

# Libres e iguales

Estudios sobre autonomía, género y religión



Marcelo

**ALEGRE**

Director



Pauline CAPDEVIELLE

Vladimir CHORNY

Nahuel MAISLEY

Coordinadores

# LIBRES E IGUALES

*Estudios sobre autonomía, género y religión*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 845

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Iván Escoto Mora  
*Cuidado de la edición*

Carlos Martín Aguilera Ortiz  
*Formación en computadora*

Mónica Giron, *Cadena de sentidos*, pieza gráfica, 2019  
*Imagen de portada*

Mauricio Ortega Garduño  
*Composición de portada*

# LIBRES E IGUALES

*Estudios sobre autonomía, género y religión*

MARCELO ALEGRE

*Director*

PAULINE CAPDEVIELLE

VLADIMIR CHORNY

NAHUEL MAISLEY

*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
México, 2019

Esta obra fue realizada en colaboración  
con la Cátedra Extraordinaria “Benito Juárez”  
de la Universidad Nacional Autónoma de México.



CÁTEDRA EXTRAORDINARIA  
BENITO JUÁREZ SOBRE LAICIDAD  
UNAM

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 20 de mayo de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1510-3

## CONTENIDO

Prólogo .....	XI
Marcelo ALEGRE	
Pauline CAPDEVIELLE	
Vladimir CHORNY	
Nahuel MAISLEY	

### PRIMERA PARTE

#### AUTONOMÍA, IGUALDAD Y DEMOCRACIA

Arriola, Bazterrica, y la igualdad democrática .....	3
Marcelo ALEGRE	
Dominio, autonomía y el derecho al ambiente sano .....	25
María Florencia SAULINO	
Principio de autonomía y culturas originarias. La razón pública rawlsiana y la desigualdad política enfrentadas. ....	53
Vladimir CHORNY ELIZALDE	
¿Autonomía personal <i>vs.</i> autonomía provincial? El caso de las leyes nacionales de orden público en el sistema federal argentino. ....	95
Damián AZRAK	
Neutralidad, autonomía y paternalismo .....	115
Ezequiel MONTI	

SEGUNDA PARTE  
AUTONOMÍA Y JUSTICIA REPRODUCTIVA

Laicidad y principio de autonomía. Una mirada desde los derechos sexuales y reproductivos . . . . .	149
Pauline CAPDEVIELLE	
Fernando ARLETTAZ	
La objeción de conciencia en los derechos sexuales y reproductivos: algunas precisiones y discusiones. . . . .	173
Romina FAERMAN	
Tamara TENENBAUM	
La objeción de conciencia sanitaria: un estudio exploratorio sobre su regulación . . . . .	193
Sonia ARIZA NAVARRETE	
Inseminación artificial casera: un caso nada ortodoxo para el derecho mexicano. . . . .	241
Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS	
María de Jesús MEDINA ARELLANO	

TERCERA PARTE  
AUTONOMÍA Y RELIGIÓN. TEORÍA CONSTITUCIONAL

Igualdad y preferencia en materia religiosa. El caso argentino . . . . .	257
Marcelo ALEGRE	
La libertad religiosa en la Argentina . . . . .	283
Nahuel MAISLEY	
La interpretación constitucional sujeta al examen de la democracia: ¿hay algo más para decir sobre el artículo 2o. de la Constitución de la Nación Argentina?. . . . .	313
Patricio Enrique KENNY	

Libertad de expresión y lesión a los sentimientos religiosos en una sociedad secular . . . . .	349
Julio RIVERA H.	
¿Deben participar las organizaciones religiosas en la creación del derecho internacional? Algunas reflexiones a partir del rol del Vaticano y los grupos “pro-familia” en la creación de la Corte Penal Internacional. . . . .	373
Nahuel MAISLEY	

## CUARTA PARTE

AUTONOMÍA Y RELIGIÓN. EL CASO DE LA EDUCACIÓN RELIGIOSA  
Y EL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Catolicismo y educación en los debates parlamentarios de la Ley de Educación de Salta. . . . .	393
Sol PRIETO	
Presentación de escrito en carácter de <i>Amicus curiae</i> en el caso de Salta	425
La religión y los derechos políticos: ciertas consideraciones a partir del caso “Alperovich” . . . . .	443
Hernán V. GULLCO	



## PRÓLOGO

Este libro recoge textos centrados en el estudio filosófico y constitucional del valor de la autonomía. Es en parte el resultado de dos proyectos de investigación UBACyT, “Principio de autonomía, libertad de conciencia y libertad religiosa” y “Teoría y práctica del principio de autonomía del artículo 19 de la Constitución Nacional”, vigentes entre 2012 y 2016 y radicados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los textos seleccionados testimonian el eminente carácter práctico de las preocupaciones del equipo y la vocación por contribuir a enriquecer el debate público. Muchas de las ideas originadas en estos proyectos fueron objeto de seminarios, congresos, conferencias y charlas en distintas universidades y foros públicos, además de columnas en diarios y publicaciones masivas.

Las ideas del libro motivaron distintas acciones de interés público, como un pedido al Congreso argentino para que se reconozca la vigencia de la norma que prohíbe la enseñanza religiosa en escuelas públicas durante el horario de clases, y la presentación de un escrito en carácter de “amigos del Tribunal” para que la Corte Suprema argentina declare la inconstitucionalidad de la ley de la provincia de Salta que instituyó clases obligatorias de religión en sus escuelas públicas.

Integraron el equipo UBACyT en estos proyectos: Damián Azrak, Sofía Chiambretto, Vladimir Chorny, Romina Faerman, Ramiro Fihman, Lautaro Furfaro, Sebastián Güidi, Patricio E. Kenny, Nahuel Maisley, Ignacio Mastroleo, Ezequiel Monti, Federico Orlando, Florencia Saulino, Tamara Tenenbaum y María Trevisani. El equipo fue coordinado por Nahuel Maisley y Vladimir Chorny.

El libro también incluye textos de investigadoras e investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Esta colaboración se suma a muchas acciones conjuntas llevadas a cabo por investigadores de ambas instituciones. Agradecemos la colaboración y apoyo en todo momento tanto de Pauline Capdevielle, coordinadora de esta obra, como a Pedro Salazar, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, así como por el diálogo constante y los excelentes ensayos incluidos en esta obra.

Los textos están agrupados en cuatro núcleos temáticos: 1) Autonomía, igualdad y democracia, 2) Autonomía y justicia reproductiva, 3) Autonomía y religión. Teoría constitucional, y 4) El caso de la educación religiosa y el de los derechos políticos.

## I. AUTONOMÍA, IGUALDAD Y DEMOCRACIA

Marcelo Alegre estudia el tema de la punición de la tenencia de estupefacientes desde los principios de igualdad democrática y de autonomía, tomando como referencia los fallos de la Suprema Corte Argentina “Arriola” y “Bazterrica”, y defiende una lectura amplia, más cercana al ideal igualitario. Florencia Saulino analiza la problemática de la titularidad del derecho al medio ambiente sano a la luz de un análisis histórico y conceptual de los derechos, y muestra las dificultades que ha generado su reconocimiento y las implicaciones de que se trate de un derecho a la existencia de bienes públicos y se le considere como un derecho individual o uno colectivo. Vladimir Chorny estudia el principio de autonomía y el de la igualdad política desde el liberalismo igualitario de John Rawls, para hacer una crítica de éste a partir de la situación de desigualdad política de las culturas originarias (pueblos indígenas), y explorar las tensiones que existen entre la idea de la razón pública y la posibilidad real de estas culturas para participar en términos de igualdad. Damián Azrak trabaja la tensión entre el federalismo y los derechos humanos (cuando el primero se usa como excusa para no cumplir con los segundos), a partir del caso de las leyes nacionales de orden público en Argentina, planteamiento que se centra en la autonomía como un nuevo paradigma basado en la reforma constitucional de 1994 que hace prevalecer los derechos frente al argumento del federalismo. Ezequiel Monti reflexiona sobre la vinculación entre la autonomía personal, la neutralidad y el paternalismo. Toma distancia de la justificación de la exigencia de neutralidad dada por Carlos Nino y propone un enfoque a su juicio más fiel a la tradición kantiana.

## II. AUTONOMÍA Y JUSTICIA REPRODUCTIVA

Pauline Capdevielle y Fernando Arlettaz analizan la relación entre la laicidad, la autonomía y los derechos sexuales y reproductivos. Describen las nuevas estrategias del conservadurismo religioso y articulan una reconstrucción feminista fuerte de la autonomía y la privacidad (que critica la idea

liberal clásica del principio de autonomía) que fortalezca el derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres. Romina Faerman y Tamara Tenenbaum realizan un estudio conceptual y sustantivo de la “objección de conciencia”, para entender tanto sus componentes como sus fundamentos, y luego localizarla en el contexto argentino, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema (en particular el caso FAL), para delimitar las situaciones en que esta conducta procede y en las que no. Sonia Ariza también se ocupa de la objeción de conciencia sanitaria. Estudia las tensiones de la objeción con los derechos de terceros, como en los casos de salud sexual y reproductiva o en relación con el fin de la vida, prestando particular atención a las implicaciones de esta figura sobre los derechos de mujeres y otros grupos subordinados (personas LGBTIQ, pobres, adolescentes, etcétera). María de Jesús Medina y Héctor Mendoza analizan el caso de la inseminación artificial casera en el derecho mexicano, para mostrar la forma en que las técnicas de reproducción asistida impactan en el derecho a tener hijos reconocido por el artículo 4o. de la Constitución mexicana. Los autores comparan el enfoque centrado en la intención procreativa con otro basado en la filiación genética.

### III. AUTONOMÍA Y RELIGIÓN. TEORÍA CONSTITUCIONAL

Marcelo Alegre aborda la discusión en torno al artículo 2o. de la Constitución argentina sobre el sostenimiento estatal del culto católico apostólico romano, para proponer una lectura igualitaria (a partir de un análisis histórico, lingüístico y filosófico-político) que niega que el Estado deba sostener al catolicismo de ninguna forma, por lo que dicho artículo no estaría en tensión con una filosofía laicista. Nahuel Maisley también argumenta, con detalladas referencias doctrinarias y jurisprudenciales, en favor de una interpretación de la libertad religiosa compatible con una firme defensa de la neutralidad estatal en esta materia. Patricio Kenny propone otra interpretación del artículo 2o., apartándose de los enfoques tradicionales, para proponer una perspectiva democrática con mayor deliberación y debate sobre el contenido de este artículo. Julio Rivera H. indaga sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, a partir del caso de la lesión a los “sentimientos religiosos” para reflexionar sobre los límites de la libertad de expresión frente a la crítica de las creencias religiosas en un Estado como Argentina con separación entre la Iglesia y el Estado. Nahuel Maisley, en un segundo ensayo, aborda el rol del Vaticano y los grupos “pro familia” en la creación del derecho internacional (con el caso particular del proce-

so de creación de la Corte Penal Internacional), utilizando las teorías de la democracia global y la democracia deliberativa.

#### IV. EL CASO DE LA EDUCACIÓN RELIGIOSA Y EL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Sol Prieto explora la situación de la educación pública y la religión en la provincia argentina de Salta. A través del debate parlamentario de la ley de enseñanza religiosa curricular en escuelas públicas, aprobada en 2010 y actualmente objeto de litigio, muestra cómo los argumentos volcados en el debate reciente ante la Corte Suprema ya estaban presentes en la discusión legislativa. Incluimos luego el texto del *Amicus curiae* presentado por nuestro equipo de investigación ante la Suprema Corte argentina en el que se vuelcan los principales argumentos constitucionales que fundamentan la invalidez de la ley salteña. Por último, Hernán Gullco toma el caso “Alperovich”, de la Suprema Corte Argentina, para discutir la relación del Estado y la Iglesia en Argentina, en punto a los derechos políticos, analizando críticamente la constitución provincial de la Provincia de Tucumán, que establece un requisito de carácter religioso para acceder a la gobernación.

Cada trabajo de este libro cuenta con conclusiones particulares de los temas que analiza que pueden leerse por separado. Al mismo tiempo, todos ellos señalan el rol fundamental que el género (y los feminismos), la laicidad y la autonomía (desde sus distintos enfoques) tienen en conjunto para criticar las estructuras, prácticas e instituciones que generan desigualdad, exclusión y opresión, así como para repensarlas y reconstruirlas para avanzar hacia sociedades que sean verdaderamente libres e iguales.

Marcelo ALEGRE  
Pauline CAPDEVIELLE  
Vladimir CHORNY  
Nahuel MAISLEY

PRIMERA PARTE  
AUTONOMÍA, IGUALDAD Y DEMOCRACIA

## ARRIOLA, BAZTERRICA, Y LA IGUALDAD DEMOCRÁTICA\*

Marcelo ALEGRE\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El argumento liberal frente a la punición de la tenencia para consumo de estupefacientes*. III. *Los límites de la argumentación tradicional*. IV. *El argumento de la igualdad democrática*. V. *El caso Arriola y el voto de Petracchi en Bazterrica*. VI. *Consecuencias de las diferentes interpretaciones de Arriola. ¿Bazterrica recargado?* VII. *Algunas objeciones*. VIII. *Conclusión*. IX. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Quisiera vincular la discusión sobre el alcance del fallo “Arriola”<sup>1</sup> con la discusión sobre el tipo de Estado que nuestra democracia requiere. En la desca-

---

\* Este trabajo amplía partes sustanciales del capítulo “El artículo 19 CN y la igualdad democrática: a propósito de Arriola”, que integra un libro sobre constitucionalismo a publicar por Igualitaria y Siglo XXI este otoño, y versiones anteriores fueron discutidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, y en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, a lo largo de 2009 y 2010. De todas estas presentaciones me llevó la cara “llena de dedos” y la cabeza llena de sugerencias e ideas. En particular agradezco las observaciones de Lucas Arrimada, Fernando Basch, Paola Bergallo, Juan Bertomeu, Alberto Binder, Juan Pablo Bohoslavsky, Celeste Braga, Emiliano Buis, Sebastián Elías, Mariano Fernández Valle, Marcelo Ferrante, Leonardo Filippini, Hernán Gullco, Martín Hevia, Nahuel Maisley, Agustina Ramón Michel, Eduardo Rivera López, y Horacio Spector (claro que respondo solamente yo por los defectos de este trabajo).

\*\* Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires (UBA), LL. M. y doctor en ciencias jurídicas por la New York University School of Law. Profesor titular regular de Teoría General del Derecho y Filosofía y del doctorado en la Facultad de Derecho de la UBA. Ha enseñado e investigado en universidades prestigiosas de otros países de Iberoamérica (España, México, Chile, Puerto Rico) y de los Estados Unidos. Secretario de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA, Coordinador del Proyecto de UBACyT en la Facultad de Derecho de la UBA.

<sup>1</sup> “Arriola, Sebastián y otros s/ causa núm. 9080”, CSJN, 5 de agosto de 2009.

lificación liberal a la punición de la tenencia de estupefacientes priman los argumentos individualistas, centrados en los valores de privacidad y autonomía. Así debe ser, pero un análisis que involucre ciertos aspectos institucionales y estructurales de la práctica de la persecución penal de la tenencia puede ser útil para enriquecer el estudio jurídico del problema, incluso desde la perspectiva constitucional. Podrían existir otros valores constitucionales en juego (como la igualdad), y podría echarse alguna luz a la relación entre la protección a la autonomía que lleva a cabo el artículo 19 de la Constitución Nacional (CN) y el resto de la estructura democrática, liberal y progresista de la Constitución.

En estas líneas defenderé, por un lado, una interpretación robusta de Arriola, que inclusive contiene afirmaciones aún más libertarias que las del fallo Bazterrica. Mi opinión toma distancia de cierto consenso acerca de que Arriola implica una afirmación menos ambiciosa y tajante sobre la autonomía que la incluida en Bazterrica, lo que se desprende, por ejemplo, de la aserción de que las conductas amparadas son aquellas que *no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros*.<sup>2</sup> También discrepo con una visión diferente, la que asimila a Arriola con Bazterrica, lo que implicaría que el estado de la cuestión se retrotraería al existente durante la vigencia de Bazterrica. A mi juicio existen argumentos en Arriola que favorecen una lectura expansiva de la protección de la autonomía, que inclusive harían de Arriola una decisión más liberal que Bazterrica.

No ofrezco la lectura expansiva como una interpretación concluyente. No pretendo haber encontrado el alcance exacto de Arriola. A lo largo de la decisión aflora la intención de evitar afirmaciones ambiciosas, y de mantener cierta ambigüedad en las definiciones. El objetivo de la Corte está logrado: dudo que, frente a la cautela, medios tonos y pluralidad de opiniones que contiene el fallo sea posible extraer una regla clara y contundente. Ese no es mi objetivo, que será tarea para intérpretes más avezados. Aquí aspiro, más humildemente, a llamar la atención sobre las consecuencias de tomarse en serio algunas afirmaciones del fallo, muy en particular la adhesión a la opinión minoritaria de Petracchi en Bazterrica.

El centro de mi interpretación expansiva de Arriola está en el considerando 10, que reivindica el fallo Bazterrica, aunque adhiriendo a las razones del voto de Petracchi. En aquella opinión Petracchi fundamentaba una lectura amplia, contundente, del artículo 19 de la CN.

Inspirado en el voto de Petracchi, propondré un argumento constitucional, centrado en el ideal de la igualdad democrática, el cual serviría de

---

<sup>2</sup> Votos de Highton y Maqueda, considerando 36.

apoyo para la lectura expansiva, libertaria, de Arriola. Este ideal de la igualdad democrática afirma que un objetivo de la interpretación constitucional a cargo de la justicia es fortalecer la convivencia entre iguales propendiendo a que el Estado abandone sus arraigados hábitos represivos. Este ideal refuerza, no contradice, los argumentos más abstractos centrados en el rechazo del perfeccionismo y del utilitarismo. La perspectiva de la igualdad democrática es sensible a la experiencia histórica referida a la represión de la tenencia para consumo en nuestro país. Esta experiencia brinda razones adicionales para ser muy suspicaces de la delegación al Estado de una competencia tan riesgosa para la vigencia de los derechos como la incluida en las normas que penan la tenencia para consumo. La “guerra contra las drogas” es algo más que la consagración de una pauta perfeccionista, y su carácter cuestionable excede sus componentes utilitaristas.

Si el argumento de la igualdad democrática fuese aceptable, tendría cierta utilidad: en tanto Arriola encarna el ideal de la igualdad democrática, tendríamos una reivindicación de un nuevo Bazterrica, revigorizado por los fundamentos expansivos de Petracchi. En consecuencia, dos series de precedentes deberían ser abandonados: en primer lugar, la progenie de Bazterrica, una línea de decisiones dictadas antes de Montalvo por la Corte pre-Menem, que había reducido al mínimo la potencia liberal de Bazterrica; en segundo lugar, fallos como los dictados por tribunales inferiores luego de Arriola. En otras palabras, una reivindicación tibia de Bazterrica es compatible con decisiones tomadas por aquella misma Corte entre 1987 y 1989 que limitaron dramáticamente el alcance de Bazterrica, y es compatible con decisiones restrictivas (como Acosta<sup>3</sup> y Roberto)<sup>4</sup> tomadas por la Cámara Penal Federal a poco de resuelto el caso que comento.

## II. EL ARGUMENTO LIBERAL FRENTE A LA PUNICIÓN DE LA TENENCIA PARA CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES

Hasta aquí, la resistencia doctrinaria y jurisprudencial a la penalización de la tenencia y consumo de drogas estuvo centrada en dos razones de filosofía moral y política, consideraciones antiutilitaristas y antiperfeccionistas.

