comprensión. México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 141-142.

3 Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam / Max-Planck-Institut, *passim*, especialmente 269-273; Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 77-78; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 164-167.

4 Sagüés, N. (2014). “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”. En *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1 N° 2, 25; Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 21, 26, 33 y 43; Nash, Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”. En *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, núm. 148, 208.

5 Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México. Instituto Max Planck / Unam, 619-620; Burgorgue-Larsen, L. (2014). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam, 422 y 442-456; García Jaramillo, L. (2016). “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”. En *Revista Derecho del Estado*, N° 36, 131-132, 135-136, 143-150, 159 y 161.

6 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos en América Latina”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer. (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, *passim*, especialmente, 417-418 y 424-434. Sin llamarlo así, Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos e impactos”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México. Instituto Max Planck. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. Unam, *passim*, especialmente 78-87.

7 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”. En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 9, 130.

8 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 351; Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*. México. Unam, 141-142; Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., 437-438.

constitucional”⁹. Lo importante es que todas estas nomenclaturas aluden a la creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁰:

“Gracias a la metamorfosis de los órdenes constitucionales con sus cláusulas de apertura y la incorporación de los tratados de derechos humanos con rango constitucional [...], se comprueba una permeabilidad policéntrica y a múltiples velocidades del fenómeno de internacionalización, que evidencia un pluralismo dialógico entre el derecho internacional, supranacional y doméstico. La interamericanización es también un proceso de penetración de estándares a nivel doméstico, que se manifiesta no solo en reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas”¹¹.

De esta forma, el catálogo de derechos contemplados por estas cartas fundamentales no sería taxativo, al verse enriquecido por los derechos incorporados, y dentro de nuestro sistema regional, además, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹². Lo anterior ha hecho hablar de “derechos innominados”¹³:

“Al margen de las diferentes olas, en América Latina se observa que hay una cláusula más generalizada y que denota la convergencia y simetría en el espectro normativo constitucional que es la cláusula de los derechos innominados. La convergencia material en esta apertura se manifiesta en incorporar, en términos similares, que la declaración o enunciación de los derechos contenida

9 Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 17, 28, 25-34 y 55-56; Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y...”. Ob. cit., 711; Caballero Lois, C.; Pinto Bastos, J. L. M. (2018). “Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo?”. En *Revista Derecho del Estado* N° 40, 131-135.

10 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). *Control de convencionalidad*. México. Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 22-26.

11 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 418.

12 Martínez Lazcano, A. (2017). “¿Derecho supranacional o derecho convencional? Importancia de su determinación”. En *Revista Jurídica Valenciana*, N° 33, 45-46; Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 208-209 y 217; Indirectamente, Torelly, M. (2017). “Control de convencionalidad: ¿constitucionalismo regional dos direitos humanos?”. En *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 1, 342-343.

13 Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos...”. Ob. cit., 72; Murillo Cruz, D. A. (2016). “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes (Colombia), N° 36, 9-12 y 18-19; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 432 y 439.

en la Constitución no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la ‘persona humana’ o ‘a la dignidad humana’¹⁴.

Ahora bien, esta incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad haría que ellos pasen a formar parte de la Constitución. Por tanto, para algunos, todo sería en el fondo “derecho constitucional”, si bien enriquecido:

“La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de la constitucionalidad, es que permeen a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados. Por esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur de constitucionalidad*”¹⁵.

Lo anterior significa que el material normativo al cual pueden acudir los tribunales nacionales se ve notablemente enriquecido, lo cual incluiría en nuestra región la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, esto trae a nuestro entender una serie de problemas teóricos de cara al funcionamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales, según se verá al final de este trabajo.

Al mismo tiempo, y existan o no estas cláusulas de apertura, en no pocos casos, esta adopción de derechos humanos de origen externo ha sido llevada a cabo por vías más materiales que formales, “caracterizada[s] por la incorporación sustantiva de los estándares desarrollados en el ámbito internacional, para resolver cuestiones internas de los Estados”¹⁶. En consecuencia, junto a –o también en ausencia de– la recepción formal generada por la apertura de las constituciones nacionales al derecho internacional, se ha dado también esta recepción material, sobre todo por vía jurisprudencial¹⁷. Esto último ha sido posible gracias a la aplicación del control de convencionalidad, tema que se tratará más adelante.

14 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 432.

15 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 433.

16 Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 188.

17 Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 224-225.

Así, al fundamentar de manera creciente varios fallos domésticos en el derecho internacional por alguna de las dos vías señaladas, el papel de los jueces nacionales se ha tornado crucial en este proceso. Sobre esto también se volverá más adelante.

En consecuencia, y en virtud de ser “una nueva realidad constitucional”¹⁸, para varios autores, la Constitución no sería la norma suprema al interior de cada país, pues estaría compartiendo su sitial de honor con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁹.

Para ciertos estudiosos, lo anterior evidenciaría una clara superioridad del derecho internacional sobre el local²⁰. Sin embargo, para otros, no sería así, puesto que en su opinión, ya no podría hablarse de una real jerarquía entre ambos²¹, estimando que las teorías monistas y dualistas se encontrarían superadas, o se trataría de una disputa estéril²². Ello, ya que lo importante sería lograr la mejor protección de los derechos humanos en juego en cada caso, estando llamadas a coadyuvar en esta labor tanto las normas nacionales como las disposiciones internacionales, siendo indiferente acudir

18 Quintana Osuna, K. I. (2019). *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano. Retos y perspectivas*. México. Porrúa, posición 2058. Se deja constancia de que esta obra solo pudo ser consultada en formato Kindle, en el cual no aparecen los números de página, sólo la “posición” del texto (en adelante, “pos.”), posición que cambia levemente cada vez que se abre el documento. De ahí que se trate de una referencia aproximada.

19 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 422; Castilla Juárez, K. (2013). “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 80; Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º, segundo párrafo de la Constitución)”. En M. Carbonell y G. Salazar (Coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México. Unam, 103-133.

20 Con varias intensidades: Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLV, núm. 135, 1168 y 1187; Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”. En H. Nogueira (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*. Santiago. Librotecnia, 15-23; Sagüés, N. (2009). “El ‘control de convencionalidad’. En particular sobre las constituciones nacionales”. En *La Ley*, 19 de febrero de 2009, 2-5.

21 Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”. En *Estudios Constitucionales*, Año 9 N° 2, 149-153; Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 1, 160-161; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 3013 y 3017. Desde otro ángulo, Caballero Lois, C.; Pinto Bastos, J. L. M. (2018). Ob. cit., 137-144.

22 Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto...”. Ob. cit., 275; Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 18-19; Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 17-25.

a unas u otras para tal efecto²³. Y la fundamentación para obrar de esta manera se encontraría en el principio *pro homine*²⁴, recayendo en el juez nacional la tarea de elegir entre unas u otras²⁵, pudiendo acudir al derecho interno en caso de considerarlo más adecuado²⁶.

Ello explica que ciertos autores vean a este principio como una norma de reenvío²⁷.

En consecuencia, lo anterior significa que el criterio para aplicar la norma nacional o la internacional por parte del juez local resultaría bastante casuístico²⁸.

Lo anterior se vincula también con la idea según la cual el derecho internacional establecería sólo el “estándar mínimo”²⁹ en materia de protección de los derechos humanos. Esto significa que a menos que las normas

23 Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 20 y 25-26; Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 32-33. Argumentos parecidos en Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 142.

24 Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional...”. Ob. cit., 149-153; Caballero Ochoa, J. L. (2011). Ob. cit., 109-112, 128 y 130; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad...”. Ob. cit., 1202-1203 y 1218.

25 Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 676; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”. En *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 133-139; Cançado Trindade, A. A. (2006). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 310-314.

26 Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, N° 19, 266-267; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 708-709; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno...”. Ob. cit., 133-139.

27 Vogelfanger, A. D. (2015). “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, 261-268. Indirectamente, Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global...”. Ob. cit., 135; Caballero Ochoa, J. L. (2011). Ob. cit., 112 114-115.

28 Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 32-34 y 54; Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional...”. Ob. cit., 153, 160-161 y 185; Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional...”. Ob. cit., 149-153; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1141, 1147, 1320.

29 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”. En *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, 71-72, 84-85, 100-102 y 124; Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana...”. Ob. cit., 677; Aguilar Cavallo, G.; Nogueira Alcalá, H. (2016). “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 84, 23.

nacionales los protejan mejor que aquellas, los jueces debieran aplicar las foráneas, “tal como ha sido interpretado por sus órganos internacionales de supervigilancia, en la medida en que el ordenamiento jurídico estatal no proporcione una solución más favorable para el individuo, comunidad o pueblo”³⁰.

Por tanto, esto facultaría a los jueces nacionales para buscar, de acuerdo con su criterio y fundamentándose en el principio *pro homine*, la normativa que mejor los tutele, sin importar su origen. De ahí que para sus defensores no pueda hablarse de una real jerarquía entre ambos órdenes jurídicos, nacional e internacional.

Ahora bien, según se ha señalado, los derechos humanos de origen interamericano –determinados tanto por los tratados que los consagran como por las interpretaciones de la Corte– pasarían a formar parte del derecho interno³¹, debiendo ser aplicados “en cascada” por todas las autoridades nacionales³².

Sin embargo, lo anterior obligaría a reinterpretar las normas locales a la luz de las internacionales³³, lo que se conoce como “interpretación conforme”³⁴ (llamada también “interpretación convencional”³⁵). Si bien ella suele relacionarse al control de convencionalidad³⁶, su alcance es mucho

30 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista da AJURIS*, Vol. 43 N° 141, 345.

31 Desde diversos ángulos, Martínez Lazcano, A. (2017). Ob. cit., 36-37, 39 y 45-46 y Vio Grossi, E. (2018). “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° 24, 107-108.

32 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 418 y 422-423; Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 10-12; en parte, Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 142.

33 Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos...”. Ob. cit., 17; Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. En *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, 521 y 532; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo...”. Ob. cit., 234.

34 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un...”. Ob. cit., 347-348; Góngora Mena, M. (2014). “Diálogo policéntrico”. En E. Ferrer, F. Martínez, G. A. Figueroa (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª ed. México. Unam, 594; Rousset Siri, A. (2016). “Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales”. En *IIDH*, vol. 64, 46; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 834, 839, 869, 896, 901, 3013; Serrano Guzmán, S. (2015). *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 32-35, 40-41, 63 y 64.

35 Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit., 35.

36 Sobre este tema en general, *vid* Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”. En *Estudios Constitucionales*, Vol. 14 N° 2, 101-141; Silva Abbott, M. (2018). “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”.

mayor, y pretende lograr una armonía entre ambos órdenes normativos, siempre guiado por la consideración del internacional como el “estándar mínimo” en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Ahora, como siempre, estarían influyendo de manera decisiva los estándares internacionales, la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad haría que en el fondo, todo fuera un “bloque de convencionalidad”³⁷, que, además, iría cambiando constantemente gracias a la interpretación evolutiva de que es objeto³⁸.

En consecuencia, la idea es que el total de los ordenamientos jurídicos del continente sean permeados por estas normas e interpretaciones internacionales, tanto por haber sido incorporadas al bloque de constitucionalidad y/o por la recepción material de sus contenidos vía control de convencionalidad. Lo cual debiera ir produciendo una homogeneización entre ellos, sobre todo si las disposiciones internacionales sólo establecen el “estándar mínimo”.

De ahí que varios autores consideren que lo anterior estaría dando origen a un “orden público”³⁹, a un *ius commune* interamericano⁴⁰, o a un “constitucionalismo global”⁴¹.

En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45 N° 3, 717-744; Silva Abbott, M. (2019). “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”. En M. Silva (Coord.). *Una visión crítica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 177-216.

37 Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y...”. Ob. cit., 616; Ferrer Mac-Gregor, E. (2015). “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”. En *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. American Journal of International Law (ASIL)*, vol. 109, N° 93, 93; Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., 441-442; Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit., 32.

38 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1023 y 3013.

39 Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional...”. Ob. cit., 152; Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana...” Ob. cit., 656, 679-680 y 682; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad...”. Ob. cit., 1194 y 1218.

40 García Ramírez, S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad”. En *Pensamiento Constitucional*, N° 22, 175; Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 77-78; Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En J. C. Rivera, J. S. Elías, L. Grosman, S. Legarre (Dir.). *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 548.

41 Peters, A. (2018). “Los méritos del constitucionalismo global”. En *Revista Derecho del Estado* N° 40, trad. L. García J. y J. L. Fabra, *passim*; Mora-Carvajal, D. A. (2020). “El constitucionalismo global: ¿oportunidad para un derecho internacional más unitario y coherente?”. En *Revista Derecho del Estado* N° 45, especialmente 108-115; Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El concepto de lo político*, de Carl Schmitt”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, 135.

Sin embargo, al margen de que se incorporen o no los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, existe otra vía que pretende llegar a resultados similares: la labor realizada por los jueces nacionales –situación en la cual el control de convencionalidad adquiere una importancia crucial–, tema que pasa a verse a continuación.

III. El papel central del juez nacional y del activismo judicial

Según se ha señalado, en todo este proceso descrito los jueces nacionales tienen un rol absolutamente primordial⁴², el cual resulta bastante distinto del papel que han desempeñado tradicionalmente⁴³, al punto de convertirse para sus partidarios en los protagonistas de la vida política e institucional de sus países⁴⁴. En parte, lo anterior ha llevado a denominarlos también “jueces interamericanos”⁴⁵.

Esto es importante, porque aun cuando en virtud del artículo 2º de la Convención Americana, los países deban adaptar sus ordenamientos internos para hacerlos coincidir con los estándares internacionales, muchos autores consideran que son los jueces los llamados a paliar este déficit, hasta que los Poderes Ejecutivo y Legislativo cumplan con esta tarea. Todo lo cual se relaciona con la doctrina del control de convencionalidad, específicamente en aquella parte en que la Corte Interamericana llama a proceder de esta

42 Desde perspectivas complementarias: Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional...”. Ob. cit., 155; Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En F. Pereira de Oliveira, F. Bittencourt, T. Dal Maso. (Coords.). *Controle de Convencionalidade*. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 22 y 25; Rousset Siri, A. (2016). Ob. cit., 42.

43 Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México. Instituto Max Planck / Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Unam, 41-45; Von Bogdandy, A. et al. (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 31; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 159.

44 García Jaramillo (2016). Ob. cit., 141. En parte ideas similares en Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”. En *Revista Temas Socio Jurídicos*, Vol. 36 N° 72, 26 y de manera complementaria, Carvajal Martínez, J. E.; Guzmán Rincón, A. M. (2017). “Las instituciones del...”. Ob. cit., 199.

45 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un...”. Ob. cit., 339; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional...”. Ob. cit., 60-87; Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador...”. Ob. cit., 32.

manera a los jueces, cuando a su juicio el legislador ha “fallado” en su tarea de proteger los derechos humanos⁴⁶:

“Cuando las instituciones políticas están bloqueadas o cooptadas, existe un contexto idóneo para que los tribunales intervengan. Como reconocen muchas teorías de la democracia, los tribunales tienen legitimidad para intervenir cuando el procedimiento democrático es deficitario”⁴⁷.

Como se ha dicho, esta actuación de los tribunales se relaciona directamente con el control de convencionalidad que la Corte Interamericana ordena hacer a los jueces locales⁴⁸. Ello, pues lo crucial es la tutela efectiva de los derechos humanos⁴⁹, sin importar tanto los requisitos formales que se sigan para tal efecto⁵⁰, aunque en principio cada juez deba actuar en el ámbito de sus propias competencias y regulaciones procesales correspondientes⁵¹. Lo importante sería, así, tutelar a las víctimas sin importar tanto dónde se fundamenten estos derechos⁵², en virtud del “estándar mínimo” y el principio *pro homine*. Por eso se ha advertido sobre el creciente proceso de “desformalización” que lo anterior conlleva, que se comentará dentro de poco.

46 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 55-56 y 113-114; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo...”. Ob. cit., 244; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En M. Carbonell, P. Salazar (Eds.). *Derechos humanos un nuevo modelo constitucional*. México. Unam, 371-373 y 389-390; Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit., 24.

47 Von Bogdandy, A. et al. (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 34. Argumentos parecidos en Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 20.

48 Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y...”. Ob. cit., 371-372 y 389; Jiménez García, F. (2010). “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”. En *Agenda Internacional*, Año XVII N° 28, 100; Sagüés, N. (2015). “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 144-145.

49 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 455-456; Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 25.

50 Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 207-208 y 224. De manera parecida, Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global...”. Ob. cit., 125; Aguilar Cavallo, G.; Nogueira Alcalá, H. (2016). Ob. cit., 24. *Vid* nota 61.

51 Olano García, H. A. (2016). “Teoría del Control de Convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 88; García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En H. Nogueira (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*. Santiago. Librotecnia, 343 y 356; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y...”. Ob. cit., 395.

52 *Vid* nota 23.

Más aún: ante una situación semejante, no solo el juez, sino también todas las autoridades nacionales debieran adelantarse al legislador. De ahí que

“independientemente de las reformas legales que deba adoptar un Estado para compatibilizar determinadas *normas y prácticas* con la Convención Americana y los estándares internacionales que correspondan, *toda autoridad pública*, en todos los niveles, *debe actuar inmediatamente* en el sentido de *adecuar sus decisiones a la Convención y respectivos estándares*”⁵³.

Llevado a sus extremos, esto querría decir que los jueces domésticos estarían autorizados para dejar de aplicar las leyes o incluso la Constitución de su país⁵⁴, y también para reinterpretarlas de acuerdo con los parámetros internacionales⁵⁵ (lo cual ha hecho hablar, en el caso de esta última, de una “constitución convencionalizada”⁵⁶). Sin embargo, todo esto podría no estar en armonía con una serie de normas locales que regulan su propia labor⁵⁷.

Lo importante, para estos efectos, es que esta actuación de los jueces nacionales vendría a ser una especie de “atajo” o de “solución de emergencia” de cara a los derechos humanos involucrados, mientras no se dicten, modifiquen o deroguen las normas internas correspondientes, sean constitucionales, legales o administrativas⁵⁸. De ahí que

53 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 113, énfasis añadido.

54 Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Recuperado el 11 de marzo de 2015, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, 185-186; Sagüés, N. (2009). “El ‘control de convencionalidad’. En particular...”. Ob. cit., 2-5; Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos...”. Ob. cit., 21-22.

55 Contesse, J. (2013). “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Recuperado el 15 de diciembre de 2016, en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf, 10-11; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 1, 127; Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos...”. Ob. cit., 18 y 21.

56 Sagüés, N. (2014). “Constitución convencionalizada”. En E. Ferrer, F. Martínez, G. A. Figueroa (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª ed. México. Unam, 190-192; Ibarlucía, E. A. (2013). “¿Existe una Constitución ‘convencionalizada’?”. En *La Ley*, Año LXXVII, N° 155, Buenos Aires, jueves 22 de agosto de 2013, 1-3. Sagüés, N. (2015). “Notas sobre el control ejecutivo...”. Ob. cit., 144.

57 Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y...”. Ob. cit., 106-108, 113-114, 115, 121-122 y 143.

58 Olano García, H. A. (2016). Ob. cit., 88; Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad en la jurisprudencia...”. Ob. cit., 15-16; Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit.,

“mientras se materializan los procesos respectivos de adecuación legislativa, es decir, mientras una norma incompatible con la Convención siga vigente, se deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que no tenga ningún efecto, por ejemplo, mediante la inaplicación de la norma”⁵⁹.

Todo lo dicho se relaciona, a nuestro juicio, con lo que podría considerarse una notable “desformalización”⁶⁰ del derecho en general. Entendemos por “desformalización”, la falta de cauces o de procedimientos objetivos, pre-establecidos mediante normas jurídicas, que regulen las competencias de un operador jurídico determinado, que restrinjan en lo posible su discrecionalidad a fin de evitar posibles abusos y que, además, puedan ser conocidas por quienes se verán afectados por su labor y, en parte, les permitan prever sus resultados.

Esta desformalización se produce tanto por la creciente permeabilidad de los ordenamientos jurídicos nacionales a las disposiciones e interpretaciones internacionales de derechos humanos –lo cual se vincula con el supuesto fin de la jerarquía entre ambas–, como por el llamado a los jueces domésticos a inaplicar o reinterpretar las normas nacionales en pos o a la luz de las internacionales, respectivamente, incluidas en parte las que regulan sus propias atribuciones. Ello, puesto que como lo importante es la protección de los derechos humanos en juego, cada vez importaría menos no solo de dónde se extraiga la solución material del problema planteado, sino incluso, para algunos, si para conseguirlo el juzgador puede –o incluso debe– saltarse las normas internas que regulan sus propias competencias, si ellas estorban para lograr la protección requerida:

“El respeto y garantía de los derechos humanos no puede estar condicionado a que se materialicen cambios en el orden jurídico interno. De ahí la importancia de que toda autoridad pública conozca la obligatoriedad del control de conven-

35, 48-52 y 64. Desde una perspectiva crítica, Silva Abbott, M. (2020). “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”. En *Estudios Constitucionales*, Vol. 18 N° 2, 287.

59 Serrano Guzmán, S. (2015). Ob. cit., 35.

60 Sin emplear este término, acusan desde varias perspectivas esta situación, Henríquez Viñas, M.; Núñez, J. I. (2016). “El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?”. En *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, 338-339; Castillo Córdova, L. (2013). “Control de convencionalidad (derecho constitucional)”. En M. I. Álvarez, R. Cippitani (Coord.). *Diccionario Analítico de Derecho Humanos e Integración Jurídica* (81-87). Roma-Perugia-México. ISEG, 87. También existen críticas en Maino, C. A. G. (2016). “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”. En *Anuario de Derecho Constitucional*, Año XXXI, 376.

cionalidad y las alternativas para su aplicación, siempre en la línea de mantener la armonía entre el derecho interno y el derecho internacional respecto del cual el Estado ha consentido”⁶¹.

Por lo tanto, el activismo judicial que lo anterior exige resulta aquí fundamental.

En realidad, varios autores no solo apuntan al papel central que los jueces nacionales tendrían en este proceso de “internacionalización” de sus ordenamientos jurídicos, sino que los instan encarecidamente a llevar a cabo esta tarea, pues, desde su perspectiva, “un buen juez debe ser un juez activista. Un juez que busca una transformación dentro del respeto a las leyes, que mira el sentido de una norma dentro de la dinámica realidad social, que entiende cuáles son los valores democráticos que dichas leyes buscan preservar [...] El activismo debe ser, pues, progresista”⁶². O también,

“El énfasis en el Poder Judicial como motor de innovaciones transformadoras es algo nuevo en Latinoamérica. Por eso, muchas sentencias que bajo el viejo paradigma parecerían activismo judicial cuestionable, se entienden bajo el nuevo paradigma como propios del Poder Judicial en una democracia constitucional que de manera incremental ayuda a realizar el nuevo proyecto constitucional”⁶³.

En consecuencia, hay autores que llaman a los jueces a liderar este proceso, a fin de transformar verdaderamente sus ordenamientos jurídicos desde dentro y lograr una homogeneización en la protección de los derechos humanos en el continente, siempre siguiendo, eso sí, los criterios del tribunal interamericano:

“Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos personales. De aquí en más ya no son libres de descifrar esos derechos a su independiente leal saber y entender, sino que deben comprenderlos con el significado que hasta ahora les ha dado, y les dará en el futuro la Corte Interamericana. Asimismo, tendrán que ‘leer’ los derechos constitucionales locales en consonancia con esas directrices”⁶⁴.

61 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Ob. cit., 114. Vid nota 50.

62 García Jaramillo (2016). Ob. cit., 138.

63 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 159. Ideas similares en Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador...”. Ob. cit., 32-35 y 41-45.

64 Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de

Con todo, hay autores que han criticado lo anterior, en virtud de atentar contra la autonomía judicial⁶⁵, tema que no puede ser abordado aquí.

Obviamente, todo lo dicho equivale a un completo replanteamiento teórico del modo tradicional de concebir y de la manera de funcionar del derecho en nuestros países, al punto de que varios hablan de un nuevo paradigma jurídico⁶⁶. Ello no solo por la crisis del concepto de supremacía constitucional⁶⁷, sino, además, por el rol protagónico que se atribuye a los jueces nacionales, todo lo cual pone en entredicho la jerarquía entre las fuentes del derecho.

Es más: puesto que lo que importa es la real protección de los derechos humanos de cada caso que tenga que resolver el juez nacional, ello le exigiría tener siempre en cuenta las disposiciones internacionales⁶⁸, dejando de ser considerado un mero declarador de la ley local⁶⁹ (pudiendo, así, “liberarse de la servidumbre de la ley nacional”⁷⁰), y convertirse en el protagonista de este cambio⁷¹.

Lo anterior hace que varios autores hablen de un derecho –y también de una “protección”, de una “perspectiva” o de un “diálogo”– “multinivel”⁷², integrado por normas nacionales e internacionales, en su aspiración común por tutelar mejor los derechos humanos.

Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”. En *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVIII N° 1, 176-177.

65 Castilla Juárez, K. (2016). “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 2, 53-100.

66 Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto...”. Ob. cit., 533-569; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno...”. Ob. cit., 133; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El uso del derecho y jurisprudencia...”. Ob. cit., 222.

67 Desde varias perspectivas, Castillo Córdova, L. (2013). Ob. cit., 84-85 y 87; Ibarlucía, E. A. (2103). Ob. cit., 1 y 3. Criticando esta postura, Vio Grossi, E. (2018). Ob. cit., 98-104 y 107-109.

68 Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad...”. Ob. cit., 521 y 532; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional...”. Ob. cit., 82 y 88; Sagüés, N. (2014). “Derechos constitucionales y derechos humanos...”. Ob. cit., 17.

69 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad...”. Ob. cit., 90.

70 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional...”. Ob. cit., 90.

71 Desde diferentes ángulos, Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional...”. Ob. cit., 26; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 141 y 162; Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 24.

72 Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina...”. Ob. cit., 132; Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos...”. Ob. cit., 64 y 82; Piovesan, F. (2019). “Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México. Instituto Max Planck. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. Unam, 467, 471 y 474; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1294, 1300.

Por lo mismo, se llama a realizar un amplio “diálogo interjurisdiccional”⁷³ (también llamado “diálogo policéntrico”⁷⁴ o “diálogo judicial en doble vía”⁷⁵), entre los jueces nacionales e internacionales –aunque algún autor señale que la Corte Interamericana no estaría obligada a ello⁷⁶–, a fin de lograr un enriquecimiento mutuo en esta labor compartida:

“Por la vía del diálogo entre los tribunales se está gestando el *ius constitutionale commune*. No en vano se habla de la ‘viva interacción’ entre las decisiones de la Corte IDH y el derecho interno de los países de la región [...] Emerge la llamada ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos”⁷⁷.

Con todo, lo anterior exigiría una mejor argumentación del juez local al momento de fallar, labor que debiera estar sometida al escrutinio de una sociedad democrática y deliberativa⁷⁸. Además, este modo de proceder no afectaría ni la división de poderes, ni el rol protagónico del pueblo, expresado por medio de las vías democráticas⁷⁹. Ello, aunque “Lo cierto es que la realidad internacional evidencia que los jueces son los constructores actuales del nuevo orden jurídico global”⁸⁰.

Finalmente, todo lo dicho en este epígrafe tendría por objetivo, además, generar una especie de derecho común en el continente, tema que pasa a desarrollarse a continuación.

73 García Ramírez, S. (2015). “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems). Some Pertinent Questions”. En *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5 Issue 1, 127; Sagüés, N. (2014). “Nuevas fronteras...”. Ob. cit., 29. De manera crítica, Vítolo, A. (2013). “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’. En *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 375.

74 Góngora Mena, M. (2014). Ob. cit., 595-596.

75 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un...”. Ob. cit., 337.

76 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 443.

77 Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto...”. Ob. cit., 291, énfasis añadido.

78 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 341.

79 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 342-343; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 136-143.

80 Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 24.

IV. El *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL)

Para varios autores, el proceso descrito estaría dando –o debería dar– origen a un *Ius Constitutionale Commune* para América Latina (ICCAL)⁸¹. Su diferencia con el *Ius Commune* o el “orden público” interamericanos, antes mencionados, es que en el presente caso este proyecto académico⁸² llama a un activismo judicial comprometido con estos derechos humanos de origen internacional⁸³ (teniendo, así, los jueces un rol protagónico en la determinación del derecho⁸⁴, al buscar generar una “red judicial de protección”⁸⁵), dejando de ser así dominados por el Poder Ejecutivo de cada país⁸⁶. Esto, al margen del activismo de la propia Corte Interamericana⁸⁷, que tendría un papel directivo e inspirador fundamental en todo este proceso⁸⁸. De hecho, para los defensores del ICCAL,

“Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte Interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales”⁸⁹.

81 Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina...”. Ob. cit., especialmente 132-137; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 141, 159 y 162.

82 Así lo denomina Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1275.

83 García Ramírez, S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad...”. Ob. cit., 182; Martínón Quintero, R. (2018). “El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Público*. U. de Chile, N° 89, 96-98, 109-113 y 120; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 156-161.

84 Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 341-343; Aguilar Cavallo, G. (2019). “Juiz constitucional e diálogo jurisdiccional multinível: a experiência chilena”. En *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 6, N° 1, 61-89.

85 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1307.

86 Von Bogdandy, A. et al. (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 30-31; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 159; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 162.

87 Martínón Quintero, R. (2018). Ob. cit., *passim*, especialmente 98-110.

88 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 142 y 174-175; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 437-438 y 444. En parte, Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., 456-457.

89 Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 444. Ideas similares en 456.

El objetivo del ICCAL es claro: transformar las condiciones sociales del continente⁹⁰, marcadas por la pobreza⁹¹, las desigualdades económicas⁹², la exclusión y la discriminación⁹³ y la existencia de grupos vulnerables (indígenas, migrantes, niños, presos, etc.)⁹⁴. Por eso,

“representa un enfoque transformador que se dota de energía a partir de la experiencia concreta y la convicción profunda de la inaceptabilidad de situaciones de injusticia sistemática. Su sustrato de derecho positivo lo constituyen principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de las constituciones nacionales sobre la misma materia, las cláusulas de apertura, así como la correspondiente jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Apuesta por un discurso que interrelacione los distintos ordenamientos jurídicos con el objeto de reforzar las transformaciones en los países latinoamericanos”⁹⁵.

En consecuencia, la idea es lograr “un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región”⁹⁶, fundamentalmente mediante una “jurisprudencia transformadora”⁹⁷.

Por otro lado, y aunque se diga alguna vez que el ICCAL no adscribe a una tendencia política concreta⁹⁸, varios autores se muestran abier-

90 Von Bogdandy, A, *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 21-22 y 47; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 151-152, 154 y 176; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1281; García Jaramillo (2016). Ob. cit., 132, 136 y 162.

91 Piovesan, F. (2019). “Implementación de las decisiones...”. Ob. cit., 438-439; Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 23-24, 36 y 42. De forma más indirecta, García Jaramillo (2016). Ob. cit., 133.

92 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 63, 77-78 y 80; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 142, 144, 159 y 176-177; Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 23, 36 y 42.

93 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 152, 147-148 y 176; Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 201-202 y 224-225; Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 36.

94 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 63-64, 67-69 y 77-78; Lovatón Palacios, D. (2017). “Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción”. En *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 2, 1405; Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). Ob. cit., 119, 223.

95 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 176.

96 García Jaramillo (2016). Ob. cit., 132. Ideas relacionadas en Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos...”. Ob. cit., 64 y 80; Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina...”. Ob. cit., 140, 144 y 165; Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador...”. Ob. cit., 26-30, 43-44, 47 y 50.

97 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 153-154 y 158.

98 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 22.

tamente anticapitalistas⁹⁹, no creyendo en absoluto en los tratados de integración económica¹⁰⁰ (“Los mecanismos de integración económica son considerados poco prometedores. La esperanza yace más bien en un constitucionalismo de raíces regionales basado en derechos humanos con protección supraestatal”¹⁰¹). Por eso abogan por que los derechos humanos sean implantados y protegidos por los propios Estados, a fin de mejorar la situación de sus habitantes¹⁰², en particular, mediante el aumento de la cobertura de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)¹⁰³.

De ahí que parte de los objetivos del ICCAL sean:

“i) un mayor énfasis en los derechos sociales, económicos y culturales; ii) una fuerte tendencia hacia la *democracia participativa* que desplaza a la democracia meramente representativa (*i.e.* “poder ciudadano” en Venezuela, “control social” en Ecuador y mecanismos de participación popular); iii) el reconocimiento de los sujetos colectivos como actores políticos (*i.e.* pueblos indígenas con derecho a participar en política); iv) la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y el rediseño de las instituciones del Estado con el fin de superar el concepto de multiculturalismo, lo cual, en el caso de Bolivia y Ecuador, se extiende a la noción de *Estado plurinacional* y v) aumento de la intervención del Estado en la economía en contra del neoliberalismo y el sistema de libre mercado”¹⁰⁴.

Por eso, para el ICCAL, “los científicos sociales han concluido que los progresos en materia de derechos humanos requieren la construcción de instituciones fuertes, cambios en la cultura política y transformaciones en las estructuras sociales y económicas”¹⁰⁵.

En este mismo sentido, puesto que lo importante es que el Estado proteja los derechos humanos, cuando no lo haga por propia iniciativa, se llama

99 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 30 y 36-41; Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 147 y 161-165.

100 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 147, 161-162 y 176-177.

101 Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune...*”. Ob. cit., 176-177.

102 *Vid* notas 90 a 97.

103 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 47.

104 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 47, énfasis en el original. Comentarios complementarios, aunque no necesariamente vinculados al ICCAL, en Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). Ob. cit., 65 y Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global...”. Ob. cit., 125; Aguilar Cavallo, G.; Nogueira Alcalá, H. (2016). Ob. cit., 15 y 38.

105 Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio...”. Ob. cit., 30.

a generar una litigación estratégica, con el objeto de que diversos grupos de la sociedad civil lleven sus aspiraciones a la Corte Interamericana, a fin de legitimarlas y extenderlas posteriormente a toda la región¹⁰⁶:

“Por último, se suma el profundo diálogo del Sistema Interamericano con la sociedad civil, lo que le confiere legitimidad social gradual y creciente empoderamiento. [...] La fuerza motriz del Sistema Interamericano ha organizado a la sociedad civil a través de una *transnational network* para llevar a cabo litigios estratégicos exitosos”¹⁰⁷.

Debe recordarse que todo este proceso resulta inseparable del desarrollo del control de convencionalidad, siendo por ello éste uno de los principales –si es que no el principal– instrumentos para la consecución de los objetivos del ICCAL¹⁰⁸. Así,

“El control de convencionalidad se ha convertido en uno de los elementos más importantes en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano, pues opera como una institución jurídica que ha fortalecido el diálogo jurisprudencial entre las autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José y la Corte IDH, generando así estándares comunes en materia de derechos humanos. La existencia del control de convencionalidad ha permitido a las autoridades nacionales contar con una herramienta más para utilizar el *corpus iuris interamericano* –incluida la jurisprudencia de la Corte IDH– como una pauta normativa para la resolución de casos que impliquen la protección de derechos humanos en el ámbito nacional”¹⁰⁹.

Para el ICCAL, todos los jueces del continente deben aplicar las directrices de la Corte Interamericana, aunque sus Estados no hayan sido parte del fallo que le diera origen, en virtud del supuesto efecto *erga omnes* que tendría la *res interpretata* de sus sentencias¹¹⁰ (pese a que este efecto

106 García Ramírez, S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad...”. Ob. cit., 182; Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 62-64, 72 y 75-78. Vid Silva Abbott, M. (2018). “¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?”. En D. Herrera, N. Lafferriere, G. Maino, D. Rainieri (Coord.). *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Buenos Aires. EDUCA / Konrad Adenauer Stiftung, 343-361.

107 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 75-76.

108 Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune...*”. Ob. cit., 72; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 418 y 442-456; Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto...”. Ob. cit., 291-296 y 298.

109 Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad en la jurisprudencia...”. Ob. cit., 34.

110 Benavides Casals, M. A. (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte

ha sido duramente criticado¹¹¹ o puesto en duda¹¹²), e incluso de sus opiniones consultivas¹¹³. De ahí que aunque las partes requirentes nacionales no lo hayan pedido, la aplicación de las disposiciones internacionales “no implica un fallo *extra petita* por parte del juez o un prevaricato por la autoridad pública o judicial, sino el seguimiento de la interpretación auténtica, criterio relevante que resalta la jurisprudencia de la CIDH y su carácter vinculante”¹¹⁴. Por iguales razones,

“Esto implica que, en realidad, este tipo de control sea de carácter *difuso*, al tener la obligación de ejercerlo *todas las autoridades*, como claramente se estableció en el caso *Gelman vs. Uruguay* de 2011, al constituir una ‘función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial’, lo que genera un auténtico ‘diálogo’ multinivel y propicia una ‘viva interacción’, especialmente entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región a manera de un *ius commune* para la protección efectiva de los derechos humanos”¹¹⁵.

En consecuencia (si bien no aludiendo al ICCAL), la Corte Interamericana estaría transformándose en una especie de Tribunal Constitucional Continental¹¹⁶ (otros hablan de una “Corte de Casación supranacional en derechos humanos”¹¹⁷), aunque ella no tenga el poder de invalidación de normas nacionales¹¹⁸ como un auténtico tribunal constitucional¹¹⁹. Y por lo

Interamericana de Derechos Humanos”. En *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 27, 141-166; Torelly, M. (2017). Ob. cit., 338. En contra, Vio Grossi, E. (2018). Ob. cit., 105-106; Maino, C. A. G. (2016). Ob. cit., 373-376; Vítolo, A. (2013). Ob. cit., 365-379.

111 Castilla Juárez, K. (2016). “La independencia judicial...”. Ob. cit., especialmente 66, 68-69 y 82 (nota 108).

112 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 935, 940, 945, 957.

113 Sagüés, N. (2015). “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana. En el control de convencionalidad”. En *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 275-278 y 280-281; García Ramírez, S. (2015). “The Relationship...”. Ob. cit., 135-136; Rousset Siri, A. (2016). Ob. cit., 43-44.

114 Olano García, H. A. (2016). Ob. cit., 89.

115 Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). Ob. cit., 146-147 y 150.

116 Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., *passim*, especialmente 421, 423-424, 427, 430 y 456-457; Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 147; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American...”. Ob. cit., 45-93, especialmente 64-65.

117 Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). Ob. cit., 176-177.

118 Silva Abbott, M. (2020). “¿Qué efectos produce...?”. Ob. cit., 275-286.

119 Burgorgue-Larsen, L. (2014). Ob. cit., 431; Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes...?”. Ob. cit., 147 (nota 12); Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American...”. Ob. cit., *passim*, especialmente 64-65 (nota 10).

mismo, la Convención Americana se convertiría también en una suerte de Constitución Continental¹²⁰, que estaría dando la orientación para la acción de los jueces nacionales comprometidos con el ICCAL por medio de un sistema de precedentes¹²¹:

“Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en base, por una parte, a la Convención Americana (la CADH como ‘Constitución’ latinoamericana) y demás instrumentos del ordenamiento interamericano, con la Corte Interamericana como órgano guardián, y, por otra parte, las propias constituciones con su apertura estructural”¹²².

Con todo –si bien no necesariamente vinculado con el ICCAL–, la labor de los jueces nacionales no debe quedarse solo ahí, pues si el derecho internacional sólo establece el “estándar mínimo”, no existiría impedimento para que realicen interpretaciones que superen los planteamientos de la propia Corte¹²³:

“los jueces nacionales, en virtud del control de convencionalidad, también pueden realizar tales proyecciones, como agentes que son del sistema interamericano de derechos humanos. No deben operar, en efecto, como meros repetidores del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: igualmente, les toca expandir los derechos ante nuevos escenarios y conflictos”¹²⁴.

Finalmente, debe recordarse que la doctrina del control de convencionalidad se ha ido extendiendo cada vez más¹²⁵ –si bien no de manera orgá-

120 Sagüés, N. (2009). “El ‘control de convencionalidad’. En particular...”. Ob. cit., 3-4; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American...”. Ob. cit., 64-65; Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En V. Bazán; C. Nash (Eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011* (17-55). Santiago. Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 25.

121 Torelly, M. (2017). Ob. cit., 347; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad...”. Ob. cit., 705 y 707. Critica esta situación Maino, C. A. G. (2016). Ob. cit., 370.

122 Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto...”. Ob. cit., 277-278.

123 Si bien no refiriéndose al ICCAL, Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad...”. Ob. cit., 521-522 y 532-533; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El uso del derecho y jurisprudencia...”. Ob. cit., 82, 88, 89-91, 103 y 110-121; Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1251, 1281. Sobre esto, *vid* Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y...”. Ob. cit., 121-125 y Silva Abbott, M. (2018). “¿Es realmente viable...?”. Ob. cit., 721-723.

124 Sagüés, N. (2014). “Nuevas fronteras...”. Ob. cit., 29.

125 Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes...?”. Ob. cit., 147; Ferrer Mac-Gregor, E.

nica¹²⁶—, al punto de que no solo los tribunales nacionales debieran llevarlo a cabo, pertenezcan o no al Poder Judicial (como los tribunales constitucionales¹²⁷), sino que también sería obligatorio para los Poderes Ejecutivo y Legislativo¹²⁸, e incluso para las decisiones democráticas¹²⁹. Ello, en atención a que habría materias “no susceptibles de ser decididas”¹³⁰, exigiéndose no solo requisitos formales sino también sustanciales para cualquier veredicto democrático¹³¹.

Por lo tanto, de llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina del ICCAL (y también del control de convencionalidad y de la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad), en teoría, el papel de los jueces, tanto de la Corte Interamericana como nacionales, se estaría superponiendo a las mismas decisiones democráticas¹³² e incluso al poder constituyente de cada Estado¹³³. Todo ello, pues

“El núcleo intangible de la democracia y de los derechos humanos no puede vulnerarse ni por las decisiones de las mayorías. Como herramientas clave

(2010). “El control difuso de convencionalidad...”. Ob. cit., 187-188; Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad interno”. En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 24, 123 y 131.

126 Castilla Juárez, K. (2014). “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”. En *Revista Derecho del Estado*, N° 33, 152-158; Mejía Lemos, D. G. (2014). “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 121-138; Castilla, Juárez, K. (2016). “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”. En *Revista IIDH*, Vol. 64, 87-125.

127 García Pino, G. (2014). Ob. cit., 370; Sagüés, N. (2009). “El ‘control de convencionalidad’. En particular...”. Ob. cit., 2; Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas...”. Ob. cit., 36-43.

128 Sagüés, N. (2014). “Nuevas fronteras...”. Ob. cit., 26-27; Sagüés, N. (2015). “Notas sobre el control ejecutivo...”. Ob. cit., 142, 145 y 147; Lovatón Palacios, D. (2017). Ob. cit., 1393.

129 Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas...”. Ob. cit., 30; Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). Ob. cit., 102-103; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad...”. Ob. cit., 705-707.

130 Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). Ob. cit., 102-103; Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 351.

131 Acosta Alvarado, P. (2016). “Zombis vs. Frankenstein...”. Ob. cit., 31 32 y 54; Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 337-338, 347-350 y 361-362; Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global...”. Ob. cit., 121-123.

132 Si bien refiriéndose a los derechos humanos en general: Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites...”. Ob. cit., 337-365, especialmente 345, 347-350 y 361-362; Lovatón Palacios, D. (2017). Ob. cit., 1393-1394. Critican lo anterior Maino, C. A. G. (2016). Ob. cit., *passim*, especialmente, 36 y Vítole, A. (2013). Ob. cit., 373-374.

133 Sagüés, N. (2015). “Notas sobre el control ejecutivo...”. Ob. cit., 145; Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos...”. Ob. cit., 73-74.

para ir consolidando esta protección se destacan el diálogo jurisdiccional y el control de convencionalidad [...] Los países conjuntamente deciden acerca de unos principios que, como los consagrados en la Convención Americana, atan la voluntad de sus pueblos ante lo que pueden y no pueden decidir en ulteriores circunstancias”¹³⁴.

Como puede comprenderse fácilmente, todo lo dicho hasta aquí equivale a una auténtica revolución en cuanto al funcionamiento teórico, no solo jurídico, sino también político de un país. A desarrollar algunas ideas e inquietudes teóricas que surgen a partir de lo anterior –que, pese a su importancia, casi no hemos visto planteadas– se dedicará el epígrafe siguiente.

V. Algunos comentarios a partir de todo lo señalado hasta aquí

Como se ha mencionado desde un principio, lo expuesto en este trabajo supone un gran cambio teórico tanto en la estructura como en el funcionamiento tradicional de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por razones de espacio, se mencionarán brevemente, y sin ahondar en ellos, los aspectos considerados más relevantes –que hasta ahora no hemos visto expresados de esta manera en otros escritos–, dejando su desarrollo ulterior para el futuro. Ello, pues consideramos esencial que se produzca un adecuado debate a su respecto.

También debe advertirse que la idea de “desformalización”, en el sentido señalado más arriba, se encuentra presente de manera transversal en estas reflexiones teóricas.

Respecto de la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, aunque algunos autores señalen que lo anterior sería el fin de la jerarquía entre ambos órdenes normativos, si se tienen en cuenta la noción de “estándar mínimo” y el principio *pro homine*, resulta a nuestro juicio evidente que el derecho internacional acaba primando sobre el nacional, perdiendo así la Constitución su sitio de honor.

Lo anterior se debe a que siempre terminan triunfando los contenidos establecidos por el derecho internacional. Esto ocurre, obviamente, al aplicarlo de manera directa. Pero también pasa lo mismo cuando se emplea la normativa nacional, pues como para esta visión ella debe superar el “estándar mínimo” del derecho internacional, los contenidos de este último

134 García Jaramillo (2016). Ob. cit., 146 y 147, respectivamente.

siempre acaban utilizándose, al encontrarse ya incorporados en el derecho interno.

Esto significa que la penetración de los estándares internacionales en el ordenamiento jurídico nacional terminaría “apresándolo” de alguna manera. Ello, no solo por quedar limitado el papel de este último únicamente a incrementar el “estándar mínimo” de protección del primero, sino además porque a la postre, desde esta perspectiva, el derecho internacional siempre podría modificar al nacional pero no lo contrario, salvo para mejorarlo.

Igualmente, puesto que el catálogo de derechos establecidos por la Carta Fundamental se encontraría en permanente reconstrucción, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este derecho internacional iría modificando la Constitución al margen de sus normas de reforma.

Pero sobre todo, esta superioridad resulta evidente, ya que la totalidad del derecho nacional tendría que funcionar y ser comprendido de acuerdo al internacional, tanto por su inaplicación como por su reinterpretación en pos o a la luz de este último, respectivamente. De hecho, aunque los textos nacionales sigan intactos, su sentido y alcance podrían variar sustancialmente debido a esta nueva forma de entenderlos y aplicarlos gracias a la “interpretación conforme”.

En realidad, en todo este escenario termina primando sin contrapeso la jurisprudencia nacional y sobre todo internacional como fuente formal del derecho, al poder manipular con mucha facilidad los tratados y, a través suyo, las constituciones y las leyes nacionales. Ello, porque para sus partidarios, la aplicación –o no– de las leyes y constituciones y el modo de hacerlo terminan dependiendo completamente de lo que establezcan los jueces y, en última instancia, la Corte Interamericana –al pretender obrar como un tribunal constitucional continental–, sin que exista ningún control sobre su actividad, en su empeño por producir un constitucionalismo global.

En consecuencia, al interior de cada Estado, el Poder Judicial terminaría adquiriendo una fuerza incontrastable y sin contrapeso, siempre que se adhiera en principio a los estándares internacionales, afectando sobremanera la tradicional división de poderes al interior del mismo. Ello, pues los jueces locales son los principales destinatarios del control de convencionalidad¹³⁵ y poseen, desde el punto de vista de la Corte Interamericana, la última palabra en cuanto a fiscalización interna, siguiendo los criterios de este tribunal internacional¹³⁶.

De hecho, a tanto llegaría este fenómeno, que la labor de producción normativa de las funciones ejecutiva y legislativa perderían en gran parte

135 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 778, 788.

136 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 490.

su importancia (salvo para mejorar los estándares mínimos del derecho internacional), pues de poco sirve crear normas jurídicas si estas pueden ser inaplicadas o reinterpretadas al margen de su espíritu originario por los jueces domésticos, excusándose en el derecho internacional, incluso para algunos, aquellas que regulan sus propias competencias. Ello, pues lo importante sería proteger los derechos humanos, sin importar mucho de dónde se extraigan las normas para hacerlo e incluso las atribuciones que se posean. Todo lo cual trae un enorme grado de incerteza jurídica.

De ahí que también resulte curioso que algunos autores señalen que la labor de estos tribunales internos pueda ser controlada no solo por los restantes poderes del Estado, sino también por la ciudadanía. Con todo y aunque no se diga, igualmente resulta difícil que estos tribunales locales puedan ser fiscalizados por las instancias internacionales, según se comentará luego. En suma, se vuelve al viejo problema de quién controla a los controladores.

Todo lo dicho haría, teóricamente, que los ordenamientos jurídicos nacionales tuvieran sobre sí una auténtica espada de Damocles, pues la legitimidad y vigencia de su contenido dependerían permanentemente del derecho internacional (y en nuestro caso, de la Corte Interamericana auxiliada por los jueces nacionales), pudiendo por ello quedar sus normas obsoletas en cualquier momento, afectando nuevamente la certeza jurídica.

Además, lo anterior haría que lo establecido en el artículo 2º de la Convención Americana, en cuanto al deber de adaptar la legislación interna a los criterios internacionales, también pierda en buena medida su razón de ser. Ello, pues los jueces lo harían poco menos que innecesario, al ser sus sentencias un “atajo” para la protección de los derechos humanos en caso de que el legislador “falle” en dicha labor, al bloquear o reinterpretar las normas consideradas inconventionales.

Incluso, aunque las normas locales se adapten a los criterios internacionales, también podría ser en vano si estos últimos cambian posteriormente –al estar en permanente evolución el bloque de convencionalidad–, con lo cual ese esfuerzo habría sido inútil.

En consecuencia, por mucho que se diga que es el derecho internacional el que se incorpora al nacional y que todo sería “derecho constitucional”, se produciría, en realidad, exactamente lo contrario: que sería el derecho nacional el que terminaría dependiendo y, en buena medida, incorporándose al internacional, lo cual se relaciona con la idea de “estándar mínimo”. Por eso, lo que primaría al final sería el llamado “bloque de convencionalidad”.

Sin embargo, de forma hipotética, todo lo dicho podría producir un auténtico colapso al interior de los ordenamientos nacionales y de la certeza jurídica, por varias razones.

En primer lugar, porque grandes zonas del mismo podrían quedar en desuso, al ser inaplicadas o ser reinterpretadas de un modo muy diferente al original, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, impuesta a todo el continente a través del control de convencionalidad, potenciado por el supuesto efecto *erga omnes* de la *res interpretata* de sus fallos. Se reitera el papel crucial que desempeñan en este fenómeno la idea de estándar mínimo y el principio *pro homine*.

En segundo lugar, porque se generaría un poder casi total de los jueces, tanto nacionales como sobre todo internacionales, manifestado por medio de un activismo judicial y una jurisprudencia sin control, que podría inaplicar, reinterpretar o innovar en materia de derechos humanos, según se ha visto. Todo lo cual pondría en un serio entredicho la relación del Poder Judicial con los demás poderes del Estado, al punto que, como se ha visto, la labor de producción normativa de estos últimos podría hacerse en parte innecesaria o inútil.

En tercer lugar y según se ha mencionado, porque aunque los países hicieran el esfuerzo de adaptar sus legislaciones internas a los criterios internacionales (tanto por la idea de “estándar mínimo” como en virtud del art. 2º de la Convención Americana), ello podría resultar a la postre inútil, si existe un cambio importante en el modo de interpretar los derechos humanos a nivel internacional, afectando así al bloque de convencionalidad. Con lo cual se daría la paradoja de que las normas supuestamente más altas –en este caso, para sus defensores, la jurisprudencia de la Corte Interamericana– serían las más fáciles de modificar, siendo imposible para las normas nacionales seguirles el ritmo.

En otro orden de cosas, las propias decisiones democráticas de un país también quedarían bajo la tutela de los tribunales. Con lo cual estaríamos asistiendo al nacimiento de una democracia “tutelada” o “protegida” por estos jueces nacionales, en teoría comandados por la Corte Interamericana, en su labor de guardiana y guía en la protección de los derechos humanos a nivel continental. Cualquier decisión democrática podría así ser dejada sin efecto por esta vía y su papel se reduciría al mismo que tendría la producción jurídica local: mejorar humildemente los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos.

Todo esto hace que pierdan en buena medida su razón de ser, tanto la existencia de los demás poderes del Estado, como el sistema democrático. Los países se encontrarían así en una especie de “interdicción” permanente, debiendo ser guiados para la toma de sus decisiones políticas y jurídicas, en última instancia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, auxiliada por los “jueces interamericanos” locales. Con lo cual, estaríamos en presencia de un gobierno de los jueces, al erigirse en jueces-legisladores o incluso en jueces-constituyentes, cuya actividad, además, no sería contro-

lada por los demás poderes, en el caso de los jueces nacionales, y en el caso de la Corte Interamericana, por nadie.

Sin embargo, un aspecto que pocas veces se señala, es que resulta imposible que la Corte Interamericana pueda supervigilar los fallos de todo un continente, lo cual se agrava, además, si se permite e insta a los jueces locales para ir más lejos que ella en su interpretación de la normativa nacional e internacional, en su tarea de proteger los derechos humanos¹³⁷.

En consecuencia, por mucho “diálogo interjurisdiccional” que se pretenda lograr, tanto la Corte como los tribunales nacionales pueden hacer caso omiso de lo que señalen otros juzgadores.

Todo lo dicho se vincula con la creciente desformalización a que se ha hecho referencia y a la grave falta de certeza jurídica que esto conlleva. Lo anterior afecta, según se ha visto, al contenido de las normas nacionales y de los tratados de derechos humanos, al terminar siendo eclipsados por la jurisprudencia de los tribunales nacionales y de la Corte. Ello, al margen de la libertad que tendrían los tribunales domésticos para elegir entre unas u otras en virtud del principio *pro homine*.

Pasando a otros asuntos, a lo anterior se suma que, de acuerdo al proyecto académico del ICCAL, se encomiende completamente al Estado la tarea de implantar los derechos humanos, sobre todo los DESCAs, a fin de transformar sus propias estructuras políticas y económicas. Mas, si de suyo esto puede resultar problemático, al entregar a este “Estado social” tanto poder, el asunto se agrava con la crisis de la división de funciones a la que se ha aludido más arriba. Tampoco parece fácil que la ciudadanía controle este proceso mediante las vías democráticas, ya que cualquier decisión podría en teoría ser modificada o ignorada por la jurisprudencia.

A lo anterior debe agregarse que la litigación estratégica defendida y estimulada por el ICCAL no necesariamente resulta democrática ni representa de forma adecuada a la sociedad civil, ni tampoco genera de suyo un diálogo idóneo entre esta y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ello, pues puede ser llevada a cabo por grupos muy minoritarios, que estarían usando a la Corte Interamericana para legitimar sus propios intereses, por particulares que sean, e incluso para imponerlos a todo el

137 Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto...”. Ob. cit., 553 y 557; Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American...”. Ob. cit., 70-73 y 76; Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y...”. Ob. cit., 127-128; Silva Abbott, M. (2018). “¿Es realmente viable...?”. Ob. cit., 732. De hecho, el nivel de cumplimiento de los fallos de la propia Corte Interamericana resulta particularmente bajo en el continente. Sobre esto, *vid* Silva Abbott, M. (2020). “A Radiographic Analysis of the Effectiveness of the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights”. En *ILSA, Journal of International & Comparative Law* (Bilingual Edition), Vol. 26, issue 3, 2020, 479-581.

continente mediante la aplicación del control de convencionalidad y sus supuestos efectos *erga omnes*. Lo importante para sus promotores sería, así, llegar a la Corte Interamericana a como dé lugar, a fin de conseguir este objetivo, saltándose de paso sus normas locales. Con lo cual ella podría dejar en buena medida de ser un tribunal y caer en la tentación de transformarse en un órgano político, que pretenda guiar a todo el continente¹³⁸.

Ahora bien, el principal fundamento que pareciera existir de manera más o menos soterrada a todos los argumentos presentados en este trabajo a favor de la primacía del derecho internacional, es de tipo *material*: la supuesta mejor protección de los derechos humanos de este último, todo lo cual hace hablar, por ejemplo, de un “núcleo intangible”¹³⁹ de esos derechos. Lo anterior se debería –si bien es un tema que no ha sido visto aquí– a un proceso de “humanización” de este derecho internacional¹⁴⁰, que le daría una supuesta mayor legitimidad o superioridad moral en esta tarea que la que poseen los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁴¹. Sin embargo, al margen de que ambos órdenes normativos son igualmente fruto del querer humano, en nuestras sociedades tan heterogéneas respecto de lo que se considera bueno o malo, una fundamentación material como esta,

“en la práctica, es tan endeble como demagógica, puesto que la invocación de la justicia material como argumento para eludir el derecho vigente es un arma de múltiples filos que ha sido esgrimida tanto por virtuosos estandartes, como por las más crueles tiranías. De allí la importancia de reconocer en la certeza jurídica un pilar del Estado de Derecho. Asunto cuya importancia autoevidente no hace necesarias mayores divagaciones”¹⁴².

Por otro lado, el gran problema de todo este planteamiento es la absoluta falta de control sobre este proceso de determinación del contenido de los derechos humanos por parte de los organismos internacionales llamados a tutelarlos¹⁴³, al hacerse su funcionamiento tremendamente casuístico, al punto de resultar muy difícil prever sus resultados. Situación compleja, pues si a este fundamento material más que discutible se suma la desfor-

138 Silva Abbott, M. (2018). “¿Es la Corte Interamericana...?”. Ob. cit., 356-361.

139 Véase nota 134.

140 Desde varias ópticas, Murillo Cruz, D. A. (2016). Ob. cit., 25-26; García Ramírez, S. (2015). “The Relationship...”. Ob. cit., 127; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo...”. Ob. cit., 420-423.

141 Quintana Osuna, K. I. (2019). Ob. cit., pos. 1237, 1242, 1245, 1509, 1519, 1523, 1529.

142 Si bien sin referirse al ICCAL, Henríquez Viñas, M.; Núñez, J. I. (2016). Ob. cit., 338.

143 En parte, Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune*...”. Ob. cit., 161; Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune*...”. Ob. cit., 62 y 72-78. Crítica esto, Castilla Juárez, K. (2016). “La independencia judicial...”. Ob. cit., 94.

malización aludida, la sensación de arbitrariedad e incerteza pueden llegar a ser intolerables. De ahí que

“Desde la perspectiva nacional se ha destacado que el resultado de la creciente internacionalización sin control de la creación de normas no puede ser otro que el debilitamiento del hilo capital que une al ciudadano con las normas y que es la fuente de la que nace su legitimidad”¹⁴⁴.

Pero, además, al margen de lo anterior, ante la reiterada insistencia en cuanto a que la Corte debiera ser la guía de los ordenamientos jurídicos y de las democracias de los países de todo el continente, cabe preguntarse, legítimamente, si el otorgamiento de un papel semejante fue realmente a lo que se obligaron los Estados al momento de suscribir los tratados de la OEA, e incluso, y de manera más profunda, si pueden hacerlo. Lo anterior, sin considerar que la ciudadanía suele no estar en conocimiento ni tener conciencia de este fenómeno.

Con todo, si se diera una respuesta afirmativa, queda también el problema no menor de establecer los requisitos formales que este supuesto compromiso requeriría, en atención a su mayúscula importancia. Ello, pues equivaldría, ni más ni menos, que a subordinar completamente las constituciones y los sistemas democráticos al derecho internacional, convirtiendo a los Estados en simples “administradores” y propagadores de las decisiones de la Corte. Estos requisitos formales debieran tener al menos un grado de dificultad similar a la creación o modificación de una Constitución, no las exigencias que hoy existen para suscribir un tratado de derechos humanos, más cercanas a las necesarias para aprobar una ley.

Finalmente, debe recordarse que, para esta corriente, los derechos humanos no son una realidad a descubrir a partir de algo así como una naturaleza humana objetiva, sino un dato a crear o construir, idealmente en su origen mediante consensos internacionales. “En su origen”, pues el contenido de estos derechos primitivamente acordados termina dependiendo completamente de los órganos encargados de tutelar los tratados que los consagran.

Sin embargo, del momento en que un acuerdo vale más que otro (el de la Corte Interamericana en vez de uno democrático), es porque se considera al primero más legítimo. Lo anterior significaría que los fallos de la Corte, que debieran en teoría ser seguidos por los de los jueces nacionales sin rechistar, estarían premunidos de un criterio de autoridad, al considerar a este tribunal –y no a los nacionales– una especie de “oráculo” de los

144 Jiménez García, F. (2010). Ob. cit., 76-77.

derechos humanos, al punto que se ha hablado de una “fe mesiánica”¹⁴⁵ a su respecto. Todo lo cual, y al margen de lo discutible de esta idea, vuelve a plantear la pregunta de si en verdad los Estados se obligaron a seguir ciegamente, y en todo, los dictámenes de la Corte Interamericana –hasta con efectos *erga omnes*– a fin de proteger los derechos humanos¹⁴⁶.

VI. Algunas conclusiones

La incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad, el activismo protagónico que varios autores exigen a los jueces nacionales en la determinación del derecho y el proyecto académico impulsado por el ICCAL (todos fenómenos dependientes de las decisiones de la Corte Interamericana), están cambiando de manera drástica el modo teórico de concebir y de funcionar tradicionales de los ordenamientos jurídicos nacionales de nuestra región y afectando de manera grave su certeza jurídica.

Lo anterior estaría dando en teoría un poder sin contrapeso a los juzgadores nacionales y sobre todo internacionales (arribando a una especie de gobierno de los jueces), generando un cúmulo de problemas hasta ahora muy poco tratados, que afectan, entre otras cosas, y según se ha mencionado, al papel de las constituciones nacionales; a las relaciones entre el derecho nacional y el internacional; a las fuentes del derecho y su jerarquía; al funcionamiento de nuestros sistemas democráticos; y a las competencias y relaciones mutuas de los diferentes órganos del Estado.

En particular, se percibe una preocupante falta de control sobre la actividad de los jueces, sobre todo respecto de la Corte Interamericana (al convertirlos en auténticos fiscalizadores del contenido y del funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y políticos), junto a una notable “desformalización” de su actividad y del fenómeno jurídico en general, lo que a pesar de las buenas intenciones de sus promotores (lograr las transformaciones estructurales propugnadas por ellos), podría traer más problemas de los que pretende solucionar.

Todo esto merece una atenta reflexión y un profundo debate, en atención a su enorme importancia, a lo cual ha buscado contribuir la presente investigación.

145 Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto...”. Ob. cit., 553.

146 Silva Abbott, M. (2018). “The Inter-American Court of Human Rights, the Control of Conventionality Doctrine and the National Judicial Systems of Latin America”. En *Ave Maria International Law Journal*, Vol. 7, 19-21.

VII. Bibliografía citada

- Acosta Alvarado, P (2016). “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 15-60.
- Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”. En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 9, 113-166.
- Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista da AJURIS*, Vol. 43 N° 141, 337-365.
- Aguilar Cavallo, G. (2019). “Juiz constitucional e diálogo jurisdiccional multinível: a experiência chilena”. En *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 6, N° 1, 61-89.
- Aguilar Cavallo, G.; Nogueira Alcalá, H. (2016). “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 84, 13-43.
- Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En V. Bazán, C. Nash (Eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011* (17-55). Santiago. Konrad Adenauer-Stiftung E. V.
- Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”. En *Revista Temas Socio Jurídicos*, Vol. 36 N° 72, 13-37.
- Benavides Casals, M. A. (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 27, 141-166.
- Burgorgue-Larsen, L. (2014). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (421-457). México. Unam.
- Caballero Lois, C.; Pinto Bastos, J. L. M. (2018). “Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo?”. En *Revista Derecho del Estado* N° 40, 127-151.
- Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º, segundo párrafo de la Constitución)”. En M. Carbonell y G. Salazar (Coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (103-133). México. Unam.
- Cançado Trindade, A. A. (2006). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Carvajal Martínez, J. E.; Guzmán Rincón, A. M. (2017). “Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica”. En *Revista Republicana*, Núm. 22, 183-207.

- Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”. En *Estudios Constitucionales*, Año 9 N° 2, 123-164.
- Castilla Juárez, K. (2013). “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 51-97.
- Castilla Juárez, K. (2014). “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”. En *Revista Derecho del Estado*, N° 33, 149-172.
- Castilla Juárez, K. (2016). “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 2, 53-100.
- Castilla Juárez, K. (2016). “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”. En *Revista IIDH*, Vol. 64, 87-125.
- Castillo Córdova, L. (2013). “Control de convencionalidad (derecho constitucional)”. En M. I. Álvarez, R. Cippitani (Coord.), *Diccionario Analítico de Derecho Humanos e Integración Jurídica* (81-87). Roma-Perugia-México. ISEG.
- Contesse, J. (2013). “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 1-31. Recuperado el 15 de diciembre de 2016, en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf.
- Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”. En J. C. Rivera, J. S. Elías, L. Grosman, S. Legarre (Dir.). *Tratado de los derechos constitucionales* (533-569). Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. En *Texas International Law Journal*, Vol. 50, Issue 1, 45-93.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, 151-188. Recuperado el 11 de marzo de 2015, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En M. Carbonell, P. Salazar (Eds.), *Derechos humanos un nuevo modelo constitucional* (339-429). México. Unam.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 641-693.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2015). “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”. En *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. American Journal of International Law (ASIL)*, vol. 109, N° 93, 93-99.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 337-356.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En F. Pereira de Oliveira, F. Bittencourt, T. Dal Maso (Coords.). *Controle de Convencionalidade* (13-34). Brasília. Conselho Nacional de Justiça.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (613-640). México. Instituto Max Planck / Unam.
- Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*. México. Unam.
- Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”. En *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVIII N° 1, 171-192.
- García Jaramillo, L. (2016). “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”. En *Revista Derecho del Estado*, N° 36, 131-166.
- García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En H. Nogueira (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos* (335-379). Santiago. Librotecnia.
- García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”. En *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 123-159.
- García Ramírez, S. (2015). “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems). Some Pertinent Questions”. En *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5 Issue 1, 115-151.
- García Ramírez, S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad”. *Pensamiento Constitucional*, N° 22, 173-186.
- Góngora Mena, M. (2014). “Diálogo policéntrico”. En E. Ferrer, F. Martínez, G. A. Figueroa (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (593-596). 2ª ed. México. Unam.
- Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad interno”. En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 24, 113-341.
- Henríquez Viñas, M.; Núñez, J. I. (2016). “El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?”. En *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, 326-339.

- Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 131-156.
- Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 695-710.
- Ibáñez Rivas, J. M. (2017). *Control de convencionalidad*. México. Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Ibarlucía, E. A. (2013). “¿Existe una Constitución ‘convencionalizada’?”. En *La Ley*, Año LXXVII, N° 155, Buenos Aires, jueves 22 de agosto de 2013, 1-3.
- Jiménez García, F. (2010). “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”. En *Agenda Internacional*, Año XVII N° 28, 75-102.
- Lovatón Palacios, D. (2017). “Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción”. En *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 2, 1389-1418.
- Maino, C. A. G. (2016). “Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos”. En *Anuario de Derecho Constitucional*, Año XXXI, 357-380.
- Martínez Lazcano, A. (2017). “¿Derecho supranacional o derecho convencional? Importancia de su determinación”. En *Revista Jurídica Valenciana*, N° 33, 31-47.
- Martinón Quintero, R. (2018). “El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Público*. U. de Chile, N° 89, 93-124.
- Mejía Lemos, D. G. (2014). “On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 117-151.
- Mora-Carvajal, D. A. (2020). “El constitucionalismo global: ¿oportunidad para un derecho internacional más unitario y coherente?”. En *Revista Derecho del Estado* N° 45, 101-119.
- Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (265-299). México. Unam / Max-Planck-Institut.
- Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos en América Latina”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer. (Coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (417-456). México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute.
- Morales Antoniazzi, M. (2019). “Interamericanización. Fundamentos e impactos”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos*

- Humanos. Transformando realidades* (57-97). México. Instituto Max Planck. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. Unam.
- Murillo Cruz, D. A. (2016). “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes (Colombia), N° 36, 1-35.
- Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). “Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”. En *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, núm. 148, 185-231.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”. En *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, 57-140.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 1, 149-187.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLV, núm. 135, 1167-1220.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. En *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, 511-553.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, N° 19, 221-270.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”. En *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 1, 221-274.
- Olano García, H. A. (2016). “Teoría del Control de Convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 61-94.
- Peters, A. (2018). “Los méritos del constitucionalismo global”. En *Revista Derecho del Estado* N° 40, trad. L. García J. y J. L. Fabra, 3-20.
- Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (61-81). México. Unam / Max-Planck-Institut / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Piovesan, F. (2019). “Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando*

- realidades* (407-477). México. Instituto Max Planck. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. Unam.
- Quintana Osuna, K. I. (2019). *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano. Retos y perspectivas*. México. Porrúa.
- Rousset Siri, A. (2016). "Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales". En *IIDH*, vol. 64, 33-57.
- Sagüés, N. (2009). "El 'control de convencionalidad'. En particular sobre las constituciones nacionales". En *La Ley*, 19 de febrero de 2009, 1-7.
- Sagüés, N. (2014). "Constitución convencionalizada". En E. Ferrer, F. Martínez, G. A. Figueroa (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (190-192). 2ª ed. México. Unam.
- Sagüés, N. (2014). "Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución 'convencionalizada'". En H. Nogueira (Coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos* (15-23). Santiago. Librotecnia.
- Sagüés, N. (2014). "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad". En *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1 N° 2, 23-32.
- Sagüés, N. (2015). "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana. En el control de convencionalidad". En *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 275-283.
- Sagüés, N. (2015). "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 141-149.
- Serrano Guzmán, S. (2015). *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Silva Abbott, M. (2016). "Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso". En *Estudios Constitucionales*, Vol. 14 N° 2, 101-141.
- Silva Abbott, M. (2018). "¿Es realmente viable el control de convencionalidad?". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45 N° 3, 717-744.
- Silva Abbott, M. (2018). "The Inter-American Court of Human Rights, the Control of Conventionality Doctrine and the National Judicial Systems of Latin America". En *Ave Maria International Law Journal*, Vol. 7, 5-21.
- Silva Abbott, M. (2018). "¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?". En D. Herrera, N. Lafferriere, G. Maino, D. Rainieri (Coord.). *Estado de Derecho y Derechos Humanos* (321-361). Buenos Aires. EDUCA / Konrad Adenauer Stiftung.
- Silva Abbott, M. (2018). "La notable incerteza que produce la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad". En *Prudentia Iuris*, vol. 86, 105-131.
- Silva Abbott, M. (2019). "La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones". En M. Silva (Coord.). *Una visión crítica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento* (177-216). Valencia. Tirant Lo Blanch.

- Silva Abbott, M. (2020). “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”. En *Estudios Constitucionales*, Vol. 18 N° 2, 265-308.
- Silva Abbott, M. (2020). “A Radiographic Analysis of the Effectiveness of the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights”. En *ILSA, Journal of International & Comparative Law* (Bilingual Edition), Vol. 26, issue 3, 2020, 479-581.
- Torelly, M. (2017). “Controle de convencionalidade: ¿constitucionalismo regional dos direitos humanos?”. En *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 1, 321-353.
- Vio Grossi, E. (2018). “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° 24, 311-335.
- Vítolo, A. (2013). “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”. En *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 357-380.
- Vogelfanger, A. D. (2015). “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, 251-284.
- Von Bogdandy A. (2017). “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (133-177). México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute.
- Von Bogdandy, A. *et al.* (2017). “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En A. Von Bogdandy, M. Morales, E. Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (17-51). México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute.
- Von Bogdandy, A. (2019). “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario”. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer, M. Morales (Coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (25-56). México. Instituto Max Planck / Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Unam.
- Von Bogdandy, A. (2019). “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El concepto de lo político*, de Carl Schmitt”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, 131-173.

EL FUNDAMENTO HUMEANO DE LA DISTINCIÓN ENTRE CUESTIONES DE HECHO Y DE VALOR

Albano Jofré

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: albanojofre@uca.edu.ar

Recibido: 25 de abril de 2022

Aprobado: 23 de mayo de 2022

Para citar este artículo:

Jofré, A. (2022). “El fundamento humeano de la distinción entre cuestiones de hecho y de valor”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp.109-130

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.109-130>

Resumen: En su obra *Dialéctica y concreción del derecho*, el Dr. Félix A. Lamas aborda la cuestión de la irreductibilidad del orden axio-normativo al orden del ser y establece que este es el origen de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho y la falacia naturalista formulada por Moore. Principalmente, afirma como fundamento teórico de dicha distinción la sección primera de la parte primera del libro III del *Tratado de la naturaleza humana* del filósofo David Hume¹. En el presente artículo nos proponemos indagar críticamente dichos fundamentos en la obra citada, exponiendo la teoría del conocimiento teórico y práctico de David Hume y confrontándola con la tradición de la filosofía clásica de corte aristotélico-tomista.

Palabras clave: David Hume, Hecho, Valor, Falacia Naturalista, Empirismo.

¹ Cfr. Lamas, F. A. (2022). *Dialéctica y concreción del derecho*. Buenos Aires. Instituto de Estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino. Colección *Circa Humana Philosophia*.

The humean foundation of the distinction between questions of fact and value

Abstract: In his latest work, Dr. Félix A. Lamas addresses the issue of the gap between the is order and the *ought* order and states that this is the fundament for the distinction between matters of fact and of right and the naturalistic fallacy formulated by Moore². Mainly, he says that the theoretical bases of these distinctions can be found in the first section of the first part of the book III of the *Treatise of Human Nature* by David Hume. On the present article we pretend to explore in a critical way those bases by exposing Hume's theory of practical and theoretical knowledge and confronting it with the tradition of classical Aristotelian-Thomist philosophy

Keywords: *David Hume, Fact, Value, Naturalistic Fallacy, Empiricism.*

Il fondamento umano della distinzione tra questioni di fatto e di valore

Sommario: Nella sua opera *Dialettica e concretezza del diritto*, il dott. Félix A. Lamas affronta la questione dell'irriducibilità dell'ordine assiologico-normativo all'ordine dell'essere e stabilisce che questa è l'origine della distinzione tra questioni di fatto e di diritto e l'errore naturalistico formulato da Moore. Principalmente, afferma come base teorica per questa distinzione la prima sezione della prima parte del libro III del *Trattato sulla natura umana del filosofo* David Hume. In questo articolo intendiamo indagare criticamente questi fondamenti nell'opera citata, esponendo la teoria della conoscenza teorica e pratica di David Hume e confrontandola con la tradizione della filosofia classica della corte aristotelico-tomista.

Parole chiave: David Hume, Fatto, Valore, Errore Naturalistico, Empirismo.

2 Cfr. ibídem.

Introducción

George Edward Moore, en su obra *Principia Ethica* (1903), dedica más de la mitad del libro a explorar cuál debería ser el verdadero objeto de la ética y a criticar el errado abordaje que, a su juicio, han hecho sobre ello los filósofos a lo largo de la historia. El punto fuerte de la crítica de Moore es que, según él, todos los argumentos que se han hecho sobre las ciencias prácticas pueden ser reductibles a una falacia que consiste en identificar *lo bueno* –que para él denota una cualidad simple e indefinible³– con alguna otra propiedad como, por ejemplo, el placer (en el caso de las éticas hedonistas) o con alguna propiedad suprasensible (en el caso de las éticas que él denomina “metafísicas”). En definitiva, lo que Moore cuestiona es la pretensión de querer dar una definición de lo que es bueno y sentar esto como principio recurriendo, entre otras cosas, a constataciones de *hechos* para poder lograrlo, y lo enuncia de la siguiente manera:

“El hecho es que hay un tipo de proposición tan familiar para cualquiera y que, no obstante, encuentra tan fuerte asidero en la imaginación, que los filósofos siempre han supuesto que todos los otros tipos deben ser reducibles a éste. Este tipo es el de los objetos de experiencia [...] De inmediato se siente que las verdades éticas no caen bajo este tipo, y la falacia naturalista se origina en el intento de hacer que, de algún modo indirecto, caigan bajo él [...]”⁴.

Moore ha dado a conocer esta falacia que él denuncia como *falacia naturalista*. Tan difundida y aceptada ha sido su tesis a este respecto que ha tenido influencia en casi todos los ámbitos de las ciencias prácticas. Por ejemplo, en el campo del derecho, esta dicotomía entre juicios experienciales y los denominados juicios de valor aparece en las distinciones jurídicas entre “cuestión de hecho” y “cuestión de derecho”.

La cuestión toma especial relevancia entre los teóricos del derecho en la obra del alemán Horst Eberhard Henke, quien dedica un libro denominado *La cuestión de hecho* al problema de la casación en el derecho alemán, ya que ésta debe circunscribirse a cuestiones de derecho y, a propósito de determinar qué cosas pueden ser consideradas casacionables, elabora un examen de distintas teorías que permitirían a los juristas distinguir entre aquellas cuestiones que hacen a los *hechos* del caso y aquellas que tienen que ver con la *valoración* jurídica de esos hechos. Escapa a los objetivos

3 Cfr. Moore G. E. (1959). *Principia Ethica*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 9.

4 Ob. cit., 117-118.

del presente artículo analizar el abordaje que hace Henke al respecto de la casación, pero su planteo del problema pone de manifiesto hasta qué punto la dicotomía “hecho/valor” se encuentra presente en todo su pensamiento:

“El concepto natural o concepto de hecho es una noción pre-jurídica, determinada principalmente por el uso idiomático, sobre cuyo contenido el legislador no puede disponer. El contenido del concepto de derecho, en cambio, se guía por la finalidad que el legislador persigue con la norma jurídica [...]”⁵.

Más recientemente, el filósofo y economista estadounidense Hilary Putnam, en su obra *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos* (2002), ataca esta dicotomía desde el seno mismo de la filosofía analítica – corriente que ha aceptado y tomado casi como axioma esta separación entre juicios de hecho y juicios de valor– y sostiene que dicha separación no tiene sentido porque es posible encontrar elementos descriptivos (o fácticos) en algunas proposiciones valorativas y viceversa, sobre todo, en aquellas que contienen conceptos que Putnam ha denominado *densos*, y que ponen de manifiesto la profunda *imbricación* que existe entre hechos y valores.

Precisamente en esta obra, Putnam pone como fundamento de esta dicotomía la distinción kantiana entre proposiciones analíticas y sintéticas, pero pone como antecedente del mismo Kant a la filosofía de Hume:

“[...] Hume suponía más bien una dicotomía metafísica entre cuestiones de hechos y relaciones de ideas (la dicotomía que constituye su anticipación temprana de la distinción analítica/sintético). Lo que Hume quería decir era que cuando un juicio con es describe una cuestión de hecho, no puede derivarse de él ningún juicio con *debe* [...]”⁶.

Es necesario, por lo tanto, revisar lo expuesto por el propio David Hume en el *Tratado de la naturaleza humana*. Para poder llevar adelante esta tarea, primero expondremos el pasaje en el cual se expresa la llamada “ley de Hume” y la polémica en torno a su interpretación. Luego, desarrollaremos los presupuestos epistemológicos de esta incomunicabilidad entre enunciados fácticos y enunciados normativos que se desprenden de la teoría del conocimiento expuesta en el *Tratado* y desglosaremos este tratamiento en dos: un apartado acerca del conocimiento en general y otro relacionado al

5 Henke, H. E. (1979). *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 6.

6 Putnam, H. (2002). *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*. Barcelona. Ediciones Paidós, 29.

conocimiento práctico. Finalmente, someteremos estos presupuestos a una crítica desde la perspectiva aristotélico-tomista.

1. El texto en el Tratado de la naturaleza humana y breve noticia de la polémica a su alrededor

En un ampliamente citado pasaje, Hume establece:

“En todo sistema de moralidad que hasta ahora he encontrado he notado siempre que el autor procede durante algún tiempo según el modo corriente de razonar. Y, de repente, me veo sorprendido al hallar que en lugar de los enlaces habituales de las proposiciones *es* o *no es*, encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que con *debe* o *no debe*. Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de gran consecuencia, pues como este *debe* o *no debe* expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada y al mismo tiempo debe darse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: como esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son totalmente diferentes de ella, ya que los autores no usan comúnmente de esta precaución, debo aventurarme a recomendarla a los lectores, y estoy persuadido de que esta pequeña atención acabará con todos los sistemas corrientes de in-moralidad y nos permitirá ver que la distinción de vicio y virtud no se funda meramente en las relaciones de los objetos ni se percibe por la razón [...]”⁷.

Lo primero a lo que debe hacerse mención respecto del texto es que su interpretación no ha sido pacífica entre los comentaristas de Hume. La postura analítica respecto de la interpretación de este pasaje representada principalmente por R. M. Hare (quien la nombra explícitamente como “ley de Hume” en su obra *Freedom and Reason*⁸) sostiene que lo que Hume está diciendo en estas líneas es que no pueden derivarse lógicamente proposiciones morales o valorativas a partir de proposiciones fácticas.

A. C. MacIntyre, en un artículo publicado en *The Philosophical Review* en el año 1959, pone en tela de juicio esta interpretación de la escuela analítica (representada por Hare, Nowell-Smith y Prior⁹), rechazando que el objetivo de Hume sea declarar que existe una imposibilidad lógica de deri-

7 Hume, D. (2012). *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid. Gredos, 410-411(SB 469-470).

8 Cfr. Hare, R. M. (1965). *Freedom and Reason*. Oxford. Clarendon Press, 108.

9 Cfr. MacIntyre, A. C. (1959). “Hume on ‘is’ and ‘ought’”. En *The Philosophical Review*, Vol. 68, No. 4, 451.

var el *deber* (*ought*) del *ser* (*is*), sino que lo que pretendía el filósofo escocés, a criterio de MacIntyre, era más bien explicar cómo es posible hacer una derivación legítima de juicios de valor a partir de juicios de hecho¹⁰. Para probar esto, MacIntyre discute que el término “deducción”, en el contexto del pasaje de Hume, ha sido entendido como implicación lógica (*entailment*) y en este sentido sí sería imposible deducir (en sentido estricto) una proposición fáctica a partir de una proposición valorativa, ya que las premisas de hecho no *implican* conclusiones de valor¹¹. En realidad, continúa el autor, debería entenderse el término deducción como una inferencia y esto es posible “en la medida en que tal inferencia esté mediada por algún concepto que exprese lo que Hume entendía por pasiones”¹². MacIntyre afirma que el mismo Hume hace una inferencia semejante apelando al interés común (*un hecho*) como fundamento de la justicia (*un valor*) y que si la interpretación de Hare fuera correcta, entonces Hume sería el primero en romper su propia regla¹³.

A raíz de esta interpretación se han escrito diversos artículos, tanto respaldando esta opinión como criticándola. Un ejemplo es el caso Geoffrey Hunter, quien sostiene una interpretación muy similar en su artículo *Hume on Is and Ought*¹⁴. Para este autor, los juicios morales entran dentro de una categoría especial de cuestiones de hecho (*matters of fact*), ya que son proposiciones acerca de la causación de ciertos sentimientos¹⁵ y éstos también son, en la filosofía de Hume, hechos.

Entre los comentaristas que se oponen a lo expuesto por MacIntyre podemos citar los casos de Anthony Flew, en un artículo denominado *On the interpretation of Hume*¹⁶ y el de Atkinson, en *Hume on “Is” and “Ought”: a reply to Mr MacIntyre*¹⁷. Este último caso es interesante, ya que se propone discutir uno de los puntos centrales de la crítica de MacIntyre a la interpretación analítica del pasaje de Hume respecto de la autonomía de la moral.

10 Cfr. MacIntyre, A. C. Ob. cit., 453-4.

11 Cfr. MacIntyre A. C. Ob. cit., 455.

12 Widow Lira, F. (2015). “La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i”. En *Anales del seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 32, Num 2, 415-434 (419-420).

13 MacIntyre, A. C. “Hume on ‘is’ and ‘ought’”. Ob. cit., 457.

14 Hunter, G. (1962). “Hume on is and ought”. En *Philosophy*, Vol. 37, No. 140, 148-152.

15 Cfr. Hunter, G. Ob. cit., 149.

16 Flew, A. (1963). “On the interpretation of Hume”. En *Philosophy*, Vol. 38, No. 144, 178-182.

17 Atkinson, R. F. (1961). “Hume on ‘is’ and ‘ought’: a reply to Mr MacIntyre”. En *The Philosophical Review*, Vol. 70, No. 2, 231-238.

En las últimas páginas de su artículo, MacIntyre escribe que Hume “no sostiene la autonomía moral porque él no creía en ella”¹⁸ y que la ética de Hume, a diferencia del caso de Kant o de Moore, no depende de principios morales que son de alguna manera auto-explicativos, sino que son lógicamente dependientes de algunas aserciones sobre la naturaleza humana¹⁹. Atkinson observa a este respecto que lo que frecuentemente se entiende como “autonomía de la moral” es el hecho de que ningún conjunto de premisas no morales puede implicar lógicamente (*entail*) una conclusión moral. Atkinson llama a esta postura Autonomía 1²⁰.

Sin embargo, continúa, MacIntyre no puede estar pretendiendo negar la autonomía de la moral en este primer sentido, ya que él mismo admite que las proposiciones de hecho no pueden implicar proposiciones morales. En realidad, lo que MacIntyre estaría pretendiendo negar es que los juicios fácticos sean lógicamente irrelevantes para los juicios prácticos²¹. Atkinson llama a esto Autonomía 2.

Desde el punto de vista de Atkinson, los argumentos de MacIntyre no son concluyentes ya que, aún cuando Hume no utilice el término “deducir” en un sentido estricto, de esto no se sigue que lo utilice en el sentido de una inferencia, como lo entiende MacIntyre, y que de hecho se esfuerza por mostrar que los juicios de hecho y los juicios de valor son enteramente diferentes entre sí²².

Quien ha mostrado extensamente los pormenores de esta discusión a la que hemos hecho una breve referencia ha sido el profesor Felipe Widow Lira, en un artículo publicado en 2015 titulado *La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i*. Sobre el final del texto Widow sostiene: “Es necesario descubrir cómo entendía, el propio Hume, los hechos, las normas y los enunciados que describen o presentan unos y otras, entre otras muchas cuestiones relevantes [...]”²³.

Estamos absolutamente de acuerdo con esta conclusión y es por ello que creemos que es necesario un pequeño análisis de los elementos de la epistemología de Hume para poder echar luz sobre la dicotomía hecho/valor planteada en el pasaje citado.

18 MacIntyre, A. C. “Hume on ‘is’ and ‘ought’”. Ob. cit., 465.

19 Ibídem, 468.

20 Atkinson, R. F. “Hume on ‘is’ and ‘ought’: a reply to Mr MacIntyre”. Ob. cit., 232.

21 Ibídem.

22 Ibídem, 235.

23 Widow Lira, F. “La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i”. Ob. cit., 434.

2. Los elementos de la teoría del conocimiento teórico de Hume

Hume es uno de los principales representantes del empirismo inglés del siglo XVIII, lo cual quiere decir que para él todo el conocimiento se reduce a conocimiento sensible, entendiendo por esto la aparición de fenómenos en la conciencia y enlazados en la imaginación y la memoria mediante relaciones que son fruto de la semejanza y contigüidad entre las ideas que estos fenómenos producen al debilitarse. En consecuencia, podemos dividir en Hume dos géneros de percepciones cuya diferencia radica en su fuerza y vivacidad, a las cuales el filósofo escocés llama *impresiones* (son más fuertes y vivaces) e *ideas* (son copias débiles de sus respectivas impresiones)²⁴. Propiamente hablando son las ideas y las relaciones entre ellas las que constituyen el conocimiento tal como lo entiende Hume: “[...] las impresiones se definen por ser el contacto original con el mundo externo y, en consecuencia, son lo *dado* frente a las ideas que son lo *pensado*”²⁵.

Partiendo de estos presupuestos, Hume divide estas relaciones entre ideas en dos clases que distinguen, según comentadores como John Passmore, entre dos lógicas distintas en Hume: la lógica de la razón (*reason*) y la lógica del entendimiento (*understanding*)²⁶. Por un lado, en lo que Passmore llamará lógica de la razón en Hume, están aquellas relaciones que dependen enteramente de las ideas que comparamos entre sí y a este tipo de relaciones pertenecen el álgebra y la aritmética (en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Hume agrega también la geometría), que son puras relaciones entre ideas y corresponden al conocimiento demostrativo²⁷. “Las proposiciones de esta ciencia [...]”, dice Hume, “[...] se descubren por el sólo pensamiento independientemente de su existencia en el universo”²⁸.

El otro tipo de relaciones son las que el filósofo escocés da en llamar relaciones de hecho o *matters of fact*, en las cuales “no consideramos las relaciones abstractas de las ideas, sino sus enlaces reales y su existencia”²⁹. Todos los razonamientos de este tipo se basan principalmente en la relación de

24 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 13 (SB 1).

25 Martínez de Pisón Cavero, J. M. (2010). *La filosofía jurídico-política de Hume* [Tesis Doctoral Universidad de La Rioja]. Servicio de Publicaciones de Universidad de La Rioja, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/tesis/20792.pdf>, 52 (las cursivas son nuestras).

26 Passmore, J. (1980). *Hume's intentions*. London. Duckworth, 29.

27 Cfr. Hume, D. (1975). *Enquiry concerning human understanding*. 3ª ed. L. A Selby-Bigge - revisada por P.H. Nidditch. Londres. Oxford Clarendon Press, 25 y sigs.

28 *Ibidem*.

29 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 392 (SB 453).

causa y efecto³⁰. La particularidad de esto es que entre las relaciones que no dependen únicamente de las ideas, es la única que nos permite ir más allá de lo inmediatamente presente y nos permite extender nuestro conocimiento³¹. En su *Enquiry*, Hume se va a referir a este conocimiento como conocimiento *moral*³². El grado de certeza de este tipo de conocimiento no excede el de la *probabilidad*, ya que su contrario no implica contradicción lógica.

Surge, entonces, una distinción importante que debe ser tenida en cuenta: aquella entre relaciones entre ideas y situaciones de hecho (*matters of fact*). Propiamente hablando, solo la primera es competencia de la razón (en el sentido apuntado por Passmore más arriba), ya que la actividad más propia de ésta es el conocimiento deductivo. Respecto de los *matters of fact*, el entendimiento (*understanding*) tiene un papel un poco más débil, ya que la certeza que puede alcanzar es probabilística y a este tipo de operación corresponde la relación de causalidad que, lejos de ser descubierta en la propia naturaleza, es un producto del hábito en la imaginación y la memoria que termina generando una *creencia* (*belief*) en el hecho en cuestión. El término *conocimiento* (*knowledge*) está estrictamente reservado para los conocimientos deductivos que se dan entre ideas. Todo lo demás es, en definitiva, cuestión de *creencia*³³.

En este punto, y dada la importancia del tema en la filosofía de Hume, es necesario hacer algunas breves aclaraciones respecto del tema de la causalidad. Lo primero en lo que debemos hacer hincapié, como hemos adelantado al principio de este apartado, es que cuando Hume habla de causalidad no habla de relaciones *reales* entre las cosas, sino de relaciones *mentales* en el sujeto: “Hume no se ocupa del mundo objeto de experiencia, sino de la experiencia del mundo”³⁴. En la medida en que lo más primario de nuestro conocimiento son las *impresiones* y que no conocemos (ni podemos conocer) cuáles son las causas de su aparición en la conciencia³⁵, lo que Hume parece

30 *Enquiry concerning human understanding*. Ob. cit., 26.

31 *Ibidem*.

32 *Enquiry concerning human understanding*. Ob. cit., 35, no obstante, cuando Hume habla de conocimiento “moral” en este sentido amplio, debe entenderse conocimiento “probable”. Así lo han señalado comentaristas como John Passmore (cfr. Passmore, J., *Hume’s intentions*. Ob. cit., 10) y también Anthony Flew [cfr. Flew, A. (1969). *Hume’s philosophy of belief: a study of his first enquiry*. Londres. Routledge & Kegan Paul, 94].

33 Cfr. Rábade Romero, S. (1975). *Hume y el fenomenismo moderno*. Madrid. Gredos, 188-191.

34 Noxon, J. (1987). *La evolución de la filosofía de Hume*. Madrid. Ed. cast.: Alianza Editorial S.A., 88.

35 Hume desarrolla largamente el tema de la existencia externa e independiente de los objetos en la Sección II, de la Cuarta parte del Libro I del *Tratado*, denominada “del escepticismo con respecto a los sentidos”.

estar explicando al hablar de la causalidad es más bien un fenómeno psicológico que un fenómeno físico.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo dicho anteriormente, lo que explica el origen de la idea de causalidad en la mente es el hábito o la costumbre: “Cuando nos hallamos *acostumbrados* a ver dos impresiones enlazadas entre sí, la aparición de la idea de una despierta inmediatamente en nosotros la idea de la otra”³⁶. Esto es así porque la relación que existe entre la idea de la causa y la idea del efecto es la de *conjunción constante* entre éstas en la imaginación y la memoria³⁷.

En tercer lugar, y a tono con la filosofía de la época, cuando Hume habla de causalidad, se refiere solo a la causalidad eficiente³⁸ y excluye cualquier distinción de la noción de causa como la de la filosofía clásica con base en el pensamiento aristotélico entre causas formales, eficientes y finales³⁹ y también la distinción de los ocasionalistas (en particular, Malebranche) entre causa y ocasión⁴⁰.

Finalmente, la importancia de las relaciones de causalidad en el conocimiento de los *matters of fact* reside en el hecho de que permiten extender el conocimiento e ir más allá de lo inmediatamente presente. Aquí entra en juego su teoría de la *belief* (“creencia”), que es de vital importancia en este punto, ya que definir la creencia “es sentar las bases que permitan inferir lo inobservado”⁴¹.

Excede a los fines del presente artículo examinar los pormenores del papel de la *belief* en el pensamiento de Hume o incluso el impacto que ha tenido entre sus comentadores en lo que respecta a la interpretación de su obra⁴², pero es necesario resaltar la importancia que tiene en el conocimiento de los *matters of fact*.

La imaginación, según Hume, tiene cierta libertad para asociar las ideas entre sí ya que, a diferencia de la memoria, no se encuentra constreñida a seguir el mismo orden en que las impresiones han aparecido originalmente⁴³. Surge, así, una necesidad de encontrar algún principio según el

36 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 99-100 (SB 102-103) (las cursivas son nuestras).

37 Cfr. *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 90 (SB 93).

38 Cfr. Passmore J., *Hume's intentions*. Ob. cit., 29.

39 Cfr. *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 159 (SB 171).

40 Cfr. *ibidem*.

41 Martínez de Pisón Cavero, J. *La filosofía jurídico-política de Hume*. Ob. cit., 82.

42 Por ejemplo, el caso de N. Kemp Smith, quien sobre la base de la *belief*, proporciona una lectura no escéptica de la filosofía de Hume [cfr. Kemp Smith, N. (1949). *The Philosophy of David Hume: a critical study of its origins and central doctrines*. Londres, Macmillan and co., cap. X y cap. XVI].

43 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 19 (SB 9).

cual sea capaz de distinguir entre las ideas que son pura ficción y las ideas de la realidad. Este principio es la *creencia*. Es evidente que la creencia no puede ser algo distinto de una idea, porque es “claramente una forma de pensamiento en sentido amplio y todo pensamiento consiste en mezclar, componer, separar y dividir los elementos del pensamiento; esto es, las ideas”⁴⁴. Pero tampoco puede ser una idea distinta a la idea original en la que se cree porque esto alteraría el contenido de la creencia⁴⁵. Por lo tanto, la solución de Hume es que la creencia consiste en la *manera* en la que una idea es concebida⁴⁶.

Es complejo entender exactamente a qué se refiere Hume cuando dice que la creencia altera la manera en la cual se concibe una idea, ya que él mismo parece tener problemas para explicar este principio. En la Sección VIII de la Parte III del Libro I del *Tratado*, Hume se refiere a la creencia como una idea más vívida e intensa⁴⁷, pero esto no es del todo satisfactorio porque entonces la idea terminaría confundándose con una impresión⁴⁸. Es por ello que el filósofo de Edimburgo se ve obligado a modificar esta postura y, en el Apéndice del *Tratado* y en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*, termina definiendo a la *belief* como un cierto sentimiento (*feeling*) que se anexa a la idea original producto de la costumbre y que hace que la idea gane fuerza y vivacidad⁴⁹. Es gracias a la creencia que podemos transferir nuestras ideas del pasado hacia el futuro y lo que fundamenta nuestros juicios de causa y efecto en lo que refiere a los *matters of fact*. Más aún, la *creencia* es el fundamento del juicio para Hume, lo que en la filosofía escolástica corresponde a la segunda operación del intelecto posible⁵⁰.

Claro está que, en consonancia con lo que hemos dicho anteriormente, el principio al que recurre Hume es psicológico. En palabras de Passmore, el razonamiento empírico desaparece porque se descubre como el procedimiento habitual de aquellos que llamamos “sabios”⁵¹. También desaparece el problema lógico acerca de cómo justificarlo⁵².

44 Flew, A. (1969). *Hume's philosophy of belief: a study of his first enquiry*. Londres. Routledge & Kagan Paul, 102.

45 *Ibidem*.

46 Cfr. *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 92 (SB 96).

47 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 100 (SB 103).

48 Cfr. Martínez de Pisón Caveró, J. *La filosofía jurídico-política de Hume*. Ob. cit., 84.

49 Cfr. *Enquiry concerning human understanding*. Ob. cit. (SB 49).

50 Cfr. Passmore, J. *Hume's intentions*. Ob. cit., 62 y Harrison, J. (1976) *Hume's Moral Epistemology*. Londres. Oxford Clarendon Press, 31.

51 Passmore, J. *Hume's intentions*. Ob. cit., 60.

52 Cfr. *ibidem*.

3. El “conocimiento” práctico en Hume

Es difícil explicar en qué consiste el conocimiento práctico para Hume, y es también dudoso saber si se puede hablar con precisión de *conocimiento* práctico en absoluto, ya que, en algún sentido, pareciera ser que Hume consideraba a esto como algo imposible. Como sostiene Ardal en su obra *Passion and value in Hume's Treatise*, “Hume, en los segundos dos libros del *Tratado* está preocupado en descubrir aquellas leyes psicológicas que explican las emociones humanas y el comportamiento de las personas en la sociedad. No hay división clara entre la psicología de Hume y su teoría moral”⁵³. Pareciera ser que lo que a Hume le interesa es más bien dar una explicación descriptiva de los fenómenos morales (y hacer una especie de psicología de la acción humana) que elaborar una teoría sobre el bien y el mal y su conocimiento. En este sentido también podemos sumar la consideración al respecto de Mackie: “Es un intento de estudiar y explicar los fenómenos morales [...] en la misma manera en la que Newton y sus continuadores estudiaron y explicaron el mundo físico”⁵⁴.

Todavía tenemos que añadir otra dificultad, la cual consiste en que es muy difícil conciliar la teoría del conocimiento teórico en Hume con los elementos de su teoría moral. Passmore, por citar un ejemplo, declara que Hume no toma realmente en consideración la relación entre su epistemología y su teoría de las pasiones porque, si así fuera, su conocida crítica a la idea del yo, por ejemplo, sería inconsistente con toda su filosofía moral⁵⁵.

Una tercera dificultad al momento de hablar de conocimiento práctico en Hume, y quizás la más crítica a los fines del presente artículo, es que para nuestro filósofo “las distinciones morales no se derivan de la razón”⁵⁶. Esto es así porque la función de la razón es la de descubrir relaciones entre ideas⁵⁷ y este solo hecho no es suficiente para producir una afección en nosotros –ni de dolor ni placer– y, por lo tanto, no puede influenciar al sujeto a la acción.

Debe tenerse en cuenta lo siguiente: es un principio de la epistemología de Hume, que no admite ningún tipo de excepción, que toda idea deriva de

53 Ardal, P. S. (1966). *Passion and value in Hume's Treatise*. Edimburgo. Edinburgh University Press, 2.

54 Mackie, J. L. (1995). *Hume's moral theory*. Londres. Routledge, 6.

55 Cfr. Passmore, J. *Hume's intentions*. Ob. cit., 126-7. También puede verse Rabade Romeo, S. *Hume y el fenomenismo moderno*. Ob. cit., 340.

56 Este es el título de la Sección I, Cap. I, Parte I del Libro III del *Tratado de la naturaleza humana*.

57 Cfr. *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 359-360 (SB 413-414).

una impresión sensible⁵⁸. En el caso del ámbito de lo práctico, dicha impresión obedece al *sentimiento* anexado al placer o dolor que la acción produce en el sujeto⁵⁹. En este sentido, Hume dice explícitamente que la moral es *más bien sentida que juzgada*⁶⁰. “Él [Hume] creía que ‘moralmente bueno’ o ‘moralmente malo’ derivan su significado de impresiones específicas, aunque no se encuentren en los objetos evaluados”⁶¹, y de aquí que también se oponga a toda consideración de la moral como fruto de la razón.

Es interesante destacar que Hume enfatiza el carácter “inerte” de la razón en contra de quienes sostienen que obrar moralmente es obrar conforme a ella. De manera retórica y hasta provocativamente, Hume sostiene que es imposible ajustar las *pasiones* (que en su sistema vendrían a ser impresiones en el ámbito moral) a la razón y que más bien es la razón quien es “esclava de las pasiones”⁶².

Es el propio Hume quien reconoce un aspecto esencial del problema al principio del Libro III del *Tratado*. Según su teoría del conocimiento, todas las *percepciones* de la mente pueden reducirse a dos clases distintas: ideas e impresiones. Esta distinción nos lleva forzosamente a preguntarnos “si es por medio de nuestras ideas o de nuestras impresiones como distinguimos entre vicio y virtud y proclamamos una acción censurable o meritoria”⁶³. Ahora bien, los sistemas de moralidad que afirman que la virtud es obrar conforme a la razón sostienen que las distinciones morales son fruto de comparación y yuxtaposición de *ideas*⁶⁴. Esta es la postura que Hume se propone impugnar.

Ya hemos mencionado la distinción que hace Hume entre *relaciones de ideas* y *matters of fact*. Hemos visto también que todo conocimiento cae en alguno de estos dos géneros y que el primero de ellos corresponde al ámbito de la necesidad lógica y el conocimiento deductivo y el segundo de ellos reposa principalmente sobre la relación de causa y efecto. Si se pretende excluir el ámbito de la *praxis* del ámbito de la razón, corresponderá mostrar que la moral no constituye una mera relación entre ideas (a la manera de la aritmética, por ejemplo), pero tampoco cae dentro del otro tipo de relaciones (*los matters of fact*).

Respecto de si la moral puede ser objeto del conocimiento demostrativo, Hume responde negativamente porque, como ha establecido al principio

58 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 18 (SB 7).

59 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 261-262 (SB 295-296).

60 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 412 (SB 470).

61 Ardal, P. S. *Passion and value in Hume's Treatise*. Ob. cit., 8.

62 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 361 (SB 415).

63 Cfr. *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 400 (SB 456-7).

64 Cfr. *ibidem*.

de su obra, el conocimiento demostrativo consiste en relaciones entre ideas y, a continuación, enumera a qué tipos de relaciones se refiere: semejanza, contraste, grados de una cualidad y relaciones de cantidad y número⁶⁵. El conocimiento moral no corresponde a ninguna de estas relaciones porque éstas “conciernen tanto a la materia como a nuestras acciones, pasiones y voliciones”⁶⁶. De consistir el conocimiento moral en relaciones de ideas, deberíamos considerar, entonces, que los seres inanimados y los seres irracionales también son susceptibles de juicios morales, en tanto que estas relaciones enumeradas anteriormente se aplican a ellos también. Por otro lado, si alguien quisiera proponer un nuevo tipo de relación sobre el cual pudiera fundarse un conocimiento deductivo de la moral, esta relación debería satisfacer dos condiciones: la primera, que sea una relación entre las acciones internas y los objetos externos⁶⁷, y la segunda, es que esta relación sea “tan necesaria que en toda mente bien dispuesta debe presentarse y tener su influencia”⁶⁸. A este respecto, apunta Mackie J. L.: “La conexión entre la supuesta relación moral y la elección hecha por cualquier agente racional debería ser necesaria e inteligible *a priori* [...]”⁶⁹.

A continuación, Hume nos dice que la moral tampoco consiste en cuestiones de hecho o *matters of fact*, y para ilustrarlo pone el ejemplo de un asesinato intencionado. Creo que la claridad del pasaje amerita que se lo cite completo:

“El vicio nos escapa enteramente mientras se le considere como un objeto. No se le puede hallar hasta que se dirige la reflexión hacia el propio pecho y se halla un sentimiento de censura que surge en nosotros con respecto a la acción. Aquí existe un hecho; pero es objeto del sentimiento, no de la razón. Está en nosotros mismos, no en el objeto”⁷⁰.

Esta postura combina una tesis negativa y una tesis positiva. Respecto de la tesis negativa, se afirma que un juicio moral no es una descripción empírica de ninguna de las características del objeto sobre el cual recae⁷¹. La tesis positiva sería que el juicio es un reporte del sentimiento de culpa o de desaprobación que surge en la persona que examina el hecho⁷². Dejando

65 Cfr. *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 406 (SB 464).

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*.

68 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 407 (SB 465).

69 Mackie, J. L. *Hume's moral theory*. Ob. cit., 57.

70 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 410 (SB 468-469).

71 Cfr. Mackie, J. L. *Hume's moral theory*. Ob. cit., 58.

72 Cfr. *ibidem*.

a un lado las varias objeciones que los comentaristas (como, por ejemplo, Jonathan Harrison o J. L. Mackie) han hecho a este pasaje, es claro que lo que Hume pretende mostrar es que la clave para discernir la moralidad o inmoralidad de una acción en concreto reside en el *sujeto* que realiza el juicio moral más que en el *hecho* en sí mismo.

4. Lo teórico y lo práctico como dos ámbitos diferentes

Habiendo expuesto en el apartado anterior que, para Hume, las distinciones morales no pueden provenir de la razón por no tratarse de cuestiones de hecho ni de relaciones entre ideas, quisiéramos llamar la atención sobre algunos pasajes del Libro II del *Tratado de la naturaleza humana* que consideramos claves para la cuestión:

“Como su propio dominio [el del razonamiento demostrativo] es el *mundo de las ideas*, y, como la voluntad nos coloca en el de las *realidades*, la demostración y la volición parecen, por esto, hallarse totalmente apartadas la una de la otra”⁷³.

“Una pasión es una *existencia original* o, si se quiere, la modificación de una existencia y *no contiene ninguna cualidad representativa*, que la haga copia de otra existencia o modificación [...] Es imposible, por consiguiente, que esta pasión pueda ser opuesta o contradictoria con la verdad o la razón; puesto que esta contradicción consiste en la discordancia entre las ideas, consideradas como *copias*, con los objetos, que ellas *representan*”⁷⁴.

En primer lugar, nos parece interesante destacar que ambos fragmentos pertenecen a la Sección III de la Parte III del Libro II del *Tratado*, donde Hume pretende desarrollar los *motivos* que son capaces de determinar la voluntad y descarta que la razón pueda tener alguna influencia en este sentido, ya que su “dominio” es propiamente el de las ideas que cumplen una función representativa, mientras que la voluntad trata con “realidades”. La pasión no es algo representativo⁷⁵. No es propiamente una *idea*, ni una *belief*, y, por lo tanto, no puede ser conforme a la razón ni opuesta a ella.

No podemos dejar de mencionar, a pesar de que no podemos detenernos en ello sin desviarnos del objetivo del presente artículo, que es curioso que Hume insista tanto en el papel de la idea como representación. Una posible

⁷³ *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 359 (SB 413) (las cursivas son nuestras).

⁷⁴ *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 361 (SB 415).

⁷⁵ Cfr. Mackie, J. L. *Hume's moral theory*. Ob. cit., 45.

respuesta es que la idea es representativa de la impresión que le da origen, pero no deja de ser llamativo y problemático que en este pasaje se haga mención de la palabra *objeto* y no de *impresión*.

Para explicar cómo sucede la determinación de la voluntad, Hume recurre al concepto de *motivo* y se vale de la noción de causalidad para explicarla. Como bien advierte Martínez de Pisón Cavero, “*Motivo* [...] debe entenderse como un término amplio que engloba un variado universo mental. Motivos son, principalmente, las pasiones, las emociones y los afectos, tomándolos como conceptos referidos a los deseos, a los intereses, a aquellas propensiones que mueven y activan la voluntad y la dirigen para la acción”⁷⁶. Entre estos motivos, aquellos a los que Hume presta más atención son las pasiones.

“Las pasiones son impresiones simples y, en consecuencia, indefinibles”⁷⁷. Además, ellas surgen a partir de una sensación originaria de placer o dolor que, “a semejanza de la gravedad en el mundo físico, actúa produciendo atracción o aversión hacia las personas o las cosas”⁷⁸. Hume divide las pasiones en *directas* o *indirectas*, según que surjan inmediatamente del placer o el dolor o que requieran la intermediación de cualidades adicionales.

No creemos necesario, a los efectos de la presente exposición, ahondar mucho más en las particularidades de la dinámica de las pasiones, sino sólo resaltar que las sensaciones de placer y dolor junto con las pasiones que de ellos surgen constituyen los elementos a partir de los cuales Hume construye su filosofía moral. Ellas son las que tienen fuerza activa para determinar a la voluntad en una dirección o en la otra y las que tienen un vínculo causal con la acción, pero no son, desde ningún de punto de vista, un objeto de la razón en la medida en que no son *ideas*.

5. Una nueva propuesta de interpretación del pasaje y comentarios críticos desde la perspectiva aristotélico-tomista

Tal como fuera advertido ya por Putnam en la obra a la que hacíamos referencia en la introducción, el fundamento de la separación entre juicios de hecho y juicios de valor debe buscarse en la epistemología del empirismo inglés (cuyo máximo exponente es, sin duda, David Hume). La filosofía analítica contemporánea, tanto en su aplicación a la moral como al derecho,

⁷⁶ Martínez de Pisón Cavero, J. M. *La filosofía jurídico-política de Hume*. Ob. cit., 116.

⁷⁷ Ardal, P. S. *Passion and value in Hume's Treatise*. Ob. cit., 15-16.

⁷⁸ Martínez de Pisón Cavero, J. M. *La filosofía jurídico-política de Hume*. Ob. cit., 120.

arrastra los mismos presupuestos y, por lo tanto, le son aplicables las mismas objeciones, principalmente aquella que compete al conocimiento de los primeros principios en el ámbito práctico y a sus fundamentos metafísicos.

Ya hemos dicho en el primer apartado de este artículo que los filósofos analíticos, sobre todo a partir de la obra de Hare, han dado en llamar a este principio de separación entre enunciados fácticos y enunciados valorativos como “ley de Hume” y que reconocen como fuente de esta formulación el pasaje citado del *Tratado de la naturaleza humana* (SB 469-470). Más allá de las discrepancias que pueda haber sobre la correcta interpretación de este pasaje, creemos que hay un punto que es fundamental: aun cuando pueda sostenerse coherentemente dentro de la filosofía de Hume que ciertos juicios normativos se basan en *hechos*, como afirma MacIntyre respecto de la justicia, o Hunter, respecto de las pasiones en general, creemos que es necesario advertir que existe una cierta ambigüedad respecto de lo que para Hume constituye un hecho (como bien lo advertía Felipe Widow Lira en su artículo).

Cuando Hume habla de este paso injustificado del *es* o *no es* al *debe* o *no debe*, lo que debe entenderse es que el paso injustificado se da entre enunciados de hecho que son objeto de la *belief* y enunciados normativos que son objeto del *sentimiento* moral. La moral también tiene ciertos hechos que le son propios, y en esto Hunter tiene razón, ya que el mismo Hume admite que la “evidencia moral” se basa en relaciones de causalidad (entendidas como conjunciones constantes) entre la voluntad y sus motivos⁷⁹. Esta relación de causalidad es la base de todo conocimiento o enunciado fáctico⁸⁰. Pero incluso admitiendo esto, Hume se esfuerza mucho en señalar insistentemente que ninguna de las operaciones de la razón por sí misma puede descubrir la bondad o maldad de una acción:

“No *inferimos* que un carácter sea virtuoso porque agrada, sino que sintiendo que agrada de un modo particular sentimos, en efecto, que es virtuoso”⁸¹.

Lo que se afirma es una disociación del conocimiento teórico o especulativo del ámbito de lo práctico y una cierta incomunicabilidad entre ellos, dado que obedecen a principios y a operaciones distintas. De ello se sigue que lo que Hume está impugnando es la posibilidad de un conocimiento práctico en la medida en que los fenómenos morales no son objeto de la razón.

79 Cfr. *Tratado de la naturaleza humana*. O. cit., 352-354 (SB 404-407).

80 *Ibidem*.

81 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 412 (SB 471).

Desde la tradición de la filosofía clásica de corte aristotélico-tomista, en la cual nos encontramos insertos, cabe señalar críticamente varios aspectos de esta postura del conocimiento moral de Hume: en primer lugar, no debe perderse de vista que Hume es, por un lado, un autor empirista-idealista, tomando en cuenta que sostiene que “[...] nada se halla siempre presente ante la mente más que las percepciones [...]. Fijemos nuestra atención sobre nosotros mismos tanto como nos sea posible; dejemos caminar nuestra imaginación hasta los cielos o hasta los últimos límites del universo: jamás daremos un paso más allá de nosotros mismos ni jamás concebiremos un género de existencia más que estas percepciones que han aparecido en esta estrecha esfera”⁸², y, además, es un autor nominalista, “[...] es un principio generalmente admitido en filosofía que todo en la naturaleza es individual”⁸³.

Harrison, uno de los comentaristas de Hume, en un apartado de su libro *Hume's moral epistemology*, donde se dedica a hacer un tratamiento propio de la brecha entre hecho y valor, enumera los sentidos que puede tener el término deber (*ought*) y de qué manera puede derivarse racionalmente de una proposición fáctica. Entre una de las acepciones, dice que *ought* puede referirse a “lo que es racional elegir”⁸⁴ y pone el ejemplo de la elección de un granjero de plantar sus semillas en primavera o en otoño: “[...] los granjeros no alcanzarán su *fin* si plantan las semillas en otoño”⁸⁵.

Harrison, en este caso, tiene una intuición que consideramos fundamental: “[...] los hechos, junto con los fines de los granjeros, determinan lo que es racional para ellos elegir”⁸⁶. El problema de Hume, como consecuencia de su nominalismo y de su teoría de la experiencia, es que su tratamiento de la causalidad (y de toda la experiencia) como un fenómeno puramente psicológico, y la reducción de ésta a la causalidad eficiente, le deja vedado el camino al conocimiento de los fines y a la relación que existe entre éste y los medios para llegar a él.

Por otro lado, aunque la crítica de Harrison es acertada, también es de algún modo incompleta, ya que sólo parece analizar fines hipotéticos, pero no considera la existencia de fines categóricos como fundamento y contenido de una obligación, que es lo que realmente debe entenderse por *deber* en sentido fuerte.

Si se considera lo fáctico como lo observable en la naturaleza por medio de la experiencia y se tiene en cuenta que la naturaleza implica dinamismo

82 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 68-69 (SB 67-68).

83 *Tratado de la naturaleza humana*. Ob. cit., 28 (SB 19).

84 Cfr. Harrison, J. *Hume's Moral Epistemology*. Ob. cit., 77.

85 *Ibidem*, 78.

86 *Ibidem*.

y tendencia hacia fines específicos, no puede sostenerse que exista una brecha entre lo fáctico y lo valorativo. Tampoco puede sostenerse que no pueda llegarse a ciertos enunciados universales auto-evidentes en el ámbito de la moral.

En primer lugar, hay que destacar que también en el orden práctico existen principios evidentes, que son captados intuitivamente por el hábito de la *sindéresis*⁸⁷ y que se identifican con lo que la filosofía clásica de cuño aristotélico-tomista ha dado en llamar ley natural. Estos primeros principios de la ley natural son, en el orden práctico, lo que los primeros principios de la demostración son en el orden especulativo⁸⁸, puesto que unos y otros son evidentes por sí mismos. Así como la noción de ente, que es una noción absolutamente primera del conocimiento, funda el principio de no contradicción; así también el bien, que es lo primero que se aprehende con la razón práctica, funda el primer principio en el orden práctico, que puede formularse como “el bien debe hacerse y el mal debe evitarse” y, tal como sucede en el orden especulativo, sobre este principio se fundan todos los demás principios del obrar⁸⁹. Dado que el bien tiene razón de fin, se sigue que el hombre aprehende como bueno todo aquello a lo que se encuentra naturalmente inclinado, por ello dice Santo Tomás que el orden de los preceptos de la ley natural se toma del orden de las inclinaciones naturales⁹⁰.

En lo que respecta a las objeciones planteadas por Moore, lo primero que hay que notar es que cuando se dice que el bien tiene razón de fin por su característica de ser apetecible, no se trata de dar una *definición*, ya que, al ser una propiedad trascendental, y por lo tanto co-extensible con el concepto de ente, el bien no es susceptible de ser definido. En consecuencia, es errado sostener que toda ética con fundamento metafísico identifica el bien con alguna realidad suprasensible (entendiendo esta identificación en el sentido de un *juicio analítico* de lo que es el bien, como si se tratara, en lenguaje kantiano, de una verdad *a priori*), ya que el bien no es un concepto unívoco, sino que es máximamente análogo y se extiende a todas las cosas en cuanto reales.

En segundo lugar, y tal como hemos dicho en el desarrollo del artículo, no podemos hablar de un conocimiento puramente deductivo en cuestiones morales, ya que aún los primeros principios prácticos son intuitivos en la experiencia. Desde el punto de vista de la metafísica clásica, no puede sostenerse que exista tal disociación entre el conocimiento moral y el conocimiento especulativo porque, en la medida en que la intencionalidad del

87 Cfr. *S. Th.* I-II, q. 94, a 1, ad 2.

88 *S. Th.* I-II, q. 94, a 2.

89 Cfr. *ibídem*.

90 *Ibídem*.

acto de conocimiento nos pone en contacto con la esencia real de la cosa que se encuentra significada por el concepto, también nos permite entender su dinamismo. Lo que llamamos naturaleza no es una realidad suprasensible, como sostiene Moore en su acusación a los estoicos⁹¹, sino la tendencia de cada cosa hacia el fin que le corresponde en razón de su especie y esto es algo constatable por experiencia.

Si esto es así, debe sostenerse que también el hombre tiene una esencia específica que impone en él ciertas tendencias –y fines– que le son naturales y de las cuales deben derivarse las normas de la moral.

6. Nota conclusiva

La reducción de la experiencia a un fenómeno de conciencia a la que aludimos anteriormente y que ha sido impulsada por el empirismo, ha hecho imposible, para filosofías como la de la escuela analítica, entender a la *naturaleza* en el sentido expuesto por la filosofía aristotélico-tomista porque, si reducimos el conocimiento por experiencia sólo al ámbito de lo fenoménico, debemos concluir, como lo hace Hume, que no podemos afirmar de la realidad nada más allá de lo inmediatamente presente. Visto de esta manera, es evidente en qué sentido es posible sostener que un juicio de experiencia (o de hecho) jamás puede originar un juicio de valor, porque no podría establecerse ninguna relación necesaria entre fenómenos y, siendo todo deber (u obligación) un tipo de necesidad que vincula una acción contingente a un fin *necesario*, es claro que esta vinculación no puede provenir de una constatación de hecho en el sentido propuesto por la escuela analítica.

Si la experiencia no refleja nada del mundo real, sino que se reduce a una serie de fenómenos psicológicos enlazados por leyes de la conciencia, entonces no podría jamás encontrarse un criterio moral en un juicio puramente descriptivo, ya que lo que fundamenta todo el orden de los fenómenos prácticos es su referencia al fin. En el esquema propuesto por Hume, captar esta referencia al fin en un hecho empírico es, como consecuencia de su epistemología, imposible.

Es por ello que creemos conveniente revisar los fundamentos epistemológicos de la dicotomía hecho-valor tal como se encuentran expresados en la filosofía del empirismo inglés, cuyo máximo exponente ha sido David Hume.

91 Cfr. *Principia Ethica*. Ob. cit., 108.

Bibliografía

- Ardal, P. S. (1966). *Passion and value in Hume's Treatise*. Edimburgo. Edinburgh University Press.
- Atkinson, R. F. (1961). "Hume on 'is' and 'ought': a reply to Mr MacIntyre". En *The Philosophical Review*, Vol. 70, No. 2 (Apr., 1961), 231-238.
- Flew, A. (1969). *Hume's philosophy of belief: a study of his first enquiry*. Londres. Routledge & Kagan Paul.
- Flew, A. (1963). "On the Interpretation of Hume". En *Philosophy*, Apr., Vol. 38, No. 144, 178-182.
- Hare, R. M. (1965). *Freedom and Reason*. Oxford. Clarendon Press.
- Harrison, J. (1976). *Hume's Moral Epistemology*. Londres. Oxford Clarendon Press.
- Henke, H. E. (1979). *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Hudson, W. D. (1964). "Hume on is and ought". En *The Philosophical Quarterly (1950-)*, Jul., Vol. 14, No. 56, 246-252.
- Hume, D. (1975). *Enquiry concerning human understanding*. 3ª ed. L. A Selby-Bigge - revisada por P.H. Nidditch. Londres. Oxford Clarendon Press.
- Hume, D. (1904). *Enquiry concerning the principles of morals*. L. A Selby-Bigge. Londres. Oxford Clarendon Press.
- Hume, D. (2012). *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid. Gredos (se citan, además, las páginas de las ediciones originales de L. A Selby-Bigge, actualizadas por P.H. Nidditch en forma de SB y número de página).
- Hunter, G. (1962). "Hume on is and ought". En *Philosophy*, Vol. 37, No. 140, 148-152.
- Hunter, G. (1963). "A reply to professor Flew". En *Philosophy*, Vol. 38, No. 144, 182-184.
- Kemp Smith, N. (1949). *The Philosophy of David Hume: a critical study of its origins and central doctrines*. Londres. Macmillan and co. limited.
- Lamas, F. A. (2022). *Dialéctica y concreción del derecho*. Buenos Aires. Instituto de Estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino, Colección Circa Humana Philosophia.
- MacIntyre, A. C. (1959). "Hume on 'is' and 'ought'". En *The Philosophical Review*, Vol. 68, No. 4, 451-468.
- Mackie, J. L. (1995). *Hume's moral theory*. Londres. Routledge.
- Martínez de Pisón Cavero, J. M. (2010). *La filosofía jurídico-política de Hume* [Tesis Doctoral Universidad de La Rioja]. Servicio de Publicaciones de Universidad de La Rioja, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/tesis/20792.pdf>.
- Moore, G. E. (1959). *Principia Ethica*. México D. F. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Noxon, J. (1987). *La evolución de la filosofía de Hume*. Madrid. Ed. cast.: Alianza Editorial S. A.
- Passmore, J. (1980). *Hume's Intentions*. London. Duckworth.
- Putnam, H. (2002). *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*. Barcelona. Ediciones Paidós.
- Rabade Romeo, S. (1975). *Hume y el fenomenismo moderno*. Madrid. Gredos.

Santo Tomás de Aquino (2009). *Suma de Teología (5 T)*. Madrid. B.A.C.

Widow Lira, F. (2015). “La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i”. En *Anales del seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 32, Num 2, 415-434.

LEX, ORDO, IMPERIUM. LA COMUNICABILIDAD DEL PRECEPTO JURÍDICO EN EL PENSAMIENTO DE TOMÁS DE AQUINO

Gonzalo José María Letelier Widow

Doctor en Derecho por la Università degli studi di Padova,
Universidad de los Andes, Chile
Contacto: gletelier@uandes.cl
ORCID: 0002-1625-2216

Recibido: 26 de abril de 2022

Aprobado: 3 de julio de 2022

Para citar este artículo:

Letelier Widow, G. J. M. (2022). “*Lex, ordo, imperium*. La comunicabilidad del precepto jurídico en el pensamiento de Tomás de Aquino”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp.131-159

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.131-159>

Resumen: Según Tomás de Aquino, la ley es una regla o medida que mueve a obrar y permite juzgar una conducta. La ley humana expresa, en consecuencia, una consideración general de un orden racional que, en virtud de una moción de la autoridad, debe ser asumido como juicio de la propia conducta por parte del ciudadano, tal como, en el acto virtuoso, las potencias inferiores participan del orden racional enunciado por el juicio de la prudencia. Esta identidad electiva, fundada en la participación del orden propio del precepto jurídico en el *imperium* prudencial, permite explicar en qué sentido la ley es principio de la conducta, cómo se relaciona con la coactividad y cómo se justifica su obligatoriedad incluso cuando el gobierno es imperfecto.

Palabras clave: Ley, Orden, Imperio, Obligatoriedad, Participación.

***Lex, ordo, imperium.* The communicability of legal precept in the thought of Thomas Aquinas**

Abstract: According to Thomas Aquinas, law is a rule or measure that moves one to act and allows to judge a conduct. Human law expresses, consequently, a general consideration of a rational order that, by virtue of a motion of authority, must be assumed as *iudicium* of her own conduct by the citizen, just as, in the virtuous act, the lower powers participate in the rational order enunciated by the judgment of prudence. This elective identity, founded on the participation of the order proper to the legal precept in the prudential *imperium*, makes it possible to explain in which sense law is a principle of conduct, how it is related to coercion, and how its obligatory nature is justified even when the government is imperfect.

Keywords: *Law, Order, Imperium, Obligation, Participation.*

***Lex, ordo, imperium.* La comunicabilità del precetto giuridico nel pensiero di Tommaso d'Aquino**

Sommario: Secondo Tommaso d'Aquino, la legge è una regola o misura che muove ad agire e permette di giudicare le condotte. La legge umana esprime, dunque, una considerazione generale di un ordine razionale che, in virtù di una mozione dell'autorità, deve essere assunto come giudizio della condotta propria del cittadino, così come, nell'atto virtuoso, le potenze inferiori partecipano all'ordine razionale enunciated dal giudizio della prudenza. Questa identità elettiva, basata sulla partecipazione dell'ordine proprio del precetto giuridico nell'imperium prudenziale, permette di spiegare in che senso la legge è principio di condotta, come è legata alla coercizione e come la sua obbligatorietà è giustificata anche quando il governo è imperfetto.

Parole chiave: Legge, Ordine, Imperium, Obbligatorietà, Partecipazione.

Introducción

Tomás de Aquino abre su tratado de la ley en la *Summa Theologiae* con la siguiente definición nominal de la ley: “[...] regla o medida de los actos en virtud de la cual alguien es inducido o retraído de actuar”¹.

Según esta definición, la ley es, en primer lugar, una regla o medida. Una regla o medida es una realidad relativamente estable cuya cualidad se compara con cosas homogéneas para determinar su magnitud relativa y, por lo tanto, su eventual exceso o defecto, “como la unidad en el género de los números y el movimiento primero en el de los movimientos”². En consecuencia, la medida puede asumir una función normativa y prescriptiva respecto a aquello que mide, en cuanto hace manifiesta la proporción entre lo que efectivamente es y lo que algo debería ser en orden a un determinado fin.

En el *Político*³, Platón distingue dos tipos de medidas: el primero, divide el más del menos de modo recíproco, sin un término absoluto de comparación; de esta manera, por ejemplo, el 3 es más que el 2 y menos que el 4, pero considerado en sí mismo no es ni más ni menos. Un segundo tipo de medida, que podríamos llamar “dialéctica”, divide el “demasiado” del “demasiado poco”. De este modo, por ejemplo, la casa que se derrumba es objetivamente “menos”, no ya respecto a otra casa, sino respecto a lo a que ella misma le compete como casa. Siguiendo a Platón, Aristóteles recurre a este tipo de medida para determinar el término medio en que consiste la virtud⁴. Esta medida dialéctica se determina en función de algún aspecto que, siendo propio de lo medido, no es necesariamente idéntico a aquello que de hecho se da en él. El justo medio, lo conveniente, lo oportuno, lo debido son siempre relativos a la perfección propia de lo medido. Así, la medida dialéctica es perfección propia de lo contingente en cuanto tal. Por eso, a diferencia del medio aritmético, no se lo determina con exactitud a partir de extremos previamente conocidos, sino que, por el contrario, es el conocimiento impreciso y aproximativo de la propia medida lo que permite identificar el exceso y el defecto, distinguir el “demasiado” y el “demasiado poco”, a partir de los cuales, en un movimiento de ida y regreso, se podrá ir paulatinamente precisando la misma medida.

1 Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1: “[...] *lex quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur*”. Todas las citas de Tomás de Aquino están tomadas del sitio www.corpusthomicum.org, editado por E. Alarcón. Las traducciones son nuestras, teniendo a la vista las traducciones al español, cuando las hubiere. En adelante, las citas de la *Summa Theologiae* se abreviarán *S. Th.*

2 *Ibid.*: “*In unoquoque autem genere id quod est principium, est mensura et regula illius generis, sicut unitas in genere numeri, et motus primus in genere motuum*”.

3 Cfr. Platón (1988). *Político*. Madrid. Gredos, 559-561 (283d-e). Véase Reale, G. (2010). *Per una nuova interpretazione di Platone alla luce delle “dottrine non scritte”*. Milano. Bompiani, 411-416.

4 Aristóteles (2000). *Ética nicomáquea*. Madrid. Gredos, 60-64 (II, 6, 1106a 13- 1107a 28).

Enunciar una medida dialéctica es, simultáneamente, describir un cierto *orden* que hace de modelo y *preceptuar* lo que algo debe ser. Como intentaremos argumentar, esto es precisamente lo que hace la ley, que es simultáneamente *orden racional comunicado* y *precepto que obliga*: la *lex* es *ordo* e *imperium*.

En efecto, en cuanto induce o retrae de la acción, la ley es una *medida práctica* que mide las conductas en función de un determinado fin o bien humano; es decir, las juzga respecto de lo que deberían ser y, en cuanto son conductas libres, prescribe aquellas que son adecuadas al fin, prohibiendo las contrarias: “[...] ley viene de ligar, pues obliga a actuar”⁵.

1. ὁ τε γὰρ νόμος τάχῃς τίς ἐστι. Ley y orden en Aristóteles y Tomás de Aquino

Ya en Aristóteles, la idea de ley está estrechamente vinculada a la de orden. Sin necesidad de realizar un estudio filológico que excedería los límites de este escrito, se puede constatar que el verbo más utilizado por Aristóteles para designar el gobierno del superior sobre el inferior es ἐπιτσω, cuya raíz es el verbo τάσσω, que, literalmente, significa “ordenar” o “poner orden”⁶. El campo semántico se completa con los verbos κελεύω y ἀρχεύω.

Esta coincidencia terminológica entre la idea de “precepto” o “mandato” y la de “orden” no es casual. A lo largo de los innumerables pasajes en los que se utilizan estos verbos, es posible distinguir, al menos, tres aspectos que manifiestan su íntima relación.

En primer lugar, mandar es propio del intelecto y de los sabios en virtud de su conocimiento:

“Y, entre las ciencias, pensamos que [...] la destinada a mandar es más Sabiduría que la subordinada. Pues no debe el hombre sabio recibir órdenes [ἐπιτάττεσθαι] sino darlas [ἐπιτάττειν], y no es él el que ha de obedecer a otro, sino que ha de obedecerle a él el menos sabio”⁷.

5 Vid. el citado I-II, q. 90, a. 1, cuyo *incipit* completo establece precisamente esta relación: “[...] *lex quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur: dicitur enim lex a ligando, quia obligat ad agendum*”.

6 Cfr., por ejemplo, las respectivas voces en Liddell, H. G.; Jones, H. S. & McKenzie, R. (1996). *A greek-english lexicon*. Oxford. Clarendon Press, 664 (τάσσω) y 1759-1760 (ἐπιτσω), o en Montanari, F. (2015). *The Brill dictionary of ancient greek*. Leiden-Boston. Brill, 796 (τάσσω) y 2085-2086 (ἐπιτσω).

7 Aristóteles (1998). *Metafísica*. Madrid. Gredos, 11-12 (I, 2, 982 a 15-20; trad. de V. García Yebra).

La razón de esto se nos ofrece poco después: mandar significa disponer las cosas en función de un fin o un bien conocido, y para ello es necesario el intelecto y la sabiduría:

“Y es la más digna de mandar entre las ciencias, y superior a la subordinada, la que más debe mandar sobre los súbditos, la que conoce el fin por el que debe hacerse cada cosa. Y este fin es el bien de cada una, y, en definitiva, el bien supremo en la naturaleza toda”⁸.

Precisamente porque le compete el conocimiento del fin, Aristóteles afirma, en segundo lugar, que mandar es propio de la autoridad y de los magistrados que la detentan. Así, por ejemplo, en su *Política*:

“Pero preferentemente y hablando en términos absolutos, debe darse el nombre de magistraturas a aquellos cargos a los cuales se encomienda el decidir sobre determinadas cuestiones, el juzgar y el mandar [ἐπιτάξαι], sobre todo esto último, porque el dar órdenes [ἐπιτάττειν] es lo más propio de un gobernante”⁹.

Gobernar significa ejecutar en la realidad concreta un orden deliberado y juzgado por la razón; por eso, la función propia del magistrado es mandar. Y dado que este mandato por el cual se gobierna se expresa en la ley (νόμος), Aristóteles concluye (en tercer lugar) no solo que la ley “ordena”, sino que ella misma “es orden” (ἡ γὰρ τάχως νόμος)¹⁰:

“La ley es, en efecto, un cierto orden y la buena legislación tiene que ser una ordenación buena [ὁ τε γὰρ νόμος τάχως τίς ἐστι, καὶ τὴν εὐνομίαν ἀναγκαῖον εὐταξίαν εἶναι], y un número excesivamente elevado no puede participar del orden [μετέξειν τάξεως]”¹¹.

En términos generales, el uso jurídico y político del término “τάχως” y de su respectiva “familia” en Aristóteles es similar al de nuestra palabra “orden” y sus equivalentes en las diversas lenguas modernas, desde el italiano

8 Aristóteles (1998). *Metafísica*, 13 (I, 2, 982 b 4-8).

9 Aristóteles (2017). *Política*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 140 (IV, 15, 1299a 25-30; trad. de J. Marías y M. Araújo).

10 Aristóteles (2017). *Política*, 103 (III, 16, 1287a 18).

11 Aristóteles (2017). *Política*, 219 (VII, 4, 1326a 29). Es digno de notar que el término utilizado por Aristóteles para designar la “recepción” del orden de parte de los ciudadanos es μετέχω (“participar”), de fuerte resonancia platónica. Como veremos, se trata del término mismo que utiliza al final del Libro I de la *Ética nicomáquea* (I, 13, 1102b), al explicar la virtud moral como participación de la razón en la parte irracional del alma. El punto, cuya indicación agradecemos a F. A. Lamas, exige un desarrollo que no es posible en esta sede.

ordine, con su correlativo *ordinare*, y el inglés *order*, que connota tanto al sustantivo como al verbo, hasta el alemán *befehl* y el correlativo *befehlen*, con el mismo sentido pese a su muy diverso origen. Así, por ejemplo, la expresión ἡ τάξις τῶν νόμων (literalmente, “el orden de las leyes”) designa con cierta proximidad lo que hoy llamaríamos “legislación” u “ordenamiento jurídico”¹², y la πολιτεία, en su sentido más próximo a nuestra “constitución”, no es otra cosa que τάξις de la ciudad y de las magistraturas¹³.

Si bien la riqueza semántica del término *ordo*, en Tomás de Aquino, difícilmente sintetizable en pocas líneas, es mucho mayor que la que posee en Aristóteles, su obra conserva y profundiza esta misma identidad fundamental entre τάξις y νόμος, entre *ordo* y *lex*. En efecto, el orden es coextensivo con el ser creado y, en consecuencia, su concepto es un reflejo de la estructura de la creación. Todo lo compuesto está ordenado. De hecho, no solo es ordenado cada ente en particular, sino que la misma creación es *una* en cuanto consiste en un cierto orden¹⁴. De este modo, no solo las “cosas humanas”¹⁵ están ordenadas por la ley, sino que el mismo orden del universo puede ser descrito con la forma de una ley eterna participada en la creatura. Pero precisamente por razón de la imperfección de esta participación, solo se puede hablar propiamente de ley respecto de la ley de la razón humana, que es tanto ley natural como ley positiva¹⁶.

Nos limitaremos aquí a enunciar algunos elementos fundamentales de la *ratio communis* del *ordo*, que se realizan de manera diversa en los diversos tipos de orden, para aplicarlos después a aquel tipo especial de orden que es la ley.

El concepto de orden designa un cierto tipo de unidad de lo diverso. Santo Tomás distingue tres requisitos para el orden: “[...] se debe tener presente que tres cosas concurren en el orden: en primer lugar, distinción con conveniencia; segundo, cooperación; tercero, el fin”¹⁷. El primer requisi-

12 Por ejemplo, Aristóteles. *Política*, II, 10, 1271b 29.32 (57).

13 Aristóteles (2017). *Política*, 78 (III, 6, 1278b 9). Tanto Marías como Manuela García [Aristóteles (1988). *Política*. Madrid. Gredos, 168] refieren el genitivo πόλεως a la πολιτεία, de modo tal que “la constitución de la ciudad” es “orden de las magistraturas”; Rackham [Aristóteles (2014). *Politics*. Cambridge MA. Harvard University Press] y Viano (Aristóteles. *Politica*. Milano. BUR, 254), en cambio, lo refieren a τάξις, de manera que la constitución es, en primer lugar, “orden de la ciudad”.

14 Una completa exposición sobre la doctrina tomista de la orden en Ramírez, S. (1963). *De ordine placita quaedam thomistica*. Salamanca. San Esteban. La riqueza del término *ordo* en Tomás de Aquino se nutre de una semejante en la obra de Agustín de Hipona.

15 La referencia, por supuesto, es a la ἀνθρώπεια φιλοσοφία de *Ética nicomáquea* X 9, 1181 b15-16.

16 Para estas distinciones, *vid. S. Th.* I-II, q. 93, a. 5-6.

17 Tomás de Aquino. *In de divinis nominibus* 4, 1: “*Considerandum est autem quod ad ordinem tria concurrunt: primo quidem distinctio cum convenientia; secundo, cooperatio; tertio,*

to significa una relativa igualdad entre cosas absolutamente diversas, que permita establecer un vínculo real entre las cosas ordenadas. Solo hay orden entre cosas que en algún sentido son iguales, pues, como señala en otro lugar, “el nombre colectivo implica dos cosas: pluralidad de supuestos y una cierta unidad consistente en un orden; y así, el pueblo es una multitud de hombres comprendidos bajo un cierto orden”¹⁸.

En segundo lugar, es necesaria la cooperación, es decir, que la actividad de cada parte sea congruente con su posición relativa en el conjunto, lo cual exige, por un lado, “que las cosas inferiores se eleven hacia las superiores y se les sometan”, y por otro, “que las superiores provean a las inferiores”¹⁹. La causa de esta “congruencia” propia de la cooperación es precisamente el tercer requisito: la unidad del principio que mantiene unidas a las partes²⁰ y que constituye el fin del todo.

Este fin, a su vez, puede ser considerado de dos modos, según los dos modos en que se puede considerar el orden: “[...] uno, por el cual una cosa creada se ordena a otra, como las partes se ordenan al todo, los accidentes a la sustancia y cada cosa a su fin; otro, por el cual todas las cosas creadas se ordenan a Dios”²¹. Hay en cada cosa compuesta un orden inmanente, relativo a un fin igualmente inmanente, que consiste en la proporción de cada parte respecto a toda otra, y un orden trascendente, propio del todo en cuanto tal y participado en cada parte en cuanto parte, relativo a un fin superior al del compuesto. Este segundo orden es anterior al primero, porque lo causa, tal como explica Aristóteles y cita (muy a menudo) Santo Tomás: “[...] el bien [del ejército] es el orden y el general, y más este [que aquel], porque no existe [el general] gracias al orden, sino el orden gracias [al general]”²².

Este doble orden que constituye el universo es también constitutivo de la sociedad política y especificativo de los dos modos paradigmáticos de la actividad política:

finis”. La *Tabula aurea* identifica como elementos del orden “*rationem prioris et posterioris; distinctionem et originem*” [De Bergomo, P. (1960). *In opera Sancti Thomae Aquinatis Index*. Roma. Paoline, 683], remitiendo indistintamente a *S. Th.* II-II, 26, a. 1-6.

18 *S. Th.* I, q. 31, a. 1 ad 2: “[...] *nomen collectivum duo importat, scilicet pluralitatem suppositorum, et unitatem quandam, scilicet ordinis alicuius, populus enim est multitudo hominum sub aliquo ordine comprehensorum [...]*”.

19 Tomás de Aquino. *In De divinis nominibus* 4, 1: “[...] *ut inferiora se elevent versus superiora ut eis subdantur*” y “[...] *ut superiora inferioribus provideant*”.

20 *S. Th.* I, q. 42, a. 3: “[...] *ordo semper dicitur per comparationem ad aliquod principium*”.

21 *S. Th.* I, q. 21, a. 1, ad 3: “*Est autem duplex ordo considerandus in rebus. Unus, quo aliquid creatum ordinatur ad aliud creatum, sicut partes ordinantur ad totum, et accidentia ad substantias, et unaquaeque res ad suum finem. Alius ordo, quo omnia creata ordinantur in Deum*”.

22 Aristóteles (1998). *Metafísica*, 640 (XII, 1075, 10-15).

“Pero como en toda multitud hay un doble orden, como se dice en el Libro XII de la *Metafísica* –uno, por el cual se ordena toda la multitud al fin común; otro, por el cual las partes de la multitud se ordenan singularmente entre sí según sus fines propios–, de la misma manera la política tiene dos partes: una, a la que compete gobernar la ciudad, a la cual corresponde procurar el bien común de toda la multitud, y esta recibe el nombre de ‘regnativa’ [...]. La otra es la que compete a cualquiera en la ciudad, en cuanto se ordena al bien común; y esta recibe el nombre de ‘política’, reteniendo el nombre común”²³.

Como manifiestan los textos, se trata de un único todo ordenado cuyo orden puede considerarse de dos modos, pues “allí donde hay una cosa en virtud de otra, hay solo una”²⁴. En cuanto dispone la totalidad de las partes al fin común, el orden se halla de modo eminente y causal en la mente de quien ordena; en cuanto dispone rectamente a las partes entre sí, el orden se halla particularizado y participado en cada una de ellas. Y como la ley es orden, “está en alguien no solo como en el que regula, sino también de modo participado, como en el regulado”²⁵. Aquel que es gobernado participa del orden primario ordenando sus propios actos, no inmediatamente hacia el bien común (al menos no necesariamente), sino respecto de los demás miembros del todo.

La unidad de orden supone una unidad de fin entre quien ordena y quien es ordenado. Así, en el ámbito político, la razón por la que el legislador ordena y el ciudadano es ordenado no es simplemente que aquel tiene poder mientras el segundo es impotente, sino que, comunicando en un mismo fin, uno es capaz de dirigir al fin, el otro está llamado a colaborar (es decir, a colaborar) en la consecución de ese mismo fin y ninguno de los dos es capaz de alcanzarlo por sí mismo.

23 Tomás de Aquino. *Scriptum super Sententiis* III, d. 33, q. 3, a. 1, qc. 4: “*Sed quia in qualibet multitudine est duplex ordo, ut in XII Metaph. dicitur: unus quo ordinatur tota multitudo ad finem communem; alius quo singulariter partes multitudinis ordinantur ad invicem secundum fines proprios; ideo politica habet duas partes: unam quae regi civitatis competit, cujus est bonum commune totius multitudinis conjectare, et haec dicitur regnativa, quae est experientia ejus quod est gubernare multitudinem innocue, vel legis positiva, ut in VI Ethic. dicitur. Alia est quae competit cuilibet de civitate, secundum quod ad bonum commune ordinatur; et haec politica dicitur, nomen commune retinens*”.

24 *S. Th.* I-II, q. 17, a. 4, s.c.: “[...] *ubi est unum propter alterum, ibi est unum tantum*”, remitiendo, al parecer, a Aristóteles. *Tópicos* III, 2, 117a 18 [cfr. Tomás de Aquino (1954). *Suma Teológica* (Tomo IV, 1-2, q. 1-48). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 449]. Cuando la referencia a una obra clásica no exija citar el texto traducido, se remitirá simplemente al lugar específico, sin señalar ninguna edición en particular.

25 *S. Th.* I-II, q. 90, a. 3, ad 1: “[...] *lex est in aliquo non solum sicut in regulante, sed etiam participative sicut in regulato*”.

Ahora bien: el acto por el cual el *ordo* es comunicado y participado recibe el nombre de *ordinatio*.

2. *Ordo* y *ordinatio*

El término técnico utilizado por Santo Tomás para indicar la relación entre la orden y el precepto legal es muy preciso: *ordinatio*²⁶. La ley es precisamente “cierta ordenación (*ordinatio*) de la razón al bien común promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad”²⁷, donde *ordinatio* significa el acto de la razón que dispone las partes del todo en función de un fin conocido e intentado, que en este caso es el bien común²⁸.

Mucho se ha dicho y se puede decir aún sobre esta definición. Interesa aquí, por ahora, un aspecto muy específico, en el que Tomás de Aquino precisa la noción de Aristóteles: la ley no es primariamente *ordo*, sino *ordinatio*, es decir, un juicio de la que determina “aquello que es para el fin”²⁹, al modo de una conclusión derivada del conocimiento y la volición de ciertos fines que son como principios:

“Porque el fin es respecto a lo operable como el principio en lo especulativo [...]; y hay algunas cosas en la razón práctica que son como las conclusiones, que son *aquello que es para el fin*, a lo cual llegamos por los mismos fines”³⁰.

Estas conclusiones, a su vez, son principio de las acciones, cuyo juicio singular que las informa vendría a ser como la última conclusión en el orden

26 Para un examen general, *vid.* las respectivas entradas (*ordo* y *ordinatio*) en Schütz, L. (1895). *Thomas-Lexikon*. Paderborn. F. Schöningh y en Deferrari, R. y Barry, M. I. (1948). *A Lexicon of Saint Thomas Aquinas*. Washington. Catholic University of America Press, 779-781.

27 *S. Th.* I-II, q. 90, a. 4: “[...] *quaedam ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata*”.

28 En un sentido semejante al que proponemos aquí, Konrad, M. (2005). *Precetti e consigli: studi sull’etica di san Tommaso d’Aquino a confronto con Lutero e Kant*. Rome. Lateran University Press, 49, distingue dos sentidos del término *ordinare*, pero sin distinguir entre *ordo* y *ordinatio*.

29 “*Ea quae sunt ad finem*” es un término técnico que a menudo se traduce como “medio” (*vid.* en particular, *S. Th.* I-II, *prol.* de las cuestiones 8 y 13). La cuestión no es indiferente, porque si el acto es solo un medio, su naturaleza será puramente instrumental y su bondad dependerá de un fin que le es ajeno. Más que un medio, el acto humano es aquello *por lo cual* y *en lo cual* se alcanza el fin.

30 *S. Th.* II-II, q. 47, a. 6: “[...] *quia finis se habet in operabilibus sicut principium in speculativis, ut supra habitum est; et quaedam sunt in ratione practica ut conclusiones, et huiusmodi sunt ea quae sunt ad finem, in quae pervenimus ex ipsis finibus*”.

práctico. Es decir, la ley es conclusión respecto de los fines y principio de las acciones³¹.

En otras palabras, la ley no es orden realizado, sino orden pensado, universal y abstracto (es decir, “general”), que puede realizarse de muchas maneras diferentes en la realidad concreta (o no realizarse en absoluto). Esta es, en último término, la razón por la cual la participación de la ley eterna en las creaturas irracionales no es propiamente ley (sino mero *ordo*) y, en cambio, sí lo son la ley natural y la ley humana (pues son propiamente *ordinationes*)³².

La consecuencia más relevante de esta diferencia es que, como explica Aristóteles, la ley no puede aplicarse de modo unívoco y mecánico a una realidad compleja y variada sin forzar esta realidad dentro de esquemas artificiales que la violentan y, por otro lado, sin desnaturalizar la propia ley, que ya no podrá lograr los fines para los que fue pensada y propuesta en primer lugar³³. En palabras de Platón, la ley en su mera literalidad es como “un hombre fatuo e ignorante que no dejara a nadie hacer nada contra el orden por él establecido, ni a nadie preguntar”³⁴.

En cuanto consiste en una *ordinatio rationis*, el precepto jurídico es esencialmente comunicable y en esta comunicabilidad radica su eficacia. La *ordinatio* llega a ser concreto *ordo* social en cuanto “mueve” al súbdito³⁵ a disponer sus actos libres de un cierto modo indeterminadamente incluido en el precepto. Esta “moción” recibe el nombre de *imperium*³⁶.

31 *S. Th.* I-II, q. 90, a. 1 ad 2.

32 *S. Th.* I-II, q. 91, a. 2-3 (especialmente, a. 2 ad 3) y q. 93, a. 5-6.

33 Este es el problema que aborda Aristóteles al discutir la *ἐπιείκεια* o “equidad” en *Ética nicomáquea* V, 1137a 30 - 1138a 3. La confusión entre *ordo* y *ordenación* conduce a la confusión entre orden jurídico y el “texto preciso de la ley”, la cual, a su vez, implica una reducción de la función del jurista a la de un “aplicador de normas”. *Vid.* Gentile, F. (2006). *Filosofía del Diritto*. Padova. Cedam, 216.

34 Platón (1988). *Político*, 583 (294c, trad. de M. Isabel Santa Cruz).

35 Usaremos el término “súbdito” porque manifiesta más claramente la relación de subordinación que nos ocupa y es más próximo a la terminología del mismo Tomás de Aquino; quizás sería más preciso el término “ciudadano”, a condición de que se lo entendiera solo al modo del *πολίτης* aristotélico, pero no parece ser este su sentido más común.

36 La noción de *imperium* y su relación con el *praeceptum* suscitó un importante debate a partir de una alusión incidental en Lottin, O. (1949). “Pour un commentaire historique de la morale de Saint Thomas d’Aquin”. En *Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles*, vol. 3. Louvain. Abbaye du Mont César, 582, cuya lectura de parte de Gauthier, R. (1951). “Compte rendu: Lottin, Odon, Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles. II-III. Problèmes de morale”. En *Bulletin thomiste*, 8, 60-86, fue contestada por Deman, T. (1953). “Le ‘precepte’ de la prudence chez Thomas d’Aquin”. En *Recherches de théologie ancienne et médiévale* 10, 40-59 y Pinckaers, S. (1955). “Compte rendu: Deman et Gauthier”. En *Bulletin thomiste*, 9, 345-362. Para una descripción de la controversia y del *status questionis*, *vid.* Enríquez, T. & Carrasquillo, F. (2020). “Interpersonal Commands and the Imperium-Praeceptum Debate”. En *The Thomist*, 84 (2), 207-231, en que abordan [como también Konrad, M. (2005). *Precetti e consigli*,

La cuestión, entonces, es determinar la relación entre la *ordinatio rationis* en la que consiste la ley y el concretísimo orden político, jurídico y moral de las conductas de los hombres que constituyen la sociedad; es decir, la relativa identidad entre esta *ordinatio rationis*, el *imperium* de la autoridad por el que mueve al súbdito y el *praeceptum* prudencial de cada individuo, pues “la voluntad de alguien procede al uso ejecutando el imperio de la razón: a veces la voluntad ajena, cuando uno manda sobre otro; otras veces la voluntad de mismo que impera, cuando alguien se manda a sí mismo”³⁷.

Para esto, hay que comenzar explicando en qué consiste el acto de *imperium*.

3. *Ordinatio* y comunicación del *ordo*. Del acto de *imperium* al precepto jurídico

Santo Tomás define formalmente el acto de *imperium* en dos pasajes de la *quaestio* 17 de la *Prima Secundae* de su *Summa Theologiae*, dedicado al dominio de la voluntad sobre los actos de las otras facultades humanas

39-66] la analogía entre el acto de la prudencia y el gobierno político que discutimos aquí. La obra más relevante sobre el acto de *imperium* en Tomás de Aquino es, ciertamente, Enríquez, M. T. (2011). *De la decisión a la acción: estudio sobre el imperium en Tomás de Aquino*. Zúrich/ Nueva York. Georg Olms, pero la misma autora modifica algunas de sus posiciones en el citado artículo.

Respecto del fondo de la controversia, el análisis del uso común de los términos latinos y de sus equivalentes en las lenguas modernas parece sugerir que, mientras *praeceptum* designa sobre todo un juicio que manda, *imperium* remite sobre todo a una moción. Si esto es así, más que una forzada distinción de actos extraída de una lectura rígida de los textos de Santo Tomás (cuyo uso del lenguaje suele ser bastante flexible), habría que reconocer una misma *res significata* por dos términos cuyos diversos *modus significandi* impiden una perfecta sinonimia y exigen distinguir el contexto adecuado para su uso, en línea con Deman y Pinckaers.

En cualquier caso, más allá de cómo se la quiera resolver, parece claro que, tal como señalan Enríquez y Carrasquillo, el término *praeceptum* añade algo a la razón de *imperium*, de manera que, apenas se sale del acotado contexto de la controversia, se puede afirmar con Lottin, en el mismo texto de donde surgió todo, que “[...] on reconnaîtra que ce sont là de minimes nuances, qui n’entament pas l’identité foncière de la loi, l’acte propre de la prudence gouvernementale, avec l’imperium (ou praeceptum), l’acte propre de la prudence individuelle” [Lottin (1949). *Pour un commentaire historique*, 582]. En lo que sigue, tal como lo hace la traducción del tratado de la prudencia de la Biblioteca de Autores Cristianos [Tomás de Aquino (1956). *Suma Teológica* (Tomo VIII, 2-2 q. 47-79). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos], usaremos indistintamente el término más amplio, es decir, *imperium*.

37 *S. Th.* I-II, q. 17, a. 3, ad 1: “[...] voluntas alicuius incipit uti, exequendo imperium rationis; quandoque quidem voluntas alterius, cum aliquis imperat alteri; quandoque autem voluntas ipsius imperantis, cum aliquis imperat sibi ipsi”.

en la constitución del acto voluntario³⁸. Allí afirma que “imperar no es otra cosa que ordenar a alguien a hacer algo mediante una moción intimativa” (“*imperare nihil aliud est quam ordinare aliquem ad aliquid agendum* [a], *quadam intimativa* [b] *motione* [c]”)³⁹; y añade poco después que “el imperio no es otra cosa que un acto de la razón que ordena, mediante una cierta moción, a alguien a actuar”⁴⁰. Las dos definiciones son sustancialmente equivalentes; si hay diferencias, son irrelevantes en este contexto.

En su célebre comentario a la *Suma de Teología*, Cayetano distingue tres elementos de la definición del acto de *imperium*⁴¹: por un parte, *ordinatio* e *intimatio*, actos elícitos de la razón; por la otra, la *motio*, que es acto de la voluntad. Estos tres actos corresponden a los tres momentos del acto de prudencia: *deliberación*, *juicio* y, precisamente, *precepto* o *imperio*⁴².

El acto de imperar constituye el núcleo del acto de prudencia⁴³. Después de considerar los medios disponibles (*deliberatio* o *consilium*), la razón determina el más adecuado y enuncia un juicio (*iudicium*) de acción. El *imperium* es precisamente este juicio en cuanto causa formal del acto humano, materialmente constituido por los movimientos de las diversas facultades impulsadas por la voluntad.

De este modo, el *imperium* es el principio de unidad operativa de las diferentes facultades del hombre, aquello que hace “una” a la acción. Por lo mismo, la perfección de este *imperium* será también perfección del acto, la cual coincide en última instancia con su grado de unidad. En efecto, la prudencia, pese a ser ella misma una virtud especial⁴⁴, forma parte de la definición de la virtud moral, la cual es “un modo de ser selectivo, siendo un

38 La teoría del acto de *imperium* está prefigurada en Aristóteles (1983). *Acerca del alma*. Madrid, Gredos, 243-247 (III, 9-10, 432a 15- 433a 1-30), en que considera el complejo entrelazamiento de razón y voluntad que lo constituye y puede apreciarse con todos sus elementos propios.

39 *S. Th.* I-II, q. 17, a. 2; conservamos el texto en latín para hacer explícita la distinción entre estos tres elementos.

40 *S. Th.* I-II, q. 17, a. 5: “[...] *imperium nihil aliud est quam actus rationis ordinantis, quadam motione, aliquid ad agendum*”.

41 Cfr. Tomás de Vio (Cayetano) (1891). “Commentaria in I-II, q. 17 a. 1”. En Tomás de Aquino. *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. edita* (Tomo 6: *Prima secundae Summae theologiae*, qq. 1-70). Roma. Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, 119 (en adelante, simplemente “el Comentario de Cayetano”, seguido del tomo y página).

42 *S. Th.* I-II, q. 57, a. 6: “*Circa agibilia autem humana tres actus rationis inveniuntur, quorum primus est consiliari, secundus iudicare, tertius est praecipere*”. Como se señaló, para los efectos de este artículo, no es necesario distinguir entre *imperium* de la razón y *praeceptum* de la prudencia.

43 *S. Th.* II-II, q. 47, a. 8.

44 *S. Th.* II-II, q. 47, a. 5.

término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquello por lo que decidiría el hombre prudente”⁴⁵. Según explica Santo Tomás,

“en esta definición [de virtud moral] convenientemente se pone la virtud intelectual que tiene en común la misma materia, es decir, la prudencia, pues así como el sujeto de la virtud moral es algo que participa de la razón, así la virtud moral tiene razón de virtud en cuanto participa de la virtud intelectual”⁴⁶.

El motivo de esta inclusión es el mismo por el cual Aristóteles llama “racional por participación” a la parte apetitiva del alma al final del Libro I de la *Ética nicomáquea*⁴⁷. Mediante la prudencia, la acción (y el alma) del hombre virtuoso llega a ser plenamente una. La de aquel que no posee virtud perfecta, en cambio, se encuentra dividida entre diferentes impulsos o inclinaciones: por una parte, la razón lo inclina hacia un determinado bien y, por otra, las pasiones lo mueven hacia el objeto placentero, independientemente del orden racional, de donde surge la opinión común que ve la vida moral como una lucha⁴⁸. En realidad, la vida del hombre virtuoso es profundamente pacífica, pues la lucha radica solo en la adquisición de la virtud, no en su uso. El acto de *imperium* no consiste en la imposición forzosa de un orden extrínseco al apetito, sino en la conducción del superior hacia la perfección propia del mismo inferior; el acto de prudencia es, ciertamente, perfección de la razón, pero también lo es del apetito rectificado por la verdad.

Si bien es una sola virtud, es posible distinguir diversas especies de la prudencia. Como su acto consiste en disponer medios, es decir, en poner un orden, y el orden se especifica por el fin, las diferentes especies de prudencia se distinguen por el fin al que ordenan los actos. Así, la prudencia *simpliciter dicta* es aquella virtud por la cual el individuo dirige sus actos hacia su

45 Aristóteles (2000). *Ética nicomáquea*, 63 (II, 1106b 35). Santo Tomás usa la siguiente traducción: “[...] *habitus electivus in medietate existens determinata ratione quoad nos, prout sapiens determinabit*” (S. Th. II-II, 47, a. 5, arg. 1). Guillermo de Moerbeke, por su parte, traduce así: “[...] *habitus electivus in medietate existens quae ad nos determinata ratione, et ut utique sapiens determinabit*” [en Tomás de Aquino (1969). *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. edita* (Tomo 47.1: *Sententia Libri Ethicorum I-III*). Roma. Santa Sabinae, 97].

46 S. Th. II-II, 47, a. 5, ad 1: “*In cuius definitione convenienter ponitur virtus intellectualis communicans in materia ipsa, scilicet prudentia, quia sicut virtutis moralis subiectum est aliquid participans ratione, ita virtus moralis habet rationem virtutis in quantum participat virtutem intellectualem*”.

47 Aristóteles. *Ética nicomáquea* I, 13, 1102b. También aquí, como en *Política* VII, 4, 1326a 29, el verbo utilizado es μετέχω.

48 Por ejemplo, Platón (1999). *Leyes I-IV*. Madrid. Gredos, 193 (I, 626e; trad. F. Lisi): “[...] el vencerse a sí mismo es la primera y mejor de todas las victorias y el sucumbir a sí mismo es lo más vergonzoso de todo y, a la vez, lo peor. Esto indica que en cada uno de nosotros hay como una guerra de nosotros mismos contra nosotros mismos”.

propio bien⁴⁹. Sin embargo, “pertenece a la prudencia regir y preceptuar. Y por esto, allí donde hay una razón especial de régimen y de precepto en los actos humanos, se encuentra también una razón especial de prudencia”⁵⁰. En consecuencia, la forma más perfecta de prudencia es aquella que ordena más actos hacia el fin más alto:

“Es evidente que en aquel que no solo debe regirse a sí mismo, sino también a la comunidad perfecta de la ciudad o el reino, se encuentra una razón especial y perfecta de régimen, pues un régimen es tanto más perfecto cuanto más universal, pues se extiende a más cosas y se refiere a un fin ulterior. En consecuencia, compete la prudencia al rey, a quien corresponde regir la ciudad o el reino, según su razón especial y más perfecta. Y por eso se incluye entre las especies de la prudencia a la gubernativa”⁵¹.

Como contraparte de esta prudencia “gubernativa”, está también aquella genéricamente llamada “política”, propia del súbdito en cuanto tal⁵², en la cual nos detendremos en lo que sigue.

Todas estas diversas especies de prudencia encuentran su primer analogado en la prudencia *simpliciter* o prudencia “monástica”, por la cual cada hombre se gobierna a sí mismo hacia su propio bien. Pero esta misma prudencia individual, de la cual tenemos experiencia inmediata, se explica mediante categorías tomadas analógicamente del gobierno político. De este modo, con una cierta circularidad que podemos llamar dialéctica, consideraremos el *imperium* político por analogía con el *imperium* individual, el cual, a su vez, será descrito con el lenguaje del *imperium* político, según el esquema tripartito propuesto por Cayetano: *ordinatio, intimatio, motio*.

Tanto el *imperium* singular como el precepto jurídico consisten en la comunicación de un orden racional a uno que no lo posee por sí mismo, pero es capaz de recibirlo y de hacerlo propio: “[...] la ley está en alguien no solo como en el que regula, sino también de modo participado, como en el regulado. Y de este modo, cada uno es ley para sí, en cuanto participa del orden

49 S. Th. II-II, q. 47, 11.

50 S. Th. II-II, q. 50, a. 1: “[...] *ad prudentiam pertinet regere et praecipere. Et ideo ubi invenitur specialis ratio regiminis et praecepti in humanis actibus, ibi etiam invenitur specialis ratio prudentiae*”.

51 Ídem: “*Manifestum est autem quod in eo qui non solum seipsum habet regere, sed etiam communitatem perfectam civitatis vel regni, invenitur specialis et perfecta ratio regiminis, tanto enim regimen perfectius est quanto est universalius, ad plura se extendens et ulteriorem finem attingens. Et ideo regi, ad quem pertinet regere civitatem vel regnum, prudentia competit secundum specialem et perfectissimam sui rationem. Et propter hoc regnativa ponitur species prudentiae*”.

52 S. Th. II-II, q. 50, a. 3.

de uno que regula”⁵³. Esta participación es posible en cuanto el mismo *imperium* consiste en una *ordinatio rationis*, y se realiza mediante una *motio intimativa*.

La diferencia entre la *ordinatio* en que consiste el precepto jurídico y la del *imperium* individual, como se ha argumentado, consiste fundamentalmente en su respectiva universalidad o generalidad: el *imperium* prudencial de quien actúa en el marco de la ley, tanto si la conoce como si la ignora, manda en singular lo mismo que el precepto jurídico manda de modo universal.

Sobre la base de esta fundamental identidad, es necesario explicar en qué consiste la *intimatio* y la *motio* en cada modo del acto de imperio.

4. *Intimatio* y la no- exterioridad de la ley

La razón no mueve al modo de la causa eficiente, sino “intimando”. “Intimar” significa hacer “íntimo” algo, es decir, darlo como propio hasta el punto de hacerlo constitutivo de su acto. El precepto jurídico “intima” un orden al bien común en los actos de los ciudadanos de modo análogo a como el *imperium* prudencial “intima” el orden racional en la voluntad y las potencias inferiores.

En cuanto “intimado”, este orden racional no es impuesto “desde el exterior”, sino rigurosamente “comunicado”, es decir, “hecho común” a ambas partes según su respectiva naturaleza. La fuerza, en cambio, no “intima”, sino que mueve desde el exterior y, por lo tanto, es necesariamente ajena a quien la padece. Quien padece fuerza, más que moverse, es simplemente movido; quien recibe un precepto, en cambio, solo es movido en cuanto se mueve a sí mismo: “[...] los hombres que son siervos, o cualquier subordinado, actúan movidos por otros mediante el precepto, de modo tal que actúan por sí mismos por su libre arbitrio”⁵⁴, y por lo tanto, son “ley para sí, en cuanto participa[n] del orden del que regula”⁵⁵.

Según una opinión común en contextos tomistas⁵⁶, la ley sería “principio externo” de los actos humanos, pues consiste en un juicio práctico que no

53 S. Th. I-II, q. 90, a. 3, ad 1: “[...] *lex est in aliquo non solum sicut in regulante, sed etiam participative sicut in regulato. Et hoc modo unusquisque sibi est lex, in quantum participat ordinem alicuius regulantis*”.

54 S. Th. II-II, q. 50, a. 2: “[...] *homines servi, vel quicumque subditi, ita aguntur ab aliis per praeceptum quod tamen agunt seipsos per liberum arbitrium*”. Cfr. Palacios, L. E. (1944). “La prudencia política”. En *Revista de Estudios Políticos*, 13-14, 89-130.

55 S. Th. I-II, q. 90, a. 3, ad 1.

56 Vid., por ejemplo, Osuna, A. (1989). “Tratado de la ley en general. Introducción a las cuestiones 90 a 97”. En Tomás de Aquino. *Suma de Teología*. Tomo II. Madrid. Biblioteca de

ha sido determinado por quien lo ejecuta. Según la terminología moderna, el esquema tomista sería una heteronomía más o menos mitigada. Como prueba de esta tesis, se recurre a dos textos: el *proemium* de la *quaestio* 49 de la *Prima Secundae*, en el que Tomás distingue los diferentes tipos de principio del acto humano, y el de la *quaestio* 90, en el que distingue entre los principios exteriores o externos (*exterius*). Sin embargo, según lo planteado hasta aquí, un principio “externo” de un acto libre, es decir, de un acto que se define precisamente porque su principio es el mismo agente, es casi una contradicción en los términos; en la eficaz fórmula de Bernard Williams reportada por Hibbs, “*there are no external reasons for action*”⁵⁷. La dificultad es importante para el tema que nos ocupa y, por lo tanto, vale la pena detenerse brevemente en los textos.

La expresión *principium exterius* solo aparece en el *proemium* de la *quaestio* 90. Allí se afirma que los principios externos del acto humano son dos:

“El principio exterior que inclina al mal es el Diablo, de cuya tentación se habló en la primera parte. El principio exterior que mueve al bien es Dios, que nos instruye por la ley y nos ayuda por la gracia”⁵⁸.

Según este texto, Dios mueve hacia el bien de dos maneras: instruyendo con la ley y socorriendo con la gracia, de modo que el principio externo es siempre Dios, no la ley ni la gracia, que son más bien los medios que usa Dios para mover y, en consecuencia, son estrictamente internos al acto. De hecho, estos medios solo son eficaces en la precisa medida en que el agente los hace suyos. Lo mismo vale para el principio externo que inclina al mal, es

Autores Cristianos, 694-702; Elders, L. J. (1999). “La ley nueva es la gracia del Espíritu Santo”, en P. Rodríguez et al. *El Espíritu Santo y la Iglesia: XIX Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*. Pamplona. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 429-440; destacan el problema teórico de la interioridad de la ley, pero sin reparar en que el texto atribuye la exterioridad a Dios (no a la ley), Shanley, B. J. (2008). “Aquinas’s exemplar ethics”. En *The Thomist*, 72(3), 345-369, 367 y Jones, B. (2015). “Securing the Rational Foundations of Human Living: The Pedagogical Nature of Human Law in St. Thomas Aquinas”. En *New Blackfriars*, 96 (1065), 602-620, 603; sirva, en fin, como ejemplo de la opinión manualista Kerr, F. (2009). *Thomas Aquinas: A very short introduction*. New York. Oxford, 74. Ven claramente el punto, en cambio, Hibbs, T. (1990). “A Rhetoric of Motives: Thomas on Obligation as Moral Persuasion”. En *The Thomist* 54 (2), 293-309 y Brock, S. (1994). “L’obbligo per legge, il governo e il bene comune: considerazioni metafisiche in Tommaso d’Aquino”. En *Con-tratto: rivista di filosofia tomista e filosofia contemporanea*, 3 (1-2), 7-30.

57 Hibbs, T. (1990). “A Rhetoric of Motives...”. Ob. cit., 306.

58 *S. Th.* I-II, q. 90, *proemium*: “*Principium autem exterius ad malum inclinans est Diabolus, de cuius tentatione in primo dictum est. Principium autem exterius movens ad bonum est Deus, qui et nos instruit per legem, et iuvat per gratiam*”.

decir, el diablo a través de la tentación. Mientras la ley sea un conocimiento puramente teórico y la tentación una inclinación meramente padecida, es decir, mientras no se hagan verdaderamente “íntimas” al sujeto, no serán “principios” de la operación y serán, por lo tanto, completamente ineficaces.

De modo congruente, la ley solo es designada como “principio” del acto en el *proemium* de la *quaestio* 49:

“Después de los actos y las pasiones, se deben considerar los principios de los actos humanos. Y, en primer lugar, sobre los principios intrínsecos [*intrinsicis*]; en segundo, de los principios extrínsecos [*extrinsicis*]. El principio intrínseco es la potencia y el hábito; pero como ya se habló sobre las potencias en la primera parte, queda ahora considerar los hábitos”⁵⁹.

Los principios de los actos humanos pueden ser “intrínsecos” (las *potentiae* y los *habitus*) o bien “extrínsecos” (los enumerados en la *quaestio* 90: ley, gracia y tentación); el texto no alude a principios “externos”. El problema no parece ser la mera terminología. En la medida en que el acto humano es libre, sus principios propios solo pueden ser internos. El hecho de que la ley sea “extrínseca” en virtud de su origen, no la hace “externa” al acto en su operación. La ley “viene” de afuera, pero se constituye en principio del acto humano solo en la medida en que es internamente asumida, es decir, en cuanto se convierte en *imperium* de la propia razón. Como se dijo, “los hombres que son siervos, o cualquier subordinado, actúan movidos por otros mediante el precepto, de modo tal que actúan por sí mismos por su libre arbitrio”⁶⁰.

El *imperium* subjetivo es ontológicamente anterior a toda forma de *imperium* político; en consecuencia, solo puede ser gobernado aquel que es capaz de gobernarse a sí mismo, tal como intenta mostrar Platón a lo largo del Libro IV de la *República*.

La eficacia causal de la ley positiva, en consecuencia, no puede explicarse ni por reducción a la coacción, al modo hobbesiano, ni por una ficticia identificación con la voluntad del ciudadano, como pretendió Rousseau, sino mediante una *identidad electiva* entre el juicio imperativo de la autoridad manifestado en la ley y el juicio prudencial que determina la acción singular.

59 S. Th. I-II, q. 49, *proemium*: “*Post actus et passiones, considerandum est de principiis humanorum actuum. Et primo, de principiis intrinsicis; secundo, de principiis extrinsicis. Principium autem intrinsicum est potentia et habitus; sed quia de potentiis in prima parte dictum est, nunc restat de habitibus considerandum. Et primo quidem, in generali; secundo vero, de virtutibus et vitiis, et aliis huiusmodi habitibus, qui sunt humanorum actuum principia*”.

60 S. Th. II-II, q. 50, a. 2: “[...] *homines servi, vel quicumque subditi, ita aguntur ab aliis per praeceptum quod tamen agunt seipsos per liberum arbitrium*”.

Como en tantos otros casos, también en esta analogía entre el *imperium* prudencial y el *imperium* legal el orden de la atribución del nombre es inverso al de la prioridad real de los términos. Así, el uso común del término “ley” designa, en primer lugar, a la ley positiva de una sociedad política, y solo por su semejanza con esta designamos como “ley” a la ley natural o a la ley eterna; sin embargo, esta ley humana solo es verdadera ley en virtud de la ley natural y de la ley eterna. Lo mismo sucede con el acto de *imperium*. En el *ordo cognoscendi*, es primero el mandato de la autoridad, y todos los términos que usamos para describir el *imperium* prudencial (*intimatio*, *deliberatio*, *consilium*, incluso el mismo *imperium*) son metáforas derivadas de esta primera realidad empírica; en el *ordo essendi*, en cambio, el precepto jurídico solo es *imperium* eficaz en la medida en que se inserta orgánicamente en la dinámica interna del acto humano, es decir, en la medida en que se hace *imperium* subjetivo. En términos sencillos, solo se obedece queriendo.

5. *Intimatio* y la no-coactividad de la ley

De modo semejante, también el término *intimatio* denota, en primer lugar, un hecho externo: el consejo del prójimo, especialmente el de aquel que nos es más cercano y tiene alguna autoridad sobre nosotros; pero esta *intimatio* llega a ser eficaz en virtud de un acto estrictamente interno: acoge un consejo aquel que escucha las razones, las comprende y, sobre todo, asiente en ellas y las hace suyas, no solo a nivel teórico, sino precisamente en cuanto principios prácticos.

Esta analogía de la *intimatio* con el acto exterior del que toma su nombre es presentada por el propio Santo Tomás en su *Comentario a Ética*:

“Pero el concupiscible y todo apetito, como el irascible y la voluntad, participan de cierto modo de la razón, en cuanto escuchan la razón de quien amonesta y la obedecen como mandando. Y así decimos que la razón ocupa el lugar del padre que manda y de los amigos que amonestan”⁶¹.

Esta función intimativa de la razón en la constitución del acto humano es la misma del mito platónico del carro alado⁶², de la tripartición del alma

61 Tomás de Aquino. *Sententia libri ethicorum* I, 20, n. 10: “*Sed vis concupiscibilis et omnis vis appetitiva, sicut irascibilis et voluntas, participant aliquantulum ratione, secundum quod exaudiunt rationem monentem et oboediunt ei ut imperanti. Et ita rationem dicimus se habere in loco patris imperantis et amicorum admonentium*”.

62 Platón. *Fedro* 246a-254e.

del Libro IV de la *República* o del esquema de Aristóteles al final del Libro I de la *Ética nicomáquea*, cuando distingue una parte intermedia del alma que se hace racional “por participación” y que, tal como cita Santo Tomás, escucha a la razón como a un padre o a un amigo⁶³.

Aplicada al ámbito jurídico, esta *intimatio* modifica profundamente el modo de comprender la eficacia y vigencia de la ley. Por una parte, que la ley actúe mediante la intimación de un orden racional significa que la promulgación no es un mero requisito formal de validez abstracta, sino un aspecto de su esencia y que, en consecuencia, es razonable que forme parte de su definición. Por otra parte, además, implica reconocer como función primaria de la ley una persuasión semejante a la que puede esperarse del prójimo, más allá de su posición relativa de superioridad o inferioridad respecto a nosotros. En efecto, actúan de la misma manera que la ley “la persuasión que viene de los amigos, la reprensión que viene de los superiores y la súplica que viene de los inferiores, en orden a que el hombre no siga sus concupiscencias”⁶⁴.

La ley manda, amonesta y amenaza, pero también pide y suplica. Es el sentido del preámbulo que exige Platón en *Leyes IV*⁶⁵ y que, con sus diferencias, cumple la misma función que la fundamentación que se adjunta a un proyecto de ley. La cuestión de fondo radica en que el único verdadero interlocutor de una ley es la razón; solo a través de ella, indirectamente y de modo participado, en cuanto son sujeto de *habitus*, la ley actúa sobre la voluntad y sobre las pasiones. Incluso cuando, en su función coercitiva, que es secundaria y derivada, la ley apela a las pasiones, especialmente al temor, sigue hablando directamente a la razón, no ya persuadiendo del bien, sino disuadiendo del mal. En efecto, cuando la ley da a conocer una amenaza, solo causa temor en cuanto es conocida por la razón, y ese mismo temor solo mueve a abstenerse de un cierto acto en cuanto causa un juicio de conveniencia de la misma razón.

La ley siempre habla a la razón. Y si bien en casos muy extremos recurre a la fuerza física, aún entonces *esta fuerza no le pertenece*, ya que *es propia de la autoridad*. Estrictamente hablando, la ley no solo no es fuerza, sino que ni siquiera la posee.

63 Aristóteles. *Ética nicomáquea* I, 13, 1102b 30.

64 Tomás de Aquino. *Sententia libri ethicorum* I, 20, n. 11: “[...] *et suasio quae est ab amicis, et increpatio quae est a maioribus, et deprecatio quae est a minoribus, ad hoc quod homo suas concupiscentias non sequatur*”.

65 Platón. *Leyes IV*, 719e-724a. Vid. Gavazzi, G. (1974). “La motivazione delle leggi”. En *Il Politico*, 39(2), 173-193.

6. *Intimatio* y la causalidad formal de la ley

El *imperium* legal es capaz de modificar efectivamente la conducta en la medida en que se convierte en *imperium* del individuo. De este hecho derivan al menos tres conclusiones relevantes, ya esbozadas arriba.

En primer lugar, un orden racional intimado persuade o disuade, pero no contiene en sí mismo razones suficientes para explicar la obediencia. Estas razones pertenecen al orden de los amores del propio sujeto, a los cuales apela la persuasión o la disuasión. La ley nunca es obedecida simplemente por ser ley, sino en cuanto manda algo que es percibido en algún sentido como bueno y debido, sea por sí mismo o por las consecuencias negativas que derivan de ignorarlo. La cuestión vale incluso respecto del más riguroso de los formalismos, que solo se sostiene en cuanto exista en el sujeto un amor a la ley anterior a todo precepto. En consecuencia, la ley no es “causa eficiente” o “motriz” de los actos. El efecto propio y proporcionado de la ley no es la obediencia.

En segundo lugar, si la ley es de alguna manera la causa del acto humano, tendrá que serlo en la línea de la causa formal, no en la línea de la causa eficiente. El efecto de la *intimatio* de la ley no es mover físicamente el acto, sino constituirlo en su especie, haciéndolo justo o injusto, debido o prohibido, en cuanto congruente o no con el modo concreto del orden al bien común definido mediante el precepto.

Finalmente, y en tercer lugar, si la ley mueve “desde dentro”, especificando el acto y dando razones para actuar, su eficacia no se limita al aspecto meramente exterior de la conducta, relativo a su objetiva adecuación al orden prescrito, sino que aspira a ordenar interiormente al hombre. Aun limitándose a exigir solamente actos exteriores de justicia, para los cuales no es indispensable ser justo⁶⁶, la ley solo es eficaz si el orden que establece preexiste de alguna manera en el alma del sujeto al modo de una inclinación o disposición subjetiva más o menos indeterminada. La ley ordena, no crea; dispone lo que hay, no pone algo ausente. El orden imperado no es “puesto” en el hombre, sino educido o “sacado fuera”, *eductum*. En cuanto *educit*, la ley también *educat*. Sobre todo persuadiendo, pero también cuando amena-

66 Para la relativa exterioridad del objeto de la ley, *vid.* *S. Th.* I-II, q. 96, aa. 3-4. La diferencia entre acto justo y acto de justicia radica en la objetividad de su término medio (cfr. *S. Th.* II-II, q. 57, a. 1). Baste, al respecto, la indicación de Álvaro D’Ors: “Las escuelas de derecho no tienen por objeto procurar que los que las frecuentan quieran dar a cada uno lo suyo, sino procurar que sepan en todo momento qué es lo que se debe dar a cada uno. La formación de la virtud de la justicia, como la de la fortaleza o de la templanza, tiene carácter más amplio y pertenece a la educación moral general” [D’Ors, A. (1963). *Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid. Rialp, 13].

za, el precepto siempre induce a elegir libremente bienes; y mientras más nobles sean los motivos por los que se los elige, en mayor medida realizará la ley su efecto propio, que consiste en “hacer buenos a los hombres” y cuya medida mínima es evitar que sean malos⁶⁷.

7. *Motio* y la causalidad eficiente de la ley

La *intimatio*, recepción activa de un orden que deviene perfección propia, es el fundamento de la participación del *imperium* legal. Pero como se acaba de señalar, la sola *intimatio* no basta para causar el acto. Para esto, debe añadirse una cierta *motio*. Según Santo Tomás,

“[...] la razón puede intimar o conminar a algo de dos modos: de modo absoluto, y esta intimación se expresa con el verbo en modo indicativo, como si alguien dijera ‘debes hacer esto’ [*hoc est tibi faciendum*]; otras veces la razón intima algo a alguien moviéndolo a hacerlo, y esta intimación se expresa con el verbo en modo imperativo, cuando se dice a alguien ‘haz eso’ [*fac hoc*]”⁶⁸.

Como el propio nombre gramatical indica, lo propio del modo imperativo (*fac hoc*) es su capacidad de mover, que es precisamente lo que falta en el gerundio (*hoc est tibi faciendum*).

De todos los elementos del *imperium*, esta *motio* de la voluntad es el más importante: porque es el último, porque es lo que lo hace eficaz y porque es el más difícil de comprender.

Lo propio del *imperium* es mover. Pero la razón no mueve por sí misma. “El imperio no es acto de la razón de modo absoluto”⁶⁹, sino que requiere de la participación de la voluntad, pues “el primer motor en las potencias del alma para la ejecución del acto es la voluntad”⁷⁰. Como contraparte, el apetito por sí solo carece de orden. El problema ya había sido señalado por Aristóteles, quien concluía que “en cualquier caso, estos son los dos principios que

67 S. Th. I-II, q. 92, a. 1. Para la ambigua vigencia de este principio en la filosofía jurídica contemporánea, *vid.* George, R. (2002). *Para hacer mejores a los hombres*. Madrid. Eiuusa.

68 S. Th. I-II, q. 17, a. 1: “[...] *ratio potest aliquid intimare vel denuntiare dupliciter. Uno modo, absolute, quae quidem intimatio exprimitur per verbum indicativi modi; sicut si aliquis alicui dicat, hoc est tibi faciendum. Aliquando autem ratio intimat aliquid alicui, movendo ipsum ad hoc, et talis intimatio exprimitur per verbum imperativi modi; alicui dicitur, fac hoc*”.

69 S. Th. I-II, q. 17, a. 1, ad 3: “[...] *imperium non [est] actus rationis absolute, sed quaedam motione*”.

70 S. Th. I-II, q. 17, a. 1: “[...] *primum autem movens in viribus animae ad exercitium actus, est voluntas*”.

aparecen como causantes del movimiento: el deseo y el intelecto⁷¹; aunque en su obra resulta al menos oscuro el modo en que ambos se coordinan.

En términos rigurosos, la razón mueve con una fuerza motriz recibida de la voluntad: “[...] como el segundo motor no mueve sino en virtud del primero, se sigue que el mismo mover imperando de la razón procede de una fuerza de la voluntad⁷².”

Se trata, en el fondo, de una prioridad inversa dependiendo del orden de causalidad que se considere: en el orden de la causa formal, es causa primera la razón, pues determina la especie del acto, aquello que se hace; en el orden de la causa eficiente, en cambio, la causa primera es la voluntad, porque es la que pone efectivamente en las facultades subordinadas o en los súbditos el orden conocido por la razón. Así, en el estrecho ámbito de la causalidad eficiente, *auctoritas, non veritas facit legem*⁷³.

La analogía entre la moción del *imperium* individual y la del precepto jurídico requiere, sin embargo, importantes precisiones. Así como la voluntad del individuo pone orden en sus facultades inferiores, así también la voluntad de la autoridad lo pone en los subordinados. Pero a diversidad de motores y, sobre todo, a diversidad de movidos, diversidad de movimientos. La voluntad individual pone absolutamente el orden moral en el acto de las facultades inferiores; la voluntad de la autoridad, en cambio, solo pone parcialmente el orden jurídico en los actos de los ciudadanos. El *imperium* prudencial mueve de manera total y perfecta, causando la totalidad del movimiento de las facultades subordinadas. En este sentido, es causa eficiente y formal del acto humano: causa formal, en cuanto específica al acto; causa eficiente, en cuanto la voluntad pone el orden racional de modo irresistible. El *imperium* político, en cambio, también mueve de modo perfecto, pero no total; de hecho, no mueve de manera física. “Imperar no es mover de cualquier modo, sino con cierta intimación conminativa hacia otro⁷⁴”; es decir, *obligando*. La ley no es causa eficiente de los actos de sus inferiores, como lo es el *imperium* prudencial; es causa eficiente de su *obligación*, pues la ley mueve obligando.

El efecto propio y proporcionado de la ley es la obligación, y por lo tanto ley y obligación son convertibles: no existe la una sin la otra. La ley mueve obligando y obliga porque ordena. En la síntesis de Brock, “la fuerza obliga-

71 Aristóteles (1983). *Acerca del alma*, 246 (III, 10, 433a 5-10).

72 *S. Th.* I-II, q. 17, a. 1: “[...] *cum ergo secundum movens non moveat nisi in virtute primi moventis, sequitur quod hoc ipsum quod ratio movet imperando, sit ei ex virtute voluntatis*”.

73 Hobbes, T. (1841). “Leviathan”. En *Opera philosophica quae latina scripsi* (vol. III). Londres. Molesworth, 202.

74 *S. Th.* I-II, q. 17, a. 1, ad 1: “*Imperare non est movere quocumque modo, sed quadam intimatione denunciativa ad alterum*”.

toria de la ley es *formalmente idéntica* a su modo específico de ser ‘regla y medida de los actos’⁷⁵.

La obligación consiste en una necesidad moral de ciertos fines, la cual se comunica a los medios en virtud de una intrínseca ordenación al fin, o bien en virtud de un orden racional establecido como necesario por la voluntad de la autoridad, entre muchos otros órdenes posibles⁷⁶. En este sentido, el *imperium* legal válido siempre es eficaz, porque siempre obliga. La ley mueve obligando, no produciendo el movimiento de la voluntad. En el orden del *imperium* político, la voluntad que mueve a la acción según el orden racional imperado no es la de quien manda, sino la de quien obedece. “Porque me mandaron” nunca es razón suficiente para explicar una acción. La *motio* de la autoridad hace moralmente necesario a la voluntad del subordinado el incorporar en su propio juicio prudencial el orden racional imperado. Pero solo la voluntad del sujeto puede elegir esta identidad entre su propio juicio y la ley. Ciertamente, este juicio es un acto de razón, pero elegir identificarlo con el orden establecido por el superior es acto de la voluntad. A la inversa, cuando no se obedece una ley, el defecto no es del *imperium* que la hizo válida, sino de la voluntad del súbdito que no lo hizo propio. De hecho, su acto es malo precisamente porque el *imperium* era perfecto y estaba verdaderamente obligado.

La tradición del empirismo, cuya matriz metafísica es nominalista, encuentra dificultades insalvables para explicar satisfactoriamente la diferencia entre moción física y obligación jurídica. En este contexto, incluso en el lenguaje común, la expresión “ser obligado a hacer algo” ha venido a significar lo mismo que “ser forzado”, es decir, “ser eventualmente coaccionado”. La distinción planteada por Hart entre “verse obligado”, “tener una obligación” y “sentirse obligado”⁷⁷ no resuelve mucho, pues mientras no se admita en la obligación un vínculo real fundado en la relación de los diversos sujetos con un único fin común, la diferencia se encontrará simplemente en la forma con la cual se presenta la coerción: física y actual para quien “está obligado”, psicológica y eventual para quien “se ve en la obligación”, solo psicológica para aquel que “se siente” tal. Si ser causa no significa más que generar un

75 Brock, S. (1994). *Lobbligio per legge*, 9 (destacado en el original).

76 Para el problema de la obligación en Tomás de Aquino, *vid.* Farrell, W. (1939). “The Roots of Obligation”. En *The Thomist*, 1, 14-30; MacGuigan, M. (1961). “St. Thomas and Legal Obligation”. En *The New Scholasticism*, 35(3), 281-300; Finnis, F. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Clarendon Press, capítulo XI; Hibbs, T. (1990). *A Rhetoric of Motives* y Brock, S. (1994). *Lobbligio per legge*.