---

<sup>3</sup> Sala II- Causa núm. 27.893 “Acosta, Santiago Alejandro s/procesamiento”, 16 de noviembre de 2009.

<sup>4</sup> Sala II- Causa núm. 28.224 “Roberto, Rodrigo Arturo s/ sobreseimiento”, 16 de noviembre de 2009.



## 1. *La crítica al utilitarismo*

Las consideraciones antiutilitaristas se centran en lo cuestionable de violentar intereses básicos de las personas (su intimidad, su autonomía) en pos de satisfacer objetivos sociales supuestamente valiosos, como el de proteger la “salud pública”, (Montalvo, dictamen del Procurador en “Bazterrica”), minimizar “acciones antisociales” (Colavini), o facilitar la persecución de los narcotraficantes (Montalvo). La oposición al utilitarismo insiste en que las personas son fines en sí mismas, que sus intereses más básicos no son prerrogativas derivadas de, o instrumentales a, objetivos comunitarios. Por el contrario, pueden existir fuertes discontinuidades entre los intereses individuales protegidos a través de los derechos constitucionales y los fines que la sociedad juzga colectivamente valiosos. Y en tales casos, el lugar común “el interés general prevalece sobre los derechos individuales” no nos sirve de ayuda. Por el contrario, el argumento antiutilitarista asume la forma exactamente contraria. En estos casos de tensión, prevalecen los derechos. (Siguiendo a Dworkin<sup>5</sup> y a Nino, hasta podríamos decir que los derechos simplemente consisten en límites a los cursos de acción que persiguen fines socialmente útiles).

El argumento antiutilitarista también se apoya en una reflexión “a todo evento”, una toma de yudo que presupone la racionalidad utilitarista: aun si se aceptara —arguyendo— el razonamiento utilitarista, resulta que la penalización frustra los objetivos perseguidos. En efecto, la estrategia punitiva no mejora la salud pública, sino que, por ejemplo, al estigmatizar y penalizar a los consumidores vuelve más difícil su tratamiento.

En conclusión, las razones utilitaristas para perseguir penalmente a los consumidores de drogas son al mismo tiempo inaceptables y contradictorias.

## 2. *La crítica al perfeccionismo*

El perfeccionismo es la noción de que el Estado tiene entre sus objetivos legítimos el de imponer ideales de virtud personal, por lo que estaría habilitado a interferir con acciones autorreferentes, que no afectan a terceros. El argumento antiperfeccionista se basa en una lectura del artículo 19 que

---

<sup>5</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, cap. 7; Nino, Carlos Santiago, “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de ‘las acciones privadas de los hombres?’”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 4 de octubre de 1979, p. 743.

entiende el consumo de drogas como una de “las acciones privadas”. Esta lectura (ejemplificada por Carlos Nino)<sup>6</sup> interpreta la frase “que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” no como acotando el alcance de las acciones privadas protegidas, sino como una descripción de lo que dichas acciones son. Es decir, las acciones privadas son aquellas que no ofenden al orden y a la moral pública ni perjudican a un tercero. Por lo tanto, aquel ámbito de la conducta que no afecta a otras personas está fuera del alcance del derecho.

Esta crítica al perfeccionismo es compatible con el reconocimiento de los efectos negativos del abuso (y tal vez del uso) de estupefacientes, pero insiste en que opciones en principio buenas como la de mantenerse alejado de las drogas se vuelven malas si son impuestas coercitivamente por el Estado. Siguiendo a Derek Parfit, podemos afirmar que existe una “lista objetiva” de cosas buenas para las personas, y al mismo tiempo remarcar que es valioso adoptar o perseguir ítems de la lista *voluntariamente*.<sup>7</sup>

### III. LOS LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN TRADICIONAL

Los dos argumentos (el antiutilitarista y el antiperfeccionista) dan forma a la visión liberal de este problema: en primer lugar, las personas son fines en sí mismas, y sus intereses más importantes no pueden subordinarse a cálculos de bienestar colectivo. En segundo lugar, las personas tienen la libertad de elegir planes de vida de acuerdo a sus propios valores, y de optar por cursos de acción que no afecten a terceros.

Sin embargo, me temo que el argumento liberal tradicional no sea suficiente como razonamiento constitucional. Por un lado, el argumento antiutilitarista carga con la siguiente dificultad: la punición del consumo de drogas es diferente a casos más fáciles de políticas utilitaristas objetables. Estas son las instancias en que los costos de la política en cuestión son absorbidos por algunos individuos en tanto que los beneficios son disfrutados por otras personas. Estos casos son, por ejemplo, los que motivan la crítica de Rawls al utilitarismo que se centra en la separabilidad de las personas.<sup>8</sup> En el caso de las drogas el bienestar del consumidor está incluido en el cálculo utilitarista. Esta dificultad no es decisiva, pero puede manifestarse más claramente en el hecho de que una política de corte utilitarista pero no

<sup>6</sup> En el artículo citado.

<sup>7</sup> Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, United States, Oxford Clarendon Press, 1984.

<sup>8</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press, 1999.

punitiva, que desalentase el consumo de drogas sin acudir a la amenaza de sanciones penales no resultaría tan obviamente impugnable.

Por otro lado, el argumento antiperfeccionista también es insuficiente, ya que, de manera similar, una política antidrogas de perfil perfeccionista pero que no recurriese a la punición no sería tan fácilmente objetable. Por ejemplo, si a través de la educación formal e informal, el Estado inculcara (tal vez echando mano al ejemplo de la máquina de Nozick) que no es bueno huir de la realidad, que es mejor vivir conectado a la realidad, esta política podría ser calificada de perfeccionista, pero dudo que, pese a ello, pudiera ser invalidada por inconstitucional. El argumento antiperfeccionista es demasiado amplio en un sentido, ya que invalida más de lo necesario, y demasiado acotado en otro, ya que no explica qué hay de incorrecto en la punición de la tenencia y consumo, como forma particular de disuadir el consumo de drogas.

#### IV. EL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD DEMOCRÁTICA

Propongo que las normas que penalizan la tenencia para consumo son atacables constitucionalmente por violentar el ideal de la igualdad democrática. Este ideal solamente acepta formas democráticas de Estado y de gobierno. En primer lugar, se dirige a los individuos, rechazando todo intento de subordinar a grupos o personas al arbitrio de otros grupos o personas. En segundo lugar, se dirige al Estado, exigiendo que su accionar evite colocar a las personas en una relación de humillación, indefensión o sumisión frente a la autoridad pública.<sup>9</sup>

Una forma de gobierno democrática puede convivir con un Estado antidemocrático. Ambas categorías se superponen, ya que obviamente un Estado antidemocrático contribuye a deteriorar la calidad democrática de la forma de gobierno. Entiendo que en nuestro país la democracia política convive junto a un Estado que es antidemocrático en muchos aspectos. De las muchas formas en que el Estado deja de lado su obligación de exhibir igual respeto por todas las personas sujetas a su dominio, me interesa destacar la existencia de prácticas represivas que ponen en riesgo la dignidad e integridad de los ciudadanos.

Para ilustrar esta idea, pensemos en el 11 de diciembre de 1983, un día después del retorno de la democracia. Ese día nuestro país disfrutaba de un

---

<sup>9</sup> Una excelente defensa de este ideal es formulada en Anderson, Elizabeth S., "What Is the Point of Equality?", *Ethics*, Chicago, vol. 109, núm. 2, enero de 1999, pp. 287-337.

sistema de gobierno democrático, pero padecía un estado antidemocrático, caracterizado por estar montado para vigilar a la sociedad en vez de protegerla, para atemorizar a la juventud y alejarla de la participación, para desatender a los ciudadanos en cada ocasión de contacto con el Estado, etcétera. En la medida en que algunas de estas características siguen vigentes, se está violando el ideal de la igualdad democrática. Sería irresponsable pensar que el Estado sigue siendo hoy tan autoritario y represivo como en 1983, pero lo sigue siendo en una medida todavía inaceptable. Por ejemplo, la policía de la provincia de Buenos Aires sigue siendo una amenaza para la paz y la convivencia, una desenfrenada máquina de robar y matar (en defensa de la relevancia del ejemplo acoto que allí vive el 40% de los argentinos); se tolera que las agencias de inteligencia (aunque sólo las federales) espíen a periodistas, políticos oficialistas y opositores sin orden judicial ni causa alguna; y el sistema carcelario violenta todos los estándares de respeto mínimo a las y los detenidos.

Sugiero que la política de punición del consumo de drogas se conecta de múltiples formas con rasgos del Estado represivo argentino que el ideal de la igualdad democrática exige desactivar:<sup>10</sup>

- 1) La política de represión de los consumidores se corresponde con la implantación desde el Estado de una visión omnicomprensiva autoritaria y moralmente reaccionaria. Repárese en el considerando 5o. del fallo de la Corte en Colavini (1978):

Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comprable a las guerras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte volun-

---

<sup>10</sup> Algunas fuentes que documentan abusos y deformaciones de las políticas antidroga son los siguientes: “Documento oficial del Comité Científico Asesor en materia de Control de Tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja sobre los usuarios de drogas y las Políticas para su abordaje”, Jefatura de Gabinete de Ministros, 2009, disponible en: <http://www.jgm.gov.ar/archivos/comisionacional/DOIusuarios.pdf>, consultado el 28 de febrero de 2011; y el informe “Systems Overload. Drug Laws and Prisons in Latin America”, Transnational Institute Washington Office on Latin America, diciembre 2010, disponible en: <http://idpc.net/sites/default/files/library/TNI-WOLA-prison-overload-latin-america.pdf>.

tad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.

- 2) La política de punición de la tenencia refuerza tratos discriminatorios, ya que ha amparado el hostigamiento policial a los jóvenes, en particular a los que viven en condiciones de marginalidad. La represión a los consumidores ha sido una excusa para colocar bajo sospecha a los jóvenes, en particular a los de escasos recursos, o para estigmatizar a grupos de personas (por caso, a los amantes del rock). La criminalización de la tenencia para consumo es una herramienta más para la creación de un clima represivo que tiene como víctimas a grupos determinados (los jóvenes y especialmente aquellos en situación de pobreza). La afirmación de la Corte en Arriola acerca de que “los jóvenes son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas”<sup>11</sup> es cierta en varios sentidos, uno de los cuales es el de ser víctimas principales de la acción represiva del Estado.
- 3) La política facilita la comisión de otras violaciones de derechos, como la vulneración de garantías penales (por ejemplo, a través de los muchos casos en que se han “plantado” drogas para inventar causas) la ultrajante revisión a visitantes de las cárceles, etcétera.
- 4) Contribuye a construir una relación profundamente antiigualitaria entre los ciudadanos y el Estado. La autorización al Estado para revisar nuestros bolsillos, nuestras casas y nuestros cuerpos es incompatible con una noción robusta de ciudadanía, y, antes bien, contribuye a moldear una relación de servidumbre y humillación entre los ciudadanos y el Estado.

Esa política ha contribuido a reforzar algunos de los peores mecanismos del estado represivo, mecanismos incompatibles con un Estado democrático. Como resultado, la política de represión del consumo de drogas violenta la igualdad democrática, degradando a los ciudadanos en su relación con el Estado, reforzando mensajes de moralidad reaccionaria, es excusa para apuntar contra grupos sociales como la juventud, los migrantes, etcétera, y contribuye a violar otros derechos.

El enfoque de la igualdad democrática no compite con los argumentos antiutilitaristas y antiperfeccionistas, más bien opera en planos diferentes. Por un lado, es más abstracto y ambicioso, ya que la igualdad democrática es el valor que articula y organiza al resto, incluyendo las consideraciones

---

<sup>11</sup> Arriola, véase el considerando.

individualistas especificadas por la negación del utilitarismo y la negación del perfeccionismo. Por otro lado, es más concreto y realista, porque nos compele a obtener mayor información sobre las prácticas fundamentadas en esas normas. Por cierto, la selectividad discriminatoria no es una característica excluyente de la práctica punitiva del consumo y tenencia de drogas, por lo que debemos estar dispuestos a extender las conclusiones de este análisis a otros delitos. Pero, el caso de la represión de la tenencia de estupefacientes exhibe algunos factores salientes en términos de los riesgos de violación de la intimidad de las personas, manipulación probatoria, afirmación de valores retrógrados, etcétera.

## V. EL CASO ARRIOLA Y EL VOTO DE PETRACCHI EN BAZTERRICA

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal 2 de Rosario confirmó la condena a distintas personas por tenencia con fines de comercialización y por tenencia para consumo personal, en este último caso, a un mes de prisión de ejecución condicional. La pena fue sustituida por una medida de seguridad educativa. A la Corte llega la causa circunscripta a los condenados por tenencia para consumo. La droga incautada es marihuana y en muy poca cantidad: En el caso del imputado Fares, tres cigarrillos, todos de menos de tres gramos, en el caso de Acedo, tres cigarrillos; en el caso de Villarreal, un cigarrillo; y en el caso de Medina y Cortejarena, tres cigarrillos cada uno. El recurso extraordinario se basaba en el artículo 19 de la CN, ya que la conducta estaba dentro del “marco de intimidad constitucionalmente resguardado” y que la escasa cantidad encontrada no permitía inferir el riesgo de dependencia. Se pide un nuevo pronunciamiento dado el carácter errático de la doctrina de la Corte sobre la materia y el cambio en la composición del cuerpo.

La Corte recurre a distintas razones para abandonar el fallo Montalvo de 1990, que a su vez había dejado de lado el precedente liberal de Bazterrica de 1986. En primer lugar, el tiempo transcurrido (18 años) que muestra el fracaso de la estrategia punitiva (considerando 14). En segundo lugar, la reforma de 1994 (considerando 16). La Corte hace foco en la incorporación de los tratados internacionales. Estos consagran principios relevantes como el de privacidad, dignidad y acceso a la justicia, transgredidos por la penalización (la dignidad por penar al consumidor como medio para atrapar a los traficantes, y el acceso a la justicia por la revictimización del consumidor). Además, el principio *pro homine*, según la Corte, es más favorable a la solución dada en Bazterrica.

La Corte combina estas afirmaciones contundentes con la aplicación de algunos paños fríos. En el considerando 27 se aclara que no se está legalizando la droga, en mensaje dirigido especialmente “a los jóvenes que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas”. Y en el considerando 29 se afirma: “Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero”. El voto de Argibay es el que va más lejos en cuanto a delimitar el alcance de Bazterrica en aquellos casos en que el consumo se haga en lugares públicos. De todas formas, sería incorrecto adjudicarle a Argibay la idea de que el consumo público siempre excede el marco del artículo 19. En el considerando 13 dice que “las conductas desarrolladas en lugares públicos son en general, aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional”.

El fallo declara la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley 23737 y exhorta a los poderes públicos a asegurar políticas contra el narcotráfico y adoptar medidas de salud preventivas informativas y educativas enfocada en los grupos más vulnerables, sobre todo los menores.

Dejo para el final un pasaje a mi juicio clave de este fallo. En el considerando 10, el fallo restaura la doctrina Bazterrica sin hesitaciones, aunque adhiriendo a las razones del voto de Petracchi “habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen”. Al voto conjunto de Belluscio y Bacqué la Corte lo considera complementario y no contradictorio con el voto de Petracchi. En el considerando 12 se ratifica que “hoy el Tribunal decide volver a “Bazterrica”, considerando 10).

Que como primera consideración cabe señalar que las cuestiones centrales en debate en el sub lite, tales como el alcance que cabe otorgarle a las “acciones privadas” previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico “salud pública”, han sido resueltas acertadamente en “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener.

Ahora bien, ¿qué había dicho Petracchi en Bazterrica? Petracchi comenzó enfatizando (considerando 5) dos circunstancias determinantes. La primera era que el país estaba (1986) en una etapa en la que “desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta

reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos”. La segunda circunstancia es la enorme gravedad del problema de las drogas. Continuó (6) ratificando el criterio de “Ponzetti de Balbín” de que el derecho a la privacidad del artículo 19 es “fundamental para la existencia de una sociedad libre”. En el considerando 12 se aclara que la autonomía protegida por el 19 no se reduce a las acciones hechas “en privado” y en el 22 que encarna el valor de autonomía. En el considerando 15 se impugna la razonabilidad de la punición de la tenencia, por su fracaso para prevenir el consumo de drogas, con extensa cita de informes internacionales. En el 19 se rechaza el argumento de que quien consume genera el peligro de cometer delitos ulteriores. En el 25 se reitera la necesidad de sujetarse a los límites de la Constitución, encarando los problemas “sin ceder ningún espacio en el terreno de nuestra libertad individual”.

En suma, el voto de Petracchi contiene una afirmación amplia de la autonomía protegida por el artículo 19 de la CN, respaldada por la necesidad de fortalecer la democracia y que no transige frente a ninguna consideración de oportunidad. Esta lectura amplia de la autonomía protegida constitucionalmente excede el estrecho marco de las conductas amparadas por el valor de la intimidad (que ya encuentra tutela en el artículo 18 CN).<sup>12</sup> De allí se desprende que las acciones privadas son las que no dañan a terceros, sean llevadas a cabo a solas o acompañado, y entre cuatro paredes o en un lugar público (mientras no implique imponer el consumo involuntario a terceros).<sup>13</sup>

## VI. CONSECUENCIAS DE LAS DIFERENTES INTERPRETACIONES DE ARRIOLA. ¿BAZTERRICA RECARGADO?

La interpretación de Arriola como una decisión moderada que incluye una protección acotada de la autonomía tiene como consecuencia legitimar decisiones posteriores, tales como sentencias de segunda instancia posteriores a Arriola que hallaron aceptable penar el consumo en público.

Como ejemplo se pueden citar tres casos de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal dictados en 2009, luego de

<sup>12</sup> Bazterrica y Nino, Carlos, *op. cit.*

<sup>13</sup> Dejo afuera del espacio de permisión la conducta que afecte a menores.



Arriola. En “Acosta”,<sup>14</sup> causa seguida a un imputado que tenía en su poder pastillas anfetamínicas en un evento de música electrónica, dijo que se existía un riesgo a la salud pública. En “Roberto”,<sup>15</sup> el riesgo a la salud pública se concretó, según la Sala, ya que el acusado fue visto por personal policial mientras fumaba, a media tarde y en la vía pública, un cigarrillo casero del que emanaba “el típico olor a marihuana”, luego de lo cual se incautaron en su poder dos envoltorios con el mismo estupefaciente.

Pero una consecuencia parecida se seguiría de una lectura de Arriola que entendiéndose a dicha decisión como una mera restauración del precedente “Bazterrica”, de 1986. Una simple vuelta a Bazterrica, sin mayores precisiones, presenta el problema de que a ese fallo le continuaron un número de decisiones (adoptadas por la misma Corte de Bazterrica antes de la ampliación de Menem y el fallo Montalvo) que acotaron radicalmente el alcance de las conductas protegidas de la persecución penal. Entre estas decisiones cabe mencionar las siguientes:

- 1) “Von Wernich”<sup>16</sup> causa en la que “el acusado fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público —la plaza San Martín— y aquél indujo” a un tercero “a consumir marihuana en los instantes previos a su detención”. La Corte rechazó el recurso de la defensa contra la sentencia condenatoria, y excluyó la aplicación de Bazterrica por no haberse rebatido los argumentos sustanciales referentes a que no se habría vulnerado el ámbito de privacidad protegido por el artículo 19.
- 2) En el caso Scharaer,<sup>17</sup> el acusado tenía en su poder, en su domicilio particular, 9.3 gramos de marihuana y 6.9 gramos de clorhidrato de cocaína. Según el dictamen del procurador “el propio Scharaer, en su indagatoria da cuenta de su conexión directa con traficantes, su disposición a distribuir drogas entre terceros...”. La Corte rechazó el recurso con fundamento en que la defensa no rebatió los fundamentos de la sentencia que consideró que no resultaba aplicable Bazterrica porque su conducta trascendió la esfera privada.
- 3) En “García”,<sup>18</sup> el imputado fue sorprendido con marihuana en la oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo, con

---

<sup>14</sup> Sala II- Causa núm. 27.893 “Acosta, Santiago Alejandro s/procesamiento”, 16 de noviembre de 2009.

<sup>15</sup> Sala II- Causa núm. 28.224 “Roberto, Rodrigo Arturo s/ sobreseimiento”, 16 de noviembre de 2009.

<sup>16</sup> Fallos 310:2836, 24 de diciembre de 1987.

<sup>17</sup> Fallos 311:930 2 de junio de 1988.

<sup>18</sup> Fallos 311:2228, de 1 de noviembre de 1988.

tres acompañantes, a quienes había invitado a consumir la droga. Uno de ellos aceptó el convite. Fue condenado y recurre la defensa. La mayoría (Belluscio, Petracchi y Bacqué) dice que no es aplicable Bazterrica.

- 4) En la causa “Gerstein”<sup>19</sup> se secuestró marihuana que fue hallada en el interior de dos bolsos y en distintas cajas de fósforos. Gerstein —en concordancia con Gabriel Pereyra, quien ocasionalmente cohabitaba con ella— reconoció la posesión del estupefaciente, y admitió que parte de éste fue consumido en su departamento por distintas personas quienes, incluso, armaron algunos de los cigarrillos secuestrados. Así, fue condenada, y la defensa recurre. La Corte dijo que no es aplicable Bazterrica” en tanto la conducta que se le reprocha a aquélla ha trascendido la esfera protegida por dicha norma”.
- 5) “Fiscal c/ Ideme y Galesi”.<sup>20</sup> Ideme paseaba sin rumbo fijo con un amigo a quien pasó a buscar y se le encontró un cigarrillo de marihuana entero y otro evidentemente ya fumado en gran parte. Tales circunstancias y el no haber dicho nada sobre el uso que dio y daría al estupefaciente, revelan clara e indubitablemente que, como mínimo, Ideme había fumado marihuana mientras caminaba con su amigo. Fueron condenados. La mayoría de la Corte dijo que no bastaba con mencionar a Bazterrica, sino que se debió explicar en qué medida sus presupuestos eran aplicables al caso.
- 6) Di Capua.<sup>21</sup> El condenado fue detenido en oportunidad en que se presentó en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisita de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana. La Corte afirmó que no se aplicaba Bazterrica pues “la tenencia de la droga con el aludido propósito de ser consumida en un lugar público en el que se realizaría un festejo juvenil, constituye una situación de hecho diferente a la contemplada en el caso de Fallos: 308:1392, por lo que su invocación como fundamento para impugnar el fallo apelado resulta insuficiente”.

Escribió Petracchi en 1986 que el país estaba en una etapa en la que “desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas

---

<sup>19</sup> Fallos 311:2721, 20 de diciembre de 1988.

<sup>20</sup> Fallos 312:587, 25 de abril de 1989.

<sup>21</sup> Fallos 312:1892, 5 de octubre de 1989.

de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos”. Entiendo que el objetivo que debe perseguir la “reconstrucción del orden jurídico”, tal como lo describe Petracchi, es una expresión (muy feliz) del ideal de la igualdad democrática. Si es que aceptamos que este ideal debe orientar la hermenéutica constitucional *aun hoy*, como defendí en este trabajo, entonces tenemos razones para interpretar a Arriola como reafirmando una versión revigorizada de Bazterrica, con la consecuencia de que debe dejarse de lado tanto la serie de fallos posteriores a Bazterrica que limitaron su alcance al mínimo, como los fallos de tribunales inferiores posteriores a Arriola que contienen una lectura restrictiva de la esfera de acciones protegida por este fallo.

Contra los fallos de la Corte “Von Wernich”, “García”, “Fiscal c/ Ideme y Galesi”, y “Di Capua” y contra las sentencias de la Sala II en “Acosta” y “Roberto” la autonomía consagrada en el artículo 19 de la CN protege como una acción privada el consumo de drogas en lugares públicos, o en compañía de terceros que consienten; contra “Scharaer”, que un traficante consume no lo hace punible del consumo sino solamente del tráfico; y en mayor medida aún, contra “Gerstein”, está constitucionalmente protegido el consumo a puertas cerradas (a solas o no).

## VII. ALGUNAS OBJECIONES

Mi interpretación de Arriola debe responder al menos dos tipos de objeción. Según el primer tipo de cuestionamientos, Arriola lejos de ser una decisión más ambiciosa que Bazterrica, es un fallo más restrictivo. Esta posición es defendida por Hernán Gullco.<sup>22</sup> Según el profesor Gullco, el carácter más moderado de Arriola surge, primero, de comparar la detallada descripción de los hechos del caso (que hace constar que se trataba de una pequeña cantidad de droga y la falta de exhibición pública de su consumo) con la omisión en tal sentido de “Bazterrica”, y segundo, que en los votos de seis de los jueces se limita la protección constitucional, por ejemplo a través de la frase “...en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”. El resultado es que la regla de Arriola sólo se aplicaría a casos similares, no pudiendo extenderse a conductas en público. No comparto el argumento debido a que todos los votos citados (con excepción tal vez del de Argibay) reafirman la concepción

---

<sup>22</sup> Gullco, Hernán, “Diálogo sobre el caso Arriola”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2010, fasc. 3.

amplia de autonomía que excede la mera privacidad (lo que implica que el carácter ostensible del consumo es intrascendente salvo que se trate de una imposición u hostigamiento a terceros), que la frase citada y sus similares (“...en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”) no califica ni limita el alcance amplio de la protección contenida en Bazterrica,<sup>23</sup> y que, a lo sumo, las características particulares del caso fueron referidas en los votos para remarcar que se trataba de un caso “fácil”, pero estas características no invalidan la protección amplia para casos menos “fáciles”. De hecho, los casos que la progenie de Bazterrica priva de protección constitucional (tenencia y/o consumo en lugares públicos, o con otras personas, invitación o aceptación) son todos casos que no traen aparejado “un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (y recordemos que Arriola fue detenido en la vía pública).

Un segundo tipo de objeciones a mi lectura expansiva replicaría (con mayor fuerza) las prevenciones dirigidas contra Arriola por quienes están de acuerdo en que el fallo reinstaura la vigencia de Bazterrica, pero rechazan esa solución. Alberto Bianchi<sup>24</sup> ha cuestionado dos argumentos de Arriola a los que mi lectura adhiere, y que resume así: “La penalización del consumo personal de estupefacientes no disminuye su intensidad; y b) el artículo 19, CN protege todas aquellas conductas privadas que no afecten a los terceros”. Respecto del primer argumento, debe entenderse en sentido fuerte, ya que como señala Bianchi “a esta cuestión algunos votos agregan que tal prohibición se produce “a costa de una restricción de los derechos individuales”. Bianchi ataca el argumento por el absurdo, sosteniendo que, si el fracaso de una prohibición debiera invalidar la prohibición, eso debería extenderse, por ejemplo, a las guerras. Pero su objeción deja sin responder la afirmación de que en el caso de las drogas la prohibición no sólo es ineficaz, sino que, como el fallo que critica deja claro, contribuye a agravar el problema y a facilitar otras violaciones de derechos y abusos de poder. Respecto del segundo argumento, Bianchi no ofrece objeciones fundadas, más allá de preguntar retóricamente si estaría dispuesta la Corte a resolver del mismo modo en un caso de tenencia de “50 gramos de heroína”, y a extender la protección de la autonomía y privacidad a las mujeres que procuran abortar.

---

<sup>23</sup> De hecho, comentaristas como Bianchi se apoyan en esta frase para atacar el carácter maximalista de Arriola. Bianchi, Alberto, “La despenalización... otra vez”, *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, 7 de octubre de 2009.

<sup>24</sup> *Idem*.

Lucas Grosman<sup>25</sup> ha cuestionado lúcidamente diversos aspectos del fallo “Arriola”. En la medida que mi lectura del fallo le asigna un alcance aún más libertario que “Bazterrica”, es oportuno que considere algunas de sus críticas. En primer lugar, Grosman objeta la afirmación empírica de Arriola, que descalifica el supuesto nexo que el fallo “Montalvo” establece entre desincriminación del consumo y aumento del narcotráfico. Sin embargo, el propio pasaje citado por Grosman expresa otra cosa: que no sólo no se ha verificado una disminución del problema del narcotráfico desde la vigencia del fallo Montalvo, sino que la política de represión del consumo implica violaciones de derechos (“...tal actividad criminal, lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales”). El punto de la Corte no es defender una desconexión absoluta entre punición y narcotráfico, sino mostrar que se trata de un tema abierto a especulaciones, mientras que, por el otro lado, no cabe duda del carácter violatorio de derechos de la legislación y las políticas que penan el consumo.

En segundo lugar, Grosman cuestiona globalmente la decisión por ser “maximalista”, ya que “sus fundamentos son mucho más amplios que los necesarios para resolver el caso concreto.” Los problemas del maximalismo son, según el profesor Grosman: *a*) que podría “fomentar decisiones incorrectas”, ya que en casos futuros los jueces podrían ignorar factores relevantes dejados de lado por la decisión maximalista; *b*) que las decisiones con alcance más general son tomadas sin el beneficio del debate entre las partes, que no se ha dado respecto de factores meramente hipotéticos; *c*) que cuanto más general la decisión más se inmiscuye en la tarea legislativa; *d*) que favorece la disgregación de los votos, dificultando el peso de la decisión como guía para acciones y/o decisiones futuras; *e*) decisiones amplias serán más probablemente dejadas de lado en sentencias futuras.

Todas estas observaciones son atinadas, pero deben ser contrapesadas por los riesgos de la perspectiva contraria, el minimalismo. Para comenzar, es necesario señalar que:

- a) Para aceptar que hay un riesgo de que Arriola genere decisiones incorrectas en las que los jueces ignoren factores relevantes dejados de lado en ese fallo, debemos estar de acuerdo en cuáles son esos factores. Grosman afirma que uno de esos factores es el grado de “dañosidad” de la droga. Pero no es que la Corte ignora o deja de lado

---

<sup>25</sup> Grossman, Lucas, “El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. «El caso Arriola»”, *Suplemento Extraordinario Constitucional 75 Aniversario*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 53.

- ese factor relevante. Es que no lo considera relevante para los fines de la aplicación de la regla constitucional que veda criminalizar al consumidor. La “dañosidad” de la droga podrá ser relevante para la pertinencia de otras acciones del Estado (terapéuticas, por ejemplo) pero no agrega nada respecto de la validez de penar el consumo o tenencia. Si la autolesión no es punible, que los jueces distingan entre autolesiones menores o mayores, (protegiendo del castigo penal a unos sí y a otros no) no es minimalismo sino violación del derecho.
- b) Respecto de la objeción de que una decisión “maximalista” no se beneficia del debate entre las partes, este riesgo no ha existido en Arriola, ya que el debate estuvo centrado en los grandes principios liberales de Bazterrica, y en los principios perfeccionistas de Montalvo, como surge de la descripción de los argumentos de las partes, la opinión del Procurador y los fundamentos de los jueces, ¿qué argumento no ha sido escuchado en Arriola?
  - c) Respecto del riesgo de usurpar competencias legislativas, debe contraparse contra el riesgo contrario: que el Congreso se asigne la competencia de dictar leyes *contra* la Constitución.
  - d) En relación al riesgo de la dispersión de opiniones, no me resulta claro que se conjure con la receta minimalista, ya que es posible que cada juez, puesto a identificar factores relevantes en el caso concreto, proponga su propia descripción de los hechos relevantes, la afirmación de grandes principios generales no garantiza mayores desacuerdos que un casuismo particularista.
  - e) Por último, respecto de la posibilidad de que las decisiones más generales sean abandonadas más fácilmente, no me parece rebuscado sostener lo contrario: que resulta más fácil abandonar avances menores y marginales que grandes avances jurisprudenciales.

El “minimalismo” tiene sus propios riesgos. Primero, sería ineficaz esperar una decisión de la Corte sobre cada una de las numerosas sustancias prohibidas, o, peor aún, un fallo sobre cada sustancia en cantidades distintas, sobre cada sustancia consumida en público o en privado, en solitario o en compañía, etcétera. Segundo, hay áreas del derecho como el derecho previsional o el derecho a la salud, donde las decisiones minimalistas sólo fuerzan años de litigio para miles de jubilados y pacientes, que una regla clara y general podría ahorrarles. Tercero, el enfoque minimalista parece proponer frente a los grandes males, pequeños remedios, pero tal vez los abusos y violaciones de derechos que acompañan a la guerra contra las drogas son tantos

y tan graves que solamente una regla clara podría contribuir a replantear la mirada jurídica dominante sobre este tema.

Grosman aclara que sus críticas

...deben entenderse en términos relativos. Al fin y al cabo, el maximalismo de una decisión es siempre una cuestión de grados, ya que toda decisión judicial, y ciertamente una decisión de la Corte Suprema, en alguna medida incurrirá en generalizaciones y derramará sus efectos sobre situaciones distintas de las planteadas en el caso concreto; pero la cuestión es en qué medida y respecto de qué cuestiones.

El problema que Grosman esboza, en otras palabras, es el siguiente y va al corazón del planteo “antimaximalista”. Todo avance jurisprudencial podría descomponerse en diferentes pasos, por lo que cualquier cambio supuestamente incremental podría presentarse como maximalista (ya que siempre será posible presentar una alternativa más minimalista, basada en una descripción más acotada de los hechos relevantes del caso, por ejemplo). Por lo tanto, la evaluación de si una determinada decisión judicial es un avance demasiado ambicioso o uno incremental, dependerá en última instancia de la evaluación de cuán profunda sea la injusticia que el fallo intenta remediar, de cuán tolerable sea la desigualdad de la norma que la Corte invalida, etcétera. Que un avance es demasiado ambicioso o insuficiente, que un poder del Estado está avanzando muy lento o muy rápido en un tema, será siempre el resultado de un juicio que deberá ponderar qué tan importante es el interés o valor que se está protegiendo o promoviendo con la decisión. Si el obstáculo que la Corte intentara remover fuera la discriminación racial, ¿cuánto minimalismo querríamos que empleara? ¿Por ejemplo, debería actuar la Corte en forma minimalista respecto de la manipulación de la publicidad oficial, pronunciándose primero respecto de diarios de circulación municipal, luego de alcance provincial y luego de medios nacionales?

Otro problema es que puede ser el caso que la decisión aparezca como “maximalista” cuando en realidad la potencia del fallo deriva simplemente de una regla constitucional ambiciosa. Si el artículo 19 de la Constitución protege de pena a toda conducta inofensiva para terceros, un fallo que se basa en dicho estándar para invalidar la punición de la tenencia no es más maximalista que un fallo que invalidara un acto de censura sobre la base de que la Constitución prohíbe *todo* acto de censura. En todo caso o la maximalista es la Constitución o la Corte la interpreta mal. El argumento “antimaximalista” no puede eludir tomar partido al respecto.

El mote de “maximalista” aplicado a Arriola me parece exagerado, si tomamos en cuenta, además, que la Corte ha decidido, simplemente, volver a un respetadísimo precedente de un cuarto de siglo atrás, que había sido revocado por una Corte ampliamente desacreditada por su dependencia con el Ejecutivo, sus actos de corrupción y su extremismo ideológico.

Según Grosman, Arriola establece una regla que excede los hechos del caso, en lugar de limitarse a establecer la regla aplicable a la tenencia de pequeñas cantidades de marihuana, una sustancia escasamente adictiva y lesiva a la salud. En cambio, la regla de protección amplia de Arriola corre el riesgo de ser aplicada a casos relevantemente distintos, casos en que la droga sea más dañina o adictiva, o cuyo consumo favorezca la comisión de delitos. Por supuesto, esta objeción depende de qué elementos se consideren relevantes y cuáles no. La Corte, al endosar el principio del daño de Mill, considera que la potencia y “adictividad” de la droga en cuestión es irrelevante para efectos de la constitucionalidad de su punición (el análisis de la relación entre consumo de drogas y comisión de delitos hecho por la Corte en Bazterrica, por otra parte, excede los casos de consumo de marihuana). Grosman está en desacuerdo con la idea de que todas las acciones que no afectan a terceros deban quedar protegidas de pena. Cuando las acciones autolesivas superan cierto umbral de daño o “adictividad”, su punición le resulta menos cuestionable. La Corte piensa lo contrario, pero eso no es maximalismo, es liberalismo clásico.

Por último, Grosman cuestiona que, en su generalidad, Arriola no presta suficiente atención a la relación entre consumo de drogas y comisión de delitos. Grosman duda que sea razonable aplicar la regla de Arriola a una droga hipotética (que llama “paco plus”), cuyo consumo hipotético es seguido por la comisión (también hipotética) de delitos. Sin embargo, lo que parece maximalista es pedirle a la Corte que no enuncie una regla porque ésta podría ser exceptuada por la existencia de una sustancia, meramente imaginaria.

Endoso la preocupación a favor de que el Estado actúe siempre teniendo en cuenta los matices de los problemas que enfrenta, evitando políticas que generalicen soluciones sin atender a las distinciones relevantes. La prohibición de usar el derecho penal contra *todos* los consumidores permitiría poner el foco en las políticas educativas, de policía, y sanitarias más eficaces, teniendo en cuenta cantidades de droga, tipos de droga, regulación en defensa de terceros en lugares públicos, etcétera. Ser “maximalistas” con la herramienta que no sirve, nos permitiría ser minimalistas y puntillosos en el uso de todas las herramientas que un Estado inteligente pero no represivo tienen en sus manos para minimizar el impacto negativo del consumo de drogas.



## VIII. CONCLUSIÓN

En este ensayo defendí una lectura amplia del fallo Arriola, que inclusive lo ubica como una decisión más tajante que Bazterrica. La razón más importante para respaldar esta lectura es que la Corte reivindica el fallo Bazterrica, pero según el voto de Petracchi, que provee una fundamentación más liberal aún que la del voto mayoritario. Esta fundamentación de Bazterrica, a su vez, está en línea con la idea de la igualdad democrática, que ofrece razones adicionales para repudiar la punición de la tenencia para consumo de estupefacientes. Si esta lectura fuera correcta, la progenie de Bazterrica (los casos anteriores a Montalvo ya citados) que había disminuido drásticamente el alcance de su regla protectoria, no debe resucitar.