77 Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 102-113 (cap. 5.2).

movimiento físico, será imposible no reducir la ley a la fuerza y la ciencia jurídica a una cosmética para ocultarlo.

Explicar la obligación jurídica, en cambio, significa explicar la forma en que una voluntad puede mover a otra sin afectar su libertad; significa explicar la relación y articulación de dos voluntades coexistentes sin anular ni absorber a la que obedece en la que manda; significa, en síntesis, explicar que *solo se obedece queriendo*, pues “los hombres que son siervos, o cualquier subordinado, actúan movidos por otros mediante el precepto, de modo tal que actúan por sí mismos por su libre arbitrio”⁷⁸. Elegir no es lo opuesto de obedecer; por el contrario, la obediencia consiste en que el subordinado, por las razones subjetivas que se quiera, elige libremente lo mismo que el legislador eligió mandar. El problema presupone, ciertamente, una articulación de voluntades –no de opiniones⁷⁹– respecto a un fin que sea, simultáneamente, obligatorio y querido por todos. Esta volición colectiva del bien común social, que es también el mejor bien de la persona, es lo esencial de aquello que Aristóteles y Tomás de Aquino denominaron “concordia política”, cuyo examen excede los límites de este escrito. En este contexto, bastará limitarse a constatar que este acuerdo objetivo (no subjetivo) de voluntades posibilita la efectiva comunicación intelectual del orden racional en que consiste el precepto jurídico⁸⁰. La voluntad del legislador, manifestada en el acto de promulgación, obliga a la voluntad del ciudadano porque su precepto determina el modo concreto en que se deberán ordenar sus actos al fin previamente querido por ambos.

Ciertamente, para ser obligatoria, la ley debe ser “honesta, justa, posible según la naturaleza, acorde a las costumbres patrias, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria, útil, también manifiesta [...], escrita no para ventaja privada, sino para la utilidad común de los ciudadanos”⁸¹. Pero es ley vigente porque ha sido querida por la autoridad. Es la promulgación lo que hace obligatoria a la ley⁸². Si este no fuera el caso, todo buen consejo sería obligatorio o, por el contrario, toda ley se reduciría a un simple consejo.

78 *S. Th.* II-II, q. 50, a. 2.

79 Aristóteles. *Ética nicomáquea* IX, 6 (1167a 22 - b 3); Tomás de Aquino. *Scriptum super Sententiis* II, d. 11, q. 2, a. 5, ad 1; *S. Th.* II-II, q. 29, a. 1; q. 29, a. 3, ad 2; q. 37, a. 1.

80 Para el tema de la concordia política, *vid.* Lamas, F. A. (2009). “La concordia política. La causa eficiente del Estado”, en http://www.viadialectica.com/material_didactico/concordia_politica.pdf; recuperado el 28 de marzo de 2022.

81 *S. Th.* I-II, q. 95, a. 3: “[...] *honesta, iusta, possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporique conveniens, necessaria, utilis; manifesta quoque [...]; nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium scripta*”.

82 Muy claro en este punto Brock, S. (1994). *L'obbligo per legge*, especialmente en su conclusión.

La ley se distingue del consejo de una autoridad en virtud de la *motio* de la voluntad que la hace obligatoria⁸³. La manifestación pública de esta voluntad de obligar es precisamente la promulgación.

La voluntad es causa eficiente de la obligación y la razón constituye su causa formal⁸⁴. Esto aparece con particular claridad respecto de lo justo legal de las normas positivas que derivan de la ley natural por determinación⁸⁵, pues su orden al bien común no resulta obvio en absoluto. La promulgación hace que un medio contingente (podría ser otro, quizás incluso mejor que este) se vuelva jurídicamente necesario (debe ser este, y no otro), vinculando el contenido indiferente del precepto con el bien común social. El concreto orden de la conducta al bien común no puede realizarlo cada uno según cualquiera de los infinitos modos posibles, sino que es necesario que lo realicemos todos de un único modo, que solo puede ser aquel que haya determinado la autoridad legítima⁸⁶. Es decir, se debe obedecer a la autoridad legítima⁸⁷.

Este complejo equilibrio de razón y voluntad permite explicar la cotidiana experiencia de estar obligado a obedecer un precepto que se considera defectuoso. En el esquema de Santo Tomás, una ley justa es obligatoria en la forma en que fue promulgada y no en otra, incluso si es mejor, pues “la justicia, en cuanto a la ley que regula, está en la razón o en el intelecto, pero

83 En efecto, también el consejo implica una cierta moción que induce e inclina, pero no obliga, como aparece claramente al considerar el don del Espíritu Santo que lleva ese mismo nombre: “[...] *iudicare et praecipere non est moti, sed moventis. Et quia in donis spiritus sancti mens humana non se habet ut movens, sed magis ut mota, ut supra dictum est; inde est quod non fuit conveniens quod donum correspondens prudentiae praeceptum diceretur vel iudicium, sed consilium, per quod potest significari motio mentis consiliatae ab alio consiliante*” (S. Th. II-II, q. 52, a. 2 ad 1).

84 *Vid.* Farrell, W. (1939). *The Roots of Obligation*; en otro sentido, perfectamente compatible con este (tal como señala el mismo Froula), en la definición tomista de ley la promulgación funciona como causa formal; cfr. Froula, J. (2021). “Promulgation as Formal Cause in St. Thomas Aquinas’s Definition of Law”. En *Angelicum*, 98 (2). En su comentario a I-II, q. 96 a. 5 (tomo 7, 185-186), Cayetano afirma que la causa de la obligación es doble: la voluntad del legislador de hacer la ley (de hacerla absolutamente, no de hacerla obligatoria, porque la obligatoriedad es de la esencia de la ley; para un recorrido por las posturas voluntaristas que difieren en este punto, *vid.* Davitt, T. (1953), *The nature of law*. Londres. Herder) y la ley eterna. La alusión de Cayetano a la influencia de Saturno en los huesos es ciertamente extraña; pero tampoco la explicación de Davitt, relativa al orden de las esencias (156), parece resolver el problema.

85 S. Th. I-II, q. 95, a. 2; para la distinción entre justo natural y justo legal, *Ética nicomáquea* V, 1134b 18 - 1135a 5.

86 S. Th. II-II, q. 57, a. 2.

87 Según S. Brock (1994). *Obbligo per legge*, se podría incluso decir que el bien común que es fin de la ley es el mismo gobernante.

en cuanto al imperio, por el cual son reguladas las obras según la ley, está en la voluntad”⁸⁸.

8. El problema bizantino: el *imperium* como acto de la razón

Todo esto viene a reafirmar la relevancia de un problema que muchos han considerado ocioso: si el sujeto del acto de *imperium* es el intelecto o la voluntad. Del modo en que se lo resuelva, depende la efectiva comunicabilidad del precepto jurídico

La respuesta de Tomás de Aquino es inequívoca: aunque compuesto de elementos racionales y volitivos, en cuanto acto unitario, el *imperium* debe ser atribuido a la razón: “[...] imperar, por lo tanto, es esencialmente un acto de la razón”, porque consiste en ordenar. En efecto, “quien impera ordena a aquel a quien impera a hacer algo, intimando y conminando; así, pues, ordenar mediante una cierta intimación es propio de la razón”⁸⁹.

Es verdad que, como afirma Cayetano, en el acto de gobernar la voluntad es *potentia suprema*, ya que solo ella es *primum movens in exercitium*⁹⁰. De hecho, Santo Tomás estudia el acto de *imperium* en el *Tratado de los actos humanos*, a propósito de los actos imperados por la voluntad. Pero lejos de refutar la tesis, esta eficacia motora de la voluntad confirma que se trata de un acto de la razón, pues “en cualquier género de causas, la causa primera es más causa que la segunda, pues la segunda no es causa sino por la primera”⁹¹, y “allí donde hay uno en virtud de otro (voluntad en virtud de la razón), allí hay solo uno (en este caso, razón)”⁹².

Según el mismo Cayetano, el *imperium* es *formalmente* acto de la voluntad y *materialmente*, de la razón; precisamente por eso, su sujeto propio es la razón. Así como el martirio, siendo *formaliter* un acto de caridad en cuanto el mártir es movido por el amor de Dios, se atribuye a la virtud de la

88 S. Th. I, q. 21, a. 2, ad 1: “[...] *iustitia, quantum ad legem regulantem, est in ratione vel intellectum, sed quantum ad imperium, quo opera regulantur secundum legem, est in voluntate*”, hablando de la justicia divina.

89 S. Th. I-II, q. 17, a. 1: “[...] *imperare autem est quidem essentialiter actus rationis*”; “*imperans enim ordinat eum cui imperat, ad aliquid agendum, intimando vel denunciando; sic autem ordinare per modum cuiusdam intimationis, est rationis*”.

90 Cfr. I-II, q. 17, a. 1 y el respectivo comentario de Cayetano (tomo 6, 119).

91 Tomás de Aquino. *Summa contra gentiles* III, 17, 4: “[...] *in quolibet genere causarum causa prima est magis causa quam causa secunda: nam causa secunda non est causa nisi per causam primam*”.

92 S. Th. I-II, q. 17, a. 4: “[...] *ubi est unum propter alterum, ibi est unum tantum*”; cfr. Aristóteles. *Tópicos*, III, 2, 117a 18.

fortaleza porque consiste *materialiter* en una rectificación del apetito irascible, así el acto de *imperium*, siendo *formaliter* un acto de la voluntad que pone la *motio*, es esencialmente un acto de la razón, pues consiste *materia-liter* en ordenar. Si no fuera así, todos los actos del sujeto tendrían que atribuirse exclusivamente a la voluntad, que es motor inmediato de todos ellos, y la caridad sería la única virtud posible. “Mover pertenece de modo absoluto a la voluntad. Pero preceptuar implica mover con cierta ordenación”⁹³, por lo tanto, “imperar es acto de la razón, presupuesto el acto de la voluntad, en virtud del cual la razón mueve por el *imperium* a la ejecución del acto”⁹⁴.

Que el *imperium* sea acto de la razón permite explicar que el imperar sobre otro consiste en una comunicación intelectual en virtud de la cual se presenta una verdad práctica para que otro la entienda y elija desde sí mismo. Como recuerda Hibbs, no es en absoluto casual que el verbo *praecipere*, uno de verbos más utilizados por Tomás de Aquino en este contexto, signifique tanto mandar como enseñar⁹⁵.

Este tipo de comunicación intelectual permite comprender que el acto observante sea, simultáneamente y sin contradicción, causado por otro y libre: es causado por otro el orden que le da su especie, pero es plenamente libre la elección de identificar con ese orden imperado el propio juicio de acción. Por el contrario, es simplemente imposible que una voluntad libre actúe sobre otra voluntad libre moviéndola a querer. Si el *imperium* fuera acto de la sola voluntad, mandar sobre otro significaría causar que el otro quiera por la sola fuerza del propio querer. Como esto es absurdo y contradictorio, la fuerza del propio querer solo será capaz de producir el movimiento del otro exteriorizándose como coacción; pero entonces producirá mera violencia, que es lo contrario del derecho.

Bibliografía citada

- Aristóteles (1982). “Tópicos” (trad. de M. Candel). En *Tratados de lógica (Órganon)*. Madrid. Gredos.
- Aristóteles (1983). *Acerca del alma* (trad. de T. Calvo). Madrid. Gredos.
- Aristóteles (1988). *Política* (trad. de M. García). Madrid. Gredos.
- Aristóteles (1998). *Metafísica* (trad. de V. García Yebra). Madrid. Gredos.

93 S. Th. II-II, q. 47, a. 8, ad 3: “[...] *movere absolute pertinet ad voluntatem. Sed praecipere importat motionem quadam ordinatione*”.

94 S. Th. I-II, q. 17, a. 1, c: “[...] *relinquitur quod imperare sit actus rationis, praesupposito actu voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus*”.

95 Hibbs, T. (1990). *A Rhetoric of Motives*, 302. Los lugares clásicos sobre la enseñanza son S. Th. I-II, q. 117, a. 1 y *De Veritate* q. 11, a. 1. Una de las mejores explicaciones sigue siendo Millán-Puelles, A. (1963). *La formación de la personalidad humana*. Madrid. Rialp.

- Aristóteles (2000). *Ética nicomáquea* (trad. de J. Pallí). Madrid. Gredos.
- Aristóteles (2008). *Política* (trad. italiana de C. Viano). Milano. BUR.
- Aristóteles (2014). *Politics* (trad. inglesa de H. Rackham). Cambridge MA. Harvard University Press.
- Aristóteles (2017). *Política*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Brock, S. (1994). "L'obbligo per legge, il governo e il bene comune: considerazioni metafisiche in Tommaso d'Aquino". En *Con-tratto: rivista di filosofia tomista e filosofia contemporanea*, 3 (1-2), 7-30.
- Davitt, T. (1953). *The nature of law*. Londres. Herder.
- De Bergomo, P. (1960). *In opera Sancti Thomae Aquinatis Index*. Roma. Paoline.
- Deferrari, R. y Barry, M. I. (1948). *A Lexicon of Saint Thomas Aquinas*. Washington. Catholic University of America Press.
- Demant, T. (1953). "Le 'precepte' de la prudence chez Thomas d'Aquin". En *Recherches de théologie ancienne et médiévale* 10, 40-59.
- D'Ors, A. (1963). *Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid. Rialp.
- Elders, L. J. (1999). "La ley nueva es la gracia del Espíritu Santo". En P. Rodríguez et al. *El Espíritu Santo y la Iglesia: XIX Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*. Pamplona. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 429-440.
- Enríquez, M. T. (2011). *De la decisión a la acción: estudio sobre el imperium en Tomás de Aquino*. Zúrich/Nueva York. Georg Olms.
- Enríquez, T. & Carrasquillo, F. (2020). "Interpersonal Commands and the Imperium-Praeceptum Debate". En *The Thomist*, 84(2), 207-231.
- Farrell, W. (1939). "The Roots of Obligation". En *The Thomist*, 1, 14-30.
- Finnis, F. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Clarendon Press.
- Froula, J. (2021). "Promulgation as Formal Cause in St. Thomas Aquinas's Definition of Law". En *Angelicum*, 98 (2).
- Gauthier, R. (1951). "Compte rendu: Lottin, Odon, Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles. II-III. Problèmes de morale". En *Bulletin thomiste*, 8, 60-86.
- Gavazzi, G. (1974). "La motivazione delle leggi". En *Il Politico*, 39 (2), 173-193.
- Gentile, F. (2006). *Filosofía del Diritto*. Padova. Cedam.
- George, R. (2002). *Para hacer mejores a los hombres*. Madrid. Eiuinsa.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Hibbs, T. (1990). "A Rhetoric of Motives: Thomas on Obligation as Moral Persuasion". En *The Thomist* 54 (2), 293-309.
- Hobbes, T. (1841). "Leviathan". En *Opera philosophica quae latina scripsi* (vol. III). Londres. Molesworth, 202.
- Jones, B. (2015). "Securing the Rational Foundations of Human Living: The Pedagogical Nature of Human Law in St. Thomas Aquinas". En *New Blackfriars*, 96 (1065), 602-620.
- Kerr, F. (2009). *Thomas Aquinas: A very short introduction*. New York. Oxford.
- Konrad, M. (2005). *Precetti e consigli: studi sull'etica di san Tommaso d'Aquino a confronto con Lutero e Kant*. Rome. Lateran University Press.
- Lamas, F. A. (2009). "La concordia política". Recuperado el 28 de marzo de 2022, en http://www.viadialectica.com/material_didactico/concordia_politica.pdf.

- Liddell, H. G.; Jones, H. S. & McKenzie, R. (1996). *A greek-english lexicon*. Oxford. Clarendon Press.
- Lottin, O. (1949). "Pour un commentaire historique de la morale de Saint Thomas d'Aquin". En *Psychologie et morale aux XIIIe et XIIIe siècles*, vol. 3. Louvain. Abbaye du Mont César.
- MacGuigan, M. (1961). "St. Thomas and Legal Obligation". En *The New Scholasticism*, 35 (3), 281-300.
- Millán-Puelles, A. (1963). *La formación de la personalidad humana*. Madrid. Rialp.
- Montanari, F. (2015). *The Brill dictionary of ancient greek*. Leiden-Boston. Brill.
- Osuna, A. (1989). "Tratado de la ley en general. Introducción a las cuestiones 90 a 97". En Tomás de Aquino. *Suma de Teología*. Tomo II. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 694-702.
- Palacios, L. E. (1944). "La prudencia política". En *Revista de Estudios Políticos*, 13-14, 89-130.
- Pinckaers, S. (1955). "Compte rendu: Deman et Gauthier". En *Bulletin thomiste*, 9, 345-362.
- Platón (1988). "Político" (trad. de L. Cordero). En *Diálogos*. Tomo V. Madrid. Gredos.
- Platón (1999). "Leyes I-IV" (trad. de F. Lisi). En *Diálogos*. Tomo VIII. Madrid. Gredos.
- Platón (1988). "Fedro" (trad. de E. Lledó). En *Diálogos*. Tomo III. Madrid. Gredos.
- Platón (1988). "República" (trad. de C. Eggers). En *Diálogos*. Tomo IV. Madrid. Gredos.
- Ramírez, S. (1963). *De ordine placita quaedam thomistica*. Salamanca. San Esteban.
- Reale, G. (2010). *Per una nuova interpretazione di Platone alla luce delle "dottrine non scritte"*. Milano. Bompiani.
- Schütz, L. (1895) *Thomas-Lexikon*. Paderborn. F. Schöningh.
- Shanley, B. J. (2008). "Aquinas's exemplar ethics". En *The Thomist*, 72 (3), 345-369.
- Tomás de Aquino (1954). *Suma Teológica*. Tomo IV, 1-2, q. 1-48. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Tomás de Aquino (1956). *Suma Teológica*. Tomo VIII, 2-2, q. 47-79. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Tomás de Aquino (1969). *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. edita* (Tomo 47.1: *Sententia Libri Ethicorum I-III*). Roma. Santa Sabinae.
- Tomás de Aquino. *Scriptum super Sententiis*, en www.corpusthomisticum.org.
- Tomás de Aquino. *Sententia libri ethicorum*, en www.corpusthomisticum.org.
- Tomás de Aquino. *Summa contra gentiles*, en www.corpusthomisticum.org.
- Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*, en www.corpusthomisticum.org.
- Tomás de Aquino. *In De divinis nominibus*, en www.corpusthomisticum.org.
- Tomás de Aquino. *Scriptum super Sententiis*, en www.corpusthomisticum.org.
- Tomás de Vio (Cayetano) (1891). "Commentaria in I-II, q. 17 a. 1", en Tomás de Aquino. *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. edita* (Tomo 6: *Prima secundae Summae theologiae*, qq. 1-70). Roma. Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide.

REFLEXIONES ACERCA DEL PROBLEMA TEOLÓGICO-JURÍDICO SOBRE EL ORIGEN DEL PODER POLÍTICO EN DANTE ALIGHIERI Y MARSILIO DE PADUA

Franco L. D'Acunto

Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina

Contacto: franco.dcnt@gmail.com

Recibido: 24 de junio de 2022

Aprobado: 22 de julio de 2022

Para citar este artículo:

D'Acunto, Franco L. (2022). "Reflexiones acerca del problema teológico-jurídico sobre el origen del poder político en Dante Alighieri y Marsilio de Padua". *Prudentia Iuris*, N. 94, pp.161-189

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.161-189>

Resumen: Dante Alighieri y Marsilio de Padua fueron dos pensadores involucrados en los conflictos políticos de las primeras décadas del siglo XIV entre el Papado y el Imperio. Ambos autores propusieron modelos de organización en los que buscaron asignar las atribuciones y jurisdicciones de cada investidura para poner fin a los litigios que aquejaban a las ciudades-Estado del norte de la península itálica, al reino de Francia y al Sacro Imperio Romano Germánico. Sin embargo, si bien comparten algunos aspectos de sus postulados sobre el poder político y el espiritual, Dante se inclina por el equilibrio de las investiduras donde el Dios y el derecho es fundamento del Imperio, mientras que el paduano aboga a fondo por la superioridad del Emperador sobre el Pontífice fundamentado en la comunidad como origen de la ley.

Palabras clave: Dante Alighieri, Marsilio de Padua, Papado, Imperio, Poder, Ley, Dios.

Reflections on the theological-legal problem on the origin of political power in Dante Alighieri and Marsilio de Padua

Abstract: Dante Alighieri and Marsilio of Padua were two thinkers involved in the political conflicts of the first decades of the 14th century between the Papacy and the Empire. In this context, both authors proposed organizational models in which they sought to assign the powers and jurisdictions of each investiture in order to put an end to the disputes that afflicted the city-states of the northern Italian peninsula, the kingdom of France and the Holy Roman Empire. However, although they share some aspects of their postulates on the political and spiritual power, Dante is inclined to the balance of the investitures where God and Law is the foundation of the Empire, while the Paduan thoroughly advocates the superiority of the Emperor over the Pontiff based on the community as the origin of the law.

Keywords: *Dante Alighieri, Marsilius of Padua, Papacy, Empire, Power, Law, God.*

Riflessioni sul problema teologico-giuridico dell'origine del potere politico in dante alighieri e marsilio da padova

Sommario: Dante Alighieri e Marsilio da Padova furono due pensatori coinvolti nei conflitti politici dei primi decenni del Trecento tra Papato e Impero. Entrambi gli autori proponevano modelli organizzativi in cui cercavano di assegnare poteri e giurisdizioni di ciascuna investitura per porre fine alle controversie che affliggevano le città-stato del nord della penisola italiana, il regno di Francia e il Sacro Romano Impero. Tuttavia, sebbene condividano alcuni aspetti dei loro postulati sul potere politico e spirituale, Dante tende all'equilibrio delle investiture dove Dio e Diritto sono il fondamento dell'Impero, mentre il padovano sostiene con forza la superiorità dell'Imperatore sul Pontefice in base alla comunità come origine del diritto.

Parole chiave: Dante Alighieri, Marsilio de Padova, Papato, Impero, Potenza, Diritto, Dio.

Introducción

El estudio del poder político en autores de la Plena/Baja Edad Media implica la reflexión y el relacionamiento de elementos vinculados al derecho y a las nociones teológicas de los pensadores del momento por la interconexión implicada entre esos factores. Por ese motivo, en la presente investigación, nos proponemos abordar el problema teológico-jurídico del origen del poder político en los planteos de Dante Alighieri y Marsilio de Padua. De esa manera, se analizará la influencia que pudieron haber ejercido los comentarios averroístas y tomistas en ambos autores en el marco de la controversia generada en el ámbito académico.

Este tema fue estudiado por algunos autores que analizaron, de diversas maneras, la composición del pensamiento de Dante y Marsilio y la relación entre las concepciones políticas junto a las nociones teológico-filosóficas de los pensadores. En el ámbito de las ideas políticas, ya se ha abordado la implicancia de la Teología en cómo los individuos conciben sus propuestas. En un estudio preliminar dedicado a *Monarquía*, Juan Llambías de Azevedo definió que el pensamiento del poeta florentino se daba con un “desarrollo sistemático de la idea imperial” a partir de una “investigación conforme a principios, de una fundamentación filosófica” basada, fundamentalmente, en la aplicación de la lógica, la ética y la ontología de Aristóteles¹, detectando las interpretaciones dantianas de los comentarios de Averroes. Sin embargo, autores como Victoria Arroche y Mariano Pérez Carrasco difieren de los planteos de Llambías de Azevedo, identificando un carácter “bifronte” en el concepto dantiano de la naturaleza, al señalar que su pensamiento es “aristotélico al justificar el origen del orden político” y “agustiniano al justificar la finalidad del orden imperial”^{2 3}

Francisco Bertelloni y Florencio Hubeñak adhieren a la postura de Arroche y Pérez Carrasco explicando que, en Dante, hay dos líneas de cultura filosófica: por un lado, está la agustiniano-gregoriana [habiendo trabajos como el de Bellolio Badiola enfocados en un supuesto “antiagustinismo” de

1 Llambías de Azevedo, J., “Estudio preliminar”. En Alighieri, D. (1966). *De la monarquía*. Buenos Aires. Losada, pp. 10-11.

2 Por ese motivo podemos afirmar que los planteos políticos de Dante son aristotélico-tomistas (aunque con inclusiones ideológicas averroístas de por medio) en cuanto a las causas, pero platónico-agustinianos en relación a los fines.

3 Pérez Carrasco, M. (2010). “Naturaleza y providencia en el pensamiento político de Dante Alighieri”. En Roche Arnas, P. (coord.). *El pensamiento político en la Edad Media*. Madrid. Fundación Ramón Areces, p. 577; Arroche, V. (2010). “Ordinatio y reductio: dos conceptos operativos en la construcción de la argumentación política dantesca”. En Roche Arnas, P. (coord.). *El pensamiento político en la Edad Media*. Madrid. Fundación Ramón Areces, p. 241.

la filosofía del poeta] y, por otro, la aristotélico-tomista⁴. Sin embargo, el trabajo de Bertelloni tiene especial importancia por haber demostrado que el motivo por el cual Dante vincula a Dios como fuente providencial del Imperio es por su concepción de la teología de la historia en la que el relato virgiliano en la *Eneida* cuenta los orígenes reales de Roma como creación de Dios para preparar la llegada de Cristo en tiempos de Augusto. Otros autores, como Karl Ubl, el mismo Bertelloni, Jakob Schneider, Nuria Sánchez Madrid, José Blanco y Jean-Baptiste Brenet, han realizado investigaciones de carácter comparativo en las que abordan a Dante en el marco del impacto de Aristóteles y el averroísmo⁵ en la Cristiandad latina, algunos considerando interpretaciones más radicales como las de Marsilio junto a la respuesta de académicos del momento como Tomás de Aquino. A esto se le suman estudios como los de Jürgen Miethke y Helmut Walther, en los que se analiza la relación del contenido aristotélico con la interpretación de las leyes vinculando las perspectivas de diversos autores de la época, entre los que se involucra a Dante y Marsilio en un análisis procesual, no específico. Distinto es el trabajo de Andrea Tabarroni, donde examina comparativamente las formas en las que ambos utilizan la metodología aristotélica para naturalizar la actividad política, enseñando tanto similitudes como diferencias. Tanto Ramón García Cue y Bertelloni como Bernardo Bayona Aznar y Pablo Mazzorca abordaron concretamente las cuestiones vinculadas al origen del poder político en Marsilio de Padua y sus fundamentos filosóficos en las teorías aristotélicas y en las leyes.

Más allá de los temas abordados por los estudios citados, nos concentraremos en una reflexión más profunda de ambos autores en una perspectiva comparada para identificar similitudes y diferencias en sus propuestas. Los criterios de comparación se centrarán en los conceptos vinculados a lo teológico (Dios y su rol en el universo), lo jurídico (el papel que juega el derecho y su fundamento) y lo político (origen del poder y su vínculo con el gobernante). El fin práctico de esta investigación apunta a analizar cómo impactó el pensamiento averroísta y tomista en cada uno y detectar los diversos motivos por los cuales se bifurcan los modelos presentados (siendo Dante, en términos ulmannianos, partidario de un modelo de poder descendente, y Marsilio, de un poder ascendente). Para esto, no solo considerare-

4 Hubeñak, F.; Rainieri, D. & Ventura, E. (2012). *Formación del pensamiento jurídico-político*. Buenos Aires. EDUCA, p. 269.

5 Estudios como el de Sabeen Ahmed (2016), titulado *The Genesis of Secular Politics in Medieval Philosophy: The King of Averroes and the Emperor of Dante*, para analizar la influencia aristotélica en los planteos de Dante y Averroes comparando los modelos políticos propuestos por cada uno.

mos sus teorías sino también los elementos contextuales que influyeron en cada autor.

De esta manera, nuestra hipótesis de investigación sostendrá que el motivo por el cual difieren los pensamientos de Dante y Marsilio sobre el carácter de sus propuestas políticas y el rol de cada investidura en la dirección de la humanidad, no solo tiene estrecha relación con la idea que tienen sobre la presencia de Dios en lo creado, sino también en la formación e influencias intelectuales que cada uno recibió, junto a sus intereses políticos. Así, los principios jurídicos que defienden los autores están íntimamente ligados a sus nociones cosmológicas.

Para analizar las ideas de cada autor, acudiremos al “Comentario Mayor” de Averroes al *De Anima*, a partir de una traducción realizada por Josep Puig Montada como una forma de complementar la explicación central. De esa manera, nos centraremos concretamente en las obras *Monarquía*, de Dante Alighieri (complementada con algunos pasajes de su obra titulada *Convivio*⁶) y el *Defensor Pacis*, de Marsilio de Padua, enfocándonos en las menciones explícitas e implícitas del poder político, su origen y sus características. Para eso, tendremos en cuenta no solo las definiciones brindadas por ambos pensadores sino también los argumentos y contraargumentos presentados en sus exposiciones. Así, podremos reconstruir las nociones más profundas sobre la cuestión.

I. Contexto intelectual y la implicancia del pensamiento teológico averroísta

Durante la Plena Edad Media, tuvo lugar lo que Charles Haskins denominó el “renacimiento del siglo XII”, no como una categoría dispersa sino como una referencia puntual al “desarrollo completo del arte románico y el nacimiento del gótico; la eclosión de la poesía vernácula, tanto lírica como épica; y el nuevo saber y la nueva literatura en latín”⁷. Esto fue posible debido a la reconfiguración y reavivación del ámbito urbano. En ese contexto, las ciudades funcionaron como “plataformas giratorias de la circulación de los hombres, cargados de ideas así como de mercaderías [...]”⁸, por lo cual, sabemos que cumplieron una función social, económica, política y cultural.

6 Obra en la que el poeta exiliado volcó por primera vez su modelo de Monarquía Universal con algunos detalles particulares que dio por entendidos en su tratado posterior.

7 Haskins, C. (2013). *El renacimiento del siglo XII*. Barcelona. Ático de los Libros, p. 10.

8 Le Goff, J. (1985). *Los intelectuales de la Edad Media*. Barcelona. Gedisa, S. A., p. 31.

El ámbito urbano implicó un cambio de paradigma fundamentado en una nueva realidad. Hubo necesidades que, para ser saciadas, requerían de saberes que, a criterio de los eruditos del siglo XII, sólo los autores de la Antigüedad podrían aportar de manera científica, aunque no desvalorizaron los textos cristianos⁹. En este sentido, hubo nuevamente un uso del *Corpus iuris romanorum* realizado durante el gobierno de Justiniano, cuyo estudio fue iniciado por los glosadores boloñeses, quienes, si bien entendían el derecho como el medio para la “realización de una justicia superior a las leyes humanas, consideraban las normas del *Corpus iuris* como leyes del Imperio”¹⁰, noción que se reflejaría en autores como Dante Alighieri.

El conocimiento de las obras Clásicas se vio enriquecido por la circulación de nuevas traducciones grecoárabes y el trabajo de los intelectuales, tanto en las escuelas catedráticas como en las universidades, por lo que se suele hablar de una “institucionalización de la educación”¹¹. En esos espacios, se desarrollaron métodos para “examinar de forma creativa lo que habían heredado del pasado y reorganizarlo”¹², aprovechando los medios ofrecidos por el *trivium*.

En ese contexto, se introdujo en los estudios universitarios a un autor de la Antigüedad que marcó una impronta distinta en la historia del pensamiento Occidental: Aristóteles. Las teorías filosóficas aristotélicas llegaron a Europa por medio de los comentarios realizados por el pensador musulmán de Al-Ándalus llamado Abu l-Walid Muhammad ibn Ahmad ibn Muhammad ibn Rushd, conocido por su abreviación latina como Averroes (1126-1198). A través de sus planteos, se hacía una clara diferenciación entre las esferas de la fe y la razón, aunque se las entendía como dos formas de llegar a la Verdad¹³.

Con la influencia de las traducciones de los comentarios de Averroes sobre las obras de Aristóteles¹⁴, hay un cambio de eje en la concepción teoló-

9 Le Goff. Ob. cit., 30

10 Vallet de Goytisolo, J. (2004). “El derecho en Santo Tomás de Aquino”. En *Verbo*, núm. 427-428, p. 562

11 Abulafia, A., (2007). “Creatividad intelectual y cultural”, en Power, D. (ed.), *El cenit de la Edad Media*, Barcelona Crítica, 165-193, p. 166.

12 Abulafia, A. Ob. Cit. 169.

13 González Orozco, I. (2015). *Averroes: la educación como base para alcanzar la felicidad de la sociedad*. España. RBA Colecciones.

14 En este punto vale la pena considerar los planteos historiográficos realizados por Jürgen Miethke (2000), cuando afirma que etiquetar las épocas de la Edad Media de acuerdo a una “sucesión” de escuelas de pensamiento “no son de gran ayuda”, dado que “parecen más bien adaptadas para individuar o designar el lenguaje de una tradición, asumida más o menos a sabiendas, y no posiciones sostenidas por autores individuales” (p. 12). Esto, en el estudio de las ideas, es fundamental tenerlo en cuenta, sobre todo para entender que, independientemente de que los estudios aristotélicos estuvieron en boga desde el siglo XIII en adelante y hayan

gica de los pensadores cristianos. Se procede de una interpretación catafática o positiva¹⁵ a una apofática o negativa¹⁶.

En el pensamiento del filósofo cordobés, a diferencia de los postulados problemáticos del estagirita, no se niega la voluntad y la acción creadoras de Dios, ni su superioridad con respecto a lo creado, dado que Él funciona como primer motor (causa formal) de todo lo demás, lo cual no es comprensible por la mente humana por escapar a las categorías lógicas. De esta manera, el Dios de Averroes tiene voluntad y la manifiesta en la organización y el movimiento de un Universo con el que comparte un rasgo eterno¹⁷. Así, el carácter providente del primer motor estaba en mantener el correcto funcionamiento de la Tierra y los astros.

Con la llegada de sus *Comentarios* a los grandes centros de estudio como la Universidad de París (con traducciones procedentes, sobre todo, de Toledo) y su progresiva difusión a lo largo del siglo XIII (más concretamente hacia 1260-5), comenzó a consolidarse el denominado “averroísmo latino”¹⁸, fundamentalmente a partir de figuras como Siger de Brabante (con algunos disensos que mencionaremos más adelante) y Boecio de Dacia, quienes partieron de los postulados de Averroes para centrar sus estudios filosóficos de la naturaleza a partir del uso de la razón¹⁹. Todos los representantes de esta línea de pensamiento defendieron la autonomía de la filosofía como ciencia²⁰. Además, esta tendencia fue vinculada historiográficamente a planteos

marcado una impronta en algunos autores, todavía continuaban presentes las nociones de otras líneas de pensamiento como el agustinismo y el neoplatonismo. En consecuencia, no es contradictorio pensar que en un autor pueden convivir dos o más tendencias, como ocurre en el caso de Dante Alighieri.

15 En palabras de Zenia Yébenes Escardó (2009), la teología positiva “subraya lo que podemos decir de Dios a través de las Escrituras, de la liturgia y del estudio de la creación” (p. 178).

16 Significa que Dios es completamente trascendental y no tiene una influencia directa en las cuestiones terrenales. Según Yébenes Escardó (2009), la teología apofática “tratará de apuntar a un Dios que es la Causa de todas las cosas, pero no una cosa entre las cosas; a la fuente de todo ser, que, no obstante, está más allá del ser y del no ser, y que, por lo tanto, supondrá una puesta en juego incesante del discurso” (p. 178).

17 González Orozco, I. (2015). *Averroes: la educación como base para alcanzar la felicidad de la sociedad*. España. RBA Colecciones.

18 Término originalmente utilizado por Renan en su obra *Averroès et l'averroïsme*, según los planteos de Omar Argerami. Sin embargo, otros autores, como van Steenberghen, hablaron de un “aristotelismo radical”, negando la existencia de una corriente averroísta en los círculos intelectuales de la Cristiandad (Herráiz Oliva, 2018, p. 37).

19 Pilar Herráiz Oliva (2018) sostiene que el “averroísmo latino” no se trata de un movimiento doctrinal sino metodológico dado que sus intelectuales querían “un *status* independiente para la filosofía en tanto que disciplina” (p. 36).

20 La difusión de las ideas aristotélicas generó una gran crisis en el ámbito académico debido a que implicaba un profundo cuestionamiento a la imagen del mundo y del hombre que

como la eternidad del mundo y la manera aristotélica de entender la felicidad como parte de un proyecto de vida. En referencia concreta al primero, sabemos que Averroes planteaba que el género humano es eterno, por lo tanto, también lo eran sus causas^{21 22}. Sin embargo, entre estos postulados, el más problemático era la doctrina de la unidad del intelecto, la cual fue duramente criticada tanto por el mismo Siger de Brabante (quien a su vez llegó a enseñarla en la Facultad de Artes de la Universidad de París) como por Tomás de Aquino²³ (en su tratado *De unitate intellectus*), por sostener que la humanidad tiene un solo intelecto del cual todos participan como si se tratara de lo que hoy en día denominamos una gran “nube de información” (lo cual era contradictorio con la doctrina cristiana puesto que negaba la individualidad de las personas y que el alma racional fuera sustancial al cuerpo humano), afirmando que “De todo ello se concluye que el entendimiento tiene capacidad para entender la quiddidad de un inteligible que sea único para todos los hombres. Tal es la sustancia abstracta”.²⁴

En su tarea intelectual, Santo Tomás no solo brindó una mirada teológica correspondida a la doctrina ortodoxa cristiana, sino también los fundamentos más profundos del derecho y la Ley. Para eso, acudió a una serie de categorías jerárquicas: Ley Eterna, Ley Natural, Ley Positiva y Ley Divina²⁵.

se tenía en aquellos tiempos, por lo cual, se generaron intensas discusiones entre distintas tendencias de pensamiento.

21 Puig Montada, J. (2002). “Averroes y el entendimiento”. En *Revista Española de Filosofía Medieval*, 9, 49-62, p. 58.

22 En palabras de Averroes, “los inteligibles que poseemos a partir de las proposiciones primeras tienen que ser algo compuesto de proposiciones conocidas y de entendimiento agente. No podemos decir que las proposiciones [tales] entren en la categoría (*esse*) de los inteligibles adquiridos ni podemos decir que por sí solas sean agentes [de estos inteligibles], pues ya se ha explicado que el agente es uno y eterno (496:488) [...] Así pues el entendimiento dentro de nosotros está compuesto de entendimiento *in habitu* y de entendimiento agente, bien de forma tal que las proposiciones equivalen a la materia, y el entendimiento agente, a la forma, o bien de forma tal que las proposiciones equivalen al instrumento y el entendimiento agente a la causa eficiente, en ambos supuestos la disposición es similar” (497:505).

23 Tanto Alberto Magno como Tomás de Aquino se encargaron de la revisión de los escritos de Aristóteles, incitados por Gregorio IX, para contrarrestar los comentarios de Averroes.

24 Comentario Mayor al *De Anima*, 491: 342.

25 La *lex aeterna* regulaba el orden universal y todo participa de ella con la particularidad de que el hombre, al tener libre albedrío por el uso de la razón, se presenta como un sujeto activo inclinado a una acción y a un fin predeterminado. Sin embargo, el ser humano no puede conocer total y directamente esta ley dado que vamos conociendo a través de la observación de lo material. A partir del uso de las facultades racionales, el hombre percibe un orden regulado por principios de orden moral a lo cual se denomina *lex ethica naturalis*. Dentro de lo natural por lo cual la voluntad humana tiende al Bien, se manifiesta lo que el Aquinatense denomina

Esta separación se relaciona con una forma distinta de cómo el Aquinatense concibe el cosmos, cómo interviene Dios en las cosas que existen y qué características y roles ocupa el humano en esa existencia. Desde su perspectiva, se descarta que exista un solo intelecto con conocimiento al cual todos puedan acceder de forma innata, como sostenía Platón, y se inclinaba a pensar como Aristóteles por su teoría en la que el Entendimiento Agente brinda el medio para acceder al conocimiento de las cosas. El hombre no conoce desde su llegada al mundo, pero tiene la potencia para conocer. Además, a diferencia de Averroes, Dios, al ser causa eficiente del mundo como creador y gobernante, es, a su vez, causa final. Ambos coinciden en su eternidad, pero difieren en que la misma sea compartida con el resto de lo que existe. Para Tomás, todo aquello que no es Dios no es necesario, es decir, su existencia pudo no haber sido, pero fue posible gracias a Su voluntad. Al ser Dios entendido como primer motor inmóvil, es causa primera de todo, pero no coexiste con el mundo sensible dado que, de ser así, podría conocerse su esencia, pero, al poder hacerlo, estaríamos limitándolo.

A pesar de sus diferencias, ambos autores constituyeron grandes comentarios y reflexiones sobre el mismo texto del estagirita, que fueron retomados por distintos estudiosos del momento, como lo fueron Dante y Marsilio, cada uno en distinto grado de profundidad. No obstante, la difusión de estas ideas no dejó obsoletas a las que venían circulando hasta el momento, sino que ayudó a enriquecer los análisis que se hicieron.

II. Conflictos políticos

Hacia el siglo XIII, la península itálica estaba dividida en distintas unidades políticas cuyo carácter variaba según las regiones. Mientras en el sur encontramos el reino de Sicilia unificado y, en el centro, los Estados Pontificios, en el norte había una constelación de ciudades definidas por el carácter de las comunidades que las habitaban y las circunstancias históricas que afrontó cada una frente a la presencia del Sacro Imperio Romano Germánico en Lombardía y Toscana.

Las ciudades del norte italiano, con la oleada de independencias de mediados del siglo XII, habían desarrollado instituciones propias y un fuerte sentimiento cívico que derivó en la creación de gobiernos comunales²⁶. Esto

“ley positiva”. Esto se explica en Vallet de Goytisolo, J. (2004). “El derecho en Santo Tomás de Aquino”. En *Verbo*, núm. 427-428.

²⁶ Esto implicaba que se habían generado gobiernos que consistían en el conjunto de ciudadanos participantes en la toma de decisiones.

formó parte de un proceso más amplio que implicó la expansión demográfica y económica de la Cristiandad y una lenta vuelta a la vida urbana con el aumento de la actividad comercial. Los individuos que habitaban la ciudad estaban formados “para vivir dentro de los muros ciudadanos, para ejercer funciones y magistraturas”^{27 28}.

El inicio de las hostilidades entre Enrique IV y el papa Gregorio VII –conocido como la Querrela de las Investiduras– afectó la identidad²⁹ de sus individuos, en el marco de las intervenciones imperiales en territorio italiano. Como ejemplo de esta situación, estuvo el caso de la Toscana, donde el protagonismo de la resistencia recayó en los habitantes de las ciudades y no en la condesa Matilde de Canossa. Como resultado, las gentes urbanas fueron adquiriendo y consolidando un sentido de pertenencia³⁰ a un espacio determinado por las murallas, al cual defendían en contra de las pretensiones de otras ciudades y que incluía no solo al grupo social sino también los símbolos, las costumbres, las formas de hablar, etc.

Esa coyuntura derivó en formas republicanas de gobierno³¹, ubicando, entre las primeras instituciones que desarrollaron ciudades como Florencia, el consulado, cuyos miembros cumplían el papel de consejeros para solucionar problemas entre los habitantes de la ciudad.

Sin embargo, con el paso del tiempo y el crecimiento de las urbes, no tardaron en aparecer las diferencias socioeconómicas entre distintos grupos que pretendieron imponerse sobre otros. Esto hizo que, hasta el siglo XIII, Florencia estuviera gobernada por las casas nobles y más ricas de la ciudad, siendo conformadas por individuos que legitimaban su estatus acudiendo al recuerdo de un antepasado suyo y los que contaban también

27 Guglielmi, N. (1978). *La ciudad medieval y sus gentes*. Buenos Aires. CONICET, p. 9.

28 La Comuna era entendida, según Nilda Guglielmi, como “unión de individuos que establecieron su identidad política frente a otros, que enriquecieron la circunstancia de habitación de un lugar con deberes y derechos cívico-políticos en que se dibujó el concepto de ciudadano e impuso una organización que implicó la elección de formas políticas particulares” (2012, p. 26). La autora sostiene que “la comunidad constituía una unidad poderosa en la coherencia de sus miembros”, por lo que “la tarea de gobernarse fue común, como obligación y derecho” (1981, p. 14).

29 Al hablar de las ciudades-Estado italianas, estamos hablando de “identidad” entendida como sentido de pertenencia ligado a un territorio, a una estructura urbana, simbología propia de la ciudad, un pasado y una población determinada.

30 Renouard, Y. (1964). *Historia de Florencia*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 20.

31 La república como forma de gobierno, en aquel momento, era entendida a la manera romana, es decir, como *res publica* o “cosa pública”. Esto implicaba un gobierno con instituciones que permitían la participación ciudadana en las cuestiones políticas entremezclando nociones de Polibio y Cicerón.

con los medios necesarios para la acción militar. Este grupo de *milites* o combatientes a caballo fue el que acaparó la institución del Consulado excluyendo a otros grupos³². Otro grupo en ascenso durante la segunda mitad del siglo XII fue el de los mercaderes o burguesía, que tuvo su protagonismo, sobre todo, en Florencia, y cuya importancia fue determinante debido a que aseguró la expansión de la ciudad durante los siguientes siglos hasta convertirla en el centro económico más importante de la Cristiandad. Con la consolidación de sus instituciones y del trabajo comercial que hacía gran parte de sus habitantes, Florencia comenzó a crecer y a convertirse en un agente hegemónico en la región de la Toscana, aunque, en paralelo al crecimiento económico, también afrontó problemas políticos de diversa índole.

A pesar de sus triunfos frente al Imperio y la emancipación fáctica con respecto a este, los emperadores, como Federico Barbarroja, continuaron sosteniendo sus reclamos, no solo frente a sus problemas con el Papa y la función táctica que tenía el norte de Italia para lograr ventaja en el conflicto, sino también por el poder económico que estaban logrando las ciudades. Las intervenciones imperiales no resultaron ser fructíferas en ninguna ocasión puesto que las ciudades del Norte lograron resistirlas formando una fuerte noción de libertad que consolidó su identidad frente a los factores extranjeros. De esta manera, Quentin Skinner ubica tres intervenciones imperiales principales para los siglos XII, XIII y XIV: la primera es la de Federico Barbarroja en 1154; la segunda es la de Federico II en 1235; la tercera en 1308 de la mano de Enrique VII. Estas últimas dos fueron acompañadas de fuertes conflictos civiles en las ciudades producto de la división entre güelfos y gibelinos, y los intereses de cada investidura por apoyar a una facción o a otra, cuestión en la que ahondaremos posteriormente.

La tensión no solo fue frente al Imperio y sus intervenciones, sino también frente a la Iglesia, ya que la consolidación del poder comunal generó fricciones con respecto a las posesiones rurales de ésta, territorios sobre los cuales la ciudad comenzó a imponer su jurisdicción en búsqueda de la recaudación impositiva. Esto responde a las tensiones Iglesia-Estado que se venían dando desde fines del siglo XI entre el Papado y las monarquías feudales.

32 Renouard, Y. (1964). Historia de Florencia, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 25.

III. Proyectos políticos

a. *La Monarquía Universal de Dante*

Para empezar, *Monarquía*³³ es producto de una serie de reflexiones que Dante llevó a cabo durante sus años de exilio a raíz del conflicto que dividió a los Güelfos entre Blancos (facción de la que él formaba parte) y Negros en Florencia. Luego de aquellos acontecimientos, el autor adoptó una impronta gibelina en favor de la intervención del Emperador Enrique VII de Luxemburgo en la península itálica para terminar con los conflictos que la aquejaban. Para esto, el poeta le enviaba cartas en las que aconsejaba empezar por Florencia como una de las grandes causas de la división partidaria. Si bien la campaña imperial tuvo resultados negativos hacia 1313, el pensador continuó sus reflexiones sobre el modelo ideal para terminar con aquel contexto y colocó sus ideas por escrito en el libro analizado durante sus años tardíos dedicados a la vida diplomática y académica.

Su ensayo está escrito en latín y dividido en tres libros titulados sucesivamente: “Necesidad de la monarquía”, “Cómo el pueblo romano ha obtenido legítimamente el oficio de la Monarquía o Imperio”, “Que el cargo de la Monarquía o Imperio depende inmediatamente de Dios”. Aquí se retoma la figura del Monarca Universal como una investidura unificadora que tiene el ejercicio de la Justicia para garantizar la Libertad, la Paz y la Felicidad. Esta noción apareció expuesta previamente en el *Convivio* al afirmar que el Imperio era

“[...] un único principado y un príncipe único, el cual, dominándolo todo y no pudiendo desear más, mantenga contentos a los reyes dentro de los límites de sus reinos, de modo que éstos vivan en paz entre sí, y en esta paz se asienten las ciudades, y en esta quietud se amen los vecinos, y en este amor las casas satisfagan sus indigencias, y así, satisfecha toda necesidad, viva el hombre felizmente, que es el fin para el cual el hombre ha nacido”.³⁴

De esa manera, defiende la idea del Monarca basado en los postulados de la *Política* de Aristóteles, puesto que es esta institución la que evita que

33 Autores como Richard Wallington Lewis (2001), Barbara Reynolds (2006) y Andrew Norman Wilson (2014), no llegan a un acuerdo sobre cuándo fue exactamente que Dante la escribió, pero es de relevancia a fin de reconstruir el contexto en el que estaba inserto entre 1308 y 1313. El período mencionado comprende los años entre los que Enrique VII de Luxemburgo fue elegido rey y emperador, tiempo en el cual emprendió una campaña de intervención en Italia.

34 *Convivio*, IV, IV, 810

se deriven en las formas corruptas del ejercicio del poder como lo eran la oligarquía, la tiranía y la democracia. El Monarca es el que, con la idea de que es el que más ama a los hombres³⁵, puede realizar un gobierno recto que promueva buenos ciudadanos. De esa forma, fomenta el ejercicio de la libertad para que los hombres vivan por sí mismos. Por esto la Monarquía, al ser una forma de gobierno óptima para el desarrollo de la gente, es necesaria para el bien del mundo. Esta se basaría en un único Príncipe que estuviera por encima de los demás gobiernos, sean reyes, repúblicas, etc.

Si bien el autor no deja de reconocer que el ser humano está marcado por el Pecado Original³⁶, el soberano que describe es presentado como alguien sobresaliente al resto de los príncipes. Para él, está la posibilidad de error y abuso en los gobernantes de los reinos particulares al afirmar: “El Monarca no tiene nada que desear, pues su jurisdicción termina en el Océano, lo que no ocurre con los otros príncipes, cuyos principados terminan donde empiezan otros”. A partir de esto, se infiere que el soberano universal debe ocupar el lugar atribuido por tratarse de aquel que lo tiene todo, incluyendo las virtudes de las que carece el resto de los gobernantes. De esa manera, “así como el apetito, por leve que sea, nubla el hábito de la justicia, la caridad, o recta dilección, lo perfecciona y lo ilumina. Aquél, pues, que pueda en mayor grado poseer la recta dilección, será el mejor albergue de la justicia. Tal es el Monarca”³⁷.

No obstante, el escritor florentino adhiere a una serie de concepciones dualistas en cuanto al fin humano. La Felicidad³⁸ es alcanzable tanto en la Tierra como en el Cielo. Ante ese fin dual, Dante planteó que era necesario un doble liderazgo: el Papa que guía a los hombres a la vida eterna según la verdad revelada, y el Emperador, que dirige a los hombres a una felicidad temporal basada en preceptos filosóficos. A esto se le sumó la necesidad de

35 *Monarquía*, L. I, Cap. XIII, p. 48

36 Dante sostiene, basándose en lo dicho por Aristóteles en la *Ética* a Nicómaco, que “lo que puede ser determinado por la ley, no debe dejarse al arbitrio de los jueces; y esto, por temor a los apetitos, que fácilmente desvían la mente de los hombres” (*Monarquía*, L. I, XIII, 48).

37 *Monarquía*, L. I, XIII, 48.

38 En el tercer libro, ahondó en el concepto de *felicidad* y sostuvo que esta consistía en un fin doble: por un lado, la felicidad terrenal, la cual se obtiene mediante el cultivo de las virtudes morales y los preceptos filosóficos; por otro, la felicidad espiritual, la cual se logra mediante la fe y la profundización de las virtudes teologales (Fe, Esperanza y Caridad). Con esos postulados, simplificó la explicación original que presentó en el *Convivio*, puesto que la idea refería distintos grados de felicidad de acuerdo a los tipos de vida que la persona adoptaba en el uso de su libertad. Esto es, según dijimos, “vida activa” (forma imperfecta de felicidad) y “vida contemplativa” (forma semiperfecta de felicidad). La forma perfecta o plena de la bienaventuranza no es alcanzable en la Tierra sino en la trascendencia. Sin embargo, en *Monarquía*, esta última forma de felicidad no fue mencionada, se concentró en las formas que son alcanzables mediante acciones terrenales.

un Monarca Universal que equilibre los dos poderes bajo su autoridad en orden de llegar a la paz, garantizando la justicia y la libertad para lograr que el género humano alcance ambos aspectos de la felicidad mediante un equilibrio de poderes en la Cristiandad. La persecución de los dos fines llevaría a buscar “la felicidad en la vida presente, que consiste en la operación de la propia virtud y que es simbolizada por el Paraíso terrenal; y la felicidad de la vida eterna, que consiste en el goce de la visión divina [...] felicidad que nos es dado inteligir como Paraíso celeste”³⁹.

A partir del choque de Investiduras, desliga el poder del Imperio como elemento dependiente de la Iglesia, atribuyéndole al primero una legitimidad heredada del pasado romano. De esta manera, la autoridad imperial no tenía ningún tipo de dependencia proveniente del Pontífice. El modelo político propuesto por Dante, entonces, no desconoce la autoridad de la Iglesia o la del Imperio, sino que las posiciona en pie de igualdad en cuanto a que cada una cumple con un rol como guía de la Humanidad: el Emperador se encarga del ámbito terrenal, mientras que la Iglesia se centra en las cuestiones espirituales. En esta exposición, las causas del poder imperial no se basan en la existencia de las autoridades eclesiásticas puesto que la investidura imperial existe por sí misma y no en virtud de otra.

Según Llambías de Azevedo, “la ontología de Aristóteles ha sido interpretada por Dante a la manera de Averroes”, motivo por el cual “la articulación con la unidad suprema ha de realizarse a través de un principio uno, ya sea en la teleología, en el movimiento, en la esencia y, finalmente, en la política, parece intensamente teñida por la concepción averroísta del universo, según la cual la unicidad de Dios es incompatible con la creación simultánea de la multiplicidad [...]”⁴⁰.

De esa forma, los orígenes de la autoridad política se encuentran en Dios y en el derecho romano, razón por la cual podemos afirmar que la explicación de las causas del Imperio corresponde a la tendencia aristotélicotomista, entremezclada con algunos postulados ciceronianos, dado que el derecho no solo es aplicable de distintas maneras de acuerdo a los diversos ámbitos de la existencia, sino también complementa el ejercicio del poder político.

Llegados a este punto, entra la consideración de la *Eneida* como un relato real por el cual Dante argumenta que el Imperio fue querido por lo divino⁴¹. A partir de este razonamiento, podemos afirmar que el argumento

39 *Monarquía*, III, XVI, 120

40 Llambías de Azevedo, J., “Estudio preliminar”. En Alighieri, D. (1966). *De la monarquía*. Buenos Aires. Losada, p. 11.

41 Bertelloni, F. (1981). “Filosofía política y teología de la historia en la teoría dantesca del imperio”. En *Patrística et Mediaevalia*, Vol. 2, 37-66.

central en la justificación del poder político de Dante está en la herencia romana por medio del derecho. Al considerar esta noción como parte subyacente del pensamiento dantiano, se refuerza la idea de que la autoridad terrenal tiene un aval divino para ejercer su poder, motivo por el cual no tiene menos gracia que el Pontífice, es decir, lo político no está subordinado a lo religioso. No obstante, la independencia del Imperio se fundamenta también en el mencionado carácter de la autoridad que ejerce las atribuciones de manera universal.

A partir del tercer libro se busca justificar la independencia del poder político, desde cuestiones basadas en el discurso bíblico hasta lo relacionado al ámbito jurídico. Para esto, utiliza las explicaciones de la postura favorable a la autoridad del Papa y las desarticula una a una con un contraargumento.

En el cuarto capítulo, enfrenta la cuestión de los dos soles, siendo uno mayor (Iglesia) y uno menor (Imperio). A esto, Dante responde que los soles fueron creados antes que los hombres, dado que “siendo dichos regímenes accidentes del hombre, parecería que Dios hubiese pervertido el orden produciendo los accidentes antes que el propio sujeto; lo cual es absurdo decir de Dios. Pues dichas luminarias fueron creadas en el cuarto día y el hombre en el sexto”⁴². En consecuencia, los soles no son producto humano y, por lo tanto, no pueden asociarse a los regímenes en conflicto. Desde esa perspectiva, se percibe que el poder terrenal es producto de la política humana, entendida a la manera agustiniana como una “directiva” del hombre, producto de la pérdida de la inocencia original, ya que “dichos regímenes son, pues, remedios contra la debilidad provocada por el pecado”⁴³. Entonces, si bien se utilizan argumentos del “agustinismo político”, Dante se distancia de ellos afirmando que la autoridad del Imperio no depende de la Iglesia dado que lo único que ésta le otorga es la “luz de la gracia” para “obrar mejor y más eficazmente”.

De esa manera, el rol de la Iglesia podría considerarse como meramente moral y/o espiritual. Así, dedica los Libros V, VI y VII a desarticular la idea de que el poder del Papa sea divino separando a Dios, por un lado, y al Papa en cuanto vicario. De esa manera, “ningún vicariado, ni divino ni

42 *Monarquía*, III, IV, 99

43 Otros argumentos incluyen la idea de que “aunque la Luna no tenga luz abundante, sino la que recibe del Sol, no se sigue de esto que la Luna sea causa del Sol. Para lo cual ha de saberse que una cosa es el ser de la Luna, otra sus facultades y otra su acción. Por lo que respecta al ser, de ningún modo depende la Luna del Sol, ni tampoco en cuanto a sus facultades, ni en cuanto a la acción pura y simple; pues su movimiento proviene de su propio motor y su influencia de sus propios rayos” (*Monarquía*, III, IV, 99).

humano, puede equivaler a la autoridad principal⁴⁴. No se puede igualar al Creador con el Pontífice puesto que éste no tiene las atribuciones de aquel a quien representa.

En el capítulo IX, responde a la idea de que Pedro recibió las Dos Espadas por parte de Cristo como argumento para justificar la superioridad papal. Según este argumento de tradición gelasiana, se presentan las dos espadas como representaciones simbólicas de los dos regímenes, y como fue Pedro quien las recibió, resultan éste y sus sucesores los detentadores de la autoridad. Dante niega esa atribución simbólica de las dos espadas dado que “dicha respuesta no era conforme a la intención de Cristo, cuanto porque Pedro, según su costumbre, respondía súbitamente a las cosas de acuerdo a las apariencias⁴⁵. Más bien, la intención del mensaje de las espadas fue parte de la misión evangelizadora encargada por Cristo. Así, las dos espadas serían las obras y las palabras.

Sin embargo, a nuestro parecer, el argumento más importante de Dante se encuentra cuando aborda lo vinculado a la Donación de Constantino como planteo eclesiástico a favor de la superioridad papal. Dante acepta que nadie puede obtener de la Iglesia nada que le pertenezca a dicha institución salvo que haya sido entregado por ella voluntariamente. Sin embargo, en lo que a Constantino respecta, el poeta explica que no le correspondía “enajenar la dignidad del Imperio, ni la Iglesia recibirla^{46 47} pues, por un lado, el fin del Imperio es la unidad y no la fragmentación; y, por otro, la Iglesia no podía recibir el título de propiedad salvo que el Emperador hubiera querido “poner bajo patronato de la Iglesia su patrimonio y otros bienes, manteniendo inalterable el superior dominio, cuya unidad no admite división⁴⁸.

En todas estas cuestiones, Dios se presenta como el primer principio de una cadena de elementos existentes en un orden sucesivo que va desde lo más perfecto hasta lo más imperfecto. Pero como vimos en términos dantianos, no es causa directa del poder de las investiduras puesto que estas últimas son el remedio frente a la necesidad del hombre de organizarse para evitar los males terrenales provenientes del pecado original. Sin embargo, tanto en el Libro II como en el III, Dios tiene un rol voluntario en la existencia de los regímenes.

Desde la perspectiva jurídica, el poeta exiliado retoma los argumentos ciceronianos a partir de los cuales el derecho es el fundamento del funcio-

44 *Monarquía*, III, VII, 103.

45 *Monarquía*, III, IX, 106

46 En esta instancia, Dante entiende que las acciones de Constantino resultan erróneas, pues llevaron a la división imperial.

47 *Monarquía*, III, X, 109

48 *Monarquía*, III, X, 112

namiento institucional en la medida en que es aceptado por un “conjunto numeroso de hombres asociados en virtud de la aceptación de un mismo derecho y de una comunidad de intereses”⁴⁹ que fueron, a su vez, autores de la formación del Imperio. A su vez, el poeta dedica el capítulo V del segundo libro a la explicación del derecho y su importancia para el Imperio. Según el autor, “El derecho es una proporción real y personal de hombre a hombre, que cuando es mantenida por éstos, mantiene a la sociedad, y cuando se corrompe, la corrompe”. A su vez, el fin del derecho es necesariamente el bien común⁵⁰. Llegado este punto, cita la obra *De inventione*, de Cicerón y el *De quatuor virtutibus cardinalibus*, de Martinus Dumiensis, al sostener que las leyes son un factor de unión de la sociedad humana. Sin embargo, Dante entremezcla las nociones jurídicas de Cicerón con factores del paradigma cristiano, como se verá posteriormente.

b. El soberano terrenal de Marsilio

El *Defensor Pacis* es una obra escrita originalmente en latín que consiste en tres partes: una primera con diecinueve capítulos en la que aborda cuestiones y argumentos vinculados a las implicancias de un *reino*⁵¹, el origen, fundamento, composición y finalidad de la comunidad civil y su régimen político para garantizar la paz (haciendo especial énfasis en la importancia de la monarquía regia como forma más perfecta de organización de un gobierno); una segunda en la que plantea los contraargumentos a lo estipulado en la parte anterior, la preeminencia del poder coactivo de la autoridad civil sobre la Iglesia de Roma y las potestades eclesiásticas de acuerdo al contenido bíblico; y, por último, una tercera sección en la que presenta una serie de conclusiones sobre todo lo anterior.

Este libro, al igual que *Monarquía*, no fue ajeno a los conflictos políticos que ocurrían en la península itálica a raíz de la querrela Papado-Imperio. Tras el fracaso y posterior muerte del emperador Enrique VII de Luxemburgo en 1313, el eje del conflicto involucró nuevos agentes: Luis de Baviera

49 Cicerón, *De Republica*, V-1

50 *Monarquía*, II, V, 68

51 Este término es definido por Marsilio según diversas acepciones. En la primera la explica como “pluralidad de ciudades o provincias comprendidas bajo un régimen”, en donde “no difiere reino de ciudad en la especie política sino más bien en la cantidad”. En la segunda, plantea que se trata de “una especie política o régimen templado al que llama Aristóteles *monarquía templada*”. En la tercera (“la más conocida”), “es la que junta la primera y la segunda”. Por último, puede ser definida como “algo común a toda la especie de régimen templado, sea en una o en muchas ciudades [...]” (*DP*, II, 2, p. 10).

(candidato a sucesor imperial que logra imponerse por las armas⁵² a las pretensiones de Federico de Austria) y el papa Juan XXII. El problema entre ambos fue resultado de las mismas causas que enfrentaron a ambas investiduras desde la segunda mitad del siglo XI hasta entonces: la pretensión pontificia de tener una potestad plena sobre poder secular del emperador. Con esta, el Papa se atribuía el poder de otorgar o quitar autoridad imperial. Con este concepto, el Pontífice (que antes apoyó a Federico por presión del rey francés⁵³) no quiso aprobar la coronación de Luis como nuevo Emperador. En respuesta, éste invadió los Estados pontificios acusando a Juan XXII de hereje por contradicciones de su doctrina sobre la pobreza del sacerdocio con respecto a la prédica de Cristo. Hecho esto, Luis nombró Papa a Nicolás V, luego de lo cual el Pontífice excomulgó al Emperador.

Frente a las divisiones persistentes entre güelfos y gibelinos, y su vuelco por estos últimos, Marsilio tuvo que refugiarse en la corte de Luis de Baviera en Nuremberg tras volver de París, lugar donde continuó sus estudios y en el que habría terminado de escribir el *Defensor Pacis*⁵⁴ en 1324. En ese contexto, en palabras de Godoy Arcaya, la corte imperial “se transformó en un bullente centro de actividad antipapal, que convocó a la disidencia interna de la Iglesia”⁵⁵, en la que, además del paduano, estaban Juan de Jandun (reconocido averroísta y amigo del antenóride), Guillermo de Ockham, entre otros.

El papel de Marsilio acompañando a Luis de Baviera consistió en brindarle al gobernante una serie de fundamentos doctrinales que lo ayudaran a darle sustento teórico a su autoridad frente a la del Papa. En este marco, el *Defensor* ofrece argumentos en base a un modelo político que se sirve no solo de postulados provenientes de la tradición grecorromana con fuerte incidencia aristotélica, sino además del contenido bíblico. De esta forma, el autor parte de la idea de que la paz es el fin al que debe aspirar todo régimen terrenal para garantizar que la ciudad alcanza el buen vivir, pues, “[...] una vez eliminada [la discordia], pueden más seguramente los atentos gobernantes y los súbditos vivir con tranquilidad, [...] necesario a los que

52 Esto ocurrió luego de la Batalla de Mühldorf en 1322, a la cual ambos contendientes le dieron el carácter de “juicio de Dios” (Godoy Arcaya, 2003, p. 337).

53 Recordemos que, para ese entonces, los Papas se radicaban en Aviñón, territorio francés. A su vez, mantenía una alianza con Roberto de Anjou, gobernante del reino de Nápoles.

54 Como los argumentos que presentaba en la obra iban en contra de la autoridad de la Iglesia, hizo circular su obra con el pseudónimo “hijo de Antenor” (Godoy Arcaya, 2003, p. 337), en referencia al personaje de la *Eneida* que fundó Padua (Martínez Gómez, 1989, pp. XVI-XVII).

55 Godoy Arcaya, O. (2003). “Antología del *Defensor de la paz*, de Marsilio de Padua”. En *Estudios Públicos*, 90, 335-445, p. 338.

han de gozar de la felicidad [...]”⁵⁶. El discurso de Marsilio indica que la tranquilidad o la paz es causa de la felicidad terrenal, vista como “supremo fin de las acciones humanas”.

En su modelo político, no obstante, Marsilio coincide con Dante al identificar un doble fin: uno terrenal y otro eterno. Sin embargo, llegados a este punto, debemos considerar la siguiente pregunta: ¿es Marsilio de Padua un averroísta o realiza un discurso mixto en el que se basa en Aristóteles y Cicerón para las cuestiones seculares y la interpretación teológica tomista para explicar la intervención de Dios en la tierra?

Para Bayona Aznar, esta disyuntiva es producto de la voluntad del autor de “desmontar la doctrina del poder Papal, tanto por medio de la razón como por la revelación”⁵⁷. Esto explicaría el motivo por el cual Marsilio acude a argumentos seculares y religiosos como forma de justificación de sus planteos. De esta manera, busca fundamentar los cimientos e independencia del poder político y la falta de mérito de la Iglesia para determinar cuestiones terrenales siendo que su misión se centra en fines trascendentales.

A diferencia del poeta, el rol de la Iglesia en el desarrollo y guía de los miembros de la comunidad se limita a “enseñar esto [la revelación sobrenatural de Dios] y dirigir a los hombres” por medio de “doctores” designados por la ciudad⁵⁸. En palabras de Florencio Hubeñak, “para Marsilio la ley humana no deriva de la ley eterna ni de su participación, la ley natural, como en el pensamiento medieval; sino que contrasta con ella”⁵⁹.

En este sentido, el pensamiento de Marsilio aporta su impronta en materia política siguiendo la lógica tomista de Dios como un ente creador interesado en lo que ocurre con lo creado y contingente y, a la vez, regulador del universo desde la eternidad, pero no como causa inmediata de lo terrenal. De esta manera, el pensamiento del paduano se considera también parte del concepto averroísta de que el rol de Dios se centra en cuestiones supraterrrenales como garante del funcionamiento universal, pero sin intervención inmediata con el ámbito secular, más bien como causa primera de todas las demás causas.

De esa manera, se refuerza el argumento a favor de una lógica de poder ascendente y resta fuerza a las pretensiones eclesiásticas, pues la potestad de las autoridades civiles existe por sí misma (esto es, por acción y

56 DP, I, I, 7

57 Bayona Aznar, B. “El fundamento del poder en Marsilio de Padua”. En Roche Arnas, P. (coord.) (2010). *El pensamiento político en la Edad Media*. Madrid. Fundación Ramón Areces, 141-168, p 147.

58 DP, I, IV, 4

59 Hubeñak, F.; Rainieri, D. & Ventura, E. (2012). *Formación del pensamiento jurídico-político*. Buenos Aires. EDUCA, p. 264.

organización de las gentes) y no en virtud de la Iglesia. Esto se refuerza en el capítulo IV del Primer Libro, cuando Marsilio sostiene que rendir culto, honor y acción de gracias a Dios es “útil también para el estado de la vida presente [...] tanto por los beneficios recibidos en este mundo, como por los que se recibirán en el futuro”⁶⁰.

No obstante, el concepto de poder que presenta Marsilio es unitario y autónomo de toda otra concepción. En lugar de coincidir con Dante en la doctrina que identifica una relación Iglesia-Reino, el paduano acude al protagonismo del pueblo como fundamento de una soberanía indivisible⁶¹, es decir, solo hay un solo poder a partir del cual se regulan todos los aspectos de la sociedad. La comunidad se ordena conforme a leyes que son expresión de la voluntad del conjunto. De esa manera, el pensamiento político de Marsilio parece retomar antiguos conceptos jurídico-políticos romanos expuestos por Cicerón en los que el derecho está fundamentado en la *maiestas* popular o preeminencia del pueblo, a partir de lo cual, toma forma el conjunto institucional que conforma la *respublica*⁶². Para el autor, el poder se fundamenta en la soberanía del pueblo, cuestión ante la cual presenta una serie de argumentos: el primero se basa en la idea de que el conjunto de ciudadanos⁶³ posee un mejor juicio sobre aquello que es útil para la sociedad; el segundo sostiene que la ley puede implementarse como tal en la medida en que los miembros de la comunidad política la acepten y la cumplan; por último, la “buena ley” es producto de un acuerdo consentido que garantice la obediencia voluntaria colectiva.

Sin embargo, tanto Marsilio como Dante coinciden en que el poder terrenal debe evitar la división para asegurar la paz, puesto que “si hubiera muchos poderes en la ciudad o el reino y no estuvieran reducidos o subordinados a uno supremo, fallaría el juicio, el precepto y la ejecución de lo conveniente y de lo justo [...]”⁶⁴. De alguna manera, esta es la forma que encontró el autor para criticar el conflicto entre los dos poderes que aquejaba la península itálica.

60 *DP*, I, IV, 4.

61 Bayona Aznar, B. “El fundamento del poder en Marsilio de Padua”. En Roche Arnas, P. (coord.) (2010). *El pensamiento político en la Edad Media*. Madrid. Fundación Ramón Areces, 141-168.

62 A diferencia del concepto romano de *imperium romanorum* explicado por Pierre Grimal (2000), el fundamento del poder político en Marsilio es exclusivamente secular, por lo que no se involucra una fuerza superior y trascendente.

63 Según Bayona Aznar (2010), la idea que Marsilio tiene sobre el ciudadano no se da en sentido universal, por lo cual quedan excluidos de esta categoría los pobres o el vulgo (agricultores, artesanos), los niños, las mujeres, los esclavos y los forasteros. Solo aquellos que participan del “gobierno consultivo o judicial” pueden considerarse como ciudadanos.

64 *DP*, I, XVIII, 3

IV. Similitudes y diferencias

La noción teológica de Dante se presenta de manera fragmentada debido a que es explicada de forma implícita tanto en la *Comedia* como en *Monarquía*. Sin embargo, como hemos explicado, nuestro foco está puesto en esta última, en la cual podemos ubicar una idea de Dios como un primer motor inmóvil que gobierna lo creado desde la Eternidad pero todo aquello que existe forma parte de Él, siendo emanado en sí mismo en distintos niveles a la manera neoplatónica. Entonces, cuando el florentino explica que “la parte es al todo, así el orden parcial es al total” y que, por lo tanto, “la parte tiende hacia el todo, como hacia su fin y su perfección” refiere a una estructura de la realidad dividida en jerarquías. En consecuencia, “la bondad del orden parcial no excede a la bondad del orden total: sino, más bien, al contrario”⁶⁵. Todo es parte de Dios, ergo, lo creado es querido por Dios. Esta idea universalista se aplica entendiendo a la humanidad como “un todo en relación a ciertas partes y una parte con relación a un todo”, por lo cual, “dichas partes corresponden al todo por un principio, como puede colegirse por lo que ya se ha dicho; luego, la universalidad humana corresponde a su universo, o mejor a su Príncipe, que es Dios y Monarca, simplemente por un principio único, que es el Príncipe único”⁶⁶.

Ahora bien, en el caso de Marsilio, se hace otro tipo de formulación sobre la noción teológica. Su explicación se expone en los capítulos VI y VII del primer libro con el fin de presentar la relación de Dios con lo terrenal, entendiendo a Éste último como causa final y Eterna a la que los humanos estamos destinados de acuerdo a lo estipulado en las Sagradas Escrituras como fundamento de la tradición divina. De esta forma, Marsilio focalizó en la idea de que si bien el hombre es la creación más perfecta de Dios por haber sido hecha a imagen y semejanza Suya, “corrompió su inocencia o su original justicia y gracia”, motivo por el cual se lo privó “de la felicidad eterna a la cual él con su posteridad había sido ordenado como a su fin último por la bondad del Dios de la gloria”⁶⁷. De esto, podemos deducir que el hombre se encuentra en un estado ontológico bien diferenciado de su Creador, pero posee la posibilidad de redimirse y reunirse con Dios fuera del ámbito de lo sensible. A este respecto se dedicó brevemente en el capítulo siguiente, al detenerse en las causas de los oficios, dado que sostiene que “las causas motoras o ejecutoras de los oficios, en cuanto significan hábitos del alma, son las voluntades de los hombres, sus conocimientos y deseos [...]”, agregando

65 *Monarquía*, I, VIII, 42

66 *Monarquía*, I, IX, 43

67 *DP*, I, VI, 2

posteriormente que “su causa eficiente, en cuanto partes de la ciudad, es el legislador humano frecuentemente y las más de las veces, si bien en otro tiempo y rara vez y en poquísimas cosas de alguno o de algunos fue Dios la causa motora inmediata, sin humana determinación alguna [...]”⁶⁸. A partir de este fragmento, deducimos que la noción teológica del paduano es apofática dado que Dios es visto como un ente que no suele intervenir como causa directa o inmediata de los asuntos sensibles.

De esto, se deduce que, a diferencia de Dante, Marsilio no entiende que Dios esté vinculado a las cuestiones terrenales sino como un ente regulador desde la Eternidad que ha tenido “poquísimas” intervenciones en la historia, como fue el caso, por él citado (capítulo VI), de las leyes mosaicas y la venida de Cristo. A partir de esas Revelaciones, se ha establecido una forma de vivir y de redimir el pecado original regulado por ministros o sacerdotes cuya tarea se reduce solo al ámbito de lo moral, es decir, sin ningún tipo de jurisdicción política: su tarea es instruir a los hombres en el camino a la salvación eterna, no el gobierno terrenal. Así, separa las esferas política de la religiosa. Las leyes mosaicas y evangélicas, y la regulación del culto en manos del sacerdocio, sólo tienen el rol de informar “de lo que, según la ley evangélica, es necesario creer, hacer y omitir para conseguir la eterna salvación y huir de la perdición”⁶⁹. El paduano incluso profundiza sus argumentos afirmando que, además de los instrumentos sagrados mencionados, el oficio sacerdotal debe complementarse con disciplinas aportadas por el ingenio humano.

Esto nos lleva a explicar el papel de las autoridades terrenales y los fundamentos que legitiman su poder de mando. Si bien ambos autores coinciden en la idea de la doble guía para un doble fin, la manera en que ambos justifican el origen de las leyes es distinta. El hecho de que ambos autores dediquen una sección de sus obras a describir sus nociones acerca de Dios y el Derecho no es inocente. Ambos entienden que hay una necesidad de fundamentar el motivo por el cual las disposiciones legales deben ser obedecidas como elemento ordenador, sea en el cosmos o en el mundo terrenal.

Para Dante Alighieri, el Principado se fundamenta en el derecho por herencia del Imperio Romano, cuya autoridad se sustentaba en el mismo elemento. Sin embargo, en su argumentación, a diferencia de Marsilio, sostiene que Roma surgió de la Voluntad divina, motivo por el cual el aspecto jurídico que el antiguo imperio desarrolló se apoya en el deseo de Dios. En palabras de Alighieri,

68 *DP*, I, VII, 3

69 *DP*, I, VI, 28

“[...] siendo el derecho bueno, existe primeramente en la mente de Dios: y como todo lo que existe en la mente de Dios es Dios (según está escrito) [...]; y como Dios máximamente se quiere a sí mismo, síguese que el derecho, que existe en él, es querido por Dios. [...] De lo cual surge que el derecho en las cosas no es más que la similitud de la voluntad divina no puede ser el derecho; y cualquier cosa que concuerde con la voluntad divina es el derecho mismo. [...] La voluntad de Dios es invisible por sí misma, pero los intelectos ven lo invisible de Dios a través de las cosas creadas”⁷⁰.

La categorización tomista de la ley en Marsilio de Padua aparece más marcada debido a que, a diferencia del florentino, no posee un pensamiento universalista. De esta forma, el paduano dedica el capítulo X de la Primera Parte a desarrollar las formas en las que se entiende la cuestión de la ley: la primera acepción sostiene que se trata de “la natural inclinación a alguna acción o pasión”; la segunda la presenta como “cualquier hábito operativo y, generalmente, de toda forma de cosa factible, existente o en la mente, de la que provienen, como de su ejemplar, la medida de la forma de los artefactos”; la tercera entiende por ley a la “regla que contiene las normas de los actos imperados humanos, según que son ordenados a la gloria o a la pena en el mundo venidero”; y la cuarta indica que se trata de “la ciencia o la doctrina o el juicio universal de lo justo y civilmente útil y de sus opuestos”⁷¹.

Marsilio se sirve de la última definición para sostener que la necesidad de la ley, en tanto fenómeno racional humano, sirve para determinar aquello que resulta conveniente para la comunidad civil y para controlar a los gobernantes. De esta manera, se presenta como un factor regulador o moderador de las acciones terrenales cuyo origen radica en la razón humana para emitir juicios⁷². Por este motivo, le atribuye al pueblo, entendiendo a éste como “la totalidad de los ciudadanos, o su parte prevalente [...]”, el rol de “causa primera y propia de la ley” para así, en conjunto, “hacer u omitir algo” pudiendo aplicar penas o “suplicios temporales”⁷³.

Si bien parecería que le atribuye a este agente social la misión de gobernar en conjunto, el paduano sostiene que no es posible la intervención de todos los miembros de una sociedad para discutir, rechazar y/o aceptar las leyes. Es por este motivo que hay ciertos “varones expertos y prudentes”⁷⁴ a los que el pueblo elige para asignar esta tarea⁷⁵, ya sea por cuestiones de

70 *Monarquía*, II, II, 62

71 *DP*, I, X, 1-7

72 *DP*, I, XI

73 *DP*, I, XII, 3

74 *DP*, I, XIII, 8

75 *DP*, I, XII, 2

edad o con mayor experiencia, para que representen a la comunidad entera en pos del bien común. A esto, se le suma un punto ampliamente desarrollado por el autor: la figura del príncipe o gobernante como el único que puede ejercer poder en el ámbito terrenal acorde a lo estipulado por los legisladores en sus disposiciones jurídicas. Éstas funcionan, en el razonamiento de Marsilio, como una herramienta o marco regulador de las conductas del príncipe para que no devenga en una tiranía. Aquí, el cuerpo político sigue siendo soberano en su conjunto.

Esta concepción universalista del poder puede asemejarse a la de Dante desde la noción de un poder único e indivisible: en el caso del florentino, en manos de un Imperio dirigido por un Príncipe único y temporal que se encarga de aplicar la Justicia sobre los reinos y ciudades con el fin de garantizar las libertades y la paz entre las subjurisdicciones y, así, posibilitar las condiciones para la felicidad terrenal; en los planteos del paduano, un pueblo soberano que designa legisladores para discutir y estipular leyes que regulen los comportamientos de la comunidad disponiendo atribuciones, deberes y castigos que deberán ser aplicados por un gobernante que está sujeto a dichas estipulaciones jurídicas.

De esto se infiere que Marsilio es menos utópico que Dante al hablar del Príncipe. La razón de esta idea radica en que el paduano deja abierta la posibilidad de la corrupción en el ejercicio del poder público asignado al gobernante. Si el Príncipe fuera infalible, ¿debería aplicarse la ley sobre él? A partir de este interrogante, Marsilio dedica el capítulo XI de la Primera Parte a exponer los motivos por los cuales el gobernante debe estar sujeto a las leyes. Para él, por más virtuosos que sean tanto los legisladores como el ejecutor de la legislación, es necesario incluirlos en el marco regulador, ya que “se corrompe también el juicio por la ignorancia de los jueces, aun dado que sean de buenos sentimientos e intenciones” y que “ni un hombre solo, ni quizá todos los de una época, pueden descubrir o retener todos los actos civiles determinados en la ley”⁷⁶. Al aplicar este criterio sobre el Príncipe, el paduano afirma que “gobernar según la ley preserva sus juicios de los defectos que ocurren por la ignorancia o por la pasión desordenada”, por lo cual “regulados en sí mismos y en orden a sus súbditos, menos padecerán las sediciones y, consiguientemente, la disolución de los gobiernos que acontecerían obrando torcidamente según su arbitrio [...]”⁷⁷

El autor del *Defensor Pacis* presenta, de esa forma, un modelo político que considera las contingencias en el ejercicio del poder, lo cual no se condice con el idealismo dantiano en el que el Príncipe debe tener poder

⁷⁶ DP, I, XI, 2

⁷⁷ DP, I, XI, 5

absoluto para imponer el orden universal. A diferencia de éste, el autor de *Monarquía* confía en que el Monarca Universal es imperturbable frente a los vicios y los deseos terrenales, siendo ejemplo de las virtudes que deben ser imitadas por la población a la que gobierna. Este aspecto fue desarrollado más concretamente en el capítulo XVII del *Convivio*, cuando retoma los postulados de Aristóteles en su *Ética* a Nicómaco, obra a partir de la cual enumera once virtudes necesarias para alcanzar la felicidad en la tierra: Fortaleza, Templanza, Liberalidad, Magnificencia, Magnanimidad, Amante de las honras, Mansedumbre, Afabilidad, Verdad, Eutrapelia y Justicia⁷⁸. Sin embargo, en *Monarquía*, focaliza la presencia de la caridad para acentuar la justicia del gobernante. Por ese motivo, el Monarca “no puede tener enemigos” dado que “le corresponde al Monarca el cuidado de todos”, pues es el que debe “poseer en mayor grado la recta dilección por los hombres”⁷⁹.

V. Conclusión

El pensamiento político de Dante y de Marsilio obedece a las tendencias académicas del momento y a la necesidad de responder a los conflictos suscitados entre las dos investiduras querellantes que proyectaron sus diferencias en la península itálica resultando en una guerra civil. En ambos autores encontramos temáticas similares, pero con abordaje y propuestas definitivas diversas.

Si bien ambos tuvieron influencias aristotélicas/averroístas, cada uno las expresó en nociones distintas: Dante las proyectó en su universalismo, donde todo es parte de Dios y Este se piensa y quiere a sí mismo, haciendo que lo terrenal tenga un rol central por formar parte del Creador; Marsilio las demostró, en mayor o menor medida, en una teología apofática o negativa, lo cual, como hemos dicho, implica que Dios es completamente trascendental, siendo causa de las cosas pero sin estar directamente vinculado con el mundo sensible.

En este sentido, tanto el florentino como el paduano parecen concebirlo en términos tomistas. A partir de esto, se presentan ciertas diferencias que influyen en las ideas políticas que exponen: Dante comparte la idea tomista del gobierno de Dios desde la eternidad, intercalándola con los conceptos ciceronianos del derecho como regulador y legitimador del poder político para garantizar el orden sin perder de vista que las leyes son legitimadas (por estar en Su pensamiento), en última instancia, por Dios; Marsilio, por su par-

⁷⁸ *Convivio*, IV, XVII, 846

⁷⁹ *Monarquía*, I, XIII, 48-9

te, es puramente averroísta dado que, en su ideario, el poder y la ley nacen pura y exclusivamente de la comunidad. Si bien ambos autores coinciden en la existencia de un Principio de lo cual todo se origina, lo conciben desde la lógica mixta donde Éste ordena la materia. Sin embargo, a diferencia de Dante, el paduano sostiene que el Primer Motor no participa directamente de lo creado. Por lo tanto, la responsabilidad de la organización terrenal depende pura y exclusivamente del elemento humano.

La influencia del “averroísmo latino” o “aristotelismo radical” puede verse tanto en la secularización de sus nociones políticas como en la forma en la que entienden la relación de lo terrenal con lo trascendente. En el caso de Dante, comprende que lo terrenal forma parte de un Uno mayor emanado de forma jerárquica desde un principio motor a la manera neoplatónica. Sin embargo, la convivencia de su aristotelismo con el agustinismo en sus ideas, genera, a su vez, una primera diferencia con los planteos de Marsilio, motivo por el cual el florentino apela a la doctrina de la “doble guía” de la Humanidad hacia el doble fin.

Podemos afirmar, finalmente, que si bien se percibe la influencia de las ideas de Averroes (el universalismo de Dante y la explicación de orígenes terrenales de Marsilio) y sus traducciones de Aristóteles, debemos considerar que la visión jurídico-teológica que prevalece en ambos autores pertenece a la línea tomista y al estudio del derecho romano desde la perspectiva ciceroniana. Lo que difiere en ambos es cómo conciben el origen de las leyes: mientras Dante apela a la voluntad divina y la herencia histórica del Imperio, Marsilio acude a un origen directo producto de la comunidad conformada por los ciudadanos.

A su vez, no sería erróneo afirmar que sus modelos políticos responden a varias líneas de pensamiento filosófico-teológico, dado que los autores se sirvieron de las herramientas teóricas asimiladas durante sus estudios con el fin de argumentar a favor o en contra de una determinada idea. De esta forma, no puede explicarse a Dante y a Marsilio como autores de una línea teórica particular, sino como pensadores que usaron diversas nociones para fundamentar sus propuestas políticas en el contexto de la crisis de la península itálica.

Para futuros trabajos, queda pendiente un estudio más minucioso de los discursos de Dante y Marsilio en relación al concepto de *Imperium* utilizado por los romanos para referir a una fuerza mística ordenadora que permitía legitimar el poder político. De esa forma, se podría analizar si en ambos autores puede percibirse una cristianización de dicha fuerza en la organización del régimen político propuesto.

Bibliografía

- Abulafia, A., (2007). “Creatividad intelectual y cultural”, en Power, D. (ed.), *El cenit de la Edad Media*, Barcelona Crítica, 165-193.
- Ahmed, S. (2016). “The Genesis of Secular Politics in Medieval Philosophy: The King of Averroes and the Emperor of Dante”. En *Labyrinth*, Vol. 18, No. 2, 209-231.
- Alonso Vázquez, G. (1995). “Averroes y la filosofía de Occidente”. En *Aljamía*, 54-57.
- Alzamora Valdez, M. (1983). “El poder político en la filosofía de Santo Tomás de Aquino”. En *Thémis* 7, 11-12.
- Aparicio Ruiz, S. M. (2016). “La idea de Justicia de Dante Alighieri”. En *De Medio Aevo* 10, 9-36.
- Arroche, V. (2010). “Ordinatio y reductio: dos conceptos operativos en la construcción de la argumentación política dantesca”. En Roche Arnas, P. (coord.). *El pensamiento político en la Edad Media*. Madrid. Fundación Ramón Areces.
- Astorga, L. (2012). “El naturalismo en Averroes y sus consecuencias para la relación entre filosofía y religión”. En *Revista Chilena de Estudios Medievales*, Número 2, 9-30.
- Bayona Aznar, B. (2005a). “El significado ‘político’ de la Ley en la filosofía de Marsilio de Padua”. En *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 22, 125-138.
- Bayona Aznar, B. (2005b). “Marsilio de Padua frente a los planteamientos dualistas de Juan de París y Dante favorables a la autonomía del poder temporal”. En *Principios, Natal*, vol. 12, n° 17-18, 57-75.
- Bayona Aznar, B. (2006a). “La crítica de Marsilio de Padua a la doctrina de la ‘plenitudo potestatis’ del Papa”. En *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, 21, 217-238.
- Bayona Aznar, B. (2006). “La paz en la teoría política de Marsilio de Padua”. En *Contrastes*, vol. XI, 45-63.
- Bayona Aznar, B. (2007). “El poder y el Papa. Aproximación a la filosofía política de Marsilio de Padua”. En *ISEGORÍA*, n° 36, 198-218.
- “El fundamento del poder en Marsilio de Padua”. En Roche Arnas, P. (coord.) (2010). *El pensamiento político en la Edad Media*. Madrid. Fundación Ramón Areces, 141-168.
- Bertelloni, F. (1981). “Filosofía política y teología de la historia en la teoría dantesca del imperio”. En *Patrística et Mediaevalia*, Vol. 2, 37-66.
- Bayona Aznar, B. (2005). “Algunas reinterpretaciones de la causalidad final aristotélica en la teoría política medieval”. En *Cad. Hist. Fil. Ci.* Campinas, Série 3, v. 15, n. 2, 343-371.
- Bayona Aznar, B. (2011). “La filosofía explica la revelación sobre el ‘Averroísmo Político’ en el *Defensor Pacis* de Marsilio de Padua”. En *Educação e Filosofia Uberlândia*, v. 25, n. 50, 475-500.
- Bayona Aznar, B. (2012). “Las pasiones en la Teoría Política Medieval. Tomás de Aquino, Dante y Marsilio de Padua”. En *Cauriensia*, Vol. VII, 55-70.
- Bayona Aznar, B. (2016). “Las paradojas de la ley en Marsilio de Padua: formalismo y/o naturalismo jurídico en el *Defensor Pacis*”. En *Revista Española de Filosofía Medieval* 23, 55-66.
- Blanco, J. (2015). “El presunto averroísmo de Dante”. En *Hápax* n° 8, 133-149.

- Brenet, J. B. (2018). "Averroes and Dante: New Readings of *Monarchia* I, 3". En *Dante as Political Theorist. Reading Monarchia*. Cambridge Scholars Publishing, 60-81.
- Canals Vidal, F. (2004). "Para la síntesis doctrinal de Santo Tomás de Aquino". En *Verbo*, núm. 427-428, 595-600.
- Castello Dubra, J. A. (2002). "La significación política del concepto de justicia en Marsilio de Padua". En *Principios UFRN Natal*, v. 9, n° 11-12, 179-202.
- Fariás Larraín, J. (2011). "Política y buen gobierno en la óptica de Santo Tomás de Aquino". En *Revista Electrónica Historias del Orbis Terrarum*, n° 06, 91-107.
- Forment, E. (2010). "Principios fundamentales de la filosofía política de Santo Tomás". En *El pensamiento político en la Edad Media*, 93-112.
- García-Huidobro, J. (2015). "Averroes y las cosas justas por naturaleza". En *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 32, Núm. 2, 393-413.
- García del Muro Solans, J. (2015). *Santo Tomás: donde no puede llegar la razón se encuentra la fe*. España. RBA Colecciones, S. A.
- Godoy Arcaya, O. (2003). "Antología del *Defensor de la paz*, de Marsilio de Padua". En *Estudios Públicos*, 90, 335-445.
- González Orozco, I. (2015). *Averroes: la educación como base para alcanzar la felicidad de la sociedad*. España. RBA Colecciones.
- Grimal, P. (2000). *El Imperio romano*. Barcelona. Biblioteca de Bolsillo.
- Guglielmi, N. (1978). *La ciudad medieval y sus gentes*. Buenos Aires. CONICET.
- Guglielmi, N. (2012). *Pasiones políticas en la Italia medieval*. Mar del Plata. EUDEM.
- Haskins, C. (2013). *El renacimiento del siglo XII*. Barcelona. Ático de los Libros.
- Herráiz Oliva, P. (2018). "Nuevas consideraciones en torno a la noción de averroísmo". En *Enrahonar*, 35-44.
- Hubeñak, F.; Rainieri, D. & Ventura, E. (2012). *Formación del pensamiento jurídico-político*. Buenos Aires. EDUCA.
- Le Goff, J. (1985). *Los intelectuales de la Edad Media*. Barcelona. Gedisa, S. A.
- Martínez Valls, N. (2002). "Sobre la fe y la razón en Santo Tomás de Aquino". En *Humanidades*, 67-89.
- Mazorca, P. (2014). "El origen de la civitas en el *Defensor Pacis* y la reinterpretación de la causalidad final aristotélica". En *Stylos*, N° 23.
- Miethke, J. (2000). "La teoría política del medioevo tardío en la vía de la modernidad: cambios de perspectiva en los estudios de los últimos decenios". En *Patristica et Mediaevalia*, Vol. 21, 3-21.
- Nava Mora, A. (2017). "Dante y la demostración analógica medieval". En *Tenzone* 18, 11-72.
- Pérez Carrasco, M. (2010). "Naturaleza y providencia en el pensamiento político de Dante Alighieri". En Roche Arnas, P. (coord.). *El pensamiento político en la Edad Media*. Madrid. Fundación Ramón Areces, 577-587.
- Puig Montada, J. (2002). "Averroes y el entendimiento". En *Revista Española de Filosofía Medieval*, 9, 49-62.
- Puig Montada, J. (2005). "Averroes: Comentario Mayor al libro *Acerca del alma* de Aristóteles. Traducción parcial". En *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 22, 65-109.

- Renouard, Y. (1964). *Historia de Florencia*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2013). “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. En *Dikaion*, Año 27, Vol. 22, n° 1, 55-81.
- Roche Arnas, P. (1995). “La ley en el *Defensor Minor* de Marsilio de Padua”. En *Revista Española de Filosofía Medieval*, 2, 91-99.
- Sánchez Madrid, N. (2014). “*Intellectus possibilis* y *multitudo*: las fuentes filosóficas del averroísmo político en *Monarchia* de Dante Alighieri”. En *Medievalista* [online], n° 16, 1-31.
- Schneider, J. (2006). “La filosofía política de Dante Alighieri en la *Monarquía*”. En *Patrística et Mediaevalia*, Vol. 27, 25-49.
- Sellés, J. F. (2008). “El intelecto agente en el s. XIV”. En *Revista Española de Filosofía Medieval*, 15, 75-100.
- Tabarroni, A. (2015). “Dante e Marsilio: due vie all’á naturalizzazione della política”. En Mazzucchi, A. *Per beneficio e concordia di estudio: studi danteschi offerti a Enrico Malato per i suoi ottant’anni*. Cittadella. Bertinocello Artigrafiche, 877-890.
- Ubl, K. (2003). “Republicanism y platonismo en la *Monarchia* de Dante”. En *Patrística y Mediaevalia*, Vol. 24, 39-56.
- Ullmann, W. (2003). “La Monarchía de Dante como ilustración de una renovatio político-religiosa”. En *Escritos sobre Teoría Política Medieval*. Buenos Aires. Eudeba, 219-238.
- Vallet de Goytisoló, J. (2004). “El derecho en Santo Tomás de Aquino”. En *Verbo*, núm. 427-428, 561-571.
- Vara Martín, J. (2010). “En los orígenes del pensamiento político moderno: *De Monarchia*, de Dante”. En *El pensamiento político en la Edad Media*. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 697-708.
- Vergara Riquelme, L. (2001). “Del Derecho Natural en Santo Tomás de Aquino”. En *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, n° 3, 65-80.
- Yébenes Escardó, Z. (2009). “¿Salvar el nombre de Dios?: más allá del *corpus* teológico. Los límites del texto sagrado”. En *Tópicos del Seminario*, 22, 175-204.

Otras fuentes

- Alighieri, D. (1956). “Convite”. En Alighieri, D. *Obras Completas*. Versión castellana de Gonzáles Ruiz, N. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 697-878.
- Alighieri, D. (1966). *De la monarquía*. Buenos Aires. Losada.
- De Padua, M.. *El defensor de la paz*. Estudio preliminar, traducción y notas de Luis Martínez Gómez. Editorial Tecnos.
- Puig Montada, J. (2005). “Averroes: Comentario Mayor al libro *Acerca del alma* de Aristóteles. Traducción parcial”. En *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 22, 69-109.

¿EXISTE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SEGURIDAD? APROXIMACIONES A UN ASPECTO JURÍDICO-POLÍTICO ESENCIAL

Alejandro Pontel Tabossi

Investigador independiente

Contacto: alejandroeponel@gmail.com

Recibido: 7 de julio de 2022

Aprobado: 30 de agosto de 2022

Para citar este artículo:

Pontel Tabossi, A. (2022). “¿Existe el derecho constitucional a la seguridad? Aproximaciones a un aspecto jurídico-político esencial”.

Prudentia Iuris, N. 94, pp.191-223

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.191-223>

Resumen: Este trabajo se propone responder afirmativamente la pregunta formulada sobre la existencia de un “derecho constitucional a la seguridad” en el ordenamiento jurídico argentino y desarrollar su origen y alcance. También resaltar que, respecto de este tema, el Estado tiene obligaciones esenciales para con los ciudadanos que derivan de un mandato constitucional. Asimismo, se intentará resaltar los aspectos e implicancias de naturaleza política de este derecho, con relación a la convivencia social, ya que es un medio para alcanzar la paz y la libertad, y explicar los fundamentos jurídicos sobre los que se sostiene. Finalmente, serán analizados distintos instrumentos internacionales y jurisprudencia en las que aparecen menciones concretas sobre el derecho tratado.

Palabras clave: Seguridad pública, Derecho constitucional, Obligaciones del Estado, Derecho a la seguridad, Derechos implícitos.

Is there a constitutional right to security? Approaches to an essential legal-political aspect

Abstract: This paper aims to answer affirmatively the question asked about the existence of a “constitutional right to security” in the Argentine legal system and develop its origin and scope. Also highlight that, regarding this issue, the State has essential obligations to citizens that derive from a constitutional mandate. Likewise, an attempt will be made to highlight the aspects and implications of a political nature of this right, in relation to social coexistence, since it is a means to achieve peace and freedom, and to explain the legal foundations on which it is sustained. Finally, different international instruments and jurisprudence will be analyzed in which specific mentions of the treated right appear.

Keywords: *Public Security, Constitutional Law, Obligations of the State, Right to Security, Implicit Rights.*

Esiste un diritto costituzionale alla sicurezza? Approcci ad un aspetto giuridico-politico essenziale

Sommario: Questo contributo intende rispondere affermativamente alla domanda posta sull'esistenza di un “diritto costituzionale alla sicurezza” nell'ordinamento giuridico argentino e svilupparne l'origine e la portata. Evidenziare inoltre che, in merito a tale tema, lo Stato ha nei confronti dei cittadini obblighi essenziali che derivano da un mandato costituzionale. Parimenti, si cercherà di evidenziare gli aspetti e le implicazioni di carattere politico di questo diritto, in relazione alla convivenza sociale, in quanto mezzo per raggiungere la pace e la libertà, e di spiegare i fondamenti giuridici su cui si fonda. Saranno infine analizzati diversi strumenti e giurisprudenza internazionali in cui compaiono specifiche menzioni del diritto trattato.

Parole chiave: *Pubblica Sicurezza, Diritto costituzionale, Obblighi dello Stato, Diritto alla sicurezza, Diritti impliciti.*

Introducción¹

Sin duda alguna, la temática de la seguridad en Latinoamérica –y, en particular, en Argentina– despierta discusiones que muchas veces parecen ser interminables; pero a pesar del valioso contenido político que puedan brindar, parecería que la cuestión jurídica y la constitucional quedan al margen. Existen algunas corrientes ideológicas que tienden a minimizar el rol del Estado en cuanto garante de la seguridad. Entonces, ante el eventual peligro que podría significar esto en un contexto regional en el que amenazas como el narcotráfico o la violencia de grupos indigenistas que reclaman territorios emplean violencia y terror, surge la posibilidad de ver qué dice nuestro ordenamiento constitucional sobre la cuestión, en miras, por lo menos, de aportar elementos relevantes que sirvan de mínimos. Así como nuestra Constitución es la base de nuestro ordenamiento jurídico, sería un buen principio (sino “El” principio) orientador a la hora de definir el rol y los deberes del Estado en materia de seguridad.

Antes de empezar con el desarrollo central, conviene hacer algunas aclaraciones. La conceptualización del derecho constitucional a la seguridad (a partir de ahora, DCS) presenta una particularidad: la dificultad para delimitar el área sobre la cual recae. En principio puedo decir que, en un sentido amplio, DCS es una expresión abarcativa de muchas áreas, como lo son la seguridad social, seguridad ambiental o el tan conocido deber de seguridad u obligación de seguridad presente en la responsabilidad civil y penal. Específicamente, el área del DCS tratado en este trabajo es la referida a la seguridad pública, esto es la seguridad entendida como salvaguarda de la sociedad y la persona de distintos ataques o perturbaciones al orden público.

También, cabe aclarar que no me detendré en cuestiones de política criminal o derecho penal, en tanto teoría de los fines de la pena, por ejemplo. Esto, sencillamente, se debe a que si se ahonda en estos temas sería un trabajo de materia inagotable y en el que no se podría alcanzar precisión y especificidad adecuadas, además de que, al ser una discusión tan rica, no permitiría avanzar.

A título personal, la motivación que tengo a la hora de encarar este estudio es la profunda convicción de que el derecho a la seguridad es algo

1 De manera personal, agradezco al profesor Santiago Legarre por la revisión de este trabajo y sus observaciones y a Guadalupe Fernández Mehle y Diego Dolabjian por sus atinadas sugerencias. Por último, dedico el tiempo y el esfuerzo intelectual empleado en este trabajo al Cnte. My. Julio Marino Tabossi (GN), mi abuelo y descendiente del vencedor de Caseros, quien durante su paso por este mundo dedicó su vida a la preservación de la seguridad en los distintos destinos en los que la patria requirió su servicio.

que está presente como sustrato de todo conjunto organizado de personas. También, tratar de echar algo de luz sobre el tema y la discusión en sí. Sería ideal que cualquier debate político girara (con sus matices interpretativos) sobre el eje firme del mandato constitucional, como regularmente se hace en otros temas. Desde estas líneas, espero poder aproximarme a ese fin, y también superar antinomias que no conducen a ningún resultado concreto. La libertad de todos los argentinos depende mucho del rol que el Estado asuma en esta cuestión. No solo eso, sino también el florecimiento y el desarrollo pleno de nuestras vidas como personas. Siguiendo la idea ciceroniana de “[s]omos todos esclavos de las leyes para poder ser libres”², es fundamental tener como guía a nuestra Constitución para resolver los problemas con justicia y de manera ordenada.

La primera parte de este trabajo, entonces, intentará hacer un recorrido histórico sobre el derecho constitucional a la seguridad, para posteriormente hacer un análisis jurídico específicamente referido al aspecto constitucional, legal y jurisprudencial de este derecho. Finalmente, una tercera parte incluye consideraciones políticas sobre el rol del Estado.

1. Primera parte. El derecho constitucional a la seguridad: historia y características

Ahora bien, hechas las anteriores aclaraciones, esta investigación se va a focalizar en una parte del DCS, que es específicamente la que recae sobre la seguridad de los bienes vida, integridad física, propiedad y libertad en relación con el ordenamiento constitucional. Es decir, el componente más primario de este derecho, presente en todas las sociedades del mundo y sin el cual lo que conocemos como Estado moderno no habría podido constituirse como tal. Así es que, en particular, la primera parte del estudio versará sobre el área del DCS destinada a la protección de los mencionados bienes a lo largo de la historia.

Indudablemente que los bienes que este derecho (que se caracteriza como primario) está destinado a proteger no se agotan en los precitados, sino que abarca la protección de la persona en su integridad física y moral, en relación con la seguridad estatal. Llanamente, es la protección que, en principio, los Estados y otras entidades políticas tomaron como mecanismo para que una persona no sufra un daño o violencia física o material injustificada de parte de otra, en miras al mantenimiento de la paz social y la

2 Cicerón, M. T. *Pro Cluentio*, 146. Mencionado en: Rosler A. (2016). *Razones Públicas*. Buenos Aires. Katz editores, 163.

supervivencia de distintos conjuntos sociales. Como afirma Josef Isensee, “[a]l principio de todas las bases de legitimación del Estado se encuentra la seguridad”³.

1.1. Desarrollo de la noción de seguridad estatal

La cuestión respecto de la seguridad estatal, tal como la conocemos hoy, comienza con el surgimiento del Estado moderno y las teorías de los autores llamados contractualistas⁴. Específicamente, Thomas Hobbes fue el iniciador de la teorización acerca de lo que podríamos llamar seguridad como base de la organización social de la comunidad en la modernidad.

Alrededor de los siglos XVI y XVII, podemos decir –de manera sencilla– que surge el Estado moderno como consecuencia de distintos acontecimientos políticos que configuraron de forma novedosa al poder, tras largos períodos de guerras y crisis religiosas que acuciaron a las distintas unidades políticas existentes. Es sabido que los momentos de crisis y ebullición política son terreno fértil para la producción de grandes cambios y gracias a esto, entre otros factores, se originaron movimientos en la organización jurídica y política de las comunidades. Se pasó del poder heterogéneo y más repartido entre distintos feudos, reinos y patriarcados medievales, a monarquías con mayor concentración de poder, conocidas como absolutistas. Como consecuencia de estos hechos es que, progresivamente, va tomando forma el Estado como soberano, entendido este como una “[e]ntidad de decisiones y acciones, significando la superación institucional de la guerra”⁵. Este último aspecto, referido a la superación institucional de la guerra, revela cuál es la clave de la noción sobre la que se basa el concepto de seguridad: la idea de la búsqueda de la paz. Pero no paz como valor aspiracional y abstracto, en cuanto unión fraternal de los pueblos, sino como valor intrínseco y necesario en sí, entendida como quitarles el derecho a los ciudadanos de “[s]er juez y ejecutor de sus propios asuntos”⁶. En mis palabras, evitar la justicia por mano propia y delegar en un tercero el mantenimiento del orden y la

3 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad* (Traducción de: Gemignani, Juan Carlos y Manso Porto, Teresa). Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores, 17.

4 Por una cuestión de brevedad se omiten referencias del período clásico y medieval, por la distancia que guardan con nuestros tiempos, aunque no se descarta el origen de las ideas de estos autores probablemente pertenecientes a estos períodos históricos. Lo que ocurre es que la noción más aproximada de la seguridad actual teorizada se encuentra en el período mencionado. A veces, en pos de la practicidad y la delimitación del estudio, se pierde profundidad en las ideas, aunque esto no obsta una posterior ampliación, si fuese necesaria.

5 Isensee, J. (2014), *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 19.

6 *Ibidem*.

solución de conflictos, es decir, en el Estado soberano naciente, como entidad con peso y funciones específicas. Es claro que esto representó una evolución teórica bastante importante, en cuanto a organización social y la vida de los ciudadanos, aunque hay que aclarar –con toda justicia– que ya en la Edad Media y en el período clásico, esta idea estaba presente, en la práctica y en la teoría, pero es la antropología hobbesiana la que viene a explicitar y consolidarla en el pensamiento moderno.

Teniendo en mente la idea primaria del mantenimiento de la paz entendida como evitación de la solución privada de conflictos y el resguardo de la armonía social, vida e integridad física, la aparición del planteo hobbesiano viene a aportar la idea del Estado como su garante. Dice el mismo Hobbes: “[e]l deber supremo del gobernante es garantizar la seguridad y el bienestar del pueblo y hacer aplicar los principios del derecho natural”⁷. A su vez, es importante destacar que, al decir del profesor Isensee, el pensamiento de este autor presenta lo que actualmente se considerarían “incomodidades teóricas”⁸. Si bien Hobbes puede aportar el concepto tan importante del Estado como garante de la seguridad, no puedo coincidir con él en muchas de sus ideas, entre las que está el poder absoluto correspondiente al gobernante⁹. Lord Acton enseña –con toda razón– que “[e]l poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”¹⁰.

Posteriormente, en la evolución del pensamiento referido a la necesidad y fin del Estado, en relación con la seguridad, surge el planteo de John Locke. Esta evolución se da como consecuencia de un cambio de perspectiva en el que “[l]a paz del Estado Moderno se impone, y el Estado-Leviathan neutraliza el miedo a los ciudadanos entre sí, el mismo se convierte en objeto de su miedo”¹¹, con lo cual, aparece la necesidad de reorientar la teoría y práctica institucional y generar mecanismos jurídicos en orden a conservar la seguridad, esta vez *frente* al Estado y no *por medio* de este. La teoría de Locke produjo el germen de los mecanismos legales creados para proteger

7 Hobbes, T. *De Cive*, cap. 13. Citado en: Bodenheimer, E. *Teoría del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica, 162.

8 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 20.

9 Además, según expresara Prelot, para Hobbes, “[e]l mantenimiento de la paz exige que el soberano posea una autoridad completa, no debiendo estar sometido a ninguna ley que no provenga de él, ya sea natural y eclesiástica”, engendrando así (en palabras del mismo autor) un “positivismo jurídico radical” que no comparto. Ver en: Prelot, M. y Lescuyer G. (1986). *Historia de las ideas políticas* (versión castellana de Manuel Osorio Florit). Buenos Aires. La Ley, 234-235.

10 Se atribuye esta frase a Lord Acton en el marco de su correspondencia privada con su colaborador Creighton. Ver en: Acton (1998). *Ensayos sobre la Libertad y el Poder* (compilación). Madrid. Unión Editorial, 13.

11 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 21.

los derechos de los ciudadanos frente al Estado. Se lo ve como una entidad que se presenta amenazante. Entre los mecanismos que se desarrollan a partir de ese principio están: “[e]l derecho de representación, la división de poderes, el sometimiento del poder estatal a los derechos naturales preexistentes y al derecho positivo”¹². De esta sucesión de ideas se desprende que, de a poco, se produce una especie de balanceo de poder entre la función de seguridad estatal y el ejercicio de la autoridad en armonía con el respeto de los derechos de los ciudadanos, al menos en teoría.

Teniendo en cuenta que al principio los individuos renunciaron a algunas libertades en pos de obtener seguridad, generando que el poder estatal se focalizara en garantizar ese fin pacífico (aunque de forma abusiva), el enfoque de Locke viene a construir sobre eso y superar el problema. Dice Isensee: “[l]o que descubre (Locke) es que la seguridad se puede obtener a un precio más bajo que el de sacrificar la libertad; que no sólo el Estado absoluto sino también el Estado vinculado al derecho y limitado en su poder es capaz de garantizar la paz; que la seguridad y libertad ciudadanas pueden darse conjuntamente”¹³.

Posteriormente, con el advenimiento de la Ilustración en el siglo XVIII, y particularmente a partir de la constitución prusiana, aparece lo que sería el concepto dominante y el aporte de este período a la cuestión: “[l]a vinculación del fin estatal de la seguridad con la ley”¹⁴. La otra característica principal de este período es que “[e]l deber estatal de seguridad se vincula aquí indisolublemente con la prohibición del exceso en su ejercicio, esto es limitado solo a lo que resulte necesario para garantizar libertad”¹⁵. Así, con estas ideas, vemos que se enfatiza aún más el concepto de un poder estatal que brinde seguridad a sus ciudadanos, pero complementado con el respeto a las libertades fundamentales preexistentes que las emergentes constituciones decimonónicas explicitarían. Hasta este momento, es posible afirmar que la idea de respeto por las libertades reconocidas por la Constitución *a priori* no se contradice con la función estatal de proveer seguridad dentro de los límites de la ley; es más, hasta se complementan. Es importante enfatizar esta complementación, por la tan conocida antinomia de libertad *versus* seguridad que en un futuro impregnará toda la temática. Esta interpretación de la materia es pasible de llevar a conclusiones equívocas, que tengan como consecuencia la abdicación del Estado en el cumplimiento de su deber primario de brindar seguridad o, al menos, no ser lo suficientemente potente bajo la respetable precaución de ser tildado políticamente de autoritario.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*, 23.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*, 24.

Para acompañar la idea de protección de la libertad a partir de un gobierno firme y de la autoridad de la ley, conviene recordar lo dicho en *El Federalista*, “[l]a energía en el ejecutivo es el carácter prominente en la definición de un buen gobierno. Este es esencial a la protección de la sociedad contra agresiones extranjeras; no lo es menos para la firme administración de las leyes [...] para la seguridad contra las tentativas y violencias de la ambición, de las facciones y de la anarquía”¹⁶.

Con la profundización del ideario liberal, muchos autores no solo tomaron en cuenta la seguridad como función del Estado, sino que redujeron su función a la seguridad, rechazando –junto con otros filósofos, como Kant–, a los fines de naturaleza económica o social como pueden ser cuestiones concernientes a la educación, por ejemplo. En esa época, en la cual el liberalismo emergente más puro estaba en auge, se interpretaba que “[l]a reducción de los fines del Estado a los fines de la seguridad define al Estado liberal. La seguridad tanto interna como externa es el único fin que puede existir ante la celosa y sensible demanda de libertad individual”¹⁷. Bien o mal, está claro que el objetivo ideológico y político era realzar y aumentar el grado de libertad en los individuos, reduciendo al máximo la función y fin del Estado. Como ideas fuertes, también resulta pertinente mencionar que, durante dicha época, surgió la convicción –que desde estas líneas se comparte– de que “[l]a personalidad, la educación, y la cultura prosperan solamente en un entorno pacífico”¹⁸. Como corolario, podemos decir que la libertad es algo que el Estado tiene que garantizar, debe reconocer su existencia y preservarla por ser natural e inherente al ser humano.

Con la transformación de la seguridad como fin estatal en sí mismo, además de reconocer su relevancia para la comunidad, aparece también el reconocimiento de los derechos fundamentales y preexistentes de los individuos, como límites infranqueables –casi como algo de carácter sagrado– para el poder. Por citar ejemplos, aparecen: la mención en la Constitución de New Hampshire del “[...] reconocimiento a la renuncia de algunos derechos naturales al entrar a la sociedad”¹⁹; o “[...] la declaración del deber estatal de protección del goce de los derechos a la vida, libertad y propiedad”²⁰. Se evidencia al unir estos dos apartados una complementariedad entre la renuncia de derechos por la seguridad, pero también el límite legal que tiene

16 Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J. (1887). *El Federalista* (Traducción del Dr. Ildefonso Isla). Buenos Aires. Establecimiento Tipográfico La Pampa, núm. LXX, 480.

17 Mencionado en: Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 27.

18 *Ibidem*.

19 Constitución del Estado de New Hampshire, art. 3°. Ver <https://www.nh.gov/glance/bill-of-rights.htm> (visitado por última vez el 30 de septiembre de 2021).

20 *Ibidem*, art. 12.

el Estado para garantizarla, y que no se convierta en la principal amenaza a los individuos. En el caso de nuestro orden jurídico, se hace una referencia en el preámbulo de la Constitución Nacional –de forma implícita y un poco más abstracta– relacionada con el valor del mantenimiento de la paz. Haciendo una interpretación somera y rápida de su significado original se desprende que, en base a los planteos teóricos e ideológicos que inspiraron a nuestra Constitución, el significado de algunos artículos puede aproximarse al planteo realizado en los ejemplos citados.

El razonamiento es el siguiente: cuando el preámbulo dice “[...] consolidar la paz interior”²¹, se refiere a evitar rebeliones, sediciones y otro tipo de levantamientos políticos y delitos como “cuatrерismo” (bastante usual en esas épocas en algunas provincias), por ejemplo. Por lo que, al consolidar la paz como fin en sí mismo, se logra un objetivo que permite el progresivo crecimiento y, sobre todo, fortalecer la unidad política del país. Entonces, el principio general es que la paz es un valor que es reconocido positivamente para garantizar la existencia de un país o cualquier sociedad. Principio que se vería concretamente afectado, por ejemplo, por una situación de rebelión. Por lo tanto, es que se razona: sea para evitar conflictos interjurisdiccionales o agresiones o ataques mutuos entre grupos de individuos o de persona a persona, la paz es un valor que el Estado debe preservar a través del orden, para dar cumplimiento al fin de organización nacional, civilizada y libre, a través del que nace nuestro país. Dentro de la noción de *orden* para garantizar la paz se encuentra la legitimidad de la potestad estatal para garantizar la seguridad interna y externa, en relación con los ciudadanos y la comunidad política en sí.

Conviene recordar, como cierre de esta sección, las iluminadoras palabras de Juan Bautista Alberdi sobre la cuestión en las *Bases*, donde dice: “[...] a paz y el orden interior son otro de los grandes fines que debe tener en vista la sanción de la Constitución argentina; porque la paz es de tal modo necesaria al desarrollo de las instituciones, que sin ella serán vanos y estériles todos los esfuerzos hechos en favor de la prosperidad del país. La paz, por sí misma, es tan esencial al progreso de estos países en formación y desarrollo, que la Constitución que no diese más beneficio que ella sería admirable y fecunda en resultados”²².

21 Constitución de la Nación Argentina (1994), Preámbulo.

22 Alberdi, J. B. (1852). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Edición virtual de la Biblioteca de la Libertad del Instituto Cato, 59. Disponible en: <https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/bases> (visitado por última vez el 10 de agosto de 2021).

1.2. Marco actual de la cuestión. La seguridad en una república

Con un somero recorrido histórico del desarrollo del concepto y función de la seguridad, en relación también con nuestra Constitución, es que se arriba a la noción jurídica actual de la seguridad estatal. Esta se encuentra particularmente influida por el contexto político republicano y democrático, que se desarrollará a continuación.

Aunque parezca obvio, es necesario traer a colación el artículo 1° de la Constitución Nacional, que establece que nuestro gobierno adopta la forma de representativa, republicana y federal²³. Interesa, a los fines de esta investigación, detenerse en el aspecto republicano, por las relevantes implicancias que tiene en relación con la seguridad estatal. Para Bidart Campos, “[l]a forma republicana tradicionalmente se ha delineado según las siguientes características: a) división de poderes; b) elección popular de los gobernantes; c) temporalidad en el ejercicio del poder, o sea, renovación periódica de los gobernantes; d) publicidad de los actos de gobierno; e) igualdad ante la ley”²⁴. Es importante tener en cuenta esta caracterización, como punto de partida para entender el desarrollo del centro de este trabajo y el actual contexto. Provisoriamente, se responde a una pregunta que se dejó sobrevolando en el título de este artículo, y que sirve de premisa para el razonamiento sucesivo: en la opinión de quien escribe, existe lo que se puede calificar como “derecho constitucional a la seguridad”.

Ahora bien, hechas las pertinentes aclaraciones y comentarios a tener en cuenta, conviene examinar de qué se trata la seguridad en una república y qué particularidades tiene. Comprender bien este punto básico ayuda a encarrilar el pensamiento dentro de un marco institucional y jurídicamente apropiado, porque la seguridad es un tema que compromete los bienes más básicos e íntimos de la persona humana y, en consecuencia, exalta pasiones que pueden orientar el pensamiento de las personas hacia propuestas que resulten incompatibles con una democracia moderna, y un estatus de conservación de la dignidad humana.

Entonces, como marco del desarrollo de la seguridad en un Estado republicano, se ve que lo que existe es un balance complementario entre libertad y seguridad. Muchos eligen calificar esto como una antinomia, pero desde estas líneas se elige alejarse de esa postura, para tomar una posición constructiva y de complementación de los dos valores en la que existe una

²³ Constitución de la Nación Argentina (1994), art. 1°.

²⁴ Bidart Campos, G. (2010). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires. EDIAR, 428.

íntima interdependencia, sin uno no existe el otro, y ambos deben ejercitarse dentro de los límites de la ley. Parecería ser la postura coherente con la naturaleza de una república.

La seguridad en una república, *a priori*, debe ser entendida como protección estatal de las agresiones mutuas entre particulares y también la protección de estos frente al Estado. Dentro de la seguridad a la que se hace referencia se caracterizó que “[s]ólo requieren intervención estatal aquellas agresiones mutuas entre particulares que son relevantes para la seguridad”²⁵. También, que la seguridad se convierte en tarea estatal una vez que los particulares o ciudadanos “[r]ecurran a agresiones mutuas”²⁶. Teniendo en cuenta estas dos grandes ideas, se razona que, en una república, las intervenciones del Estado no deben ser arbitrarias e ilimitadas, sino que desde el principio se encuadran en un marco restringido de acción. En teoría, solo va a poder intervenir cuando se produzca una determinada hipótesis situacional, pero no de forma libre e ilimitada. Justamente, se supone que la regla general es la libertad de los ciudadanos. Así como el Estado asume la obligación de protección y mantenimiento de la seguridad, los integrantes de una comunidad política renuncian a hacer justicia por mano propia.

Teniendo en cuenta la idea mencionada de que el Estado debe intervenir cuando se den agresiones relevantes para la seguridad, aparece otra nota fundamental que hace a la cuestión: las limitaciones jurídicas inherentes al sistema republicano. Explica el maestro Bidart Campos que la seguridad jurídica también abarca “[l]a seguridad de las personas y sus derechos”²⁷. Menciona, después, que “[l]a seguridad final que el sistema democrático prevé es la que depara el Poder Judicial, sobre todo al asumir el control de constitucionalidad”²⁸. A partir de estas afirmaciones, queda claro que otra de las características principales que tiene la seguridad en un sistema republicano es el permanente control al que puede ser sometido el Estado a la hora de garantizar este derecho a los ciudadanos. Esto es sumamente importante, en cuanto a sus consecuencias prácticas, puesto que, como consecuencia del control, la política de seguridad deberá estar encarrilada inexorablemente dentro de los márgenes de las garantías constitucionales.

Corresponde mencionar las garantías constitucionales como otro elemento que está profundamente unido con la seguridad que el ordenamiento constitucional manda a garantizar. En coherencia con el razonamiento anterior, en el que se afirmó que las mismas son “[e]l soporte de la seguridad

25 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 44.

26 *Ibidem*, 45.

27 Bidart Campos, G. (2010). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Ob. cit., 286.

28 *Ibidem*.

jurídica”²⁹ frente al poder del Estado, las garantías constitucionales protegen a los ciudadanos asegurando la plena vigencia de sus derechos. Hasta ahora puede afirmarse que la seguridad que el Estado republicano debe garantizar a los ciudadanos en miras al mantenimiento de la paz y la plena vigencia de sus derechos constitucionales, estará siempre sometida a control judicial en virtud, primero, de la división de poderes y, segundo, limitada por el sistema de garantías. Entonces el poder que tiene el Estado para preservar la seguridad es (o debería ser) “[j]urídicamente fundamentado”³⁰, en tanto que nace con los límites y características mencionados; y, es legítimo, en cuanto sea ejercido dentro de los canales que la Constitución habilita.

Para cerrar este apartado sobre la seguridad en el marco institucional de una república, queda nombrar una última característica: la preeminencia de la libertad. La clave sobre la cual recaen los límites a la seguridad y la finalidad por la cual el Estado la debe garantizar es el mantenimiento de la libertad de los ciudadanos.

La libertad, en relación con la república, debe entenderse como una combinación entre aspectos de la libertad negativa y positiva. Al respecto, Rosler dice que “[a]l igual que la negativa la concepción republicana entiende a la libertad como negación de algo, pero a diferencia de la negativa [...] solamente (la negación) de la interferencia arbitraria”³¹ y, por otro lado, “[a]l igual que la concepción positiva, la concepción republicana entiende la libertad en términos valorativos”³². Entonces, lo que marca a la concepción republicana de libertad es “[q]ue los individuos no estén al arbitrio de nadie”³³. La concepción republicana se nutre de la idea de entender la libertad acompañada de “[i]nterferencias razonables”³⁴ de parte del Estado, pero con el fin de preservarla, evitando, como dijimos, la sujeción de los individuos a arbitrariedades; ya sean privadas o, por sobre todo, públicas. Es notable, entonces, cómo las intervenciones que tiene que tener el Estado en pos de garantizar la seguridad de los ciudadanos no son un fin en sí mismo. Son un medio en cuanto que, al brindar seguridad, el Estado republicano busca garantizar la libertad y la paz que permita a una comunidad el ejercicio pleno de sus derechos y libertades y, en consecuencia, una vida sin interferencias arbitrarias, esencia de la libertad republicana. Es por eso que al ser la búsqueda de la paz y la renuncia a ciertas libertades en orden a preservar otras más importantes las motivaciones por las que surgen las

29 *Ibidem*, Tomo II, 287.

30 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 43.

31 Rosler, A. (2016). *Razones Públicas*. Buenos Aires. Katz Editores, 53.

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*, 57.

constituciones como instrumentos legales, el Estado no puede ejercer su misión atropellándolas sin ningún tipo de control. El poder que el Estado tiene, al ser jurídicamente fundamentado, es solamente ejercitable dentro de los límites y con la finalidad razonable a la que le debe su existencia.

Dice Montesquieu que “la esencia de la república es la paz y la moderación”³⁵. No hay completa libertad sin ley que la preserve. Hace siglos, nuestros antecesores comprendieron esta idea y por eso sujetaron la libertad a la ley, en orden a preservar los derechos fundamentales. Nada demuestra más la primera afirmación que –justamente– el hecho de que no se dota al Estado de un poder omnímodo y absoluto, sino que la ley y la Constitución lo encauzan razonablemente en miras al bien común y a la paz social de una comunidad. La preservación de la libertad republicana está dada por un conjunto de mecanismos llamados garantías, que permiten a los ciudadanos acudir al mismo poder para que revise sus propios actos. La preeminencia de la libertad, entendida como no sujeción a arbitrariedades, es una pieza fundamental para entender el desarrollo de la seguridad que el Estado debe garantizar, y es la clave que debe regir su accionar y políticas a implementar en concreto.

Finalmente, queda a las claras que la seguridad, en el marco de un sistema republicano, posee las siguientes características: es una acción en principio restrictiva, sujeta a permanente revisión judicial, tiene su límite en las garantías constitucionales de los ciudadanos y –como principio– siempre se debe implementar en miras a mantener y preservar la libertad y la paz en una sociedad.

2. El derecho a la seguridad en nuestro ordenamiento jurídico

En este apartado será tratada la cuestión constitucional y legal en torno al derecho a la seguridad. Conviene aclarar que este derecho no se encuentra reconocido explícitamente en el texto de nuestra Constitución. Existen tres vías por las cuales se puede acceder a la conclusión de que existe un derecho constitucional a la seguridad. La primera es por derivación lógica e interpretación de acuerdo al significado original de la cláusula de los derechos implícitos, en el artículo 33 de la Constitución; en segundo lugar, a través de los tratados con jerarquía constitucional y, en tercer lugar, a través de la regulación relativa al poder de policía.

35 Montesquieu, C. L. S. *El espíritu de las leyes*. Tomo I. Madrid. Editorial Sarpe, 148.

2.1. La seguridad, ¿un derecho constitucional implícito?

Inicialmente, corresponde resaltar la relevancia de la conclusión en torno a esta pregunta, ya que nos permitirá aclarar si la seguridad estatal es un derecho, un deber, o posee cualquier otra naturaleza jurídica. Además, a partir del razonamiento mencionado cambiarán las consecuencias a nivel práctico, sobre todo en lo referido a política criminal y de seguridad y al discurso político que acompañe a la temática. Inicio afirmando con toda fuerza que la seguridad es un derecho constitucional de los individuos y de la sociedad. Funciona, por decirlo de algún modo, como “causa última” y fundamento jurídico de la política de seguridad en general, y de la criminal, en concreto; los principios de la Constitución las informan y las hacen tomar cauce dentro del marco civilizado y respetuoso de la libertad y Estado de Derecho. La relevancia de esto es capital, en el sentido de evitar interpretaciones ideológicas de la política de seguridad, que a todas luces contravengan el fin constitucional de garantizar la libertad y la paz, por exceso o por defecto. No se hacen referencias políticas concretas ni se afirma que debe haber una visión uniforme sobre la cuestión, sino, simplemente, destacar que a la hora de planificar las políticas públicas del área criminal y de seguridad ciudadana, el fin constitucional mencionado anteriormente debe ser tenido en cuenta. El efecto que estas políticas puede tener sobre los derechos y libertades más preciadas e íntimas de las personas puede no ser susceptible de ulterior reparación real. Luego, las cuestiones de prudencia política pueden variar sin perder de vista los fines constitucionales.

Dicho lo anterior, corresponde hacerse la siguiente pregunta: ¿es la seguridad ciudadana un derecho constitucional? Desde estas líneas se afirma que es un derecho humano y constitucional. Hay varias razones para sostener esto.

La primera se relaciona con los llamados derechos implícitos. En principio, conviene aclarar que no es una figura de la que corresponda abusarse generando un catálogo infinito de derechos, sino comprender su significado original³⁶, el cual viene a ratificar que no solo los derechos enumerados en el texto de la Constitución son los que cada persona y la sociedad tienen, sino que hay otros que no deben desconocerse por el simple hecho de no

36 Con “significado original” se alude a la teoría de interpretación constitucional originalista, la cual es la que mejor sirve a los fines de explicar primariamente lo que los constituyentes quisieron expresar en la redacción de los artículos, en opinión del autor. Se toma una definición del profesor Lee J. Strang: “*Originalism is the theory of constitutional interpretation that identifies the Constitution’s original meaning as its authoritative meaning*”. Ver en Strang, L. J. (2020). *Originalism’s Promise: A Natural Law Account of the American Constitution*. Oxford University Press, 1.

estar escritos, puesto que los mismos pre-existen a la configuración de la constitución como instrumento y, desde un punto de vista propio, cada persona tiene según su naturaleza. El artículo 33 de la Constitución afirma que “[l]as declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados [...]”³⁷. Sobre este artículo Bidart Campos explica: “[l]os derechos sobre los que la ‘letra’ de la Constitución hace silencio componen el plexo de los derechos implícitos”³⁸, y en cuanto a su origen, dice: “[t]ienen su fuente en el espíritu de la constitución, en su filosofía política, en su techo ideológico. El contexto de principios y valores constitucionales ayuda a cubrir desde la implicitud, el silencio que queda fuera de la enumeración de derechos”³⁹. Sobre esta idea, adquiere notoriedad entender los motivos y fundamentos de la seguridad estatal, sus motivaciones políticas e ideológicas, que fueron referenciadas en la primera parte de esta investigación. Teniendo en cuenta este trasfondo ideológico expresado en la mención de la paz del preámbulo y de fomentar la unión nacional, procurando la paz y sostener los beneficios de la libertad, es la ley (y no un particular) la que debe gobernar y garantizar la libertad de los ciudadanos. Esa libertad, a la que se referenció como “libertad republicana”, entendida como no sujeción a arbitrariedad privada o pública, únicamente se puede procurar si el Estado, en el marco de una comunidad determinada, brinda a los sujetos la seguridad necesaria para que, en principio, no sufran agresiones ilegítimas. Lo contrario sería que la violencia privada se consolide como modo de solución de los conflictos, generando una convivencia anárquica y descontrolada, contraria al bien común y el desarrollo de una vida plena y en paz.

Resulta relevante, también, el hecho de que algunos de los derechos implícitos a los que refiere Bidart Campos sean, por ejemplo: la *paz*⁴⁰, la *vida*⁴¹, la *libertad*⁴² y la *seguridad jurídica*⁴³. Todos estos tienen íntima relación con la seguridad estatal en el marco de un Estado republicano, justamente porque ayudan a procurar y preservar este conjunto de derechos. Interesa, a los fines de esta investigación, tomar estos cuatro derechos como base tentativa, sobre la cual se podría sustentar la naturaleza implícita del

37 Constitución de la Nación Argentina (1994), art. 33.

38 Bidart Campos, G. (2010). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires. EDIAR, 102.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*, 111.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*, 112.

43 *Ibidem*, 112.

derecho a la seguridad. Sobre tres ya se ha hablado, quedaría un planteo sobre la relación entre seguridad y, valga la redundancia, seguridad jurídica.

Por derivación lógica, a partir de que los ciudadanos tienen el derecho de tener seguridad jurídica, se entiende que la seguridad que atañe a su integridad física y moral estaría incluida, o debería estarlo, en esa noción. No sería coherente con todo el contenido axiológico de la Constitución reducir el concepto de seguridad jurídica a su expresión coloquial actual, la que refiere a cuestiones como previsibilidad y uniformidad en el derecho, función judicial y materias administrativas regulatorias, en el marco de una economía estable. Es por eso que, para que la seguridad jurídica sea efectiva, se postula que la misma presupone la seguridad estatal. Con esto se hace referencia al derecho de un ciudadano a exigir frente al Estado la protección de sus derechos, libertades e integridad física y moral, afectados por eventuales violencias, en el marco de la conformación de una comunidad; presentándose, como límite *a priori* para garantizarlo, el respeto por las garantías que la Constitución también reconoce.

Si queremos ser más categóricos corresponde afirmar que la seguridad pública, como derecho implícito, en relación con la protección de la vida, libertad y seguridad jurídica, tiene un peso similar al de un derecho humano y constitucional, independientemente de su reconocimiento explícito. Esto es así porque el mantenimiento de la seguridad resulta fundamental por las implicancias que tiene sobre otros derechos humanos, su pleno goce y ejercicio, y la existencia misma de una comunidad determinada. Que, en su momento, los constituyentes de 1860 (ya que no estaba presente la figura en el texto de 1853) no hayan encontrado necesidad de mencionarlo de forma explícita, no quiere decir que no lo hayan considerado como algo necesario, y esto se evidencia a partir de las referencias al preámbulo y disposiciones⁴⁴ sobre todo el texto.

Una definición importante sobre los derechos implícitos y el artículo 33 de la Constitución Nacional se menciona en el marco del caso de la Corte

44 Las disposiciones referidas hacen alusión a artículos de la Constitución en los que la paz social y la unidad del país eran tenidos en mira como algo deseable. Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Nacional (“Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”). Asimismo, en las que se mencionan objetivos de los cuales puede interpretarse que la seguridad es también un fin deseable, en este caso es un ejemplo el artículo 75, inciso 2° (“Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables”).

Suprema de Justicia “Raúl Sánchez Abelenda v. Ediciones de la Urraca S.A. y otros”⁴⁵, específicamente en el voto del Juez Petracchi, cuando cita una definición de los diarios de sesiones de 1860 sobre la cuestión; dice el fragmento: “[e]llos (los derechos implícitos) forman parte del derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunión política, y del fin que cada individuo tiene el derecho a alcanzar”⁴⁶. Sobre esta definición, que revela la esencia de los derechos implícitos, me gustaría puntualizar dos aspectos. El primero, presente en la expresión “forman parte del derecho natural de los individuos y las sociedades”, porque revela que estos derechos no solo pueden ser prerrogativas originarias de la naturaleza humana en relación con los individuos, sino que también las tienen las comunidades o grupos humanos. Por lo cual no deben desconocerse las resonancias a nivel comunitario de la cuestión que estamos tratando, puesto que en el núcleo mismo de cualquier comunidad política está presente una necesidad razonable de subsistencia y supervivencia a lo largo de un tiempo. Así también, y dando otro indicador más de la esencia de esta figura, en el segundo aspecto a analizar vemos que se menciona “del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunión política”. Con la frase mencionada se evidencia que, en principio, podría hablarse de un derecho implícito en la medida en que este sea constitutivo de la base esencial sobre la cual se constituye una determinada sociedad o comunidad y, como se viene sosteniendo, el derecho a la seguridad estaría dentro de la esencia de cualquier comunidad política con expectativas razonables de sostenerse en el tiempo.

Sobre la existencia del derecho a la seguridad se han expresado a favor de su reconocimiento autores como Néstor Sagüés, quien afirma que “[e]l valor seguridad, como el de orden, es uno de los más apreciados por el constitucionalismo de la primera etapa, de tipo individualista liberal”⁴⁷. Explica que dicho valor abarca la seguridad del Estado y de las personas, estando dentro de esta última categoría el derecho a “contar con seguridad jurídica y a que se les brinde seguridad pública”⁴⁸. Ahora bien, el citado autor, considerando el derecho a la seguridad en toda su amplitud, establece una doble composición del mismo, al decir que impone las siguientes consecuencias, a saber: “[...] el derecho a exigir una acción preventiva por parte del Estado, a

45 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Raúl Sánchez Abelenda v. Ediciones de la Urraca S.A. y otros”, concurrencia del Juez Petracchi, *Fallos*: 311:2553 (1988).

46 Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Tomo IV. Buenos Aires, 739/748. Citado en *Fallos*: 311:2553.

47 Sagüés, N. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 577.

48 *Ibidem*.

fin de impedir atentados contra los derechos constitucionales”⁴⁹ y como un aspecto importante agrega: “[...] provengan estos de particulares o agentes públicos”⁵⁰. En segundo lugar, que también incluye “una acción represiva si se producen los ataques no evitados, para castigar a los infractores y hacer efectivas las indemnizaciones pertinentes”⁵¹. Por último, concluye que existe por parte del Estado una obligación constitucional de programar “un sistema de protección de los derechos personales”⁵².

Al encontrar a la seguridad entre lo que conocemos como derechos implícitos, podría postularse que se trata de un derecho constitucional. Ahora bien, respecto de si es o no un derecho humano, las convenciones internacionales aclaran la cuestión. Pero desde estas páginas, independientemente de que un organismo o algún documento legal lo sostenga, se afirma que es un derecho humano, por la sencilla razón (entre muchas) de que, si se pretende la vida en comunidad como ideal humano, no puede prescindirse desde ningún punto de vista de garantizar la seguridad de los integrantes de la misma, puesto que, en el caso contrario, no hay sociedad que se sostenga.

Habiendo examinado la historia de lo que se conoce como DCS, y habiendo planteado la pregunta de si en nuestra Constitución es o no un derecho humano y habiéndolo razonado a la luz de los derechos implícitos, corresponde indagar qué dicen los tratados internacionales sobre la cuestión.

2.2. La seguridad ciudadana en los tratados internacionales

Cuando hablamos de DCS, corresponde decir que el concepto de seguridad como algo deseable para una sociedad democrática se ve bastante reforzado en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado argentino. Aunque habrá que hacer una salvedad, el tratamiento que se hace en los instrumentos internacionales sobre la seguridad es muy rico, pero existen diferencias entre la letra de los tratados y los documentos interpretativos al respecto.

Es muy importante esta inclusión de la seguridad en las distintas convenciones, puesto que viene a indicar que, si bien la seguridad es un objetivo y un valor que el Estado tiene que preservar y sostener, esta “[s]e sustenta en la cultura de derechos humanos de la sociedad”⁵³. Aspecto por demás re-

49 *Ibidem*, 579.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 70.

levante si se tiene en cuenta la tradición de refuerzo de los derechos humanos de nuestra región. La única cosa que tenemos que objetar en este punto es la falta de reconocimiento explícito a un derecho a la seguridad que se realiza en los documentos interpretativos, en los que solo se le reconoce esa naturaleza al resto de los derechos relacionados que la seguridad vendría a proteger. Aspecto llamativo, puesto que el texto de los propios tratados sí lo enuncian como un derecho humano. Pero este punto será desarrollado posteriormente.

Para poder profundizar un poco el análisis de esta sección, se va a examinar el texto de los tratados internacionales, así como también sus herramientas interpretativas, como lo es, por excelencia, el “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”⁵⁴ emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2009.

En cuanto a los instrumentos internacionales, tenemos varias menciones a la seguridad como derecho humano, entre los que están: el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “[t]odo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”⁵⁵; el artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”⁵⁶; el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “[t]odo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”⁵⁷.

También existen menciones a la seguridad como bien jurídico u objetivo estatal en diversas disposiciones relativas a otros derechos, por ejemplo: el artículo 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice: “[e]l ejercicio de tal derecho (en este caso, libertad de asociación) solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad y orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los

54 Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf> (visitado por última vez el 10 de agosto de 2021).

55 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> (visitado por última vez el 10 de agosto de 2021).

56 Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (visitado por última vez el 10 de agosto de 2021).

57 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm> (visitado por última vez el 10 de agosto de 2021).

derechos y libertades de los demás”⁵⁸; o, dentro de la misma Convención, el artículo 32.2 sobre la “Correlación entre deberes y derechos”, que dice: “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las exigencias del bien común, en una sociedad democrática”⁵⁹; y, también, en el artículo 5º, inc. b, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que dice (respecto del goce de una serie de derechos): “[e]l derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución”⁶⁰.

Ahora bien, a pesar de que, en reiteradas oportunidades, se ha utilizado la expresión “derecho a la seguridad”, el mencionado informe de la Comisión Interamericana, que intenta servir de herramienta interpretativa (pero de la que en algunos puntos tomaré distancia), inicia indicando: “[l]a Comisión destaca que en el orden jurídico internacional de los derechos humanos no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social”⁶¹, aunque seguidamente también dice: “[s]in embargo, puede entenderse que ese derecho surge de la obligación del Estado de garantizar la seguridad de la persona”⁶², en los términos de las disposiciones mencionadas más arriba. Ahora bien, indudablemente comparto el contenido de la última cita, aunque dada la relevancia de la cuestión que seguidamente será expuesta, ameritaría que en vez de decir *pueda*, diga *debe* entenderse, a partir de que el derecho a la seguridad no solo es la seguridad de la persona individual en su relación con el Estado, sino también a nivel comunitario y social, es decir, en la convivencia entre particulares. Desde ningún punto de vista se busca negar ni reducir la relevancia de la individualidad de la persona, sino que la cuestión de la seguridad tiene una dimensión pública y comunitaria importante, que debe ser reafirmada y considerada a nivel político como una tarea o función de la que el Estado y las distintas jurisdicciones locales no pueden abdicar ni desentenderse. En línea con todo esto, considerar el derecho a la seguridad solo como una derivación de otros no parece ser suficiente, dadas las impli-

58 Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b- (visitado por última vez el 10 de agosto de 2021).

59 *Ibidem*.

60 Convención Internacional contra toda forma de Discriminación Racial. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122553/norma.htm> (visitado por última vez el 10 de agosto de 2021).

61 Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf> (visitado por última vez el 10 de agosto de 2021).

62 *Ibidem*.

cancias que tiene esta figura respecto de la vida diaria de los ciudadanos y las condiciones necesarias para el desarrollo humano y económico, así como el pleno goce y ejercicio de derechos en una democracia moderna. Está bien que es un medio para procurar la paz, pero eso no significa un desmedro en su naturaleza de derecho. Al menos esta es la posición que defiende este artículo.

Además, dada la jerarquía constitucional que el artículo 75, inc. 22, otorgó a diversos instrumentos internacionales, cabría preguntarse: la Corte Suprema, ¿debería aceptar sin más las conclusiones de un informe de estas características y aplicarla en un eventual caso? Por mi parte, y sin tratar de hacer suposiciones contra fácticas, creo que la CSJN podría esbozar un principio de argumento al respecto a partir de lo razonado en el caso “Acosta”⁶³. En este fallo se señaló –en el voto de la mayoría– que la obligatoriedad de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial [...]”⁶⁴. Otro caso en el que se tomó una decisión en igual sentido fue “Felicetti”⁶⁵. Dice al respecto Sagüés: “[e]n ‘Felicetti’ la Corte reiteró tal postura (la de ‘Acosta’) sosteniendo que los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tampoco obligaban irremediablemente a la Corte Suprema, máxime si alteraban el principio de cosa juzgada, aunque de todos modos el Estado debía realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta a las recomendaciones de la Comisión”⁶⁶. Recuerda también Sagüés otro precedente, el caso “Alonso”, del año 2002, en el que la Corte vuelve a pronunciarse en ese sentido y, en particular, hace referencia al voto del Juez Boggiano, que “insiste en que el hecho de que los jueces argentinos deban tener en cuenta los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no impide que esa racional indagación conlleve la posibilidad de apartarse del conte-

63 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”. *Fallos*: 321:3555 (1998).

64 *Ibidem*. Citado en: Santiago, A. “La relación jerárquica entre la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Supremacía Constitucional y Primacía Normativa”. En Palazzo, E. L. (dir.) (2016). *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*. Editorial El Derecho, 68.

65 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Felicetti, Roberto y otros”. *Fallos*: 323:4130 (2000).

66 Sagüés, N. (2003). “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100011 (visitado por última vez el 21 de septiembre de 2021).

nido de los informes y recomendaciones cuando resulten incompatibles con los derechos reconocidos por la Convención⁶⁷.

Si bien podría pensarse que los informes de la Comisión constituyen la verdadera interpretación del contenido de los instrumentos analizados y, en cuanto tal, los Estados parte deben seguirlos de la forma más fidedigna posible, se evidencia que, para la CSJN, las decisiones de los informes no son vinculantes. Este razonamiento no les quita el respetable valor que poseen, pero como dice el Juez Boggiano, una ponderación racional puede llevar tranquilamente a alejarse de sus conclusiones si resultan incompatibles con los derechos reconocidos por la Convención. En este caso, entonces, la posición que se toma desde estas líneas se inclina a sostener que el derecho a la seguridad es tal porque así lo reconoce la Convención (entre otros motivos), aun cuando el informe sugiera que es preferible en principio una interpretación alternativa.

En conclusión, lo que es finalmente relevante a los fines de esta investigación son tres ideas. La primera, la observación sobre la opción abierta a utilizar la expresión “derecho a la seguridad” de manera autónoma, y la posterior referencia positiva de su necesario refuerzo en el lenguaje jurídico y político. Segunda, la obligación fundamental del Estado en el uso del poder público para garantizar la seguridad de las comunidades, individuos y sus derechos. Y tercera, el límite y el contexto de derechos humanos en el que debe darse la política de seguridad, así como también las implicancias que tiene sobre el desarrollo humano en general. Parecerían ser todas buenas razones para creer en la existencia del derecho a la seguridad; el lector podrá confirmarlo o no.

2.3. La vía del poder de policía

Para desarrollar la última vía por la que se puede concluir la existencia del DCS sirve valerse de una figura desarrollada en nuestro derecho constitucional, el poder de policía. Creo que esto será útil, aunque sea para realizar un intento de acercamiento entre estas dos figuras a partir de una clave, representada por el maridaje entre el concepto democrático de orden público y el DCS. Como se dijo, siempre y cuando sea una figura sometida a control judicial, la facultad de poder de policía puede ser ejercida de forma legítima y legalmente por el Estado a través del Congreso; además, está claro que es una prerrogativa establecida en la Constitución, específicamente en el artículo 14.

67 *Ibidem.*

En los temas concernientes al rol del Estado en materia de seguridad, siempre pueden vislumbrarse o preverse razonablemente los riesgos orientados a la potencial violación de garantías o abusos por parte del Estado. Es por eso que, aunque sea desde la teoría, nuevamente se recuerda que el respeto de las garantías constitucionales y los derechos humanos debe ser el principio rector para el cuidado de la persona humana y la comunidad política. No se puede pretender reforzar determinados valores jurídicos de la sociedad vulnerándolos. El énfasis puesto en esta premisa al respecto de sus límites resulta por demás relevante, para intentar responder o desarticular los argumentos dirigidos a atacar la defensa de la existencia de un DCS por ser autoritaria, ilegal o lesiva de derechos fundamentales, así como también los argumentos que dicen que reforzar la idea de seguridad da los incentivos para que los abusos ocurran. Además, claro está, de marcar un límite teórico y jurídico al accionar del Estado.

Para sustentar la idea dada en el párrafo anterior, se comparte con Carrió la afirmación que expresa: “[n]o suceda que para atender los justos reclamos de las víctimas de un delito se afecten los derechos básicos de todo individuo, de los cuales goza por el solo hecho de serlo. El ideal debe seguir siendo que los delitos se descubran con apego a las garantías constitucionales, pues de resultas de ese simple dogma la sociedad toda quedará más protegida”⁶⁸.

Con el principio mencionado anteriormente, empezamos diciendo que los derechos que nuestra Constitución reconoce se ejercen a partir de las leyes que los reglamenten (siempre que no implique un menoscabo) y estos pueden ser limitados a condición de que esa restricción sea “razonable”⁶⁹. Se afirma, a partir de lo dicho que, de manera legítima, aunque restringida, el Estado puede reglar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos con miras a determinados objetivos. Esto explica mejor la noción de poder de policía como instituto legítimo. Tanto en la concepción amplia o estrecha, el Estado puede llegar a limitar los derechos de los ciudadanos por razones de orden público y, más específicamente, de seguridad pública. Esto surge por derivación del artículo 14, al decir: “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio [...]”⁷⁰.

Lo dicho anteriormente no es insignificante, puesto que con la necesidad constitucional de una ley se marca otra pauta relevante a tener en

68 Carrió, A. (2019). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi (originalmente publicado en 1984), 9.

69 Bidart Campos, G. (2010). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Buenos Aires. Ed. Ediar (originalmente publicado en 1996), 347.

70 Constitución de la Nación Argentina (1994), art. 14.

cuenta, con la posibilidad de establecer más específicamente qué constituye una intervención “adecuada, necesaria y razonable”⁷¹. Sirve, también, para dotar de legitimidad política y democrática al proceso de cumplimiento del deber de protección, a través del camino de sanción de una ley (en Argentina podría ser la Ley de Seguridad Interior N° 24.059) por un órgano de naturaleza política como es el Congreso, y posteriormente, por la administración en su reglamentación.

Es así que la noción de poder de policía cobra relevancia, en cuanto a la necesidad de los Estados y Repúblicas de tener un mecanismo jurídico establecido por la Constitución, en este caso, que permita la limitación de derechos para salvaguardar ciertos bienes jurídicos como la moral, salud y, en cuanto a lo que nos interesa, el orden y la seguridad públicas. Hay que decirlo, en abstracto basta con mencionar a la Constitución y su texto, pero para llevarlo en concreto a la realidad se necesita de una realización por medio de la ley y de su posterior reglamentación técnica. No debe olvidarse que cuando se habla de seguridad y orden públicos se ven implicados los derechos más importantes de la persona humana, por lo que salvo casos de extrema necesidad en los que el normal trámite legislativo no pueda seguirse, la regulación razonable de derechos debe ser hecha a través del proceso legislativo (nacional o local), de manera que se logre el mayor debate, control y participación política posible.

A lo largo de la historia, el poder de policía tuvo muchas acepciones, en este caso preferimos explicar, a los fines de este trabajo que, “[e]n términos de dogmática penal la policía es [...] un bien jurídico de vasto alcance. Su protección comprende la regulación de conductas muy diferentes entre sí, a tal punto que se hace difícil discernir cuál es su denominador común”⁷². Pero entonces, ¿que abarca? “[i]ncluye lo no comprendido por los crímenes contra la vida y seguridad de sujetos privados, siempre que no se trate de afectación a la justicia, la paz, el comercio o la salud (públicos)”⁷³. Y en particular, cuando hablamos de las implicancias de esta figura, se dice que, “[e]n el caso de las ofensas contra la policía, se da una afectación de lo público tal que, aunque quizá pudiera expresarse en términos de ofensa contra un individuo [...] halla una expresión más completa en el lenguaje de los bienes protegidos por la policía (moral pública, orden público, salud pública)”⁷⁴. Entonces, cuando se da una afectación o transgresión que requiere la intervención estatal a través del poder de policía, ocurre que “[e]l gobierno del Estado no tutela principalmente a ese vecino (el individuo que menciona-

71 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 79.

72 Legarre, S. (2004). *Poder de policía y moralidad pública*. Ed. Ábaco, 83.

73 *Ibidem*, 84.

74 *Ibidem*.

mos), sino a la ‘ecología moral’ y la paz de todo el vecindario y, en definitiva, de la ciudad entera”⁷⁵. Por lo que esta teoría se acercaría mejor al cuidado y preservación de la dimensión comunitaria de la seguridad, aunque por derivación tutele a los individuos.

En síntesis, es legítimo que el Estado (en su dimensión nacional, provincial o municipal) regle razonablemente el ejercicio de derechos de los ciudadanos en miras a bienes como la seguridad pública, siempre y cuando se tenga en cuenta que “[s]e invoque o no como fundamento al poder de policía, deben respetarse los principios de legalidad y razonabilidad, que están contenidos en los artículos 14 y 28 de la Constitución”⁷⁶. Podemos agregar el artículo 33 y demás derechos garantizados en la Constitución. Como se dijo previamente, el cuidado y respeto por los principios jurídicos y DD. HH. informa toda la materia. Así también, es necesario decir que este proceso se inspira en la “[d]istribución razonablemente igualitaria de la libertad”⁷⁷, en orden al bienestar común. El poder de policía es una competencia reservada a cada una de las provincias por vía de la no delegación, por lo que puede ser instrumentada esta facultad en las provincias con las limitaciones correspondientes. Un escenario en el cual puede entenderse esta aplicación en pos de preservar el orden es en el supuesto de conmoción pública, en el que el orden de una comunidad debe ser reestablecido, siempre con apego a los derechos y garantías por el ordenamiento jurídico reconocidos.

La idea es que el Estado, en uso y ejercicio de sus deberes originados a través de la Constitución y los tratados internacionales, utilice todos los instrumentos jurídicos y políticos a su alcance, entre los que podría encontrarse el poder de policía, para cumplir con su responsabilidad y deber fundamental de brindar seguridad a sus ciudadanos. Esto siempre acompañado de un clima de derechos humanos, en el que se castigue gravemente el abuso policial. Se vuelve a sostener que, por defecto, muchas veces el Estado, por consideraciones de naturaleza político-ideológica, rehúsa intervenir de manera efectiva y direccionada contra el crimen, generando graves omisiones. Esto, a partir de lo dicho, sería una omisión que, al menos desde la teoría, se presenta como inconstitucional, de acuerdo con los instrumentos, cláusulas y prerrogativas constitucionales mencionadas.

75 *Ibidem*.

76 Bidart Campos, G. (2010). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Ob. cit., 347.

77 *Ibidem*.

2.4. Algunas aplicaciones concretas en la jurisprudencia

Estaría incompleto el análisis si no fuera mencionado, al menos, un ejemplo jurisprudencial sobre el tema que se viene tratando. Si bien corresponde reconocer que no se encontró un caso en el cual se trate estrictamente la cuestión del derecho a la seguridad, sí aparecen menciones que reconocen su existencia. Sobre todo, las encontramos en la decisión del año 2013, “G. J. J. s/ recurso de casación”⁷⁸, de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, que trata la cuestión sobre la interposición de un “recurso de casación contra el auto que dispuso confirmar el procesamiento por el delito de peculado, presuntamente cometido en el marco del proceso judicial en el cual se investigaba a los posibles responsables del atentado cometido contra la AMIA. El defensor del imputado interpuso recurso de casación”⁷⁹ y la Cámara confirmó la resolución impugnada. Para el análisis se focalizará especialmente en una parte del voto del Juez Gemignani, en el sentido señalado.

En la sección analizada, se trata el punto sobre la revisibilidad que, por mandatos de seguridad jurídica, se atribuye a toda resolución judicial y si la misma está condicionada al análisis sustantivo del proceso en el que se dio. En relación con el tema anterior, Jakobs dice que “(la función del derecho penal) es la señalización de las conductas que resultan socialmente inaceptables, mediante la aplicación efectiva de la pena”⁸⁰ y, a continuación, razona: “[...] y cuando esa función no se cumple, la sociedad reacciona reasumiendo la definición de lo inaceptable con manifestaciones de venganza privada, que tan repetidamente empiezan a verificarse en nuestro país, y que ciertamente constituyen en todos los casos, además de la hobbesiana vuelta al estado natural pre-jurídico –y con ello la derrota del derecho–, incontrollables cercenamientos de bienes de mucha mayor valía que la exclusiva restricción de la libertad ambulatoria configurada por la pena; pero además, y consecuencia de mucha mayor trascendencia, la expresión de que la venganza privada constituye un modelo socialmente legítimo, y con ello una inaceptable contribución jurisdiccional a la anomia social”⁸¹. Sobre estos extractos

78 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “G. J. J. s/ recurso de casación”, 2013. Similares decisiones pueden encontrarse en los siguientes casos: “B. C. A. y otros s/ recurso de casación”, “G. R. K. y otros s/ recurso de casación”, entre otros.

79 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “G. J. J. s/ recurso de casación” (2013), voto del Dr. Gemignani.

80 Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal*. Madrid, 13. Citado en: Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “G. J. J. s/ recurso de casación” (2013), voto del Dr. Gemignani.

81 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “G. J. J. s/ recurso de casación” (2013), voto del Dr. Gemignani.

se pueden ir destacando algunos aspectos relevantes, como la mención a las graves consecuencias que tendría desconocer la función mencionada de la pena y, más aún, la eventual legitimación de la violencia privada, provocada en este caso por las decisiones jurisdiccionales. Como se ve, no es solo una cuestión teórica, sino con consecuencias prácticas poderosas y que terminan afectando directamente la calidad de vida de la sociedad.

A los fines de este trabajo, acá viene el centro de la cuestión. Sumado a las ideas mencionadas anteriormente, aparece un reconocimiento explícito al derecho que es motivo de análisis en este artículo, acompañado de una expresa mención de un mandato constitucional del que deriva y de su carácter de derecho implícito: “[e]s que los ciudadanos poseen el derecho a la seguridad, que ha sido fundamentación histórica de la legitimación de los Estados contemporáneos, y que en nuestro derecho deviene con claridad del mandato constitucional al Estado de afianzar la justicia expresamente establecido en el preámbulo de la magna carta, pero además implícito en el espíritu de toda su normativa”⁸². Por un lado, se reconoce a la seguridad como un derecho y, por otro, se establece su origen en el preámbulo (aunque, en una parte distinta de la que se describió en estas líneas), y también como derecho implícito en toda la base ideológica y esencial de la Constitución argentina.

Finalmente, aparecen algunos aspectos concretos en el voto analizado, como expresión del derecho a la seguridad, pero sobre todo de la obligación que pesa sobre el Estado, al describirla como “[...] la obligación del Estado de organizar y administrar un sistema penal eficiente, y, obviamente, del legal funcionamiento del mismo. Esa obligación estatal se extiende desde la obligación de proveer de manera inmediata y urgente de jueces elegidos mediante el procedimiento constitucional, frente a una vacante; hasta la imposición establecida a la Subsecretaría de Política Criminal de realizar el constante relevamiento de criminalidad en todos los órdenes, y la proyección y ejecución eficiente –en orden a esa información– de políticas criminales”⁸³.

Como conclusión de las citas extraídas, considero apropiado decir que el derecho a la seguridad puede parecer una construcción teórica algo abstracta o conceptualizada forzosamente pero que, en realidad, posee repercusiones y derivaciones muy concretas en todo el ordenamiento jurídico y también político de una sociedad.

82 *Ibidem*.

83 *Ibidem*.

2.5. Consideraciones de la Corte Suprema sobre la cuestión

Si bien no son muy comunes ni definitivos los pronunciamientos en esta materia, existe un caso que llegó a nuestro alto tribunal que merece ser brevemente analizado. Se trata del caso del año 2004 llamado “Carlos José Díaz *v.* Provincia de Buenos Aires y Otro”⁸⁴. Este consistía en la pretensión de un particular de apellido Díaz que en su condición de ciudadano y abogado interpuso una acción de amparo con fundamento en el artículo 43 de la Constitución contra el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener un pronunciamiento que “garantice de forma efectiva su derecho a la seguridad pública y que tutele tanto su propia integridad como la de toda la población, ante los actos de violencia y la ola de secuestros a la que está expuesta toda la población [...]”⁸⁵, bandas que según se agrega estaban integradas por propios miembros de las fuerzas de seguridad. En particular, el demandante solicita, por ejemplo, que se “adopten medidas adecuadas, eficientes y urgentes para poner a las fuerzas de seguridad –y a sus miembros– en un correcto funcionamiento, bajo imperio del Estado de Derecho, es decir, se las capacite y controle [...]”⁸⁶.

Haciendo suyo el dictamen del procurador, la Corte se ocupa de precisar cuestiones de competencia y otros elementos procesales del pretendido caso. En particular, el tribunal se refiere a que tanto la provincia y la Nación no solamente deben ser parte en el pleito en sentido nominal sino también sustancial. Sobre esto, se dice que la Nación y la provincia no revisten el carácter de parte, “toda vez que el amparista no individualiza actos u omisiones en concreto que provengan del Estado Nacional o de la Provincia de Buenos Aires que lesionen arbitraria e ilegítimamente sus derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, de los cuales se derive un daño o perjuicio particular”⁸⁷, por lo que el procurador entiende que las demandadas “no son titulares de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, puesto que carecen de un interés directo en el pleito”⁸⁸. A esto agregaron respecto de la sola condición del ciudadano en la que se planta el peticionante que no resulta suficiente para autorizar la intervención de los jueces y su jurisdicción. Por lo tanto, la opinión del procurador (y que siguió la Corte) va en línea con desestimar la demanda por ser un planteo que

84 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Carlos José Díaz *v.* Provincia de Buenos Aires y Otro”. *Fallos*: 327:2512 (2004).

85 *Ibidem*.

86 *Ibidem*.

87 *Ibidem*.

88 *Ibidem*.

deviene abstracto, por lo que “la sentencia habría de tener un sentido meramente conjetural e hipotético, impropio de un fallo jurisdiccional”⁸⁹, por lo que determina que el amparista carece de legitimación sustancial para actuar y que no se constituye un caso o controversia, requisito fundamental para lograr un pronunciamiento jurisdiccional.

Sobre este fallo se puede decir que si bien en los términos que está planteado se puede ver con toda certeza cierta abstracción en la pretensión (e incluso de caso, quizás), esto no implica que se ponga en juego la existencia del DCS. El tribunal no se pronuncia sobre la existencia del derecho o no, sino sobre cuestiones de naturaleza procesal y de competencia. Habría que observar qué ocurre si la realidad jurídica en su cada vez más creciente dinamismo produce un caso más concreto y adecuadamente planteado.

3. ¿Por qué es importante sostener la existencia del derecho a la seguridad?

Indudablemente puede afirmarse que sobre la seguridad se han construido sociedades. De manera un poco aventurada, podría decirse también que es el pilar fundamental de cualquier conjunto de individuos organizados. Tanto los instrumentos internacionales como las pautas dadas en la Constitución revelan la importancia de la materia para lograr un desarrollo y florecimiento humano en paz y libertad, de manera civilizada. Ahora bien, esto no quiere decir que no se pueda hacer más para reforzar el concepto de DCS y todas sus implicancias, al respecto de sus conexiones con otros derechos. Justamente, además de dar razones que sustenten su existencia, este trabajo apunta también a incorporar en el vocabulario usual a nivel político y jurídico el concepto mismo, para jerarquizarlo e informar la problemática de no tenerlo en cuenta. La seguridad es un derecho y un bien, que el ordenamiento jurídico debe reforzar y proteger en orden a la paz. Este último apartado estará destinado a hacer un cierre y justificar teóricamente la relevancia de jerarquizar la idea de DCS.

3.1. Refuerzo político y jurídico del rol del Estado

Como se viene diciendo, la revalorización del concepto de DCS debe ser una pauta a tener en cuenta desde la dimensión jurídica y también política.

89 *Ibidem*.

Es común que no se mencione en los debates masivos por la oscuridad que intuitivamente algunos puedan pensar que esta figura jurídica tiene.

Específicamente en algunos países de Latinoamérica, por las traumáticas experiencias y vejaciones a los DD. HH. vividas en la segunda mitad del siglo XX, tomar partido por un Estado activo en materia de política criminal y de seguridad, que ataque la problemática con fuerza y de manera eficaz, puede verse como una ocasión que agrande el riesgo de abusos policiales y por parte de diversos agentes estatales. La cuestión es que el Estado no puede abdicar, desde ningún punto de vista, su rol de garante de la seguridad pública, al menos según el llamado bloque de constitucionalidad. Esto se da por dos grandes razones (además de las legales, claro está). La primera respecto de su misión en sí misma, puesto que la seguridad del Estado es constitutiva, es esencial a la entidad estatal. Y la segunda, en cuanto a qué pasaría si el Estado se desprende de su obligación en esta materia. A continuación, se razona esta cuestión.

Piénsese, en principio, qué ocurriría si el Estado renunciara a su autoridad y poder en materia de seguridad. Además de renunciar a sus principios y bases fundamentales e incurrir en una violación a sus obligaciones y deberes constitucionales, provocará una “reprivatización”⁹⁰ de la seguridad y solución de conflictos por mano propia. Esto es algo que está ocurriendo, basta observar la cantidad de medidas de seguridad privadas y otros ofendículos manejados por organizaciones vecinales claramente no estatales, ante el flagelo de la inseguridad, a pesar de seguir tributando al Estado y siendo este el responsable por antonomasia de brindar seguridad. No hay problema alguno en que los particulares se organicen de manera subsidiaria e implementen medidas privadas para la protección de sus bienes e integridad física. Lo que ocurre es que, a la vez, se denuncian inacciones estatales y problemas organizativos y de política de seguridad en cuanto a las fuerzas policiales.

Ejemplos extremos y reales de omisiones de los deberes de seguridad estatal son las situaciones en las que el narcotráfico se apodera de territorios y los gobierna, percibiendo sus mismos ciudadanos funciones análogas a las de un gobierno en dichas asociaciones ilícitas. También, en menor gravedad, los procesos de “[d]ecadencia urbana”⁹¹, surgida como producto de crímenes menores y falta de presencia estatal, social y policial.

Lo razonado no quita mérito a que puedan existir excepciones al monopolio de la violencia estatal, por si queda alguna duda. Tanto la legítima

90 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad*. Ob. cit., 93.

91 Wilson, J. y Kelling, G. (1982.). *Ventanas rotas. La policía y seguridad en los barrios*. Publicado originariamente en *The Atlantic Monthly*, Vol. 249, N° 3, 29-38. Traducción al castellano de Daniel Fridman (Universidad de Buenos Aires).

defensa como el estado de necesidad justificante⁹², o las medidas extrajudiciales en defensa de la posesión⁹³, son, por ejemplo, excepciones legales a ese principio general. Como se ha visto, el refuerzo del concepto de derecho a la seguridad y la actuación en consecuencia ayudarían a revertir procesos como los descriptos, de ahí la importancia de hacer al menos un señalamiento de la cuestión.

4. Conclusión

La problemática de la seguridad es sumamente compleja, las soluciones políticas son muy variables y no fue un objetivo de este trabajo exponerlas, sino advertir sobre la existencia legal de un DCS y la necesidad de jerarquizarlo. Se expusieron las razones que llevan a sostener tal postura y se describió la problemática tratando de abarcar la mayoría de los temas sin asignarles una profundidad excesiva.

Nuestra ley de seguridad interior define justamente “seguridad” como “[...] situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional”⁹⁴.

A título personal sostengo que es vital que, en el siglo XXI, Latinoamérica y, en especial, Argentina, puedan asignarle a la seguridad la importancia que tiene para el desarrollo humano de los ciudadanos y el sostenimiento del Estado de Derecho. La abdicación estatal en esta materia puede ser fatal en muchos casos, además de que por la naturaleza de los bienes y derechos comprometidos las consecuencias de la inacción estatal son desde todo punto de vista indeseables.

Para finalizar, me gustaría citar una frase del Barón de Montesquieu que expresa la esencia de la libertad: “[...] la libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro”⁹⁵. El desafío es poder superar obstáculos de naturaleza ideológica que frenan el desarrollo racional de una política de seguridad y lucha contra el crimen fuerte y eficaz, sin perder de vista los derechos y garantías de los sujetos involucrados. El peligro está en que, debido a su postergación sumada a una

92 Código Penal de la Nación Argentina, art. 34.

93 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 2240.

94 Ley N° 24.059, Ley de Seguridad Interior (1991), art. 2°.

95 Montesquieu, C. L. S. *El espíritu de las leyes*. Tomo I. Madrid. Editorial Sarpe, 169.

pobre situación socioeconómica, ocurra que la inseguridad avance hasta un punto de no retorno. Es tiempo de que los particulares y la dirigencia política y jurídica tengan presente al DCS. Se recuerda, el DCS es un medio, la paz y la libertad son los fines. Como suele ocurrir, los instrumentos están, solo basta aplicarlos.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (1852). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Edición virtual de la Biblioteca de la Libertad del Instituto Cato.
- Bidart Campos, G. (2010). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Buenos Aires. EDIAR, 286.
- Bodenheimer, E. *Teoría del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Carrió, A. (2019). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi.
- Constitución del Estado de New Hampshire, <https://www.nh.gov/glance/bill-of-rights.htm> (visitado por última vez el 30 de septiembre de 2021).
- Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Hamilton, A.; Madison J.; Jay, J. (1887). *El Federalista* (Traducción del Dr. Ildefonso Isla). Buenos Aires. Establecimiento Tipográfico La Pampa.
- Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>
- Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la Seguridad* (Traducción de Gemignani, Juan Carlos y Manso Porto, Teresa). Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores.
- Legarre, S. (2004). *Poder de policía y moralidad pública*. Ed. Ábaco.
- Montesquieu, C. L. S. *El espíritu de las leyes*. Madrid. Editorial Sarpe.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>
- Palazzo, E. L. (dir.) (2016). *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*. Buenos Aires. Editorial El Derecho.
- Prelot, M. y Lescuyer G. (1986). *Historia de las ideas políticas* (versión castellana de Manuel Osorio Florit). Buenos Aires. La Ley.
- Rosler, A. (2016). *Razones Públicas*. Buenos Aires. Katz editores.
- Sagüés, N. (2003). “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”. Recuperado de: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100011
- Sagüés, N. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Editorial Astrea.

- Strang L. J. (2020). *Originalism's Promise: A Natural Law Account of the American Constitution*. Oxford University Press.
- Wilson, J. y Kelling, G. (1982). *Ventanas rotas. La policía y seguridad en los barrios*. Publicado originariamente en *The Atlantic Monthly*, Vol. 249, N° 3, 29-38. Traducción al castellano de Daniel Fridman (Universidad de Buenos Aires).

LA SOBERANÍA EN CRISIS. DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN CARL SCHMITT AL ESTADO DE DATAÍSMO COMO ELEMENTO DE PODER

Yamila Eliana Juri*

Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina

Contacto: yamilajuri@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3136-4144>

Recibido: 1º de agosto de 2022

Aprobado: 12 de septiembre de 2022

Para citar este artículo:

Juri, Y. E. (2022). “La soberanía en crisis. Del estado de excepción en Carl Schmitt al estado de dataísmo como elemento de poder”.

Prudentia Iuris, N. 94, pp.225-239

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.225-239>

Resumen: El énfasis puesto en la cuestión de la soberanía como atributo del Estado atraviesa la historia de la filosofía política y el derecho; sin embargo, pocas nociones son hoy tan problemáticas como la del poder político y su valor en el Estado de Derecho. Carl Schmitt dedicó gran parte de su obra a defender el valor de la política y de la soberanía como capacidad de decidir principalmente en el estado de excepción. Las guerras mal llamadas humanitarias como el apogeo de la inteligencia artificial y el big data hacen de este tema una cuestión crucial de los debates contemporáneos. Así, este

* Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Abogada, Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina. Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Licenciada en Filosofía, Investigadora posdoctoral de CONICET. Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina, Derecho Constitucional (Universidad Maza), Derecho Político, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina.

artículo reflexiona sobre la relación entre soberanía y conceptos claves de la teoría schmittiana como estado de excepción y teología política, pero en una perspectiva que desemboca en la soberanía de los datos (big data) como punto de fuga que hoy nos atraviesa de forma inminente.

Palabras claves: Soberanía, Carl Schmitt, Dataísmo, Estado de excepción.

Sovereignty in crisis. From the state of exception in Carl Schmitt to the state of dataism as an element of power

Abstract: The emphasis placed on the question of sovereignty as an attribute of the state runs through the history of political philosophy and law, but few notions are as problematic today as that of political power and its value in the rule of law. Carl Schmitt devoted much of his work to defending the value of politics and sovereignty as the capacity to decide mainly in the state of exception. The wars wrongly called humanitarian as the heyday of artificial intelligence and big data make this topic a crucial issue of contemporary debates. Thus, this article reflects on the relationship between sovereignty and key concepts of schmittian theory such as state of exception and political theology but in a perspective that leads to the sovereignty of data (big data) as a vanishing point that today crosses us imminently.

Keywords: *Sovereignty, Carl Schmitt, Dataism, State of exception.*

Sovranità in crisi. Dallo stato di eccezione in Carl Schmitt allo stato di datità come elemento di potere

Sommario: L'enfasi sulla questione della sovranità come attributo dello Stato attraversa la storia della filosofia politica e del diritto, ma poche nozioni sono oggi così problematiche come quella del potere politico e del suo valore nello Stato di diritto. Carl Schmitt ha dedicato gran parte della sua opera alla difesa del valore della politica e della sovranità come capacità di decidere, soprattutto nello stato di eccezione. Le cosiddette guerre umanitarie e il periodo di massimo splendore dell'intelligenza artificiale e dei big data ne fanno un tema cruciale nei dibattiti contemporanei. Questo articolo riflette quindi sul rapporto tra la sovranità e i concetti chiave della teoria schmittiana, come lo stato di eccezione e la teologia politica, ma in una prospettiva che porta alla sovranità dei dati (big data) come punto di fuga ormai imminente.

Parole chiave: Sovranità, Carl Schmitt, Datismo, Stato di emergenza.

1. Introducción

En su significado tradicional, inaugurado por los primeros teóricos modernos del Estado, entre los cuales se encuentra Jean Bodin y Thomas Hobbes, la soberanía designa el poder supremo, indivisible y absoluto dentro del territorio de un Estado. En sentido amplio, la noción jurídico-política de soberanía alude al poder de mando en una sociedad política, el cual es supremo, exclusivo y no derivado. Sin embargo, la globalización, la creciente interdependencia política y económica, las repercusiones de la guerra global contra el terrorismo y los desafíos de la inteligencia artificial socavan cada vez más la reafirmación de la soberanía estatal.

De todos modos, los Estados Nación siguen invocando el principio de soberanía y lo promueven como la única defensa contra los peligros crecientes, como lo son las crisis económicas desencadenadas y otras amenazas atribuidas a la porosidad de las fronteras, las cuales, aún estando vigiladas, no todas tienen guardias humanos ni todos los guardias tienen armas. Hoy en día, un “guardia fronterizo” es tan probable que sea un algoritmo como una persona, los datos biométricos o el software de perfiles de riesgo son el “arma” de control y toma de decisiones, y la propia casa o el celular el lugar de encuentro con “la frontera”.

En este sentido, el objetivo de este trabajo es rescatar el concepto de soberanía como un atributo indispensable para el Estado, una categoría central del pensamiento jurídico-político moderno. Para ello, enraizamos esta idea con el aporte del pensamiento de Carl Schmitt (1888-1985), quien a través de su obra realizó una férrea defensa de la soberanía como el único remedio contra los males entre los que se menciona al liberalismo. La legitimidad del Estado de Derecho nunca puede encontrarse en la propia ley, sino en la decisión soberana. El interés que pone sobre el estado de excepción y la teología política buscan resaltar el valor del poder soberano, hoy puesto en cuestionamiento en distintos ámbitos y atravesado por el big data.

2. La soberanía y el estado de excepción schmittiano

En la medida en que el orden jurídico resulta de una voluntad soberana, ese orden toma su origen en un acto pre-jurídico esencialmente político, al cual llamamos decisión. La voluntad soberana “puede suspender la ciega cadena causal del caos del sistema de normas e introducir un sistema normativo con una nueva causalidad, es decir, puede decidir sobre el estado de excepción y de crisis del sistema de normas e introducir la vigencia de un orden nuevo”. Pareciera, a simple vista, más conveniente la vigencia de la

regla o de la norma, pero el soberano puede introducir un orden mayor, al tomar una decisión en un caso de excepción y es en esto donde queda, para Schmitt, totalmente recuperada la esencia de la política. La decisión es una acción del poder político que opera como constituyente, y utiliza la excepción como instancia para neutralizar la Constitución preexistente y para crear una nueva.

Schmitt centra su atención en el sujeto que tiene el poder no solo de decidir, sino también de derrotar al enemigo, es decir, el soberano. En *Teología Política* (1922), afirma que el soberano “es aquel que decide sobre la excepción”. El autor sostiene, además, que la excepción “debe entenderse como un concepto general de la teoría del Estado, y no solo como una construcción aplicada a cualquier decreto de emergencia o estado de sitio”. La excepción demuestra un punto más general sobre la naturaleza extrajurídica de la política, pues “es más interesante que la regla”, ya que “la regla no demuestra nada y la excepción lo demuestra todo”. La constitución de lo político presupone una decisión soberana que es anterior y, por tanto, superior a la norma. Es justamente esta primacía existencial de la decisión soberana sobre el amigo y el enemigo lo que constituye lo político y garantiza su unidad y primacía sobre otras esferas como la religión o la economía.

Es interesante destacar que Schmitt participa en un debate sobre la soberanía cuyo contrincante es Hans Kelsen¹. Según este último, la teoría jurídica debe desprenderse de cualquier referencia a elementos axiológicos y fácticos, convirtiéndose en una ciencia estrictamente deóntica y neutral:

“Para Kelsen, el problema de la soberanía está referido en esencia a la norma fundamental y al debate sobre cuál es su contenido. Schmitt, en los primeros dos capítulos de *Teología Política*, considera que la exclusión del problema de la soberanía que hace Kelsen es inaceptable, aduciendo la insuficiencia del normativismo como teoría y denunciando su incapacidad de explicar un fenómeno plenamente jurídico: el estado de excepción”².

En contraposición a Kelsen, Schmitt considera que el orden jurídico-político no se realiza por sí mismo, ni la mayoría de las veces en condiciones de normalidad, sino que requiere de un acto especial de decisión soberana que lo proteja y, al mismo tiempo, que lo realice. De manera que es la autoridad y no la norma quien crea y protege el derecho.

1 Sobre este punto ver Frosini, V. “Kelsen e le interpretazioni della sovranità”. En Carrino, A. (ed.). *Kelsen e il problema della sovranità*. Nápoles. Edizioni Scientifiche Italiane, 23-41.

2 Restrepo Ramos, J. C. (2013). “La teología política de Carl Schmitt. Una lectura desde su debate con Hans Kelsen”. En *Revista Derecho del Estado* n° 13, 267.

Para el jurista alemán, el estado de excepción es una realidad que no escapa de lo netamente jurídico, aunque eso no implique reducirlo a normas positivas; es aquí en el estado de excepción donde el autor encuentra un lugar de naturaleza jurídica para explicar la soberanía, de ahí que remarque que no es un estado de emergencia cualquiera previsto constitucionalmente, sino, por el contrario, “un concepto general de la teoría del Estado, relativo a la facultad por principio ilimitada que tiene un soberano para dictar la suspensión del orden vigente en su totalidad”³.

Sin entrar en los detalles del argumento de Schmitt, el problema más grave y fundamental de la ideología liberal es su normativismo, es decir, el sometimiento de la autoridad política a un conjunto de normas que se derivan mediante una jurisprudencia formalista. El naturalismo propio del positivismo tiene un paralelo en el mundo de las ideas políticas y jurídicas, reemplazándose al soberano trascendente y absoluto por la “autosoberanía” inmanente de un mundo sin Dios (democracia), donde sólo gobiernan las leyes de validez general, tanto en la naturaleza como en los asuntos humanos.

Así las cosas, la idea de decisión es reemplazada por la de norma, pues en la realidad solo existe un orden que emana de ella misma y no de una autoridad trascendente. En otras palabras, podemos concluir que la desaparición de una inteligencia infinita creadora de un orden en el universo, en favor de las leyes naturales como rectoras físicas del mundo, apareja paralelamente la desaparición de los monarcas y de la decisión jurídica, a favor de la democracia y sus leyes válidas para la generalidad. Luego de la ruptura con la tradición metafísica, “la pregunta sobre los fundamentos –respondida por la tradición a través de la afirmación de un principio incontrovertible que daría forma a lo social– dio paso en la teoría política contemporánea al cuestionamiento radical de su estatuto ontológico”⁴.

Es notable cómo Schmitt intentó de esta forma rescatar el valor de lo político partiendo de la teología en especial con el concepto vertebral de autoridad, en vistas de asegurar el poder del soberano, garante de la unidad social.

3 Schmitt, C. (2009). Ob. cit., 17.

4 Sirczuk, M. (2011). “Teología política y modernidad. Carl Schmitt y el pensamiento político posfundacional”. En *Res Publica* 25, 199.

3. La deconstrucción de la teología política schmittiana y su reflejo en el binomio soberanía-derecho internacional

Como acabamos de mencionar, Schmitt se plantea la cuestión de la soberanía en un primer momento ligada a la teología política. Por eso sentencia que “todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados”⁵. Los términos binomiales como omnipotencia divina/soberanía política, milagro/excepción, libre arbitrio divino/decisión soberana, marcan una estructura de nociones dentro de las que se plantea la cuestión de “la autonomía política con respecto a todas las demás esferas de la vida social y económica”⁶.

Hemos mostrado hasta acá que existe una relación directa entre la soberanía (en términos de teología política) y la decisión. Una definición del concepto de soberanía ha de plantearse esa pregunta de modo radical. Es decir, ha de cuestionarse qué significa el poder decidir absolutamente. El soberano está investido de poder, puede decidir absolutamente sobre cuándo se halla presente la excepción, sólo porque el poder existe en absoluto.

En este sentido, argumenta nuestro autor: “La imagen metafísica que de su mundo se forja una época determinada tiene la misma estructura que la forma de la organización política que esa época tiene por evidente. La comprobación de esa identidad constituye la sociología del concepto de la soberanía”⁷. Al legitimar los conceptos fundamentales de la filosofía política utilizando la teología, busca despolitizar el pensamiento liberal.

A contrario de esta tesis, con las democracias modernas, el interés se orienta hacia la educación y formación de la voluntad del pueblo, que es el que detenta el poder a través de diversas formas de gobierno. En este sentido, hemos elegido el término “deconstrucción”, no solo por el desarrollo de esta corriente en la doctrina de Derrida⁸, sino, en general, porque el pensamiento schmittiano va sucumbiendo en vistas a un proceso de licuamiento del concepto de soberanía. Así, la estructura binominal existente entre soberanía/derecho internacional sufre en nuestro tiempo un proceso de deconstrucción, de tal modo que se dificulta distinguir radicalmente entre

5 Schmitt, C. (2009). Ob. cit., 37.

6 Zarka, Y. (2008). “Para una crítica de toda teología política”. En *Isegoría*, N° 39, 33.

7 Schmitt, C. (2009). Ob. cit., 44.

8 Entre otros, mencionamos, Derrida, J. (1994). *Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”*. Madrid. Tecnos. Derrida, J. (2009). “Unconditionality or Sovereignty: The University at the Frontiers of Europe”. En *Oxford Literary Review* 31: 2, 115-131. Derrida, J. (2005). *Rogues: Two Essays on Reason*, trans. Pascale-Anne Brault and Michael Naas. Stanford, CA. Stanford University Press.

ambos polos, sobre todo a la hora de dirimir las jurisdicciones encargadas de hacer efectiva la protección de los derechos humanos.

“La destrucción más o menos radical de la soberanía del Estado sigue siendo conforme a la misma lógica teológico-política del Estado-nación moderno, de acuerdo con la cual la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo”⁹.

En el caso del binomio (derechos nacionales/derecho internacional), la deconstrucción parece ocurrir con un proceso de desplazamiento conceptual. Existen elementos suficientes para afirmar que este par de contrarios ha pretendido ser deconstruido, al proponer una indefinición constitutiva entre las normas nacionales y las internacionales, en particular en el ámbito de los derechos humanos. Al obrar de este modo, los jueces habrían ido formando un entendimiento más exigente que la regla de las mayorías, estimando que una democracia contemporánea no se expresa satisfactoriamente sólo mediante dicha regla, sino que debe respetar ciertos ámbitos intransgredibles, como ser el núcleo del derecho internacional de los derechos humanos¹⁰.

Este estándar previo generaría la idea del monismo jurídico: no importa cómo ni cuáles sean los derechos nacionales, siempre deben cumplir con este mínimo, que es único e igual para todos. Para entender mejor esta realidad deconstructiva, pensemos en el mecanismo del control de convencionalidad, que genera un complejo diálogo jurisdiccional¹¹, especialmente

9 Navarrete Alonso, R. (2009). “A propósito de la deconstrucción de la teología política: Carl Schmitt, Jacques Derrida y el concepto de lo político”. En *Bajo palabra. Revista de Filosofía II Época*, N° 4, 209.

10 Sobre este punto, cfr. Acosta, P. (2016). “Zombies vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. En *Estudios Constitucionales 14*, N° 1, 15-60. Aguilar, G. (2016). “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista da AJURIS*, v. 43, n. 141, 337-365.

11 Sagüés, N. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 117-136; Ferrer, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 531-622; Nogueira, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLV, n. 135, 1167-1220; Olano, H. (2016). “Teoría del control de convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, 61-94. Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: control de convencionalidad y diálogo jurisdiccional”. En *Rev. Temas Socio Jurídicos*, V. 36, N° 72, 13-37.

en el ámbito de la soberanía. Se trataría, pues, de crear puentes para ello, siendo el más importante el constitucional¹².

De forma que la deconstrucción supone una falsa superación del conflicto soberanía estatal-derecho internacional de los derechos humanos, a través de una forma de neo-normativismo, que implica, entre otras cosas, por ejemplo, el control oficial de convencionalidad, en el cual la soberanía de la polis se diluye por la obediencia a una nueva “norma general” fundada en “falsos universales”. De la decisión soberana distintiva pasamos a la *governanza* obediente por parte de regentes de un poder ecuménico con sede administrativa en los Estados nacionales. Estas corrientes buscan reconstruir los conceptos fundamentales de la política suprimiendo el remanente teológico que su significación y su uso anterior pueden comportar aún, y así ser reformulados enteramente.

4. Las guerras internacionales

Una cuestión acuciante y actual es todo lo referente a las guerras internacionales y su afectación de los derechos humanos; aquí podemos preguntarnos si las herramientas que hoy provee el derecho, tanto a nivel doméstico como internacional, nos dan un mecanismo efectivo de cálculo, anticipación y control de la violencia anómica (el terrorismo internacional, las guerras humanitarias y el accionar unilateral de los Estados poderosos occidentales, la violencia criminal, el comercio ilícito transnacional que ha aumentado en número, frecuencia e intensidad, etcétera).

En rigor, Schmitt señala que el sentido de lo político como decisión sobre quién es el enemigo, “no es belicista o militarista, ni imperialista ni pacifista. Tampoco pretende establecer como ‘ideal social’ la guerra victoriosa ni el éxito de una revolución, pues la guerra y la revolución no son nada ‘social’ ni ‘ideal’”¹³. El interés de plantear una doctrina sobre los conflictos bélicos reside, únicamente, en establecer las reglas y los puntos de vista estratégicos “para combatir el enemigo por parte de una agrupación política homogénea”¹⁴.

El profesor de Berlín se refiere, así, a las guerras que se hacen en nombre de la humanidad: en la actualidad, ésta se ha convertido en una de las más prometedoras maneras de justificar la guerra, la cual es de una intensi-

12 Torelly, M. (2017). “Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos”. En *Direito & Praxis*, vol. 8, n. 1, 321-353.

13 Schmitt, C. (1991). *El concepto de lo político*. Madrid. Alianza, 63.

14 *Ibidem*, 65.

dad gravemente inhumana, van más allá de cuestiones meramente políticas y degradan la dignidad de los habitantes considerados enemigos.

“Al Estado, en su condición de unidad esencialmente política, le es atribución inherente el *ius belli*, esto es, la posibilidad real de, llegado el caso, determinar por propia decisión quién es el enemigo y combatirlo. Los medios técnicos de combate, la organización de los ejércitos, las perspectivas de ganar la guerra no cuentan aquí mientras el pueblo unido políticamente esté dispuesto a luchar por su existencia y por su independencia, habiendo determinado por propia decisión en qué consisten su independencia y libertad”¹⁵.