En suma, la idea de la igualdad democrática respalda una lectura amplia de la autonomía que no sólo nos protege contra las visiones utilitaristas y perfeccionistas, sino que también nos ampara frente a un tipo de Estado incompatible con una sociedad de iguales.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Elizabeth S., “What Is the Point of Equality?”, *Ethics*, Chicago, vol. 109, núm. 2, enero de 1999.
- BIANCHI, Alberto, “La despenalización... otra vez”, *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, 7 de octubre de 2009.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- GROSMAN, Lucas, “El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. «El caso Arriola»”, *Suplemento Extraordinario Constitucional 75 Aniversario*, Buenos Aires, agosto de 2010.
- GULLCO, Hernán, “Diálogo sobre el caso Arriola”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, núm. 3, 2010.
- JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, “Documento oficial del Comité Científico Asesor en materia de Control de Tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad compleja sobre los usuarios de drogas y las Políticas para su abordaje”, Jefatura de Gabinete de Ministros, 2009, disponible en: <http://www.jgm.gov.ar/archivos/comisionnacional/DO1usuarios.pdf>, consultado el 28 de febrero de 2011.
- NINO, Carlos Santiago, “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de ‘las acciones privadas de los Hombres?’”, *Revista Jurídica La Ley*, 4 de octubre de 1979.

PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, United States, Oxford Clarendon Press, 1984.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press, 1999.

TRANSNATIONAL INSTITUTE WASHINGTON OFFICE ON LATIN AMERICA, “Systems Overload. Drug Laws and Prisons in Latin America”, Transnational Institute Washington Office on Latin America, diciembre de 2010, disponible en: <http://idpc.net/sites/default/files/library/TNI-WOLA-prison-overload-latin-america.pdf>.

## DOMINIO, AUTONOMÍA Y EL DERECHO AL AMBIENTE SANO

María Florencia SAULINO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La relación entre el sujeto y el objeto del derecho en la teoría liberal clásica*. III. *Origen histórico de esta concepción de los derechos*. IV. *Dominio, autonomía y el derecho al ambiente sano*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El lenguaje de los derechos ha formado parte del vocabulario legal de los últimos siete siglos.<sup>1</sup> A lo largo de los años, la “tecnología” de los derechos fue utilizada para proteger intereses que consideramos particularmente importantes. Así, los derechos permitieron excluir ciertas esferas de la acción del Estado y de los terceros, como forma de proteger al individuo de intervenciones que pudieran afectar su plan de vida, su integridad física o su capacidad de expresarse. Ya entrado el siglo XX, los derechos buscaron asegurar el acceso de todos los miembros de la sociedad a aquellos bienes que resultan imprescindibles para garantizar su calidad de vida, su funcionamiento normal y sus oportunidades. De esta forma, el lenguaje de los derechos reconoció la importancia que tiene para nuestra sociedad el bienestar de todos y cada uno de los individuos que la componen; y nuestro interés en que dichos in-

---

\* Profesora de derecho y directora del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Argentina. Este artículo es una derivación de la investigación realizada para mi tesis de doctorado en la Universidad de Buenos Aires. Agradezco especialmente a Marcelo Alegre por sus comentarios y guía durante la investigación.

<sup>1</sup> Peter Jones, *Rights*, Nueva York, Palgrave-Macmillan, 1994, p. 1; Tierney, Brian, “Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches”, *The review of Politics*, vol. 64, núm. 3, 2000; Tierney, Brian, “The Idea of Natural Rights. Origins and Persistence”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 2, 2004; Tierney, Brian, *The Idea of Natural Rights*, Atlanta, Emory Press, 1997; Brian Tierney, “Dominion of Self and Natural Rights before Locke and After”, en Mäkinen, Virpi y Krokman, Petter (eds.), *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Dordrecht, Springer, 2006.

dividuos puedan participar en igualdad de condiciones de la vida política de su comunidad.

No cabe duda de que el ambiente sano ocupa un lugar importante entre los bienes que se requieren para proteger nuestro funcionamiento normal, nuestra calidad de vida y nuestras oportunidades. En efecto, el ambiente sano permite que los individuos accedan a una nutrición adecuada y balanceada; al agua potable; a condiciones de vida seguras, sanitarias y libres de contaminación; y a la posibilidad de descansar, realizar actividades recreativas, culturales y espirituales en conexión con la naturaleza, y disfrutar de fuentes de inspiración artística y goce estético. Así lo reconoció nuestra Constitución nacional, al incorporar en la reforma de 1994 el derecho de todos los habitantes de la Nación a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y sustentable.

Sin embargo, el reconocimiento de este derecho no ha estado exento de dificultades. Su inclusión en las Constituciones nacionales y en los tratados internacionales de derechos humanos ha generado diversas discusiones, entre las que destacan aquellas relacionadas con su titularidad.<sup>2</sup> En efecto,

---

<sup>2</sup> Su reconocimiento también ha originado discusiones sobre el contenido del derecho y sobre el rol del poder judicial en su efectiva garantía. Algunos autores consideran que este derecho garantiza a su titular un ambiente libre de contaminación, el no estar expuesto a sustancias contaminantes que acorten su vida o la posibilidad de vivir en un planeta que no ha sido irremediadamente alterado por el hombre. Thorme, Melissa, "Establishing Environment as a Human Right", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 19, núm. 2, 1990-91, p. 309; Ledewitz, Bruce, "Establishing a Federal Constitutional Right to a Healthy Environment in Us and In Our Prosperity", *Mississippi Law Journal*, vol. 68, núm. 2, 1998-99, p. 583. Esta posición, sin embargo, hace difícil balancear la protección del ambiente con otros intereses que consideramos importantes, como el acceso a la vivienda, a la salud o a una alimentación adecuada. Otros autores, por su parte, sostienen que ciertos niveles de contaminación son inevitables si queremos disfrutar de los beneficios de vivir en una sociedad industrializada. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2008, t. I, p. 85; Rosatti, Horacio, *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 54 y 55. Si bien esta postura permite un mejor balance entre los intereses en juego, resulta difícil para quienes sostienen este argumento determinar qué tan sano es "suficientemente sano" y cómo justificar un nivel de calidad ambiental que en muchos casos perjudicará a los individuos más débiles de la sociedad. Dado que los problemas ambientales generalmente no son el resultado de una acción individual sino de prácticas colectivas complejas, la efectiva garantía del derecho requerirá necesariamente de acciones legislativas y regulatorias, que creen estándares técnicos y establezcan políticas públicas de protección ambiental. En este contexto, se encuentra cuestionado si el Poder Judicial es el lugar apropiado para resolver cuestiones basadas en valores y con importantes contenidos técnicos y científicos. Esta objeción resulta especialmente fuerte en los casos en los cuales los poderes políticos no han dictado normas o regulaciones para hacer frente al problema ambiental en cuestión. En dichos casos, el Poder Judicial no sólo debería evaluar información técnica, sino que también debería formular nuevas políticas, crear instituciones,

tanto la doctrina como los instrumentos nacionales e internacionales que reconocen el derecho al ambiente sano se encuentran divididos entre aquellos que lo consideran un derecho individual y los que lo consideran un derecho colectivo.<sup>3</sup> Mientras que la Carta Africana de Derechos Humanos concibe al Derecho al Ambiente Sano como un derecho de los “pueblos”, el protocolo de San Salvador a la Convención Americana lo reconoce como un derecho de los individuos.<sup>4</sup> Algo similar ocurre a nivel constitucional: basta repasar las constituciones de la región para encontrar ejemplos de uno u otro enfoque.

Nuestro país no ha sido ajeno a esas discusiones. En efecto, si bien el texto de la Constitución argentina parece reconocer un derecho individual al establecer que “todos los habitantes” de la nación gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo;<sup>5</sup> nuestra Corte

---

y lidiar con las complejidades de la regulación económica. En Thompson, Barton Jr., “Constitutionalizing the Environment: The History and Future of Montana’s Environmental Provision”, *Montana Law Review*, vol. 64, 2003, p. 193; Rosencranz, Armin y Jackson, Michael, “The Delhi Pollution Case: The Supreme Court of India and the Limits of Judicial Review”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 2003, vol. 28, pp. 224 y 225; Stephen, Tim, *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 116.

<sup>3</sup> Galenkamp, Marlies, *Individualism versus Collectivism. The Concept of Collective Rights*, Rotterdam, Erasmus Universiteit, Faculteit der Wijsbegeerte, 1993; Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2002, t. II, p. 98; Tawil, Guido Santiago, “La cláusula ambiental en la Constitución nacional”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 1995-B, 1995; Esaín, José, García Minella, Gabriela y Pablo Jiménez, Eduardo, “La cuestión de la tutela ambiental antes y después de la reforma constitucional de 1994”, en Roberto Gargarella (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, vol. II, 2010; Badeni, Gregorio, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011; Badeni, Gregorio, *Instituciones del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, vol. I, p. 310.

<sup>4</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, artículo 11. El protocolo de San Salvador entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 y fue ratificado por la Argentina el 30 de junio de 2003 (“Protocolo de San Salvador”).

<sup>5</sup> El artículo 41 de la Constitución Nacional establece que “[t]odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”. Esta fórmula es idéntica a la que utiliza nuestra Constitución para otros derechos cuya titularidad individual nunca fue discutida. Así, el artículo 14 establece que “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

Suprema ha sostenido que el derecho al ambiente sano es, en realidad, un derecho colectivo.<sup>6</sup>

La respuesta a la pregunta sobre quién es el titular del derecho al ambiente sano no es trivial. La decisión que se adopte sobre la titularidad del derecho tendrá un impacto importante en la determinación de su contenido: ¿para quién debe ser sano el ambiente?, ¿para la sociedad en su conjunto o para cada uno de los individuos que la componen?

Este artículo explora las razones históricas que subyacen a la discusión sobre la titularidad del derecho al ambiente sano y busca, de ese modo, explicar las dificultades que ha generado su reconocimiento. Para ello, la sección II analiza la relación entre el sujeto y el objeto del derecho en la teoría liberal clásica. Sostendré que la idea de “control” o “soberanía” del sujeto sobre el objeto de derecho ocupa un rol central en nuestra concepción de los derechos subjetivos que podría explicar las dificultades que generan el reconocimiento de derechos a la existencia de bienes públicos. La sección III explora los orígenes históricos de dicha concepción. Señalaré que la evolución histórica del concepto de derecho subjetivo y el rol central que ocuparon los conceptos de “dominio” y “autonomía” en dicha evolución explican la forma en que concebimos a los derechos subjetivos en la actualidad. La sección IV muestra las dificultades que plantean los derechos a bienes públicos para la estructura liberal clásica, dado que las características de su objeto hacen imposible el “control” del titular sobre el objeto de derecho. Finalmente, en la sección V se presentan algunas conclusiones.

## II. LA RELACIÓN ENTRE EL SUJETO Y EL OBJETO DEL DERECHO EN LA TEORÍA LIBERAL CLÁSICA

En la teoría liberal clásica, la relación entre el individuo, que es sujeto del derecho, y su objeto ha estado típicamente marcada por la idea de “control” o “soberanía” del primero sobre el segundo, que permite que el titular del derecho, en principio, pueda disponer de su objeto como desee.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CSJN, “Halabi”. CSJN, “Mendoza”, sentencia del 20 de junio de 2006.

<sup>7</sup> Roberto Magabeira Unger señala que “our dominant conception of right imagines the right as a zone of discretion of the rightholder, a zone whose boundaries are more or less rigidly fixed at the time of the initial definition of the right”. Unger, Roberto Magabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge Harvard University Press, 1983, p. 38. Nino destaca que “los bienes que los derechos individuales protegen... no sólo deben satisfacer la condición de ser recursos que faciliten la libre elección de planes de vida, sino también la de que su posesión no sea incompatible con la materialización del proyecto que el individuo ha

El caso por excelencia es el del derecho de propiedad, que otorga a su titular un control casi absoluto sobre el bien que es objeto del derecho.<sup>8</sup> El titular puede oponer su derecho de propiedad frente a todos los demás y es el único que puede decidir sobre la suerte del objeto. Puede usarlo, partirlo, consumirlo; puede permitir que terceros hagan uso de la cosa, o ingresen a ella por un precio o gratuitamente; y también puede utilizar las herramientas que le provee el ordenamiento jurídico para repeler los intentos de terceros de ingresar al bien o hacer uso de éste.

Los derechos que se basan en la idea de autonomía siguen también esta estructura. Estos derechos “vedan la *interferencia* en cualquier actividad que no cause perjuicios a terceros” y, de ese modo, permiten que el individuo elija y materialice su plan de vida.<sup>9</sup> Carlos Nino incluye dentro de esta categoría a los derechos a profesar o no un culto, expresar ideas de distinta índole, ejercer actividades laborales, asociarse con otros, trasladarse de un lugar a otro, elegir prácticas sexuales o hábitos personales que no afecten a terceros, etcétera.<sup>10</sup> El Estado y los demás individuos deben abstenerse de interferir en esas elecciones o en la adopción de dichos planes de vida<sup>11</sup> de la misma forma que deben abstenerse de ingresar en la propiedad del individuo sin su consentimiento.<sup>12</sup>

En igual sentido, los derechos a la vida y la integridad física garantizan a su titular el “control” y “disposición” sobre su propio cuerpo. Dentro de

---

elegido, por lo tanto, tales bienes son en principio *disponibles* por sus titulares”, Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 267. En este sentido, Waldron destaca: “it is often said that it is then *for me* to make the complaint, *for me* to insist on enforcement and sanctions, or *for me* to waive the claim that I have if I am feeling for some reason magnanimous”. Waldron, Jeremy, “Nonsense Upon Stilts? A reply”, en Jeremy Waldron (ed.), “Nonsense Upon Stilts”. *Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Nueva York, Methuen, 1987, p. 195.

<sup>8</sup> En el derecho romano, el dominio del titular sobre el objeto incluía el derecho de usar la cosa, extraer frutos y hasta abusar de ella. Los tres *ius* del derecho romano (*ius utendi*, *ius fruendi*, y *ius abutendi*) luego fueron modificados por distintas doctrinas que limitaron la facultad del titular del derecho de “abusar” de su propiedad. Si bien este derecho, en principio absoluto, fue morigerado por el “uso social de la propiedad”, la estructura de control del titular sobre el objeto del derecho se mantiene.

<sup>9</sup> Nino, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 202.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 204 y 205.

<sup>12</sup> En palabras de John Steward Mill, “[w]hen we call anything a person’s right, we mean that he has a valid claim on society to protect him in the possession of it, either by the force of law, or by that of education and opinion”. Stuart Mill, John, *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991 [1859].

los límites establecidos por el ordenamiento jurídico,<sup>13</sup> el titular del derecho puede decidir “permitir” que terceros realicen ciertas acciones que podrían afectar su integridad física; o utilizar las herramientas que le otorga el ordenamiento jurídico para repeler dichos actos. En efecto, Nino señala que no se infringe la inviolabilidad de la persona cuando el individuo consiente el daño.<sup>14</sup> Así, por ejemplo, la perforación del lóbulo de la oreja no constituye una violación al derecho a la integridad física si es consentida por el individuo (o sus padres) pero sí conforma una violación a dicho derecho cuando falta el consentimiento.

Es posible sostener que, dentro de la concepción liberal, el titular tiene la posibilidad de disponer de todos los bienes que son objeto de los derechos civiles, incluso de aquellos que generalmente son imprescindibles para la persecución de los planes de vida que los individuos suelen proponerse (como la vida, la integridad física y la libertad de movimiento).<sup>15</sup> La próxima sesión explora los orígenes históricos de esta concepción.

### III. ORIGEN HISTÓRICO DE ESTA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS

Distintos autores<sup>16</sup> han explorado los orígenes de la concepción liberal de los derechos subjetivos para tratar de explicar la forma que estos derechos

---

<sup>13</sup> Los límites dependen de la concepción del liberalismo que se adopte. Martín Farrell señala que “si el liberalismo se funda en la autonomía, el Estado no puede ser neutral entre los planes de vida que incrementan la autonomía y los que la reducen (o eliminan). Un Estado liberal de la autonomía no puede reconocer el contrato por el cual un hombre se vende como esclavo, y éste es uno de los pocos casos de daño a uno mismo que Mill no aceptaba. Un Estado liberal de la neutralidad, por el contrario, no tiene motivos para no reconocer ese contrato”. Farrell, Martín Diego, *El derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 16.

<sup>14</sup> Nino, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 292.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 295. Mill proponía sólo dos excepciones a este principio: el individuo no podía venderse en esclavitud o casarse en un matrimonio indisoluble. Stuart Mill, John, *On Liberty and Other Essays...*, cit. Estas ideas han impregnado también las discusiones de teoría jurídica. Tanto Hans Kelsen como Hart incorporan la idea de control como parte de su definición de derecho subjetivo: Hart, H. L. A., “Are There Any Natural Rights?”, Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984; Hart, H. L. A., “Legal Rights”, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1982. Asimismo, la teoría del interés, si bien descarta el control sobre el objeto del derecho como elemento que define la existencia de un derecho subjetivo, tiene dificultades para incorporar los derechos sobre bienes públicos a su teoría. Así, por ejemplo, Neil MacCormick niega la posibilidad de que existan derechos individuales sobre bienes públicos, Maccormick, Neil, *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, Tuck, Richard, *Natural Rights Theories. Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal*



adoptan en la actualidad.<sup>17</sup> Estos análisis históricos a menudo explican la idea de “control”, “disposición” o “soberanía” del sujeto sobre el objeto del derecho por la estrecha relación que históricamente ha existido entre los conceptos de “derecho subjetivo” y “propiedad”.<sup>18</sup>

Para Ian Shapiro, los argumentos centrales que dan forma a una concepción distintiva de los derechos individuales en la tradición liberal, encuentran su origen en las teorías contractualistas de Thomas Hobbes y John Locke.<sup>19</sup> Shapiro destaca que Hobbes tuvo un rol central en la articulación

---

*Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986; Tierney, Brian, “The Idea of Natural Rights. Origins and Persistence”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Northwestern, 2004, vol. 2.

<sup>17</sup> Si bien la visión liberal de los derechos fundamentales no responde a una sola idea, sino que es el resultado del ensamble de distintas doctrinas, concepciones, teorías y creencias; el estudio de sus orígenes y mutaciones puede servir para entender la forma que los derechos fundamentales adoptan dentro de esta tradición. Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory*, cit., p. 5; Tierney señala que “the very existence of our modern culture of rights is not intelligible unless we pay some attention to the early history of the idea”. Tierney, Brian, “Dominion of Self and Natural Rights before Locke and After”, en: Mäkinen, Virpi y Krokman, Petter (eds.), *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Dordecht, Springer, 2006, p. 198.

<sup>18</sup> Tuck, Richard, *Natural Rights Theories. Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; Macpherson, C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Lock.*, Nueva York, Oxford University Press, 1962; Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Attracta Ingram destaca que “[t]he received view of what it means for individuals to have rights is for each to own all of herself and no part of anyone else. So talk of rights is one with talk of property”, p. 5. Roberto Mangabeira Unger sugiere que el derecho de propiedad ha sido el modelo de los derechos en general “[t]he consolidated property right had to be a zone of absolute discretion. In this zone, the rightholder could avoid any tangle of claims to mutual responsibility. It was natural that this conception of right should be extended to all rights”. Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, cit., p. 36; Turpel, Mary Ellen, “Aboriginal Peoples and the Canadian. Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences”, *Canadian Human Rights Yearbook*, Canada, 1989-90, vol. 6, p. 15. (“The idea of the absolute right to property, as an exclusive zone of ownership... is arguably the cornerstone of the idea of rights in Anglo-American law. Rights are seen as a special zone of exclusion where the individual is protected against the harm from others. Obviously, this is a highly individualistic and negative concept of social life based on the fear of attack on one’s «private» sphere. It provides something of a basis, however, for all ideas about rights, the idea that there is a zone of absolute individual right where the individual can do what she chooses”).