Un mundo en el que se hubiese eliminado por completo la posibilidad de la guerra sería ajeno a la distinción de amigo y enemigo, y en consecuencia carente de política. Lo político no existiría sin la figura del enemigo y, obviamente, sin la posibilidad de una verdadera guerra. De ahí que “al perder al enemigo se habría perdido simplemente lo político mismo, y ese sería el horizonte de nuestro siglo tras las guerras mundiales”¹⁶. En razón de qué causa, se plantea Schmitt, se podría exigir a los hombres el sacrificio de sus vidas, o el otorgamiento de poder a ciertos hombres para matar a otros. El fenómeno de lo político sólo se deja aprehender por referencia a la posibilidad real del binomio amigo-enemigo, con independencia de las consecuencias que puedan derivarse de ello por otras valoraciones.

Sin embargo, cuántas veces somos testigos de guerras como la de Kosovo-Serbia, en las que a partir de la ambivalencia misma de los derechos humanos todo un país es reducido a cenizas¹⁷. Es en este sentido que no siempre es legítima la decisión soberana de iniciar una guerra, la cual está estrechamente vinculada con la cuestión de la soberanía, ya que se afirma con ella la primacía del Estado, único detentador del monopolio de la violencia y de la decisión, incluso sobre la determinación de quién es amigo y quién enemigo¹⁸.

Es importante reiterar que esto no implica que la política tenga como objetivo la guerra. Para Schmitt, “la guerra es el concepto límite a la sombra del cual tiene sentido la distinción amigo-enemigo y, por tanto, la política. Declarar a alguien enemigo tiene sentido si en la realidad es posible

15 *Ibidem*, 66.

16 Derrida, J. (1998). *Políticas de la Amistad*. Madrid. Trotta, 103.

17 Quien desarrolla esta idea en detalle es Hinkelammert, F. J. (1999). “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”. Recuperado de: <http://repositorio.uca.edu.sv/jspui/handle/11674/865>.

18 Cfr. Tripolone, G. (2015). “La relación entre derecho, técnica y guerra en el pensamiento de Carl Schmitt”. En *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n° 65, 100.

realizar una contienda armada contra él y, si es el caso, matarle”¹⁹. Schmitt se da cuenta, en el análisis de las circunstancias que vivió después de las dos guerras mundiales, de que el concepto de paz que se ha intentado mantener desde entonces no es más que una máscara política (el caso de la guerra fría) que intenta desfigurar la diferencia entre guerra y paz²⁰. Plantea esta cuestión desde la problemática definición de la paz. ¿Cómo es posible una paz entre Estados soberanos que reivindican un mismo derecho a través de la guerra? Porque, en definitiva: “[...] el Estado sólo es realmente él mismo si dispone del derecho de vida y de muerte. Es lo que le da su dimensión existencial. Y todo existencialismo político se nutre de esta convicción”²¹.

Según el autor, la naturaleza de la paz no se reduce a que un cañón no dispare o que se pronuncien discursos políticos, tampoco depende de cuántos tratados de paz se firmen, ya que la experiencia nos ha llevado a entender que no se trata de eso, se requiere en cambio, contar con un nuevo orden de las cosas que está en manos principalmente de un sujeto y este es el que tiene el monopolio de la decisión política²².

Justamente para el tema de la paz y la guerra es insuficiente el normativismo, quizás esta es la razón por la cual Schmitt retoma los planteamientos hobbesianos, para afirmar la relación entre el derecho y la política, la decisión y la guerra, cuestiones que parecieran para tales teorías simplemente extrajurídicas. Para el profesor alemán, el gran problema es la relación entre guerra, derecho y Estado, o en términos equivalentes, entre lo político y el derecho: “[...] ¿cómo podría mantenerse viva una reflexión sobre la distinción entre amigo y enemigo en una época que produce medios nucleares de aniquilación y desdibuja al mismo tiempo la distinción entre guerra y paz?”²³. Este problema tan acuciante para el autor, consideramos que hoy sigue siendo de suma actualidad, no solo por la falta de lineamientos claros sobre quién es amigo y enemigo, sino por la influencia cada vez mayor en cuestiones vinculadas a la soberanía, de la inteligencia artificial y el uso de algoritmos para controlar a los individuos y las políticas públicas.

19 Herrero López, M. (2007). *El nomos de lo político, la filosofía política de Carl Schmitt*. Pamplona. EUNSA, 237.

20 Cfr. ibídem, 252.

21 Zarka, Y. (Coord.) (2010). *Carl Schmitt o el mito de lo político. Seguido de un texto de Carl Schmitt “La teoría política del mito”* (E. Consigli, trad.). Buenos Aires. Nueva visión, 17.

22 Cfr. Schmitt, C. (1994). “Inter pacem et bellum nihil medium”. En Schmitt, *L’Unità del mondo ed altri saggi*. Roma. Pellicani Editor, 195 y sigs.

23 Schmitt, C. (1991). Ob. cit., 65.

5. Hacia una soberanía de los datos

Como si la problemática de la guerra fuera poca, nos encontramos ante otra encrucijada, que queremos dejar planteada en este último punto, y que se relaciona con la privatización de la conquista del cosmos “virtual”. No imaginó Carl Schmitt que, en el siglo XXI, asistiríamos a la lucha por conquistar los espacios virtuales, una carrera en la cual hoy estamos inmersos, consistente en el desarrollo del big data y las vinculaciones con la inteligencia artificial, dentro de un contexto atravesado por diversas crisis, tanto económica, como cultural y climática, “todo un cambio que implicará nuevos desafíos a las soberanías estatales e impulsos para nuevos *nomos* de la tierra posibles”²⁴.

Como sostiene Bratton, “las plataformas no son solo arquitecturas técnicas, son también formas institucionales”²⁵. Si nos detenemos en las funciones propias de los órganos de gobierno, podemos preguntarnos hasta dónde irá a llegar el reemplazo de una plataforma vinculada a una nube o mecanismos de inteligencia artificial por una persona humana, lo vemos a diario y sobre todo con los hechos sucedidos por la pandemia, que el Estado incorpora cada vez más sistemas basados en algoritmos para cuestiones de orden público. Por eso el aumento exponencial del uso de estas plataformas ha causado un replanteamiento de los problemas que conlleva la soberanía y la detentación del poder estatal.

Borovinsky plantea una serie de conflictos concretos que pueden ser estudiados desde esta perspectiva de análisis, impactando sobre diversas formas de la soberanía. Así, menciona el conflicto entre la República Popular China y Google; las revueltas iraníes y la primavera árabe, donde las redes sociales jugaron un rol fundamental²⁶. Este desplazamiento constante por parte de las plataformas, o bien esta competición entre el hombre y la máquina, lleva a sesgos de discriminación o peligros en materia de soberanía que deberían analizarse con mayor detenimiento.

6. Conclusión

Las ideas que acabamos de exponer describen la problemática que atraviesa el concepto de soberanía estatal, pero es importante destacar que

24 Borovinsky, T. (2022). “¿Hacia un nuevo *nomos* de la Tierra? Soberanía y disrupción a la luz de Carl Schmitt”. En *Anacronismo e Irrupción* 12 (22), 45.

25 Bratton, B. (2014). “The Black Stack”. En *e-flux journal* 53. Recuperado de: <https://www.e-flux.com/journal/53/59883/the-black-stack/>.

26 Cfr. Borovinsky, T. Ob. cit., 50.

no implican las mismas que los Estados no sean ya actores soberanos, sino que existen signos patentes de una tendencia a que desaparezcan los vínculos entre soberanía y Estado, es decir, que el poder político se ha traspasado a otros focos de poder.

Este licuamiento, o bien, como hemos querido llamar “deconstrucción de la soberanía”, con su consecuyente intromisión cada vez mayor de las organizaciones supranacionales, sumado al uso indiscriminado de las tecnologías de la información, que no cuentan con una regulación coherente y armónica a la altura de los cambios que estamos atravesando, nos hace concluir la importancia de volver la mirada y el interés sobre las tesis schmittianas que a través de la excepción, la teología política y las cuestiones vinculadas a la guerra buscaron defender el atributo central de la filosofía política a lo largo de los tiempos, esto es la soberanía.

El pensamiento de Schmitt nos hace vislumbrar lo siguiente: para que una situación excepcional caracterizada por suspender el orden jurídico vigente llegue a su fin se precisa de la decisión soberana, la cual es, a su vez, criterio para medir el derecho y la normalidad; de manera que son inescindibles, “la figura del soberano adquiere su valor de la realización de esa acción y no existe separada de ella, por tanto, está en estrecha relación con el orden concreto que pretende crear”²⁷.

Para el pensamiento de nuestro autor prevalece lo político sobre lo jurídico, pero también la normalidad sobre la excepción; no se opone a que la norma obligue a los ciudadanos, pero esto se da en vigencia de la regla o en estado de normalidad, y por eso la validez de esa norma está dada por alguien que toma la decisión, sobre todo cuando la excepción entra en escena, así este decisionismo es quien revela claramente la naturaleza de la soberanía²⁸. El soberano como autoridad suprema constituye el único centro de imputación (parafraseando a Kelsen) capaz de decidir sobre la guerra y los medios de paz, a fin de garantizar la seguridad de todos los miembros de una comunidad, sin necesidad de someterse a ninguna opinión científica, ya que es propio de la praxis prudencial de la política.

Los cambios de perspectiva que hemos querido mostrar se vinculan con una república y soberanía del pueblo atravesada por el big data o el gobierno de la inteligencia artificial. La decisión, especialmente referida a la excepción, es decisión en sentido eminente²⁹, pero ¿quién decide en caso de extrema necesidad sobre la protección del interés público, la seguridad y la salud pública? ¿Cómo se resolverán las guerras y quién se considera amigo y

27 Herrero López, M. Ob. cit., 256.

28 Cfr. Bertelloni, F. Ob. cit., 27.

29 Cfr. Schmitt, C. *Teología Política*. Ob. cit., 13.

enemigo? Los algoritmos inteligentes, ¿estarán comandando las decisiones estatales? Aquí reside la cuestión de la autoridad, porque en el pensamiento schmittiano no hay política alguna sin autoridad, ni ninguna autoridad sin la capacidad de decidir sobre el estado de excepción, la cual reside en un sujeto investido para tal fin.

El dilema al cual nos enfrentamos actualmente es quién decidirá ante situaciones en las cuales estén implicadas nuevas tecnologías, ¿serán, acaso, los algoritmos los nuevos “Leviatanes” que gobernarán la aldea global? El pensamiento de Carl Schmitt siempre arroja luces incluso para estos desafíos que nos depara la pospandemia.

Referencias bibliográficas

- Acosta, P. (2016). “Zombies vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. En *Estudios Constitucionales* 14, N° 1, 15-60.
- Aguilar, G. (2016). “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista da AJURIS*, v. 43, n. 141, 337-365.
- Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: control de convencionalidad y diálogo jurisdiccional”. En *Rev. Temas Socio Jurídicos*, V. 36, N° 72, 13-37.
- Bertelloni, F. (2018). “Estructuras formales en la operatividad de una soberanía absoluta”. En *Ideas 8, Revista de filosofía moderna y contemporánea*, 15-35.
- Borovinsky, T. (2022). “¿Hacia un nuevo *nomos* de la Tierra? Soberanía y disrupción a la luz de Carl Schmitt”. En *Anacronismo e Irrupción* 12 (22), 32-57.
- Bratton, B. (2014). “The Black Stack”. En *e-flux journal* 53. Recuperado de: <https://www.e-flux.com/journal/53/59883/the-black-stack/>
- Derrida, J. (1998). *Políticas de la Amistad*. Madrid. Trotta.
- Ferrer, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 531-622.
- Frosini, V. “Kelsen e le interpretazioni della sovranità”. En Carrino, A. (ed.). *Kelsen e il problema della sovranità*. Nápoles. Edizioni Scientifiche Italiane, 23-41.
- Herrero López, M. (2007). *El nomos de lo político, la filosofía política de Carl Schmitt*. Pamplona. Eunsa.
- Hinkelammert, F. (1999). “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”. Recuperado de: <http://repositorio.uca.edu.sv/jspui/handle/11674/865>
- Navarrete Alonso, R. (2009). “A propósito de la deconstrucción de la teología política: Carl Schmitt, Jacques Derrida y el concepto de lo político”. En *Bajo palabra*. Revista de Filosofía, II Época, N° 4, 201-210.
- Nogueira, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLV, n. 135, 1167-1220.

- Olano, H. (2016). "Teoría del control de convencionalidad". En *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, 61-94.
- Restrepo Ramos, J. C. (2013). "La teología política de Carl Schmitt. Una lectura desde su debate con Hans Kelsen". En *Revista Derecho del Estado*, n° 13, 259-296.
- Ruiz Gutiérrez, A. (2016). *Derecho y violencia: de la teología política a la biopolítica*. Medellín. UPB.
- Sagüés, N. (2010). "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". En *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 117-136.
- Schmitt, C. (1991). *El concepto de lo político*. Madrid. Alianza.
- Schmitt, C. (1994). "Inter pacem et bellum nihil medium". En Schmitt, *L'Unità del mondo ed altri saggi*. Roma. Pellicani Editor.
- Schmitt, C. (2009). *Teología Política*. Trotta. Madrid.
- Sirczuk, M. (2011). "Teología política y modernidad. Carl Schmitt y el pensamiento político posfundacional". En *Res publica* 25, 199-213.
- Torelly, M. (2017). "Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos". En *Direito & Praxis*, vol. 8, n. 1, 321- 353.
- Tripolone, G. (2015). "La relación entre derecho, técnica y guerra en el pensamiento de Carl Schmitt". En *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n° 65, 93-105.
- Zarka, Y. (2008). "Para una crítica de toda teología política". En *Isegoría*, N° 39, 27-47.
- Zarka, Y. (Coord.) (2010). *Carl Schmitt o el mito de lo político. Seguido de un texto de Carl Schmitt "La teoría política del mito"*. (E. Consigli, trad.). Buenos Aires. Nueva visión.

**LA HISTORIA INTERMINABLE DE
DIGNITATIS HUMANAЕ.
UNA DISCUSIÓN DE LA CONTROVERSIA ENTRE
THOMAS PINK Y JOHN FINNIS***

Cristóbal Orrego Sánchez

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile

Contacto: corregos@uc.cl

Recibido: 7 de julio de 2022

Aprobado: 16 de octubre de 2022

Para citar este artículo:

Orrego Sánchez, C. (2022). “La historia interminable de *Dignitatis humanae*. Una discusión de la controversia entre Thomas Pink y John Finnis”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp.241-270

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.241-270>

Resumen: Thomas Pink ha sostenido una interpretación muy restrictiva del derecho a la libertad religiosa en *Dignitatis humanae*, a saber, que el Estado no es competente para coaccionar a abrazar o mantener la fe o a retornar a ella, pero que la Iglesia sí lo es respecto de los bautizados y que puede pedir o dar licencia a los gobernantes católicos para que ejerzan en ayuda de la Iglesia su jurisdicción. Esta tesis implica que el derecho a la libertad religiosa no es uniforme, dependiendo solo de la dignidad de la persona

* Este artículo forma parte del proyecto de investigación Natural Law Theories in Conflict, sobre algunas controversias recientes en torno a las teorías de la ley natural, patrocinado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo del Estado de Chile (ANID), dentro del programa del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico: Proyecto ANID/Fondecyt Regular N° 1181573.

humana, sino que es variable dependiendo de la jurisdicción (Estado o Iglesia) que ejerza la coacción. Este artículo analiza la respuesta de John Finnis a Pink, donde Finnis amplía algo más el alcance de la inmunidad de coacción, y concede que hay variadas formas de coacción indirecta o no intentada que son lícitas por parte del Estado y que no son propiamente “coacción” por parte de la Iglesia.

Palabras clave: Filosofía del derecho, Libertad religiosa, *Dignitatis humanae*, Iglesia y Estado.

The never ending story of *Dignitatis humanae*.
A discussion of the controversy between Thomas Pink and John Finnis

Abstract: Thomas Pink has upheld a very restrictive interpretation of the right to religious freedom in *Dignitatis Humanae*, namely, that the State is not competent to coerce one to embrace or maintain the faith or to return to it, but that the Church is competent with respect to baptized and that she can request or give permission to Catholic rulers to exercise their jurisdiction in aid of the Church. This thesis implies that the right to religious freedom is not uniform, as if it were dependent only on the dignity of the human person, but that it is variable depending on the jurisdiction (State or Church) that exercises coercion. This article reviews John Finnis's response to Pink and shows that, while Finnis broadens the scope of immunity from coercion somewhat further, he finally concedes that there are various forms of indirect or unintended coercion that are lawful if exercised by the state, and that are not properly speaking "coercion" on the part of the Church.

Keywords: *Jurisprudence, Religious freedom, Dignitatis humanae, Church and State.*

La storia infinita di *Dignitatis Humanae*.
Una discussione sulla controversia tra Thomas Pink e John Finnis

Sommario: Thomas Pink ha sostenuto un'interpretazione molto restrittiva del diritto alla libertà religiosa nella *Dignitatis Humanae*, vale a dire che lo Stato non è competente a costringere uno ad abbracciare o mantenere la fede o a ritornarvi, ma che la Chiesa è competente riguardo a battezzato e che può chiedere o dare il permesso ai governanti cattolici di esercitare la loro giurisdizione in aiuto della Chiesa. Questa tesi implica che il diritto alla libertà religiosa non è uniforme, dipendente solo dalla dignità della persona umana, ma che è variabile a seconda della giurisdizione (Stato o Chiesa) che esercita la coercizione. Questo articolo esamina la risposta di John Finnis a Pink e mostra che, mentre Finnis amplia ulteriormente la portata dell'immunità dalla coercizione, alla fine ammette che esistono varie forme di coercizione indiretta o non intenzionale che sono lecite dallo Stato e che non sono propriamente "coercizione" da parte della Chiesa.

Parole chiave: Filosofía del diritto, Libertà religiosa, *Dignitatis humanae*, Chiesa e Stato.

1. La perenne actualidad (y ambigüedad) de *Dignitatis humanae*

La Declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II (*DH*) no pierde actualidad, como muestra la multiplicación de estudios históricos cada día más detallados y de propuestas de interpretación cada vez más dispares. Esta situación se debe en parte, en nuestra opinión, a que se trata de una enseñanza autoritativa de la Iglesia católica sobre el sentido y alcance de la ley natural, en la medida en que la libertad religiosa se conceptualiza como un derecho natural¹, con todo lo que eso implica para la acción de los católicos en el ámbito político y de la Iglesia en su relación con los Estados y con otras religiones. No obstante, si la enseñanza fuese inequívoca y completa, habría probablemente muchos estudios, pero no tal dispersión de opiniones, como no la hay sobre, por ejemplo, la prohibición de la anticoncepción en *Humanae vitae*: hay disenso y oposición, pero unanimidad hermenéutica acerca de cuál es la posición real de la Iglesia sobre la materia (de ahí las presiones para que cambie su doctrina). La enseñanza sobre la libertad religiosa es, en cambio, por diseño y explícitamente *incompleta*, porque se presentó como un desarrollo solo de las enseñanzas pontificias precedentes sobre los derechos de la persona humana, aunque en continuidad y no contradicción con otras enseñanzas tradicionales. Además, la Declaración es *equivoca* porque, también expresamente, dejó para estudios teológicos posteriores la forma como se debía armonizar la nueva enseñanza sobre la libertad religiosa con la enseñanza tradicional sobre esos otros temas, no expresamente tocados, sino, a lo más, mencionados, como los deberes de la sociedad respecto de la única religión verdadera (*DH* 1), el deber de la autoridad pública de no permitir –a lo más, tolerar prudentemente– la difusión de religiones falsas (se asume que la autoridad sabe cuál es la verdadera y la reconoce), etcétera.

En ese contexto hermenéutico, que sería inútil reproducir, surge la novedosa propuesta del profesor Thomas Pink (*King's College*, Londres). La

1 Aunque la Declaración no usa esta terminología, su significado es claro en ella misma y en el Magisterio posterior: “[...] el derecho a la libertad religiosa está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana, tal como se la conoce por la palabra revelada de Dios y por la misma razón natural” (*Dignitatis humanae*, n. 2, énfasis añadido); “[...] este derecho se funda en la naturaleza misma de la persona humana” (*Catecismo de la Iglesia católica*, n. 2106); es “un derecho natural de la persona humana a la libertad civil” (*ibídem*, n. 2108).

tesis de Pink ha recibido respuestas, entre otros, de Martin Rhonheimer² y de John Finnis. Este último, en particular, estima que el trabajo de Pink “ha dado recientemente una tonalidad y un ímpetu nuevos” a la siguiente “*quaestio* académica”: “¿Cuál es el contenido histórico y presente de la enseñanza católica sobre el derecho a la libertad religiosa, esto es, a la inmunidad de coacción ‘en materias religiosas?’”³.

Nosotros no queremos terciar en una compleja, detallada, a veces intrincada discusión. Nuestro propósito es analizar la respuesta de John Finnis, porque en ella descubrimos una sorprendente propuesta *restrictiva* del derecho natural a la libertad religiosa, no tan lejana de la del mismo Pink y decididamente más coherente con la enseñanza que emerge en el *Catecismo de la Iglesia católica* ya desde 1992.

Con este modesto objeto, primero sintetizamos la propuesta de Pink (§ 2) y presentamos la respuesta general de Finnis (§ 3), para terminar sacando algunas conclusiones a partir del análisis de dicha respuesta, conclusiones que resultan sorprendentes y que lo acercan a la corriente más restrictiva del derecho a la libertad religiosa, considerado en su objeto preciso (§ 4).

Debemos advertir, sin embargo, que la ambigüedad está presente en el texto mismo de la Declaración, por lo que la defensa de una interpretación como la mejor o la correcta no se basa solo en *Dignitatis humanae*, sino en una visión sobre la autoridad docente de la Iglesia, el valor de la Tradición Apostólica y el sentido de otras fuentes del Magisterio de la Iglesia.

2. La interpretación de Thomas Pink: el poder coactivo de la Iglesia

Desde el año 2008 hasta el presente, Thomas Pink ha propuesto, en diversos seminarios y, finalmente, en una serie de artículos académicos⁴, una interpretación restrictiva del derecho a la libertad religiosa, que se articula sobre la base de las siguientes tesis⁵.

2 Sobre el intercambio Pink-Rhonheimer, véase, sobre todo, Rhonheimer, M. (2011). “Benedict XVI’s ‘Hermeneutic of Reform’ and Religious Freedom”. En *Nova et Vetera*. English Edition, Vol. 9, No. 4, 1029-54, y la respuesta de Pink, T. (2013). “The Interpretation of *Dignitatis Humanae*: A Reply to Martin Rhonheimer”. En *Nova et Vetera*. English Edition, Vol. 11, No. 1, 77-121. Nosotros no nos detendremos en este debate.

3 Finnis, J. (2013). “Reflections and Responses”. En J. Keown y Robert P. George (Ed.). *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis* (459-584). Oxford University Press, 566.

4 Los artículos son más de los que consideramos aquí, donde nos concentramos en la respuesta de Finnis.

5 Aquí seguimos la ordenación de las tesis propuesta por John Finnis, puesto que, como hemos dicho, este artículo se centra en destacar el giro restrictivo sorprendente que

A. El derecho a la libertad religiosa como “libertad normativa” se basa en “una libertad metafísica” entendida como “poder de control sobre la creencia y la conducta”⁶. La amenaza de sanción —la coacción *para creer*— no niega esta libertad, sino que se basa en ella: ayuda a comprometer la atención hacia un argumento o testimonio que ha sido ignorado voluntaria y culpablemente, de manera que, “al forzar la atención hacia el mensaje y sus fundamentos, se presiona a aquellos sujetos a la autoridad a creerlo”⁷, tal como hace hoy el Estado liberal también en relación con sus propias creencias⁸.

B. La Declaración “implica un modelo de libertad religiosa centrado en la jurisdicción más que *solamente* centrado en la persona”⁹. Según el modelo centrado en la persona, “el derecho a no ser coaccionado en materia religiosa [*religiously*] es uniforme en relación con todas las clases de autoridad”, es decir, con respecto a la Iglesia y al Estado, porque ese derecho “está basado directamente, sin la intervención de ninguna consideración jurídica, en el carácter y la dignidad de la persona humana”¹⁰. Desde una perspectiva “centrada en la jurisdicción”, en cambio, este derecho “a no ser coaccionado en materias de religión” implica ciertamente un “reconocimiento de la dignidad de la persona”, pero “el reconocimiento debido es variable, y depende de qué clase de autoridad jurídica está detrás de la coacción, y también de si la persona cae o no bajo la jurisdicción de esa autoridad”¹¹. Con esta distinción, sostiene Pink que la doctrina de *DH* no se refiere a la “jurisdicción coactiva” de la Iglesia, sino a la del Estado y otras instituciones civiles semejantes¹². El poder político y cualquier “potestad humana” (*DH 2*) no poseen “autoridad coactiva” en materia religiosa sobre ninguna persona. La Iglesia, por el contrario, posee la autoridad de “coaccionar” tanto para creer como

el mismo Finnis ofrece en su intento de rechazar la interpretación aún más restrictiva de Pink.

6 Pink, T. (2013). “The Right to Religious Liberty and the Coercion of Belief: A Note on Dignitatis Humanae”. En J. Keown y Robert P. George (Ed.). *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis* (427-442). Oxford University Press, 438. Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 566.

7 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 440; Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 568.

8 Cfr. *ibídem*.

9 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 438, énfasis añadido; Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 566.

10 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 438; Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 566.

11 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 438; Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 566.

12 Cfr. Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 437.

para practicar la religión, una autoridad que recae directamente solo en los bautizados. Esta diferencia no se basa en la dignidad de la persona, ni en su naturaleza, sino en la diferencia de los fines (temporal y espiritual) y de las respectivas jurisdicciones del Estado y de la Iglesia¹³.

C. La represión religiosa en los “Estados católicos” fue una “política eclesiástica”, que se basaba en esa autoridad coactiva que *siempre fue de la Iglesia y nunca del Estado*¹⁴. La Iglesia exigía a los gobernantes católicos o les daba licencia para que usaran la coacción estatal al servicio del ejercicio de la jurisdicción coactiva de la Iglesia sobre los herejes y los apóstatas¹⁵. Lo que ha sido abandonado –ya desde antes del Concilio Vaticano II– ha sido la *política eclesiástica*, que “no es probable que vaya a cambiar pronto”¹⁶; pero no “la doctrina sobre la autoridad coactiva” de la Iglesia sobre los bautizados.

D. *Dignitatis humanae*, que expresamente no se refiere a la libertad religiosa *ad intra*, dentro de la Iglesia, “garantiza la doctrina tradicional sobre la autoridad de la Iglesia para dirigir y coaccionar, sin decirnos cuál es esa doctrina”¹⁷; pero es una autoridad realmente coactiva, que puede imponer Ella misma mediante penas incluso temporales; una autoridad que legítimamente ha ejercido y que podría ejercer en el futuro para exigir a los líderes políticos católicos que usaran la coacción estatal –no obstante la falta de autoridad del Estado en cuanto tal sobre esas materias– como instrumento de la autoridad coactiva de la Iglesia¹⁸.

E. Uno de los argumentos de Pink es que la Iglesia ha afirmado su “autoridad para dirigir la práctica y la creencia religiosa, y para imponer sus directivas *mediante amenazas de castigo*”¹⁹; que Ella ha declarado esa verdad *de fide*, de modo irreversible (dogmático, infalible), en el Concilio de Trento, al condenar la tesis contraria de Erasmo de Rotterdam, y que, en fin, ha recogido esa doctrina en el derecho canónico hasta el presente. Esta autoridad coactiva podría imponerse incluso sobre los bautizados

13 Cfr. Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 438-441.

14 Cfr. Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 441.

15 Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 566; Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 427 y 437.

16 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 437.

17 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 438.

18 Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 566; Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 437-438.

19 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 427.

“que nunca adoptaron” la fe “mediante un acto de compromiso personal, maduro”²⁰.

Sobre esta tesis es menester detenerse un poco más, porque una definición dogmática, rectamente entendida, sería una objeción insuperable a cualquier desarrollo doctrinal –o a cualquier hermenéutica de dicho desarrollo– que pretendiera negarla.

Trento anatematiza, en el canon 14 del *Decreto sobre el Bautismo*:

“Can. 14. Si alguno dijere que tales párvulos bautizados han de ser interrogados cuando hubieren crecido, si quieren ratificar lo que al ser bautizados prometieron en su nombre los padrinos, y si respondieren que no quieren, han de ser dejados a su arbitrio y que no debe entretanto obligárseles por ninguna otra pena a la vida cristiana, sino que se les aparte de la recepción de la Eucaristía y de los otros sacramentos, hasta que se arrepientan, sea anatema”²¹.

De aquí deduce Pink que, por su jurisdicción sobre los bautizados –aun los bautizados sin un acto suyo personal–, la Iglesia posee “el derecho y la autoridad de imponer coactivamente mediante penas [*punitively to enforce*] las obligaciones bautismales de fidelidad”²². Los teólogos y canonistas entendieron ese derecho, mucho antes de Trento, como “un derecho a coaccionar no solo la práctica pública, sino también el creer [*belief*], pues existe una obligación bautismal fundamental respecto de la fe”²³.

El derecho canónico, por su parte, establece hasta el presente lo siguiente, en el canon 1311 del Código de Derecho Canónico de 1983: “La Iglesia tiene derecho originario y propio a castigar con sanciones penales a los fieles que cometen delitos”²⁴. Estas sanciones pueden ser “penas expiatorias, que priven a un fiel de algún bien espiritual o *temporal*”²⁵. La herejía (canon 751), aparte de la apostasía y el cisma, está entre los delitos que, cuando los comete un clérigo, pueden ser castigados incluso con penas temporales “como la restricción de movimientos y la pérdida del oficio o privilegio (ver cánones 1364 y 1336)”²⁶.

20 En expresión de Finnis: cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 566.

21 Concilio de Trento. “Decreto sobre el Bautismo”, canon 14, *Denzinger* n. 870. En Denzinger, E. (1963). *El Magisterio de la Iglesia*. 31ª ed. alemana (1958). Barcelona. Herder.

22 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 428.

23 *Ibidem*.

24 CIC 1983, c. 1311.

25 CIC 1983, c. 1312, § 2.

26 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 429.

En consecuencia, las “barreras a la coacción religiosa”, siempre enseñadas por la Iglesia, “no eran absolutas y uniformes”²⁷. El derecho a no ser coaccionado en materia religiosa no se refiere por igual a la autoridad de la Iglesia y a la del Estado. En relación con el Estado, todos poseen un derecho natural a no ser coaccionados en materia religiosa, como hemos visto; pero, en relación con la Iglesia, los no bautizados, por no tener ninguna obligación de fidelidad a la Iglesia, “nunca podrían ser en justicia coaccionados a la práctica o la creencia católicas”²⁸. En cambio, “los bautizados sí poseen esas obligaciones; y por eso, una vez adecuadamente instruidos, pueden ser amenazados con castigos para coaccionarlos a la fe, si su increencia se expresara alguna vez”²⁹. Según Pink, la condena *de fide* de la tesis erasmiana en Trento respalda “la seriedad con que la Iglesia quiere realmente decir lo que dice en las formulaciones de su propio derecho canónico”³⁰, que usan lenguaje claramente punitivo y coactivo referido a las amenazas de sanciones para compeler a los fieles a permanecer en la fe y a los herejes a retornar a ella.

En definitiva, el carácter parcial de *Dignitatis humanae* se concentra en la *inmunidad de coacción* de todas las personas respecto de cualquier autoridad o poder humano (solo respecto de autoridades humanas, no de la autoridad sobrenatural de la Iglesia); y no solo deja intacta la doctrina tradicional católica sobre los deberes de los individuos y de las sociedades respecto de la Iglesia (*DH* 1), sino que tampoco “repudia o contradice de ninguna manera la enseñanza [...] que consistentemente aprobó tal coacción, si es ejercida bajo su autoridad”³¹. La Declaración conciliar, según Pink, “*elude muy cuidadosamente* la cuestión de la autoridad coactiva propia de la Iglesia, y de la legitimidad de la coacción religiosa pasada aplicada bajo dicha autoridad”³²; pero no la niega o contradice.

Aunque Pink ha presentado sus argumentos en otros escritos, pensamos que esta síntesis es suficiente para comprender sus tesis y sus principales fundamentos. Son argumentos detallados y plausibles; pero no nos detendremos en todos los detalles porque, en este ensayo, pretendemos más

27 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 428.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*. La nota 5 en esta página se remite, además, al Concilio de Toledo del 633, el cual, a la vez que *prohíbe* coaccionar a los infieles, “exige que, cuando sea necesario, el acto de fe sea impuesto coactivamente a los bautizados”. Asimismo, se remite a la distinción entre fieles e infieles en Tomás de Aquino. *Suma Teológica* II-II, q. 10, a. 8, y a algunos autores posteriores a Trento hasta el siglo XX (acotemos que, en realidad, el Aquinate distingue entre infieles que nunca han abrazado la fe e infieles que son tales por haberse apartado de ella por la herejía o la apostasía).

30 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 430.

31 Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 437.

32 *Ibidem*.

bien aprender una lección de la respuesta de Finnis, a la que enseguida nos abocamos.

3. La respuesta de John Finnis

John Finnis ofrece una detallada contestación a las tesis y a los argumentos de Thomas Pink. No es nuestra intención entrar en la controversia minuciosamente, aunque algo habremos de decir. Nos parece interesante destacar, más bien, que la misma respuesta de Finnis contiene una comprensión restrictiva del derecho natural a la libertad religiosa, en una aproximación que más bien se acerca a Pink y que está más en armonía con el carácter *no uniforme* (i.e., sujeto a consideraciones prudenciales de tiempo, lugar y personas) de este derecho en el *Catecismo de la Iglesia católica*³³.

Exponemos las respuestas en el orden que sigue Finnis.

3.1. Sobre la tesis A –que el fundamento de la libertad religiosa está en la libertad metafísica, que no es negada, sino reforzada, mediante la coacción para creer–, Finnis acepta que esa libertad es una premisa como condición necesaria, pero no suficiente: hace falta además alguna premisa normativa (ningún deber se sigue de un mero hecho)³⁴. Esta premisa normativa es un bien humano: “el bien básico de la religión”, entendido como búsqueda personal y adhesión a la verdad sobre Dios y como compromiso con Dios mismo, objeto y garante de esas verdades, tal como uno pueda conocerlo³⁵.

Según Finnis, este bien requiere una autenticidad incompatible con la coacción, venga esta del Estado o de la Iglesia³⁶. El proyecto que, según Pink, consiste “precisamente” en “infligir un castigo *para* provocar el acto de creer cristiano (aunque sea mediante la atención ‘forzada’ a la evidencia)”³⁷ fue “vigorosamente rechazado por Tomás de Aquino” y por el Magisterio de la Iglesia posterior³⁸. Ahora bien, el punto de Finnis es muy refinado y, en buena medida, refleja su propia teoría sobre la distinción entre lo intentado y lo colateral en la acción humana, también fina en la forma como Finnis la

33 Véase sección 4 y final de este artículo.

34 Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 567. Véase esta posición sobre la relación ser-deber ser en Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Oxford University Press, 33-48, y Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 86-94.

35 Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 568, con remisiones a otras obras suyas.

36 Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 567-568.

37 Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 568, énfasis añadido.

38 *Ibidem*.

traza³⁹. Tomás de Aquino acepta el castigo de los herejes porque “han roto su promesa”⁴⁰, pero “no hay rastro de un *propósito punitivo de inducir a creer*”⁴¹. El mismo Doctor Angélico acepta que “nadie debe ser compelido mediante castigo para que venga a la fe”⁴²; pero “el sufrimiento (*vexatio*) del castigo, como el de las inundaciones y otras penalidades o azotes semejantes, bien puede tener el efecto de inducir a comprender el mensaje de la fe”⁴³.

“El raciocinio central de *Dignitatis humanae* [...] de hecho sí que ‘impugna la coacción religiosa en cuanto tal’ (contra la tesis B)”⁴⁴. Y esto porque se rechaza cualquier *propósito de inducir a creer* (a los herejes tanto como a los infieles) mediante penas o coacción, puesto que “se llama la atención sobre un posible efecto colateral bienvenido [*potential welcome side effect*] de castigos impuestos *con otros propósitos*”⁴⁵.

La conclusión de Finnis es lo que más interesa para nuestra reflexión: Pink estaría tomando “un efecto colateral *legítimamente bienvenido*”⁴⁶ y proponiéndolo, en cambio, “como un *propósito* legítimo”⁴⁷.

La distinción es relevante, en nuestra opinión, porque los efectos colaterales buenos *legítimamente bienvenidos* de las políticas públicas (de la legislación, el gobierno, etc.) también han de entrar como factores importantes en la deliberación de un gobernante católico que siga *Dignitatis humanae*, según la interpretación de Finnis (no de Pink). Así que ese gobernante podría y hasta debería favorecer la reflexión de los ciudadanos o de algunos de ellos acerca de la verdadera fe, con el posible buen efecto colateral de que muchos la aceptaran a la luz de los argumentos.

Este tipo de acción política está ciertamente muy lejos de la interpretación liberal y neutral de la libertad religiosa y de la hermenéutica de la ruptura del Concilio Vaticano II con el Magisterio precedente, compartida

39 Véase, sobre la distinción entre intentado/colateral, entre muchos lugares, Finnis, J. (2011). *Natural Law...* Ob. cit., 33-48, y Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 86-94; y los ensayos 10 y 13, entre otros, en Finnis, J. (2011). *Intention and Identity. Collected Essays: Volume II*. Oxford. Oxford University Press.

40 Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 569. Finnis cree que el Aquinate se equivoca en esto, porque no todos los herejes han realmente realizado esa promesa (como en la hipótesis de Erasmo). Cfr. *ibidem*.

41 *Ibidem*.

42 Cfr. *ibidem*, donde se remite al sermón de Santo Tomás, *Homo Quidam Cenam Magnam Fecit*.

43 *Ibidem*.

44 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 569.

45 *Ibidem*, énfasis añadido.

46 *Ibidem*, énfasis añadido.

47 *Ibidem*, énfasis añadido.

también por el pensamiento tradicionalista, no sin sólidos argumentos⁴⁸. Pero, entonces, parece que el Estado –no solamente la Iglesia– posee esta potestad para ejercer una *coacción indirecta*, que ciertamente sería rechazada por cualquier interpretación liberal –o neutral o laica-laicista– de la libertad religiosa.

3.2. El mismo Finnis confirma la aceptación de lo que denominamos *coacción indirecta* cuando responde a la tesis de Suárez, presentada por Pink, según la cual “puede ser permisible y apropiado, al menos para la Iglesia en relación con sus propios miembros, usar la coacción precisamente con vistas a inducir una conformidad no irreflexiva, irresponsable o hipócrita, sino una creencia basada en la evidencia, una evidencia que sería ignorada por algunas personas a menos que sean sometidas a la coacción o a una amenaza seria de usarla”⁴⁹.

Finnis rechaza esta tesis, pero, nuevamente, con una sutileza que concede bastante a la acción coactiva del Estado.

Primero distingue claramente entre (i) “forzar [*compel*] a algunas personas [...] a asistir a sermones o a conferencias o a otras formas de presentar las doctrinas y las evidencias a favor de una religión”⁵⁰, personas como pueden ser, por ejemplo, “los encarcelados o los reclutas en el ejército”⁵¹, y (ii) exigir o “presionar” mediante la amenaza de una pena, a esas personas, para que, “al final”⁵² –entendemos que se refiere al final del proceso de ser expuestos *forzadamente* a la evidencia– “profesen o sostengan esas doctrinas o cualquiera de ellas”⁵³. Esto último es, según Finnis, “una cosa bastante diferente”⁵⁴.

Finnis reprocha a Pink que esta distinción se pierde en la frase “obligar a creer”⁵⁵, que es “equivoca”, porque podría referirse a cualquiera de esas dos acciones *bastante diferentes*, y, a la vez, “ofensiva de piadosos oídos”⁵⁶.

Ahora bien, usando la distinción, Finnis sostiene que “cualquier cosa que podría conseguirse *legítimamente* exigiendo la profesión de fe puede conseguirse exigiendo la asistencia a conferencias y cosas semejantes; más

48 Véase la detallada historia de lo que el autor estima una *ruptura* en Alvear Téllez, J. (2013). *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*. Madrid. Marcial Pons.

49 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 570.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*.

que eso sería una humillación ilegítima, una mentira e hipocresía escandalosamente promovidas, y cosas semejantes”⁵⁷.

Finnis no quiere decir aquí, nos parece, que en algún caso *sería legítimo conseguir algo exigiendo la profesión de fe* directamente (coacción directa, intrínsecamente mala), pero que, de hecho, lo mismo puede lograrse mediante las otras imposiciones mencionadas, y que, por este hecho, sería preferible lo segundo. Tal sería una tesis meramente fáctica y una sugerencia, a lo más, de conseguir los mismos efectos mediante medios lícitos (asumiendo la ilicitud de la coacción directa, ya argumentada). Lo que Finnis quiere decir, a nuestro modo de ver, es que, aunque *de facto* podría conseguirse la adhesión *no auténtica* de muchas personas a la fe, mediante una exigencia coactiva, esto nunca es legítimo, porque solo es legítima la *adhesión voluntaria y no forzada* que pueda conseguirse, a lo más, mediante esos medios obligatorios indirectos, como las conferencias o películas a las que se pueda obligar a asistir a algunas personas, especialmente a aquellas sujetas más directamente a la autoridad (presos, soldados, etc.). No obstante, atendido el argumento, nada impide que sea legítimo usar esos medios coactivos indirectos respecto de todas las personas o ciudadanos del Estado, a través, por ejemplo, de medios de comunicación masivos, programas de estudio escolares, políticas comunicacionales, etc. Se trata de una tesis *normativa*, de acuerdo con la cual solo esto último es legítimo: coaccionar para fines *distintos* de la adhesión a la fe, aceptando las previsibles adhesiones a la fe como *efectos colaterales*, aun cuando lo que se consiga sea menor en cantidad de personas que lleguen a creer o en la aparente eficacia externa medida de otras maneras (*v. gr.*, práctica de la fe, doctrinas asimiladas y aceptadas, etc.).

Lo interesante es que Finnis admite la *coacción indirecta*, gracias a su refinada teoría de la acción. Una anécdota personal corrobora su aceptación de la legitimidad de estos medios que se dirigen a otros fines (lo *intentado*), a los que pueden acompañar como efectos secundarios (lo colateral o indirecto) las futuras adhesiones a la fe verdadera. Vale la pena transcribir esta anécdota:

“Durante el ‘entrenamiento básico’ en el Ejército australiano en 1960, yo fui presionado (no precisamente, si la memoria no me falla, forzado [*compelled*]) a asistir a una o dos películas que exhibían atractivamente el ‘argumento a partir del diseño’ [*argument from design*] a favor de la existencia de un

57 *Ibidem*, énfasis en el original. “Whatever could *legitimate* be achieved by requiring profession of faith can be achieved by requiring attendance at lectures and so forth; the rest would be illegitimate humiliation, scandalously encouraged lying and hypocrisy, and so forth”.

Creador trascendente. La presión del Ejército y mi resentimiento por eso (ausente cuando la coacción o la presión se refería a asuntos *militares*) solamente exacerbó mi resistencia y mi repudio de un argumento que ahora pienso que es esencialmente sólido. No pienso que la reacción bloqueadora de la atención, en contra de la presión, haya surgido primariamente del pensamiento de que el Ejército estaba actuando más allá de los límites de su jurisdicción⁵⁸.

Esta acotación destaca dos fenómenos compatibles: (i) la reacción de resentimiento, que, cabe presumir, se daría con mayor razón si la coacción fuera directa, ordenada a, con el propósito de, forzarlo a uno a abrazar la fe, y (ii) el *simultáneo reconocimiento de que la autoridad (¡la autoridad estatal!) actuaba dentro de su jurisdicción*, legítimamente. La *coacción indirecta* no se realiza con el propósito de forzar a la fe, sino con el propósito más modesto de exponer a la persona a una forma de entretención o de información que, por la elección del tema o de su contenido, *indirectamente* facilite o posibilite el contacto con los argumentos que pueden acercar a alguien a la fe. Nuevamente, este buen propósito *no consiste en forzar coactivamente* a convertirse o a volver a la fe verdadera o a permanecer en ella, por lo cual sí que puede lícitamente ser el propósito que guíe la acción de la autoridad eclesiástica; pero, y he aquí lo más interesante, también puede ser el propósito que guíe al fiel católico que sirva un cargo como autoridad civil, sin por ello violar el derecho a la libertad religiosa así estrictamente definido como nuda inmunidad de coacción, al parecer, infligida directamente (intentada) para forzar a la fe.

En segundo lugar, Finnis, quien naturalmente acepta que la Iglesia “tiene autoridad para imponer penas a sus miembros”⁵⁹, recuerda que “el propósito justificador del castigo [...] solo puede ser restaurar el orden de la justicia perturbado por un delito culpable”⁶⁰, el “orden jurídico social” necesario para “el bien común eclesial”⁶¹. La disuasión de los demás y la reforma del delincuente mismo, separadas del fin propio retributivo, son injustos, como el mismo Suárez afirma: “[...] él deja claro que la justicia [*rightness*] (tal como él la ve) de la *coactio* (que mira a un resultado futuro bueno, el

58 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 570, nota 368. ¡Oh, Australia, quién te ha visto y quién te ve!

59 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 570.

60 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 571.

61 *Ibidem*. Las dos últimas expresiones están tomadas del *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico* de Marzoa *et al.*, de la Universidad de Navarra, en su versión inglesa, IV.1, 225 (comentario al canon 1311).

retorno a la fe) depende de la justicia retributiva, etc., del castigo (*punitio*) y del *previo* merecimiento de ese castigo”⁶².

Al parecer, entonces, Finnis y Suárez/Pink exigen que el fin del castigo sea expiatorio, retributivo, restaurar el orden justo, etc.; y la diferencia entre ellos es que Suárez/Pink concibe el efecto reformador (*i.e.*, en este caso, adherir a la fe o volver a ella, pues el fin retributivo no tiene cabida respecto de los infieles, que no estaban obligados) como una finalidad *ulterior*, que la Iglesia y su derecho pueden proponerse como objeto, mientras que Finnis solo lo admite como efecto colateral.

Mas he aquí que otra vez juega un rol importante la teoría de la acción de John Finnis, que distingue con tanta finura entre el objeto preciso de los actos y sus efectos colaterales. En efecto, según Finnis, sería un “abuso de esa autoridad” y una “violación del derecho de la persona” llegar a “*imponer o incrementar* una pena *precisamente* para inducir a prestar atención a la evidencia de la verdad de las pretensiones de la Iglesia”⁶³. En cambio, el castigo “puede tener el *efecto colateral* benéfico de reformar al delincuente”⁶⁴, entendiendo por “reformar” solo “alentar a prestar atención a las realidades, las consecuencias naturales, pruebas, etc., una atención que *podría* llevar a un cambio de mente y de corazón”⁶⁵. El efecto colateral se divide, entonces, en dos efectos sucesivos posibles: (i) en que se preste atención a determinadas realidades y (ii) en que, después, indirectamente, pueda producirse una adhesión posterior a la fe (se entiende que es una adhesión libre, no coaccionada). La injusticia no está, al parecer, en proponerse algo que pueda tener esos efectos secundarios, sino en *incrementar la pena* para conseguir esos efectos secundarios o más bien “pseudosecundarios” o “falsamente colaterales”. Parece lógico, porque, si el incremento de la pena es necesario solo *para* obtener esos efectos secundarios, es evidente que se quiere ese incremento *para* producir esos efectos, que ya son, por eso mismo, intentados y no colaterales.

La distinción entre lo intentado y lo colateral –entre el objeto preciso del castigo y sus efectos secundarios bienvenidos– se torna tenue. Finnis no deja de darse cuenta, porque añade que “pueden –y donde sea posible *deben*– adaptarse modalidades de castigo, *sin incremento en la pena*, para provocar tales efectos apropiados (en cuyo caso estos siguen siendo bajo un aspecto efectos secundarios –no ‘el propósito’– y bajo otro aspecto intentados)”⁶⁶. La tesis de Finnis, entonces, se acerca bastante a la de Suárez-Pink, en este

62 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 570, nota 370.

63 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 570, énfasis añadido.

64 *Ibidem*, énfasis añadido.

65 *Ibidem*, énfasis añadido.

66 *Ibidem*, énfasis en el original.

aspecto, porque reformar al hereje (su adhesión a la fe), aunque eventual, sí puede ser un fin secundario –en cierto aspecto, es algo *intentado*– y no solamente un efecto colateral bienvenido. Solo esa intencionalidad explica que, aun sin incrementar la pena ni violentar la proporción del castigo retributivo, se delibere acerca de *adaptar* las modalidades de la pena *para provocar* “tales efectos apropiados”⁶⁷ (la preposición “para” –como en inglés “to”– significa la ordenación a un fin, es decir, la intención de un fin, sea inmediato o ulterior).

Si vinculamos esta conclusión con la anterior, nuevamente llegamos a que un príncipe católico (un alcalde, legislador o presidente) sí que tiene potestad para *modular* sus decisiones acerca de cómo castigar –pero no acerca de cuánto, a quiénes, por qué– *para* que se facilite el efecto colateral ulterior de la adhesión a la fe, efecto que será, pues, en parte colateral y en parte intentado remotamente. Solo que, no siendo relevante aquí la distinción “basada en la jurisdicción”, sino solo tratar con justicia a la persona conforme a su derecho a la libertad religiosa, esta posibilidad de modulación de la acción política se puede dirigir también *a la reforma de los infieles*.

Finalmente, en relación con el argumento de esta sección, Finnis propone una tercera consideración, a saber, que “las sanciones penales de la Iglesia a sus miembros son coactivas solo en un sentido relativamente débil, amplio”⁶⁸. Esta tesis es, en nuestra opinión, sumamente restrictiva de la *inmunidad de coacción* en que consiste la libertad religiosa, tanto ante la Iglesia (si es aplicable, como cree Finnis y niega Pink) como ante el Estado y cualquier autoridad humana. Para advertirlo, reproducimos más ampliamente el argumento de Finnis con sus fuentes.

Finnis llama la atención sobre una propuesta de enmienda al n. 14 de *Dignitatis humanae*. Este número decía (y dice: no fue reformado) lo siguiente:

“Por su parte, los fieles, en la formación de su conciencia, deben prestar diligente atención a la doctrina sagrada y cierta de la Iglesia. Pues por voluntad de Cristo la Iglesia católica es la maestra de la verdad, y su misión consiste en anunciar y enseñar auténticamente la verdad, que es Cristo, y al mismo tiempo declarar y confirmar con su autoridad los principios de orden moral que fluyen de la misma naturaleza humana”⁶⁹.

67 *Ibidem*.

68 Finnis, J. “Reflections and Responses”. *Ob. cit.*, 571.

69 *Dignitatis humanae*, n. 14. El original latino dice: “Christifideles autem in sua efformanda conscientia diligenter attendere debent ad sacram certamque Ecclesiae doctrinam [...]. Christi enim voluntate Ecclesia catholica magistra est veritatis, eiusque munus est, ut Veritatem quae Christus est enuntiet atque authentice doceat, simulque principia ordinis moralis, ex ipsa natura humana confluentia, auctoritate sua declaret atque confirmet”.

La propuesta de enmienda consistía en añadir, después de la palabra “*confirmet*” con que termina el texto latino de este pasaje, lo siguiente:

“Además la Iglesia tiene no solo el derecho, sino también el deber, de *imponer su doctrina y su disciplina a quienes están libremente sujetos a ella, en virtud de su autoridad y mediante sanciones*. Esta coacción no se opone en lo más mínimo a la genuina libertad, sino que más bien la favorece; en efecto, así obraba Cristo, cuando una y otra vez reprendía duramente, por no creer, a quienes debían reconocer la verdad: ‘Quien no creyere se condenará’ (*Mc. 16, 16*)”⁷⁰.

La negativa de la comisión redactora a introducir esa enmienda afirma: “No se admite, ya que aquí no se trata sobre el deber, sino sobre el derecho de la Iglesia, ni tampoco de la cuestión de la libertad en la Iglesia misma. Además, la acción de la Iglesia así descrita *no debe llamarse coacción*”⁷¹.

Finnis aduce, complementariamente, otra observación de la comisión redactora. Se había propuesto una enmienda al n. 10 de *DH*, sobre la libertad del acto de fe. Este número, en lo pertinente, decía (y dice):

“Es uno de los más importantes principios de la doctrina católica, contenido en la palabra de Dios y enseñado constantemente por los Padres, que el hombre, al creer, debe responder voluntariamente a Dios, y que, por tanto, nadie debe ser forzado a abrazar la fe contra su voluntad. Porque el acto de fe es voluntario por su propia naturaleza, ya que el hombre, redimido por Cristo Salvador y llamado por Jesucristo a la filiación adoptiva, no puede adherirse a Dios que se revela a sí mismo, a menos que, atraído por el Padre, rinda a Dios el obsequio racional y libre de la fe. Está por consiguiente en total acuerdo con la índole de la fe que, en materia religiosa, se excluya cualquier género de coacción [*coercitionis*] por parte de los hombres”⁷².

70 Gil Hellín, F. (2008). *Declaratio de Libertate Religiosa Dignitatis Humanae*. Roma. EDUSC, 175, énfasis añadido. El texto latino reza así: “Insuper non solum ius, sed etiam officium habet Ecclesia iis qui ei libere subiecti sunt doctrinam suam et disciplinam imponere vi auctoritatis et cum sanctionibus. Haec coactio genuine libertati minimi opponitur, potius favet; ita enim agebat Christus, dum saepe saepius dure reprehendebat, quod non crederent, eos qui debebant veritatem agnoscere: ‘Qui vero non crediderit condemnabitur’ (*Mc. 16, 16*)”.

71 Gil Hellín, F. *Declaratio de Libertate...* Ob. cit., 175, énfasis añadido. El texto latino es el siguiente: “Non admittitur, cum hic non agatur de officio, sed de iure Ecclesiae neque de quaestione libertatis in ipsa Ecclesia. Praeterea actio descripta Ecclesiae non est vocanda coactio”.

72 *Dignitatis humanae*, n. 10. El original latino dice: “Caput est ex praecipuis doctrinae catholicae, in verbo Dei contentum et a Patribus constanter praedicatum [...], hominem debere Deo voluntarie respondere credendo; invitum proinde neminem esse cogendum ad amplectendam fidem [...]. Etenim actus fidei ipsa sua natura voluntarius est, cum homo, a Christo Salvatore redemptus et in adoptionem filiorum per Iesum Christum vocatus [...], Deo Sese

La enmienda proponía, en lo pertinente a nuestro argumento, que, al final de la frase, en lugar de decirse “que, en materia religiosa, se excluya cualquier género de coacción por parte de los hombres”, se dijera “que, en materia religiosa, cada uno, *immune* de cualquier coacción injusta, siga el dictamen de su conciencia”⁷³. La comisión redactora respondió, al rechazar la propuesta, que la frase puede adolecer de ambigüedad “porque en este n. 10 se trata sobre el ingreso en la fe y no directamente sobre su ejercicio”⁷⁴; es decir, no se trata de los herejes o apóstatas, sino de los infieles. Y continúa la respuesta así:

“Además la coacción respecto de los adultos, en la sociedad y en la comunidad política (*civitate*), en materia religiosa, en el sentido expresado en la primera parte de esta Declaración, es de suyo injusta (*de se iniusta est*). Las penas eclesiásticas que sancionan un acto delictivo son expresión de la potestad coactiva de la Iglesia sobre sus miembros, pero no son coacción (*non sunt coactio*)”⁷⁵.

La última oración de la respuesta sí que se refiere, a diferencia de *DH* 10, a los fieles que incurren en delito canónico (herejía, apostasía o cualquier otro), solo para afirmar que, aunque *DH* no se refiere al punto, los castigos canónicos no pueden considerarse como *coacción*. Finnis sostiene que las dos respuestas (sobre *DH* 14 y *DH* 10) intentan recordar la “significación fundamental” de que los miembros de la Iglesia se adhieren a ella “libremente”: “La Iglesia es una asociación voluntaria”⁷⁶. En consecuencia, las penas por herejía y apostasía y por otros delitos canónicos “son simplemente lo que uno esperaría: la privación de los beneficios de membresía (excomuniación, privación del oficio eclesiástico, y cosas semejantes)”⁷⁷. Por esta libertad para adherir a la fe y para ingresar en la Iglesia, y para permanecer en ella, el tipo de sanciones eclesiásticas no constituyen *coacción* en sentido propio, de aquella que es “intrínsecamente mala”⁷⁸. Estas penas “son justifi-

revelanti adhaerere non possit, nisi Patre eum trahente [...] rationabile liberumque Deo praestiterit fidei obsequium. Indoli ergo fidei plene consonum est ut, in re religiosa, quodvis genus coercionis ex parte hominum excludatur”.

73 Gil Hellín, *F. Declaratio de Libertate...* Ob. cit., 131. El texto latino dice: “Indoli [...] religiosa, unusquisque quavis iniusta coactione immunis, suae conscientiae dictamen sequatur”.

74 *Ibidem*.

75 *Ibidem*.

76 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 571.

77 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 572.

78 Así traduce Finnis “*de se iniusta*”, que hemos traducido como “de suyo injusta”.

cables no como intentadas para presionar al acto de fe, sino como intentadas para proteger el hogar y para vindicar su debido orden”⁷⁹.

Si se analiza este argumento, se ve que el mismo tipo de acción *física-mente considerada* (v. gr., como recalca Pink⁸⁰: privar a alguien de su oficio, de su trabajo) será considerada como coacción intrínsecamente mala, si la realiza el Estado o cualquier poder humano sobre cualquier ser humano con la intención de “coaccionar a creer” en materia religiosa; y también si la realiza la Iglesia sobre un infiel con esa misma intención. En cambio, porque se asume que la Iglesia es una “asociación voluntaria” y que los fieles son libres de adherir a ella, de incorporarse a ella y de permanecer o no en ella, esas mismas privaciones de bienes, impuestas como sanciones canónicas, no son coacción “intrínsecamente mala”, sino solo en un sentido débil o amplio, porque, en cuanto penas canónicas no tienen la intención de “forzar a creer”, sino solo de proteger el bien común eclesial contra la amenaza de la herejía.

El argumento, entonces, refuerza la tesis de Pink de que la coacción lícita no es uniforme o, dicho de otra manera, que la inmunidad de coacción en que la libertad de conciencia consiste no es uniforme en relación con la jurisdicción de que se trata, la de la Iglesia o la del Estado. En efecto, la misma privación de un bien contra la voluntad del ofensor —quien, por tanto, valora ese bien y sufre por verse privado de él— es o no calificada moralmente como coacción según que la ejerza la Iglesia sobre sus fieles o sobre los infieles o el Estado sobre cualquier persona.

Además, puede haber una *petitio principii* al considerar que la Iglesia es una “asociación voluntaria”, y que, por ende, las sanciones contra los herejes o apóstatas no son coactivas porque se basan en su previa adhesión voluntaria o su presente permanencia voluntaria en la Iglesia. En efecto, aquí parece presuponerse lo que se discute, a saber, si existe o no la obligación de seguir adhiriendo a la fe y si la Iglesia posee o no potestad coactiva para penalizar el incumplimiento de esta obligación. Aquella obligación puede existir —de hecho, existe— por el solo hecho del bautismo, aun recibido sin uso de razón en la infancia. Esto no se discute, por lo que el carácter “voluntario” de la asociación es dudoso. Lo que se discute es si la Iglesia posee o no la potestad coactiva para forzar a cumplir esa obligación moral respecto de la fe: si la posee, la membresía en la Iglesia no es voluntaria (solo lo es la incorporación mediante el bautismo de personas con uso de razón, pero no la permanencia); si no la posee, entonces son voluntarias la permanencia y la incorporación, salvo los casos del bautismo de infantes *en la fe de la Iglesia*.

79 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 572.

80 Cfr. Pink, T. “The Right to Religious Liberty...”. Ob. cit., 430.

Por otra parte, si se asume que la fe, aunque sea libre como acto humano, una vez abrazada conlleva la convicción certísima sobre la verdad de los bienes que ofrece la Iglesia –nada menos que la salvación eterna de un alma inmortal, que, de otro modo, se condenaría eternamente a sufrimientos insoportables–, entonces la amenaza de privar de alguno de estos bienes espirituales es más terrible que la amenaza de una multa o la cárcel o la privación de oficio. Pero, además, la Iglesia puede privar de bienes temporales, como hemos visto que establecen los cánones 1311 y 1312.

Los textos que aduce Finnis, por lo demás, especialmente las respuestas que rechazaron las enmiendas a *DH* 14 y *DH* 10, afirman la libertad de los infieles respecto de la Iglesia, pero confirman la tesis de Pink de que *Dignitatis humanae* no se refiere a la libertad dentro de la Iglesia y que, puesto que no se refiere a eso, solamente se declara como coacción propiamente dicha e intrínsecamente mala la que ejercen los poderes humanos: la que ejerce la Iglesia respecto de sus fieles no es propiamente coacción y, por ende, no puede ser intrínsecamente mala.

Por eso, Finnis se hace cargo de las otras tesis de Pink, como veremos enseguida.

3.3. La tesis C es doble: (i) que la Iglesia ha abandonado una multiseccular *política* de coaccionar a herejes y apóstatas, pero que la *doctrina* que sustentaba esa política no ha cambiado; y (ii) que la Iglesia es la que *siempre* ha tenido esa potestad, nunca el Estado, solo que aquella daba licencia o mandato a los gobernantes católicos para que ejercieran ese poder coactivo a favor de la fe y, aun más concretamente, *para forzar a la fe y a la práctica de la fe*.

Finnis comienza su discusión de este punto recordando el Concilio de Toledo, citado por Pink. Este Concilio preceptuó que “los no creyentes (judíos) no han de ser convertidos mediante la fuerza [...], sino solo por persuasión”⁸¹; pronunciamiento citado por *Dignitatis humanae*, en cuanto que refleja la exigencia de inmunidad de coacción. Ahora bien, la gente que de hecho había sido “convertida *ad Christianitatem* by *coactio*”, según el mismo Concilio “debía ser forzada (*cogantur*) [...] a mantenerse en la fe con la que se habían comprometido y en cuyos sacramentos habían participado”⁸². Según el Cardenal Charles Journet, esa *crístiandad* “era un orden *temporal* y *político*”⁸³, creado por gobernantes seculares con el apoyo entusiasta de

81 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 572.

82 *Ibidem*.

83 *Ibidem*. La “crístiandad sacra” de esos tiempos se ha de distinguir de la “crístiandad secular” o “profana”, que es el orden temporal de las relaciones entre la Iglesia y el Estado al que los cristianos pueden aspirar en el mundo moderno. Asimismo, la crístiandad (sacra o pro-

las autoridades eclesiásticas. Este orden introdujo “penas verdaderamente coactivas para la herejía y la apostasía”⁸⁴, como la quema de herejes, para asistir a la Iglesia porque los herejes “pueden excitar y agitar [al pueblo] a la sedición y la insurrección, y producir gran lucha y división entre el pueblo”⁸⁵. Puesto que las penas eclesiásticas son ignoradas y ridiculizadas por los herejes, es justo, por el honor y la prosperidad del reino, “acceder a la petición de asistencia estatal por las autoridades de la Iglesia”, que se concreta en “quemar públicamente a quienes la Iglesia ha hallado culpables de persistir en la herejía”, para así extirpar la herejía del reino, concebido como parte de la cristiandad⁸⁶.

Según Finnis, el fundamento racional de esta construcción política, la cristiandad, “no era diferente en lo fundamental del que Mill consideró, *sin desaprobarlo*, para las ciudades-estado griegas [...]: la creencia de que la comunidad política no podría sobrevivir a sus enemigos externos o a los subversivos internos sin la unanimidad sobre asuntos fundamentales”⁸⁷, posible, en el caso de la cristiandad, mediante la adhesión compartida (a nivel nacional) a una sola fe⁸⁸. Según Journet, los documentos históricos no permiten estar siempre seguros de si los protagonistas o los gobernantes (i) “concebían su represión extremadamente coactiva de la herejía y de la apostasía como el ejercicio de una jurisdicción estatal eminentemente secular” para reprimir a quienes perturban “la ideología unificante, políticamente necesaria y honorable, de la comunidad política (*christianitas*)”, o bien, (ii) “como agentes de la misión, autoridad y misión de la Iglesia” (la tesis de Pink/Suárez). Journet y Finnis concluyen a favor de (i), por lo que “en razón de los valores espirituales de los que está imbuido el bien común temporal en un régimen sacro, era este bien común temporal mismo lo que la Iglesia exigía que fuera defendido, mediante medios temporales usados de acuerdo con sus propias leyes”⁸⁹.

Por eso, Finnis duda mucho de la tesis C. Nos atrevemos a añadir que, de lo que afirma Finnis más que de lo que sostiene Pink, se sigue que el

fana) “se ha de distinguir del cristianismo o catolicismo, la (comunidad de) fe misma, en la que la distinción entre lo sacro (espiritual, eclesiástico, la Iglesia) y lo secular (temporal, político, civil, el Estado) es fundamental y permanente” (ibídem, nota 382).

84 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 573.

85 Ibídem. Finnis cita la ley *De Haeretico Comburendo* (1401), aplicada hasta 1612.

86 Cfr. ibídem.

87 Ibídem, énfasis añadido. Nótese que J. S. Mill es uno de los principales paladines del liberalismo decimonónico. Sin embargo, puede entender que, en determinadas condiciones, la república necesite imponer coactivamente una unanimidad de creencia sobre asuntos fundamentales (como era la fe religiosa en la cristiandad sacra).

88 Cfr. ibídem.

89 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 573, citando a Journet.

derecho natural a la libertad religiosa no es tan uniforme ni tan extenso como puede parecer. En efecto, en un régimen político posible –tan posible que existió durante siglos– el Estado tiene jurisdicción para usar la coacción contra herejes y apóstatas, no ya con la intención precisa de moverlos a creer por su propio bien (coacción directa para creer), sino con un fin de bien común: preservar la unidad ideológica del reino, precaver la subversión interna contra los valores fundamentales de la patria (que son los de la fe) y la división violenta en el pueblo, “extirpar la herejía” como objetivo político. Entonces resulta que efectivamente la libertad religiosa, como inmunidad de coacción en materia religiosa, es compatible con la máxima represión de la herejía y de la apostasía, pero también de las religiones no cristianas (in-fieles). Más aún: se afirma que el Estado, a causa de que esos valores religiosos están indisolublemente unidos a la identidad de la comunidad política y a su bien común *temporal*, sí posee competencia o jurisdicción en materia religiosa, al menos para impedir coactivamente la actividad religiosa contraria a la religión que permea la cultura. Podría decirse que, en un régimen así, como la cristiandad sacra, el límite a la inmunidad de coacción que *DH* denomina “orden público” (*DH* 7 y 2-4) incluye la exigencia de unanimidad en la fe y la moral católica. En efecto, si se trata de defender un bien común temporal de fuerte identidad cristiana contra amenazas objetivas de desintegración ideológica, mediante la fuerza y bajo la jurisdicción del Estado, entonces la jurisdicción de la Iglesia –solo sobre los fieles y no sobre los in-fieles– es irrelevante. La tesis de Finnis restringe tanto el derecho natural a la libertad religiosa que lo hace compatible con la represión de la herejía y, en realidad, de cualquier religión falsa, por parte de la autoridad política católica, con tal de que el objeto no sea directamente forzar a esas personas a creer.

Finnis evita esta conclusión apelando a la experiencia de muchos siglos –como hace *DH* 9–, que ha hecho más patentes cada vez a la razón humana las exigencias de la dignidad de la persona⁹⁰. Según esta experiencia, “ese grado de unidad ideológica es muy raramente, si acaso alguna vez lo es, tan necesario que deba tener prioridad sobre los bienes religiosos y humanos”⁹¹ que son dañados o puestos en peligro por la coacción religiosa⁹². Entre otras cosas, según Finnis, “la perspectiva amenazante de sufrir dolor y pérdidas”, si uno no da a las cuestiones fundamentales una respuesta con el contenido exigido, “estorba y distrae” a una persona en su acercamiento a las grandes cuestiones religiosas⁹³. Esta afirmación nos parece correcta; pero no se ve

90 Cfr. *DH* 9.

91 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 573-574.

92 Cfr. *ibídem*.

93 Cfr. Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 574.

cómo es compatible con la “coacción”, incluso en sentido débil, que la Iglesia ejerce mediante las penas canónicas, porque para quien realmente tiene fe en la vida eterna –como hemos dicho más arriba– la amenaza de privación de los medios que llevan a ella es, seguramente, una “perspectiva amenazante de sufrir dolor y pérdidas” mucho mayor que las penas infligidas por el Estado.

Por otra parte, quizás la experiencia de siglos no favorece el balance *contra* la necesidad de unidad “ideológica” y a favor de los bienes humanos y religiosos de las personas, cuando estas no adhieren a la verdad unificadora de una identidad patria, si se trata efectivamente de la verdad religiosa (como la reconocida por *Dignitatis humanae* en la Iglesia católica). Lo que los Estados liberales muestran, por ejemplo, no es la renuncia a una ideología unificadora, sino la sustitución de la “ideología” unificadora antigua –la fe cristiana– por las ideologías unificadoras nuevas (*v. gr.*, la “dictadura del relativismo”, como la llamó Benedicto XVI, o las ideologías abortistas y de género). Al parecer, más que renunciar a la imposición de una cierta unidad ideológica, lo que la experiencia enseña es que, para evitar la desintegración de una comunidad a manos de subversivos con ideologías radicales opuestas, se debe luchar por una unidad basada en la verdad católica.

3.4. Para refutar la tesis E (*i.e.*, que es verdad irreformable *de fide* que la Iglesia posee la potestad para coaccionar a creer la fe católica, mediante penas impuestas a los fieles sujetos a su jurisdicción por ella misma o usando el poder estatal), Finnis ofrece un análisis histórico-dogmático que estudiamos a continuación⁹⁴.

Lo primero que se debe notar es el modo de plantear la pregunta: “¿Está la Iglesia impedida por sus propios compromisos doctrinales irreversibles de sostener ahora que a la ley y al gobierno estatal no se les puede con justicia invitar a, o permitir, que amenacen con o apliquen coacción *con el propósito* (objeto) de promover o de proteger los intereses de la Iglesia y de la fe verdaderas o el bien espiritual objetivo de la persona en cuestión que falta a la fidelidad debida [*unfaithful*], en cuanto se distingue del propósito de proteger el orden público (*i.e.*, los derechos de los demás, la paz pública o la moralidad pública)?”⁹⁵.

La formulación es, en cierto aspecto, demasiado amplia, porque no se discute el deber del Estado de usar la coacción para (*i.e.*, con el propósito

94 Este análisis ha sido refutado por Thomas Pink: Pink, T. *John Finnis’s alternative history of Trent (pro manuscripto)*. Nosotros, como hemos dicho ya, queremos destacar cómo incluso la postura de Finnis es más restrictiva de la libertad religiosa de lo que pudiera parecer a primera vista. Sin embargo, en este punto lleva razón Pink, como veremos.

95 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 574.

de, con el objeto moral de) “promover o proteger los intereses de la Iglesia y de la fe verdaderas”; al contrario, este deber es afirmado por la doctrina tradicional católica que *DH 1* “deja intacta”. Tampoco se discute que el Estado *no* posee jurisdicción o potestad coactiva para forzar directamente a la fe, ni a los bautizados ni a los infieles; pero Finnis afirma que el Estado sí posee, como hemos visto, la potestad coactiva para proteger la fe —e incluso extirpar la herejía— en un régimen de cristiandad sacra.

Lo que se discute es (i) si es *de fide* que la Iglesia posee esa potestad coactiva sobre los bautizados, y (ii) si puede delegar en el Estado su ejercicio con el objeto de que efectivamente fuerce a la fe (a la fidelidad) a los herejes y apóstatas, no a los infieles. A estas últimas dos cuestiones Finnis responde con la negativa y Pink con la afirmativa.

Finnis argumenta contraponiendo lo que Erasmo efectivamente propuso y lo que el Concilio de Trento efectivamente condenó. Erasmo sugirió que si los niños, al llegar a la pubertad, rehúsan ratificar la fe asumida en su representación por los padrinos, en el bautismo, entonces no deben ser “forzados por” ninguna “pena” aparte de la “privación de los sacramentos”⁹⁶. La condena del Concilio, en cambio, no compromete a la Iglesia más que con lo siguiente, según Finnis:

“Existe al menos una promesa bautismal sobre la vida cristiana cuyo cumplimiento podría ser requerido al menos a algunos adolescentes (de aquellos que rehúsan comprometerse a cumplirla), amenazándolos con, y si es necesario imponiéndoles, algún castigo (aparte de la privación de los sacramentos) por no cumplirla”⁹⁷.

Según Finnis, el canon 14 en su forma final había “removido cuidadosamente” las palabras de Erasmo que hacían referencia a un asunto de fe o de “forzar a la fe mediante penas”. Ahora era un asunto de reafirmar todas las promesas bautismales y de “ser forzado a [...] ‘vivir una vida cristiana’”⁹⁸; puesto que el bautismo crea una obligación no solamente respecto de “la sola fe” sino también de “observar toda la ley de Cristo”, como enseña el canon 7 del mismo Decreto conciliar⁹⁹. Ya que la mayor parte de esa “vida cristiana”, objeto de las promesas bautismales que van más allá de la profesión de fe, consiste en obedecer la ley natural recogida en los Diez Mandamientos, Finnis concluye que “castigar a los niños por sus malas obras contra la justicia, la

96 *Ibidem*.

97 *Ibidem*. Véase el texto del canon 14 más arriba.

98 Finnis, J. “Reflections and Responses”. *Ob. cit.*, 575.

99 Cfr. Concilio de Trento. “Decreto sobre el Bautismo”, canon 7, *Denzinger* n. 863; y Finnis, J. “Reflections and Responses”. *Ob. cit.*, 575.

caridad, la castidad, el respeto a sí mismos, etc., es algo que está muy lejos de forzar, o presionar, a la fe¹⁰⁰. Finnis refuerza su argumento mostrando que esta distinción (*i.e.*, entre forzar a la fe y forzar a la vida cristiana bajo otros aspectos) fue intentada por los redactores del canon 14, especialmente por Jerome Seripando, quien en realidad *defendió* la tesis estricta de Erasmo, diciendo que, atendiendo a las palabras realmente usadas por Erasmo, “[...] él no dijo que ellos [los adolescentes recalcitrantes] deberían quedar libres, sino que no deberían ser forzados por ningún castigo aparte de la excomunión”¹⁰¹. Cuando Erasmo había sido acusado de “querer dejar a los adolescentes libres para no profesar ‘la religión cristiana’”¹⁰², él había replicado cambiando ligeramente la orientación del debate desde “la religión cristiana” a la cuestión de “dejar libre” la conducta moral de los jóvenes en cuestión, cosa que Erasmo niega: “[...] la ley secular puede encargarse de sus hurtos, blasfemias, disturbios, etc.”¹⁰³. En el mismo sentido, Seripando, que quedó a cargo de redactar los cánones sobre el bautismo, al redactar el canon 14 hizo que fuera “excluida toda referencia a la fe”¹⁰⁴. Aunque se retiene la referencia al Concilio de Toledo a “obligar” (forzar, compeler), ahora el objeto no es “a creer”, sino “a la vida cristiana”; y, aunque un “maximalista español” podría interpretarlo como “compulsión a manter la fe”, en realidad, según la lógica de la negación bien comprendida por todos los teólogos a los que concernía este asunto, “el compromiso de la autoridad magisterial de la Iglesia [...] no se refiere a nada que contradiga la revulsión erasmiana contra *esa* forma, ese propósito, de la compulsión”¹⁰⁵ (*i.e.*, el objeto preciso de *forzar a creer*, como distinto de *forzar a la vida cristiana* en sus elementos de ley natural).

En relación con este asunto, nos parece que la alternativa de pensar que las penas a las que se refiere el canon 14 de Trento son las penas que la Iglesia puede imponer lícitamente, sin que se puedan considerar “coacción” en sentido propio, es más lógica que la deducción restrictiva que hace John Finnis acerca de lo que ha quedado definido por Trento. En efecto, el canon anatematiza al que sotenga que “no debe obligarse a la vida cristiana”, mediante “otra pena” distinta de la exclusión de los sacramentos, a los bautizados que “respondieren que no quieren” *precisamente* “ratificar lo que al ser bautizados prometieron en su nombre los padrinos”¹⁰⁶.

100 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 575.

101 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 576, citando a Seripando.

102 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 575, nota 392.

103 *Ibidem*.

104 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 576.

105 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 576.

106 Véanse más arriba las formulaciones del canon 14 de Trento y de su reducción minimalista por Finnis.

La interpretación de Finnis introduce restricciones no justificadas. Nuestra interpretación es menos restrictiva que la de Finnis, pero más restrictiva, al parecer, que la de un posible “maximalista español” apegado a la coacción penal permitida y aun exigida por el Concilio de Toledo. Ahora bien, la interpretación de Finnis sobre la licitud de imponer *al menos a algunos* fieles el cumplimiento de *al menos algunas promesas* bautismales es *tan restrictiva* que podría pensarse que la Iglesia se comprometió de modo irreversible, *de fide* (aparentemente), con algo que nadie nunca ha negado: la competencia del Estado –actuando o no a nombre de la Iglesia– y de la Iglesia –obrando con su potestad punitiva para el bien común eclesial, que no es coacción– para imponer coactivamente las exigencias más básicas de la justicia, que también son parte de la vida cristiana.

Es inverosímil que un Concilio ecuménico, dogmático y solemne anatematice al que niegue algo que *nadie ha negado nunca*, como si no estuviera en discusión precisamente la tesis de Erasmo¹⁰⁷. En nuestra opinión, en realidad, lo que hace el Concilio es *ensanchar la condena*, para que abarque no solamente la tesis de Erasmo, que queda también incluida, sino incluso *cualquier tesis más amplia que la suya*. En la licitud de reprimir la negativa de los jóvenes a ratificar sus promesas bautismales y de obligarlos mediante penas de variados tipos “a la vida cristiana” *se incluye*, no se excluye, la licitud de obligarlos a cumplir también su promesa de profesar la fe verdadera. Esto no implica forzar la fe como acto interior, pero sí forzar la profesión de la fe como acto necesario para pertenecer a la comunidad de fe que es la Iglesia.

Tiene razón Finnis en que este uso de las sanciones no equivale a coaccionar la fe en sí misma, pero la cuestión jurisdiccional aparece, entonces, como clave, porque la Iglesia puede imponer sanciones que *no son coacción en sentido estricto* solo a sus fieles, no a los infieles. Con otras palabras, si las mismas sanciones de tipo temporal –materiales: privación de un oficio, cárcel, multa, etc.– fuesen impuestas por la Iglesia a los infieles, que no están bajo su jurisdicción, todos afirmarían que se trata de una coacción propiamente dicha. Como hemos dicho, la especie moral del acto mismo de coacción y, por tanto, el alcance de la inmunidad de coacción, cambian dependiendo de la jurisdicción.

3.5. Justamente Finnis termina su respuesta a Pink refiriéndose a la contraposición entre una comprensión de la libertad religiosa “centrada en la jurisdicción” y aquella otra “centrada en la persona” (tesis B), y luego a la

107 Este punto lo señala y lo refuerza Pink, T. *John Finnis's alternative history...* Ob. cit., 13-14.

oposición entre la *política eclesiástica* de usar la coacción estatal (abandonada hoy) y la *doctrina* que afirma la existencia, como algo constitutivo y permanente, de la autoridad legítima y del derecho de la Iglesia a pedir e incluso a imponer a los gobernantes católicos que ejerzan la coacción estatal *bajo la autoridad de la Iglesia* (tesis D), a pesar de la libertad metafísica de todos y de que el Estado carezca de “autoridad *inherente* en esas materias”¹⁰⁸.

Respecto de la tesis B, Finnis reconoce que *Dignitatis humanae* a propósito no dice nada sobre la libertad y la autoridad dentro de la Iglesia, lo cual deja abierta la posibilidad lógica de que tenga jurisdicción sobre sus fieles para “coaccionar la fe”. Pero, como hemos visto, parece que la Iglesia nunca ha pretendido *de manera definitiva* poseer una jurisdicción de este tipo “así propiamente descrita”¹⁰⁹.

Además, el contraste entre un modelo de libertad religiosa “centrado en la jurisdicción” y otro “centrado en la persona” no es absoluto. De hecho, el enfoque de Santo Tomás no niega la relevancia de la jurisdicción, que es precisamente lo que le permite un tratamiento de los infieles diferenciado respecto de los herejes y apóstatas. Los infieles “*de ninguna manera* deben ser forzados a creer”¹¹⁰, por razones que, según Finnis, son “centradas en la persona”: porque “creer es acto de la voluntad”¹¹¹; pero en el caso de los herejes y apóstatas, “deben ser forzados, incluso físicamente, a cumplir lo que prometieron y a mantener lo que una vez aceptaron”¹¹².

Con otras palabras, no es una cuestión esencialmente de jurisdicción, ni tampoco de forzar a creer en cuanto tal, sino de obligar a cumplir una obligación basada en una promesa. Sin embargo, Finnis piensa que, en esto último, Tomás de Aquino yerra. *Dignitatis humanae*, en cambio, “generaliza [...] este argumento indiferente o trascendente respecto de la jurisdicción”¹¹³, al extenderlo desde solo los infieles a toda persona humana. En efecto, el mismo bien humano de la religión (descrito más arriba: dignidad, responsabilidad, autenticidad en la búsqueda y compromiso en materia religiosa), “que excluye incondicionalmente tratar de coaccionar a alguien para que crea [*coerce... into faith*], excluye igualmente tratar de coaccionar a alguien para que *retorne a la fe* [*coerce... back to faith*]”¹¹⁴. Es verdad que las conclusiones de *Dignitatis humanae* “alcanzan solamente al Estado [...] y otros cuerpos

108 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 566, énfasis en el original.

109 Ibidem, énfasis en el original.

110 *Suma Teológica*, II-II, q. 10, a. 8c.

111 Ibidem.

112 Ibidem.

113 Finnis, J. “Reflections and Responses”. Ob. cit., 577.

114 Ibidem.

sociales”¹¹⁵; pero la premisa de donde fluyen esas conclusiones “alcanza a la Iglesia y al Estado por igual, unidos o por separado”¹¹⁶. No existe diferencia entre que el intento de “coaccionar la fe” sea llevado a cabo “por la Iglesia (u otra agrupación religiosa) o por el gobierno o la ley del Estado en interés del Estado o en interés de la Iglesia (o, a sugerencia de la Iglesia, en interés de la persona en cuestión)”¹¹⁷. En cambio, si la acción de la Iglesia en respuesta a la herejía o a la apostasía de un católico es “llevada a cabo apropiadamente por las autoridades de la Iglesia, no es ni *intentada* ni *justificada* como coacción de la fe [*coercive of belief*]”¹¹⁸. En efecto, como hemos visto, aunque se las llame “penas” o “coacción” en el derecho canónico, “no tienen el objeto preciso o la intención ulterior de coaccionar a esa persona para que retorne a la fe, y no podría tener ese objeto o intención de manera consistente con la premisa de principio enseñada por *DH*”¹¹⁹. Se trata más bien, como hemos visto, de “señalar la incompatibilidad de la increencia externamente manifestada con la pertenencia a la Iglesia y de proteger a la comunidad eclesial de los efectos de esa incompatibilidad”¹²⁰.

Como se ve, la cuestión jurisdiccional sí juega un papel en la elaboración de Finnis: convierte las penas canónicas, impuestas por la Iglesia a sus fieles, en actos *no coactivos*, sino de simple orden interno de una asociación voluntaria. Nótese, con todo, que su licitud también depende de que no intentan *de suyo* “coaccionar la fe”, convertir, traer de vuelta a la fe, al hereje o apóstata, sino que, a lo más, esto último puede ser un efecto colateral bienvenido.

4. Conclusión: la restricción prudencial de un derecho natural a la libertad religiosa

De los análisis precedentes podemos sacar en limpio, entre otras cosas de las mencionadas, lo siguiente:

- 1º Que el derecho natural a la libertad de conciencia entendido como *inmunidad de coacción en materia religiosa* no es uniforme, a diferencia de como lo son otros derechos naturales correspondientes a algún absoluto moral.

115 *Ibidem*.

116 *Ibidem*.

117 *Ibidem*.

118 *Ibidem*.

119 *Ibidem*.

120 *Ibidem*.

- 2º Que ese derecho, concebido de manera muy restrictiva por Finnis (y más por Pink), es compatible con que la Iglesia ejerza una potestad punitiva sobre sus fieles (aunque no se llame coacción o precisamente por eso), no directamente ordenada a convertirlos o a traerlos de vuelta a la fe, sino a proteger el orden eclesial y las condiciones de pertenencia a la Iglesia.
- 3º Que ese derecho es compatible con un régimen de cristiandad sacra, porque, en ese caso, el Estado ejerce sobre los ciudadanos –no es relevante si son o no bautizados– una potestad propia (no delegada por la Iglesia, como piensa Pink) de coaccionarlos para proteger la verdadera fe en cuanto elemento esencial del bien común temporal en un régimen de cristiandad sacra; en tal caso, el poder estatal sí es competente en materia religiosa, aunque indirectamente: en cuanto que la religión –análogamente a la ideología liberal en los Estados modernos– es constitutiva de la identidad de un pueblo y de su bien común temporal.
- 4º Que ese derecho es compatible con que los gobernantes católicos adapten la imposición de castigos por un delito –independientemente justificados por su fin retributivo, sin aumentar la penalidad– a alguna modalidad que facilite, indirectamente, que los castigados reflexionen sobre la verdad de la fe católica y, como efecto secundario, lleguen a abrazar la fe o a retornar a ella; en tal caso, la coacción indirecta o colateral, compatible con *DH* y apoyada en Trento, es parte de la potestad civil y se puede ejercer también sobre católicos y no católicos.
- 5º Que, asimismo, las autoridades civiles pueden imponer coactivamente la participación en actividades que faciliten a los ciudadanos (*v. gr.*, presos o soldados) verse expuestos a los argumentos de la fe, como conferencias o películas o programas de televisión o textos escolares, con la esperanza de que se produzca en algunos el efecto colateral de su adhesión libre a la fe; naturalmente, para este efecto es esencial que los gobernantes sean católicos.
- 6º El *Catecismo de la Iglesia católica* ha confirmado el carácter *no uniforme* del derecho a la libertad religiosa, porque: (i) reafirma el deber social de la religión, es decir, de la sociedad respecto de la verdadera religión¹²¹; (ii) expresamente señala que “no es ni la permisión moral de adherirse al error [...] ni un supuesto derecho al error [...], sino un derecho natural de la persona humana a la libertad civil, es decir, a la *inmunidad de coacción exterior*, en los justos límites, en materia

121 *Catecismo de la Iglesia católica*, n. 2104-2109.

religiosa por parte del poder político”¹²², donde se advierte el criterio jurisdiccional (no se refiere a la Iglesia); y, finalmente, (iii) está sometido a “justos límites” que “deben ser determinados para cada situación social por la prudencia política, según las exigencias del bien común, y ratificados por la autoridad civil según ‘normas jurídicas, conforme con el orden objetivo moral’”¹²³. Con otras palabras, hasta dónde llega la *inmunidad de coacción* es algo que no depende solo de la dignidad de la persona humana –como sucede con el derecho invariable a no ser asesinado–, que no tiene una exigencia y unos límites uniformes, sino que depende de la situación concreta, apreciada prudencialmente por las autoridades.

Bibliografía

- Alvear Téllez, J. (2013). *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*. Madrid. Marcial Pons.
- Concilio de Trento. “Decreto sobre el Bautismo”. En Denzinger, E. (1963). *El Magisterio de la Iglesia*. 31ª ed. alemana (1958). Barcelona. Herder.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Intention and Identity. Collected Essays: Volume II*. Oxford. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2013). “Reflections and Responses”. En J. Keown y Robert P. George (Ed.). *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis (459-584)*. Oxford University Press.
- Gil Hellín, F. (2008). *Declaratio de Libertate Religiosa Dignitatis Humanae*. Roma. EDUSC.
- Pink, T. (2013). “The Interpretation of Dignitatis Humanae: A Reply to Martin Rhonheimer”. En *Nova et Vetera*. English Edition, Vol. 11, No. 1, 77-121.
- Pink, T. (2013). “The Right to Religious Liberty and the Coercion of Belief: A Note on Dignitatis Humanae”. En J. Keown y Robert P. George (Ed.). *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis (427-442)*. Oxford University Press.
- Pink, T. *John Finnis’s alternative history of Trent* (pro manuscripto).
- Rhonheimer, M. (2011). “Benedict XVI’s ‘Hermeneutic of Reform’ and Religious Freedom”. En *Nova et Vetera*. English Edition, Vol. 9, No. 4, 1029-54.

122 *Catecismo de la Iglesia católica*, n. 2108, énfasis añadido.

123 *Catecismo de la Iglesia católica*, n. 2109, énfasis añadido.

AUTONOMÍA, DERECHOS Y DEBERES. A PROPÓSITO DEL ABORTO Y EL INFANTICIDIO EN COLOMBIA

Andrés Balcázar González*

Universidad de la Sabana, Chía, Colombia

Contacto: andresbalgo@unisabana.edu.co

ORCID: 0000-0002-3282-514.1

Recibido: 8 de agosto de 2022

Aprobado: 26 de agosto de 2022

Para citar este artículo:

Balcázar González, A. (2022). “Autonomía, derechos y deberes.
A propósito del aborto y el infanticidio en Colombia”.

Prudentia Iuris, N. 94, pp.271-308

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.271-308>

Resumen: El objeto de estudio de este trabajo es describir un problema que existe en la teoría general de los derechos fundamentales: ignorar los deberes fundamentales. La discusión que se toma como ejemplo para presentar este problema gira en torno a la despenalización y legalización del aborto y a los diferentes procedimientos a los que ha dado lugar a lo largo del proceso de gestación e incluso después del parto. Específicamente, se analizará si los argumentos y razones que se han utilizado para justificar el aborto, particularmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, son los mismos a los que se ha acudido para defender el “aborto por nacimiento parcial” y

* Abogado y Magíster en Filosofía de la Universidad del Rosario. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de la Sabana, Chía, Colombia.

el “aborto después del nacimiento”. Finalmente, se estudiará si en tales argumentos se ha dado cuenta de la existencia y relevancia de los deberes fundamentales.

Palabras clave: Aborto por nacimiento parcial, Aborto después del parto, Persona, Vida, Derecho a decidir, Deberes fundamentales.

Autonomy, rights and duties. About abortion and infanticide in Colombia.

Abstract: This work aims to describe a problem that exists in the general theory of fundamental rights: ignoring fundamental duties. The discussion that is taken as an example to present this problem is about the decriminalization and legalization of abortion and the different procedures it has given rise to throughout the gestation process and even after childbirth. Specifically, it will be analyzed whether the arguments and reasons that have been used to justify abortion, particularly in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, are the same that have been used to defend “partial birth abortion” and “abortion after birth”. Finally, it will be studied whether in such arguments the existence and relevance of fundamental duties has been realized.

Keywords: *Partial birth abortion, After birth abortion, Person, Life, Right to choose, Fundamental duties.*

Autonomía, diritte e doveri. A proposito di aborto e infanticidio in Colombia.

Sommario: L’oggetto di studio di questo lavoro è descrivere un problema che esiste nella teoria generale dei diritti fondamentali: ignorare i doveri fondamentali. La discussione che viene presa come esempio per presentare questo problema ruota attorno alla depenalizzazione e legalizzazione dell’aborto e alle diverse procedure che ha dato origine durante il processo di gestazione e anche dopo il parto. Nello specifico, si analizzerà se gli argomenti e le ragioni che sono state utilizzate per giustificare l’aborto, in particolare nella giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana, sono gli stessi che sono stati usati per difendere “l’aborto parziale alla nascita” e “l’aborto dopo la nascita”. Infine, si studierà se tali argomenti si sia realizzata l’esistenza e la rilevanza di doveri fondamentali.

Parole chiave: Aborto a nascita parziale, Dopo la nascita aborto, Persona, Vita, Diritto di scelta, Doveri fondamentali

I. Introducción

Detrás del debate sobre el aborto subyacen diferentes concepciones sobre la persona humana¹, que es a quien, en principio, tanto moral como jurídicamente se reconoce la dignidad humana y el derecho a la vida². Esta es la razón por la cual, una vez superadas las discusiones sobre si el aborto supone o no la eliminación de una vida humana, el debate se ha concentrado en determinar si el ser humano por nacer es o no persona³.

En efecto, mientras para algunos todo ser humano es una persona y, por tanto, es digno y tiene derecho a la vida⁴, otros consideran que no es así y aducen que, en ocasiones, no hay nada reprochable en matar a algunos seres humanos⁵. En el desarrollo de este debate han influido, entre otros, los argumentos de Locke⁶, quien distinguió entre ser humano, miembro de la especie humana y persona, así como las respuestas que han ofrecido a esta postura distintos autores⁷.

1 Cfr. Bloom, P. (2004, 10 de septiembre). “The Duel Between the Body and the Soul”. *The New York Times*, Section A, 25.

2 Resulta difícil ofrecer una definición precisa de aborto. Desde el punto de vista médico, parece entenderse como la terminación voluntaria o espontánea del embarazo antes de la semana veinte (20) de gestación o de que el feto supere los 500 gramos de peso [cfr. Cunningham, F.; Leveno, K. J.; Bloom S. L.; Hauth, J. C.; Gilstrap, L. C. y Wenstrom, K. D. (2010). *Williams Obstetrics*. 23rd ed. New York. McGraw-Hill], por cuanto con posterioridad a ese momento se presentaría un nacimiento pre-término. Sin embargo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) no ofrece una definición específica de lo que es el aborto [como en cambio sí lo hacía antes, cfr. OMS (1970). *Serie de Informes Técnicos* (Nro. 461), Ginebra] y señala que restringir el aborto con base en la edad gestacional carece de fundamento fáctico [cfr. OMS (2022). *Abortion guidelines*. Ginebra, numeral 2.2.3., 66].

3 Cfr. Zambrano, M. P. y Sacristán, E. (2012). “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 134, 715-759.

4 Cfr. Finnis, J. y George, R. P. (2021). *Amici Curiae* in support of petitioners. Supreme Court of the United States. *Thomas E. Dobbs, et al. v. Jackson Women’s Health Organization, et. al.*

5 Singer, P. (1995, septiembre 16). “Killing Babies is Not Always Wrong”. En *The Spectator*, 20-22; Pieter, J. J. S. y Verhagen, E. (2010). “The groningen protocol-euthanasia in severely ill newborns”. En *New England Journal of Medicine*, 352, (10), 959-962.

6 Locke, J. (1689). “Book I. Neither Principles nor Ideas are Innate. Chapter XXVII. Of Identity and Diversity”. En *Concerning Human Understanding*, en *Complete Works of John Locke*. Ed. Delphi Classics, Series Eight, Version 1, 2017, 306-324.

7 Cfr. Spaemman, R. (1989). “Lo natural y lo racional”. En Spaemman, R.; Innerarity, D.; Alvira, R. y Olmo, J. (Eds.). *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*. Rialp; Kreeft, P. (1990). “Human Personhood Begins at Conception”. En *Journal of Biblical Ethics in Medicine*, 8-13; Schwartz, S. (1998). “Personhood Begins at Conception”. En Pojman, L. P. & Beckwith, F. (Eds.). *The Abortion Controversy. 25 Years after Roe vs. Wade*. Canadá. Wadsworth Publishing Company; Lee, P. (2004). “The Pro-Life Argument from Substantial Identity: A Defence”. En

En este artículo no se pretende abarcar directamente esta discusión. Únicamente busca analizar cómo, con fundamento en la distinción mencionada, los argumentos que se han utilizado para justificar el aborto y el feticidio —especialmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana— también han sido invocados por otros para justificar el llamado “aborto por nacimiento parcial” y el “aborto después del nacimiento”. Lo anterior, a efectos de demostrar de qué forma quienes legitiman tales procedimientos, y especialmente quienes los justifican a partir de la autonomía de la mujer, han omitido considerar los deberes fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, en la primera sección del texto se expondrán brevemente algunos de los principales argumentos que se han utilizado para promover la despenalización del aborto en Colombia. En la segunda parte, se pondrá de presente cómo esos mismos argumentos han sido empleados por algunos autores para justificar el “aborto por nacimiento parcial” y el “aborto después del nacimiento”. En la tercera sección del texto se mostrará cómo, con fundamento en esos mismos argumentos, podrían permitirse tanto el “aborto por nacimiento parcial”, como “el aborto después del nacimiento” o el infanticidio. En la última sección, se analizará cómo en los argumentos utilizados en favor de las prácticas o procedimientos mencionados, aparece un denominador común, cual es ignorar la existencia de los “deberes fundamentales”. Esto, a pesar de que aquellos tengan sustento normativo en algunas Constituciones, como la de Colombia de 1991, y en los tratados internacionales de derechos humanos.

II. Los argumentos principales con los que se justifica el aborto

1. *El aborto no provoca la muerte de una persona humana*

En Colombia, inicialmente, los defensores del aborto afirmaron que el *nasciturus* no era un ser vivo o, como se sostuvo en la demanda que dio lugar a la sentencia con la que se “despenalizó” excepcionalmente esta conducta (C-355 de 2006), que no es un ser humano. Sin embargo, transcurridos al-

Bioethics, 18 (3), 249-263; George, R. P. y Lee, P. (2005). “The Wrong of Abortion”. En Cohen, A. I. y Wellman, C. (Eds.). *Contemporary Debates in Applied Ethics*. New York, N. Y. Blackwell Publishers, 4-16.

gunos años y ante la evidencia científica, estas mismas personas pasaron a reconocer que sí lo era⁸.

Así, en pleno siglo XXI, está fuera de la discusión científica que la vida humana no comienza con el nacimiento, sino con la concepción. Incluso sin perjuicio de que se sostenga que ésta ocurre con la fertilización del óvulo⁹ o con la implantación del óvulo fecundado en el útero materno¹⁰. Por este motivo, carece de fundamento afirmar que aún no hay certeza sobre cuándo comienza la vida humana.

Sin embargo, así lo hizo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en la sentencia relativa al famoso caso *Roe vs. Wade* (1973)¹¹ –re-cientemente revocada por medio del fallo *Dobbs vs. Jackson Women’s Health Organization* (2022)¹²–. Como también la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-355 de 2006¹³ y, nuevamente, en la Sentencia C-055 de 2022¹⁴.

Aun así, debe recordarse que aquello que hace del aborto un acto inherentemente distinto a cualquier otro, es que, precisamente, destruye un ser humano por nacer¹⁵. Por razón de ello, actualmente en Colombia la mayoría de los defensores del aborto—como en otras latitudes¹⁶— han aceptado que el ser humano existe y está vivo desde el momento de la concepción¹⁷.

8 Rodríguez, D. (2011, 31 de mayo). “A la mujer no la dejan decidir sobre su cuerpo”. *El Tiempo*.

9 Moore, K. L.; Persaud, T. V. N. (Vid); Torchia, M. G. (2016). *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*. Philadelphia, Elsevier.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (párrafo 180).

11 United States Supreme Court (SCOPUS). *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

12 SCOPUS. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*. 597 U.S. (2022).

13 Sentencia C-355 de 2006: “[...] determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”.

14 Sentencia C-055 de 2022: “El concepto de existencia no permite un óptimo constitucional, dado que no otorga una adecuada relevancia a las razones que fundamentan los cargos de inconstitucionalidad que fueron ampliamente analizados. Además, le es propio un problema de indefinición, de carácter moral, filosófico o ético, acerca de en qué momento inicia la vida, aspecto que escapa a la competencia de esta Corte” (párrafo 611).

15 Cfr. SCOPUS, *Roe v. Wade; Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization y Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*. 505 US. 833 (1992).

16 Cfr. Thompson, J. (1971). “A defense of abortion”. En *Philosophy & Public Affairs I*, No. 1 (Fall 1971).

17 Cfr. Finnis, J. (1973, winter). “The Rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thompson”. En *Philosophy & Public Affairs*, 2 (2), 117-145.

Pero entonces, si está vivo y es un ser humano, ¿cómo puede ser lícito o legítimo, aunque sea en algunas circunstancias, despenalizar el aborto?

El primer argumento esgrimido por quienes defienden el aborto es el siguiente: un óvulo fecundado, un embrión, es un ser humano en gestación y está vivo, pero no es una persona¹⁸. Dado que no es una persona, no es sujeto de derechos y, más concretamente, no tiene derecho a la vida¹⁹.

Siguiendo esta misma lógica, en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional cambió la postura sentada en sentencias anteriores²⁰. En su lugar, sostuvo que, en tanto el *nasciturus* no es una persona, no puede penalizarse totalmente el aborto. Existen, concluyó, casos en los que los derechos fundamentales de la madre inevitable e indefectiblemente se oponen al “bien jurídico” (no derecho) que supone la vida del no nacido. Fue así como se concedió la razón a los entonces accionantes, para quienes “la libertad y la autonomía de la mujer deben primar sobre cualquier concepción moral de vida”²¹.

Más recientemente, en la Sentencia C-055 de 2022, la Corte reiteró esta premisa. Sin embargo, ahora concluyó que la mera “existencia” del ser humano por nacer no es suficiente para restringir los derechos de la madre gestante. Por el contrario, afirmó que la protección de ese ser humano que no es persona “debe ser gradual e incremental, según la etapa de desarrollo del embarazo”²².

Un ser humano vivo y una persona son, así, dos realidades distintas²³. Distinción que a la Corte Constitucional le resulta relevante de cara a establecer la razonabilidad o proporcionalidad de cualquier restricción a la autonomía personal. En este caso, la autonomía de la mujer embarazada a quien se prohíbe o pretende sancionar por abortar. Pero si ello es así, ¿qué significa entonces ser persona?²⁴

Los defensores del aborto coinciden en señalar, a rasgos generales, que persona es aquel ser que: (i) es consciente de sí mismo; (ii) goza de libertad

18 Uprimny, R. (2011, octubre 10). “Estado laico, incertidumbres científicas y aborto”. En *El Espectador*.

19 Cfr. Warren, M. A. (1973). “On The Moral Statues of Abortion”. En *The Monist*. Vol. 57. Women’s Liberation: Ethical, Social and Political Issue, 43-61.

20 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C-198 de 2002.

21 Sentencia C-355 de 2006.

22 Sentencia C-055 de 2022, párrafo 266.

23 El artículo 74 del Código Civil de Colombia (Ley N° 84 del 26 de mayo de 1873) establece, por el contrario, que “[s]on personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

24 Cfr. Zambrano, P. (2018). “Persona y Derecho”. En Vanney, Silva, Franck (Ed.). *Diccionario Interdisciplinar Austral*.

para actuar y de capacidad para hacerlo; (iii) tiene razones para actuar y la capacidad de razonar para hacerlo; (iv) ostenta la habilidad de comunicarse con otros a través del lenguaje; (v) tiene capacidad de hacer juicios morales; y (vi) posee racionalidad²⁵. Propiedades que, precisamente, únicamente le reconocen al ser humano ya nacido.

Aunque la anterior definición acepta diferentes matices y aclaraciones, al mismo tiempo suscita muchos interrogantes relevantes: ¿cómo sostener que ya cumplen estas condiciones todos los niños recién nacidos? ¿Qué decir de las personas mentalmente incapaces, de quienes se encuentran en estado de coma o, incluso, de quienes están embriagados o dormidos? ¿Qué pasa con aquellos que cumplen algunos de estos requisitos, pero adolecen de otros como, por ejemplo, quienes tienen pocas posibilidades de realizar sus expectativas o, en ocasiones, ni siquiera pueden diseñar un plan de vida?

En este artículo tampoco se podrá intervenir directamente en el debate sobre qué tan acertado es equiparar a los no nacidos con los recién nacidos, o sus consecuencias, sobre el cual ya se han pronunciado diferentes autores²⁶. Por el contrario, únicamente se pretende advertir que afirmar que el distinguir entre ser humano y persona humana probablemente es el argumento central para defender el aborto²⁷. En palabras de uno de los dos Magistrados ponentes de la Sentencia C-355 de 2006:

“De aceptarse una tesis contraria, esto es que el *nasciturus* tiene personalidad jurídica[,] sus derechos siempre prevalecerían sobre el de la madre: un ser que no expresó su voluntad para venir al mundo y que además está indefenso; enfrentado a quien lo trajo al mundo sin su voluntad y con más poder que el feto, en caso de conflicto, deberían primar los derechos del más débil”²⁸.

Ahora, el problema con sostener que provocar la muerte de un ser humano antes de que nazca no es matar una persona y no priva a *nadie* de sus derechos, es que esto permite justificar el aborto en todos los casos. Incluso, tanto antes como *durante* y *después* el parto. ¿Por qué?

25 Beauchamp, T. y Leroy, W. (1999). “Abortion and Maternal-Fetal Relations”. En Beauchamp, T. y Leroy, W.; Kahn, J. y Mastroianni, A. C. (Eds.). *Contemporary Issues in Bioethics*. 5th ed. Wadsworth Publishing Company, 189-267.

26 Cfr. Benagiano, G.; Landeweerd, L. y Bronens, I. (2013). “After birth’ abortion: a biomedical and conceptual nonsense” y Rini, R. A. (2013). “Of course the baby should live: against ‘after birth abortion’”. En *J. Med. Ethics*, 39: 353-356.

27 Warren, M. A. (1973). “On The Moral Statues of Abortion”; Dworkin, R. (1993). *Life’s Dominion: An argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. New York. Alfred A. Knopf; Steinbock, B. (2011). *Life Before Birth: The Moral Status of Embryos and Fetuses*. Oxford University Press.

28 Sentencia C-355 de 2006. A.V. del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

Porque aún en esas condiciones, en caso de que ese nuevo ser humano llegare a nacer, ello en todo caso cambiaría, de alguna u otra manera, la vida o el plan de vida, las expectativas, etc., de la madre gestante, afectando *su* autonomía.

Así, con tales argumentos efectivamente ya no es posible aceptar el aborto sólo en “algunas hipótesis extremas” y condicionados, como lo había hecho la Corte Constitucional de Colombia en 2006. También se justificaría aceptarlo durante todo el período en que se entiende que el no nacido, como se sostuvo en la Sentencia C-055 de 2022, todavía carece de autonomía. Incluso, ni siquiera el mismo nacimiento parece un límite o criterio suficiente²⁹, como se explicará más adelante.

2. El no nacido carece de autonomía, al menos hasta cierto momento de la gestación

A semejanza y con fundamento en lo que había hecho la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el pasado³⁰, en la Sentencia C-055 de 2022 la Corte Constitucional sostuvo que lo único que podría justificar prohibir el aborto es la “autonomía” del que está por nacer. Esto, sin perjuicio del momento en que inicie la existencia de la vida humana³¹.

Así, al argumento de conformidad con el cual un ser humano únicamente alcanza la condición de persona al nacer, la Corte agregó: la vida humana en gestación únicamente es digna de protegerse o, al menos, de hacerlo *restringiendo* “la interrupción voluntaria del embarazo”³², si es que esa vida es *viable*.

Para la Corte, esta viabilidad se alcanza “cuando se acredita una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina (cerca a un 50 %), circunstancia que se ha evidenciado con mayor certeza a partir de la semana

29 Cfr. Camosy, C. (2022, 21 de abril). *The Right to a Dead Baby? Abortion, Ableism, and the Question of Autonomy*. Public Discourse. The Journal of the Witherspoon Institute.

30 Cfr. Sentencia C-055 de 2022, párrafos 621 y siguientes. Allí se citan expresamente las sentencias de *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*.

31 Sentencia C-055 de 2022: “El concepto de *existencia* [...] se asocia con el momento en el que inicia la vida, que puede tener como fundamento las nociones de ‘fecundación’ –momento de la fusión del óvulo y del espermatozoide–, ‘concepción’ –momento en el que se forma el cigoto, proceso que, se estima, culmina en las 23 horas siguientes a la fecundación– e ‘implantación’ o ‘anidación’ –proceso en el que el cigoto avanza por las trompas, penetra en el útero y se implanta allí, que puede durar alrededor de 14 días posteriores a la fecundación” (párrafo 606. Se hace referencia allí explícitamente a la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*).

32 Cfr. Sentencia C-055 de 2022, numeral 13.2.3. y párrafo 624.

24 de gestación, que corresponde al estado más avanzado del desarrollo embrionario”³³.

Por ende, para la Corte Constitucional, lo que hace que sea “proporcionado” y “razonable” proteger jurídicamente la vida humana en gestación es que ésta ya sea hasta cierto punto “autónoma”. Mientras no lo sea, pues depende de otros, no solo carece de la condición de persona, sino, también, del “peso”³⁴ que justifica y hace posible su protección jurídica. Se reduce a un “bien jurídico” disponible.

Para la Corte, por lo tanto, proteger la vida humana “en estadios anteriores” de la gestación terminaría afectando “intensamente” los derechos de las mujeres gestantes. Lo que, paradójicamente, querría decir que entre menos dependa de otras vidas o personas, más debe protegerse la vida humana.

3. El aborto es un derecho de la mujer, cuyo fundamento se encuentra en su autonomía, dignidad y otros de sus derechos previamente reconocidos

En la Sentencia C-055 de 2022, la Corte Constitucional también sostuvo que, sin perjuicio de que el *nasciturus* sea viable después de la semana 24, el interés estatal de proteger esa vida en todo caso debe ceder ante los derechos de la mujer cuando se verifica alguna de las causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006³⁵. Lo anterior por cuanto, en criterio de la mayoría: “[...] la decisión de procrear o de no hacerlo es un asunto *personalísimo, individual e intransferible* que se corresponde con una de las dimensiones de los derechos reproductivos, concretamente, la autonomía reproductiva, respecto de la cual le está prohibido intervenir al Estado o a los particulares haciendo uso de la coacción o de la violencia”³⁶.

33 *Ibidem*, párrafos 279, 607 y 609.

34 Cfr. Sentencia C-055 de 2022, párrafo 615.

35 Sentencia C-355 de 2006: “[...] no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

36 Sentencia C-055 de 2022, párrafo 373. Sin embargo, esta afirmación contradice directamente lo dicho en la Sentencia C-355 de 2006: “[...] la vida del *nasciturus* es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador”.

De hecho, en la Sentencia C-355 de 2006 ya se había concluido que “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada”. Haciendo hincapié, especialmente, en los derechos fundamentales de la mujer a la salud, a la vida y a la dignidad humana. Mientras que, en sentencias posteriores, se proclamó que “a partir de la Sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas”³⁷. Derecho que, a su vez, se presentó como “expresión de los derechos reproductivos”³⁸.

Por ende, para la Corte Constitucional, el aborto es un derecho fundamental que surge de “la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones sobre su sexualidad y su reproducción”³⁹. Para cuyo fundamento, además, acudió a otros derechos, como es el caso de la dignidad humana y la autonomía individual; el derecho a la vida digna; el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; los derechos a la intimidad personal y familiar; el derecho a la igualdad; el libre desarrollo de la personalidad; las libertades de conciencia y religión; e incluso los derechos a la seguridad social, la salud y la educación⁴⁰.

Desde esta perspectiva, entonces, el aborto: (i) no implica eliminar una vida o, al menos, matar a una persona humana; (ii) afecta o atenta contra un bien jurídico, pero no contra un ser humano autónomo sino únicamente a partir de la última etapa de la gestación; y (iii) su prohibición supone una restricción tan desproporcionada de la autonomía y de los derechos fundamentales de la mujer, que incluso puede decirse que desconoce un derecho fundamental en sí mismo.

III. Del aborto al “aborto por nacimiento parcial”

El artículo 90 del Código Civil colombiano señala que la existencia legal de la persona comienza al nacer, esto es, “al separarse completamente de su madre”. Para la Corte Constitucional, lo dispuesto en esta norma legítima la práctica del aborto⁴¹ y no contradice la Constitución o los tratados

37 Corte Constitucional, Sentencia T-585 de 2010.

38 Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018.

39 *Ibidem*.

40 *Cfr. ibidem*.

41 Sentencia C-355 de 2006: “De conformidad con nuestro ordenamiento, se concibe

internacionales de derechos humanos, ya que “la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida”⁴².

Sin embargo, como puede advertirse, las citadas premisas justificarían no solo el aborto sino, también, el feticidio e incluso lo que algunos han llamado el “aborto por nacimiento parcial”⁴³. En efecto, la Corte entiende que la “interrupción voluntaria del embarazo” (IVE) es igualmente legítima desde los primeros momentos de la concepción hasta el último día del embarazo y, por esta razón, en la Sentencia C-355 de 2006 no estableció ningún límite para permitir el aborto y, posteriormente, en las Sentencias T-841 de 2011, SU-096 de 2018 y C-055 de 2022, sostuvo que ninguna autoridad (al menos judicial o administrativa) podría hacerlo⁴⁴.

De igual forma, al exhortar al Congreso y al Gobierno Nacional para que formulen e implementen una política pública integral sobre este asunto, la Corte únicamente indicó que allí deben incluirse “medidas que garanticen los derechos de los nacidos en circunstancias de gestantes que desearon abortar”⁴⁵. Pero sin mencionar medidas dirigidas a proteger a los niños todavía no nacidos, ni siquiera con posterioridad al momento de “viabilidad” allí determinado⁴⁶. Reiterando, así, que en Colombia rige un sistema de causales para el cual no existe “una regla general” que impida el aborto “después de cierto de tiempo de gestación”⁴⁷.

Ahora bien, si el límite del aborto o de “la interrupción voluntaria del embarazo” es el nacimiento, ¿qué sucede con el “aborto” que se realiza en el momento del parto?

como persona, aquel ser humano que se ha separado del vientre de su madre y ha subsistido por un segundo siquiera”.

42 Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 2016.

43 En Colombia se recomienda la práctica del feticidio antes de la terminación del embarazo farmacológico en edades gestacionales superiores a 23 semanas, “para evitar la viabilidad al momento de la expulsión” y por cuanto “[e]l adelanto del parto con un producto vivo como resultado final, no se considera una IVE” (interrupción voluntaria del embarazo). Cfr. Ministerio de Salud y Protección Social (2014). *Prevención del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el Sector Salud*. Bogotá, Colombia. Gobierno de Colombia.

44 Únicamente en la Sentencia T-532 de 2014 una Sala de Revisión (integrada por tres Magistrados) de la Corte advirtió que la ausencia de un límite temporal para la práctica del aborto resultaba problemática. Por este motivo, decidió instar al Congreso de la República a regular el asunto (resuelve Octavo). Sin embargo, esta decisión fue ignorada en las decisiones posteriores.

45 Cfr. C-055 de 2022, resuelve Segundo.

46 Por el contrario, en Estados Unidos se ha protegido o pretendido proteger a los bebés que sobreviven a una tentativa de aborto, prohibiendo darles muerte y obligando a los profesionales de salud a velar por su protección [cfr. 107th Congress Public Law 107-207. Born-Alive Infant Protection Act (2002); 117th Congress. H. R. 619. Born-Alive Abortion Survivors Act].

47 Sentencia C-055 de 2022, párrafo 493.

El “aborto por nacimiento parcial” no es un concepto técnico. Es la forma en que se ha terminado por denominar la “Dilatación y Extracción Intacta” (DEI)⁴⁸, un procedimiento abortivo que se utiliza normalmente hacia el final del segundo trimestre del embarazo⁴⁹. Es similar al proceso de dar a luz, por cuanto el feto permanece intacto casi hasta el final del parto. Pero su resultado es semejante al del aborto, dado que el feto muere antes de ser completamente extraído del vientre materno⁵⁰.

Según algunos autores, el término fue acuñado por primera vez por parte de los movimientos y políticos “provida” a mediados de los años noventa⁵¹ y, desde entonces, dio lugar a un debate político y jurídico que todavía no concluye.

Como en el caso del aborto, negando la condición de persona y sujeto de derechos del no nacido, los promotores del aborto por nacimiento parcial afirman que la decisión de practicarlo debería corresponder exclusivamente a las mujeres y a sus médicos⁵². En el mismo sentido, sostienen que “el derecho de una mujer que aborta surge de su derecho a la privacidad”⁵³. Por lo tanto, consideran que su prohibición compromete estos derechos, además de poner en riesgo la práctica de otros procedimientos médicos⁵⁴.

De igual forma, agregan que la prohibición de esta práctica supone una injusta “intimidación” al personal médico⁵⁵. Como incluso hay quienes sostienen que la denominación mencionada supone un discurso manipu-

48 Distintos autores señalan que este procedimiento se dio a conocer especialmente con la presentación del texto titulado “Dilation and extraction for late second trimestre abortion”, por parte del Dr. Martin Haskell, en septiembre de 1992. Cfr. Bernadi, B.; Boughter, D.; Brown, S. y otros (2012). “Abortion, Partial-Birth Abortion, and Adolescent Access to Abortion: An Overview for Social Workers”. En *Journal of Human Behavior in the Social Environment*, Nro. 22:8, 947-959.

49 La explicación de este procedimiento radica en el hecho de que, si un bebé sobrevive a un aborto después del segundo trimestre, lo común es que no se le mate con posterioridad. Cfr. *idem*, 27.

50 Giubilini, A. y Minerva, F. (2016). “Partial Birth Abortion and After-birth abortion”. En H. LaFollette (Ed.). *The International Encyclopedia of Ethics*. John Wiley & Sons, Ltd.

51 Cfr. Ziegler, M. (2020). “Partial-Birth Abortion and Who Decides the Costs and Benefits”. En *Abortion and the Law in America: Roe v. Wade to the Present*. Cambridge. Cambridge University Press, 150-180.

52 Cfr. Jofee, F. (2018). “Partial-birth abortion is it legally and ethically justifiable? Lessons from South Africa”. En *S Afr J Bioethics Law* No. 11(2): 96-101.

53 Kushnir, T. F. (2004). “It’s my body, it’s my choice: the partial-birth abortion ban act of 2003”. *Loyola University Chicago Law Journal*, 35(4), 1117-1188, 118.

54 Cfr. Jofee, F. (2018). “Partial-birth abortion is it legally and ethically justifiable?”. *Ob. cit.*

55 Cfr. Greene, M. F. (2007). “The intimidation of American physicians-banning partial-birth abortion”. En *N Engl J Med*. May 24; 356(21): 2128-9.

lativo⁵⁶. Denuncian, así, que es su prohibición lo que puede conducir a la “muerte parcial” del derecho a abortar⁵⁷.

Asimismo, se ha afirmado que se trata de un procedimiento “más humano” que otros, en tanto no supone quemar o desmembrar previamente al no-nacido, y facilita su entierro digno. Al mismo tiempo que se insiste en distinguirlo del infanticidio o del neonaticidio, precisamente en atención a que el procedimiento se ejecuta en el momento del parto⁵⁸.

Por ende, para algunos, la DEI es el procedimiento más seguro y recomendable para el último trimestre del embarazo, especialmente, para mujeres con ciertas condiciones médicas, y afirman que en Estados Unidos su uso era frecuente⁵⁹, al menos hasta el año 2003⁶⁰.

A pesar de lo anterior, Estados Unidos es, tal vez, el único país del mundo donde el aborto por nacimiento parcial se encuentra proscrito y penalizado⁶¹. Esto se hizo primero en al menos treinta Estados de ese país y finalmente a nivel federal en el año 2003⁶², con un apoyo popular considerable, por medio de una ley en donde se le describe como

“[...] un aborto en el cual un médico deliberada e intencionalmente promueve el parto vaginal de un niño vivo y por nacer hasta que toda la cabeza del niño está fuera del cuerpo de la madre, o hasta que cualquier parte del tronco del niño más allá del ombligo está fuera del cuerpo de la madre, y solo queda la cabeza dentro del útero, con el propósito de realizar un acto manifiesto (generalmente la punción de la parte posterior del cráneo del niño y la extirpación del cerebro del bebé), que la persona sabe que matará al infante parcialmente expulsado, realiza este acto y luego completa la expulsión del infante muerto”⁶³.

56 Ivey, R. (2008). “Destabilizing Discourses: Blocking and Exploiting a New Discourse at Work in *Gonzales v. Carhart*”. En *Virginia Law Review*, Vol. 94, No. 6, 1451-1508.

57 Cfr. R. Alta Charo, J. D. “The Partial Death of Abortion Rights”. En *The New England Journal of Medicine*, 356, 21, 2125-2126.

58 Ídem, 52.

59 Aunque no exista certeza al respecto, algunos sostienen que para el año 2001 en los Estados Unidos se practicaban miles de DEI anualmente. Cfr. Hefferman, L. (2001). “Stenberg v. Carhart; a divided U.S. Supreme Court debates partial birth abortion”. En *Modern Law Review*, 64, 618-627; y Ziegler, M. (2020). “Partial-Birth Abortion and Who Decides the Costs and Benefits”. Ob. cit.

60 *Ibidem*.

61 Ídem, 52.

62 Cfr. Partial Birth Abortion Ban of 2003, 108th Congress, Public Law 108-105, 11 de mayo de 2003. Normas semejantes se habían aprobado por el Congreso previamente, pero luego habían sido vetadas por el entonces Presidente Clinton.

63 *Ibidem*, Section 2. Findings (1).

Como fundamento central de su prohibición, el Congreso indicó que existía un consenso moral, médico y ético que encontraba esa práctica “repugnante e inhumana” y “nunca médicamente necesaria”⁶⁴.

La citada ley federal fue controvertida ante los tribunales, haciendo que su aplicación fuera suspendida temporalmente. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia la encontró conforme a la Constitución en la sentencia *Gonzales, Attorney General vs. Carhart* (2007).

Como argumento central para adoptar esta decisión, la Corte explicó que esa norma no contradecía el precedente sentado en la sentencia *Stenberg vs. Carhart* (2000), por medio de la cual se había declarado inconstitucional la prohibición del aborto por nacimiento parcial en el Estado de Nebraska, ya que adoptaba un lenguaje distinto y más preciso.

Así, en esta nueva reiteró que el Estado sí tiene un interés legítimo y válido en la protección de la vida humana en gestación (como ya se había dicho en *Roe vs. Wade*). Con base en ello, concluyó que el Congreso está autorizado para prohibir un procedimiento que provoca la muerte de un ser humano al momento del parto. También advirtió que el hecho de que existan dudas sobre la necesidad y la conveniencia médica de esa práctica debe resolverse en favor, y no en contra, de ese interés estatal.

La decisión del caso *Gonzales vs. Carhart* ha sido objeto de una gran controversia. Mientras algunos la aplauden y otros la critican, también hay quienes señalan que es un proceso tan excepcional que su prohibición es inane y tiene un efecto apenas simbólico⁶⁵. Finalmente, algunos incluso niegan que el aborto por nacimiento parcial sea un tipo de aborto, por lo que reprochan que la Corte haya confundido ambas cosas⁶⁶.

En el caso colombiano, por el contrario, la Corte Constitucional permite el aborto cuando se verifica alguna de las causales señaladas hasta el noveno mes de embarazo⁶⁷ –aun cuando ello solo pueda hacerse por vía de cesárea⁶⁸ o exija un feticidio previo⁶⁹. Pero también autoriza el aborto sin causales o requisitos hasta la semana 24. Así, debe interpretarse que también entiende legítimo el aborto por nacimiento parcial, en tanto que

64 El Congreso del Estado de Mississippi utilizó argumentos y términos semejantes para prohibir el aborto después de la semana quince (15) de gestación. Cfr. SCOPUS, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*.

65 Cfr. Ídem, 52.

66 Calhoun, S. (2010). “‘Partial-Birth Abortion’ Is Not Abortion: Carhart II’s Fundamental Misapplication of ROE”. *En Mississippi Law Journal*, Vol. 79, 775, 83-149.

67 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-209 y T-946 de 2008, T-841 de 2011, T-301 de 2016 y SU-096 de 2018.

68 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009.

69 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-301 de 2016 y SU-096 de 2018.

éste efectivamente se realiza antes que el no-nacido adquiriera la calidad de persona.

¿Pero por qué parar ahí? ¿Qué es lo que sucede cuando se alcanza la llamada “viabilidad” o cuando el ser humano se ve completamente separado del cuerpo de su madre, que hace que ya no sea jurídicamente legítimo quitarle la vida?

Como explicaba Peter Singer⁷⁰, lo cierto es que al momento de nacer un bebé simplemente ha cambiado de *lugar*, pasando de estar en el vientre materno a no estarlo. Así que, ¿cómo puede ser *eso* la base para adjudicarle personería moral y, de igual forma podemos agregar, personería jurídica?

No será esta la ocasión para analizar en detalle los argumentos de quienes defienden que el parto sí determina un cambio en el estatus moral del ser humano⁷¹. Como, tampoco, de quienes los contradicen⁷². Aquí únicamente se pretendió explicar cómo los argumentos antes señalados para justificar el aborto también podrían ser utilizados para legitimar el aborto por nacimiento parcial. Incluso, como se verá a continuación, también el llamado “aborto después del nacimiento”.

IV. Del aborto por nacimiento parcial al aborto después del nacimiento o el infanticidio

El aborto después del nacimiento (ADN) es un polémico concepto acuñado por Giubilini y Minerva en el año 2012⁷³. Con él, pretenden describir un *hipotético* procedimiento clínico supervisado medicamente y regulado legalmente, dirigido a causar la muerte de un recién nacido por una razón médica o social⁷⁴.

Sus autores pretenden distinguirlo del infanticidio o de la eutanasia neonatal, entendiendo el primero como el acto de matar a un infante sin que necesariamente exista un procedimiento médico y una regulación legal previa, que además se realiza en formas moralmente inaceptables; mientras el segundo, como un acto médico y regulado por la ley, que termina la vida

70 Cfr. Singer, P. (1979). *Practical Ethics*. Cambridge. Cambridge University Press.

71 Cfr. Rini, R. A. (2013). “Of course the baby should live: against ‘after birth abortion’”. Ob. cit.

72 Cfr. Finnis, J. (1998, spring). “Public Reason, Abortion, and Cloning”. En *Valparaiso University Law Review*. Volumen 32 (2), 361-382.

73 Cfr. Giubilini, A. y Minerva, F. (2012). “After-birth abortion: why should the baby live?”. En *Journal of Medical Ethics*, Nro. 39, 261-263.

74 Ídem, 48.

del recién nacido afectado por una enfermedad terminal y que experimenta intensos sufrimientos⁷⁵.

Giubilini y Minerva defendieron esta propuesta por segunda vez en el año 2012⁷⁶ y, posteriormente, en el año 2016, por medio de un escrito en el que también analizaron el aborto por nacimiento parcial. Relacionando ambos procedimientos, sostuvieron que los riesgos que puede suponer para la mujer la práctica de una dilatación y extracción intacta (DEI) o de un aborto por nacimiento parcial no deben analizarse comparándolos con los de una dilatación y extracción (DE), que para ese momento de la gestación ya no resulta posible, sino, precisamente, con un aborto por nacimiento parcial (ANP), en caso de que este sea posible. Además, destacaron que, así como una DEI es menos invasiva y más segura que una DE, un ANP es más seguro y claramente menos invasivo que una DEI⁷⁷.

Aunque la sola idea del aborto después del nacimiento pueda ser motivo de sorpresa e incluso de escándalo⁷⁸ –algunos lo consideran un auténtico infanticidio⁷⁹–, lo cierto es que ésta no es mera teoría, sino que ya ha comenzado a tener alguna incidencia práctica⁸⁰. Pero más allá de eso, debe señalarse que su justificación también se construye sobre la argumentación utilizada para justificar el aborto. En efecto,

“Si criterios tales como los costos (sociales, psicológicos, económicos) para los potenciales padres son suficientes razones para tener un aborto aun cuando el bebé está sano, si el estatus moral del recién nacido es el mismo que el de un infante y ninguno de los dos tiene ningún valor moral por el hecho de ser una persona en potencia, entonces las mismas razones que sirven para justificar el aborto también deberían servir para justificar el asesinato de la persona en potencia cuando está en el estado de recién nacido”⁸¹.

Esta propuesta ha sido fuertemente cuestionada tanto por los opositores como por los partidarios del aborto. Los primeros, por cuanto | con-

75 Cfr. ídem 71.

76 Giubilini, A. y Minerva, F. (2012). “Defending after-birth abortion: responses to some critics”. *Monash Bioethics Review*, Nro. 30 (2), 49-61.

77 Ídem, 48.

78 Cfr. George, R. P. (2013). “Infanticide and madness”. En *Journal of Medical Ethics*, 39(5), 299-301.

79 Benagiano, G.; Landewwerd, L. y Brosens, I. (2013). “After birth abortion’: a biomedical and conceptual nonsense”. Ob. cit.

80 Cfr. California Legislature, Assembly Bill 2223 (introduced February 15, 2022). En: Bill Text - AB-2223 Reproductive health. (ca.gov); “Pregnant Person’s Freedom Act of 2002”. Cfr. House Bill 0626 y Senate Bill 0669. En: Legislation - HB0626 (maryland.gov)

81 Ídem 71, 3.

sideran que lleva la lógica del aborto hasta sus últimas consecuencias. Los segundos, en tanto advierten que así se refuerza una antigua crítica o temor de los “provida”: que toda excepción a la protección del derecho a la vida conduce a otra probable, como en una especie de *pendiente resbaladiza*⁸².

Sin embargo, esto no sorprende a Giubilini y Minerva pues, explican, si se equiparan el feto y el no nacido, entonces deben aceptarse tanto el aborto como el aborto después del nacimiento o, por el contrario, deben rechazarse ambas prácticas⁸³.

De conformidad con lo anterior, sugieren que las tres cuestiones éticas y filosóficas que suscitan el concepto y la práctica del aborto después del nacimiento son las siguientes: (i) si, para efectos de su definición, el “individuo” cuya vida se termina con tal procedimiento debe considerarse un feto, un recién nacido u otra cosa; (ii) si hay alguna diferencia *moral* entre el aborto, el aborto por nacimiento parcial y el aborto después del nacimiento; y (iii) si el hecho de que en el aborto por nacimiento parcial el parto ya esté en curso tiene alguna consecuencia moral⁸⁴.

Coincidiendo con su respuesta a estas preguntas, Peter Singer también había afirmado que “los bebés humanos no son conscientes de sí mismos, o capaces de entender su existencia en el tiempo. No son personas [... así que] la vida de un recién nacido tiene menor valor que la vida de un cerdo, un perro o un chimpancé”⁸⁵. Mientras que, en su momento, Jeffrey Reiman expuso que un bebé no tiene más derechos, no es más titular de respeto, en los minutos, horas o días, o semanas, después de su nacimiento, que en los minutos, horas o días previos⁸⁶.

Por lo tanto, para justificar el aborto después del nacimiento Giubilini y Minerva afirman (i) que el estatus moral de un recién nacido es igual al de un feto, lo que significa que ninguno de los dos “puede ser considerado una ‘persona’ en un sentido moralmente relevante” y (ii) que “no es posible dañar a un recién nacido al prevenirlo de desarrollar su potencia para ser

82 Cfr. Cooney, W. (1991). “The Fallacy for all Person denying arguments for abortion”. En *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 8, No. 2, 161-165.

83 Cfr. ídem, 74; Rini, R. A. (2013). “Of course the baby should live: against ‘after birth abortion’”. Ob. cit., 356.

84 Ídem, 48.

85 Singer, P. *Practical Ethics*. Ob. cit., 122. Cfr. Kuhse, H. y Singer, P. (1985). *Should the baby live? The problems of handicapped infants*. Oxford University Press, y McMahan, J. (2007). “Infantice”. En *Utilitas* Nro. 19, 131-59.

86 Cfr. Reiman, J. (1999). *Abortion and How We Value Human Life*. Rowman y Littlefield.

persona”⁸⁷, en el sentido moralmente relevante, como tampoco se puede dañar a un feto, en este sentido, al impedirle nacer⁸⁸.

Así, entienden por persona únicamente a aquel ser “capaz de atribuirle a su propia existencia (por lo menos) algún valor básico tal que, ser privado de esta existencia, representa para él una pérdida”.

Simultáneamente, señalan que “muchos seres humanos no son considerados sujetos del derecho a la vida: los embriones disponibles en aquellos lugares en que la investigación con células estaminales de embriones está permitida[;] los fetos donde el aborto está permitido [y] los criminales en aquellos lugares donde es legal la pena de muerte”⁸⁹.

Estos autores consideran, entonces, que el fundamento del derecho que tenemos a exigir a los demás que no nos causen dolor⁹⁰ es nuestra capacidad para experimentar placer o dolor y plantearnos metas⁹¹. En tanto un recién nacido no tiene planes propios, pero su madre o sus padres sí los tienen, afirman: “[...] los derechos e intereses de quienes son actualmente personas y están involucrados deberían representar la consideración principal en una decisión sobre aborto o aborto después del nacimiento”⁹².

Así, los argumentos con los que se pretende justificar la despenalización y legalización del aborto efectivamente sirven también para justificar el infanticidio o el aborto después del nacimiento. Tanto así, que la propuesta de Giubilini y Minerva se basa en premisas extensamente aceptadas⁹³ o, incluso, es la conclusión que sigue al mejor argumento que se ha formulado para permitir el aborto hasta el momento⁹⁴.

Finalmente, tanto el aborto, como el aborto por nacimiento parcial o el aborto después del nacimiento, tienen un fundamento común, cual es la pretensión de un mismo deseo-derecho o derecho-poder: el poder de elegir quién

87 Ídem 71, 2.

88 Cfr. Giubilini, A. y Minerva, F. (2013). “Some Clarifications on the Moral Status of Newborn and its Normative Implications”. En *Journal of Methical Ethics*, vol. 39, No. 5, 264-265.

89 *Ibidem*.

90 Para algunos, la equiparación entre la capacidad de sentir y la personalidad o estatuto moral es dogmática y dificulta, por ejemplo, distinguir a un ser humano recién nacido y un primate. Cfr. Benagiano, G.; Landeweerd, L. y Bronens, I. (2013). “‘After birth’ abortion: a biomedical and conceptual nonsense”. *Ob. cit.*

91 Para la Corte Constitucional, “la elección del plan de vida constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal” (Sentencia C-355 de 2006), y para una mujer, “la definición de su plan de vida está estrechamente ligado a la decisión de asumir o no la maternidad” (C-055 de 2022, párrafo 510).

92 Cfr. ídem 71.

93 Hauskeller, M. (2012). *Reflections from a troubled stream: Giubilini and Minerva on “after -birth abortion”*. *Hasting Center Rep*, 42: 17-20.

94 George, R. P. “Infanticide and madness”. *Ob. cit.*

es persona y quién no⁹⁵. Y, detrás de ello, el poder de decidir quién vive y quién no. En palabras de Giubilini y Minerva: “[...] si esa persona existirá o no es exactamente de lo que trata nuestra elección”⁹⁶.

Así, el aborto después del nacimiento es, nada menos, que la expresión máxima del “derecho a decidir”⁹⁷. Un derecho que pretende fundamentarse en una comprensión de la libertad, la autonomía⁹⁸, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad e incluso la libertad de conciencia⁹⁹; de acuerdo con el cual cada quien es libre de decidir qué está bien y qué está mal¹⁰⁰.

De lo anterior se sigue –al menos en principio– que también se tiene derecho a cualquiera de las opciones elegidas. Sin que para ello se consideren, en absoluto, los deberes consecuentes que tales derechos implican o *deberían* implicar para terceros¹⁰¹.

Ahora bien, para el caso colombiano, toda vez que para la Corte Constitucional la persona comienza con el nacimiento, en principio no estaría permitido el infanticidio o el aborto después del nacimiento. Por el contrario, causar voluntariamente la muerte del recién nacido podría condenarse en el tipo penal de homicidio. Incluso con un agravante por el hecho de que

95 Si lo que hace que un individuo sea persona es el valor que otros le concedan, Giubilini y Minerva señalan que esto puede suceder tanto antes o después del parto, de manera que ello no justifica oponerse al aborto después del nacimiento. Ídem 48.

96 Ídem, 3. Con respecto a la discusión sobre si la noción de persona pueda ser decidida por otros o, incluso, objeto de un mero consenso. Cfr. Zambrano, P. (2013). “El horizonte comprensivo de nuestras prácticas constitucionales. Un abordaje en tres niveles a partir del caso del aborto”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, número 138, septiembre-diciembre de 2013, 1111-1147.

97 Cfr. SCOPUS, *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

98 Algunos advierten que llevar el argumento de la auto-determinación de la mujer hasta sus últimas consecuencias podría revertirse en contra de la existencia misma de la mujer, por razón de lo común y generalizado que es el aborto selectivo por razones de sexo en algunas partes del mundo. Cfr. Benagiano, G.; Landeweerd, L. y Bronens, I. (2013). “After birth’ abortion: a biomedical and conceptual nonsense”. Ob. cit.

99 Cfr. Sentencia C-055 de 2022.

100 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-221 de 1994, C-239 de 1997, C-309 de 1997, T-516 de 1998, C-355 de 2006 y C-055 de 2022 (párrafo 399).

101 Cuando el aborto se entiende como una expresión del derecho a decidir sobre el propio cuerpo, los criterios de “viabilidad” o “nacimiento” parecen pertinentes y el aborto por nacimiento parcial o después del nacimiento se quedan sin lugar. Si, por el contrario, se entiende como expresión de la autonomía reproductiva, lo determinante es si la mujer quiere hacerse cargo de su hijo, de manera que el aborto hasta el último momento del embarazo, el aborto por nacimiento parcial e incluso después del nacimiento parecen legítimos, tal y como lo demuestran casos públicamente conocidos, algunas legislaciones y la misma práctica clínica con respecto al tratamiento de bebés recién nacidos, sobre todo en el caso de bebés con alguna discapacidad. Cfr. ídem 31.

la conducta recaiga sobre un niño, niña y adolescente¹⁰². Aunque también, eventualmente, con una pena sustancialmente menor, en caso de aplicarse los tipos penales que sancionan la “muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundando no consentido”¹⁰³; o el abandono del hijo fruto de tales conductas¹⁰⁴.

Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que, acudiendo a la misma idea de dignidad, esa corporación judicial ya ha proclamado el derecho fundamental a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes (NNA); convirtiendo, así, a Colombia en el segundo país en el mundo (después de Bélgica¹⁰⁵) en aceptar la eutanasia infantil¹⁰⁶.

Es más, para la Corte, el derecho a la muerte digna existe y puede exigirse incluso en aquellos casos en los cuales no sea el mismo menor de edad quien lo solicite; evento en el cual “los padres o representantes ocupan un lugar central en el proceso”¹⁰⁷ y pueden hacer uso del denominado consentimiento sustituto.

Este precedente no es irrelevante para la presente discusión. Por el contrario, coincide plenamente con la propuesta de practicar la eutanasia a “ciertos neonatos gravemente deteriorados”¹⁰⁸; lo que ha sugerido aduciendo, nuevamente, a que ellos tampoco tienen la capacidad de tomar decisiones, que su vida carece de la calidad suficiente y que la muerte es, por tanto, su mejor opción¹⁰⁹.

Además, como lo explicaron Giubilini y Minerva, para promover cambios de perspectiva como la que ellos pretenden, “es importante que las *au-*

102 Cfr. Código Penal (Ley N° 599 de 2000), artículos 103 y 103A (literales a y c, entre otros).

103 *Ibidem*, Código Penal (Ley N° 599 de 2000), artículo 108.

104 Cfr. Sentencias C-013 de 1997 y C-093 de 2021. *Ibidem*, Código Penal (Ley N° 599 de 2000), artículo 108.

105 Reino de Bélgica, *Loi relative à l'euthanasie*. 28 de mayo de 2002 y modificada el 28 de febrero de 2014. Recuperada el 27 de mayo de 2022, de https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/2002/05/28/2002009590_F.pdf

106 Cfr. Hoyos Castañeda, I. M. (2019). “La justificación de la eutanasia infantil: Aporías desde el *interés superior del niño*. A propósito de la Sentencia T-544 de 2017”. En *Prudentia Iuris*, N° 87, 2019, 73-104.

107 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-544 de 2017.

108 Cfr. Shuklenk, U. (2015). “Physicians can justifiably euthanize certain severely impaired neonates”. En *Journal of Thoracic and Cardiovascular Surgery*, Volume 149, Issue 2, 535-537.

109 Para el caso colombiano, podría entenderse que “el derecho a la muerte digna” para niños procede incluso sin que sea necesario que ellos padezcan de una enfermedad terminal, por razón del cambio de precedente sentado en la Sentencia C-233 de 2021, en donde se concluyó que ese requisito (establecido en las Sentencias C-239 de 1997 y T-544 de 2017) restringía desproporcionadamente el derecho a la autonomía.

toridades apoyen esas nuevas visiones y que, con el paso del tiempo, la sociedad empiece a percibir las como visiones *convencionales*”¹¹⁰.

V. ¿Y los deberes fundamentales?

Como se ha intentado exponer aquí, los tres argumentos principales que se han empleado para justificar el aborto —que el no-nacido no es persona, que no es autónomo y que su vida debe ceder ante los derechos de quienes sí lo son— también se han utilizado para defender el aborto por nacimiento parcial y el aborto después del nacimiento.

De otra parte, quienes se oponen a algunas o todas esas prácticas suelen hacerlo acudiendo a argumentos dirigidos a demostrar que el no nacido sí es persona o sujeto de derechos¹¹¹. O, por lo menos, que en *algún* momento¹¹² sí lo es y que, por tanto, el aborto debe limitarse (como muy restringidamente lo sigue limitando la Corte Constitucional colombiana). Es decir, a diferencia de lo que afirman Giubilini, Minerva y sus antecesores, sostienen que por razón del mero paso del tiempo, y alcanzadas ciertas condiciones, “el bebé sí debe vivir”.

Sin embargo, en uno y otro lado de la discusión parece suponerse que los únicos límites válidos a la libertad personal son los derechos de los demás. De manera que, si no hay *otra persona*, la libertad propia en principio no puede restringirse. Dicho con otras palabras, que es una carga indebida exigir o prohibir determinada conducta si es que ésta no se deduce o se requiere para proteger los derechos de *alguien* más.

Así, llama particularmente la atención la poca importancia que unos y otros han concedido a los deberes fundamentales que tenemos todas las personas con la sociedad, la familia, el medio ambiente, el Estado y el orden jurídico, entre otros¹¹³.

110 Ídem 74, 13.

111 Camosy, C. (2013). “Concern for our vulnerable prenatal and neonatal children: a brief reply to Giubilini and Minerva”. En *J Med Ethics*. 2013 May; No. 39(5): 296-298.

112 Cfr. ídem 48.

113 En la Sentencia C-355 de 2006, apenas si se hace referencia a los deberes sociales en general y solo en dos ocasiones se menciona el deber que tiene cada uno de proteger su propia salud y vida. Mientras que sí se hacen numerosas referencias a los deberes que tiene del Estado. Igualmente, en la Sentencia C-055 de 2022 se presta particular importancia a los deberes del Estado, específicamente con la salud reproductiva y la IVE, así como con la libertad de conciencia y la autonomía. Pero no se hace ninguna referencia a los deberes fundamentales.

Por su parte, en *Dobbs* se sostuvo que el Estado podía tener intereses legítimos en proteger la vida prenatal en todas sus etapas, así como la salud y seguridad materna; preservar la integridad de la profesión médica; mitigar el dolor fetal; y prevenir la discriminación con base

De otra parte, esa comprensión particular de la privacidad, de la autonomía o del libre desarrollo de la personalidad¹¹⁴, como si fuere el fundamento o la expresión última de la dignidad humana¹¹⁵, en realidad no se corresponde con lo que dicen los tratados de derechos humanos¹¹⁶. Como tampoco con el contenido de Constituciones nacionales¹¹⁷ como la colombiana, donde la libertad personal, por el contrario, se enuncia como limitada por los derechos de los demás y el orden jurídico¹¹⁸.

En efecto, las normas constitucionales reconocen no solo los derechos fundamentales, sino también los deberes fundamentales¹¹⁹ o, por lo menos,

en la raza, el sexo o la discapacidad. Pero tampoco se hizo ninguna consideración sobre el deber que tienen todas las personas de proteger la vida humana.

114 Cfr. Griffin, J. (2008). *On Human Rights* 32-3; Griffin, J. (2010). "Human Rights and the Autonomy of International Law". En *The Philosophy of International Law*. Samantha & John Tasioulas ed., 339-356; Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge Massachusetts, and London, England. Harvard University Press; Kant, I. y Sullivan, R. (1996). "Metaphysical First Principle of the Doctrine of Right". En M. Gregor (Ed.). *Kant Metaphysics of Morals*. Cambridge Texts in History of Philosophy, 1-34.

115 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), Opinión Consultiva N° 24 (OC-24/17).

116 Beddard, R. (1999). "Duties of individuals under international and regional human rights instruments". En *The International Journal of Human Rights*, 3:4, 30-48; Peters, A. (2016). "International individual obligations y Direct Effect of norms establishing individual rights and duties". En *Beyond Human Rights. The legal status of the individual in International Law*. Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law Heidelberg. Cambridge University Press.

117 Algunos señalan que únicamente reconociendo los deberes de los ciudadanos es posible decir que estos se encuentran sometidos a la Constitución. Cfr. Moyn, S. (2021). "Rights vs. Duties. Reclaiming Civic Balance". En *Boston Review*, May 16 y Moyn, S. (2017). "Retrieving Duties in an Age That Needs Them". En *The Jerusalem Post*, junio 27; Berdion Del Valle, F. y Sikkink, K. (2017). "(Re)discovering Duties: Individual Responsibility in the Age of Rights". En *University of Minnesota Journal of International Law*, No. 259, 189-245.

118 Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 29; Convención Americana de Derechos Humanos (1969), artículo 12, numeral 3°; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), artículo 27; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), artículo 52; Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949), artículo 2°; Constitución Española (1978), artículo 10; Constitución Política de Colombia (1991), artículo 16.

119 Se utiliza aquí esta denominación por cuanto así los denomina expresamente el artículo 152 de la Constitución colombiana, pero también por cuanto al menos otras treinta (30) constituciones del mundo hablan de deberes fundamentales o de "*fundamental rights and duties*", como sucede en: Cabo Verde; República Dominicana; República de Moldova; Bután; Burundí; Portugal; Seychelles; Sri Lanka; Tunicia; Hungría; Vanuatu; Italia; Rumania; Algeria; Angola; Bulgaria; Burkina Faso; Gabón; Korea; Mauritania; Nepal; Tanzania; Turquía; Vietnam; India; España; México; China; Alemania y Brasil. Esta también fue la expresión elegida por el profesor francés René Cassin en el primer borrador de la Declaración Universal de Derechos Humanos, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1947 [cfr. Morsink, J. (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: Origins Drafting, and Intent*. University of Pennsylvania Press, 239-240].

la existencia de deberes correlativos a los derechos fundamentales; igual de importantes y necesarios para la garantía de aquellos.

De hecho, el Magistrado Juan Carlos Henao, uno de los ponentes de la Sentencia C-355 de 2006, sostenía que únicamente “[l]os seres humanos con personalidad jurídica tienen la posibilidad de obligarse, y por ende pueden adquirir bienes y servicios, contratar, fungir en calidad de acreedores o deudores, [y] tienen una serie de deberes”. Destacando, así, que “el *nasciturus* es [un] ser protegido por el derecho[,] pero claramente no tiene personalidad jurídica; y no la tiene por cuanto no puede adquirir bienes o servicios, contratar, pagar impuestos, etc.”, es decir, porque no tiene deberes. Pero entonces, ¿qué deberes tienen quienes sí son sujetos de derechos o tienen personalidad jurídica? ¿No son esos deberes relevantes para la discusión aquí resumida?

La Constitución Política de Colombia de 1991 no solo señala que las personas y los ciudadanos están obligados a respetar los derechos de los demás y no abusar de los propios (no hacer daño), sino que, además, dispone que tienen los deberes de: acatar las normas, obedecer y apoyar a las autoridades y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia; defender y difundir los derechos humanos; propender y mantener la paz e incluso tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la nación y sus instituciones; respetar los derechos de los demás miembros de la familia, así como sostener y educar a los hijos, y proteger y asistir a las personas de la tercera edad; procurar su propia salud¹²⁰ y la de su comunidad; aceptar la prevalencia del interés general; ceder ante al interés público o social en el ejercicio de la propiedad privada; obrar conforme al principio de solidaridad social y responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la salud o la vida de otras personas; actuar de buena fe; votar y participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; proteger los recursos naturales del país, así como velar por la conservación de un ambiente sano¹²¹; y contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado¹²².

120 En la Sentencia C-221 de 1994 la Corte Constitucional concluyó que la única interpretación de este deber que es acorde con la filosofía “libertaria y democrática y no autoritaria” de la Constitución, es aquella que la entiende como una “expresión de un deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica”, en tanto “sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles”.

121 Cfr. Gomes Di Lorenzo, W. (2016). “Medio ambiente y bien común: entre un derecho y un deber fundamental” [en línea]. En *Prudentia Iuris*, 81.

122 Cfr. Constitución Política de 1991, artículos 1°, 4°, 6°, 22, 42, 46, 49, 58, 67, 83, 95, 216 y 260.

Además, a diferencia de lo que sucedía al momento en que se despenalizó el aborto en Colombia¹²³, en los últimos años la Corte Constitucional se ha destacado por adoptar sentencias en donde ha afirmado y exigido los deberes que se tienen con el medio ambiente, y particularmente con los ríos y los animales, entre otros. Llegando al punto de argumentar que éstos no solo son el objeto de deberes específicos, que les corresponde honrar al Estado, a la sociedad en general y a las personas en particular, sino incluso sujetos de derecho¹²⁴.

Así, por ejemplo, la Corte ha sostenido que uno de los mayores desafíos del constitucionalismo contemporáneo es proteger el medio ambiente y la naturaleza, pero no por el beneficio que ello conlleva para el ser humano, sino porque, en sus palabras: “[...] al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades”¹²⁵.

Para la Corte, entonces, el medio ambiente es “un bien jurídico constitucionalmente protegido cuya preservación debe procurarse no solo a través de acciones aisladas del Estado, sino con la concurrencia de los individuos, la sociedad, la empresa y demás autoridades”¹²⁶. Incluso, la misma naturaleza es “un sujeto con derechos propios, que como tal deben ser protegidos y garantizados”¹²⁷. Lo que ha sustentado a partir de un cierto deber de reconocer a tales seres “como partes integrantes del ecosistema global –biósfera–, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad”¹²⁸.

123 En su A.V. a la Sentencia C-355 de 2006, el Magistrado Henao afirmaba que el debate sobre el aborto no debía centrarse en el tema de la vida, sino en el de la personalidad, por cuanto esta sólo es predicable del ser humano, a diferencia de lo que sucede con los animales o las plantas, que no son sujetos de derecho.

124 Cfr. Sentencia C-467 de 2016 (deberes de protección y cuidado que tiene el ser humano con la fauna, y especialmente con los animales, por tratarse de seres sintientes); C-045 de 2019 (declara inconstitucional la caza deportiva, por considerarse contraria al deber de protección animal, cuyo fundamento radica en el hecho de que sean seres sintientes); SU-016 de 2020 (los animales como seres sintientes “individualmente considerados”); y C-148 de 2022 (se declara inconstitucional la pesca deportiva, incluso reconociendo que “no existe consenso acerca de si los peces son seres sintientes”).

125 Sentencia T-622 de 2016 (en donde se reconoce al río Atrato, en el Departamento del Chocó, así como a su cuenca y afluentes, como un sujeto de derechos, y cuya protección, conservación, mantenimiento y restauración está a cargo del Estado y de las comunidades étnicas allí presentes), párrafo 5.10.

126 Sentencia C-595 de 2010.

127 Sentencia C-632 de 2011. Cfr. Sentencia T-080 de 2015.

128 Sentencia T-622 de 2016.

De manera que, con una lógica muy distinta a aquella utilizada para despenalizar e incluso reconocer el aborto hasta el último momento del embarazo, en casos como el citado, la Corte ha entendido que basta con el hecho de la vida y la individualidad para que sea posible predicar la existencia de otros sujetos de derecho que merecen protección *por sí mismos*. Esto último, incluso sin perjuicio de que no son humanos, no son personas y, ciertamente, no son, ni podrían ser *autónomos*, en el sentido antes explicado.

Por lo tanto, es cierto que el derecho internacional de los derechos humanos únicamente obliga a los Estados¹²⁹, al mismo tiempo que les permite establecer, precisar y exigir a las personas y ciudadanos aquellos deberes correlativos a estos derechos que les corresponde asumir¹³⁰. Pero, por lo que acaba de señalarse, ello no quiere decir que los únicos deberes válidos y exigibles sean aquellos que resultan de los derechos de otra persona (humana) específica o determinada¹³¹.

Por el contrario, es común que los ordenamientos jurídicos nacionales impongan a las personas deberes con el orden jurídico¹³². Pero también, directamente con el Estado, así como con otros seres que ni siquiera son personas (como los animales), o que todavía no lo son (como las generaciones futuras¹³³).

Por ende, los derechos humanos no son la única fuente de deberes. De ahí que no basta con negarle la condición de persona a un ser humano o negar que determinada actuación afecte a alguna persona en particular, para concluir que cierta conducta no pueda prohibirse. Como, tampoco, para impedir exigir la conducta opuesta.

129 Cfr. Besson, S. (2015). *The Bearers of Human Rights' Duties and Responsibilities for Human Rights: A Quiet (R)evolution?* Volume 32, Issue 1, Soc. Pol'y & Phil. 244-268.

130 Cfr. Daes, E. (1983). *The individual duties to the community and the limitations on human rights and freedoms under article 29 of the Universal Declaration of Human Rights: a contribution to the freedom of the individual under the law*. Special Rapporteur of The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. UN. Doc. E/CN.4./Sub.2/432/Rev.2; Knox, J. N. (2008). "Horizontal Human Rights Law". 102 *AM. J. INT'L L.* 1.

131 Cfr. Ponce de León Solís, V. (2017). "La función de los deberes constitucionales". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44 (1), 133-158; Busch, T. "Deberes Constitucionales". En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta*, N° 1, 64-82.

132 Cfr. Peces-Barba Martínez, G. (1987). "Los deberes fundamentales". En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 4, 329 a 341.

133 La Corte Constitucional ha considerado a las generaciones futuras para resolver discusiones en materia de: pensional (Sentencia SU-631 de 2017); territorio y el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas (T-387 de 2021); derechos a la seguridad y autonomía alimentaria (Sentencias T-506 de 1992, C-846 de 2006, C-644 de 2012 y C-300 de 2021, SU-092 de 2021); y aplicación de los principios de sostenibilidad fiscal (C-300 de 2021), desarrollo sostenible (T-446 de 2015), solidaridad intergeneracional (C-389 de 2016 y C-056 de 2021) y diversidad étnica y cultural (T-151 de 2019).

Además, limitarse a los derechos para abordar una discusión como la que aquí se ha presentado inevitablemente también lleva a incurrir en una peligrosa confusión: suponer que toda libertad es un derecho y, por ende, que la mera existencia de la libertad implica el “derecho a decidir”. Cuando lo cierto es que no es así.

Cualquier derecho, a diferencia de un interés, un poder, una responsabilidad, prerrogativa, inmunidad o privilegio, supone deberes correlativos¹³⁴. De manera que quien ejerce ese derecho *obliga* a los demás a realizar una conducta (activa o pasiva) *debida* determinada¹³⁵. Tanto es así que cuando se “invade” un derecho, necesariamente se viola un deber¹³⁶. Mientras que una inmunidad (como es el caso de una conducta no sancionada por el derecho) no es otra cosa que una posibilidad de acción, pero no *obliga* a nadie a *nada*. Incluso, puede decirse que es precisamente lo contrario a un deber¹³⁷.

De acuerdo con lo anterior, lo problemático de afirmar la existencia del derecho al aborto, del aborto por nacimiento parcial y del aborto después del nacimiento, es que ello supone, necesariamente, que *alguien* está obligado a practicar ese aborto¹³⁸. Pero si alguien tiene ese derecho y ese otro tiene tal deber, entonces es claro que éste último no tiene el deber de proteger esa vida o a esa persona¹³⁹. Es más, *nadie* más lo tendría¹⁴⁰. Por el contrario, la sociedad estaría en el deber de defender a su titular¹⁴¹. Todos tendrían el deber de *dejarlo decidir*, que es lo mismo que no hacer nada.

134 Bandieri, L. M. (2011). “Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales?”. En Leite, G. S.; Sarlet, I. W.; Carbonell, M. [Coords.]. *Direitos, deveres e garantias fundamentais (19-44) Juspodvium*; Shadmy, T. (2016). *The rise of Human Rights Responsibilities. R2P and CSR-Different forms of the Same Dialect*. Global Trust Working Paper.

135 Cfr. Williams, G. (1968). “The Concept of a Legal Liberty”. En R. Summers (ed.). *Essays in Legal Philosophy*. Oxford. Blackwell, 121-144.

136 Hohfeld, W. H. (1913). “Some Fundamental Legal Conceptions As Applied t in Judicial Reasoning”. En *The Yale Law Journal*, 1913, Vol. 23, 31-54.

137 *Ibidem*.

138 Cfr. Pulido, F. (2021). *El derecho y sus normas*. Bogotá. Eds. Temis y Universidad de la Sabana.

139 En su Salvamento de Voto (SV) respecto a la Sentencia C-055 de 2022, el Magistrado Ibáñez reprochó que allí se supusiera que “la maternidad y la paternidad son asuntos que solo competen al fuero interno de los padres” (párrafo 205) y se dejaran sin fundamento todos “los deberes en cabeza de la sociedad, el Estado y la familia” con los menores de edad. Por su parte, en su SV la Magistrada Pardo señaló que, si se entiende que esa autonomía es exclusiva de la madre, entonces “mayor dificultad habrá para (i) fundamentar coherentemente la responsabilidad del padre y (ii) defender el derecho del padre a tener hijos” (p. 4).

140 La Corte Constitucional ha sostenido que el deber del Estado de proteger la vida debe “ceder” ante la decisión de la persona que solicita que se le practique la eutanasia (o quien la solicita para su hijo) o el suicidio asistido. Cfr. C-239 de 1997, T-970 de 2014, T-544 de 2017 y C-164 de 2022.

141 Cfr. Mill, J. S. (2002). *Utilitarianism*. G. Sher (ed.). Indianapolis. Hackett.

Tal vez esta sea la razón por la cual quienes defienden o han aprobado el aborto, antes, durante o después del parto, no hacen ninguna consideración sobre los deberes¹⁴². Pero, al mismo tiempo, tal vez el defecto de quienes se oponen a tales prácticas es que, consciente o inconscientemente, han aceptado entrar en una discusión sobre lo *justo* en la cual no caben más que los derechos (y más propiamente, esos derechos subjetivos que sólo se afirman, pero no se justifican¹⁴³). Es decir, han ignorado o sacrificado los deberes como tales¹⁴⁴.

Alguno podrá alegar que el tema de los deberes resulta irrelevante pues, precisamente, consideran que únicamente existen (o son legítimos) los deberes que se tiene con otras personas y sujetos de derechos. Sin embargo, si sólo tenemos deberes con otros seres humanos igual de autónomos a nosotros, pero además específicamente determinados, entonces quedan sin fundamento los deberes con el Estado, la familia, la sociedad, las generaciones futuras, el medio ambiente o los animales; e incluso podría decirse lo mismo de nuestros deberes con las empresas u otras personas jurídicas —en tanto meras ficciones que, claramente, no pueden hacer nada por sí mismas¹⁴⁵.

También parece insuficiente reconocer que sí existen deberes jurídicos con un fundamento distinto a los derechos de otras personas, pero sostener que estos están llamados a “ceder” cuando colisionan con nuestros derechos. Pues aceptando la autonomía absoluta que caracteriza el “derecho a decidir”, ésta sería la constante. De manera que aquellos no serían auténticos deberes¹⁴⁶.

Por el contrario, si esos deberes son verdaderos deberes, entonces nos obligan y, por ende, limitan o exceden nuestra voluntad, de manera que al menos tienen por función señalar *el sentido* de nuestros derechos.

142 Una posible excepción puede encontrarse en Anderson, R. y DeSanctis, A. (2022). *Tearing Us Apart. How Abortion Harms Everything and Solves Nothing*. Simon and Schuster.

143 Cfr. Glendon, M. (1991). *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York. Free Press.

144 Precisamente por esto distintos autores abogan por que se retorne a los conceptos de deber y responsabilidad. Cfr. De Bringas, M. (2017). *Esbozo de una teoría de los deberes en tiempos de precariedad y exclusión, política y sociedad*, Vol. 54. N° 3, 757-776; Dellavalle, S. (2017). “Responsability and Rights”. En *MPIL Research Paper Series* No. 2017-4. Max Planck Institute; Jiménez, L. J. (2013). “Interés de una teoría general de los ‘Deberes Fundamentales’: Sobre el concepto ontológico clásico de ‘dignidad’”. En *Chapecó*, V. 14, No. 1, 265-276; Waldron, J. (2019). “Dignidad, Derechos y Responsabilidades”. En *Democratizar la Dignidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 75-106.

145 United States Supreme Court. *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. 682 (2014).

146 En su SV a la Sentencia C-055 de 2022, la Magistrada Pardo sostuvo que “el reconocimiento de órbitas de libertad que permiten disponer arbitrariamente de la vida de otro, introduce una novedad peligrosa: [...] un derecho de libertad no limitado por el deber mínimo de coexistencia”, p. 12.

Así, la pregunta no es por qué debería o no debería vivir el bebé sino, más bien, si tenemos algún deber que resulte relevante para resolver esa cuestión. Finalmente, tanto los niños por nacer como los recién nacidos dependen de nosotros y no de ellos mismos.

VI. Conclusiones

En este artículo se demuestra que los argumentos favorables al aborto y los que se han expuestos en defensa del aborto por nacimiento parcial y del aborto después del nacimiento son, básicamente, los mismos. En efecto, unos y otros parten de una misma premisa: el ser humano en gestación, el ser humano a punto de nacer o, incluso, el niño recién nacido, no es una persona humana, como tampoco un ser autónomo que merezca, por sí mismo, la protección del Estado y del derecho. A partir de ello, sus defensores concluyen que su destrucción no es reprochable moralmente ni debe tipificarse como delito. Pero, al mismo tiempo, sostienen que su prohibición sí atenta contra la autonomía y los derechos de la mujer (madre) embarazada, en trabajo de parto, o que acaba de dar a luz.

Como ejemplo de lo anterior, en este trabajo se expone cómo estos mismos argumentos han sido acogidos en la jurisprudencia constitucional colombiana, para despenalizar parcialmente el aborto (hasta el último día del parto). Pero también, en aquellas sentencias mediante las que se han aprobado o legitimado abortos “por medio de cesárea” o abortos que exigen un “feticidio” previo.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional no ha ofrecido ninguna razón o criterio que permita prohibir el llamado “aborto por nacimiento parcial”, sino todo lo contrario. Incluso, ha sentado las bases, en otras de sus decisiones, para justificar también el “aborto después del nacimiento”. En efecto, éste podría ser la expresión del “derecho a la muerte digna” de niños en determinadas circunstancias, para quienes se permite que sean otros quienes solicitan la eutanasia a través del consentimiento sustituto.

Finalmente, aquí se advierte que, más allá de la discusión sobre el estatuto moral y jurídico del no nacido, lo que permite incluso proclamar el derecho a matar al bebé en gestación, al momento del parto o ya nacido, es una concepción particularmente amplia de *autonomía*.

Se trata de una forma de entender la autonomía, que incluso se ha llegado a equiparar con la dignidad humana, de acuerdo con la cual las personas tenemos derecho a todo aquello que no nos está expresamente prohibido; y, simultáneamente, sólo se nos puede prohibir hacer o no hacer aquello que constituya una amenaza para los derechos de otra persona debidamente especificada. Una concepción que, por tanto, exige ignorar la

existencia de los deberes fundamentales. Aun cuando tales deberes encuentran su fundamento normativo en los mismos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en los que se encuentran reconocidos los derechos humanos.

Otra será la ocasión de analizar cuál es el fundamento material de estos deberes, a qué deberes en particular se está haciendo referencia con esta categoría y cuál es su lugar en la interpretación y aplicación de los derechos.

Referencias

Doctrina

- Anderson R. y DeSanctis A. (2022). *Tearing Us Apart. How Abortion Harms Everything and Solves Nothing*. Simon and Schuster.
- Bandieri, L. M. (2011). “Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales?”. En Leite, G. S.; Sarlet, I. W.; Carbonell, M. [Coords.]. *Direitos, deveres e garantias fundamentais (19-44)*. *Juspodvium*.
- Beauchamp, T. & Leroy, W. (1999). “Abortion and Maternal-Fetal Relations”. En Beauchamp, T. & Leroy, W.; Kahn, J. & Mastroianni, A. C. (Eds.). *Contemporary Issues in Bioethics*. 5th ed. Wadsworth Publishing Company, 189-267.
- Beddard, R. (1999). “Duties of individuals under international and regional human rights instruments”. En *The International Journal of Human Rights*, 3:4, 30-48, doi: 10.1080/13642989908406843.
- Benagiano, G.; Landeweerd, L. y Brosens, I. (2013), “‘After-birth’ abortion: a biomedical and conceptual nonsense”. En *The Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine*; 26 (11), 1053-1059, doi: 10.3109/14767058.2013.779661.
- Berdion Del Valle, F. y Sikkink, K. (2017). *(Re)discovering Duties: Individual Responsibility in the Age of Rights*. University of Minnesota Journal of International Law, No. 259, 189-245.
- Bernadi, B.; Boughter, D.; Brown, S. y otros (2012). “Abortion, Partial-Birth Abortion, and Adolescent Access to Abortion: An Overview for Social Workers”. En *Journal of Human Behavior in the Social Environment*, No. 22:8, 947-959, doi: 10.1080/10911359.2012.664504.
- Besson, S. (2015). *The Bearers of Human Rights’ Duties and Responsibilities for Human Rights: A Quiet (R)evolution?* Volume 32, Issue 1, Soc. Pol’y & Phil., 244-268.
- Bloom, P. (2004, 10 de septiembre). “The Duel Between The Body and the Soul”. The New York Times, Section A, 25. Recuperado el 24 de mayo de 2022, en <https://www.nytimes.com/2004/09/10/opinion/the-duel-between-body-and-soul.html>
- Busch, T. “Deberes Constitucionales”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta*, N° 1, 64-82. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en https://www.academia.edu/1913685/Deberes_Constitucionales
- Calhoun S. (2010). “‘Partial-Birth Abortion’ Is Not Abortion: *Carhart II*’s Fundamental Misapplication of ROE”. En *Mississippi Law Journal*, Vol. 79, 775, 83-149.

- Camosy, C. (2013). "Concern for our vulnerable prenatal and neonatal children: a brief reply to Giubilini and Minerva". En *J. Med. Ethics*. 2013 May; Nro. 39(5): 296-298, doi: 10.1136/medethics-2012-100617.
- Camosy, C. (2022, 21 de abril). "The Right to a Dead Baby? Abortion, Ableism, and the Question of Autonomy. Public Discourse". En *The Journal of the Witherspoon Institute*. Recuperado el 25 de mayo de 2022, en <https://www.thepublicdiscourse.com/2022/04/81840/>
- Cooney, W. (1991). "The Fallacy for all persons denying arguments for abortion". En *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 8, No. 2, 161-165.
- Copeland, L. J.; Jarrell, J. F. y McGregor, J. A. (1996). *Ginecología*. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Médica Panamericana.
- Cunningham, F.; Leveno, K. J.; Bloom S. L.; Hauth, J. C.; Gilstrap, L. C. y Wenstrom, K. D. (2010). *Williams Obstetrics*. 23rd ed. New York. McGraw-Hill.
- Daes, E. (1983). *The individual duties to the community and the limitations on human rights and freedoms under article 29 of the Universal Declaration of Human Rights: a contribution to the freedom of the individual under the law*. Special Rapporteur of The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. UN. Doc. E/CN.4./Sub.2/432/Rev.2.
- De Bringas, M. (2017). *Esbozo de una teoría de los deberes en tiempos de precariedad y exclusión, política y sociedad*, Vol. 54. N° 3, 757-776. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/53963>
- Dellavalle, S. (2017). *Responsability and Rights*. MPIL Research Paper Series No. 2017-4. Max Planck Institute.
- De Siqueira, J. P. (2011). "Los deberes fundamentales y la Constitución brasileña". En *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, No. 1, julio, 49-57. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100003
- Díaz Revorio, F. J. (2011). "Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución española de 1978". En *Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. México, año V, No. 28. Julio-diciembre, 278-310. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200013
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge Massachusetts and London, England. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1993). *Life's Dominion: An argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. New York. Alfred A. Knopf.
- Ferrajoli, L. (2009). "Los fundamentos de los derechos fundamentales". En De Cabo, A. & Pisarello, G. (Eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (Ibáñez, A. Trad.). Madrid. España. Trotta.
- Finnis, J. (1998, spring). "Public Reason, Abortion, and Cloning". En *Valparaiso University Law Review*. Volumen 32 (2), 361-382. Recuperado el 12 de julio de 2022, en <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol32/iss2/2>
- Finnis, J. (1973, winter). "The Rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thompson". En *Philosophy & Public Affairs*, 2 (2), 117-145.

- Finnis, J. y George, R. P. (2022). *Amici Curiae* in support of petitioners. Supreme Court of the United States. *Thomas E. Dobbs, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.*
- George, R. P. (2013). "Infanticide and madness". En *Journal of Medical Ethics*, 39(5), 299-301, doi:10.1136/medethics-2012-101203
- Giubilini, A. y Minerva, F. (2012). "After-birth abortion: why should the baby live?". En *Journal of Medical Ethics*, Nro. 39, 261-263. Recuperado el 12 de julio de 2022, en <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full>
- Giubilini, A. y Minerva, F. (2012). "Defending after-birth abortion: responses to some critics". En *Monash Bioethics Review*, Nro. 30 (2), 49-61. Recuperado el 12 de julio de 2022, en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23409536/>, doi: 10.1007/BF03351339
- Giubilini, A. y Minerva, F. (2013). "Some Clarifications on the Moral Status of New-born and its Normative Implications". En *Journal of Medical Ethics*, vol. 39, Nro. 5, 264-265. Recuperado el 12 de julio de 2022, en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23637424/>, doi: 10.1136/medethics-2012-101036
- Giubilini, A. & Minerva, F. (2016). "Partial Birth Abortion and After-birth abortion". En H. LaFollette (Ed.). *The International Encyclopedia of Ethics*. John Wiley & Sons, Ltd. Recuperado el 25 de marzo de 2022, en <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full>, doi: 10.1002/9781405186414.wbiee830
- Glendon, M. (1991). *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York. Free Press.
- Gomes Di Lorenzo, W. (2016). "Medio ambiente y bien común: entre un derecho y un deber fundamental" [en línea]. En *Prudentia Iuris*, 81. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/medio-ambiente-bien-comun-gomes.pdf> [27/05/2022].
- Greene, M. F. (2007). "The intimidation of American physicians-banning partial-birth abortion". En *N. Engl. J. Med.* May 24;356(21): 2128-9, doi: 10.1056/NEJMp078084. Epub 2007 Apr 23. PMID: 17452436.
- Hohfeld, W. H. (1913). "Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning". En *The Yale Law Journal*, 1913, Vol. 23, 31-54.
- Hoyos Castañeda, I. M. (2019). "La justificación de la eutanasia infantil: Aporías desde el interés superior del niño. A propósito de la Sentencia T-544 de 2017". En *Prudentia Iuris*, No. 87, 2019, 73-104. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en "La justificación de la eutanasia infantil: aporías desde el interés superior del niño. A propósito de la Sentencia T-544 de 2017 | DSpace-CRIS @ UCA.
- Ivey, R. (2008). "Destabilizing Discourses: Blocking and Exploiting a New Discourse at Work in *Gonzales v. Carhart*". En *Virginia Law Review*, Vol. 94, No. 6, 1451-1508.
- Jiménez, L. J. (2013). "Interés de una teoría general de los 'Deberes Fundamentales': Sobre el concepto ontológico clásico de 'dignidad'". En *Chapecó*, V. 14, No. 1, jan./jun. 2013, 265-276. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2271>

- Jofee, F. (2018). "Partial-birth abortion- is it legally and ethically justifiable? Lessons from South Africa". En *S Afr J Bioethics Law* No. 11(2): 96-101, doi:10.7196/SA-JBL.2018.v11i2.623
- Kant, I. y Sullivan, R. (1996). "Metaphysical First Principle of the Doctrine of Right". En M. Gregor (Ed.). *Kant Metaphysics of Morals*. Cambridge Texts in History of Philosophy. Cambridge. Cambridge University Press, 1-34. doi: 10.1017/CBO9780511809644.005.
- Karnataka, H. (2016). "Why Fundamental Duties? Eleven Commanments". En *International Research Journal Commerce arts science*, Vol. 7, Issue 4, 116-123.
- Karnataka, H. (2016). "Enforcement of Fundamental Duties of Citizens". En *International Research Journal Commerce arts science*, Vol. 7, Issue 5, 132-137.
- Knox, J. N. (2008). "Horizontal Human Rights Law". En *American Journal of International Law*. Forthcoming. Wake Forest Univ. Legal Studies Paper. No. 101381. Recuperado el 12 de julio de 2022, de <https://ssrn.com/abstract=1014381>
- Kreeft, P. (1990). "Human Personhood Begins at Conception". En *Journal of Biblical Ethics in Medicine*, Winter, 4 (1), 8-13, <http://hdl.handle.net/10822/842176>
- Kuhse, H. y Singer, P. (1985). *Should de baby live? The problems of handicapped infants*. Oxford University Press.
- Lee, P. (2004). "The Pro-Life Argument from Substantial Identity: A Defence". En *Bioethics*, 18, (3), 249-263.
- Lee, P. y George, R. P. (2005). "The Wrong of Abortion". En Cohen, A. I. & Wellman, C. (Eds.). *Contemporary Debates in Applied Ethics*. New York. Blackwell Publishers, 4-16.
- Locke, J. (1689). "Book I. Neither Principles nor Ideas are Innate. Chapter XXVII. Of Identity and Diversity". En *Concerning Human Understanding*, en *Complete Works of John Locke*. Ed. Delphi Classics, Series Eight, Version 1, 2017, 306-324.
- McMahan, J. (2007). "Infantice". En *Utilitas*, Nro. 19, 131-59.
- Mill, J. S. (2002). *Utilitarianism*. G. Sher (ed.). Indianapolis. Hackett.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2014). *Prevención del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el Sector Salud*. Bogotá, Colombia. Gobierno de Colombia.
- Moore, K. L.; Persaud, T. V. N. (Vid); Torchia, M. G. (2016). *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*. Philadelphia. Elsevier.
- Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires, Argentina. Marcial Pons.
- Morsink, J. (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: Origins Drafting, and Intent. (Pennsylvania Studies in Human Rights)*. University of Pennsylvania Press. Philadelphia.
- Moyn, S. (2016). "Rights vs. Duties. Reclaiming Civic Balance". En *Boston Review*. May 16, Recuperado el 12 de julio de 2022, en <http://bostonreview.net/books-ideas/samuel-moyn-rights-duties>.
- Moyn, S. (2017). "Retrieving Duties in an Age That Needs Them". En *The Jerusalem Post*, junio 27. Recuperado el 12 de julio de 2022, en <https://www.jpost.com/Jerusalem-Report/Retrieving-duties-in-an-age-that-needs-them-498025>.
- Organización Mundial de la Salud - OMS (1970), Serie de Informes Técnicos, N° 461. Ginebra.

- Organización Mundial de la Salud - OMS (2022). *Abortion care guideline*. Ginebra, Suiza. Recuperado el 12 de julio de 2022, en: [Abortion care guideline \(who.int\)](https://www.who.int/abortion-care-guideline)
- Peces-Barba Martínez, G. (1987). “Los deberes fundamentales”. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 4, 329 a 341, doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.19>.
- Peters, A. (2016). “International individual obligations y Direct Effect of norms establishing individual rights and duties”. En *Beyond Human Rights. The legal status of the individual in International Law*. Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law Heidelberg. Cambridge University Press.
- Pieter, J. J. S. & Verhagen, E. (2005). “The groningen protocol-euthanasia in severely ill newborns”. En *New England Journal of Medicine*, 352, (10). 959-962. Recuperado el 24 de mayo de 2022, en <http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJM058026>
- Ponce de León Solís, V. (2017). “La Función de los Deberes Constitucionales”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44 (1), 133-158, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000100007>
- Pulido, F. (2021). *El derecho y sus normas*. Bogotá. Eds. Temis y Universidad de la Sabana.
- R. Alta Charo, J. D. “The Partial Death of Abortion Rights”. En *The New England Journal of Medicine*, 356, 21, 2125-2126.
- Reiman, J. H. (1997). *Critical Moral Liberalism: Theory and Practice*. Rowman and Littlefield.
- Rini, R. A. (2013). “Of course the baby should live: against ‘after birth abortion’”. En *J. Med. Ethics*, 39: 353-356.
- Rodríguez, D. (2011, 31 de mayo). “A la mujer no la dejan decidir sobre su cuerpo”. En *El Tiempo*. Recuperado el 13 de julio de 2022, en <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4591792>
- Schwartz, S. (1998). “Personhood Begins at Conception”. En Pojman, L. P. & Beckwith, F. (Eds.). *The Abortion Controversy. 25 Years after Roe vs. Wade*. Canadá. Wadsworth Publishing Company.
- Shadmy, T. (2016). *The rise of Human Rights Responsibilities. R2P and CSR-Different forms of the Same Dialect*. Global Trust Working Paper, <http://globaltrust.tau.ac.il/PUBLICATIONS>
- Shuklenk, U. (2015). “Physicians can justifiably euthanize certain severely impaired neonates”. En *Journal of Thoracic and Cardiovascular Surgery*. Volume 149, Issue 2, 535-537, doi: 10.1016/j.jtcvs.2014.10.027
- Singer, P. (1979). *Practical Ethics*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Singer, P. (1995, septiembre 16). “Killing Babies is Not Always Wrong”. En *The Spectator*, 20-22. Recuperado el 23 de mayo de 2022, de <http://archive.spectator.co.uk/article/16th-september-1995/20/killing-babies-isnt-always-wrong>
- Singer, P. (1995). “Abortion”. En Honderich, T. (Ed.). *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford.
- Spaemman, R. (1989). “Lo natural y lo racional”. En Spaemman, R.; Innerarity, D.; Alvira, R. & Olmo, J. (Eds.). *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*. Rialp.

- STEINBOCK, B. (2011). *Life Before Birth: The Moral Status of Embryos and Fetuses*. Oxford University Press.
- Thompson, J. (1971). "A defense of abortion". En *Philosophy & Public Affairs* I, No. 1 (Fall 1971).
- Tooley, M. (1972). "Abortion and Infanticide". En *Philos Pub Aff*. No. 2, 37-65.
- Tooley, M. (2013). "Philosophy, critical thinking and 'after-birth abortion: why should the baby live?'". En *J Med Ethics*, 39: 266-272.
- Uprimny, R. (2011, octubre 10). "Estado laico, incertidumbres científicas y aborto". En *El Espectador*. Recuperado el 12 de julio de 2022, en <https://www.dejusticia.org/estado-laico-incertidumbres-cientificas.-y-aborto/>
- Waldron, J. (2019). "Dignidad, derechos y responsabilidades". En *Democratizar la dignidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 75-106.
- Warren, M. A. (1973). "On The Moral Statues of Abortion". En *The Monist*. Vol. 57. Women's Liberation: Ethical, Social and Political Issue, 43-61, doi: 10.5840/monist197357133.
- Williams, G. (1968). "The Concept of a Legal Liberty". En R. Summers (ed.). *Essays in Legal Philosophy*. Oxford. Blackwell, 121-144.
- Zambrano, M. P. y Sacristán, E. (2012). "El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 134, 715-759. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en "El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina" (scielo.org.mx).
- Zambrano, P. (2013). "El horizonte comprensivo de nuestras prácticas constitucionales. Un abordaje en tres niveles a partir del caso del aborto". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013, 1111-1147.
- Zambrano, P. (2018). "Persona y Derecho". En Vanney, Silva, Franck (Ed.). *Diccionario Interdisciplinar Austral*. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en http://dia.austral.edu.ar/Persona_y_derecho
- Ziegler, M. (2020). "Partial-Birth Abortion and Who Decides the Costs and Benefits". En *Abortion and the Law in America: Roe v. Wade to the Present*. Cambridge. Cambridge University Press, 150-180, doi:10.1017/9781108653138.007

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-133-94.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994 (M. P. Carlos Gaviria Díaz). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-221-94.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-239-97.htm>

- Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997 (M. P. Alejandro Martínez Caballero). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-309-97.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 1998 (M. P. Antonio Barrera Carbonell). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-516-98.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 (M. P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-988 de 2007 (M. P. Humberto A. Sierra Porto). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-988-07.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-209-08.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-946 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-946-08.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009 (M. P. Humberto A. Sierra Porto). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-585 de 2010 (M. P. Humberto A. Sierra Porto). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-585-10.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-595-10.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-622 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-841 de 2011 (M. P. Humberto A. Sierra Porto). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-841-11.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-532 de 2014 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-532-14.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 2014 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2015 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-301 de 2016 (M. P. Alejandro Linares Castillo). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-301-16.htm>

- Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 2016 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2016/C-327-16.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-544 de 2017 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-544-17.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia SU-631 de 2017 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU631-17.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2021 (M. P. Diana Fajardo Rivera). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-233-21.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-055 de 2022 (M. P. Antonio José Lizárazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2022 (M. P. Diana Fajardo Rivera). Comunicado de Prensa No. 13 del 27 de abril de 2022. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2013%20-%20Abril%2027%20de%202022.pdf>
- Corte Constitucional, Sentencia C-164 de 2022 (M. P. Antonio José Lizárazo Ocampo). Comunicado de Prensa No. 15 del 11 y 12 de mayo de 2022. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2015%20-%20Mayo%2011%20de%202022.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), Opinión Consultiva N° 24 (OC-24/17). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en https://corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm
- United States Supreme Court. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>
- United States Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*. 505 U.S. 833 (1992). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>
- United States Supreme Court. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-830.ZD1.html>
- United States Supreme Court. *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2017). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en <https://www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/05-380.pdf>

- United States Supreme Court. *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. 682. (2014). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf
- United States Supreme Court. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. 597 U.S. (2022). Recuperada el 9 de septiembre de 2022, en https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf

LA DIGNIDAD COMO CONCEPTO GOZNE ENTRE EL DISCURSO MORAL Y EL DISCURSO JURÍDICO. APUNTES PARA EL USO VÁLIDO, CONVENIENTE Y TRANSPARENTE DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL*

Pilar Zambrano

Universidad de Navarra, Pamplona, España

Contacto: pzambrano@unav.es

Recibido: 21 de agosto de 2022

Aprobado: 28 de agosto de 2022

Para citar este artículo:

Zambrano, P. (2022). “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial.”. *Prudentia Iuris*, N. 94, pp. 309-344

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.309-344>

Resumen: La primera parte de este trabajo sistematiza los usos judiciales del concepto de dignidad e identifica tres tesis sobre su legitimidad: la que identifica legitimidad con legalidad; la que exige fidelidad tanto a las fuentes jurídicas como a la moralidad legalizada; y la que propone la exclusión del concepto del discurso jurídico. Asumiendo como válida la segunda posición, en la segunda parte del trabajo se argumenta que la moralidad legalizada no puede siquiera identificarse allí donde el concepto de dignidad

* La autora agradece a los evaluadores y editores de *Prudentia Iuris* y a Julio García Pohl, por sus valiosas observaciones a la primera versión de este trabajo, incorporadas a la versión que ahora se publica.

se concibe (y se usa) como fruto de una convención social, sin conexión necesaria con la naturaleza de su referencia, la persona humana. La tercera parte del trabajo asume este desafío epistémico, y esboza el “analogado principal” del concepto de dignidad que subyace a sus sentidos moral y jurídico paradigmáticos. El trabajo concluye con la inferencia de criterios de validez, conveniencia y transparencia de los usos más típicos del concepto de dignidad en el discurso judicial de los derechos humanos.

Palabras clave: Dignidad, Interpretación judicial, Derechos humanos, Analogía.

**Dignity as a hinge concept between moral discourse and legal discourse.
Notes for the valid, convenient and transparent use of the concept of dignity
in judicial argumentation**

Abstract: The first section of this work identifies three main kinds of uses of the concept of dignity in legal argumentation, and three thesis regarding their legitimacy: the thesis that identifies legitimacy with legality; the one that requires fidelity to both the sources of the Law and the morality incorporated by the law; and the one that suggests its exclusion from legal discourse. Assuming the validity of the second position, the second section of this work argues that the morality incorporated to the law cannot even be identified if the concept of dignity is seen as the outcome of sheer social convention, with no connection whatsoever with the nature of its reference, the human person. The third section takes this epistemic challenge and eschews the core meaning of dignity, underlying its legal and moral paradigmatic meanings. The work ends displaying standards for assessing the validity, relevance and transparency of the use of the concept of dignity in human rights' legal argumentation.

Keywords: *Dignity, Legal interpretation, Human rights, Analogy.*

**La dignità come concetto di fermo tra discorso morale e discorso giuridico.
Note per l'utilizzo valida, comoda e trasparente del concetto di dignità
nell'argomentazione giudiziaria**

Sommario: La prima sezione di questo lavoro individua tre principali tipologie di utilizzo del concetto di dignità nell'argomentazione giuridica, e tre tesi sulla loro legittimità: la tesi che identifica la legittimità con la legalità; quella che esige fedeltà sia alle fonti della Legge sia alla morale incorporata dalla legge; e quella che ne suggerisce l'esclusione dal discorso giuridico. Assumendo la validità della seconda posizione, la seconda sezione di questo lavoro sostiene che la moralità incorporata nella legge non può nemmeno essere identificata se il concetto di dignità è visto come il risultato di pura convenzione sociale, senza alcun collegamento con la natura della sua riferimento, la persona umana. La terza sezione raccoglie questa sfida epistemica ed evita il significato centrale della dignità, alla base dei suoi significati paradigmatici legali e morali. Il

lavoro si conclude con l'esposizione di standard per valutare la validità, la pertinenza e la trasparenza dell'uso del concetto di dignità nell'argomentazione giuridica dei diritti umani.

Parole chiave: Dignità, Interpretazione giuridica, Diritti umani, Analogia.

Introducción

El concepto de dignidad en el discurso actual de los derechos humanos genera perplejidades que recuerdan a aquella otra que apuntó Agustín de Hipona con relación al concepto de “tiempo”: la naturalidad con que lo usamos es indirectamente proporcional a nuestra capacidad para definirlo. Su omnipresencia en los documentos internacionales de derechos humanos, en no pocas constituciones y en decisiones judiciales, por no hablar del discurso político, es abrumadora. No obstante, cuando se trata de explicar cuál es el rol que desempeña en nuestras prácticas jurídicas y cuál es su significado, la aparente uniformidad en torno a su comprensión se desvanece como un castillo de naipes.

Ante esta divergencia, emerge la pregunta acerca de la legitimidad de su uso para fundar decisiones judiciales que interpretan y aplican enunciados de derechos humanos o fundamentales¹. La primera sección de este trabajo sistematiza los diferentes usos del concepto en la argumentación judicial de decisiones relativas a derechos humanos (epígrafe 1), y tres teorías acerca de su legitimidad (epígrafes 2 y 3). No son pocas las voces que señalan que la legitimidad del uso judicial es proporcional a su legalidad, entendida como coherencia con el significado construido a partir del conjunto de las fuentes del derecho. Esta tesis, que podríamos denominar de “legitimidad como legalidad”, se bifurca, a su vez, en dos vertientes. Unos abogan por una exigencia de coherencia con el significado de dignidad abstraído a partir de las fuentes jurídicas autónomamente consideradas (legitimidad como legalidad pura), mientras que otros apuntan a una coherencia con el significado abstraído, tanto a partir de las fuentes, como de la moralidad

1 Por “enunciados de derechos humanos” nos referimos a los que integran Convenciones Internacionales de Derechos Humanos; mientras que la expresión “enunciados de derechos fundamentales” designa a los que forman parte de textos constitucionales. En ambos casos, se trata siempre del punto de partida para la inferencia interpretativa de auténticas normas o “disposiciones” de derechos (humanos o fundamentales). Seguimos en este punto a Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 240-245; y Guastini, R. (2015). “Interpretación y construcción jurídica”. En *Isonomía*, 43, 11-48: 15, n. 5.

que, como cuestión de hecho, fue incorporada al discurso jurídico por estas mismas fuentes (legitimidad como moralidad legalizada).