<sup>19</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory*, cit., p. 144. Sin embargo, Shapiro reconoce que es posible trazar los orígenes de algunos de sus elementos en el pensamiento político renacentista y medieval, y en el derecho romano, sin embargo “seventeenth-century contract theorist combined these elements in new ways, thereby constructing a view of rights that formed the armature of modern liberal ideology”. Brian Tierney y Richard Tuck sostiene que los conceptos de los autores modernos ya estaban presentes en la tradición discursiva que estos autores heredaron de la edad media. Tierney, Brian, *The Idea of Natural Rights*,

del “vocabulario y la gramática” de los derechos liberales.<sup>20</sup> Si bien Hobbes define la libertad del individuo como un campo residual, que es consecuencia del silencio de la ley y que existe por voluntad del soberano —quien puede invadirla a voluntad—; no ocurre lo mismo con los derechos individuales.<sup>21</sup> Para Hobbes, los derechos del individuo frente a otros individuos son inviolables y constituyen la noción moderna de propiedad exclusiva.<sup>22</sup> Shapiro señala que esta concepción de los derechos subjetivos guarda una conexión directa con el concepto de autodomínio (*self-ownership*):<sup>23</sup> “[t]here is a basic equation of doing, knowing, and making at the root of Hobbes’s creationist or workmanship view of the world which generates the notion that I can own my actions, or be proprietor of them, in the same way as I can own or be proprietor of an object I have made. In this way the individual private property right is the conceptual model of rights in general”.<sup>24</sup>

En efecto, Hobbes define a los derechos de propiedad como derechos que le confieren al individuo un dominio exclusivo,<sup>25</sup> oponible *erga omnes*; y

---

Atlanta, Emory Press, 1997, p. 88 y 89; Tuck, Richard, *Natural Rights Theories. Their origin and development...*, *cit.* Véase también, Tierney, Brian, “Dominion of Self and Natural Rights before Locke and After”, *cit.*, pp. 173 y 174; Tierney, Brian, “Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches”, *The Review of Politics*, Notre Dame, vol. 64, núm. 3, 2002, pp. 399 y ss.; Tierney, Brian, “The Idea of Natural Rights. Origins and Persistence”, *cit.*, p. 8.

<sup>20</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, pp. 23 y 24.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 276 y 277. En igual sentido, Curran destaca que “[i]f, however, we can interpret a substantive right as a right that can be held against other individuals, rather than against the state, then we have, under the second law of nature, some substantive rights (or *claim rights* in Hohfeldian language) for individuals in Hobbes’s theory... [and] the sovereign is obliged to enforce the rights that individuals hold against each other”, Curran, Eleanor, *Reclaiming the Rights of the Hobbesian Subject*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 118; también en véase “Hobbes Theory of Rights”, en Lloyd, S. A. (ed.), *Hobbes Today. Insights for the 21st Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

<sup>22</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, pp. 276 y 277. Es importante señalar que Hobbes escribía en un contexto en el cual se comenzaba a consolidar la transmisibilidad de la propiedad, lo cual marcaba el fin de las obligaciones y derechos feudales, y da origen al concepto moderno de *dominio*: “It was at this time that the common law shed much of its medieval machinery... Property assumed its modern form of exclusive dominion and became a predicate of its owner, conferring rights and powers of exchange on him, no longer entailing social or political obligations. The individual property owner became the central figure of land law”, *ibidem*, p. 53.

<sup>23</sup> En este sentido, Ingram destaca que «Hobbes had held the doctrine [of self-ownership] before Locke: ‘Of things held in propriety those that are dearest to a man are his own life, and limbs’», en Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights...*, *cit.*, pp. 18 y 19.

<sup>24</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, p. 64.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 31. En este sentido, Hobbes señala que “[t]he property which a subject hath in his lands, consisteth in a right to exclude all other subjects”.

son estos derechos los que constituyen el modelo básico de los derechos fundamentales: “they are seen as spheres of private action. Rights become religious, economic, legal, social, and moral spheres surrounding individuals that can only be entered by other individuals via mutual consent. The only sense in which this view of rights entails a theory of obligation is that all are obliged not to violate the private spheres of others”.<sup>26</sup>

Es decir que, al igual que ocurre con el derecho de dominio sobre las cosas, estas esferas de acción privada quedan bajo el control exclusivo del individuo, son oponibles a todos y es su titular quien puede decidir si permitir o no permitir las intromisiones de terceros, de la misma forma que puede decidir si permitir o no el acceso a un bien de su propiedad. Esta idea de las libertades negativas definidas como esferas que rodean al individuo y que no pueden ser penetradas por otros individuos sin su consentimiento se convertiría, luego, en la visión estándar de la libertad en la tradición liberal.<sup>27</sup>

Shapiro explica que, con Locke, estas ideas —que para Hobbes sólo resultaban aplicables a las relaciones entre individuos— se trasladarían a la relación del individuo con el Estado.<sup>28</sup> En efecto, al igual que Hobbes,

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 60 y 61; C. B. Macpherson sostiene que Hobbes concebía al individuo como libre, en tanto poseedor de su persona y sus capacidades “the original seventeenth-century individualism contained the central difficulty, which lay in its possessive quality. Its possessive quality is found in its conception of the individual as essentially the proprietor of his own person or capacities, owing nothing to society for them. The relation of ownership, having become for more and more men the critically important relation determining their actual freedom and actual prospect of realizing their full potentialities, was read back into the nature of the individual. The individual is free in as much as he is proprietor of his person and capacity”, Macpherson, C. B. *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke...*, cit., p. 3. Si bien la teoría del individualismo posesivo que propone Macpherson ha sido objeto de críticas por ser históricamente inadecuada y una reducción simplista de los argumentos de Hobbes; Shapiro reconocen que mucho de su análisis confirma la visión de Macpherson sobre el individuo en Hobbes: Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, cit., p. 69. En igual sentido, Richard Tuck sostiene que “Macpherson correctly dividend the «possessive character» of the classic works; a concept of man as the *owner* of his liberty and other moral attributes undoubtedly central to them. But this is a much more complex matter than might appear from Macpherson’s book”, Tuck, “Natural Rights Theories. Their origin and development”, *Natural Rights Theories. Their origin and development...*, cit., p. 3. Para una crítica de la teoría de Macpherson puede verse: Tully, James, “The Possessive Individualism Thesis: A Reconsideration in the Light of Recent Scholarship”, en Carens, Joseph H. (ed.), *Democracy and Possessive Individualism: The Intellectual Legacy of C. B. Macpherson*, Nueva York, SUNY Press, 1993, pp. 19 y 20.

<sup>27</sup> “This view of man’s negative freedom, of a private sphere surrounding him that cannot be entered (first by other individuals and eventually by the state) without his consent, became the standard view of freedom in the liberal tradition, interlocking neatly with the Cartesian view of the person”. Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, cit., p. 277.

<sup>28</sup> “[t]he notion or private-law rights of exclusive dominion having force against the state first achieved currency with Locke and the Whigs during their radical phase in the early

Locke identifica el concepto de derecho subjetivo con el derecho de propiedad.<sup>29</sup> Si bien en el estado de naturaleza el hombre es libre y el dueño absoluto de su persona y sus posesiones, el disfrute de estos derechos es muy incierto ya que el individuo se encuentra constantemente expuesto a las “invasiones” de los demás.<sup>30</sup> Según Locke, “[man] seeks out, and is willing to joyn in Society with others who are already united, or have a mind to unite for the mutual Preservation of their Lives, Liberties and Estates, which I call by the general Name, Property”.<sup>31</sup> Richard Ashcraft destaca que una vez fuera del estado de naturaleza, “anyone who «unjustly invades another man’s right» becomes an aggressor, robber, or thief who may be resisted or killed. Moreover, «the injury and the crime is equal, whether committed by the wearer of a crown, or some petty villain»”.<sup>32</sup>

Es decir que, para Locke, el individuo en el estado de naturaleza tiene derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, y que al comenzar a formar parte de la sociedad estos derechos se agrupan bajo un sólo término: «propiedad».<sup>33</sup> Esta propiedad no sólo abarca los objetos materiales, sino que se extiende incluso al dominio sobre la propia persona:<sup>34</sup> para Locke “every Man has a Property in his own Person”. Este autodomínio sirve tanto para fundar la necesidad de que cualquier gobierno legítimo esté basado en el consentimiento de todos y cada uno de los individuos (ya que ninguno

---

1680s. Ashcraft points out that it was they who adapted the metaphor of invasion from the nation to the individual, in order to argue that the king had invaded the liberties of his subjects”, *ibidem*, pp. 276 y 277; Ashcraft, Richard, “Revolutionary Politics and Locke’s Two Treatises of Government: Radicalism and Lockean Political Theory”, *Political Theory*, United States, vol. 8, núm. 4, 1980, pp. 429-486.

<sup>29</sup> Kendall, Willmoore, *John Locke and the Doctrine of Majority-Rule*, Urbana, University of Illinois Press, 1965, p. 64.

<sup>30</sup> Ashcraft, Richard, “Revolutionary Politics and Locke’s Two Treatises of Government: Radicalism and Lockean Political Theory...”, *cit.*, p. 474.

<sup>31</sup> Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2014, p. 123.

<sup>32</sup> Ashcraft, Richard, “Revolutionary Politics and Locke’s Two Treatises of Government: Radicalism and Lockean Political Theory”, *cit.*, p. 474.

<sup>33</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, p. 89: “What are rights to? Locke answers this very broadly by saying that each man has a right to his life, liberty, and property; that in the state of nature he has a further right to enforce the law of nature for reasons of punishment, prevention of and compensation for injuries done to him, and that although this right to enforce is renounced on entering civil society, man’s other rights are grouped together under the single term of property”; Tully, James, *A discourse on Property. John Locke and his Adversaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, p. 115.

<sup>34</sup> Tierney, Brian, “Dominion of Self and Natural Rights before Locke and After...”, *cit.*, p. 177.

“pertenece” a otro o está sujeto a su señorío); como para sostener que el individuo puede decidir libremente como conducir su plan de vida, entre una amplia variedad de opciones.<sup>35</sup>

James Tully destaca que el significado de “propiedad” para Locke abarca “any sort of right, the nature of which is that it cannot be taken without a man’s consent”.<sup>36</sup> Así definido, el concepto de propiedad abarca los objetos materiales, la vida, la libertad y el patrimonio ya que ninguno de ellos puede ser tomados sin el consentimiento del agente.<sup>37</sup> Tully sostiene que esta definición de propiedad marca un punto de inflexión en la historia de los derechos fundamentales. En efecto, los derechos que hasta entonces derivaban de un deber de no interferencia<sup>38</sup> —establecido por el derecho natural o el derecho divino— pasan a convertirse en un derivado de nuestra propia soberanía moral. De esta manera, Locke pone el foco en el poder moral del agente para dar su consentimiento —en lugar de otorgarle primacía al deber negativo de los otros— y resalta el grado de soberanía que cualquier derecho confiere al titular sobre su objeto.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> “the nature [of property] is, that without a man’s own consent it cannot be taken from him”, Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil...*, cit., p. 193. Tully sostiene que el concepto de “propiedad” en Locke podría referirse a lo que es “propio” del individuo en cualquier sentido y en cualquier grado, y no necesariamente se encuentra circunscripto a la idea de control privado y exclusivo. Tully, James, *A Discourse on Property. John Locke and his Adversaries...*, cit., p. 116. Si bien no descarta la hipótesis de Tully, Belevsky señala: “his claim has not been taken simply as that... property is taken to mean private property, which... amounts to the right to exclude. The sphere of liberty thus become individual dominion; society may not trespass, nor may it make any claims to mutual responsibility”. Belevsky, Diana, “Liberty as Property”, *The University of Toronto Law Journal*, Toronto, vol. 45, núm. 3, 1995, pp. 220 y 221.

<sup>37</sup> Tully, James, *A Discourse on Property. John Locke and his Adversaries...*, cit., p. 115: “Property is «a right to any thing» and injustice is «The invasion or Violation of that right»”. En el caso “Mesquida Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional. Armada Argentina y otro s/Accidente en el Ambito Militar y F. Seguridad”, el Ministro Petracchi hace referencia expresa a esta relación: “en la reseña de estos principios también cabe tener presente que si bien el concepto actual de propiedad o dominio es más restrictivo que en la concepción medieval, dicho concepto comprendía cualquier categoría de derechos, de modo tal que la vida y la integridad física también constituían una suerte de propiedad, en el sentido de que los hombres «tienen la posesión y el uso de su vida»”.

<sup>38</sup> “For Grotius and Pufendorf, one’s own is defined in terms of the natural and negative duty to abstain from what belongs to others. Whatever is one’s own and whatever sorts of rights one has over these items, the negative duty always applies”, Tully, James, *A Discourse on Property. John Locke and his Adversaries...*, cit., p. 114.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 115: “For I have truly no Property in that, which another man can by right take from me, when he plaseses, against my consent”. En el mismo sentido, Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil...*, cit., p. 138.

En igual sentido, John Simmons y Diana Belevsky señalan que esta caracterización de todos los derechos como propiedad sugiere la idea de que los derechos otorgan un tipo de control moral o soberanía sobre un área particular de nuestras vidas y definen un espacio moral dentro del cual el individuo puede operar libremente.<sup>40</sup> En efecto, Simmons observa que la descripción de Locke sobre la propiedad sobre uno mismo incluye “the right to pursue our plans, to invest our actions and labors, to extend our sphere of rightful control (that which is private) into the world, and to alienate our rights in the pursuit of innocent projects”.<sup>41</sup>

Es decir que, tanto Hobbes como Locke dieron forma a su concepción de los derechos fundamentales tomando como base el derecho de propiedad. En efecto, ambos autores conciben a los derechos subjetivos como esferas de acción privada que rodean al individuo y sólo pueden ser penetrados por otros individuos con el consentimiento de su titular. Esta concepción de los derechos subjetivos implica una relación de control o soberanía del titular del derecho respecto de su objeto. Peter Jones señala que el siglo XVII este uso extendido del término propiedad resultaba frecuente.<sup>42</sup>

Si bien hoy en día hablar de “propiedad” sobre nuestra persona puede sonar extraño, Attracta Ingram,<sup>43</sup> Peter Jones<sup>44</sup> y Shapiro destacan que esta

---

<sup>40</sup> Simmons, A. John, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1992, p. 92, “Locke characterizes all rights (and not just rights in external goods) as property, that is, what is properly our own. This suggests the idea of a right as a kind of moral control or sovereignty over a particular area of our lives, defining a moral space within which we are free to operate”; Belevsky, Diana, “Liberty as Property...”, *cit.*, p. 226.

<sup>41</sup> Simmons rechaza la idea de Shapiro y Tully de que Locke fue un precursor de la teoría de la elección: “I would not intend to argue (as many have done) that Locke subscribes to (or is a precursor of) what is commonly referred to as the «choice theory» of rights... I think Locke is best thought of as holding that both choice and benefit are central to the idea of right”, Simmons, A. John, *The Lockean Theory of Rights...*, *cit.*, p. 92.

<sup>42</sup> Jones, Peter, *Rights*, New York, Palgrave-Macmillan, 1994, p. 107.

<sup>43</sup> Ingram señala que el liberalismo pone al individuo en una posición de autogobierno, cuya expresión estándar es el principio de propiedad sobre uno mismo (*self-ownership*). En Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights...*, *cit.*, p. 17. Este principio postula que cada ser humano es dueño de su persona, sus poderes y talentos y puede hacer con ellos lo que quiera, siempre que no interfiera con los derechos de los demás (pp. 19, 25). Para Ingram, en este contexto, “what it means to have a right is to have a certain proprietary control over the domain specified as the object of the right”, p. 19. Es decir, que el significado de “derechos” sigue siendo controlado por el significado de “propiedad”, p. 27.

<sup>44</sup> Jones señala: “Nowadays that usage would be unusual. Even so, a similar form of thinking often seemst o underpin many contemporary assertions of rights. Thus it would be commonplace to hear someone who resented the interference of another protesting, «Look, my life is *mine* and therefore I, and I alone, have the right to decide how to live it!». Why should individuals have the right to decide for themselves matters such as which religion (if



identificación entre derecho subjetivo y propiedad sigue estando presente en el discurso moderno sobre los derechos.<sup>45</sup> En efecto, muchos de los trabajos que analizan los fundamentos de los derechos subjetivos todavía recurren a la idea de autodominio y a la visión de las libertades negativas como esferas que rodean al individuo y no pueden ser penetradas por otros individuos sin su consentimiento.<sup>46</sup> Estos conceptos conforman, según Shapiro, la visión estándar de la libertad en la tradición liberal.<sup>47</sup>

---

any) to practice, which career to pursue and which partner to marry, particularly since others might make better decisions on their behalf? A variety of answers may be given but one of the simplest invoke this idea of self-ownership: because my life is mine, I am the only one entitled to determine its course". Jones, Peter, *Rights...*, *cit.*, pp. 107 y 108.

<sup>45</sup> Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights...*, *cit.*; Jones, Peter, *Rights...*, *cit.*, p. 107. En este sentido, Andrew Kernohan ha señalado, por ejemplo: "At a minimum, a notion of freedom of the person would have to include: (1) The right of persons to remain in possession of their bodies, their body parts and their talents and abilities. (2) The right of persons to use their bodies and talents as they see fit, provided they do not interfere with the rights of others. (3) The right of persons to decide who else may utilize their bodies and talents, and how and under what conditions this may be done. These three rights by no means provide a complete articulation of the notion of personal freedom, but any such notion would include all three of these rights". Kernohan, Andrew, "Rawls and the Collective Ownership of Natural Abilities", *Canadian Journal of Philosophy*, Canada, vol. 20, núm. 1, 1990, p. 22. Por su parte, Judith Jarvis Thomson ha sostenido que los derechos que una persona tiene sobre su cuerpo son equivalentes a los derechos que tiene sobre las cosas, para justificar la propiedad de los individuos sobre su cuerpo: "Ownership is a cluster of claims, privileges, and powers in respect of the things owned; so anyone who makes use of your house, typewriter, or shoes without your consent... infringes a property claim of yours. We have similar rights in respect of our bodies. Anyone who makes use of your body without your consent—for example, anyone who hits it with a log without your consent— infringes a property claim of yours... No doubt it sounds odd to say that people own their bodies. How could a person X be thought to own something that has as intimate a relation to X as X's body has to X? But ownership really is no more than a cluster of claims, privileges, and powers; and if the cluster of rights that a person X has in respect of his or her body is sufficiently like the clusters of rights people have in respect of their houses, typewriters, and shoes, then there is no objection in theory to saying that X does own his or her body, however odd it may sound to say so, however unaccustomed we may be to saying so... There are differences as well as similarities between ownership of the likes of a typewriter on the one hand and ownership of one's body on the other. There is a lot of me left to myself if I sell my typewriter: all of me is left. What is there left to me if I sell my body? My soul? Anything at all? On some views, I just am my body, so to sell my body is to sell myself. On any view, I am more intimately related to my body than I am to my typewriter. To mark similarities, I will say that people own their bodies. To mark the differences, I will say that people's bodies are their First Property, whereas everything else that they own... is their Second property". Thomson, Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, pp. 225 y 226.

<sup>46</sup> Tierney, Brian "Dominion of Self and Natural Rights before Locke and After...", *cit.*, p. 196.

<sup>47</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, p. 277.