Partiendo de la premisa según la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral, en la segunda sección (epígrafes 4 y 5) argumentamos, en primer término, que el sentido jurídico focal del concepto de dignidad es inescindible de su sentido moral focal y asumimos como válida la tesis de la legitimidad como moralidad legalizada. No obstante, apuntamos contra Barak y Dworkin que la moralidad legalizada no puede ser siquiera identificada –por no decir comparada con las fuentes–, cuando tanto el discurso jurídico como el discurso moral se conciben como fruto de una convención social, sin relación alguna con la naturaleza de su referencia, la persona humana.

Si, en cambio, ambos discursos se conciben inherentemente determinados por la naturaleza de su referencia, la persona humana, cobra sentido la advertencia de Carozza, según la cual el uso jurídico del concepto de dignidad es inescindible de un ejercicio de reflexión filosófica seria². Asumiendo este desafío, en la tercera y última sección de este trabajo (epígrafes 6 a 9) se realiza un breve ensayo de “reflexión filosófica”, que tiene por objeto reconocer el analogado principal que subyace al sentido moral y al sentido jurídico paradigmático de dignidad³. Sobre la base de este reconocimiento, se proponen criterios de validez, relevancia y conveniencia de los usos más típicos del concepto en el discurso judicial.

1. Los usos del concepto de dignidad en el discurso judicial de los derechos humanos. Breve revisión

Analizando los usos más extendidos del concepto de dignidad en el derecho constitucional comparado, Aharon Barak (capítulo 20) y Dieter Grimm (capítulo 21) distinguen entre la dignidad como valor y la dignidad como un derecho humano. Coinciden en señalar que en la mayoría de las prácticas

2 Carozza, P. (2008). “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. A Reply”. En *The European Journal of International Law*, 19-5, 2008, 931-944: 937.

3 La idea de un significado que, en cuanto “analogado principal”, orienta la comprensión de una red de conceptos secundarios fue clásicamente formulada por Tomás de Aquino en la *Suma Teológica*, II-II q. 57, a. 1. Subyacente al debate dentro de la tradición tomista acerca de la naturaleza de esta conexión significativa, hay acuerdo en que la referencia del significado focal guía la comprensión de los significados derivados. Ver, en este sentido, Rabbi Baldi Cavanillas, R. (1991). “El concepto de derecho en el realismo clásico, a partir de las visiones de Michel Villey y Georges Kalinowski”. En *Persona y Derecho*, 25, 77; y Massini, C. I. (2012). “Entre reductivismo y analogía. El punto de partida de la filosofía del derecho”. En *Persona y Derecho*, 67, 353-385.

constitucionales la dignidad es concebida como el propósito o valor general común a todos los derechos humanos. Desde esta primera perspectiva, el concepto se usa a nivel judicial, indistintamente, tanto para fundamentar la obligatoriedad (normatividad) de los derechos en general, como para interpretar su contenido en vistas a ponderar los derechos entre sí, o a evaluar la proporcionalidad de las leyes que los regulan y/o limitan⁴. El uso judicial del concepto como un derecho humano específico dentro del catálogo general de derechos sería, en cambio, más bien excepcional. En este segundo sentido, también coinciden en apuntar que la dignidad se utiliza para significar que el peso del derecho en cuestión es absoluto, no sujeto a límites y, por lo tanto, exento de cualquier raciocinio de ponderación de derechos⁵.

De modo similar, y pasando al plano de los sistemas regionales de derechos humanos, Jean Paul Costa explica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza el concepto de dignidad como refuerzo de su argumentación para tipificar violaciones a derechos recogidos en algunos artículos del CEDH y, especialmente, para fundamentar la aplicación del artículo 3º contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes⁶. Esta tendencia muestra la misma dirección advertida en las prácticas constitucionales locales analizadas por Barak y Grimm. Es decir, que la dignidad humana se comprende y se usa alternativamente, como valor (mejor dicho, como *el valor*) que orienta la comprensión del contenido sustantivo de los derechos humanos, como valor que justifica la fuerza obligatoria de los derechos en general; y como un derecho que se añade al resto del catálogo, y

4 Barak, A. (2013). "Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 361-380: 361; Grimm, D. "Dignity in a Legal Context". En ídem, 381-391: 385.

5 Entre estas excepciones, Barak incluye el artículo 4º de la Ley fundamental de Israel sobre protección de la dignidad y la libertad, que establece: "Todas las personas tienen derecho a la protección de su vida, cuerpo y dignidad"; y el artículo 1.1. de la Ley fundamental de Bonn, que enuncia: "La dignidad es inviolable". Apunta Christoph Enders que este enunciado fue inicialmente interpretado como estatuyendo un valor y no, en cambio, un derecho. La afirmación de Barak según la cual el enunciado incorpora un derecho es, pues, el resultado de una evolución en la interpretación judicial del enunciado (y no, en cambio, su significado incontrovertible). Ver Enders, C. (2019): "Human Dignity in Germany". En Bechi, P.; Mathis, K. *Handbook of Human Dignity in Europe*. Springer, 281-316: 283. En igual sentido, Grimm, D. Ob. cit., 387.

6 Costa, J. P. (2013). "Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights". En Mc. Crudden, C. Ob. cit., 393-402: 395. El caso líder en este sentido es *Tyler v. United Kingdom*, del 25 de abril de 1978, donde el tribunal afirmó que la protección de la dignidad y la integridad física es uno de los principales propósitos del artículo 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos; declaró que la "violencia institucional" es un caso de violación al deber absoluto de protección de la dignidad, y estimó que la pena judicial de castigos corporales (tres latigazos) infligida sobre un escolar de quince años de edad constituía un caso de "violencia institucional" (cons. 33).

que se cualifica por su extraordinaria fuerza obligatoria (absoluta o *cuasi* absoluta).

Paralelamente, Helga Lell y Nicolás Lafferrière identifican las mismas tres clases de uso por parte de la Corte Interamericana de Justicia: como principio que fundamenta la existencia del sistema en su totalidad, como principio que sirve para cualificar el contenido y/o la fuerza de algunos derechos, y como un derecho específico. Aclaran los autores, con razón, que el uso para cualificar el contenido y/o la fuerza de algunos derechos particulares se explica, en buena medida, en el hecho de que el texto de la Convención explícitamente vincula la dignidad con el derecho a la integridad personal (artículo 5°), al honor (artículo 11), y a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 6°)⁷. No obstante, advierten que la Corte también usa la dignidad para derivar derechos implícitos (especialmente, aunque no de forma única, derechos sociales)⁸.

Paolo Carozza agrega un cuarto tipo de uso judicial, consistente en justificar el recurso al derecho constitucional comparado en la interpretación de los textos constitucionales. A partir de este dato, concluye que el concepto es asumido en el denominado el “*ius commune* de los derechos humanos” como un valor cuyo significado trasciende las particularidades locales⁹. Este último hallazgo nos permite afirmar que, en cualquiera de los usos anteriores, la dignidad se concibe como un vehículo de diálogo entre sistemas locales.

Recapitulando, la dignidad se usa para justificar la existencia de los sistemas de derechos humanos (constitucionales o regionales); para justificar el peso de las obligaciones correlativas a los derechos tipificados; para justificar la interpretación de su contenido material y/o de la fuerza de algunos derechos (generalmente, en el contexto del balance con otros derechos y de la inferencia de derechos implícitos). En todos los casos, se asume que el significado de la dignidad es universalmente inteligible.

La paradoja radica en que, subyacente al uso judicial en cualquiera de estas direcciones, y muy a pesar de la asunción de que el significado es universalmente inteligible, el consenso se diluye al momento de definirla y, todavía más, de aplicarla. El resultado es bastante obvio: una sucesión inconsistente e incluso contradictoria de interpretaciones judiciales acerca del peso, el contenido y el alcance de los derechos humanos, que parecen así vincularse más al *imperio* de los jueces que a su autoridad epistémica moral, jurídica o ambas. A partir de este desacuerdo se explica que el debate

7 Lafferrière, N.; Lell, H. (2021). “Los usos del término dignidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Opinión Jurídica* 20-43, 315-348: 332.

8 Lafferrière, N.; Lell, H. Ob. cit., 332.

9 Carozza, P. Ob. cit., 933.

académico sobre el papel de la dignidad humana en el razonamiento judicial se articule necesariamente con la cuestión de la legitimidad de las decisiones judiciales sobre derechos humanos y/o sobre derechos fundamentales.

Algunas soluciones a este dilema vinculan la legitimidad del uso judicial del concepto a su legalidad y equiparan la “legalidad” con la coherencia, sea con el conjunto de fuentes del derecho, sea con el conjunto de principios político-morales que, como cuestión de hecho, son incorporados al sistema jurídico a través de la apertura del discurso jurídico al discurso moral. En cualquiera de los dos casos se asume un convencionalismo semántico, en virtud del cual el significado del concepto de dignidad se construye pura y exclusivamente con su uso, en el discurso jurídico en el primer caso, o en una combinación entre el discurso jurídico y el discurso moral, en el segundo.

2. Autonomía semántica del discurso jurídico. Legitimidad como legalidad pura

Entre los autores que equiparan la legitimidad del uso judicial con la legalidad pura, insiste Grimm en la autonomía semántica del discurso jurídico con relación al discurso moral que históricamente dio origen al concepto de dignidad, y exige que su uso judicial se desvincule de sus raíces teológicas o metafísicas:

“La noción (de dignidad), ya sea de origen teológico o filosófico, es transferida a otro contexto cuando forma parte de un documento legal. Esta transferencia la desvincula de sus raíces [...] Generalmente, cualquier referencia a fuentes no-legales para entender la noción de dignidad [...] debe ser traducida a un argumento legal y ajustada al entorno legal en que la dignidad aparece”¹⁰.

En la misma línea, Catherine Dupré argumenta:

“La pregunta ‘¿quién construye la dignidad humana?’ [...] en el derecho [...] se ha resuelto en gran medida por el papel de los jueces en hacer la dignidad [...] No obstante, no debe olvidarse que en el ámbito de la Unión Europea los jueces nacionales están atados a una constitución escrita (excepto el Reino Unido), al principio de primacía de la legislación europea y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, cuando corresponda, y a la jurisprudencia del TEDH”¹¹.

¹⁰ Grimm, D. Ob. cit., 386.

¹¹ Dupré, C. (2013). “Constructing the Meaning of Human Dignity: Four Questions”. En Mc. Crudden, C. Ob. cit., 113-121: 116.

Con argumentos de tipo originalista, Luków arguye que la razón por la cual el concepto de dignidad pudo desempeñar un rol central en la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en la conferencia de San Francisco, en 1945, fue su previa desvinculación de sus raíces “tomistas-personalistas, no-igualitarias, y antidemocráticas”¹².

Desde la filosofía política, apuntaba John Rawls en términos parecidos que la condición de legitimidad de cualquier argumento en el ámbito de la razón pública es su desconexión respecto de las teorías comprensivas que le dieron origen¹³.

Con contadas excepciones, la exigencia de desconexión entre las raíces antropológico-morales del concepto y su significado jurídico es asumida dogmáticamente por los tribunales constitucionales y convencionales, en aquellos casos en los que el significado de la dignidad, y/o de su referencia, la persona, es el principal objeto de discusión.

Solo a modo de ejemplo, decía la Corte Suprema norteamericana en el famoso precedente *Roe vs. Wade*:

“Nosotros inmediatamente admitimos la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto [...]. La filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la experiencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores, y las pautas morales que establece y procura cumplir, todos ellos influyen y afectan lo que uno piensa acerca del aborto [...]. Nuestro objetivo, por supuesto, es resolver el caso conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias”¹⁴.

Compartiendo la tesis de la legitimidad como legalidad, pero admitiendo que el significado jurídico del concepto de dignidad es inescindible de su

12 Lúkow, P. (2018-19). “Dignity as Founding Value”. En *Human Rights Review*, 313-329: 318.

13 Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*, extended edition. Columbia University Press, 14, 21.

14 410 U.S.113, 120. Usamos la traducción de Miller, Gelli, Cayuso (1991). *Constitución y derechos humanos*. Buenos Aires. Astrea, 848-849. Esta clase de advertencia se reitera, llamativamente, en la reciente decisión de la Corte norteamericana que revierte la decisión anterior, *Thomas Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women Health Organization et al.* 597 U.S.: 1, 14. Aparece también, en términos análogos, en la decisión el Tribunal Constitucional español que abre el camino (aunque con restricciones) a la despenalización del aborto, la STC 53/85, &5; y en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que formula la existencia de un derecho de libertad al uso de técnicas de reproducción asistida, *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, 28/11/2012, Caso N° 257, & 185.

significado moral, no son pocos los autores que optan por sugerir su expulsión del discurso judicial¹⁵. Samuel Moyn va más allá y pide que el concepto de dignidad se retire de todas las esferas del discurso público, y no solamente del plano judicial:

“Mientras se desarrolla una contienda partidista la constante redefinición de los términos existentes es, indudablemente, cometido principal de la política. Llegará un momento en que, sin embargo, será más sensato acuñar nuevos términos porque las disputas sobre los arcaicos serán irresolubles. En mi opinión, ese tiempo ya ha llegado respecto a la ‘dignidad humana’, debido a que es sumamente controvertido que esté disponible tanto en su sentido primigenio como casi en cualquier apelación de significado”¹⁶.

3. Conexión semántica entre moral y derecho: legitimidad como moralidad legalizada

Tanto la pretensión de expulsar al concepto de dignidad del discurso jurídico, como la de depurarlo para limitarlo a su sentido jurídico (legitimidad como legalidad pura), parten de la base de que el discurso jurídico se construye de espaldas a otros planos discursivos. Esta asunción es, no obstante, incompatible con el extendido consenso en la filosofía del lenguaje según la cual los discursos sociales se construyen de forma interconectada y, por lo mismo, también se comprenden unos a la luz de otros¹⁷. Es también incompatible con el extendido consenso en la filosofía jurídica según el cual el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento moral, y el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general¹⁸.

15 Gearty, C. (2013). “Socio-Economic Rights, Basic Needs, and Human Dignity. A Perspective from Law’s Front”. En Mc. Crudden. Ob. cit., 155-171:171.

16 Moyn, S. (2013). “The Secret History of Constitutional Dignity”. En Mc. Crudden. Ob. cit., 95-111: 111.

17 Esta idea fue gráficamente representada por Wittgenstein con la clásica imagen de una “familia de significados” que (como los integrantes de una familia) se interconectan entre sí, Wittgenstein (2009). *Philosophical Investigations* (trads., Anscombe/Hacker/Schulte). Revised fourth edition. Oxford, § 65-67, & 75, 35-37, 40.

18 Advertía Alexy, en su *Teoría de la argumentación jurídica* en 1983, que este consenso ya estaba formado, al menos, desde la publicación en 1975 de la tercera edición de la *Metodología de la ciencia del derecho*, de Karl Larenz. Ver Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica* (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). 2ª ed. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 23, n. 1. Cabe agregar que Larenz decía (también entonces) que los principios de derechos fundamentales son la vía más directa de comunicación entre el derecho positivo y el discurso práctico general, en Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho* (Trad. Rodríguez Molinero, Marcelino). Barcelona. Ariel, 144.

Desde esta segunda concepción, la inteligibilidad de cualquier concepto jurídico –y no solamente la inteligibilidad del concepto de dignidad–, en buena medida, depende de su conexión con el sentido moral del mismo concepto y, en última instancia, de su conexión a sus respectivos casos paradigmáticos. Por ello, si la conexión entre los conceptos jurídicos y el discurso moral justificara su expulsión del discurso jurídico, habría que aceptar la improbable conclusión de que es preciso renunciar al derecho en su totalidad. Sobre esta base, un tercer grupo de autores se limita a plantear exigencias respecto al tipo de discurso moral desde el cual es legítimo comprender y usar el concepto jurídico de dignidad. Se propone, así, que cualquiera sea el horizonte moral que utilizan los jueces para justificar su comprensión, debe tratarse de un horizonte coherente con el conjunto de percepciones morales que, como cuestión de hecho, subyacen a las fuentes jurídicas.

Así, Barak apunta:

“El papel de los jueces en la interpretación constitucional de la dignidad humana, ya sea como valor o como derecho, consiste en dar sentido al concepto de dignidad. Al hacerlo, deben reflejar las percepciones sociales fundamentales que subyacen en la respectiva constitución”¹⁹.

Esta propuesta, que aquí denominamos “legitimidad como moralidad legalizada”, es similar, por no decir idéntica, a la ya clásica “lectura moral” de la constitución desarrollada por Ronald Dworkin²⁰. Conviene pues detenerse en esta teoría, como banco de pruebas de la capacidad de la sugerencia de Barak para contener el arbitrio judicial en el uso del concepto de dignidad.

Explica Ronald Dworkin que toda democracia constitucional aspira a regular el uso de la fuerza pública con apego a tres principios: igualdad formal (las mismas restricciones para todos), debido proceso (con apego a la ley) y equidad representativa (el interés de todos igualmente representado en la ley). Agrega que estas tres aspiraciones formales emanan de una única aspiración sustantiva subyacente, consistente en tratar a todas las personas con “igual consideración y respeto” a su dignidad²¹. Si recorremos ahora

19 Barak, A. Ob. cit., 378.

20 Si bien la expresión “lectura moral” de la constitución es utilizada por primera vez en Dworkin, R. (1996). *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge. Harvard University Press, la idea de que la “moralidad legalizada” es el criterio legítimo de comprensión de las fuentes del derecho ya aparece con toda claridad en ([1973 1984]. *Los derechos en serio*. Guastavino, M. (trad.). Barcelona. Ariel, 203 y sigs.

21 Cfr. Dworkin, R. Ob. cit., 295; (1994). *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual*. Caracciolo, R. y Ferreres, V. (Trad.). Barcelona. Ariel, 210-211; 1996: 111.

el camino inverso, podría decirse que la exigencia de igual consideración y respeto a la dignidad de toda persona se materializa en el ajuste de la acción de gobierno a los principios de legalidad (o debido proceso), equidad e igualdad formal.

El respeto a la dignidad se constituye de esta forma en el gozne que une el discurso jurídico con el discurso moral en cualquier democracia constitucional y, más ampliamente, en cualquier sistema de derechos. Sería algo así como el valor fundamental compartido por ambos discursos, del que luego emanan principios y reglas de acción (morales en un caso, jurídicos en otro) que son compatibles entre sí, pero no idénticas en su contenido. De la coincidencia en el valor fundamental de la dignidad, y de la complementariedad –sin confusión– entre los principios y reglas subsiguientes, se sigue, por necesidad, la naturaleza mixta (moral y jurídica) de toda interpretación o, por volver a las palabras de Dworkin, la lectura “moral” de los textos constitucionales (y por extensión, de los textos convencionales).

En este modelo, el principal desafío consiste en evitar que el uso judicial del concepto de dignidad se transforme en una suerte de agujero negro por donde la moralidad del intérprete absorba y anule al derecho. A evitar este desafío se dirige la condición de Barak de que el uso del concepto se ajuste a las percepciones sociales que subyacen al discurso jurídico, y la paralela condición de Dworkin, según la cual el uso de cualquier concepto jurídico debe ser coherente con la historia de la práctica jurídica en su conjunto. Veamos, pues, si es posible materializar estas condiciones en el razonamiento judicial.

4. La identificación de la moralidad legalizada, y el hámster en la rueda

La condición de que el intérprete utilice la moralidad legalizada como horizonte de comprensión del concepto de dignidad (y sus derivados) presupone, claro está, que el intérprete es capaz de identificarla, argumentar su existencia, y usar el concepto de dignidad de forma tal que sea fiel a la moralidad legalizada cuya existencia se ha identificado y argumentado. No obstante, si tanto el discurso jurídico como la moralidad legalizada son concebidos como creaciones culturales sin referencia a una realidad personal inherentemente inteligible, ni siquiera puede darse el primer paso. Ni la moralidad legalizada, ni las fuentes del derecho con las cuales hay que comparar la moralidad legalizada, pueden identificarse o visualizarse, por no hablar de comparar entre sí. No es (sólo) que falta un criterio meta-positivo que permita evaluar los méritos de interpretaciones alternativas del concepto de dignidad. Lo que falta es un criterio para identificar las

alternativas que se pretenden comparar. Se genera, de este modo, una paradoja semejante a la del hámster en la rueda, que por mucho que se afane al correr, gira siempre en el mismo lugar.

¿De qué percepciones morales hablamos, en primer lugar, cuando exigimos que se trate de percepciones subyacentes al derecho? ¿Estamos hablando de las percepciones de los padres fundadores de las constituciones, o de los representantes de los Estados parte en los debates previos a la firma de los tratados?²² O bien, como sugiere Waluchow, ¿nos referimos a las percepciones que se van incorporando a las prácticas constitucionales y/o convencionales de derechos por distintas vías a lo largo de toda su historia, y que tornan a las prácticas en algo así como un “árbol vivo”?²³

Esta disyuntiva de naturaleza metodológica, que podría enmarcarse en el más amplio debate entre “originalismo” e “interpretivismo”, no puede resolverse remitiendo a las fuentes del derecho, pues es su interpretación la que generan la controversia²⁴. Apunta por ello Dworkin, no sin razón, que si se pretende evitar un razonamiento circular es necesario resolverla en su plano discursivo propio, que es el político-moral. El núcleo del debate giraría, en este segundo nivel, en torno a la identificación del método más funcional al principio sustantivo de igual consideración y respeto a la dignidad del ciudadano y sus derivados, los principios de legalidad, equidad representativa e igualdad formal²⁵. Así, mientras el interpretivismo parece dispuesto a sacrificar algún grado de legalidad en provecho de la equidad representativa, lo contrario parece ocurrir con el originalismo.

Ahora bien, esta disputa subyacente no gira en el espacio, por así decirlo, sino en el seno de prácticas jurídicas concretas, porque la solución a la disputa metodológica (y al subyacente balance de principios) habrá de ser coherente tanto con las fuentes del derecho, como con la moralidad le-

22 Esta sería la postura asumida por el “originalismo”, propuesto y desarrollado célebremente, entre muchos otros, por el Juez de la Corte Suprema norteamericana Antonin Scalia, en Scalia, A. (1980). “Originalism: The Lesser Evil”. En *The University of Cincinnati Law Review*, 57, 849-865; Bork, R. (1990). *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Free Press; o Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.

23 Waluchow, W. (2006). *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge. UK. Cambridge University Press.

24 Por “interpretivismo” nos referimos en este punto a las comprensiones de la interpretación judicial que en línea con la tesis del “árbol vivo” de Waluchow (nota 22) y la “lectura moral” (nota 20) de Ronald Dworkin, legitiman políticamente la naturaleza creadora de la interpretación judicial. Ver sobre este concepto García Figueroa (2018). “El constitucionalismo jurídico, o la irrelevancia del juspositivismo”. En *Persona y Derecho*, 79-2, 51-114: 75.

25 Dworkin, R. Ob. cit., 34 y sigs.; Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass. Harvard University Press; Dworkin, R. (1986). Ob. cit., 369-369; Dworkin, R. (1996). Ob. cit., 75, 359, nn. 4 y 6.

galizada. Con lo cual, volvemos al punto de partida: la identificación de la moralidad legalizada que sirve de horizonte interpretativo del concepto de dignidad condujo a una discusión metodológica entre originalismo e interpretivismo, la discusión metodológica reveló un desacuerdo político-moral acerca del modo correcto de balancear los sub-principios de legalidad, equidad e igualdad, y este desacuerdo político-moral debe resolverse a la luz de la moralidad legalizada.

La circularidad se replica de forma indefinida a la par de la emergencia de nuevos niveles de elección, en la comprensión del principio sustantivo de igual consideración y respeto a la dignidad. Así, una vez que se ha optado por interpretivismo u originalismo, todavía resta justificar la selección de los documentos relevantes, sea para identificar las percepciones morales de los autores de los textos (originalismo), sea para identificar las percepciones morales que subyacen al derecho en su actual fisonomía. No es lo mismo, claro está, que las percepciones se infieran sólo a partir de los textos legales (la Constitución, los tratados) o, en cambio, que también se tengan en consideración su aplicación a nivel jurisprudencial, su desarrollo doctrinal, etc.²⁶. Este tercer orden de preguntas se yergue sobre la interpretación correcta de las normas que, en palabras de Kelsen, gobiernan la “dinámica” del derecho, o bien, utilizando el lenguaje de Hart, sobre las normas “secundarias” que distribuyen competencias para crear derecho y/o para interpretarlo autoritativamente²⁷. El pluralismo de fuentes y la emergencia del denominado “discurso jurídico multinivel” en las prácticas constitucionales actuales y en el sistema internacional de derechos humanos problematizan aún más, si cabe, la identificación de la autoridad competente para determinar autoritativamente el significado de los textos constitucionales y convencionales²⁸.

26 Luciano Laise sistematiza los debates internos al originalismo según el criterio de que usen para (i) definir el concepto de “intención original” (motivo o intención *vs.* significado público original); (ii) identificar al titular de la intención o motivo; (iii) identificar cuáles son los documentos relevantes para abstraer la intención, el motivo, o el significado público original; e (iv) identificar cuál es el proceso válido para inferir el motivo, la intención o el significado a partir del documento. Ver Laise, L. (2017). *El poder de los conceptos. Convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. México. Porrúa, 67-115.

27 Hart, H. L. (1992). *The Concept of Law*. 2nd Ed. Clarendon Press, 80-81; Kelsen, H. [1960 (1981)]. *Teoría pura del derecho* (Vernengo, R. J., trad.). Universidad Autónoma de México, 83-84. Algo más recientemente, John Gardner ha distinguido con toda claridad el problema de la interpretación de las fuentes, del problema de la interpretación de las normas que habilitan a su creación, en Gardner, J. (2001). “Legal Positivism. 5 ½ Myths”. En *American Journal of Jurisprudence* (46), 208-209, 218-221.

28 Pariotti, E. (2017). “*Self-regulation, concetto di diritto, normatività giuridica*”. En *Ars Interpretandi*, VI-2: 21-23; Pattersman, U. E. (2017). *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods. Methodology Problems in International Law*. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 113 y sigs.

En todo caso, si siguiéramos a Dworkin, deberíamos optar por la que mejor realice el principio de igual consideración y respeto a la dignidad, entendiendo “dignidad” desde el punto de vista de la moralidad legalizada. Todo lo cual nos reenvía una vez más al punto de partida: intentando identificar la moralidad legalizada que ilumina el significado de la dignidad, fue preciso seleccionar un conjunto de textos relevantes; para seleccionar textos relevantes fue necesario identificar la mejor interpretación posible de las normas que asignan competencias para determinar autoritativamente su significado; y la mejor interpretación de estas normas requirió identificar el significado de dignidad a la luz de la moralidad legalizada.

Si se dieran por resueltos los tres niveles anteriores de preguntas, aún queda otro, relativo al modo de abstraer la moralidad legalizada a partir de los textos seleccionados para identificar la moralidad legalizada (en el momento fundacional del sistema, o a través de su desarrollo histórico). ¿Debemos guiarnos por el tipo de casos-cosas a los que se aplica usualmente el concepto gozne de dignidad, tanto en el conjunto de textos jurídicos seleccionados, como en el discurso moral al que estos textos hacen referencia? ¿O debemos atender a las definiciones que formulan los jueces y/o la doctrina en uno y otro nivel? En cualquiera de ambos casos, ¿cómo circunscribimos el significado de la dignidad? ¿Deberíamos aislar un conjunto de condiciones necesarias y suficientes de aplicación, o alcanza con identificar una familia de condiciones de aplicación, que sólo se dan de forma completa en algunos casos paradigmáticos? La solución a este cuarto nivel de cuestiones pone en juego la polémica clásica sobre la naturaleza del significado, lo que reactualiza el debate político-moral acerca de los fines del derecho y del mejor modo de balancearlos entre sí²⁹.

Para quien privilegie la legalidad sobre la equidad parece más funcional intentar delimitar un conjunto de condiciones necesarias y suficientes de aplicación del concepto de dignidad, tanto en el nivel jurídico como en el nivel moral de discurso; y luego compararlas entre sí. O bien verificar que, como cuestión de hecho, ambos conceptos se aplican al mismo tipo de casos

29 Ver Moore, M. (2007). “Can Objectivity be Grounded on Semantics?”. En Villanueva, E. (ed.). *Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity*. New York. Rodopi Philosophical Studies, 236-260: 243-246; y Margolis, E. y Laurence, S. (eds.) (2007). *Concepts. Core Readings*. Cambridge, Mass. MIT Press, 27-29. Apunta Waluchow, en este mismo orden de ideas, que el originalismo del significado público conduce a resultados muy diferentes, según que pretenda fidelidad al significado original sin más; o al margen de extensión que los autores de la constitución pretendieron imprimir en los conceptos. En el primer caso, la teoría no se distingue esencialmente, según Waluchow, de su propia teoría del árbol vivo. En el segundo, se confundiría con el “originalismo de intenciones”. Ver Waluchow, W. (2021). “The Living Tree. Very much Alive and stipe Bearing Fruit: A Reply to the honourable Bradley W. Miller”. En *Queens Law Journal*, 46-2, 281-300: 288.

paradigmáticos en uno y otro nivel discursivo. Los casos paradigmáticos, por lo demás, se delimitarán y describirán del modo más preciso posible –quizá a través de una nueva serie de condiciones necesarias y suficientes de aplicación. Para quienes, en cambio, privilegien la equidad representativa por sobre el principio de legalidad, quizá sea más funcional optar por una semántica criteriológica, donde exista la constatación de algún grado de semejanza entre sus respectivos casos paradigmáticos y/o entre sus respectivas condiciones de aplicación.

Recapitulando, hemos aislado al menos cuatro órdenes de preguntas de cuya respuesta depende la validez de la identificación de la moralidad legalizada que debería servir de horizonte de comprensión del concepto jurídico de dignidad: ¿originalismo o interpretivismo?; ¿cuáles son los textos que revelan la moralidad original o actual, según el caso?; ¿cuál es el uso del lenguaje que revela el significado de la dignidad?; y ¿cómo se delimita este significado? Todos estos niveles involucran un razonamiento político-moral acerca del mejor modo de asegurar igual consideración y respeto a la dignidad de todo ciudadano cuya validez depende, a su vez, de su ajuste a la moralidad legalizada. Se produce de esta forma una circularidad tautológica, que sitúa al intérprete en una posición análoga a la del hámster que nunca llega a la meta.

5. El convencionalismo semántico en la raíz de la circularidad

Tanto la tesis de la legitimidad como legalidad pura, según la cual el concepto de dignidad se construye (y se debe construir) desde el discurso jurídico autónomamente considerado, como la tesis más amplia, según la cual la construcción es producto de una síntesis entre el discurso jurídico y el discurso moral, conllevan una toma de postura en un quinto orden de debates, esta vez relativo, no a la naturaleza del significado, sino a su origen. Se trata, en este orden de consideraciones, de responder a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la fuente de la cual brota el significado de los conceptos jurídicos, y cómo se vincula el significado con su referencia? ¿Son acaso los conceptos jurídicos algo así como un orden que se vuelca al mundo social, imprimiendo en él un orden previamente inexistente? O, más bien, la naturaleza de la referencia, ¿es la fuente última del significado de los conceptos en general, y de los conceptos jurídicos en particular? Si nada hay en la referencia de los conceptos (las cosas a las que un concepto aplica) que dé razón de su significado, el significado no solamente es inde-

pendiente de la naturaleza de la referencia, sino que también es el origen de su inteligibilidad³⁰.

Dicho con palabras de Quine:

“La noción Aristotélica de esencia es, sin lugar a duda, la predecesora de la noción moderna de intensión o significado [...] Para Aristóteles, las cosas tienen esencias, pero solo las formas lingüísticas tienen significado. Cuando la esencia se divorcia del objeto de referencia y se proyecta sobre la palabra se convierte en significado”³¹.

Llegados a este estadio, se puede esbozar una tesis acerca de la circularidad tautológica que subyace a la pretensión de sujetar el uso judicial del concepto de dignidad al discurso jurídico sin más (tesis de la legitimidad de la interpretación como legalidad), o a una síntesis entre discurso jurídico y discurso moral. A saber, la circularidad se explica por la asunción del convencionalismo semántico y la consiguiente exclusión de la naturaleza de la referencia del concepto, la persona humana, como foco de comprensión de la dignidad.

En el convencionalismo semántico, comprender un concepto es comprender su significado, y comprender el significado es saber usarlo, sino en toda su extensión, sí, al menos, en relación con su referencia paradigmática³². Ahora bien, puesto que nada hay en la referencia de los conceptos que justifique su condición de “referencia paradigmática”, se sigue que nada hay en la naturaleza de la persona humana que justifique su condición de “caso paradigmático” de la dignidad. La “referencia paradigmática” es, pura y simplemente, la clase de cosas a las cuales, como cuestión de hecho, una comunidad discursiva aplica mayoritariamente un concepto, dentro de un particular contexto discursivo³³.

Saber usar el concepto de dignidad consistiría, en esta orientación, en saber aplicarlo a la clase de individuos que, al menos hasta ahora, están contenidos en su margen paradigmático-consensuado de aplicación. Ahora

30 Sobre la generalización del convencionalismo semántico en el contexto de la filosofía del lenguaje, Marmor (2008). “Is Literal Meaning Conventional?”. En *Topoi*, 27, 101-113: 101, n. 1; Moore (2007). Ob. cit., 240 y sigs.; y Margolis/Laurence (1999). Ob. cit., 21 y sigs.

31 Quine, W. O. “Two Dogmas on Empiricism”. En Margolis, E.; Laurens, S. (eds.). *Concepts: Core Readings* (MIT Press 1999 [1953]): 154.

32 Ver Wittgenstein, W. (2009). Ob. cit., &55, 31; y su aplicación a la interpretación jurídica, entre otros, por Marmor, A. (1992). *Interpretation and Legal Theory*. 2ª ed. Oxford. Hart Publishing [2005], 102-155.

33 Marmor (2005). Ob. cit., 102, 103, 115; Zambrano, P. (2021). “Comprender o interpretar el Derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto”. En *Revista Chilena de Derecho*, 48-3, 131-154:137.

bien, la naturaleza de los individuos que integran esta clase es, igual que el concepto de dignidad, fruto de una construcción social. De nada sirve, desde esta perspectiva, mirar a la persona para comprender el significado de dignidad. Si uno y otro concepto son creaciones discursivas puras que se vuelcan sobre un mundo ininteligible, el mundo nada puede agregar a su comprensión. Desde esta perspectiva, tanto da que se observe cómo se usa el concepto de “dignidad” para inferir el significado y la extensión del concepto de “persona”, como recorrer el camino inverso. Esto es, observar cómo se usa el concepto de “persona” e inferir el significado y la extensión del concepto de “dignidad”. En uno y otro caso, el significado y la extensión de uno y otro concepto se construyen con su uso, y se comprenden observando el uso³⁴.

Se explica, de este modo, por qué las propuestas de Barak y Dworkin se empantanar en una situación semejante a la del hámster en la rueda. La identificación de la moralidad institucionalizada (Barak) en el juicio de ajuste (Dworkin) descansa sobre una serie de juicios previos cuya única justificación, una vez que la persona en sí ha desaparecido del horizonte de comprensión, es el mismo discurso que genera la necesidad de juzgar. Lo mismo aplica a la conclusión de Moyne, según la cual debería abandonarse el concepto de dignidad porque no existe consenso alguno en el modo de aplicarlo a su margen de extensión. Ahora podemos decir que no hay consenso en los márgenes de extensión porque el significado paradigmático carece de toda capacidad de iluminar su propia dinámica de aplicación. Y carece de esta capacidad no porque no sea en sí mismo luminoso, sino porque los intérpretes han preferido ignorar esa luz³⁵.

Esta circularidad se evidencia también con el análisis de Rosen de los casos (i) *Washington v. Glucksberg* y (ii) *Vacco v. Quill*³⁶. En estos casos, el concepto jurídico de privacidad se concibió en sentidos diametralmente opuestos por la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos, y, del otro lado, por los filósofos Dworkin, Nagel, Nozick, Rawls, Scanlon y Thomson, quienes presentaron como *amicus curiae* su famoso “Informe de Filósofos”³⁷. El desacuerdo se concentró en la conexión entre el concepto jurídico de privacidad, y los conceptos morales de dignidad y autonomía que, a juicio de los filósofos, habían sido incorporados al discurso jurídico y por tanto legalizados en el precedente *Casey*, donde la Corte afirmó:

34 Zambrano, P. (2021). Ob. cit., 137-138.

35 Moyne, S. (2013). “The Secret History of Constitutional Dignity”. En Mc. Crudden, C. Ob. cit., 95-111:111.

36 Rosen, M. (2013). “Dignity. The Case Against”. En Mc. Crudden, C. Ob. cit., 143-154: 151; *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 US 793 (1997).

37 Dworkin, R. et al. (27 March 1997). “Assisted Suicide: The Philosophers’ Brief”. En *New York Review of Books*, 44, 41-47.

“Las elecciones nucleares sobre la dignidad personal y la autonomía son neurálgicas para la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda. En el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, de significado, de universo y del misterio de la vida humana. Las creencias sobre estos asuntos no serían capaces de definir los atributos de la personalidad si fuesen formadas bajo compulsión estatal”³⁸.

Contra el razonamiento de los filósofos, en *Washington v. Glucksberg* y en *Vacco v. Quill* la Corte estableció que el suicidio no es un caso paradigmático del concepto jurídico de privacidad, según como fue definido el concepto en *Casey*. Desde una premisa semántica convencional, el desacuerdo entre la interpretación de la Corte y la de los filósofos no radicaba en una forma distinta de entender la relación entre el concepto de privacidad, y la autonomía, la dignidad o el misterio de la vida humana, pues ninguno de estos conceptos por sí mismo denota realidad inteligible alguna. El desacuerdo radicaba, más bien, en el modo de inferir el significado de estos conceptos a partir de su uso en el conjunto total del discurso jurídico y de su apéndice, la moralidad legalizada. Pero como era el propio uso de los conceptos lo que generaba la controversia, los jueces acabaron privados de todo parámetro para resolver.

Se espera, en fin, que el juez resuelva el desacuerdo conceptual en torno al significado del concepto de dignidad ciñéndose exclusivamente a su uso, sea en el discurso jurídico puro, sea también en la moralidad legalizada, pero en todo caso, sin mirar nunca a la naturaleza de la persona. Sea que la proscripción de mirar a la persona obedezca a razones epistémicas –se niega su inteligibilidad–, sea que obedezca a razones normativas –la legitimidad de las decisiones se reduce a su legalidad y/o a su neutralidad valorativa–, el resultado es siempre el mismo: se les exige a los jueces que busquen y justifiquen una correspondencia objetiva que simplemente no existe.

Michael Rosen parece percibir este problema cuando advierte que si la dignidad es una convención social, entonces no hay necesidad de que denote algo³⁹. Rosen es consciente de que si el concepto de dignidad no designa nada, entonces no hay forma alguna de que sea aplicado racionalmente. Y como no está preparado para proponer que abandonemos el enfoque convencional del concepto de dignidad, sugiere en cambio que retiremos el concepto del discurso público. Esta sugerencia implica afirmar, *contrario sensu*, que dentro del contexto jurídico otros conceptos sí pueden ser usados significativamente, a pesar de su naturaleza convencional. Pero lo cierto es que

38 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833: 851.

39 Rosen, M. (2013). Ob. cit., 145.

todo discurso divorciado del mundo deja de ser inteligible. Por ende, las razones que esgrime Rosen para abandonar el concepto de dignidad aplican por igual a todos los conceptos jurídicos y, más aún, al lenguaje en general. En este sentido, Rosen, Moyn y Gearty se enfrentan con el mismo dilema que sus contrarios más optimistas, Barak, Grimm y Dupré: o bien se acepta que, al final, la inteligibilidad del discurso jurídico en general está fundada en la inteligibilidad intrínseca de la persona humana, o debe demostrarse por qué la propuesta de eliminar el concepto de dignidad no aplica por igual a todo el discurso jurídico.

6. Una reflexión filosófica transparente sobre la naturaleza de la persona como condición de legalidad y legitimidad

Hasta aquí podemos concluir que la racionalidad de la argumentación acerca de la legalidad del uso del concepto de dignidad depende de que se puedan distinguir de forma objetiva entre usos válidos e inválidos, o, al menos, entre usos más y menos válidos del concepto. No obstante, esta distinción sólo es factible allí donde la naturaleza de la referencia del concepto de dignidad –la persona en sí– guíe la comprensión de su significado. *Viceversa*, a mayor desconexión entre el uso judicial del concepto de dignidad y la naturaleza de su referencia, la persona humana, menor su inteligibilidad y menor, también, la racionalidad del debate en torno a su legalidad. Se explica así lo pertinente de la advertencia de Carozza, según la cual el uso adecuado del concepto de dignidad en el discurso jurídico es inseparable de “un ejercicio de reflexión filosófica serio acerca de la realidad humana”⁴⁰.

Desde el punto de vista de la argumentación de la legalidad del uso judicial del concepto, esta conclusión plantea serios desafíos a quienes ejercen la judicatura en el denominado “Estado constitucional de Derecho”, donde muy a contracorriente de la evolución de la filosofía jurídica, todavía reina una comprensión reductiva del principio de legalidad. Este reduccionismo está claramente asumido en las tesis de la legitimidad como legalidad y de la legitimidad como moralidad legalizada. En ambos casos se asume, en efecto, que la legitimidad de la argumentación judicial es directamente proporcional a su dependencia de “razones secundarias y excluyentes”, e indirectamente proporcional al uso de razones “primarias” (esto es, a fuentes de decisión meta-jurídicas)⁴¹. Sin perder de vista que el derecho es un

40 Carozza, P. (2008). Ob. cit., 937.

41 Utilizamos aquí la distinción entre razones primarias para actuar, que se basan en el

orden de autoridad y que, por lo mismo, las razones secundarias –la remisión a las fuentes jurídicas– conforman siempre la espina dorsal de cualquier argumentación judicial; la pretensión de que estas razones excluyan cualquier otra clase de razonamiento antropológico-moral es sencillamente irrealizable en virtud de su insuficiencia para guiar las decisiones⁴². Si esto es siempre cierto, lo es todavía más cuando se trata de comprender y usar conceptos “gozne” entre discurso moral y el discurso jurídico, como es el caso de la dignidad⁴³.

Llegados a este estadio, conviene pues abordar sin tapujos la cuestión elemental: ¿Cuál es esta referencia; y de qué modo preciso puede dotar de racionalidad al debate acerca de la legalidad y legitimidad del uso judicial del concepto de dignidad? ¿Estamos en búsqueda de una referencia que es tan convencional, variable y escurridiza como las interpretaciones que se intentan comprender y justificar a su luz? ¿No será acaso que volvemos como Barak y Dworkin a la rueda del hámster, con la única diferencia (quizá no menor) de que por lo menos somos sinceros, y advertimos la futilidad de nuestro esfuerzo?

Un punto debe quedar claro antes de afrontar este último desafío argumentativo. En primer término, no podremos desembarazarnos nunca del lenguaje. Por razones obvias no puede esperarse del lenguaje –y este texto es una porción de lenguaje– que materialice la realidad a la cual hace referencia. Estirando las imágenes propuestas por Wittgenstein, estamos en la misma situación que la mosca que busca en vano la salida de la botella⁴⁴. Ahora bien, ¿puede concluirse a partir de nuestra condición de encierro en la botella del lenguaje que lo que sea que esté fuera no ilumina el interior? ¿O bien que el lenguaje construye tanto la forma como la luz de la botella con absoluta independencia del mundo en el que se sitúa? Una y otra afirmación (ontológica la primera, epistémica la segunda) conducen al mismo

valor de la acción; y razones secundarias, que se basan en la existencia de normas que avalan la racionalidad (y el valor) de la acción en cuestión y, además, excluyen cualquier otra razón primaria para actuar de otra forma. Esta distinción fue clásicamente propuesta por Raz, entre otros trabajos, en Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford. Clarendon Press, 212-215; (2001). “Reasoning with Rules”. En *Current Legal Problems*, 54, 1-18; (2004). “Incorporation by Law”. En *Legal Theory*, 10, 1-17: 8; (2006). “The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception”. En *Minnesota Law Review*, 90, 1003-1044: 1025.

42 Hemos argumentado más extensamente este punto.

43 El propio Raz ha defendido recientemente que el *desiderátum* de publicidad del *Rule of Law* conlleva la obligación judicial de explicitar todas las razones (incluidas las razones primarias que sirven de horizonte de comprensión de las razones secundarias) que sostienen una decisión judicial, en Raz, J. (2019). “Laws Own Virtue”. En *Oxford Journal of Legal Studies*, 39, 1-15: 8.

44 Cfr. Wittgenstein (2009). Ob. cit., § 309, 110.

resultado en lo que a la posibilidad de comprensión del discurso jurídico-moral respecta. Construimos *ex nihilo* el significado y la referencia de todos sus conceptos y enunciados normativos, lo cual los torna ininteligibles.

Parece, pues, que nos encontramos entre dos extremos igualmente inadmisibles. O bien el concepto jurídico de dignidad es absolutamente convencional, en cuyo caso es ininteligible; o bien es absolutamente representativo de la persona humana, lo cual lo tornaría irrelevante –porque designaría exactamente lo mismo que los conceptos antropológico y moral–; o incluso implausible, dada la indiscutible naturaleza convencional las obligaciones jurídicas que los sistemas de derechos fundamentales (universal, regionales o constitucionales) conectan a su uso.

La distinción de Frege entre significado, referencia y sentido (o significado discursivo) puede servir de salida a esta encrucijada. Así, mientras que la persona humana es la referencia compartida tanto por el sentido jurídico como por el sentido moral del concepto de dignidad, cada uno de estos planos discursivos se aproxima a esta referencia desde una perspectiva análoga, pero no igual. Precisamente porque el sentido jurídico y el sentido moral del concepto de “dignidad” comparten la misma referencia, puede también concebirse un “analogado principal” subyacente a los dos sentidos (o significados discursivos)⁴⁵.

Si la relación entre el analogado principal y los sentidos discursivos del concepto de dignidad es de determinación o enriquecimiento, puede concluirse, en lo que aquí interesa, que cualquier uso que sea abiertamente contradictorio con el analogado principal será inválido. Conviene pues, como paso previo a analizar la validez de los usos judiciales del concepto, incurrir en el breve ejercicio de “reflexión filosófica seria” sugerido por Carozza, tendiente a reconocer el analogado principal del concepto de dignidad, que subyace a sus sentidos moral y jurídico paradigmáticos.

7. Sentido jurídico, sentido moral y analogado principal: status, respeto y fuerza categórica

Siguiendo a Kant, las reglas morales se distinguen respecto de cualquier otro tipo de regla por su fuerza categórica. Que una regla sea categórica significa, en muy breves palabras, que una vez que el agente constata (juzga) que es aplicable a una situación, no hay razones que justifiquen

⁴⁵ Frege (1982). *Zeitschrift für Philosophie und Philosophische Kritik*, nueva serie, núm. 100, 22-50. Usamos la traducción al español de Valdés Villanueva: Frege (2012). “Sobre sentido y referencia”. En Valdés Villanueva (comp.). *La búsqueda del significado*. Madrid, 29-49, 34.

su desplazamiento⁴⁶. Lo específico de las reglas morales es que “excluyen” o “derrotan”, utilizando ahora el lenguaje de Joseph Raz, cualquier otra motivación que pueda albergar un agente para actuar de otro modo (especialmente, aunque no únicamente, excluye los motivos no avalados por razones)⁴⁷. Esta misma idea es asumida por toda la tradición del derecho natural, cuando afirma la fuerza obligatoria y concluyente del juicio acerca de la moralidad de la acción –cualquiera sea su nivel de generalidad–⁴⁸.

La fuerza categórica de los imperativos morales plantea la obvia cuestión acerca de su fundamento. Más concretamente, se trata de averiguar cuál es la razón, si hay alguna, de que ciertos cursos de acción se muestren racionalmente como absolutamente obligatorios, y por ello excluyan y derroten nuestro eventual deseo, interés o inclinación de obrar de otro modo.

En respuesta a esta pregunta, si bien de forma indirecta, apunta Kant a la dignidad tanto del agente como de las personas sobre las cuales recae su acción moral. La conexión es indirecta pero necesaria. Desde el punto de vista de su racionalidad, la fuerza categórica de la ley moral se justifica en sí misma y no por relación a ninguna otra premisa anterior: el concepto racional de ley moral incluye su fuerza categórica⁴⁹. Ahora bien, la comprensión de este concepto racional de la ley moral genera, desde el punto de vista afectivo-motivacional, un sentimiento de respeto absoluto a la ley en sí⁵⁰. El respeto a la ley se proyecta, finalmente, a toda persona-agente, en cuanto “portadora y destinataria” de la ley⁵¹.

En palabras de Vigo: “[...] las personas son los seres de quienes se exige el cumplimiento de las normas de la moralidad, y, por otra, son también aquellos seres a cuya protección y promoción apuntan esas mismas normas. Y ello es así, justamente en la medida en que por ser portadoras y destinatarias de la ley moral, las personas son seres que poseen valor absoluto, y no

46 Kant, I. *Grundlegung der Methaphysik der Sitten*, en *Kants Schriften. Werke*, edición de la Academia Prusiana de las Ciencias, IV: 401 (Ak IV). Se cita por la edición bilingüe Wood, W. A. (2018). *Introduction a Grundwork for the Metaphysics of Morals* (Wood, W. A., ed. and transl.). Yale University Press, 16.

47 Esta terminología aparece, entre muchos otros trabajos, en Raz, J. (2004). Ob. cit., 5. Sobre la fuerza categórica de la ley moral en Kant ver Vigo, A. (2020). *Conciencia, ética y derecho. Estudios sobre Kant, Fichte y Hegel*. Olms, 97-98.

48 Finnis, J. (1998). *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford University Press, 127 y sigs.; Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford. Clarendon Press, 218 y sigs.; Finnis, J. (2020). “Natural Law: Practical Reason and Creative Information”. En *Persona y Derecho*, 82, 19-38: 20-21; y Rhonheimer, M. *La perspectiva de la moral. Fundamentos de Ética Filosófica*. Mardomingo, J. C. (trad.). 2ª ed. Rialp, 350 y sigs. Para una comparación conciliatoria entre Kant y Aristóteles en este punto, ver Vigo, A. (2020). Ob. cit., 290-303.

49 Kant, I. Ak IV: 397; Wood, W. A. (2018). Ob. cit., 12.

50 Kant, I. Ak IV: 401-402; Wood, W. A. (2018). Ob. cit., 16, b.

51 Kant, I. Ak IV: 428-430; Wood, W. A. (2018). Ob. cit., 40-42.

meramente relativo, vale decir, son seres que poseen dignidad (*Würde*), y no precio (*Preis*) (cfr. *Grundlegung*, 434 y sigs.), y que, como tales, son también objeto de respeto (*Achtung*) (cfr. p. 401, nota 428). En tal sentido, explica Kant, las personas son los únicos seres que, en virtud de su propia naturaleza racional y libre, constituyen ‘fines en sí mismos’ (*Zweck(e) an sich selbst*) (cfr. 428 y sigs.; véase también KpVp. 87, 131 y sigs.)⁵².

Si se advierte bien, el concepto de dignidad entrelaza dos ideas. Una primera idea, antropológica, designa el tipo de ser que es la persona en sí (un agente moral); y una segunda, estrictamente moral, designa el tipo de trato debido a toda persona, consistente en que sea objeto de respeto. Aclara Vigo que “lo que se manda aquí, naturalmente, no es el sentimiento de respeto mismo, ya que eso sería imposible, sino, más bien, un determinado modo de trato, fundado él mismo en el respeto a la ley moral, a saber: se ha de tratar como manda la ley moral a todos aquellos que precisamente, en razón de su capacidad moral, deben ser considerados personas y, con ello, también poseedores de dignidad”⁵³.

Dejando a salvo las distancias terminológicas, puede afirmarse que tanto la condición de “fin en sí mismo” de toda persona humana, como la conexión justificativa entre esta condición antropológica y el deber moral categórico de respetarla, son recogidas desde la tradición del derecho natural en el concepto de “dignidad ontológica”⁵⁴. La dignidad de todo agente moral se constituye, así, en ambas tradiciones morales, en el fundamento inmediato de un deber formal, absoluto y universal de respeto en el más estricto sentido de universalidad: obliga a todo agente moral y se proyecta sobre todas las personas involucradas en su acción –incluido al propio agente moral, que tiene el deber de tratarse a sí mismo como persona–⁵⁵.

52 Vigo, A. (2020). Ob. cit., 231.

53 Vigo, A. (2020). Ob. cit., 136.

54 Sobre el concepto de “dignidad ontológica”, Chávez, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima. Palestra, 99 y sigs.; Serna, P. (1995). “La dignidad de la persona como principio de derecho público”. En *Derechos y Libertades*, 4, 287-306: 291; Spaemann, R. (1998). “Sobre el concepto de dignidad humana”. En Massini, C. I.; Serna, P. (eds.). *El derecho a la vida*. Pamplona. Eunsa, 94 y sigs. Todos estos autores coinciden en vincular la dignidad al hombre en cuanto hombre, y distinguirla, entre otras, de la dignidad “moral”, que se predica de una especial forma de comportamiento. Sobre el uso de esta misma distinción en el plano judicial, puede verse Rao, N. (2013). “Three Concepts of Dignity in Constitutional Law”. En *Notre Dame Law Review*, 86, 183-272: 187; Carozza, P. (2013). “Human Rights, Human Dignity and Human Experience”. En Mc. Crudden. Ob. cit., 615-629: 616.

55 Sobre la indiscutible confluencia de ambas tradiciones de pensamiento moral en torno a las dos ideas ver, entre otros muchos, Hollembach, D. “Experience and History, Practical Reason and Faith”. En Mc. Crudden, C. (2013). Ob. cit., 123-139, 129-131; Naomi (2013). Ob. cit., 186-187.

Si del discurso moral nos movemos al discurso jurídico, se advierte sin dificultad la intersección entre el uso jurídico paradigmático y el uso moral paradigmático del concepto de dignidad, del cual puede inferirse un análogo principal que sostiene a uno y otro, y que se desdobra a su vez en dos ideas. Primero, una idea antropológica, la dignidad como valor, que designa el *status* de la persona en relación con el resto de las cosas existentes, consistente en ser un fin en sí mismo. Segundo, una proposición moral, según la cual este *status* genera una exigencia incondicional de tratar siempre a la persona con respeto, esto es, como un fin en sí. Esta exigencia moral de respeto, que es en sí misma formal, es la raíz de la fuerza categórica (absoluta) de todas y cada una de las obligaciones morales y de las obligaciones correspondientes a los derechos humanos ya que, propiamente hablando, las obligaciones morales (incluidas las obligaciones que emanan de los derechos) son la expresión de la exigencia de respeto en el nivel de la acción⁵⁶.

Desde el realismo semántico, este ejercicio de reconocimiento del análogo principal, a partir de los sentidos moral y jurídicos paradigmáticos, se concibe como un diálogo entre tradiciones, orientado a “profundizar nuestra comprensión acerca de lo que significa [...] poseer un valor común, irreductible y universal como personas humanas”⁵⁷. Se concibe, en otras palabras, como un camino de acceso a la naturaleza de la referencia del concepto de dignidad y no, en cambio, como sistematización de un consenso que gira sobre sí mismo⁵⁸. Sobre la base de esta explicación, pueden a continuación inferirse algunas pautas para el uso válido y relevante del concepto de dignidad en el discurso judicial de los derechos humanos.

8. Validez (e invalidez) del uso judicial del concepto de dignidad

En los epígrafes anteriores se argumentó que el convencionalismo semántico radical hunde cualquier intento de argumentar la legalidad del uso judicial del concepto de dignidad en un razonamiento tautológico y/o en un regreso al infinito. Esta es una razón de orden epistémico y para rechazar el convencionalismo semántico en el uso judicial del concepto de dignidad. A esta razón, se agrega ahora otra de orden lógico, derivada de la doble contradicción analítica y performativa que encierra el convencionalismo

⁵⁶ Carozza, P. (2008). Ob. cit., 935.

⁵⁷ Carozza, P. (2013). Ob. cit., 624.

⁵⁸ Sobre las consecuencias de utilizar uno u otro modo de inferencia, ver Carozza, P. (2013). Ob. cit., 624-625; Mc. Crudden, C. “An Introduction to Current Debates”. En Mc. Crudden (2013). Ob. cit., 1-58: 54-57; y Hollembach, D. (2013). Ob. cit., 129-133.

semántico. La contradicción analítica deriva de la oposición entre el convencionalismo semántico y el significado analógico principal de dignidad; la contradicción performativa deriva de su oposición con el sentido estrictamente jurídico del concepto.

En su significado analógico principal, la dignidad representa en primer término el valor inherente y *absoluto* de toda persona humana. Por definición, un valor “absoluto” no depende de ninguna voluntad, sea en lo que concierne a la jerarquía o fuerza del valor, sea en la extensión de su margen de aplicación. No obstante, si este valor es concebido como fruto exclusivo de una construcción social, sin deferencia alguna a la naturaleza de la persona, tanto su peso como su margen de aplicación dependerán del humor que motiva su construcción social.

De la relativización de la dignidad como valor se sigue naturalmente la relativización de la fuerza categórica del deber de respeto. Este *séquitur* es indefectible, puesto que el deber de respeto es adyacente al juicio axiológico según el cual toda persona es un fin en sí mismo. En todo caso, la relativización de la fuerza absoluta del deber de respeto es otra manifestación de la contradicción analítica: una obligación que no es categórica no es ninguna obligación (es un interés más o menos generalizado y consensuado, pero un interés al fin).

Jones ayuda a aclarar este punto:

“El intento de eliminar cualquier idea de dignidad intrínseca reduce la ética a un sistema de razonamiento procesal (basado en la coherencia racional) o a un razonamiento utilitarista (basado en el placer o en las preferencias) o a cualquier combinación de ambos. Estas formas de razonamiento niegan la afirmación de que algunas acciones u objetivos tienen valor en sí mismos (*honestum*), pero insisten, en cambio, en que todo bien humano debe estar relacionado con lo útil (*utile*) o lo placentero (*delectation*)”⁵⁹.

Además de una contradicción analítica con el significado analógico principal de dignidad, el convencionalismo semántico conlleva una contradicción performativa con el sentido jurídico paradigmático, por cuanto contradice al menos dos de los fines inherentes a los sistemas de derechos. En primer término, el fin de servir de contra-peso a la regla de las mayorías. En segundo orden, el de servir de vehículo de diálogo intercultural en la comunidad internacional⁶⁰.

59 Jones, D. A. “Is Dignity Language Useful in Bioethical Discussion of Assisted Suicide and Abortion?”. En Mc. Crudden (2013). Ob. cit., 525-538: 527.

60 Zambrano, P.; Cianciardo, J. (2019). *La inteligibilidad del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons, 30-42; Cianciardo, J. (2021). *La relevancia del derecho en una sociedad multicultural*. México. Tirant lo Blanch, 59-61.

Si existe una tesis incontrovertida en la teoría de los derechos humanos es que su fuerza categórica se pone especialmente de manifiesto en su peso contra-mayoritario. Este peso viene recogido en elementos tan vertebrales a todo sistema de derechos (sea nacional, regional o internacional) como la distinción entre legalidad y razonabilidad; y la justiciabilidad de los derechos contra todo acto de gobierno, incluida la creación democrática de normas⁶¹. Poco, por no decir ningún sentido, tiene declamar que el sistema se concibe como límite de toda acción de gobierno, sea o no democrática, para luego delegar en una mayoría espontáneamente organizada, o bien en las mismas fuentes jurídicas que se pretenden limitar, la delimitación del margen de aplicación del concepto de dignidad y/o de su referencia, el concepto de persona como titular de los derechos.

Asimismo, tanto el sistema internacional como los sistemas regionales de derechos se han construido con una aspiración de diálogo inter-cultural, que no pretende anular la diversidad cultural, sino más bien permitir (e incluso fomentar) tanta diversidad cultural como sea compatible con el respeto de la dignidad común a todo miembro de la familia humana. El sistema asume, en esta dirección, que el diálogo intercultural no solamente es posible, sino también deseable⁶². Ahora bien, como tantas veces se ha puesto de manifiesto desde la filosofía del lenguaje y la filosofía política, no hay diálogo intercultural –ni traducción– posible sin premisas transculturales compartidas por todas las partes del diálogo. Si no se quiere volver a caer en un regreso al infinito, habrá que negar que las premisas transculturales son fruto de un tercer nivel de construcción cultural, y afirmar en cambio que se trata de dimensiones de la realización humana intrínsecamente inteligibles⁶³. En este punto se comprende mejor el uso del concepto de dignidad señalado por Carozza, como vehículo, precisamente, de un diálogo universal.

Recapitulando, cualquier uso del concepto de dignidad que conlleve la negación del valor absoluto de la persona y/o la negación de la fuerza categórica del deber general de respeto es inválido pues encierra una doble contradicción, analítica y performativa. Esta doble contradicción puede darse de forma directa –lo cual es más bien excepcional– o indirecta, mediante la asunción de una semántica convencionalista pura. En cualquiera de los dos casos, el uso del concepto de dignidad y/o de su referencia, la persona, es jurídicamente inválido. Puesto en términos asertivos, el paradigma semántico realista es una condición necesaria de validez del uso judicial del concepto de dignidad.

61 Zambrano, P.; Cianciardo, J. (2019). Ob. cit., 15-30.

62 Carozza, P. (2008). Ob. cit., 934; Cianciardo, J. (2021). Ob. cit., 45.

63 Hemos desarrollado más extensamente esta tesis.

9. Conveniencia y transparencia del uso judicial del concepto de dignidad

Si nos ajustamos a la advertencia de Ockham, el uso de los conceptos puede ser válido pero irrelevante y, en cuanto irrelevante inconveniente, por entorpecer en lugar de facilitar su comprensión. Con este criterio de relevancia en miras, parece apropiado volver una vez más sobre cada uno de los usos clasificados en el epígrafe 1.

La afirmación de que el paradigma semántico realista es el único lógicamente compatible con el analogado principal del concepto de dignidad, encierra el presupuesto epistémico, según el cual la referencia del concepto –la naturaleza de la persona humana– es inteligible en sí misma, y para todo hombre con uso de razón. Este presupuesto epistémico es filosófico, no sociológico. Dicho de otro modo, no se afirma que todo lo que es en sí mismo comprensible para el hombre, sea de hecho afirmado o incluso comprendido por todo hombre ni, acaso, por toda cultura⁶⁴. La grieta entre lo que puede ser conocido y afirmado, y lo que de hecho es conocido y afirmado, explica que lo inherentemente inteligible deba ser recordado, de tanto en tanto. Puesto en términos de pautas argumentativas: a mayor negación directa o indirecta del valor absoluto de todo ser humano y de su incondicional derecho a ser objeto de respeto en el contexto discursivo de los derechos humanos, mayor es la necesidad de recordar explícitamente tanto el analogado principal, como el sentido jurídico paradigmático de la dignidad. O bien, lo que es lo mismo, cuanto más se escora el discurso de los derechos humanos hacia un razonamiento práctico de tipo utilitario, mayor es la conveniencia de recordar sus raíces⁶⁵.

Lafferrière y Lell identifican en la CIDH, y Grimm en el TEDH, un segundo tipo de uso consistente en derivar la naturaleza absoluta de las obligaciones correspondientes a *algunos* derechos (como la obligación de no torturar) a partir de la dignidad; o bien usar la dignidad para justificar la condena de *algunos* casos de violación. Pues bien, una vez que se comprende que cada derecho humano es una concreción del deber general de respeto, asiste razón a Jones cuando arguye que, propiamente hablando, la dignidad es afectada con cada una de las violaciones a cada uno de los derechos humanos⁶⁶. Por ello, derivar a partir de la dignidad la fuerza obligatoria de algunos derechos específicos y/o la reprochabilidad de algunos supuestos de violación no es inválido, pero puede ser superfluo e irrelevante. Esta irre-

64 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 6.

65 En sentido análogo, Carozza, P. (2008). Ob. cit., 935.

66 Jones, D. A. (2013). Ob. cit., 527.

levancia conllevará además inconveniencia, cuando el uso connote la falsa noción de que el resto de los derechos posee una fuerza obligatoria relativa (no categórica); o que la dignidad permanece incólume frente a otras clases de violaciones a los derechos.

Toca finalmente analizar la relevancia y suficiencia del tercer modo de uso judicial del concepto de dignidad, consistente en derivar directamente de la dignidad el contenido de los derechos –su objeto y las obligaciones que engendran a cargo del Estado–.

Salvando las profundas diferencias entre un horizonte comprensivo de raíces kantianas, y la tradición del derecho natural, una y otra coinciden en señalar que ni la condición de la persona como fin en sí (dignidad como valor), ni el deber absoluto de respeto, contienen en sí toda la información suficiente para formular máximas de acción con contenido sustantivo.

En la tradición del derecho natural, las razones auxiliares que permiten “sustantivizar” el significado de “fin en sí”, la dignidad como valor, son las denominadas directrices (o juicios) “pre-morales” del razonamiento práctico. Estas directrices operan a modo de premisas de todo razonamiento práctico, afirmando el valor evidente de ciertos bienes humanos que, de un modo u otro, están en la raíz de toda elección racional e inteligible⁶⁷. Si bien es cierto que se trata de juicios prácticos, también lo es que su función práctica no los invalida como guías de respuesta a la cuestión antropológica: ¿Qué es lo que hace que todo miembro de la especie humana sea absolutamente valioso? Muy al contrario, si existe una vía segura de respuesta a esta pregunta es el concepto de realización humana integral “dibujado” por los bienes humanos básicos tomados en conjunto⁶⁸.

En cualquier caso, el concepto de dignidad como valor no contiene en sí las claves para discernir qué hace de la persona un ser absolutamente valioso. La solución a esta cuestión emana, junto al concepto de “fin en sí”, de un conjunto de razones auxiliares de tipo antropológico (que tal como se dijo,

67 La distinción entre un nivel axiológico no moral de reflexión práctica, y un nivel auténticamente moral es destacada en el trabajo seminal de la denominada “Nueva escuela del Derecho natural”: Grisez (1965). “The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa theologiae, 1-2, Question 94, Article 2”. En *AJJ* 10-1, 167-201: 180 y igss. Está recogida y extensamente desarrollada en Finnis (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford. Clarendon Press, 62 y sigs.; y Gómez Lobo (2002). *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics*. Washington, capítulo IV: 44 y sigs.

68 Dice Finnis, “Those precepts, natural moral law, depict our nature (humanity) in its flourishing”, en Finnis, J. (2020). “Natural Law: Practical Reason and Creative Information”. En *Persona y Derecho*, 82, 19-38: 24. En sentido análogo, dice Rhonheimer: “Los principios de la razón práctica constituyen por tanto, simultáneamente, la consciencia de ‘quién’ o de ‘qué’ somos realmente”, Rhonheimer, M. (2007). *La perspectiva de la moral. Fundamentos de Ética Filosófica*. Mardomingo, J. C. (trad.). 2ª ed. Rialp, 282.

pueden inferirse a partir de juicios prácticos). Tampoco el deber absoluto de respeto fundado en la dignidad contiene en sí las claves para discernir qué tipos de acciones expresan respeto. Para este segundo nivel de “sustantivización”, es preciso añadir una nueva serie de razones auxiliares consistentes, esta vez, en juicios genuinamente morales que se derivan de una valoración del impacto (necesario o contingente) de ciertos tipos de acciones sobre alguna, algunas o todas las dimensiones de la realización humana integral⁶⁹.

Paralelamente, como se ha puesto de manifiesto en las más recientes interpretaciones de la obra kantiana, la primera fórmula del imperativo categórico, según la cual debe tratarse siempre a toda persona como un fin en sí, no guía la deliberación moral que concluye en máximas universales, sino es en conjunción con la facultad de juicio que recae sobre las cualidades específicas de los objetos a los cuales hacen referencia las máximas⁷⁰.

En lo que aquí interesa, ninguna de las dos tradiciones afirma que la función representativa del concepto de dignidad –dignidad como valor inherente de toda persona– contenga el criterio para discernir qué es inherentemente valioso en la persona; o que el imperativo categórico y universal de respeto contenga, como en una nuez, un catálogo de tipos de acciones imperadas. Sobre esta base, se comprende que la derivación directa de “máximas” o reglas morales sustantivas a partir de la dignidad de la persona, sean éstas universales, generales o singulares, conlleve siempre un claro déficit argumentativo.

John Tasioulas traslada este orden de razonamiento al plano discursivo de los derechos humanos:

“Hay una noción significativa de dignidad humana, y es aquella que la considera como una condición intrínsecamente valiosa más que como un interés humano entre otros intereses. Ciertamente está en la base de los derechos hu-

69 Dice Aquino que “cuanto se ha de hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esta ley [ley natural] en la medida en que la razón práctica lo capte, naturalmente, como bien humano”, en Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 4. Aquino no utiliza la expresión “realización humana integral” como criterio de valoración de las acciones, sino que habla simplemente de “bien humano”. El concepto de “realización humana integral” es una interpretación (y quizá un desarrollo ulterior) del contenido de “bien humano” utilizado en este texto de Aquino, desarrollada por Finnis, entre otros muchos sitios, en Finnis, J. (1983). *Fundamentals of Ethics*. NY. Oxford University Press, 72 y sigs.; Finnis, J. (1998). Ob. cit., 106-107; Finnis, J. (2011). Ob. cit., cap. V; y Finnis, J. (2020). Ob. cit., 23-24.

70 En relación a Kant, ver Vigo (2020). Ob. cit., 179 y Wood, W. A. (2018). *Introducción a Grundwork for the Metaphysics of Morals* (Wood, W. A., ed. and transl.). Yale University Press, xv-xxxiv: xxviii. En ambos casos, advirtiendo que el contenido de las máximas –cualquiera sea su nivel de generalidad– es siempre el resultado de la intervención de la “facultad del juicio” (que incorpora las específicas cualidades de los objetos a los que hacen referencia).

manos, pero principalmente porque es cimiento de la moral interpersonal [...] La dignidad humana por sí misma no puede generar nada como el ya conocido elenco de derechos humanos”⁷¹.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la pretensión de derivar el catálogo de objetos de derechos de forma directa a partir de la dignidad, sean objetos clásicos como la vida, la integridad física, o la libertad religiosa y de conciencia; sean objetos “nuevos”, como el control de datos personales en la internet, no es tanto inválida como deficitaria. La publicidad y transparencia de la argumentación judicial exige que la apelación a la dignidad para justificar una cierta interpretación del objeto de los derechos contenidos en un catálogo, sea complementada con una explícita mención de las dimensiones de la realización integral (los bienes humanos básicos) que el intérprete considera comprometidos en los mismos.

El déficit argumentativo es similar pero no idéntico al anterior, cuando de lo que se trata es de delimitar la extensión del objeto de derechos explícitamente reconocidos, hacia tipos de acciones o libertades no contenidos de forma consensuada en su margen de extensión (por ejemplo, cuando se extiende la privacidad hasta el suicidio asistido). Una argumentación judicial completa y transparente debería incluir, en primer término, una referencia a las razones por las cuales se estima que la nueva libertad o prestación (dependiendo del tipo de derecho) constituye una forma de concretar el bien humano que es objeto del derecho y, más extensamente, que se trata de una condición necesaria de la realización humana integral. La mayor parte de las veces, esta clase de argumentación no se limitará a una suerte de reflexión antropológica universal, sino que contendrá (o debería contener) también razones auxiliares contextuales.

Finalmente, el tipo de obligaciones a cargo del Estado se justifican en virtud del impacto que las acciones imperadas tengan sobre los objetos de los derechos. Se comprende, pues, que la delimitación de estas obligaciones involucra varios niveles de razones auxiliares, que de ninguna forma están contenidas en el concepto de dignidad como valor, ni en la exigencia universal de respeto. Además del razonamiento moral involucrado en la formulación de máximas morales universales, intervienen siempre, necesariamente, razones auxiliares de tipo contextual. La proscripción de la censura previa, la obligación de garantizar el acceso a la justicia, la obligación de proveer a la educación primaria gratuita, son determinaciones de juicios morales universales del tipo “toda comunidad tiene el deber de garantizar

71 Tasioulas, J. “Human Dignity and the Foundations of Human Rights”. En Mc. Crudden, Ch. (2013). Ob. cit., 291-312: 304.

la plena realización de la vocación política de todo hombre” cuya razonabilidad está ligada a la validez de juicios empíricos relativos, entre otras cosas, a la particular forma de organización política de los Estados, y la existencia o no generalizada de ciertas amenazas para el pleno desarrollo de los objetos de los derechos.

En términos de argumentación judicial, podría concluirse, en fin, que la dignidad es una razón necesaria pero nunca suficiente –nunca es concluyente– para diseñar un catálogo de derechos, o para determinar el contenido de cada uno (sea el objeto, sean las obligaciones, o ambos). El concepto es necesario para estos fines, porque sin su concurso los bienes-objeto de los derechos serían meros intereses sin ninguna fuerza deóntica, y sin extensión universal. Más precisamente, sin el concurso del analogado principal de la dignidad, en virtud del cual la condición de fin en sí de toda persona es la raíz de un deber absoluto y universal de respeto, los derechos no serían ni universales, ni categóricos.

Aun así, el analogado principal es un argumento insuficiente para derivar un catálogo de derechos y/o para precisar su contenido. Cuando el concepto de dignidad se usa de este modo se elude la mención y la justificación de los juicios morales-antropológicos de los cuales se deriva la identificación del objeto de cada uno de los derechos y/o la determinación del tipo de acciones contenidos en su extensión (de su margen de aplicación); los juicios morales de los cuales se deriva la identificación y la extensión de las obligaciones a cargo del Estado; y los juicios o razones auxiliares, de naturaleza empírica-contextual, que justifican el paso desde la formulación abstracta del objeto de los derechos y/o de las obligaciones correspondientes, hasta su concreción histórica-circunstancial. En tal caso, el uso del concepto de dignidad se parece mucho más a una falta de compromiso con las exigencias de claridad y publicidad de los actos de gobierno, que a un sincero intento de justificación racional de la decisión judicial.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 240-245.
- Barak, A. (2013). “Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right”. En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 361-380.
- Bork, R. (1990). *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. Free Press.
- Carozza, P. (2013). “Human Rights, Human Dignity and Human Experience”. En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 615-629.

- Carozza, P. (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. A Reply". En *The European Journal of International Law*, 19-5, 931-944.
- Chávez, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima. Palestra.
- Cianciardo, J. (2021). *La relevancia del derecho en una sociedad multicultural*. México. Tirant lo Blanch.
- Costa, J. P. (2013). "Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 393-402.
- Dupré, C. (2013). "Constructing the Meaning of Human Dignity: Four Questions". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 113-121.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Guastavino, M. (trad.) [1973]. Barcelona. Ariel.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual* (Caracciolo, R. y Ferreres, V. Trads.). Barcelona. Ariel.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge. Harvard University Press.
- Dworkin, R. et Ales (1997). "Assisted Suicide: The Philosophers' Brief". En *New York Review of Books*, 44 (27 March 1997).
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- Enders, C. (2019). "Human Dignity in Germany". En Bechi, P.; Mathis, K. (eds.). *Handbook of Human Dignity in Europe*. Springer, 281-316.
- Finnis, J. (2020). "Natural Law: Practical Reason and Creative Information". En *Persona y Derecho*, 82, 19-38.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2nd. Ed. Clarendon Press. Oxford.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (1983). *Fundamentals of Ethics*. NY. Oxford University Press.
- Frege, G. (2012). "Sobre sentido y referencia" (Valdés Villanueva, trad.). En Valdés Villanueva (comp.). *La búsqueda del significado*. Madrid, 29-49.
- García Figueroa, A. (2018). "El constitucionalismo jurídico, o la irrelevancia del juspositivismo". En *Persona y Derecho*, 79-2, 51-114.
- Gardner, J. (2001). "Legal Positivism. 5 ½ Myths". En *American Journal of Jurisprudence* (46), 218-221.
- Gearty, C. (2013). "Socio-Economic Rights, Basic Needs, and Human Dignity. A Perspective from Law's Front". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 155-171.
- Grimm, D. (2013). "Dignity in a Legal Context". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 381-391.
- Grisez, G. (1965). "The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2". En *American Journal of Jurisprudence*, 10-1, 167-201.

- Gómez Lobo, A. (2002). *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics*. Washington.
- Guastini, R. (2015). "Interpretación y construcción jurídica". En *Isonomía*, 43, 11-48.
- Hart, H. L. (1992). *The Concept of Law*. 2nd. Edition Clarendon Press.
- Hollembach, D. (2013). "Experience and History, Practical Reason and Faith". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 123-139.
- Jones, D. A. (2013). "Is Dignity Language Useful in Bioethical Discussion of Assisted Suicide and Abortion?" En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 525-538.
- Kant, I. (2018). *Grundwork for the Metaphysics of Morals* (Wood, W. A., ed. and transl.). Yale University Press.
- Kelsen, H. [1960 (1981)]. *Teoría pura del derecho* (Vernengo, R. J., trad.). Universidad Autónoma de México.
- Lafferrière, N.; Lell, H. (2021). "Los usos del término dignidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Opinión Jurídica* 20-43, 315-348.
- Laise, L. (2017). *El poder de los conceptos. Convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. México. Porrúa.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho* (Rodríguez Molinero, M., trad.). Barcelona. Ariel.
- Lúkow, P. (2018-9). "Dignity as Founding Value". En *Human Rights Review*, 313-329.
- Margolis, E. y Laurence, S. (eds.) (2007). *Concepts. Core Readings*. Cambridge, Mass., MIT Press.
- Marmor, A. (2008). "Is Literal Meaning Conventional?". En *Topoi*, 27, 101-113.
- Marmor, A. (1992). *Interpretation and Legal Theory*. 2nd. Edition. Oxford. Hart Publishing [2005].
- Massini, C. I. (2012). "Entre reductivismo y analogía. El punto de partida de la filosofía del derecho". En *Persona y Derecho*, 67, 353-385.
- Mc. Crudden, C. (2013). "An Introduction to Current Debates". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 1-58.
- Moore, M. (2007). "Can Objectivity be Grounded on Semantics?". En Villanueva, E. (ed.). *Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity*. New York. Rodopi Philosophical Studies, 236-260.
- Moyn, S. (2013). "The Secret History of Constitutional Dignity". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 95-111.
- Pariotti, E. (2017). "Self-regulation, concetto di diritto, normatività giuridica". En *Ars Interpretandi*, VI-2, 9-27.
- Pattersman, U. E. (2017). *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods. Methodology Problems in International Law*. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing.
- Quine, W. O. (1999 [1953]). "Two Dogmas on Empiricism". En Margolis, E.; Laurens, S. (eds.). *Concepts: Core Readings*. MIT Press.
- Rabbi Baldi Cavanillas, R. (1991). "El concepto de derecho en el realismo clásico, a partir de las visiones de Michel Villey y Georges Kalinowski". En *Persona y Derecho*, 25.

- Rao, N. (2013). "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law". En *Notre Dame Law Review*, 86, 183-272.
- Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*. Extended edition. Columbia University Press.
- Raz, J. (2019). "Laws Own Virtue". En *Oxford Journal of Legal Studies*, 39, 1-15.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford. Clarendon Press.
- Raz, J. (2001). "Reasoning with Rules". En *Current Legal Problems*, 54, 1-18.
- Raz, J. (2004). "Incorporation by Law". En *Legal Theory*, 10, 1-17.
- Raz, J. (2006). "The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception". En *Minnesota Law Review*, 90, 1003-1044.
- Rhonheimer, M. (2007). *La perspectiva de la moral. Fundamentos de Ética Filosófica* (Mardomingo, J. C., trad.). 2ª ed. Rialp.
- Rosen, M. (2013). "Dignity. The Case Against". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 143-154.
- Scalia, A. (1980). "Originalism: The Lesser Evil". En *The University of Cincinnati Law Review*, 57, 849-865.
- Serna, P. (1995). "La dignidad de la persona como principio de derecho público". En *Derechos y Libertades*, 4, 287-306.
- Spaemann, R. (1998). "Sobre el concepto de dignidad humana". En Massini, C. I.; Serna, P. (eds.). *El derecho a la vida*. Pamplona. Eunsa.
- Tasioulas, J. (2013). "Human Dignity and the Foundations of Human Rights". En Mc. Crudden, Ch. (ed.). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press, 291-312.
- Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, aa. 4, 6.
- Vigo, A. (2020). *Conciencia, ética y derecho. Estudios sobre Kant, Fichte y Hegel*. Olms.
- Waluchow, W. (2021). "The Living Tree. Very much Alive and stipe Bearing Fruit: A Reply to the honourable Bradley W. Miller". En *Queens Law Journal*, 46-2, 281-300.
- Waluchow, W. (2006). *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge, UK. Cambridge University Press.
- Wittgenstein, L. (2009). *Philosophical Investigations* (Anscombe/Hacker/Schulte, trads.). Revised fourth Edition. Oxford.
- Wood, W. A. (2018). *Introducción a Grundwork for the Metaphysics of Morals* (Wood, W. A., ed. and transl.). Yale University Press, xv-xxxiv.
- Zambrano, P. (2021). "Comprender o interpretar el Derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto". En *Revista Chilena de Derecho*, 48-3, 131-154.
- Zambrano, P. (2019). "Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor". En *Doxa* 42.
- Zambrano, P.; Cianciardo, J. (2019). *La inteligibilidad del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Zambrano, P. (2014). "Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción". En *Dikaion*, 23, 423-445.
- Zambrano, P. (2010). "El derecho como razón excluyente para la acción. Una aproximación desde la teoría iusnaturalista de la acción de John Finnis". En *Problema* 4, 324-365.

Casos jurisprudenciales

Corte Suprema norteamericana

Roe v. Wade, 410 U.S.113 (1973). Usamos la traducción de Miller, Gelli, Cayuso (1991). *Constitución y derechos humanos*. Buenos Aires. Astrea. Buenos Aires, 848-849.

Planned Parenthood v. Casey, 505 US 833 (1994).

Washington v. Glucksberg, 521 US 702 (1997).

Vacco v. Quill, 521 US 793 (1997).

Thomas Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women Health Organization et al. 597 U.S.

Tribunal Constitucional Español, STC 53/85.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

**EL FALLO *ARTAVIA* DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
EN SU DÉCIMO ANIVERSARIO: ALGUNAS
REFLEXIONES SOBRE EL “*ROE V. WADE*
LATINOAMERICANO”**

Ligia de Jesús Castaldi

Ave María School of Law, Naples, Florida, Estados Unidos
Contacto: lcastaldi@avemarialaw.edu

Recibido: 4 de agosto de 2022

Aprobado: 28 de agosto 2022

Para citar este artículo:

Castaldi, L. de J. (2022). “El fallo *Artavia* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su décimo aniversario: algunas reflexiones sobre el ‘*Roe v. Wade* latinoamericano’”.

Prudentia Iuris, N. 94, pp.347-361

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.347-361>

Resumen: En el fallo *Artavia vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos citó el fallo *Roe v. Wade* de la Corte Suprema de Estados Unidos en apoyo de su razonamiento a favor de la reproducción asistida y al aborto provocado. Esta nota examina el posible efecto de la derogación del fallo *Roe* en el razonamiento del Caso *Artavia*, y la analogía entre el fallo *Artavia* y el *Roe v. Wade* norteamericano. La nota analiza, a la vez, el alcance y la validez legal del fallo *Artavia* en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: *Artavia*, *Roe*, Baby Boy, Derogación, Jurisprudencia, Concepción, Aborto.

The *Artavia* judgment by the Inter-American Court of Human Rights on its tenth anniversary: some thoughts on the “Latin American *Roe v. Wade*”

Abstract: In the *Artavia v. Costa Rica* judgment, the Inter-American Court of Human Rights cited *Roe v. Wade*, the U.S. Supreme Court abortion ruling, in support of its reasoning favoring assisted reproduction and induced abortion. This note examines the potential effect of *Roe*'s derogation in the *Artavia* judgment's reasoning, and the analogy between the *Artavia* judgment and the American *Roe v. Wade*. The note also analyzes the breadth and legal weight of the *Artavia* judgment in the context of the Inter-American Court of Human Rights' jurisprudence.

Keywords: *Artavia*, *Roe*, *Baby Boy*, *Derogation*, *Jurisprudence*, *Conception*, *Abortion*.

La sentencia *Artavia* della Corte Interamericana dei Diritti Umani nel suo decimo anniversario: alcune riflessioni sul “*Roe latinoamericano v. Wade*”

Sommario: Nel caso *Artavia contro Costa Rica*, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha citato il caso *Roe v. Wade* della Corte Suprema degli Stati Uniti, in appoggio al suo ragionamento a favore della riproduzione assistita e l'interruzione volontaria di gravidanza. Questa nota esamina il possibile effetto dell'abrogazione della sentenza *Roe* nel ragionamento del caso *Artavia*, e l'analogia tra il caso *Artavia* e il caso *Roe v. Wade* nordamericano. La nota analizza a sua volta la validità legale del caso *Artavia* nel contesto della giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani.

Parole chiave: *Artavia*, *Roe*, *Baby Boy*, *Abrogazione*, *Giurisprudenza*, *Concezione*, *Aborto*.

I. Introducción

Hace diez años, en noviembre del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió el famoso fallo *Artavia contra Costa Rica*, declarando que la prohibición de la fertilización *in vitro* (FIV) en ese país violaba una

supuesta obligación internacional de autorizar la reproducción artificial, que surgiría de una combinación de varios derechos reconocidos en la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador (derecho a privacidad, a la libertad personal, a la integridad personal, a la salud y derechos de la familia), así como de nuevos principios no definidos, como el de “autonomía reproductiva” y “libertad reproductiva”¹.

En el fallo, la mayoría de los jueces realizaron también una interpretación restrictiva del derecho a la vida de la persona por nacer, reconocido en el artículo 4(1), que establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”². De acuerdo a la interpretación restrictiva del fallo, el embrión humano no sería persona, y la cláusula “en general” indicaría que la protección del no nacido bajo la Convención es “gradual” e “incremental” a partir del momento de la *implantación* en el útero materno, redefiniendo así el término “concepción”³.

La radical reinterpretación de la Convención en el fallo *Artavia*, quitándole protección legal internacional al embrión humano creado *in vitro*, sin duda favoreció la legitimización de las técnicas de reproducción artificial y sentó una base ideológica para favorecer el aborto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como hizo notar el Juez Eduardo Vio Grossi en su voto disidente⁴. En este sentido, el fallo *Artavia* citó repetidamente el recientemente derogado fallo americano *Roe v. Wade*⁵, que había creado un derecho constitucional al aborto en ese país, en apoyo de sus propias conclusiones sobre la inaplicabilidad del derecho a la vida al embrión humano⁶.

A continuación, se examina la analogía entre ambos casos según el alcance y la validez legal del fallo *Artavia*. La nota examina también el peso legal del fallo *Artavia* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los posibles efectos de la derogación del fallo *Roe* en el razonamiento del fallo *Artavia*.

1 Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 noviembre de 2012, Serie C, No. 257 (en adelante, *Sentencia del caso Artavia*), párr. 143, 146, 150.

2 Organización de Estados Americanos, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art. 4(1).

3 *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 182, 256-264.

4 Véase *Sentencia del caso Artavia*, cit. Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, p. 20.

5 *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), derogado en *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022).

6 *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 185, 220, 262.

II. Derogación de *Roe v. Wade* y razonamiento del fallo *Artavia*

El fallo *Artavia* citó favorablemente el caso *Roe* como uno de varios fallos nacionales que había creado duda sobre la existencia de vida humana antes del nacimiento, y que había articulado un test de ponderación entre un interés estatal en la “potencial vida humana” y “la intimidad personal de la mujer [...] y otras circunstancias y valores”⁷. En 1981, en el informe del caso *Baby Boy*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) había también declarado que el fallo *Roe* no era violatorio de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, conclusión que la Corte IDH reafirmó en el caso *Artavia*⁸.

El fallo *Roe v. Wade*, sin embargo, fue derogado en el fallo *Dobbs v. JWHO* el 24 de junio de 2022 por la Corte Suprema de Estados Unidos⁹. Si bien ello no anula por sí solo el *dictum* del fallo *Artavia* sobre el derecho a la vida, sí le quita mucho peso legal a su razonamiento, especialmente en cuanto a la interpretación evolutiva de la Declaración Americana, y hasta cierto punto, de la Convención, ya sea en la actual óptica sobre la interpretación evolutiva de la Corte IDH como una licencia para creatividad judicial y para un “uso liberal de las fuentes” de interpretación¹⁰, como en un examen de la práctica estatal relevante de los Estados partes de la Declaración y la Convención Americana, de acuerdo con las normas internacionales de interpretación de los tratados¹¹.

Estados Unidos es signatario de la Declaración Americana y fue casi exclusivamente en base a su práctica ulterior que la CIDH determinó en el caso *Baby Boy* que la Declaración Americana no da una protección “absoluta” a la vida de la persona por nacer¹², razonamiento que fue emulado por la Corte IDH en el caso *Artavia*. Existe ahora, pues, un giro en dirección contraria en la interpretación evolutiva de la Declaración que podría replantear la validez de las conclusiones del informe del caso *Baby Boy*. Su interpretación de la Declaración Americana sin duda ha perdido actualidad

7 *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 185, 262.

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981); *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 220.

9 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022).

10 Carozza, P. G. (2015). “The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights”. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, N° 153, 162.

11 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31(3)(b).

12 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

respecto al único Estado signatario de la Declaración que había creado hasta ahora un derecho constitucional fundamental al aborto libre.

Estados Unidos es, además, signatario de la Convención Americana, lo cual significa que si bien no la ha ratificado, sí tiene, de acuerdo al derecho internacional de los tratados, una mínima obligación de no actuar en contra del “objeto y fin del tratado”¹³. En el fallo *Dobbs*, la Corte Suprema de Estados Unidos no señala ningún conflicto entre la derogación del derecho a abortar y sus obligaciones internacionales en derechos humanos, ni posible conflicto alguno con el objeto y fin de la Convención Americana, como sí ha lo ha hecho en otros casos, por ejemplo, los relativos a la pena de muerte¹⁴. Ello podría incidir en la interpretación evolutiva del “objeto y fin” de la Convención Americana, que Estados Unidos parece entender como compatible con la derogación del derecho constitucional a abortar en su jurisdicción nacional y con permitir legalmente la protección de la vida desde la concepción en su ordenamiento jurídico interno.

Habiendo sido derogado *Roe*, no queda citado en el fallo *Artavia* ningún otro fallo de un Estado signatario o parte de la Convención Americana que haya declarado la existencia de un derecho humano al aborto libre. *Artavia* citó parcialmente el fallo argentino *F.A.L.* y la sentencia C-355 de Colombia¹⁵, pero únicamente como apoyo de un derecho a la vida “no absoluto” de la persona por nacer, no para la creación de un derecho humano a abortar. En cuanto a una amplia legalización del aborto, el fallo *Artavia* cita únicamente decisiones de Estados que no han firmado la Convención Americana ni son parte de ella, como Canadá, Reino Unido, Irlanda, España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos fallos son completamente irrelevantes para propósitos de la interpretación evolutiva de la Convención.

III. La sentencia del caso *Artavia* y la “jurisprudencia constante” de la Corte IDH sobre aborto

La Corte Interamericana no tiene una “jurisprudencia constante” sobre el aborto ni sobre el derecho a la vida de la persona por nacer¹⁶. En décadas anteriores al fallo *Artavia*, la Corte IDH se había referido a las personas no nacidas como “niños”, “menores de edad”, “hijos” y “bebés” en

13 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 18(a).

14 Véase *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), 575.

15 *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 185, 262.

16 Véase Corte IDH. Caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de agosto de 2014. Serie C, No. 281, párr. 123 (citando “jurisprudencia constante” sobre el derecho a la vida).

varios casos, como el caso de los *Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú*, en el caso del *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*, y en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*¹⁷. Incluso la sentencia del caso *Artavia*, en su versión en inglés, se refiere al niño por nacer como “unborn child” (niño no nacido)¹⁸. La Corte IDH también ha otorgado reparaciones por la muerte de niños por nacer en el 2004 en el caso de los *Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú*, y en el 2006 en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*¹⁹. Asimismo, ha reconocido el derecho del niño por nacer a la salud prenatal, en base al artículo 19 de la Convención sobre Derechos del Niño en el fallo *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*²⁰.

Anteriormente al fallo *Artavia*, la Corte IDH había consistentemente rechazado una interpretación restrictiva del derecho a la vida. En el caso *Servellón García*, la Corte estableció que los niños tienen derechos especiales derivados de su condición y que violaciones a su derecho a la vida son “especialmente graves”, ello sin excluir al niño no nacido²¹. En este y otros casos, la Corte ha expresado que el derecho a la vida, particularmente la vida del niño, “no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado”²², y que “no son admisibles enfoques restrictivos al mismo”²³. Asimismo, la Corte ha señalado reiteradamente que el derecho a

17 Véase Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva N° OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, en 37, 78; Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva N° OC-17/02, Corte Interamericana H.R. (Serie. A) No. 17, en 30 (28 de agosto de 2002); Corte IDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110. Párr. 67(x), 216 y nota 62; Corte IDH. Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160, párr. 197(57) y 292. Ver también Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 61, donde también se refiere a los no nacidos como “niños”. Ver Corte IDH. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153., párr. 160(b)(iii) y 161, donde la Corte indica que Carlos Marcelo Mancuello Ríos era menor de edad al momento de la desaparición forzada de sus padres y hermano, y párr. 100(b), donde indica que su madre Gladis Esther Ríos de Mancuello se encontraba embarazada en dicha fecha. Ver Corte IDH.

18 *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 222, 224–26, 231, 236, 252, 261, 269.

19 Corte IDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110, párr. 197, 216; Corte IDH. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153, párr. 160(b)(iii), 161.

20 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146, párr. 177.

21 Corte IDH. Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de septiembre de 2006, Serie C, No. 152, párr. 54.

22 Ver Corte IDH. Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63, párr. 3.

23 Véase *id.*, párr. 14; Corte IDH. Caso *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C, No. 147, párr. 82.

la vida es “universal”, “inalienable”, “no-derogable” y “esencial para el ejercicio de cualquier otro derecho humano”, reiterando que cualquier enfoque restrictivo del mismo es “inadmisibles”²⁴.

La Corte no ha emitido hasta la fecha ninguna sentencia de fondo en un caso de aborto provocado, “[ni] ha expresado directamente que el aborto sea un derecho”, como indicó el Juez Vio Grossi²⁵. La única sentencia de fondo relacionada con el derecho a la vida de la persona por nacer ha sido la del caso *Artavia contra Costa Rica*, que abordó el tema del aborto únicamente de manera indirecta en su interpretación del artículo 4(1), pues el caso no se relacionaba con aborto sino con la prohibición de la fertilización *in vitro* en ese país.

Como ha señalado el Comisionado Stuardo Ralón de la CIDH, la interpretación del artículo sobre derecho a la vida de la sentencia *Artavia* aplica únicamente para Costa Rica, como reconoce el fallo mismo, al referirse a la “[i]nterpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana *en lo relevante para el presente caso*”²⁶. También el Juez García Sayán, redactor del fallo *Artavia*, indicó en su voto concurrente que la interpretación del artículo 4(1) era limitada al caso particular: “[...] la Corte ha procedido en esta sentencia a interpretar dicha norma *para efectos de este caso*”²⁷.

Como señaló el Juez Eduardo Vio Grossi, en el caso *Artavia*, la Corte no resolvió sobre ninguna violación del artículo 4(1), ni incluyó mención alguna a dicho artículo en la parte resolutive de la sentencia²⁸. La interpretación

24 Ver Corte IDH. Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C, No. 150, párr. 60; Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146, párr. 150; Corte IDH. Caso *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C, No. 147, párr. 82-83; Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63, párr. 144; Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140, párr. 120; Corte IDH. Caso *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C, No. 109, párr. 153; Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C, No. 101, párr. 82.

25 Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte IDH. Caso *Manuela y otros vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de noviembre de 2021. Serie C, No. 441, párr. 15.

26 Véase *Sentencia del caso Artavia*, cit., p. 2, 49 (c). Véase Voto Disidente, Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, CIDH. Informe No. 9/20, Caso 13.378, *Beatriz/ El Salvador*, OEA/Ser.L/V/II.175, Doc. 15 (3/3/2020), párr. 146-147.

27 Véase *Sentencia del caso Artavia*, cit., Voto Concurrente García-Sayán, párr. 8 (énfasis añadido).

28 Véase *Sentencia del caso Artavia*, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pp. 4 y 24.

del fallo *Artavia* sobre el derecho a la vida de la persona por nacer, por lo tanto, no puede por sí sola crear “jurisprudencia constante” en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La interpretación sobre el derecho a la vida de la persona por nacer del fallo *Artavia* tampoco ha sido consistentemente ratificada en posteriores sentencias y medidas relacionados con el derecho a la vida de la persona por nacer. En la sentencia del caso *Gómez Murillo vs. Costa Rica*, emitido en noviembre del 2016, la Corte podría haber validado la interpretación restrictiva del artículo 4(1) de la sentencia *Artavia* reiterando el razonamiento en este segundo caso por tratarse de una demanda por los mismos hechos y contra el mismo Estado parte; sin embargo, no lo hizo. En esa sentencia, la Corte IDH emitió una segunda condena contra el Estado de Costa Rica²⁹. La sentencia reiteró la obligación del Estado de subsidiar la FIV como medida de reparación, y añadió una nueva obligación de “iniciar una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación”³⁰.

En cuanto a la interpretación del artículo 4(1), sin embargo, la Corte no reiteró la interpretación restrictiva del fallo *Artavia*: no hizo mención alguna de las conclusiones de la Corte respecto del embrión humano, su supuesto carácter de no-persona, la interpretación del término concepción y la supuesta gradualidad de su protección bajo la Convención Americana. Por ello, la interpretación del artículo 4º en *Artavia* podría constituir *dictum* y no *ratio*, y la Corte podría no haberse considerado obligada a seguir dicho razonamiento.

La Corte Interamericana tampoco reiteró el fallo *Artavia* en las medidas provisionales otorgadas en el *Asunto B.* contra El Salvador, donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pedía un aborto “terapéutico” y eugenésico inmediato para una mujer pobre de 22 años por razón de sufrir lupus y de gestar a una niña anencefálica³¹. La Corte emitió medidas provisionales pero no ordenó el aborto solicitado, sino atención médica para “Beatriz”, pseudónimo de la supuesta víctima; ello, sin citar el caso *Artavia*³².

Este caso ha sido presentado por la CIDH como demanda ante la Corte, que hasta finales del 2022 no ha emitido sentencia de fondo sobre el asunto.

29 Corte IDH. Caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Serie C, No. 326 (en adelante *Sentencia del caso Gómez Murillo*).

30 *Sentencia del caso Gómez Murillo*, cit., párr. 55.

31 Corte IDH. *Asunto B. respecto de El Salvador*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013.

32 Corte IDH. *Asunto B. respecto de El Salvador*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013, párr. 17.

El informe de fondo de la CIDH sí invoca el caso *Artavia* en favor de una interpretación restrictiva del artículo 4(1) que, según la Comisión, requeriría la legalización del aborto provocado por cuatro causales³³. Será esta la primera ocasión en que tendrá la oportunidad de interpretar el artículo 4(1) en relación a la práctica del aborto provocado.

La Corte tampoco citó la interpretación del artículo 4(1) del fallo *Artavia* en el caso *Manuela vs. El Salvador*, decidido en el 2021, donde se pedía a la Corte Interamericana que ordenara a El Salvador la despenalización del aborto y de la supuesta persecución criminal de las emergencias obstétricas³⁴. El fallo *Manuela* citó el fallo *Artavia* únicamente respecto de la ilegalidad de los estereotipos de género, del derecho a la salud, la autonomía reproductiva y la no discriminación, mas no le cita en absoluto respecto a la interpretación del derecho a la vida de la persona por nacer, ni repite su *dictum* respecto a la gradualidad, incrementalidad, o falta de humanidad y personalidad jurídica del embrión humano³⁵.

La interpretación del artículo 4(1) en una sola sentencia de la Corte IDH y un informe de la CIDH no crea el tipo de uniformidad necesaria para fundar lo que la Corte IDH caracteriza como “jurisprudencia constante”. El fallo *Artavia*, siendo la única sentencia que se desvía de la costumbre regional, no tiene tampoco la facultad de crear derecho internacional consuetudinario, de acuerdo a las normas básicas del derecho internacional, recogidas en la Convención de Viena sobre los Tratados.

IV. Invalidez de interpretaciones restrictivas de la Convención

El efecto del fallo *Artavia* ha sido vasto en el sentido de que su lenguaje puede ser y ha sido ampliamente utilizado para apoyar políticamente la creación de un derecho a abortar en general, y la creación de un derecho a la reproducción artificial en particular. De cierta manera, el razonamiento del fallo fue más allá de la “creatividad” interpretativa del Juez Harry Blackmun, redactor de *Roe v. Wade*, ya que creó una supuesta obligación internacional de autorizar la reproducción artificial sin ninguna base en el texto de la Convención, al igual que *Roe*, pero lo hizo interpretando un tra-

33 CIDH. Informe No. 9/20, Caso 13.378, *Beatriz/ El Salvador*, OEA/Ser.L/V/II.175, Doc. 15 (3/3/2020), párr. 146-147.

34 Corte IDH. Caso *Manuela y otros vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de noviembre de 2021. Serie C, No. 441.

35 *Íd.*, notas 253, 310, 342, 404, 405.

tado que sí reconoce explícitamente el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

La interpretación restrictiva dada al artículo 4(1) de la Convención en el fallo *Artavia contra Costa Rica* produjo exactamente el tipo de interpretación restrictiva prohibida por el artículo 29 de la Convención Americana: al otorgar únicamente protección “gradual” e “incremental” a la persona por nacer³⁶, la Corte limitó “el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención [...] en mayor medida que la prevista en ella”, de manera manifiestamente contraria a la letra de la Convención, que reconoce un derecho pleno “a partir del momento de la concepción”. Al ordenar la supresión de la protección legal otorgada por el Estado de Costa Rica al embrión humano creado *in vitro*, la Corte limitó “el goce y ejercicio” de un derecho “reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes”, en violación al artículo 29.

Al negar la humanidad y personalidad del embrión humano antes de la implantación, la Corte excluyó “derechos y garantías que son inherentes al ser humano”, lo cual también es prohibido por la Convención en su artículo 29³⁷. La sentencia también excluyó el goce del derecho universal a la vida reconocido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; realizó también una interpretación restrictiva que limitaría el alcance de la Convención de los Derechos del Niño y excluiría al niño no nacido de su protección, en abierta contradicción con el artículo 29 y a pesar de que su Preámbulo expresamente indica que la Convención se aplica al niño “antes y después del nacimiento”.

Por ello, tanto comisionados y jueces de la Corte IDH, como cortes y jueces nacionales, académicos y médicos han condenado el fallo *Artavia*³⁸. El Juez Vio Grossi, por ejemplo, se ha distanciado de la interpretación del artículo 4º en la sentencia *Artavia* tanto en su voto disidente en el caso,

36 *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 182, 256-264.

37 *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 222-23, 264.

38 Véase, e.g., Ramos-Kuri, M. (ed.) (2017). *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*. Querétaro. Centro de Investigación Social Avanzada; Lafferriere, J. N. (2021). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la dignidad como principio bioético”. *Estudios de derecho civil*. 1º ed. La Ley, 50-64; Herrera, D. A. - Lafferrière, J. N. (2013). “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”. Herrera, Sup. Const- 2013 (abril), 09/04/2013, 16 - *La Ley* 2013-B, 415. Cita Online: AR/DOC/1121/2013; Franck, M. I. (2013). “La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados”. *Estudios de derecho criminal*, Nº 13; Scala, J. (2013). “¿Quo vadis Corte Interamericana de Derechos Humanos?”. *Estudios de derecho criminal*, Nº 3.

como en su voto disidente en el caso *Gómez Murillo* y en el caso *Manuela*. El Comisionado Paolo Carozza similarmente señaló que en la sentencia del caso *Artavia* “la Corte Interamericana ha dado una lectura sorprendentemente *restrictiva* al artículo 4° de la Convención, una lectura no solo *contra-ria* a la intención del tratado y a su manifiesto reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción, sino una que de hecho *impide* a los Estados el otorgar protección legal al embrión humano, y que sugiere que la protección legal de la vida prenatal en etapas posteriores tendrá también que *ceder ante otros intereses*”³⁹.

Algunas altas cortes latinoamericanas han rechazado también la validez y obligatoriedad del fallo *Artavia* en casos relacionado con aborto y reproducción artificial. Por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Paraguay aprobó una decisión de corte de apelaciones que negó la aplicabilidad del caso *Artavia* a un hombre que buscaba la destrucción de embriones creados *in vitro* con su exesposa, en el fallo *A.I. No. 4/2019*⁴⁰. Asimismo, en el 2017, la Corte Constitucional de Chile indicó que si bien la sentencia del caso *Artavia* era una herramienta de interpretación, los fallos de la Corte en que Chile no es parte no son vinculantes sobre la misma, particularmente aquellos donde no hay una “completa uniformidad” en sus decisiones⁴¹.

La Suprema Corte de Mendoza, en el caso *L.E.H.*, también rechazó la obligatoriedad del fallo *Artavia* debido a su interpretación restrictiva, contraria al texto de la convención y a decisiones anteriores de la propia Corte, como indicó el Juez Alejandro Pérez Hualde⁴². En su voto, ese juez rechazó la validez del caso *Artavia* como fuente de interpretación de la Convención, señalando que no podía legalmente reemplazar su Constitución Nacional por las “opiniones” de la Corte Interamericana, que de manera inapropiada había rechazado la protección preventiva del embrión humano y de manera contraria a la Convención Americana misma⁴³. Cuando esta sentencia

39 Carozza, P. G. (2015). “The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights”. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, N° 153, 164.

40 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 4/2/2019, Amparo promovido por “M. C. G.G. c/ P.P.G., Director de la Clínica G.”. N° 3241/2010, Corte Suprema de Justicia (Paraguay). Véase Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia, Dec. 3, 2018, Acuerdo y Sentencia No. 12, Corte Suprema de Justicia (Paraguay).

41 Véase Tribunal Constitucional, 28/8/2017, Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, 89, 127 (Chile).

42 Véase *id.*, Voto Ampliatorio del Dr. Alejandro Pérez Hualde, Suprema Corte Suprema de Mendoza, 30/07/2014, “L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo p/ apelación s/ inc.” (Arg.).

43 Véase *id.*, Voto Ampliatorio del Dr. Alejandro Pérez Hualde, Suprema Corte Suprema de Mendoza, 30/07/2014, “L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo p/ apelación s/ inc.” (Arg.).

fue recurrida en queja, la Corte Suprema de la Nación ratificó el fallo del tribunal mendocino⁴⁴. En el caso *L.O.A.* la Cámara Federal de Salta en Argentina rechazó la aplicabilidad del fallo *Artavia* debido a que Argentina no fue parte en el caso y debido a la interpretación restrictiva que la Cámara dio en esa ocasión al término persona⁴⁵. Señaló también la Corte que la interpretación realizada en el caso *Artavia* representó un “retroceso” de la protección del derecho a la vida, en lugar de un desarrollo⁴⁶.

V. Conclusión

Si bien la interpretación del artículo 4(1) del caso *Artavia* fue tan restrictiva y *ultra vires* como la del caso *Roe v. Wade* en Estados Unidos, el fallo no puede generalmente caracterizarse como un *Roe v. Wade* latinoamericano, ya que, aun bajo su razonamiento a favor de la fertilización *in vitro*, *Artavia* no creó un derecho humano al aborto. Si bien el fallo declaró que la prohibición de la FIV en Costa Rica violaba una supuesta obligación internacional de autorizar la reproducción artificial, no definió dicha obligación como incluyendo un supuesto derecho a abortar⁴⁷.

La sentencia tampoco negó el carácter de persona del feto humano ni del embrión humano *después* de la implantación en el útero, sino únicamente la del embrión creado *in vitro*, por lo que su aplicabilidad para un futuro caso de aborto debería ser limitada. Así han señalado, por ejemplo, el Juez argentino Alejandro Pérez Hualde, añadiendo que el caso *Artavia* se relacionó con el principio de la vida y el aborto se relaciona con poner fin a ésta⁴⁸, y la Fiscal General de Brasil, Grace Mendonça, quien señaló que el fallo *Artavia* se aplica únicamente a situaciones excepcionales en que el embrión humano creado *in vitro* aún no ha sido implantado en el útero materno, y no aplica al embrión intrauterino⁴⁹. El fallo *Artavia* tampoco negó el derecho a

44 Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/09/2015, “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo” (Arg.).

45 Véase Juzgado Federal de Salta N° 1, 8/7/2013, “Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ amparo”, Expte. N° 61000007/13 (Arg.).

46 Véase Juzgado Federal de Salta N° 1, 8/7/2013, “Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ amparo”, Expte. N° 61000007/13 (Arg.).

47 *Sentencia del caso Artavia*, cit., párr. 146, 150.

48 *Oradores en Contra*, Senado Argentina, <http://www.senado.gov.ar/micrositios/ive/4#fechaEvento2042> (véase Alejandro Pérez Hualde en minuto 3:40).

49 Véase *Advogada-Geral da União manifesta-se pela improcedência do pedido formulado pelo arguente*, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 Distrito Federal, Advocacia-Geral da União, 41-43 (Dec. 17, 2018, 1:40 pm) (Brazil), <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889> (énfasis añadido).

la vida del no nacido en etapas posteriores de su desarrollo, pues, según su tesis de gradualidad, entre mayor desarrollo fetal, mayor protección de la Convención aplicaría al *nasciturus* en el útero materno.

Los efectos del fallo *Artavia* son mucho más limitados que los de *Roe v. Wade*, ya que la sentencia no puede legalmente aplicarse a otro Estado parte de la Convención que no sea Costa Rica, como señala la sentencia misma y los votos individuales. La Corte Interamericana tampoco está obligada como la Corte Suprema de Estados Unidos, a seguir un sistema de precedentes o *stare decisis*, aunque generalmente así lo hagan cuando existe una jurisprudencia constante en relación a algún derecho. Sin embargo, no existe una jurisprudencia constante de la Corte IDH respecto al aborto y la interpretación restrictiva del derecho a la vida realizada en el fallo *Artavia* no ha sido reiterada por la Corte IDH en ningún caso posterior. Por ello, otro fallo podría “pronunciarse en un sentido diferente”, como señaló el Juez Vio Grossi⁵⁰.

Los hechos de la sentencia tampoco son fácilmente repetibles o relevantes a cualquier otro Estado parte de la Convención Americana, ya que la prohibición de la FIV en Costa Rica en el 2012 era única en la región. Ningún otro Estado en el continente tiene una prohibición constitucional de la reproducción artificial y, después de la sentencia, ese tipo de prohibición es aún menos probable debido al efecto político inhibitorio que *Artavia* podría tener sobre otros Estados partes que consideraran prohibir la FIV.

Al igual que el fallo *Roe*, sin embargo, el fallo *Artavia* adolece de los mismos defectos de activismo judicial y violación de las normas de interpretación de los tratados. Nada impide, por ello, que el fallo *Artavia* tenga el mismo destino que *Roe v. Wade* y que eventualmente sea revertido, ya sea por los Estados partes de la Convención o por una Corte Interamericana más respetuosa del texto de la Convención, más prudente en el uso del poder interpretativo de que goza y sobre todo más respetuosa del derecho de la persona por nacer a la vida desde el momento de la concepción, establecido clara e inequívocamente en el artículo 4° de la Convención Americana.

Listado bibliográfico

Advogada-Geral da União manifesta-se pela improcedência do pedido formulado pelo arguente, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 Distrito Federal, Advocacia-Geral da União, 41-43 (Dec. 17, 2018, 1:40 pm) (Brazil), <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>

50 Véase *Sentencia del caso Gómez Murillo*, cit., Voto Disidente Vio Grossi, p. 1.

- Carozza, P. G. (2015). "The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights". *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, N° 153.
- CIDH. Informe No. 9/20, Caso 13.378, *Beatriz/El Salvador*, OEA/Ser.L/V/II.175, Doc. 15 (3 marzo 2020), párr. 146-147.
- CIDH, *Baby Boy vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Corte IDH. Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 21 de septiembre de 2006, Serie C, No. 152.
- Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C, No. 101.
- Corte IDH. Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C, No. 150.
- Corte IDH. Caso *Manuela y otros vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de noviembre de 2021. Serie C, No. 441.
- Corte IDH. Caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Serie C, No. 326.
- Corte IDH. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C, No. 153.
- Corte IDH. Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160.
- Corte IDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110.
- Corte IDH. Caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de agosto de 2014. Serie C, No. 281.
- Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63.
- Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140.
- Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146.
- Corte IDH. Caso *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C, No. 147.
- Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Serie C, No. 257.
- Corte IDH. Caso *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C, No. 109.
- Corte IDH. *Asunto B. respecto de El Salvador*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013.

- Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva N° OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.
- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 281 noviembre de 2012, Serie C, No. 257.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/09/2015, "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo" (Arg.).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/09/2015, "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo" (Arg.).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 4/2/2019, Amparo promovido por "M. C. G.G. c/ P.P.G., Director de la Clínica G.". N° 3241/2010, Corte Suprema de Justicia (Paraguay).
- Declaración de Guanajuato sobre fertilización in vitro*, <https://www.bioeticaweb.com/declaracion-de-guanajuato-sobre-fecundaciasn-in-vitro/>
- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022).
- Franck, M. I. (2013). "La Corte Interamericana y la vulneración de la soberanía de los Estados". *Estudios de derecho criminal*, N° 13.
- Herrera, D. A. - Lafferrière, J. N. (2013). "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". Herrera, Sup. Const- 2013 (abril), 09/04/2013, 16 - *La Ley* 2013-B, 415. Cita Online: AR/DOC/1121/2013.
- Juzgado Federal de Salta N° 1, 8/7/2013, "Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ amparo", Expte. N° 61000007/13 (Arg.).
- Juzgado Federal de Salta N° 1, 8/7/2013, "Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ amparo", Expte. N° 61000007/13 (Arg.).
- Lafferrière, J. N. (2021). "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la dignidad como principio bioético". *Estudios de derecho civil*. 1ª ed. La Ley.
- Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Oradores en contra*, Senado Argentina, <http://www.senado.gov.ar/micrositios/ive/4#fechaEvento2042>.
- Ramos-Kuri, M. (ed.) (2017). *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*. Querétaro. Centro de Investigación Social Avanzada.
- Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).
- Scala, J. (2013). "¿Quo vadis Corte Interamericana de Derechos Humanos?". *Estudios de derecho criminal*, N° 3.
- Tribunal Constitucional, 28/8/2017, Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que "regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales", 89, 127 (Chile).

DOBBS VS. JACKSON: UN GIRO COPERNICANO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

María Marta Didier

Universidad Católica de Santa Fe
<https://orcid.org/0000-0003-4867-9254>
Contacto: mdidier@ucsf.edu.ar.

Recibido: 8 de septiembre de 2022

Aprobado: 15 de septiembre de 2022

Para citar este artículo:

Didier, M. M. (2022). “*Dobbs vs. Jackson: un giro copernicano en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*”.

Prudentia Iuris, N. 94, pp.363-375

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.363-375>

Resumen: En este artículo se analizan los principales argumentos esgrimidos por el voto de la mayoría en el caso *Dobbs State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women’s Health Organization et al.*, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró la validez constitucional de la Ley de Mississippi que prohibía el aborto libre, luego de la semana quince de gestación del ser humano no nacido. Como fundamento de su decisión, afirmó que no existe un derecho constitucional al aborto, derogando los precedentes *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*.

Palabras claves: Derecho al aborto, Stare decisis, Test de la relación racional, Escrutinio estricto, Derecho a la vida.

Dobbs vs. Jackson: a Copernican twist in the jurisprudence of the Supreme Court of the United States

Abstract: This article analyzes the main arguments put forward by the majority vote in “Dobbs State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al”, in which the U.S. Supreme Court declared the constitutional validity of the Mississippi law prohibiting free abortion after the fifteenth week of gestation of the unborn human being. As the basis for his decision, he asserted that there is no constitutional right to abortion, overruling “Roe v. Wade” and “Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey”.

Keywords: *Right to abortion, Stare decisis, Rational relationship test, Strict scrutiny, Right to life.*

Dobbs C. Jackson: una svolta copernicana nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti

Sommario: Questo articolo analizza le principali argomentazioni addotte dal voto della maggioranza nel caso Dobbs State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women’s Health Organization et al, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò la validità costituzionale della legge del Mississippi che vietava l’aborto libero, dopo la quindicesima settimana di gestazione dell’essere umano non nato. Come base della sua decisione, ha affermato che non esiste un diritto costituzionale all’aborto, abrogando i precedenti Roe vs. Wade e Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey.

Parole chiave: Diritto all’aborto, Stare decisis, Test della relazione razionale, Scrutinio rigoroso, Diritto alla vita

1. Introducción¹

La cuestión vinculada a la existencia de un supuesto derecho al aborto ha tenido un extenso desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la que el pasado 24 de junio de 2022, se pronunció en el caso *Dobbs State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. vs. Jackson Women's Health Organization et al.*², sobre la constitucionalidad de la Ley de Mississippi que prohíbe el aborto si se ha determinado que la edad gestacional probable del ser humano por nacer es mayor de quince (15) semanas, salvo una emergencia médica o en el caso de una anomalía fetal grave³. Por mayoría de seis votos contra tres, la Corte concluyó en la validez de la citada norma legal y por una mayoría de cinco votos, sostuvo que la Constitución no confiere el derecho a obtener un aborto, para lo cual debió derogar los precedentes *Roe vs. Wade*⁴ y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*⁵. Respecto de esta última decisión, el Juez Roberts no la compartió, votando en forma concurrente por sus propios fundamentos, señalando que no era necesario pronunciarse sobre la derogación de dichos precedentes para declarar la validez constitucional de la Ley de Mississippi.

Para apartarse de *Roe* y *Casey*, a los que consideró “terriblemente equivocados” y justificar la validez de la Ley de Mississippi, el voto mayoritario –al que se hará referencia exclusivamente en este análisis– esgrimió diversas líneas argumentativas, sobre las cuales se efectuará un breve comentario, vinculándolas con los aportes de la tradición del derecho natural, teniendo siempre presente que la sentencia no razona desde dicha tradición. Finalmente, se efectuará un balance conclusivo sobre lo decisivo que resulta, desde la posición de la *Supreme Court*, para la resolución del caso, la cuestión vinculada a si la Constitución de Estados Unidos considera persona o sujeto de derecho al ser humano no nacido, protegido y alcanzado por la Décimo Cuarta Enmienda.

1 El presente trabajo constituye un resultado parcial del proyecto de investigación “Las exigencias de validez jurídica en la argumentación constitucional y convencional: proyecciones e implicancias”, financiado por la Universidad Católica de Santa Fe.

2 597 U.S. (2022).

3 Cfr. Ídem, I.

4 410 U.S. 113 (1973).

5 505 U.S. 833 (1992).

2. La fundamentación de la sentencia

2.1. *El argumento lingüístico*

El primer argumento que resulta central en la justificación de la validez jurídica de la norma puesta en cuestión se refirió a la importancia de analizar el lenguaje de la Constitución. Al respecto, la *Supreme Court* señaló: “El análisis constitucional debe comenzar con el lenguaje del instrumento, *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat 1, 186-189 (1824), que ofrece un estándar fijo para determinar lo que significa nuestro documento fundacional [...]. La Constitución no hace referencia expresa al derecho a abortar, por lo que quienes afirmen que protege tal derecho deben demostrar que el derecho está de alguna manera implícito en el texto constitucional”⁶.

El máximo tribunal estadounidense criticó el fundamento de *Roe v. Wade*, por considerar que la sentencia fue notablemente laxa en el tratamiento del texto constitucional, al sostener que “el derecho al aborto, que no se menciona en la Constitución, forma parte de un derecho a la privacidad, que tampoco es mencionado [...]. Y se descubrió que ese derecho a la privacidad, observó *Roe*, surge de no menos de cinco disposiciones constitucionales diferentes: la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta Enmiendas”⁷.

El referido argumento se vincula con lo que Vigo ha denominado una exigencia de racionalidad lógica lingüística para determinar la validez de una norma jurídica, “señalando que se conecta al respeto de los principios y reglas de la lógica, como también al seguimiento de las convenciones lingüísticas a las que pertenece el destinatario, de manera que el mensaje normativo sea comprendido”⁸. En efecto, no resultaría válida una interpretación del texto de la norma constitucional que pretendiera basarse en el lenguaje de la norma para extraer de allí la conclusión de la existencia del derecho al aborto, pues ello sería directamente contrario a las convenciones lingüísticas. Al respecto, también se ha sostenido: “[...] en toda comunicación oral o escrita se parte de la base de que el orador utiliza las palabras que quiere utilizar y de que, al utilizarlas, elige someterse a sus reglas de uso [...] El resultado de la aplicación de estas reglas de uso a los casos no es siempre uniforme, por supuesto. Pero tampoco es infinito”⁹.

6 597 U.S. (2022), II A 1.

7 Ídem.

8 Vigo, R. L. (2016). “Una teoría de la validez jurídica”. *Doxa*, 39, 114. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.07>.

9 Zambrano, P. (2009). “Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”. *Persona y Derecho*, 60, 148.

2.2. *El argumento basado en la historia y la tradición*

Tal como se expuso, la *Supreme Court* sostuvo que el derecho al aborto no está mencionado expresamente en la Constitución. Partiendo de dicha premisa, prosiguió el razonamiento señalando que para considerarlo como un derecho mencionado de manera implícita en el texto constitucional, deberá demostrarse que está “profundamente arraigado en [nuestra] historia y tradición”¹⁰, como así también que “es esencial para el esquema de libertad ordenada de nuestra Nación”¹¹, con cita de los precedentes *Timbs v. Indiana*, 586 U.S., (2019); *McDonald*, 561 U.S., at 764, 767 y *Glucksberg*, 521 U.S., at 721.

La relevancia que la Corte otorgó al arraigo que el derecho en cuestión presenta en la historia y la tradición de los Estados Unidos se vincula con lo que Vigo denomina una exigencia de racionalidad sociológica, especificando que la ley debe guardar “[...] relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula”¹², con sustento en Tomás de Aquino, quien compartiendo las ideas de San Isidoro afirma que la ley debe ser “apropiada a las costumbres del país”¹³. En tal sentido, señaló que la ley prevalece sobre la costumbre con la excepción de “aquellas leyes que no están en armonía con las tradiciones de la patria, porque esa armonía es una de las condiciones de la ley; es, en efecto, muy difícil desarraigar la costumbre de todo un pueblo”¹⁴.

La *Supreme Court* partió de la idea de que el término “libertad” es demasiado amplio para proporcionar una orientación, por lo que si se quiere reconocer un nuevo componente de la libertad protegida por la cláusula del debido proceso, “debemos cuidarnos de la tendencia humana natural a confundir lo que protege esa Enmienda con nuestras propias opiniones ardientes sobre la libertad que los estadounidenses deberían disfrutar”¹⁵. Para evitar incurrir en el error de confundir lo que significa el término libertad mencionado en la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución, con los deseos políticos o concepciones de la justicia que detenta el magistrado que la interpreta, la sentencia consideró fundamental efectuar una investigación histórica que examine la tradición del derecho consuetudinario angloamericano. En tal sentido, comenzó citando a Blackstone, Coke y Hale, destacando que “aunque las autoridades del *common law* difirieron sobre la severidad del castigo por abortos cometidos en diferentes momen-

10 597 U.S. (2022), II A 2.

11 Ídem.

12 Vigo, R. L. Ob. cit., 117.

13 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 3.

14 Ídem.

15 597 U.S. (2022), II A 2.

tos del embarazo, ninguna apoyó la práctica”¹⁶, como así tampoco la existencia de “un derecho positivo a procurar un aborto en cualquier etapa del embarazo”¹⁷.

La Corte concluyó en que “el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y tradiciones de la Nación”¹⁸, destacando que por el contrario a ello, “una tradición ininterrumpida de prohibir el aborto bajo pena de castigo penal persistió desde los primeros días del *comon law* hasta 1973”¹⁹.

2.3. El argumento basado en los precedentes

La *Supreme Court* también rechazó que el derecho al aborto pueda sustentarse en los precedentes, derogando los fallos *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*. Consideró que ninguna de las dos sentencias se fundaron en precedentes aplicables al caso del aborto, porque ninguno de ellos se refirió a la destrucción de lo que tales fallos denominan “vida humana potencial” y lo que la Ley de Mississippi denomina “ser humano no nacido”²⁰. De tal modo, la Corte rechazó el juicio de analogía propuesto por los precedentes referidos para justificar la existencia de un derecho constitucional al aborto.

Asimismo, la sentencia en análisis criticó el fundamento de *Roe* y *Casey* para constitucionalizar el aborto, por cuanto el primero lo fundó en “el derecho a la privacidad, 410 U.S., at 154”²¹ y el segundo lo consideró como parte de la libertad de tomar “decisiones íntimas y personales que son centrales para la dignidad y autonomía personal, 505 U.S., at 851”²². Al respecto, señaló que los intentos de justificar el aborto apelando a un derecho más amplio a la autonomía, en razón de su alto nivel de generalidad, podría autorizar los derechos fundamentales al uso de drogas ilícitas, la prostitución y similares²³.

En efecto, la autonomía no constituye un criterio que pueda resultar idóneo para fundar por sí solo la existencia de derechos fundamentales. Ello, por cuanto la comprensión de los referidos derechos desde la sola auto-

16 Ídem, II B 2 a.

17 Ídem.

18 Ídem, II B 2 d.

19 Ídem.

20 Cfr. Ídem, II C.1.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Cfr. Ídem.

mía, omitiendo toda referencia a los bienes humanos que constituyen su objeto²⁴, conduce ineludiblemente a una visión conflictivista de la realidad iusfundamental²⁵, a la par que resulta estéril para solucionar tales conflictos, puesto que no proporciona criterios materiales para determinar dónde comienza y termina la autonomía de cada sujeto, dejando en manos del poder de turno la decisión de cuál derecho es el que debe prevalecer.

2.4. El argumento del *stare decisis*

La sentencia consideró que el *stare decisis* no aconseja mantener los precedentes *Roe* y *Casey*. Destacó que la adhesión al precedente es la norma, pero no es un mandato inexorable, desarrollando diversos fundamentos para demostrar por qué razón tales fallos estaban “terriblemente equivocados” (*egregiously wrong*).

Entre tales fundamentos, invocó argumentos vinculados con una crítica al concepto de “carga indebida” propuesto por *Casey*, al concepto de “confianza” y al de “viabilidad”. Con relación a este último, señaló que la viabilidad depende de diversos factores que impiden determinar un límite claro y no discutible, tales como las instalaciones médicas, la edad gestacional, el peso del feto, la salud y nutrición de la mujer. Advirtió que sólo con dificultad un médico puede determinar la probabilidad de supervivencia de un feto, de allí que el límite de la viabilidad indicado en *Casey* no resulta un criterio que pueda ser aplicado²⁶.

2.5. El argumento basado en la incompetencia de la Corte

La opinión del *justice* Alito comenzó afirmando que “el aborto presenta un problema moral profundo sobre el cual los estadounidenses tienen pun-

24 Sobre la concepción conforme a la cual los derechos humanos tienen por contenido bienes humanos, cfr. Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 227-259 y Massini, C. I. (2020). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, capítulo segundo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5642-dignidad-humana-derechos-humanos-y-derecho-a-la-vida-ensayos-sobre-la-contemporanea-etica-del-derecho>.

25 Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires. Ad-hoc.

26 597 U.S. (2022), III B 1 c.

tos de vista profundamente contradictorios”²⁷, adelantando la decisión de que por estar *Roe vs. Wade* terriblemente equivocado desde el principio, “es hora de hacer caso a la Constitución y devolver el tema del aborto a los representantes electos del pueblo”²⁸, quienes en definitiva deberán establecer la regulación sobre la prohibición o permisión del aborto.

Lo afirmado por la Corte en el sentido indicado implicó un rechazo al activismo judicial concebido como una desviación de la función judicial, en tanto supone invadir la esfera de competencia del Poder Legislativo, manipulando los textos normativos, forzando su significado o extrayendo conclusiones reñidas con las exigencias de la lógica formal. El activismo referido ha sido criticado con diversos argumentos²⁹, señalándose: “[...] a los jueces se les ha delegado la tarea de resolver los conflictos conforme al Derecho y no conforme a sus opiniones sobre cómo se los podría resolver del modo más justo (y sin tener en cuenta el texto de sus preceptos, su historia y la práctica jurídica que los interpreta)”³⁰.

La Corte se limitó a dejar en manos de las legislaturas el poder de decidir si el aborto debe prohibirse en todas las etapas del embarazo o permitirse, por considerarse incompetente para resolver dicho problema, aplicando un criterio de racionalidad orgánico para determinar la validez de la norma en cuestión³¹. De acuerdo a la sentencia, un Estado podría permitir el aborto en todas las etapas del embarazo y no resultar contrario a la Constitución, puesto que ésta no dice nada al respecto. No obstante ello, al Poder Legislativo le bastaría invocar objetivos legítimos para prohibir el aborto, sin que sea necesario que tales normas prohibitivas superen un escrutinio estricto (como lo había sostenido la Corte en *Roe*), puesto que el aborto no es un derecho fundamental. Con relación al test de constitucionalidad que deberían sortear las normas reguladoras del aborto se hará referencia seguidamente.

27 Ídem.

28 Ídem.

29 Sobre el activismo judicial, cfr. Laise, L. D. (2020). “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 1 (2020), 147-173, <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>; Rivas-Robledo, P. (2022), “¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones”. *Dikaion*, 31, 2, e3126. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6> y Santiago, A. (2008). “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neoconstitucionalismo”. *Dikaion*, 22, 17, 131-155.

30 Etcheverry, J. B. (2020). “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”. *Dikaion*, 29, 2, 349, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>.

31 Cfr. Vigo, R. L. Ob. cit., 111-112.

2.6. El argumento basado en el test de constitucionalidad aplicable

La Corte se ocupó de responder un argumento invocado por algunos *amicus curiae* partidarios de declarar inconstitucional la Ley de Mississippi, quienes propusieron fundar el derecho al aborto en la Décimo Cuarta Enmienda. Al respecto la sentencia argumentó que ni *Roe*, ni *Casey* consideraron adecuado fundar el derecho a obtener un aborto en la cláusula de la igual protección de la Décimo Cuarta Enmienda. Asimismo, los precedentes de la CS EE. UU. también excluyeron esta posibilidad. Consideró: “[...] la regulación estatal del aborto no es una clasificación basada en el sexo y, por lo tanto, no está sujeta al escrutinio intensificado que se aplica a tales clasificaciones”³². Para apoyar esta afirmación la Corte citó el caso *Geduldig v. Aiello*³³, en el que resolvió que “la regulación de un procedimiento médico al que solo puede someterse un sexo no genera un mayor escrutinio constitucional a menos que la regulación sea un mero pretexto diseñado para efectuar una discriminación envidiosa contra miembros de uno u otro sexo”³⁴. Luego también citó el precedente *Bray*, en el que sostuvo que el objetivo de impedir el aborto no constituye ánimo discriminatorio envidioso. Concluyó en que las leyes que regulan o prohíben el aborto no están sujetas a un mayor escrutinio, es decir, no deben superar el test intermedio de revisión³⁵, rigiéndose por el mismo estándar de revisión que otras medidas de salud y seguridad³⁶ —el denominado test de la relación racional o requerimiento de un mínimo de racionalidad.

Dicho test se aplica para la reglamentación de derechos regulados por la legislación económico-social, que no utiliza criterios sospechosos (raza, origen nacional, condición de extranjero) o cuasi-sospechosos (sexo y condición de hijo extramatrimonial) o que no distingue con relación al ejercicio de derechos fundamentales.

3. La regulación del aborto y el requerimiento de un mínimo de racionalidad

El test de la relación racional o requerimiento de un mínimo de racionalidad supone la aplicación de una exigencia de racionalidad teleológica

32 597 U.S. (2022), II A 1.

33 417 U.S. 484 (1974).

34 597 U.S. (2022), II A 1.

35 Sobre el test intermedio de revisión, cfr. Tribe, L. (1988). *American Constitutional Law*. 2ª ed. New York. The Foundation Press, Inc., 1602 y sigs.

36 Cfr. 597 U.S. (2022), II A 1.

para determinar la validez jurídica de una norma³⁷. Parte del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, por lo que quien impugne la norma por violentar la Constitución, correrá con la carga de la argumentación y de la prueba. Conforme a dicho estándar de revisión, toda medida reguladora de un derecho debe perseguir un fin estatal legítimo, es decir, no prohibido por la Constitución, a la par que debe existir una relación racional entre la medida reguladora del derecho y la finalidad perseguida, es decir, la medida debe ser adecuada para lograr el objetivo buscado, aunque dicha adecuación no precisa ser exacta, debiendo los tribunales juzgar con deferencia esta relación racional entre medios y fines³⁸.

Entre los objetivos estatales legítimos que el Estado puede invocar para prohibir o restringir el aborto, la Corte consideró los siguientes: el respeto y preservación de la vida prenatal en todas las etapas del desarrollo, lo cual significa que los Estados podrán prohibir el aborto desde el momento de la concepción del ser humano en el seno materno; la protección y seguridad materna; la eliminación de procedimientos médicos particularmente espantosos o bárbaros; la preservación de la integridad de la profesión médica; la mitigación del dolor fetal; la prevención de discriminación por motivos de raza, sexo o discapacidad³⁹.

4. Balance

Conforme a la reseña de los argumentos esgrimidos en la sentencia en análisis, puede concluirse que para la *Supreme Court*, la Constitución no dice nada sobre el estatus de persona del embrión o feto humano, a diferencia de lo sostenido en *Roe vs. Wade*, donde se resolvió que la Constitución no lo consideraba como una persona. En tal sentido, se afirmó en *Roe*: “[...] el apelante y ciertos *amici* arguyen que el feto es una ‘persona’, en el lenguaje y en el sentido de la enmienda XIV [...]. Si la sugerencia de que el feto es persona se demostrara, la pretensión del recurrente, por supuesto, cae, pues el derecho a la vida del feto estaría específicamente garantizado por la enmienda”⁴⁰.

La respuesta a este interrogante no resulta pacífica, siendo importante destacar lo sostenido en el *amicus curiae* presentado por los profesores John M. Finnis y Robert P. George, para quienes “la historia demuestra que la prohibición de los abortos electivos es constitucionalmente obligatoria

37 Vigo, R. L. Ob. cit., 115.

38 Cfr. Tribe, L. Ob. cit., 1438 y sigs.

39 Cfr. 597 U.S. (2022), VI A.

40 410 US 113, 157 (1973).

porque los niños no nacidos son personas conforme al significado público original del debido proceso y de la cláusula de la igual protección de la Décimo Cuarta Enmienda⁴¹. En razón de ello, defendieron la tesis conforme a la cual la Corte debería anular la sentencia del Quinto Circuito y sostener que la Ley de Mississippi está permitida y requerida, porque los no nacidos son personas titulares de la garantía de la igual protección y del debido proceso de la Décimo Cuarta Enmienda.

Si la Corte hubiese adherido a la tesis propiciada por los profesores referidos, no hubiese bastado someter las legislaciones regulatorias del aborto al test de la relación racional, sino que tales normas, en caso de restringir el derecho a la vida del ser humano no nacido deberían haber sido sometidas a un escrutinio escrito, por cuanto diferencian o establecen categorías entre personas con relación al ejercicio de un derecho fundamental⁴². Al respecto, cabe recordar que el Máximo Tribunal estadounidense “[...] utiliza este estándar de revisión bajo la garantía de la igual protección en dos categorías de casos de libertades civiles: primero, cuando los actos del gobierno clasifican a las personas en los términos de su capacidad para ejercitar un derecho fundamental; segundo, cuando las clasificaciones gubernamentales distinguen entre personas en términos de algún derecho, sobre una base sospechosa⁴³. El escrutinio estricto exige que “[...] la ley deba perseguir un interés estatal imperioso mediante los medios menos restrictivos disponibles⁴⁴.

Pero dado que la Corte consideró que la Constitución nada decía sobre el estatus del embrión o feto humano, en cuanto persona y sujeto de derecho, tampoco estimó que podría arrogarse la facultad de tutelarlos bajo el estándar más exigente, el escrutinio estricto. Pero ello no necesariamente debería asociarse con un concepto de derecho positivista, como a primera vista podría parecer; es decir, con un desconocimiento del derecho natural a la vida. En clave iusnaturalista, sostiene Robert P. George, que la Constitución de

41 Finnis, J. M. y George, R. P. (2021). “Brief of Amici Curiae Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in support of petitioner”, 2. Recuperado el 13 de agosto de 2022, en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/191392/185196/20210729093557582_210169a%20Amicus%20Brief%20for%20efiling%207%2029%2021.pdf.

42 Sobre los argumentos constitucionales por los que considero que la regulación del aborto en la Argentina debería someterse a un escrutinio estricto, cfr. Didier, M. M. “La legalización del aborto y el derecho a la igualdad”. *Rubinzal Culzoni Digital*. 1064/2018.

43 Nowak, J. E. y Rotunda, R. D. (2000). *Constitutional Law*. 6ª ed. St. Paul, Minn. Hornbook Series. West Group, 639-640.

44 *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 219 (1984). Sobre el escrutinio estricto, cfr. Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Buenos Aires. Marcial Pons.

Estados Unidos “[...] otorga la autoridad para dar efecto a la ley natural y proteger los derechos naturales a los órganos democráticamente electos del gobierno, no a los tribunales, y siempre que no haya nada en el texto, su estructura, lógica o sentido original que dicte una respuesta a una controversia como la debida política estatal”⁴⁵. Asimismo, el referido autor destaca el peligro de que los jueces usurpen el poder que corresponde al legislador con la excusa de proteger derechos y libertades individuales, considerando que cada vez que lo han hecho, sea por buenas o malas razones, han violentado el Estado de Derecho “[...] confiscando el poder que los fundadores y ratificadores de la Constitución autoritativamente asignaron a otras ramas del gobierno (incluso cuando tal potestad podría haber sido perfectamente asignada a ellos). Y el respeto por el Estado de Derecho es en sí mismo una exigencia de la justicia natural”⁴⁶.

No obstante lo señalado, tal como se expuso *ut supra*, el referido autor discrepa en cuanto a que la Constitución nada dice sobre la calidad de persona del ser humano no nacido, considerándolo sujeto titular del derecho a la igual protección y al debido proceso de la Décimo Cuarta Enmienda. De haber compartido dicha tesitura, pareciera que la Corte además de derogar los precedentes *Roe* y *Casey*, debió haber declarado, por lo menos, que la prohibición del aborto libre, sin invocación de causa, constituye un imperativo constitucional.

Bibliografía

- Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires. Ad-hoc.
- Didier, M. M. “La legalización del aborto y el derecho a la igualdad”. *Rubinzal Culzoni Digital*. 1064/2018.
- Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Etcheverry, J. B. (2020). “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”. *Dikaion*, 29, 2, 336-351, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

45 George, R. P. (2008). “Estados Unidos: Ley natural, Constitución y teoría y práctica del control judicial de constitucionalidad”. En Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma, 475.

46 Ídem, 476.

- Finnis, J. M. y George, R. P. (2021). "Brief of Amici Curiae Scholars of Jurisprudence John M. Finnis and Robert P. George in support of petitioner", 2. Recuperado el 13 de agosto de 2022m en <https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19>.
- George, R. P. (2008). "Estados Unidos: Ley natural, Constitución y teoría y práctica del control judicial de constitucionalidad". En Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Laise, L. D. (2020). "¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 1 (2020), 147-173, <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>.
- Massini, C. I. (2020). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, capítulo segundo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5642-dignidad-humana-derechos-humanos-y-derecho-a-la-vida-ensayos-sobre-la-contemporanea-etica-del-derecho>.
- Nowak, J. E. y Rotunda, R. D. (2000). *Constitutional Law*. 6° ed. St. Paul. Minn. Hornbook Series. West Group.
- Rivas-Robledo, P. (2022). "¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones". *Dikaion*, 31, 2, e3126. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>.
- Santiago, A. (2008). "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neoconstitucionalismo". *Dikaion*, 22, 17, 131-155.
- Tomás de Aquino, *Suma Teológica*.
- Tribe, L. (1988). *American Constitutional Law*. 2ª ed. New York. The Foundation Press, Inc.
- Vigo, R. L. (2016). "Una teoría de la validez jurídica". *Doxa*, 39, 99-125. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.07>.
- Zambrano, P. (2009). "Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia". *Persona y Derecho*, 60, 131-152.
- Zambrano, M. P. y Sacristán, E. (2012). "El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 134, 715-759.

PARTE IV

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

CRÓNICA DEL CONVERSATORIO “ENTENDIENDO EL CASO *DOBBS*. SUS IMPLICANCIAS PARA EE. UU. Y ARGENTINA”

Santiago Tomás Ganz

El 11 de julio de 2022, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, se llevó a cabo el conversatorio denominado “Entendiendo el caso *Dobbs*. Sus implicancias para EE. UU. y Argentina”. La actividad trató acerca del fallo judicial del 24 de junio de 2022 en el que la Suprema Corte de Estados Unidos de América decidió dejar sin efecto los precedentes sentados en los casos *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood vs. Casey*, los que habían reconocido la existencia de un derecho federal al aborto en aquél país. El conversatorio contó con la presencia de los siguientes académicos especializados en el área: Alfredo M. Vítolo, Florencia Ratti, Débora Ranieri y Jorge Nicolás Lafferriere.

La apertura del encuentro estuvo a cargo del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad, el Dr. Pablo M. Garat, quien de manera introductoria realizó dos reflexiones. Por un lado, sostuvo que es relevante recordar que el derecho a la vida no se puede plebiscitar, ni mucho menos ser sometido a ningún tipo de legislación, ya que el derecho a la vida es un derecho absoluto. Por otro lado, dijo que gracias al nuevo precedente *Dobbs*, las cosas vuelven al lugar donde deben estar, pero que aún queda mucho camino por recorrer.

El conversatorio comenzó de la mano del Dr. Alfredo M. Vítolo (profesor UBA y UCA, entre otras universidades), quien centró su análisis en ubicar al fallo *Dobbs* en el contexto del ordenamiento jurídico norteamericano. Para Vítolo, debe tenerse presente que el fallo se mantiene en el plano del derecho constitucional y no ingresa en fundamentos vinculados con el derecho natural. Para la Corte norteamericana y según el nuevo fallo, explica Vítolo, así como no hay un derecho explícito de una mujer a decidir sobre su propio cuerpo y provocar un aborto, tampoco existe un derecho implícito

al aborto que pueda considerarse incluido dentro del derecho a la libertad reconocido por las enmiendas quinta y catorceava. La Corte explica que tal derecho no está enraizado ni en la historia ni en las tradiciones del pueblo norteamericano. A modo de conclusión, el expositor señaló que *Dobbs* no deja de ser un fallo local para Estados Unidos, aunque no debemos pasar por alto las fuertes implicaciones que el fallo y el rechazo al precedente sentado en el caso *Roe vs. Wade* tienen para nuestro país, que utilizó aquella decisión como paradigma para justificar las decisiones locales sobre el punto y la misma Ley N° 27.610.

La segunda exposición estuvo a cargo de la Dra. Florencia Ratti (becaria posdoctoral UCA - CONICET). La expositora manifestó que, bajo la tradición del *common law* rige el principio del *stare decisis* y explicó que es un modelo en el que los tribunales deben atenerse a lo ya resuelto. Aplicado al fallo *Dobbs*, la Corte Suprema debía resolver teniendo en cuenta lo ya discutido en los precedentes *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood vs. Casey*. Sin embargo, la doctora afirmó que el principio de *stare decisis* no es absoluto y, justamente, *Dobbs* es uno de esos casos en los que el precedente amerita ser derogado. A fin de dar una mayor claridad con respecto al asunto, la expositora enumeró los cinco factores por los cuales la mayoría en *Dobbs* decide derogar los casos de *Roe* y *Casey*: 1) La naturaleza del error del razonamiento de la Corte en *Roe*, que fue considerado “infame”, o sea, que causa un grave daño a la sociedad. 2) El Supremo Tribunal enumera una serie de errores en el razonamiento de los precedentes, probando que no se encuentran debidamente fundamentados. 3) El tercer factor es conocido como *unworkability*, es decir, se debe demostrar que la solución del fallo a revertir ha tenido problemas de viabilidad, ya que la regla que de él surge no puede ser aplicada en la realidad y genera problemas en su utilización. 4) Los efectos disruptivos originados por los precedentes *Roe* y *Casey*, que han generado una serie de reglas procesales exclusivas en materia de aborto. 5) La Corte descartó que revocar *Roe* y *Casey* significase un impacto en el *reliance*, es decir, en la confianza depositada por la sociedad en los precedentes. La expositora enfatizó en que la Corte es lapidaria, porque entiende que es absurdo sostener que las mujeres establecieran sus relaciones personales pensando en la posibilidad de abortar.

Como tercera expositora, la Dra. Débora Ranieri (docente e investigadora de la UCA) analizó tres cuestiones principales del fallo *Dobbs*. 1) Recalcó que el análisis histórico como argumento de interpretación es un factor relevante al momento de hablar de normativa constitucional. 2) La Suprema Corte se centró en la *libertad ordenada*. Este punto está dividido en tres tópicos. A) Tener en cuenta sobre lo dicho que la Corte rechaza que exista una analogía o comparación entre los elementos discutidos en *Dobbs*, y los alegados en *Roe*, y en materia de aborto juega un papel fundamental

la vida potencial. B) La dicotomía entre derecho y moral. La Corte reconoce que más allá del dilema moral, el aborto es una cuestión jurídica. C) El Máximo Tribunal pone un límite a la supuesta limitación de autonomía de la voluntad de la mujer, al establecerse que toda ley deberá ser analizada con la idea de un interés legítimo en proteger y respetar la potencial vida. 3) La expositora mencionó el límite que el fallo le marca al propio Poder Judicial. No se puede ir más allá de la ley, incluso si hay presiones políticas y sociales.

A modo de cierre, tomó la palabra el Dr. Jorge Nicolás Lafferriere (Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la UCA), quien remarcó dos asuntos centrales en la comparación entre Estados Unidos y Argentina. Por un lado, la inexistencia de un derecho a abortar en Estados Unidos según la Suprema Corte y que tanto *Roe* como *Casey* se equivocaron al razonar que en la Constitución norteamericana existía alguna norma que habilite el aborto. En cambio, en Argentina nos encontramos rodeados de una gran variedad de normativa nacional e internacional, de modo que no solo no existe un derecho al aborto, sino que explícitamente se reconoce el derecho a la vida desde la concepción. La segunda afirmación fue la remisión que hace la Suprema Corte en *Dobbs* a la regulación del tema por parte de los Estados locales. A diferencia de la Argentina, cada Estado norteamericano tiene su propio marco normativo penal. Producto de esto es que diversas legislaciones locales se prepararon para el supuesto de ser derogado *Roe*. En la normativa aplicada argentina, mientras que el Congreso Nacional regula los aspectos penales, en materia de salud pública hay atribuciones concurrentes entre la Nación y las provincias, por lo que las provincias estarían facultadas a regular distintos aspectos de su sistema sanitario. El profesor hizo énfasis en la proximidad de futuros cambios legislativos en distintos niveles.

Finalizado el último panel, el Dr. Vítolo agregó que no toda la sentencia constituye precedente, conforme el sistema norteamericano. El profesor Vítolo afirmó que los diferentes argumentos expuestos en la decisión a partir de la descalificación del precedente sentado en *Roe* en torno a la protección de la vida constituyen *dicta*, razonamientos laterales que van a dar lugar a toda una progenie de casos dado que, con este mecanismo, los jueces van tirando semillas para ver cómo germinan tales argumentos en la sociedad.

RECENSIONES

Cacciavillani, Pamela Alejandra, *Celebrar lo imposible. El Código Civil en el régimen jurídico de la propiedad: Córdoba entre fines del siglo XIX y comienzos del XX*, Frankfurt am Main: Global Perspectives on Legal History 18, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, 2021. XIII, 283 pp.

Como resultado de sus estudios de doctorado y, en menor medida, de otras investigaciones, la profesora Pamela Cacciavillani, de la Universidad de Monterrey (México), ha publicado, a través del Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, su más reciente indagación sobre las constantes y variantes del régimen jurídico de la propiedad en Córdoba (Argentina), entre fines del siglo XIX y comienzos del XX.

El texto se compone de un emotivo y extenso acápite de agradecimientos (IX-XIII), una introducción (pp. 1-12), seis capítulos donde se desarrolla la investigación (pp. 13-252), una conclusión (pp. 253-258) y un aparato de fuentes y bibliografía (pp. 259-281). La propuesta de la autora queda claramente delineada en la introducción:

“Las preocupaciones cardinales de este estudio se inscriben en la necesidad de dar cuenta del modo en que el Código Civil fue puesto en práctica en la provincia de Córdoba, en materia de propiedad. Particularmente, en lo que se refiere al conflicto entre la nueva normativa, las formas previstas por el derecho precodificado y las normas producidas en ejercicio de la autonomía provincial. En este contexto, el objeto central de análisis será la propiedad comunal indígena. Siguiendo esta dirección, la trama que se desarrollará a lo largo de estas páginas propone dar cuenta del impacto que el Código Civil y su noción de dominio tuvieron en el espacio provincial, especialmente, durante el desmantelamiento de aquel tipo de propiedad” (p. 2).

Así, se muestra la dimensión operativa del Código Civil, de autoría de Dalmacio Vélez Sarsfield (1800-1875), en materia de propiedad, a propósito de las comunidades indígenas cordobesas. Cacciavillani presupone, acertadamente, que el tránsito de la Monarquía a la República estuvo plagado de retrocesos y pervivencias, aspectos que impiden una lectura unidireccional

en este y otros tópicos. De esta forma, la sola vigencia del citado texto legal no fue suficiente para transmutar la fisonomía de “las propiedades” provenientes de la época monárquica, observándose una coexistencia de instituciones, nociones, tradiciones y demás. Veamos algunas cuestiones que, se espera, podrían incentivar la lectura de la obra.

Un primer punto guarda relación con la disciplina, el método y el enfoque. En efecto, la autora señala que su obra está situada en la vitrina histórico-jurídica, opción que se corrobora fácilmente si se revisa su contenido y se analiza la bibliografía utilizada. De ahí que el derrotero de investigación también sea aquel empleado mayoritariamente por quienes cultivan dicha especialidad: un objeto claramente jurídico (la propiedad) estudiado desde un método prístinamente histórico. Esto explica el uso de un amplio y variado abanico de fuentes primarias: legislación nacional y provincial, sesiones de la cámara de diputados y senadores, documentación del gobierno provincial de Córdoba, procesos judiciales, jurisprudencia de los tribunales superiores, catastros varios, mensuras administrativas, correspondencia privada de ciertos juristas (entre el citado codificador civil argentino y su homónimo brasileño, Augusto Teixeira de Freitas), textos jurídicos de la época, etc. Tal opción, se piensa, es la adecuada para calibrar el fenómeno jurídico en una época y espacio determinados; afirmación que cobra más sentido si se revisa el enfoque que atraviesa toda la investigación: la influencia de las normas revisadas en la sociedad cordobesa, que hace suyos los ideales del liberalismo político y jurídico.

Un segundo punto apunta a la tesis del trabajo. Si se ahonda en lo dicho *supra*, Cacciavillani plantea que la codificación y su producto estrella, el código, transformaron, en principio formalmente, las estructuras jurídicas precedentes. En la idea de plenitud y uniformidad, los derechos reales se regularon enteramente en el código civil, donde, entre otros aspectos, se incorporó la dualidad título-modo de adquirir, con una variante caótica, consistente en la ausencia de un registro, salvo para el derecho real de hipoteca. Asimismo, la noción de propiedad también se alteró, pues se pasó de la idea de “dominio dividido”, cuyo centro son las cosas, a la de “dominio absoluto”, cuyo eje es el sujeto, un único sujeto de derecho -el burgués liberal-, suprimiéndose así del plano normativo la diversidad cultural que sí reconoció la monarquía hispano-indiana. En dicha época el indio, asimilado a la categoría jurídica de “persona miserable”, fue destinatario de una extensa legislación protectora, la que se desvaneció cuando se les reconoció la condición de “ciudadano” de las repúblicas decimonónicas. Por cierto, esta dimensión individualista que impregna al proceso codificador omitió deliberadamente la propiedad comunal indígena.

La operación política y jurídica de la codificación tuvo que convivir con la cultura jurídica de la monarquía jurisdiccional: en el plano provincial

(Córdoba) significó la coexistencia del régimen nacional de la propiedad con la legislación -agrícola, procesal y administrativa- y la praxis local que también se hizo cargo de la situación. En esta línea se destacan las obras de los “prácticos”, expresivas, más bien, de la cultura jurídica indiana; igualmente “[...] la cita de autores y obras de la cultura jurídica pretérita, de manera simultánea a instrumentos del nuevo orden jurídico, son muestras de un proceso de transición en el que las fronteras de una cultura y otra son todavía difusas” (p. 66). Sin entrar en detalles, la dictación de cierta legislación (por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de Córdoba, de 1875), los saberes de expertos (agrimensores) y su participación en la delimitación de las tierras, así como la creación de un catastro y un registro de propiedad, reafirmaron la noción de “propiedad efectiva” por sobre la “titularidad del dominio”, pero también contribuyeron al asentamiento “[...] de la nueva concepción de propiedad que se estaba construyendo” (p. 89).

Precisamente, ese avance de la idea “moderna” de propiedad terminó desarticulando la propiedad indígena, cuestión que la autora examina, revisando las diversas aristas de este proceso, en los últimos tres capítulos de su libro (pp. 125-252); allí se abordan materias tales como la configuración del territorio provincial y de la propiedad privada (capítulo tercero); la apropiación del espacio, construcción y redefinición del derecho de propiedad (capítulo cuarto); y la implementación del marco normativo de las leyes locales de 1881 y 1885, que condujeron a la extinción de las comunidades indígenas (capítulo sexto).

En suma, la tesis del trabajo descansa en una sólida argumentación, construida a partir de un robusto aparato bibliográfico y, como se dijo, un extenso catálogo de fuentes primarias, circunstancias todas que, se cree, erigen a esta investigación en referente obligado para el análisis de la propiedad indígena en otras latitudes del continente americano.

Un tercer y último punto conecta con el uso de la historia del derecho para la comprensión del presente, tópico abordado someramente en la conclusión, donde se expresa:

“Si bien es cierto que no fue un objetivo inmediato de este libro analizar las experiencias jurídicas contemporáneas sobre las tierras de los pueblos originarios; creemos que, en forma mediata, los resultados de las diferentes reflexiones desarrolladas en esta obra aportan un conocimiento histórico-jurídico que esclarece los procesos de desestructuración de las comunidades indígenas que habitaron la provincia de Córdoba en las postrimerías del siglo XIX [...] consideramos que una comprensión crítica de nuestro presente es posible a partir de una reflexión histórico-jurídica de los procesos de invisibilización y exclusión del indígena en contextos de codificación” (pp. 256-257).

Cacciavillani, quizá sin dimensionarlo, vincula el objetivo de su libro con un interrogante que no es novedoso, pero sí muy actual. Se piensa que el uso de la disciplina para el entendimiento de problemáticas actuales debe circunscribirse, a fin de impedir su utilización desmedida como trinchera “científica” de las reivindicaciones de turno. También porque la historia del derecho, si bien puede visibilizar muchas tensiones del presente, como es el caso de la propiedad indígena, es completamente incapaz de ofrecer una respuesta por sí sola. De lo contrario, esta parcela del conocimiento podría alimentar peligrosos cantos de sirena, tan habituales en la posmodernidad.

No queda más que “celebrar lo posible”: un trabajo de notable calidad científica, elaborado por una joven y rigurosa investigadora.

ROBERTO CERÓN REYES¹

1 Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Trejo, Lisi, *¿Qué es la democracia para la Corte Suprema de Justicia de la Nación? Un estudio empírico de 25 años de sentencias y las bases para un modelo de democracia*, Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, 219 pp.

El texto de Lisi Trejo es producto de su tesis de Maestría en Ciencia Política y Sociología. La autora es abogada y docente de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Sus estudios académicos se centran en la Teoría Política y el Derecho Constitucional. Pues bien, el texto en referencia tiene como trasfondo la crisis de la categoría *democracia* en nuestras sociedades contemporáneas, cuya versatilidad hace manifiesto que hay una demanda creciente de diversos sectores sociales por participar y amplificar sus reclamos. Piénsese, así, en las reiteradas crisis de legitimidad que han atravesado los países democráticos occidentales en el último tiempo. En ese marco, la obra es un buen comienzo para el análisis de la *democracia* –como concepto–, en este caso, a partir de las sentencias de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En concreto, la autora delinea la conceptualización de “la democracia” a partir de la jurisprudencia del máximo tribunal de justicia en la Argentina, desde la entrada en vigencia de la última reforma constitucional hasta el año 2019. En otras palabras, se propone una reflexión hermenéutica sobre la base de diversos fallos de este tribunal que ponen el foco en el uso real que hacen del concepto de *democracia* los actores políticos institucionales. De allí que la labor realizada por Trejo es interesante, ya que parte del análisis de las interpretaciones constitucionales que se les da a los diversos institutos jurídicos constitucionales por la Corte Suprema, a fin de arribar a una posible comprensión de lo que es la *democracia* en Argentina. Es decir, lejos de pretender una construcción argumental por medio de apelaciones a teorías y debates académicos, la doctrinaria profundiza en el derecho vivo que se construye a diario en nuestro estado.

La obra se compone de cuatro capítulos. En el primero de ellos, Trejo justifica su objeto de estudio, así como la metodología utilizada. En los siguientes dos capítulos se presentan los resultados de la investigación que señala las consideraciones que ha tenido la Corte Suprema de la Nación

para determinar la ontología de *democracia*. Mientras el capítulo segundo tiene como eje central la *democracia* y la *forma de gobierno*, el capítulo tercero aborda la relación entre *democracia* y *protección de derechos*. Finalmente, en el último capítulo, la autora aporta diversas apreciaciones en torno al derrotero de la categoría *democracia* en las últimas décadas en Argentina.

En general, la línea argumentativa del texto es descriptiva y exploratoria. Trejo hace una elección adecuada y pertinente de fallos emblemáticos de los últimos años en la jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir de los cuales logra esbozar la línea interpretativa que le ha dado nuestro máximo tribunal al concepto. Ya que, es imperioso en un contexto acuciante desde la política argentina, poder reflexionar respecto a qué es en definitiva la *democracia* y, para lograr tal fin, un buen comienzo puede ser bucear en la jurisprudencia de la Corte.

El texto se caracteriza por un estilo sobrio y perspicaz, que induce en el lector diversas reacciones que permiten desentrañar la idea de *democracia* conforme lo ha señalado la Corte Suprema como última intérprete de la Constitución Nacional.

En el primer capítulo se explicitan los motivos para estudiar el concepto de *democracia*. La autora confiesa haber partido de las enseñanzas de Reinhart Koselleck, famoso historiador alemán, quien asevera que existen conceptos políticos fundamentales que se caracterizan por ser insustituibles y polémicos. Esto porque agrupan en ellos mismos muchos significados y los aglutinan en un compuesto superior. Por su parte, el carácter polémico refiere a la idea de que muchos hablantes quieren imponer un monopolio de su significado.

Con tales premisas, Trejo ofrece tres argumentos para respaldar su tesis. Ellos son: a) que la *democracia* es un concepto constitucional (además de político) y que la Corte Suprema detenta en nuestro sistema el carácter de último intérprete de la Constitución; b) que el control de constitucionalidad posee una dimensión política; c) que la Corte Suprema puede erigirse como actor político institucional con los alcances de lo que en la politología se denomina un jugador con poder de veto (*veto player*).

En efecto, el control de constitucionalidad posee una dimensión política, en el cual Trejo advierte –en sintonía con los planteos de Jorge Bercholz– que esto se debe a que a la Corte Suprema le corresponde controlar la legalidad desde la perspectiva totalizadora de la Constitución Nacional, los actos de los otros poderes políticos del Estado. Aquí también es necesario resaltar la visión de Carlos Nino que la autora trae a colación, y en la cual un sistema de control de constitucionalidad requiere que se direccionen esencialmente tres objetivos: a) proceso democrático, b) autonomía individual y c) la continuidad de la práctica constitucional.

En cuanto a la ponderación del rol de la Corte Suprema como un jugador con poder de veto, la autora remite a la teoría de *veto players*, de George Tsebelis, quien plantea que dicho tribunal es un jugador de veto de radical importancia. En definitiva –como explica Tsebelis–, es un jugador cuyo acuerdo es necesario para cambiar el *statu quo*. Para ello, se remite al caso “Rizzo” (*Fallos*: 336:760), en donde quedó evidenciada la importancia institucional que reviste la Corte Suprema en la modificación de un sistema vigente como era la composición del Consejo de la Magistratura. Aun sobreponiéndose a la posición que asumió el Poder Ejecutivo y Legislativo de aquel momento¹. La autora posiciona a la Corte Suprema como un actor político institucional clave, que incluso incide directamente en la agenda de implementación de políticas públicas, y ello es argumento suficiente para mostrar por qué es necesario estudiar el concepto de *democracia* a partir de su doctrina.

Posteriormente, se recurre a la elucidación de la cantidad de fallos que durante poco más de veinticinco años dan cuenta de la noción de la *democracia* en la jurisprudencia del máximo tribunal judicial nacional, desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional en agosto de 1994 hasta agosto del 2019, fecha en la cual cierra su investigación. Por otro lado, se especifica que la Corte Suprema, al señalar el término *democracia*, lo ha hecho como adjetivo de otros conceptos antes que como sustantivo. Ejemplo de esto son las nociones de “sociedad democrática”, “sistema democrático”, “régimen democrático”, más que *democracia*. Esto le permite inferir que “lo democrático” no es sólo una característica del régimen político, sino que es un concepto que reviste de carácter sociológico.

En vistas a dar cuenta de los principales fallos de los que se nutre la autora es necesario realizar algunas consideraciones preliminares. En ese sentido, conviene indicar que agrupa el análisis de las sentencias en dos: por un lado, la *democracia* entendida como forma de gobierno y, luego, la *democracia* como protección de derechos.

Respecto al primer eje, Trejo señala que subyace ahí el binomio *democracia* y *república*. Por ello, la autora toma las explicaciones de Carlos

1 En el marco de paquetes de leyes presentado por el poder ejecutivo de turno se destacaba la ley 26.855 que propugnaba por la elección democrática de los miembros del Consejo de la Magistratura Nacional. Frente a ello, el ex presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Jorge Rizzo, promovió una acción de amparo, para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 2,4,18 y 30 de la Ley 26.855 y del Decreto 577/13. En primera instancia dieron lugar a la acción ejercida por Rizzo, y en consecuencia el Estado Nacional recurrió el fallo y por medio del per saltum -recurso del derecho procesal- hizo llegar el caso a la Corte Suprema. Allí, el máximo órgano judicial argentino dirimió el conflicto a partir de entender que las modificaciones pretendidas al funcionamiento del Consejo de la Magistratura bien sean en los artículos de la ley en crisis como del decreto devenían en inconstitucionales.

Strasser, al decir que lo republicano consiste, en primer término, en que la ciudadanía esté en condiciones de dictarse las disposiciones básicas para organizar la comunidad. Por ende, elementos como autogobierno y debate – para la autora– son en cierto sentido el punto de amalgama entre las formas republicana y democrática.

También rescata que la Corte, al asociar el debate directamente a *democracia*, lo ha hecho en dos sentidos. Primero, en casos a resolver que versaban sobre libertad de expresión. Y luego, en vistas a incluir la concepción deliberativa de la *democracia*. Vale destacar que, para la autora, en el período estudiado, hay pocas menciones explícitas a la *democracia deliberativa*, o bien se ha referido a ella de manera indirecta. Se destaca, así, “Cepis” (*Fallos*: 339:1077), en donde se afirmó que la audiencia pública, previo a adoptar una decisión, es consistente con la noción de *democracia deliberativa*.

En lo que respecta al binomio *democracia y representación*, Trejo propone un recorrido histórico por los orígenes de los gobiernos representativos modernos para luego advertir que la doctrina de la Corte Suprema se alinea con la tradición constitucional histórica moderna de la representación. Por eso, concluye que el tribunal refiere a la *democracia* centralmente como *democracia representativa*. En efecto, el máximo tribunal de justicia de Argentina ha insistido en que la representación es el modo de poner en ejercicio la soberanía del pueblo, pero que siempre lo hace a través de procedimientos constitucionalmente establecidos que conllevan esa propia forma de gobierno representativa.

Posteriormente, Trejo, al encarar el abordaje de la *democracia* y la protección de derechos, indica que el concepto de *democracia* –actualmente– incluye la necesidad de protección de derechos y libertades individuales; en donde el componente liberal responde a que la *democracia* contemporánea es pensada desde la modernidad hasta hoy en un molde constitucional. En suma, la Corte, adscribe, según la autora, a una noción de *democracia liberal*.

Para finalizar, Trejo concluye que la Corte Suprema no ha adoptado un único concepto de *democracia*, sino que, más bien, ha avanzado sobre el concepto en forma parcial, al señalar características o elementos que asocia a la noción de *democracia*. En consecuencia, en los veinticinco años de actividad de la Corte Nacional –que son objeto de análisis–, sentenció que determinado elemento o aspecto se vincula con la *democracia* sin dar mayores precisiones respecto de ese vínculo.

Con esto Trejo advierte una segunda cuestión crítica a partir del abordaje realizado. Ella se centra en sacar a luz la recurrente tesitura de la Corte de situar a la *democracia* como una característica de la sociedad, incluso cuando aborda cuestiones políticas. Para la autora en referencia, la *democracia* tiene que tener presente la politicidad intrínseca del concepto, como

régimen de gobierno. Lo cual se agrava –según la autora–, si se piensa que dicho tribunal se ha encargado de robustecer la *democracia* en un momento electoral determinado por sobre abordar cuestiones relacionadas a los procesos de toma de decisión política, donde existe un déficit del aspecto deliberativo. Dicho de otra manera, la coyuntura histórico-política argentina ha implicado que se relegue la construcción de la *democracia* en términos deliberativos, para fortalecer una visión más representativa de la misma, con núcleo en los partidos políticos.

En virtud de lo antedicho, a nuestro entender, el libro constituye un texto esencial para adentrarse en el mundo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y la manera en que se ha esbozado el concepto de *democracia* desde este actor institucional. Esto permite reflexionar en torno a las prioridades del máximo órgano judicial a la hora de postular a la *democracia* como marco de resolución de los conflictos que atiende. Evidentemente, como actor político institucional de nuestra república, debe dar a conocer qué es la *democracia* para este, y tal definición se torna en una tarea fundamental y determinante para vislumbrar nuestro devenir como nación.

MICHEL ALEXANDER GIRAUD BILLOUD²

² Facultad de Derecho y Filosofía y Letras- Universidad Nacional de Cuyo, correo: michelgiraudbilloud94@gmail.com.

Errázuriz, Carlos José (con la colaboración de Petar Popovic), *Il diritto come bene giuridico. Un'introduzione alla filosofia del diritto*, Roma, Edizione Santa Croce, 2021, 206 pp.

Cuando ya estaba bastante avanzado en la lectura de este libro, me llamó por teléfono una amiga, quien, luego de los saludos de rigor, me preguntó qué estaba haciendo, a lo que respondí que estaba leyendo un libro muy bueno y que por ello me encontraba alegre y entusiasmado. Ella me dijo, entonces: “Qué suerte que tenemos nosotros (los intelectuales universitarios) que nos basta un buen libro para hacernos felices”, respuesta que me pareció acertada si las hay. Y efectivamente, la lectura estudiosa de este libro me ha proporcionado una enorme satisfacción y una gran dosis de conocimiento riguroso y esclarecedor. Voy entonces a renovar ese deleite reseñando y valorando este excelente libro, para intentar difundirlo y poner en conocimiento la riqueza de su contenido a todos lo que se interesan por el estudio filosófico de las realidades jurídicas. Y conviene también precisar que no se analizarán aquí todas las tesis de este libro, sino solo algunas centrales, de modo de no transformar esta reseña en un rollo interminable.

Lo primero y más importante de este libro es que, como en el caso de todos los libros buenos, su autor se inserta en una tradición de pensamiento, que es lo que hace posible desarrollar ideas consistentes y relevantes, sin caer en afirmaciones absurdas acerca de que la tierra es plana, las vacunas matan a la gente o que la historia de la humanidad es la de la lucha de los varones contra las mujeres. En este libro, Errázuriz, quien es profesor de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad de la Santa Croce de Roma, se inserta claramente en la tradición del realismo jurídico clásico, que se inicia con Platón y Aristóteles, continúa con Agustín y Aquino, y está representado en los últimos setenta años por una larga serie de autores que sería excesivo enumerar exhaustivamente. Por otra parte, esa tradición tiene varias líneas de pensamiento e investigación parcialmente diversas, aunque con un núcleo de ideas centrales irreductibles compartidas.

Errázuriz se coloca, dentro de esta tradición, en la línea que sigue principalmente las ideas formuladas y difundidas en los años 50/90 por el Profesor de la Universidad de París, Michel Villey (1914-1988). Este último autor,

gran concedor de la historia del Derecho y de las ideas jurídicas, principalmente del derecho romano [Villey, M. (1972). *Le droit romain. Son actualité*. Paris. PUF], desarrolló un cuerpo de filosofía del derecho de carácter principalmente histórico, romanista y de un realismo radical. En su pensamiento, se colocaba la esencia del derecho en las cosas (*res*) que se intercambiaban en la vida social (casi todos sus ejemplos eran del ámbito de los derechos reales), negando carácter jurídico a las normas, facultades y conductas que tenían lugar en el ámbito del derecho, aunque al final de su vida aceptó el carácter jurídico de ciertas relaciones sociales.

Por su parte, Javier Hervada (1934-2020) [sobre este autor, véase: Masini-Correas, C. (2020). “En memoria de un amigo, jurista y filósofo: Javier Hervada Xiberta”, *Prudentia Iuris*, N° 89. Buenos Aires, pp. 19-22), Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Navarra, originariamente canonista, se formó principalmente con la lectura del *corpus* de Villey, pero amplió considerablemente la perspectiva de la escuela realista, ya que si bien centra el concepto de derecho en los bienes jurídicos que se distribuyen y movilizan en la vida social, considera a ese concepto como analógico, es decir, como predicable de varias realidades intrínsecamente relacionadas. De este modo, el significado central del concepto y del nombre de “derecho” resultaría ser el bien externo debido a otro sujeto jurídico, pero las normas, las facultades jurídicas, los saberes, etc., también podrían llamarse “derecho” de modo analógico, por su relación real con el analogado principal.

En el presente libro, Errázuriz retoma esta línea de pensamiento y desarrolla más aún la idea de la analogía del concepto de derecho. En ese sentido escribe que “habiendo excluido que la norma jurídica o el derecho subjetivo constituyan el punto central de referencia para comprender la juridicidad, hemos presentado el concepto de bien jurídico para cumplir esa función [...]. Por ahora, a título introductorio, consideraremos a estos tres conceptos de modo conjunto –norma jurídica, derecho subjetivo y bien jurídico– para tratar de mostrar que entre ellos, correspondientes a los diferentes significados de la palabra ‘derecho’, existe una analogía” (pp. 22-23).

Ahora bien, sostiene Errázuriz, que para que exista esta analogía y no se trate de un caso de mera equivocidad, es preciso que la semejanza entre los entes designados sea de carácter esencial (*somiglianza essenziale*) y no meramente superficial o aparente. Y continúa afirmando que “por esta semejanza esencial entre las realidades y entre los conceptos que los expresan, la atribución a esas realidades de un mismo término ocurre según un orden o estructura lógica, que a su vez remite a un orden o estructura de la realidad. En virtud de ese orden, existe un significado que funciona como punto de referencia primario, el así llamado analogado principal, y otros significados que son secundarios en cuanto dependen del principal. El significado principal, en cuanto principal, es aquel en el cual la esencia

de la realidad significada resulta captada directa y plenamente. En cambio, los significados secundarios o dependientes expresan esencias diversas, que tienen con la expresada por el significado principal una relación real” (p. 23).

Esta afirmación del carácter analógico de los conceptos jurídicos ya había sido sostenida por el Estagirita, cuando en el comienzo del Libro V de la *Ética nicomáquea* sostuvo que “lo justo se dice de muchas maneras”, siendo continuada por casi toda la tradición del realismo jurídico clásico. En este punto, Errázuriz continúa en el contexto de esta tradición, pero explicita esta doctrina de un modo especialmente decidido y claro, reconociendo el carácter de analogado jurídico principal en el bien que es el objeto de la justicia (lo justo), y a partir del cual los restantes analogados merecen ser designados como “derecho”: las normas en cuanto precisan su contenido y las facultades jurídicas o derechos subjetivos en cuanto lo tienen por objeto de su exigencia. Por ello, concluye el autor, en este punto, “el analogado principal entre los significados de ‘derecho’ es el del bien jurídico. Propiamente por su índole prioritaria en cuanto analogado, esa prioridad lógica implica sostener que, ontológicamente, el bien jurídico constituye el punto de referencia esencial de la juridicidad o, en otros términos, la esencia del derecho” (p. 26). En consecuencia, la tarea del filósofo del derecho habrá de ser la de abordar y analizar en términos universales y de raíces a la esencia del derecho, así como a todas las cuestiones que devienen jurídicas por su relación real con esa esencia.

Luego del capítulo introductorio acerca de la esencia del derecho, el autor pasa revista histórica a la tradición del pensamiento jurídico en el realismo clásico, comenzando por el pensamiento griego antiguo: Platón, los sofistas y Aristóteles, poniendo de relieve, en el caso de este último, su decidida remisión a la experiencia jurídica como raíz originaria de todo conocimiento jurídico, así como su formulación inaugural de la distinción entre lo justo natural y lo justo positivo. De allí pasa a revisar la contribución de los jurisconsultos romanos, tanto al derecho vivido como a su conocimiento riguroso, poniendo de relieve la aparición en su contexto de la profesión de jurista, así como también el carácter realista-objetual de su contribución a la ciencia del derecho.

Y en lo que se refiere al advenimiento del cristianismo y a su influencia sobre la realidad jurídica y su saber propio, Errázuriz afirma que, a pesar de la extrema complejidad de estas relaciones, es posible destacar que el cristianismo reforzó la percepción del carácter de la justicia jurídica como presupuesto de la caridad y de ciertas doctrinas centrales al derecho, como la de la dignidad eminente de la persona humana. “Cristo –escribe el autor– no ha venido a cumplir con una revolución social, pero ha puesto las bases para un proceso histórico, a veces lento y tortuoso, que ha conducido a percibir mejor aquello que es justo, así como lo que es injusto, como en el

caso emblemático de la esclavitud” (p. 50), aunque reconoce que durante el primer milenio cristiano se percibe una ausencia, o al menos fragilidad, de un tratamiento de la justicia propiamente jurídica.

Esta situación cambia profundamente en el segundo milenio, en especial a partir del siglo XIII, cuando se redescubren las obras éticas del Estagirita y se comienzan a comentar y aplicar sus ideas centrales al desarrollo de la ética, la política y el derecho. “En la historia del realismo jurídico clásico –escribe en este punto Errázuriz–, Santo Tomás de Aquino (1225-1274) ocupa indudablemente un puesto de relieve excepcional. En efecto, él es el primero de los pensadores cristianos que presenta y desarrolla una visión específica del derecho y de la perspectiva de la justicia” (p. 52). Pero también es posible, resalta el autor, asumir una interpretación legalista de la doctrina tomasiana, basada en los textos del *Tratado de la Ley* de la *Summa Theologiae* y dejando de lado o posponiendo los artículos referidos a los conceptos de derecho y de justicia. Pero queda claro que son estos últimos textos los que siguen más fielmente la tradición del realismo jurídico, para la cual el derecho se constituye, en definitiva, de acciones, obras u omisiones, en el contexto de una relación jurídica concreta.

Y luego de este desarrollo de la doctrina tomista-realista del derecho, Errázuriz se encarga de pasar revista a lo que llama “el olvido de la tradición del realismo jurídico clásico”, comenzando, como corresponde, con las ideas del nominalista inglés William of Ockham, difusor (o al menos según Villey, creador) del concepto de derecho subjetivo. El autor destaca especialmente el reduccionismo llevado adelante por el franciscano, según el cual el derecho se resume a las leyes positivas y a los derechos subjetivos, olvidando toda la noción objetual de lo jurídico, es decir, del derecho concebido como conjunto de bienes debidos en justicia a otro sujeto jurídico.

Poco después, recuerda Errázuriz, Martín Lutero seguirá los pasos de Ockham, de quien era seguidor por mediación del profesor de Tubinga, Gabriel Biel (1418-1495), haciendo desaparecer todo límite jurídico a la legalidad positiva y abriendo el camino al absolutismo político y jurídico que tuvo comienzo en la Edad Moderna. Finalmente, el último de los escolásticos analizados por el pensador chileno es el jesuita Francisco Suárez, quien, aunque de modo más moderado, insistió en la reducción del derecho al ámbito de las leyes y de los derechos subjetivos, definiendo taxativamente al derecho, “según su último y más estricto significado”, como “cierto poder o facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe” (*De Legibus*, I, ii, 5).

De aquí pasa Errázuriz al tratamiento del iusnaturalismo racionalista moderno, previa una aguda presentación y crítica del pensamiento de Thomas Hobbes (1588-1679), y explica que estos autores modernos “conciben al derecho natural como derecho [meramente] racional. Se pasa de este modo

de un derecho natural entendido como lo justo natural, realmente existente en las relaciones de justicia entre los hombres y dotado por lo tanto de una dimensión histórica, a un derecho natural concebido como norma inherente a la misma razón humana y trascendente a la historia [...]. Inspirándose en una metodología tomada de las ciencias naturales que aplican las matemáticas, los principales autores del iusnaturalismo racionalista *construyeron* sistemas de derecho natural, o mejor dicho racional, del cual pretendían deducir con precisión y exhaustividad los preceptos jurídicos a partir de algunos principios indubitables” (p. 79). Cabe destacar en este texto el uso de la palabra “construyeron”, que se refiere a una radical mutación del horizonte cognitivo humano según el cual los principios, normas y concreciones-bienes del derecho dejan de ser descubiertos –y determinados– a partir de la realidad de las cosas humano-jurídicas, para ser inventadas (como propone John Mackie) o construidas solo por la razón instrumental, sin deberle nada a la realidad ni a la experiencia.

También desarrolla el autor las ideas centrales del positivismo jurídico, en especial, de ese positivista en estado puro que fue Hans Kelsen (1881-1973). A este autor, Errázuriz le dedicó en 1986 un volumen de más de 600 páginas, que al parecer de este reseñador resulta un libro definitivo y contundente acerca de la Teoría Pura del Derecho. A continuación, el jurista y filósofo chileno pasa revista al pensamiento de algunos iusfilósofos centrales de nuestro tiempo, todos ellos pertenecientes al ámbito cultural anglosajón. Y para comenzar, el autor recuerda que, después de la Segunda Guerra Mundial, “resultaba evidente que el *puro* positivismo jurídico debía ser revisado urgentemente, dada su aceptación acrítica a la separación total de los principios de moralidad y de justicia, así como la ausencia de mecanismos de control contra la degeneración del derecho en un mero instrumento de poder, aún para el logro de fines profundamente inmorales” (p. 87).

La finalidad que persigue Errázuriz en este análisis es la de mostrar cómo los más relevantes iusfilósofos de nuestro tiempo han asumido el profundo error que supone la separación tajante entre el derecho, concebido como una simple técnica de manipulación humano-social, la ética general y el derecho natural. Y este error se hace evidente ante todo frente a la problemática contemporánea de los derechos humanos, radicalmente inexplicables desde una perspectiva positivista integral. Para ello, el autor estudia el pensamiento de H. L. A. Hart (1907-1992) y Joseph Raz (1939-2022), positivistas excluyentes; el de Ronald Dworkin (1931-2013), iusnaturalista minimalista o no realista; John Rawls (1921-2002), constructivista-procedimentalista; y finalmente el de John Finnis (1940-), iusnaturalista legalista y defensor de la continuidad entre el derecho y la ética.

Luego de haber realizado, de modo breve pero agudo y profundo, el análisis de las propuestas de algún modo trans-positivistas de estos auto-

res, Errázuriz pasa a estudiar los caracteres propios de la concepción realista del derecho como bien jurídico, comenzando por la *alteridad*, es decir, por la necesaria presencia de dos o más sujetos, individuales o colectivos, algunos de los cuales han de ser titulares del bien debido por el otro sujeto jurídico y siguiendo por la *obligatoriedad* de ese bien por parte del deudor al titular del bien jurídico. A continuación, el autor estudia la inevitable *exterioridad* del bien jurídico, su constitutiva relación con la *justicia*, entendida como virtud y como valor propio del bien jurídico, para concluir con un breve pero ilustrativo estudio de la *exigibilidad* y la *coercibilidad* propia de los bienes jurídicos.

En el capítulo V, el filósofo chileno realiza una crítica rigurosa de las concepciones extrínsecas del derecho, para las cuales la juridicidad no es algo que pertenezca de modo íntimo y esencial al bien jurídico, sino que suponen que ella les es dada desde fuera y contingentemente por una norma positiva o un derecho subjetivo. Y a partir de esta crítica, Errázuriz desarrolla en detalle la concepción realista del derecho, superadora de las visiones extrínsecas y centradas en el primado del comportamiento justo concreto de las personas en relación. Esto puede expresarse –afirma– “diciendo que existe una primacía del comportamiento justo respecto a la actividad judicial y legislativa. Los bienes jurídicos no son tales por ser objeto de una sentencia o de una ley, sino en cuanto comportan una exigencia de justicia para la conducta de las personas que deben darlos o respetarlos” (p. 131).

Estos bienes, en especial los fundamentales, que son tales por ser inherentes a la persona en virtud de su naturaleza humana, o bien por vincularse al desarrollo de la civilidad jurídica consolidada universalmente en el tiempo, son para Errázuriz los siguientes: la vida humana, la salud y la integridad física; la seguridad personal y el ambiente sano; la libertad y movilidad humana; la intimidad, la buena reputación y la comunicación o información; a eso le agrega los de la práctica religiosa, el trabajo, el comercio, la educación, la recreación y las bellas artes (lo que otros autores llaman “experiencia estética”). A esto le suma los bienes correspondientes a la realidad social, como la familia, la comunidad política, las instituciones políticas y culturales, las empresas, los sindicatos y las restantes instituciones sociales. Finalmente, enumera los bienes externos, cuya juridicidad proviene de la relación con las personas y las instituciones: los bienes materiales, los bienes intelectuales, los bienes jurídicos instrumentales, como los procesos y las sanciones, y algunos más.

Errázuriz termina con los aspectos propiamente jurídicos del libro estudiando el lugar que les corresponde al derecho natural y al positivo en la constitución del fenómeno jurídico, y sostiene que se trata de dimensiones de una única realidad: el derecho. En estas dimensiones, que están siempre presentes en la estructura de lo jurídico, la preeminencia corresponde

al derecho natural, que cumple las funciones de fundamento, de dador de sentido y de límite del derecho concebido como un todo. “Hechas estas precisiones –escribe el autor– es preciso insistir sobre la *inseparabilidad entre los aspectos naturales y positivos* de los bienes jurídicos. En la concreción de los bienes están presentes las dos dimensiones, hasta el punto de que puede afirmarse que el mismo derecho-bien es en principio en parte natural y en parte positivo” (p. 162). Esta unidad de aspectos diversos es ejemplificada por Errázuriz con el modelo de la *equidad*, en la que se vinculan necesaria y virtuosamente los aspectos naturales y positivos del derecho-bien.

Y ya en las últimas páginas del libro, el autor estudia las formas de conocimiento del derecho-bien jurídico, recalcando que se trata de una forma de conocimiento práctico y veritativo. “El primado gnoseológico de la realidad en el conocimiento jurídico [...] indica la existencia de un horizonte común de sentido, que no es otra cosa que la referencia a una verdad práctica que se pretende demostrar y probar en los hechos” (p. 184). Este conocimiento práctico, tiene según Errázuriz –quien sigue en este punto a Martínez Doral–, tres niveles principales: el de la *prudencia* jurídica, el de la *ciencia* del derecho y el de la *iusfilosofía*. Y respecto a la *interpretación* jurídica en clave realista, el pensador chileno sostiene enfáticamente que “en la óptica del realismo jurídico clásico, la interpretación de las normas jurídicas positivas constituye un aspecto, ciertamente importante pero subordinado, del conocimiento del derecho como bien jurídico. Se interpretan las normas para conocer su influencia, sea inmediata o contextual, en la declaración y constitución de los derechos bienes. Teniendo en cuenta que siempre en los bienes jurídicos existen aspectos naturales y aspectos positivos” (p. 192).

El libro termina con unas breves consideraciones sobre los presupuestos filosóficos de la concepción del derecho como bien jurídico, el primero de los cuales se encuentra en la aceptación radical de una gnoseología de carácter realista, especialmente en el ámbito del conocimiento práctico. “El realismo jurídico –escribe Errázuriz– presupone por lo tanto el realismo gnoseológico de índole metafísica, que afirma la posibilidad de acceso al ser del bien jurídico. Por el contrario, el positivismo jurídico, en sus diferentes variantes, se apoya sobre la negación de la dimensión ontológica del derecho [y] tiende a desembocar en el nihilismo jurídico” (p. 198). Otro tanto sucede con “las ideas del trans-humanismo o del post-humanismo, que ignoran la dimensión espiritual del ser humano y desembocan utópicamente en la dirección que conduce a la abolición del derecho” (p. 201). Por el contrario, para la tradición realista, “la normatividad jurídica reclama un fundamento jurídico trascendente, que es ni más ni menos que la ley eterna. Sin ella, resulta imposible explicar completamente por qué las normas jurídicas son jurídicamente vinculantes, y por qué las leyes justas han de ser respetadas” (p. 205).

RECENSIONES

Estamos, en definitiva, en presencia de un libro importante: breve a la vez que completo en su temática, profundo pero de lectura amigable, sistemático a la vez que continuador de una tradición de pensamiento e investigación más que milenaria, sólidamente fundado en la filosofía y al mismo tiempo ordenado a dirigir de modo valioso las conductas humano-jurídicas concretas. El autor se refiere a su libro como un “manual”, con lo que no estoy de acuerdo, ya que es mucho más que eso: es un esfuerzo intelectual vigoroso por explicar el fenómeno jurídico desde la perspectiva de la verdad racional del ser y del deber ser del derecho. Por ello, debería ser leído y estudiado por todos aquellos que saben que la realidad jurídica no se reduce a la mera fuerza y al abuso del poder, sino al logro de la plenitud del ser humano en la vida social, ámbito en el que se desarrolla necesariamente la existencia humana en su decurso histórico.

CARLOS I. MASSINI-CORREAS¹

1 Universidad de Mendoza-Universidad Austral.

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). 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). 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

3. 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

4. Se publicarán en esta sección reseñas de libros de aparición reciente.
- 4.1. En principio, las obras no podrán tener más de dos años.
- 4.2. **Extensión:** No podrán tener una extensión mayor a las 2.000 palabras.
- 4.3. **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, 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_iuris@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^o. 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 por 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 un algún centro de estudio univer-

sitario o equivalente en labores de docencia o investigación profesional), su dirección de correo electrónico y su número Orcid (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.p.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. Lafferriere, 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 la 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 esta enviando a una sección de la revista que se revisa por pares, tiene que asegurarse que las instrucciones en Asegurando 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.