Este autor destaca que ambas ideas dominan el trabajo de Robert Nozick, quien adopta una versión radical de los derechos como esferas, la cual lo lleva incluso a poner en juego gran parte de su teoría para mantenerla intacta.<sup>48</sup> Para Nozick “[a] line (or hyperplane) circumscribes an area in moral space around an individual”<sup>49</sup> y no existen circunstancias en las cuales esta línea pueda ser violada sin el consentimiento del individuo en cuestión.<sup>50</sup> Asimismo, este autor lleva al extremo la idea del individuo como titular de un derecho de propiedad exclusiva sobre sus capacidades y sobre las cosas que posee.<sup>51</sup> Ingram destaca que esta soberanía absoluta sobre su propia persona significa que el individuo no está obligado a ponerse a disposición de otros, y que nadie puede decidir sobre el uso de sus talentos, aún en circunstancias de extrema necesidad.<sup>52</sup>

Shapiro señala que estas ideas también están presentes en la teoría propuesta por Rawls. En efecto, Rawls defiende su concepción de las “libertades básicas” mediante una apelación al argumento convencional de la libertad negativa de Locke, que aparece luego en Mill, Nozick y Dworkin, entre otros.<sup>53</sup> Para Shapiro, la idea de las libertades negativas como esferas que rodean al individuo se encuentra presente en la obra de Rawls, de for-

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 160, “It requires his tortuous compensation arguments, his arbitrary definition of acting in «equilibrium» and his whole «side-constraint» theory of right”; Tierney, Brian, “Dominion of Self and Natural Rights before Locke and After...”, *cit.*, p. 196; Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights...*, *cit.*; Jones, Peter, *Rights...*, *cit.*, p. 108.

<sup>49</sup> Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 2a. ed., United States, Basic Books, 2013, p. 57.

<sup>50</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, p. 160. En igual sentido, Thomas Nagel destaca que para Nozick: “Rights ... are boundaries around each innocent person that may not be crossed, even to prevent greater evils” (en el prefacio del libro de Nozick que cito en esta nota). Nozick señala que “A person may choose to do himself, I shall suppose, the things that would impinge across his boundaries when done without his consent by another... Also, he may give another permission to do these things to him (including things impossible for him to do to himself. Voluntary consent opens the border for crossing”, Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia...*, *cit.*, p. 57.

<sup>51</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, p. 195.

<sup>52</sup> Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights...*, *cit.*, p. 34 (citando a Nozick, *Anarchy, State and Utopia...*, *cit.*, pp. 169 y 170). En este sentido, Shapiro señala que, dado que el hombre ya no es concebido como una posesión de Dios, es difícil imaginar que el individuo que concibe Nozick esté restringido por algún requerimiento moral exógeno. Shapiro, Ian *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, p. 164.

<sup>53</sup> Shapiro, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory...*, *cit.*, pp. 223 y 224, “if we forget for a moment Locke’s arguments for the suppression of atheists and Papists... his defense of toleration could be straight out of *A Letter Concerning Toleration*. All the main ingredients are present: the view of religious and other freedoms as rights of privacy, the view of religious groups as voluntary associations whose internal activities should never be interfered with unless they violate an individual’s freedom, and the view of the state as reserving the right to



ma incluso más fuerte que en los trabajos de Nozick:<sup>54</sup> “[for] Rawls... «basic liberties are, in effect, unalienable and therefore can neither be waived nor limited by any agreements made by citizens, nor overridden by shared collective preferences»”.<sup>55</sup> Para Rawls, cada individuo concibe y ejecuta su plan de vida de forma separada de los demás; pero, por sobre todo, al igual que Nozick, Rawls sostiene la necesidad de que todos los individuos consientan los principios que propone en el estadio constituyente, lo que implica asumir que de otra forma se estarían violando los derechos de aquellos que no consintieron.<sup>56</sup>

Esta identificación entre derecho subjetivo y propiedad, excede las discusiones de teoría política y puede encontrarse también en los argumentos utilizados por nuestros tribunales. En efecto, nuestra Corte Suprema frecuentemente describen los derechos a la libertad,<sup>57</sup> la integridad física o la privacidad utilizando metáforas basadas en el derecho de propiedad.<sup>58</sup> Así, por ejemplo, ha utilizado la metáfora de una esfera que rodea al individuo y no puede ser penetrada sin su consentimiento para referirse al derecho a la intimidad, al sostener:

---

regulate these associations in the interests of public order and security, but remaining otherwise neutral with respect to different religions”, p. 224 y n. 24.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 224. Shapiro señala, además: “[a]lthough Rawls claims to take a different, relational, view of freedom, his need to maintain the content of the negative libertarian view leads him to model his definition of freedom on a version of Locke’s account of religious toleration, to distinguish liberty from its «worth» and to argue for the priority of the former, all hallmarks of the standard negative libertarian view”, p. 278.

<sup>55</sup> *Ibidem*, “[l]eaving aside the vagueness of the difference principle, its injunctions are secondary to, and can never override, the priority of liberty understood in this negative libertarian view”, p. 278.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 277 y 278.

<sup>57</sup> En “Arriola” la Corte suprema señaló que “Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 41 y 51 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros... El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera”.

<sup>58</sup> Turpel destaca: “The metaphors of the fence, mapping, and trespassing are so property-specific and exclusionary in character they can only be construed as symptoms of acute Locke-jaw. Notions of protection for social/legal intrusion, a classical concept of liberty, seem to have a common conceptual origin in or nexus with property rights... The extension of this notion of a natural right to property to other forms of social relations (and conceptions of the private... emphasizes a liberal conception of social life where the maximization of wealth and happiness through self-interest is the guiding creed. Ideologically, liberal notions of property and self-interest regulate the general character of Canadian political discourse”. Turpel, Mary Ellen, “Aboriginal Peoples and the Canadian Charter...”, *cit.*, p. 16.

Las comunicaciones a las que se refiere la Ley 25.873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda “injerencia” o “intromisión”, “arbitraria” o “abusiva” en la “vida privada” de los afectados.<sup>59</sup>

También se ha referido en estos términos a los derechos del individuo sobre su cuerpo al señalar que “no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad, ya que las muestras [de ADN] han sido tomadas sin invadir el cuerpo del recurrente”.<sup>60</sup>

#### IV. DOMINIO, AUTONOMÍA Y EL DERECHO AL AMBIENTE SANO

A partir del análisis propuesto en la sección anterior, es posible sostener que los derechos liberales clásicos fueron moldeados de acuerdo a la dicotomía “dominio/autodominio”. Es decir, el individuo tiene, por un lado, el dominio de su persona, su vida y sus talentos, que es oponible *erga omnes*, y le permite decidir sobre estos bienes y desarrollar su plan de vida sin interferencias por parte de los otros individuos o del Estado (siempre que no cause perjuicios a terceros).<sup>61</sup> Por otro, tiene el dominio sobre bienes y cosas

---

<sup>59</sup> Véase al respecto el caso “Halabi c/EN”. Asimismo, en el caso “CIPPEC c/ EN M° Desarrollo Social Dto 1172/03” al referirse a la solicitud de acceso a la información presentada por los actores, la Corte señala que “una solicitud de esta naturaleza no busca indagar indiscretamente en la esfera privada que define el artículo 19 de la Constitución Nacional sobre la situación particular de las personas físicas que recibieron tales subsidios”. En “De Reyes Balboa Manuel C/ Editorial Río Negro S.A. s/Daños y Perjuicios” al referirse al derecho a la intimidad del actor, la Corte destacó que “no puede entenderse que mediante la publicación efectuada la editorial demandada se hubiese inmiscuido en la esfera privada de aquel, protegida de toda intromisión por el citado art. 19 de la Constitución Nacional”. En “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años” ha sostenido que “el marco de protección que confieren las normas de nuestra Constitución Nacional... no implica que se prohíba toda intrusión estatal respecto del derecho de privacidad. Importa más bien que la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país, para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, pero no lleva desde luego a impedir la ejecución de aquellas medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal”.

<sup>60</sup> CSJN, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”.

<sup>61</sup> John Christman señala: “A powerful way of expressing the principle of individual liberty is to claim that every individual has full «property rights» over her body, skills, and labor.

externas a su persona, que es oponible *erga omnes* y le permite decidir sobre la suerte del objeto, sin necesidad de obtener el consentimiento de otros.

En efecto, el Estado y los demás individuos deben abstenerse de interferir en las elecciones y planes de vida del individuo, de la misma forma que deben abstenerse de ingresar en la propiedad del individuo sin su consentimiento. Esta dicotomía “dominio/autodominio” que constituye la base de los derechos civiles clásicos, también sirve de fundamento a los derechos políticos. Waldron señala que, para el liberalismo, la base de toda soberanía y todo poder político es el derecho de los individuos (individualmente o en conjunto) de gobernarse a sí mismos.<sup>62</sup>

Ingram explica la persistencia de la idea de “autodominio” por su posibilidad de dar respuesta a los miedos de los individuos al poder sin restricciones, la esclavitud, la servidumbre y el uso de nuestros cuerpos como “repuestos” de otros; a la vez que refuerza la idea de que estamos “en control” de nuestras vidas y podemos perseguir nuestro propio ideal de lo que constituye una buena vida.<sup>63</sup> En este sentido, la idea del autodominio es “a contingent but powerful ideology because it merely extends an existing social practice of respect for property by bringing personal powers into that sphere”.<sup>64</sup> En este sentido, Jones destaca que el autodominio sirve de justificación al derecho a disponer sobre su propia persona, decidir que uso darle a sus talentos y habilidades.<sup>65</sup> Puede justificar derechos como la libertad

---

The view is that those rights, liberties and powers that are associated with the ownership of property comprise the rightful sovereignty that each person has over herself within the proscription of harm to others”. Christman, John, “Self-Ownership, Equality, and the Structure of Property Rights”, *Political Theory*, United States, vol. 19, núm. 1, 1991, p. 29; Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights...*, *cit.*, p. 25.

<sup>62</sup> “The liberal position is that the basis of all sovereignty and all political power is the people’s right, individually and together, to govern themselves”. Waldron, Jeremy, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 20. En apoyo a su posición, Waldron cita aquí a Raisborough quien sostiene que “it’s clear, that every man that is to live under a government ought first by his own consent to put himself under that government; and I do think that the poorest man in England is not at all bound in a strict sense to the government that he has not had a voice to put himself under”.

<sup>63</sup> Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights...*, *cit.*, p. 26. Sin embargo, este autor señala que la tesis del autodominio sólo previene la esclavitud involuntaria: “Because it affirms the view that people can be subjects of private property rules, and allows them to do as they wish with their own property, the thesis permits voluntary slavery and subjection to absolute power. Its moral authority is thereby considerably diminished”, p. 38.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 69 y 70. Ingram destaca que esta concepción es tan poderosa que sus dificultades internas y sus incoherencias son vistas más como problemas a ser solucionados que como razones para rechazarla.

<sup>65</sup> Jones, Peter, *Rights...*, *cit.*, p. 108.

de expresión, la libertad religiosa, la libertad de asociación y puede también servir de fundamento para cuestionar el tratamiento paternalista de los adultos.<sup>66</sup> Sin embargo, como bien destacan Ingram y Jones, esta idea sólo sirve de soporte a las concepciones negativas de la libertad, es decir, a la libertad de hacer lo que uno desee siempre que no le cause un daño a terceros.<sup>67</sup>

Esta estructura clásica de los derechos subjetivos sufrió un importante desafío con el reconocimiento de los llamados “derechos económicos, sociales y culturales”,<sup>68</sup> que algunos autores consideran un “injerto extraño” en la teoría liberal clásica.<sup>69</sup> Estos derechos se distancian de la dicotomía “dominio/autodominio” y no necesariamente mantienen la estructura de “control” o “soberanía” del titular sobre el objeto del derecho. En efecto, el titular de un derecho social no tiene el control sobre un objeto que forma parte de su “dominio” ni una esfera que lo protege de las interferencias de terceros. Por el contrario, tiene el derecho a acceder a ciertos bienes que son importantes para la persecución de su plan de vida. Nino señala que, en lo que respecta al subsistema de control sobre bienes y recursos, “es bastante claro que la concepción [liberal]... requiere que se provea un acceso igualitario... al control individual de recursos de valor económico que son necesarios para la elección y materialización de planes de vida”.<sup>70</sup>

El interés protegido no está entonces caracterizado por la “no interferencia” en la esfera de control del individuo, sino por lo que el titular del derecho necesita para su bienestar.<sup>71</sup> La relación entre el titular y el objeto del derecho no puede ser descrita ya en términos de “propiedad” o “soberanía”. H. L. A. Hart destaca que en el caso de estos derechos el titular

---

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights...*, *cit.*, p. 19. Sin embargo, es importante aclarar que de esto no se desprende que los derechos civiles y políticos no requieran la realización de acciones positivas por parte del Estado.

<sup>68</sup> Se ha dicho mucho a favor y en contra del reconocimiento de los derechos sociales y sobre si es posible darles un tratamiento equivalente al que reciben los derechos civiles y políticos. No pretendo entrar en dicha discusión sino tan sólo referirme brevemente a su estructura y a la relación entre el sujeto y el objeto de los derechos sociales. Sobre el reconocimiento de los derechos sociales puede verse Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.

<sup>69</sup> Atria señala que “[l]a relación entre derechos sociales y derecho burgués... es la relación entre un implante extraño y el cuerpo receptor”: Atria, Fernando, “Derechos sociales, socialismo y contrato social”, en Owen Fiss *et al.* (ed.), *SELA: 20 años pensando en los derechos y la democracia*, Buenos Aires, Librería, 2015, p. 68.

<sup>70</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 351.

<sup>71</sup> Atria, Fernando, “Derechos sociales, socialismo y contrato social...”, *cit.*, p. 70.

tiene un menor control respecto del deber del Estado de proveer estos bienes del que tiene respecto de los derechos civiles clásicos. Como señalamos anteriormente sobre los derechos civiles, el titular puede decidir si permitir o no permitir la interferencia de terceros, si reclamar o no el auxilio del Estado, si perseguir las violaciones a su derecho o llegar a un acuerdo con el demandado. En cambio, Hart señala que los derechos sociales “cannot be extinguished or waived by beneficiaries, nor does their breach necessarily give rise to any secondary obligation to make compensation which the beneficiaries can enforce, leave unenforced or extinguish”.<sup>72</sup>

Sin embargo, el objeto de los derechos sociales no deja de ser técnicamente “bienes privados” que podrían ser adquiridos a través de mecanismos de mercado.<sup>73</sup> Esta característica lleva a que puedan ser asimilados con más facilidad dentro del sistema clásico.<sup>74</sup> En efecto, si bien muchos de los derechos sociales requieren de un proceso de “descomodificación” de su objeto, por el cual bienes que antes se comerciaban en el mercado son convertidos en bienes públicos para garantizar el acceso a toda la población, no dejan de ser derechos a bienes privados.<sup>75</sup> Así, por ejemplo, el derecho a la salud

---

<sup>72</sup> Hart, H. L. A., “Legal Rights...”, *cit.*, pp. 185 y 186. Si bien Hart enfoca su análisis desde la teoría de la voluntad, los autores que suscriben la teoría del interés también encuentran problemas para incluir a los derechos a la existencia de bienes públicos dentro de sus teorías. Así, por ejemplo, MacCormick niega que puedan existir derechos que tengan por objeto bienes públicos y Raz sostiene una posición similar, aunque sólo respecto a los bienes “inherentemente públicos”.

<sup>73</sup> Waldron, Jeremy, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991...*, *cit.*, pp. 343 y 344: “the familiar first-generation rights... protect individual interests, whether they are individuals’ private interests (in property, security or whatever) or individuals’ interest in participating on equal terms with others in public life... The same is true of most claims associated with second generation human rights... some are claims to personal benefits; others are claims to the wherewithal to participate in the social, economic and cultural life of the community”.

<sup>74</sup> Para una crítica a la asimilación de los derechos económicos, sociales y culturales puede verse Atria, Fernando, “Derechos sociales, socialismo y contrato social...”, *cit.* Para Atria, “el derecho burgués es el derecho de los derechos civiles, por lo que los derechos sociales sólo pueden ser incorporados a este por la vía de des-socializarlos... Esto neutraliza los derechos sociales porque... los derechos sociales en su comprensión genuina (como derechos de ciudadanía) han de ser entendidos como injertos extraños en un cuerpo de derecho burgués, lo que habría de configurar una situación inestable... Pero, hoy, la inestabilidad ha sido resuelta por los propios partidarios de los derechos sociales mediante la transformación no del derecho burgués, sino de los derechos sociales”, p. 71.

<sup>75</sup> Es importante aclarar que los derechos civiles y políticos también requieren de la creación de bienes públicos para su efectividad. Así, el derecho de propiedad requiere de la creación de un cuerpo de policía, un sistema de tribunales, un registro de la propiedad inmueble, etcétera. Sin embargo, su objeto son bienes privados por excelencia. En cambio, muchas veces los derechos sociales tienen por objeto bienes “descomodificados”, es decir bie-

podría implicar la creación de un sistema de salud pública, que asegure que todos los individuos puedan acceder a ciertas prestaciones médicas; o el derecho a la educación puede hacerse efectivo a través de un sistema de escuelas primarias y secundarias gratuitas. Nino señala que este proceso de “descomodificación” se justifica por la importancia que estos bienes tienen para la consecución de los planes de vida de la mayoría de los individuos: “probablemente sea conveniente que ciertos bienes a los que los individuos tienen un derecho básico —como la atención médica— sean excluidos del mercado, sobre la base de que la preferencia intensa por ellos como elemento esencial de los planes de vida de los individuos es prácticamente universal...”<sup>76</sup> Sin embargo, en este caso, la exclusión sería producto de una decisión de políticas públicas y no de las características propias del objeto del derecho.<sup>77</sup>

Esta característica de los derechos sociales marca una diferencia importante respecto de los derechos que tienen por objeto bienes públicos, y en particular respecto del derecho al ambiente sano. En primer lugar, el hecho de tener por objeto un bien privado permite que el titular del derecho mantenga un cierto control sobre el objeto. Cada individuo puede hacer efectivo su derecho de forma separada y distinta del resto de los miembros de la comunidad, puede decidir si reclamar o no su cumplimiento, utilizar o no los servicios públicos que le brinda el Estado y, ante la violación del derecho, llegar (o no) a un acuerdo con el demandado de forma individual y separada del resto.<sup>78</sup>

Sin embargo, no ocurre lo mismo con los derechos que tienen por objeto bienes públicos. El reconocimiento de estos derechos tanto a nivel internacional<sup>79</sup> como en los derechos nacionales presenta un importante desafío para la

---

nes privados que fueron convertidos en bienes públicos. Atria, Fernando, “Derechos sociales, socialismo y contrato social...”, *cit.*, p. 71.

<sup>76</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos...*, *cit.*, p. 354.

<sup>77</sup> Cabe aclarar que, si se sigue una concepción igualitaria de los derechos, los derechos a bienes públicos no serían una anomalía sino la base misma de la constitución de una sociedad igualitaria. Los derechos sociales serían entonces las prestaciones que como sociedad aseguramos en igualdad de condiciones a todos los miembros de la comunidad.

<sup>78</sup> Hart, H. L. A., “Legal Rights...”, *cit.*; Hart, H. L. A., “Are There Any Natural Rights?...”, *cit.*

<sup>79</sup> La propuesta de reconocer un derecho humano al ambiente está presente desde el surgimiento del derecho ambiental internacional. Ya la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 expresó la convicción común de los Estados firmantes de que “el hombre tiene derecho fundamental... [a]l disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”. Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, principio 1, poco tiempo después, el reconocimiento del derecho al ambiente en el sistema universal de derechos humanos

estructura clásica de los derechos subjetivos, ya que, por las características de su objeto,<sup>80</sup> es imposible pensar en estos derechos en términos de “dominio”, “propiedad privada”, “soberanía” o “control” individual. En efecto, dado que estos bienes se caracterizan por ser “no excluibles” resulta imposible incorporarlos a un sistema de propiedad privada, ya que estos sistemas se organizan justamente en base a la idea de que los recursos son objetos separados y que cada uno de ellos es asignado y, por tanto, pertenece a un individuo en particular que es quien determinará cómo y por quién será usado el objeto.<sup>81</sup>

fue impulsado conjuntamente con el de otros derechos que también estaban destinados a la protección de bienes públicos: el derecho a la paz, a la comunicación, a la autodeterminación, al desarrollo y al patrimonio común de la humanidad. En conjunto, estos derechos fueron llamados “derechos humanos de tercera generación”, “derechos de la solidaridad” o, más ampliamente, “derechos colectivos”. En este sentido, véase Alston, Philip, “A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?”, *Netherlands International Law Review*, Netherlands, vol. 29, núm. 3, 1982, p. 309. La propuesta de reconocer derechos “colectivos” dentro del derecho internacional de los derechos humanos ha sido objeto de críticas. Algunos autores, como Paul Sieghart, rechazan la posibilidad de incluir derechos colectivos dentro del canon universal de los derechos humanos. Para Sieghart, “if any of the new «third-generation» or «solidarity» rights are eventually to find their place in the universal canon of human rights, some formulations will have to be devised whereby each of them can be clearly seen to vest in individuals, to be exercisable by individuals, and to impose precise correlative duties on states”): Sieghart, Paul, *The Lawful Rights of Mankind*, Oxford, Oxford University Press, 1985, p. 167. Otros autores critican puntualmente la posibilidad de que los Estados sean titulares de estos derechos. En este sentido, Philip Alston y James Crawford señalan que, de entenderse los derechos de tercera generación como derechos “de los Estados”, la búsqueda de su reconocimiento quedaría reservada al derecho internacional público y no al derecho internacional de los derechos humanos. Alston, Philip, “People’s Rights: Their Rise and Fall”, en Alston, Philip (ed.), *People’s Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 167; Crawford, James, “The Rights of Peoples: ‘Peoples’ or ‘Governments’?”, *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, vol. 9, 1985, p. 55.

<sup>80</sup> Estos bienes poseen dos características que los diferencian de los bienes privados: a) la no rivalidad en el consumo, y b) la imposibilidad de exclusión. Un bien es “no-rival” cuando una unidad del bien puede ser consumida por un individuo sin que esto disminuya las oportunidades de otros individuos de consumir esa misma unidad del bien. Al respecto véase Cornes, Richard y Sandler, Todd, *The Theory of externalities, Public Goods, and Club Goods*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 6. Un bien es “no-excluyente” cuando, una vez producido, sus beneficios están disponibles para todos los habitantes de un determinado territorio, sin que sea posible restringir su acceso: Musgrave, Richard A., *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, Tokyo, McGraw Hill Kogakusha, 1959, p. 10, n. 1.

<sup>81</sup> Waldron, Jeremy, *The Right to Private Property*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 38. Supongamos que el sistema legal estableciera la propiedad privada sobre el aire puro. El propietario del bien no podría evitar que otros respiren “su” aire; o decidir cuándo, cuánto o de qué modo lo hacen; o separar “su” aire del aire de los demás. Para que esto fuera posible debería existir un sistema que permitiera controlar el acceso de terceros a dicho bien. Por iguales motivos, resulta imposible pensar en un derecho subjetivo que le



Esta característica de los bienes públicos ha llevado a que muchos de ellos estén sujetos a sistemas de propiedad colectiva, propiedad comunitaria, o sean considerados directamente como *res nullius*. Bajo el sistema de propiedad colectiva, la regla es que el uso de los recursos materiales debe determinarse por referencia a los intereses colectivos de la sociedad como un todo y, por tanto, ningún individuo puede tomar decisiones sobre su uso sin referirse al interés del colectivo.<sup>82</sup> Por el contrario, bajo el sistema de propiedad comunitaria, los intereses del colectivo no tienen un *status* especial, sino que las reglas que gobiernan el acceso y control de los recursos materiales están organizadas sobre la base de la premisa de que cada recurso debe estar en principio disponible para el uso de todos los miembros del grupo.<sup>83</sup> Bajo este sistema, las necesidades y deseos de cada persona son considerados y, cuando es necesario adoptar decisiones distributivas, estas se adoptan sobre la base de lo que es justo para todos.<sup>84</sup> La propiedad estatal o pública (*res publicae*) es una forma especial de propiedad común, en la que los bienes públicos pertenecen a “todos los ciudadanos” pero, típicamente, es controlada por los funcionarios del Estado, quienes deciden los parámetros de uso y exclusión.<sup>85</sup>

Esta característica podría explicar, entonces, las discusiones sobre la titularidad del derecho al ambiente sano. En efecto, los intentos por clasificar al derecho al ambiente sano como un derecho colectivo pueden entenderse como un intento de mantener la identificación entre derecho subjetivo y “propiedad”. El razonamiento en que se apoyan es, en apariencia, simple: si sobre los bienes públicos sólo pueden existir formas de propiedad “colectiva” o “comunitaria”, entonces el titular del derecho al ambiente sano debería ser la “sociedad” o la “comunidad” como un todo, que es quien está en condiciones de decidir sobre la suerte del bien, permitir o repeler las intromisiones, e iniciar (o no) acciones destinadas a su protección. Esta propuesta, sin embargo, ocasiona nuevas dificultades para su inclusión dentro del sistema liberal, al garantizar solamente el nivel de calidad ambiental que es sano para la comunidad en su conjunto, que es la titular del derecho.<sup>86</sup> Por tanto,

---

otorgue a un individuo un poder sobre un bien público, que le permita decidir si permitir o no las intromisiones de terceros, o si ejercer o no las acciones destinadas a su protección.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> Cole, Daniel H., “Property Rights in Environmental Goods”, en Bouckaert, Boudewijn y De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 277.

<sup>86</sup> Para una discusión sobre las dificultades que genera la titularidad colectiva del derecho al ambiente sano, puede verse Saulino, María Florencia, “Carlos Nino y la titularidad del derecho a un ambiente sano”, *Análisis Filosófico*, vol. XXXVI, núm. 1, 2015, pp. 257-273.



los eslabones más débiles de la sociedad no tendrán derecho a acceder a una calidad ambiental tal que no impacte en su salud, sino sólo a la calidad ambiental que es sana para “el conjunto”.

## V. CONCLUSIÓN

La estructura clásica de los derechos fundamentales fue moldeada a partir de la dicotomía “dominio/autodominio”, que sirvió de base tanto para los derechos civiles clásicos como para los derechos políticos. Bajo esta concepción, la relación entre el titular del derecho y su objeto está marcada por la idea de “control” o “soberanía” del primero sobre el segundo, que permite al titular del derecho disponer de su objeto como desee; y veda la interferencia del Estado y los terceros dentro de estas esferas de acción privada, las cuales sólo pueden ser penetradas con el consentimiento de su titular.

Los derechos a la existencia de bienes públicos, como el derecho al ambiente sano, no encajan con facilidad dentro de esta estructura. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la imposibilidad de establecer derechos de propiedad privada sobre bienes públicos hace que sea imposible pensar en estos derechos en términos de “dominio”, “control” o “soberanía”. En efecto, la imposibilidad de exclusión, propia de los bienes públicos, hace que el derecho al ambiente sano no pueda ser concebido como un poder individual para decidir si permitir o no permitir las intromisiones de terceros, o si ejercer o no ejercer las acciones que el ordenamiento jurídico le otorga al individuo para protegerse de dichas intromisiones.

Estas características de los bienes públicos podrían explicar porque parte de la doctrina y los instrumentos internacionales que reconocen el derecho han propuesto concebirlo como un derecho colectivo. De esta forma, se ha buscado mantener la identificación entre derecho subjetivo y propiedad y la estructura clásica de los derechos subjetivos, al sostener que el titular de estos derechos es la comunidad en su conjunto.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, Philip, “A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?”, *Netherlands International Law Review*, The Netherlands, vol. 29, núm. 3, 1982.
- ALSTON, Philip, “People’s Rights: Their Rise and Fall”, en ALSTON, Philip (ed.), *People’s Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

- ASHCRAFT, Richard, "Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government: Radicalism and Lockean Political Theory", *Political Theory*, United States, vol. 8, núm. 4, 1980.
- ATRIA, Fernando, "Derechos sociales, socialismo y contrato social", en Owen Fiss *et al.* (eds.), *SELA: 20 años pensando en los derechos y la democracia*, Buenos Aires, Librería, 2015.
- BADENI, Gregorio, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- BADENI, Gregorio, *Instituciones del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- BELEVSKY, Diana, "Liberty as Property" *The University of Toronto Law Journal*, Toronto, vol. 45, núm. 3, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2008, tomos I-III.
- CHRISTMAN, John, "Self-Ownership, Equality, and the Structure of Property Rights", *Political Theory*, United States, vol. 19, núm. 1, 1991.
- COLE, Daniel H., "Property Rights in Environmental Goods", en BOUCKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.
- CORNES, Richard y SANDLER, Todd, *The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- CRAWFORD, James, "The Rights of Peoples: «Peoples» or «Governments?»", *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, Australia, vol. 9, 1985.
- CURRAN, Eleanor, *Reclaiming the Rights of the Hobbesian Subject*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2007.
- CURRAN, Eleanor, "Hobbes Theory of Rights", en LLOYD, S. A. (ed.), *Hobbes Today. Insights for the 21st Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- ESAÍN, José *et al.*, "La cuestión de la tutela ambiental antes y después de la reforma constitucional de 1994", en GARGARELLA, Roberto (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, vol. II.
- FABRE, Cécile, *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life*, New York, Oxford University Press, 2000.
- FARRELL, Martín Diego, *El derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- GALENKAMP, Marlies, *Individualism versus Collectivism. The Concept of Collective Rights*, Rotterdam, Erasmus Universiteit, Faculteit der Wijsbegeerte, 1993.

- HART, H. L. A., “Are There Any Natural Rights?”, en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- HART, H. L. A., “Legal Rights”, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- INGRAM, Attracta, *A Political Theory of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- JONES, Peter, *Rights*, New York, Palgrave-Macmillan, 1994.
- KENDALL, Willmoore, *John Locke and the Doctrine of Majority-Rule*, Urbana, University of Illinois Press, 1965.
- KERNOHAN, Andrew, “Rawls and the Collective Ownership of Natural Abilities”, *Canadian Journal of Philosophy*, Canada, vol. 20, núm. 1, 1990.
- LEDEWITZ, Bruce, “Establishing a Federal Constitutional Right to a Healthy Environment in Us and in Our Prosperity”, *Mississippi Law Journal*, vol. 68, núm. 2, 1998.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- MACPHERSON, C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, New York, Oxford University Press, 1962.
- MILL, John Stuart, *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- MUSGRAVE, Richard A., *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, Tokyo, McGraw Hill Kogakusha, 1959.
- NAGEL, Thomas, “Preface”, *Anarchy, State and Utopia*, 2o. ed., United States, Basic Books, Inc., 2013.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, 2a. ed., United States, Basic Books, 2013.
- ROSATTI, Horacio, *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Cuizoni, 2007.
- ROSENCRANZ, Armin y JACKSON, Michael, “The Delhi Pollution Case: The Supreme Court of India and the Limits of Judicial Review”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 28, 2003.
- SAULINO, María Florencia, “Carlos Nino y la titularidad del derecho a un ambiente sano”, *Análisis Filosófico*, vol. XXXVI, núm. 1, 2015.

- SHAPIRO, Ian, *The Evolution of Rights in Liberal Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- SIEGHART, Paul, *The Lawful Rights of Mankind*, Oxford, Oxford University Press, 1985.
- SIMMONS, A. John, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1992.
- STEPHEN, Tim, *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- STUART MILL, John, *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- TAWIL, Guido Santiago, “La Cláusula Ambiental en la Constitución Nacional”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 1995-B, 1995.
- THOMSON, Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- THOMPSON, Barton Jr., “Constitutionalizing the Environment: The History and Future of Montana’s Environmental Provision”, *Montana Law Review*, vol. 64, 2003.
- TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights*, Atlanta, Emory Press, 1997.
- TIERNEY, Brian, “Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches”, *The Review of Politics*, Notre Dame, vol. 64, núm. 3, 2002.
- TIERNEY, Brian, “The Idea of Natural Rights. Origins and Persistence”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Northwestern, vol. 2, 2004.
- TIERNEY, Brian, “Dominion of Self and Natural Rights before Locke and After”, en MÄKINEN, Virpi y KROKMAN, Petter (eds.), *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Dordrecht, Springer, 2006.
- TUCK, Richard, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- TULLY, James, *A discourse on Property. John Locke and his Adversaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.
- TULLY, James, “The Possessive Individualism Thesis: A Reconsideration in the Light of Recent Scholarship”, en CARENS, Joseph H. (ed.), *Democracy and Possessive Individualism: The Intellectual Legacy of C. B. Macpherson*, Nueva York, SUNY Press, 1993.
- TURPEL, Mary Ellen, “Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences”, *Canadian Human Rights Yearbook*, Canadá, 1989-90, vol. 6.

UNGER, Roberto Magabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.

WALDRON, Jeremy, “Nonsense upon stilts? A reply”, en Jeremy Waldron (ed.), “Nonsense Upon Stilts”. *Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Nueva York, Methuen, 1987.

WALDRON, Jeremy, *The Right to Private Property*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

WALDRON, Jeremy, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Nueva York, Cambridge University Press, 1993.

## PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y CULTURAS ORIGINARIAS. LA RAZÓN PÚBLICA RAWLSIANA Y LA DESIGUALDAD POLÍTICA ENFRENTADAS\*

Vladimir CHORNY ELIZALDE\*\*

SUMARIO: I. *Introducción: el lenguaje de la razón pública.* II. *La legitimidad democrática, el umbral institucional y la igualdad política.* III. *Traducción y desigualdad política: la injusticia estructural y la injusticia epistémica.* IV. *Conclusiones: hacia otro tipo de razón y de diálogo.* V. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN: EL LENGUAJE DE LA RAZÓN PÚBLICA

Una de las preguntas más importantes para la filosofía política contemporánea es la de cómo justificar el uso del poder estatal de manera democrática, donde las decisiones sociales coercitivas sean respaldadas y aceptadas por todas las personas consideradas como libres e iguales. Aquí el liberalismo político de John Rawls ha sido fundamental. Su idea de la razón pública sirve como justificación a la toma de decisiones vinculantes a todas las personas (quitándoles su carácter de represivas o impuestas) al apoyarse en los principios de autonomía y de igualdad política, donde las personas cuentan con igual poder político de influir en los resultados de la deliberación por medio

---

\* Este trabajo fue presentado en una primera versión ante el Centro de Investigaciones Filosóficas de Buenos Aires a finales de 2015 y posteriormente discutido con los integrantes de la Cátedra de Filosofía del Derecho y del Proyecto UBACyT sobre Principio de Autonomía y libertad religiosa, de la Universidad de Buenos Aires (UBA) a cargo de Marcelo Alegre, a mediados de 2016. Agradezco en particular las observaciones de Marcelo Alegre, Julio Montero, Nahuel Maisley, Eduardo Rivera López, Romina Faerman, Mariano Garreta Leclercq, Lautaro Furfaro, Patricio Kenny, Francisco García Gibson y Silvina Ramírez. Los errores de este trabajo son atribuibles sólo a mí.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de México. Estudiante del doctorado en filosofía política en la UBA (Becario CONACYT). Investigador asociado de la Red en Defensa de los Derechos Digitales (*r3d.mx*). Profesor adjunto y jefe de Trabajos Prácticos de Teoría General del Derecho de la UBA. Contacto: [vladimirchornyuba@gmail.com](mailto:vladimirchornyuba@gmail.com).

del *lenguaje de la razón pública*, y aceptan los resultados de la deliberación por esa razón. Un resultado de esto es que ciertos argumentos, fundados en visiones no políticas del mundo (visiones comprensivas) deben ser desplazados fuera del ámbito institucional (no son aceptables ni permitidos como justificación) por ser ajenos (cultural, moral o filosóficamente) a la razón pública, y no pueden ser parte de la deliberación democrática. Aquí sostengo que esto lleva a situar grupos y personas en una posición de desigualdad política (incompatible con el núcleo mismo del liberalismo político), como a los pueblos originarios (ajenos a la cosmovisión liberal, occidental, moderna). Por ello el liberalismo político debe ser criticado y replanteado por ser insuficiente para cumplir su promesa igualitaria en este caso. Para corregir este problema exploro dos horizontes teóricos (la injusticia epistémica y los diálogos interculturales) para plantear una alternativa a Rawls: la de la razón transcultural y el diálogo intercultural igualitario.

De acuerdo al liberalismo político, las decisiones democráticas deben construirse a través de argumentos públicos (o políticos) que sean accesibles por igual para todas las personas, usando el lenguaje de la razón pública para que las personas los comprendan y asuman como *razones convincentes que todas las partes puedan aceptar por igual, donde adopten perspectivas de los otros voluntariamente, a través de la deliberación*.<sup>1</sup> La razón pública está indisolublemente ligada con la legitimidad del procedimiento democrático: sin la primera, el segundo no existe porque pierde dos elementos necesarios: primero, la participación política igualitaria de los ciudadanos, *que garantiza que los destinatarios de las leyes puedan también entenderse a sí mismos, al mismo tiempo, como los autores de esas leyes* (principio de autonomía), y segundo, la deliberación y su valor epistémico, que justifica la presunción de resultados aceptables.<sup>2</sup>

En un contexto de pluralismo como el de nuestras sociedades actuales, la razón pública sería la vía más legítima para tomar decisiones sólo porque *justifica las decisiones imparcialmente a la luz de razones universalmente accesibles para todas las personas*. Como el intercambio recíproco de razones y su aceptación voluntaria eliminaría el carácter represivo de la dominación política, la razón pública es indispensable en el espacio institucional. Su peso es tal que para utilizar argumentos no políticos (aquellos que están fuera del lenguaje de la razón pública, como los de las visiones comprensivas del mundo)

<sup>1</sup> Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, España, Paidós, 2006, pp. 127 y 128.

<sup>2</sup> En este sentido Rawls y Habermas coinciden prácticamente en los mismos términos: “En términos ideales, los ciudadanos tienen que verse a sí mismos como si fueran legisladores y preguntarse cuáles serían las leyes, apoyados por qué razones que satisfagan el principio de reciprocidad, que en su opinión sería más razonable promulgar”, Rawls, John, *El derecho de gentes y “una revisión de la idea de la razón pública”*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 159 y 160.

es necesario que se apoyen siempre en algún argumento político (dentro de la razón pública) que puede rastrearse en un *set* consensuado de principios constitucionales presupuestos en común para toda la sociedad.<sup>3</sup>

Esto crea una frontera entre los argumentos que pueden entrar a las instituciones (parlamentos, gobierno y —particularmente— cortes); se delimita claramente entre el umbral institucional y la esfera pública. La razón pública, estricta en el ámbito institucional, puede flexibilizarse fuera de los parlamentos, en el ámbito de la sociedad civil y otros grupos sin vínculos con el gobierno, donde (en principio) los argumentos no políticos son permitidos si se *traducen* o asimilan a valores o principios políticos típicos del lenguaje de la razón pública (*en la deliberación democrática, sólo las razones públicas cuentan*).

La lógica detrás es que la razón pública —como *lenguaje universalmente accesible y aceptado por todos los ciudadanos por igual, en condiciones de igualdad*— exige a las instituciones imparcialidad y neutralidad institucional frente a las distintas cosmovisiones del mundo: es un principio que en ningún caso deba privilegiarse una visión sobre otras. Al aceptar esto, los ciudadanos creyentes adquieren la obligación de *equilibrar* sus convicciones religiosas con las seculares, para poder entablar el diálogo con las demás cosmovisiones.<sup>4</sup>

Esto es importante porque pone en el centro a uno de los principios fundamentales de las democracias modernas: la igualdad política.<sup>5</sup> La razón pública estructura en gran parte cómo serán los procedimientos de toma de decisiones democráticas, libres e igualitarias (y no impositivas y represivas).<sup>6</sup>

El liberalismo político busca eliminar la dominación política de las decisiones coactivas y justificar los principios democráticos al llegar a ambos de manera voluntaria sin forzar a las personas al reconocimiento mutuo y la cooperación social, partiendo de un reconocimiento moral o de una “ac-

---

<sup>3</sup> Habermas, Jürgen. *Entre naturalismo...*, *cit.*, nota 1, pp. 129 y 130, 142 y 143. La dominación legal del Estado liberal *se legitima* por el hecho *necesario* de que da una justificación en el proceso de formación de la voluntad democrática que pasa por la aceptación igual de todos a esta forma de toma de decisiones: “... la dominación política ha de ser neutral con las visiones del mundo... donde todas las decisiones políticas que pueden ser impuesta por el poder estatal tienen que ser formuladas y pueden ser justificadas en un lenguaje que sea accesible por igual a todos los ciudadanos”, pp. 141 y 142.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 131 y 134.

<sup>5</sup> Alegre, Marcelo *et al.*, “Igualdad”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II, pp. 1595 y 1596.

<sup>6</sup> En los siguientes textos de Rawls, John, “The Idea of Public Reason” (pp. 212-254); “Reply to Habermas”, (pp. 372-434); “The Idea of Public Reason Revisited” (pp. 440-490), en *Political Liberalism. Expanded edition*, Nueva York, Columbia University Press, 2005; Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo...*, *cit.*, nota 1, p. 12.



titud cognitiva” de mutuo respeto. En éste, las concepciones religiosas del mundo pueden ser tomadas en serio por las visiones liberales y laicas, para combatir las posturas que rechazan de antemano el contenido de las *contribuciones formuladas en un lenguaje religioso* por ser “irracionales”.<sup>7</sup>

El problema que resulta de esto se ha planteado desde teorías que reivindican el uso de argumentos religiosos en la deliberación. Aunque mi objeción a la “razón pública” es otra, vale la pena detenerse en la objeción religiosa clásica. Ésta plantea los siguientes puntos: *a)* que la razón pública deja fuera la relevancia o influencia favorable de las Iglesias o movimientos religiosos en la defensa de la democracia y los derechos bajo motivos religiosos, advirtiendo el debilitamiento del compromiso de las Iglesias que puede darse al *obligarlas a traducir* sus valores morales a un lenguaje universalmente accesible (Paul Weithman); *b)* que el desdoblamiento artificial de las personas religiosas que exige la razón pública es imposible porque la centralidad de la religión desde su forma cognitiva hasta su comportamiento y acciones, hace que la separación de la existencia religiosa con la social y política no sea posible, porque permea en todos los espacios de la vida de los creyentes (Audi y Wolterstorff); *c)* que la idea de razón pública es demasiado ambiciosa y poco factible para que sus condiciones en la realidad se presenten.<sup>8</sup>

Mi objeción es distinta. Creo que subordinar los argumentos comprensivos a la razón pública en casos de culturas no liberales ni modernas (en adelante las llamaré *culturas originarias*), como los pueblos originarios o indígenas, los pone en una posición de desigualdad política que rompe el igualitarismo prometido por el liberalismo político. Condicionar sus valores y principios a los de la razón pública lleva a resultados que serían irrazonables en cualquier sociedad justa. En otras palabras, que no es cierto que estos grupos aceptarían estas condiciones de participación en el procedimiento de toma de decisiones, y esto sería razonable desde su punto de vista e incluso desde el de una perspectiva igualitarista y, sobre todo, que las salidas que da el liberalismo político llevan a resultados profundamente injustos.

---

<sup>7</sup> Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo...*, cit., nota 1, p. 12.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 132-1337: “Todo ciudadano tiene que saber y aceptar que sólo cuentan las razones seculares más allá del umbral institucional que separa a la esfera pública informal de los parlamentos, los tribunales, los ministerios y las administraciones”, p. 137; Audi, Robert y Wolterstorff, Nicholas, *Religion in the Public Square. The Place of Religious Convictions in Political Debate*, Nueva York, Rowman & Littlefields Publishers, 1997. Esto ha resultado, por ejemplo, en que Weithman avance una idea de la condición de Rawls para incorporar el argumento religioso mucho más flexible y con permeabilidad al espacio institucional, o que Wolterstorff impulse la idea abierta de que el argumento religioso pueda ser utilizado por distintas razones en la esfera institucional. Para esto ver Habermas en p. 140 *et seq.*

Para explicar mi objeción desarrollo los puntos centrales de la razón pública de Rawls en el contexto de su diálogo con Jürgen Habermas en torno a este tema. Mi conclusión es que la razón pública que Rawls propone para ordenar las sociedades liberales condena a las culturas originarias a una situación de desigualdad política. Una alternativa desde Rawls es tomar en su mejor luz su idea de razón pública en el ámbito global de su *Derecho de gentes*, pensada para los encuentros de sociedades liberales con otras culturas no liberales, e intentar adaptarla hacia dentro de las sociedades (a nivel local no global) para que los pueblos originarios no sean sometidos desigualmente. Como explicaré en el tercer apartado, esta última opción, aunque posible, es insuficiente para garantizar la promesa de la igualdad política.

## II. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA, EL UMBRAL INSTITUCIONAL Y LA IGUALDAD POLÍTICA

John Rawls es sin duda el referente central contemporáneo para la idea de la razón pública en la teoría de la democracia. En su concepción política de la justicia, este elemento es central para justificar el poder coactivo del Estado y para caracterizar el ideal de la ciudadanía democrática en condiciones de igualdad, así como para generar la estructura básica de las instituciones de cada sociedad y *justificar como legítimamente democráticas* dos tipos de decisiones centrales para toda democracia constitucional: las *cuestiones básicas de justicia* y las *cuestiones constitucionales fundamentales*. Inescapablemente, la razón pública es *el filtro* dentro del umbral institucional (parlamento, instituciones del ejecutivo y, especialmente, las Cortes).<sup>9</sup>

La razón pública de Rawls expuesta a inicios de la década de los noventa en *Liberalismo Político* no fue monolítica, sino que tuvo variaciones en la versión *revisitada* de 1997, y después en su versión más avanzada en *Derecho de gentes* para dar respuesta a su idea de una sociedad global. La rigidez de la razón pública en el ámbito local sufrió algunas modificaciones a las que me refiero en seguida, para luego mostrar esquemáticamente la separación que hace en su propuesta de sociedad global. En su idea en el ámbito local (pensada *hacia adentro* de las sociedades liberales) me referiré como el Rawls

---

<sup>9</sup> Rawls, John, “The Idea of Public Reason”, *cit.*, nota 7, pp. 213-216. “Sobre a quién aplica la razón pública, decimos que aplica a los ciudadanos cuando se involucran en la defensa política en el foro público, en campañas políticas como ejemplo y cuando votan en esas cuestiones fundamentales. Aplica siempre a oficiales públicos y de gobierno en foros oficiales, en sus debates y votos en el foro de la legislatura. La razón pública aplica especialmente a la judicatura en sus decisiones y como un ejemplo institucional de la razón pública”, p. 253.

del *Liberalismo Político*; en la idea en el ámbito global (pensada *hacia afuera* de las sociedades liberales), como el Rawls del *Derecho de gentes*.

### 1. La rigidez institucional en liberalismo político

Hay distintos conceptos que son centrales para entender la concepción política de la justicia y la visión de *justicia como imparcialidad* que Rawls delineó (*legitimidad democrática, consenso sobrepuesto, igualdad política, deber de civilidad, cultura cívica o de fondo, aceptabilidad razonable, valores públicos/políticos*, entre otros). Estos conceptos se conectan para explicar la idea de razón pública rawlsiana con la que busca justificar el establecimiento de un lenguaje universalmente accesible para todas las personas, que es aceptado por todas ellas en su carácter de ciudadanos libres e iguales.

Existe *legitimidad democrática* cuando las decisiones coercitivas (de *ejercer el poder político*) se toman de forma que *todos los ciudadanos aceptarían de acuerdo a principios racionales y razonables*, tomando a cada uno como un sujeto con *igual poder político para influir en el resultado final* (su idea de *igualdad política*). La *justificación* de estas decisiones se da cuando las personas las respaldan *por ser consistentes con su libertad y su igualdad*. Al consentir de manera voluntaria y sin coacción, como iguales, se alcanza la *aceptabilidad razonable* de las decisiones colectivas.<sup>10</sup>

La legitimidad democrática es indispensable dentro de la estructura estatal (institucional), por lo que las personas que las integran deben cumplir forzosamente con las exigencias de la razón pública. Fuera del umbral institucional, las exigencias funcionan distinto (con razonamientos más flexibles). Esto sucede con la *razón social* y la *razón doméstica*, que son parte de lo que denominó *la cultura cívica o de fondo (background culture)*, donde se encuentran las concepciones *no públicas* del mundo, como las morales, filosóficas y religiosas, diferenciándose de la razón pública, donde se encuentran solamente los valores y principios públicos/políticos. Esta separación artificial se justifica porque en el ámbito público se ejerce inevitablemente la autoridad, mientras que en los ámbitos social y privado se es libre a partir de la libertad de conciencia, religiosa y de pensamiento; la primera requiere de la legitimidad democrática, mientras que la segunda no necesariamente.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Rawls, John, “The Idea of Public Reason...”, *cit.*, nota 7, pp. 217-221.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 222 y 223. La razón pública implica concretamente: 1) el reconocimiento de ciertos derechos, libertades y oportunidades, 2) la priorización de éstos frente a otras consideraciones perfeccionistas o del tipo de bien general, y 3) las medidas que aseguran el uso efectivo de todos estos como parte de una *concepción política de la justicia*. Mientras que su

Al momento de pensar, la razón pública permite a las personas contar con principios políticos (*valores políticos de justicia*) y con guías de razonamiento para indagar públicamente las formas en que lo público se adecua o no a los principios de justicia, de manera razonable y acorde al *deber de civilidad*. El razonamiento de sentido común, los conocimientos científicos incontrovertidos y algunas cuestiones ampliamente aceptadas sirven de guía en la razón pública, donde principios como la igualdad y la libertad deben ser centrales en toda discusión. De hecho, es esta idea de igualdad la que exige que los parámetros de: juicio, inferencia, razones y evidencia, sean las que construyan lo que es *razonable* que todas las personas como iguales respalden.<sup>12</sup>

El deber de civilidad habilita un filtro sobre lo que es válido incorporar en la deliberación democrática institucional: todo aquello que es *no político* queda fuera. Esto es aceptable porque *distintos fundamentos quedan fuera para todos* y lo que queda dentro es sólo aquello que se espera que todos respalden *razonablemente*. Por esto la *explicación* de las decisiones políticas debe hacerse con base en valores políticos y no en doctrinas comprensivas o religiosas, aunque el apoyo de los primeros se dé basado en las segundas, a condición de que esto fortalezca a la razón pública.<sup>13</sup> Esto busca separar las conductas posibles a realizar en el *foro público político, donde se definen las cuestiones de justicia básica y las cuestiones constitucionales fundamentales*.<sup>14</sup> Pero, ¿qué vuelve razonable a los valores públicos de la razón pública? En este punto es central la idea del *consenso sobrepuesto (overlapping consensus)*: hay un rango de principios que todas las doctrinas comprensivas *razonables* aceptan como las reglas de la razón pública, aun cuando no favorezcan a sus intereses, por considerarlas válidas en términos generales y dentro de un espacio de desacuerdo razona-

---

idea de *concepción política de la justicia* significa que es: 1) hecha para la estructura básica de la sociedad (instituciones políticas, sociales y económicas principales) como un esquema unificado de cooperación social, 2) independiente a otra concepción filosófica o religiosa más amplia, y 3) elaborada en términos de ideas políticas implícitas en la *cultura política* de una sociedad democrática.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 224-226, “Aceptamos que los ciudadanos comparten un poder político libre e igual, y que como personas razonables y racionales tienen un deber de civilidad de apelar a la razón pública, aunque difiramos en cuáles son los principios más razonables como bases para la justificación pública”, p. 226.

<sup>13</sup> Aquí Rawls se refiere a la *visión inclusiva* de la razón pública, donde las doctrinas comprensivas pueden usarse si es para que *fortalezcan el ideal de la razón pública por sí mismos*. Como mencionaré más adelante en la crítica a la *condición o estipulación* de Rawls (*proviso*), es aquí donde se encuentra el problema central (en conjunción con el problema de la *traducción institucional*) que da pie a la desigualdad política en los casos de argumentos comprensivos de pueblos originarios. Véase Rawls, John, “The Idea of...”, *cit.*, nota 7, p. 247.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 242-246.

ble (al no ser, por lo menos, irrazonables desde la óptica de la amistad cívica y el deber de felicidad).<sup>15</sup>

Esta situación de consenso está pensada principalmente, pero no de manera restringida, para su idea de *sociedades bien ordenadas* (como un ideal social), donde la democracia funciona razonablemente bien, los derechos fundamentales están garantizados y no existen injusticias básicas que generen protestas cotidianas, aunque reconoce que en muchos casos las luchas por los derechos se dan en sociedades *parcialmente ordenadas*, donde los grupos recurren al foro público para expresar sus demandas y puntos de vista. En estos casos, será común que recurran a sus doctrinas para mostrar sus motivaciones (sean religiosas o comprensivas) y defender los valores que consideran vulnerados. Esto, nos dice Rawls, será válido para el liberalismo político si y sólo si los valores a los que apelan *pueden respaldarse en valores públicos que puedan ser expresados por la razón pública* (caso de la lucha encabezada por Martin Luther King Jr.). Si bien reconoce que los límites de la razón pública varían de acuerdo al momento histórico y al contexto social, la dependencia de las doctrinas no políticas frente a los valores de la razón pública a los que deben traducirse es siempre fija.<sup>16</sup>

Hasta aquí, tres cosas son claras: a) la dependencia del argumento comprensivo o religioso a los valores políticos de la razón pública, a los que está obligado a anclarse o traducirse (esto se convertirá en la idea de la *condición o estipulación*); b) la importancia de la *razonabilidad* del uso de la razón pública, donde las decisiones que tomamos deben *ser vistas como razonables por otros* o, al menos, como *no irrazonables*; y c) la correlación que estos puntos tienen con la idea de la legitimidad democrática. Como nuestro adelante, es entorno a estos puntos donde el uso rígido de la razón pública en el ámbito institucional genera una situación de desigualdad política que rompe la promesa igualitaria del liberalismo político.

## 2. La obligación (y barrera) de la traducción institucional (hacia el segundo Rawls)

Algunos años antes de morir, Rawls debatió su teoría con Jürgen Habermas, dejando claro que la principal diferencia entre ambas teorías era que la de Habermas era una visión comprensiva mientras que la suya se limitaba al ámbito político, independiente de los otros (*a freestanding theory*). Por esto, por ejemplo, la “razón pública” no llega hasta donde sí lo hace la idea amplia

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 246-253.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 250 y 251.

de la “esfera pública” habermasiana (para Rawls, la razón social y la doméstica, típica de Iglesias, universidades o la sociedad civil, queda en el ámbito de la *cultura de fondo*) y el deber de civilidad de Rawls tampoco la alcanza.<sup>17</sup>

Esto significa que la teoría de Rawls elimina los elementos no políticos en los que las doctrinas comprensivas podrían objetar una decisión, para concentrarse en el consenso sobrepuesto razonable, sobre el que estas doctrinas deben *moldearse en dirección a* la concepción política de la justicia. Las personas deben darse *razones adecuadas* que justifiquen que todas las personas se sometan al poder coercitivo estatal legítimamente (*estabilidad por las razones correctas*); aceptan la concepción política como la más razonable porque sus convicciones más profundas son compatibles con los valores políticos de ésta y no existen bases para que razonablemente se rehúsen.<sup>18</sup>

Rawls reconoció que existen intereses fundamentales apoyados en el reconocimiento mutuo de los ciudadanos como iguales y que estos pueden limitar a otros de distinto tipo; el carácter de los distintos intereses debe tomarse en cuenta en los procedimientos para evitar injusticias a las que se llegaría fácilmente (de no hacerlo) al tomar decisiones.<sup>19</sup>

Al revisitar su idea de la razón pública, aclaró que ésta exige ceder puntos irreconciliables (no políticos) con los que llegar a un acuerdo sería imposible, para encontrar las *razones que razonablemente se darían unos a otros para aceptar decisiones sobre cuestiones fundamentales*.<sup>20</sup> Mantuvo la rigidez del foro institucional ya que justificar el ejercicio del *poder político* a partir de las decisiones, de manera razonable, frente a todos, lo demandaba necesariamente. Nuevamente, esto genera las *condiciones justas de cooperación* que las personas aceptan *como ciudadanos libres e iguales, no dominados ni manipulados o bajo la presión de una posición social o política inferior*; es decir, aquellas que siendo políticamente iguales se consideran razonables, o las que sería irrazonable rehusarse a aceptar.<sup>21</sup>

Y aquí la *reciprocidad* se vuelve central: sólo es justificable aquello que *todas* las personas aceptarían como razonable, aun difiriendo en el resultado final. Las razones de la razón pública no son (o no sólo son) razones para entender, sino razones para aceptar la decisión desde una perspectiva de amistad civil. Por la reciprocidad es posible incluir doctrinas no políticas en

<sup>17</sup> Rawls, John, “Reply to Habermas...”, *cit.*, nota 7, pp. 372-434. Artículo que apareció originalmente en *Journal of Philosophy*, vol. 92, marzo de 1995, pp. 373-383.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 384-392.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 430 y 431.

<sup>20</sup> Rawls, John, “The Idea of Public Reason Revisited...”, *cit.*, nota 7. Artículo que apareció originalmente en *Chicago Law Review*, verano de 1997, pp. 438-442.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 243-246.

la discusión pública, siempre que se den *propriadamente razones públicas que respalden los principios y políticas que nuestra doctrina comprensiva supuestamente respalda*:<sup>22</sup> si *traducimos* los argumentos comprensivos a las razones públicas que los respaldan o, por ponerlo de otro modo, los utilizamos *a condición* de señalar su valor político *coincidente* a ser *balanceado* en la deliberación, entonces es válido utilizarlos.

¿Por qué los creyentes apoyarían un régimen constitucional que los obliga a esto, con altas probabilidades de que su visión pierda? Porque renunciar al deseo de imponer nuestras creencias para establecerlas como una hegemonía es necesario para una sociedad de personas libres e iguales. La aceptación incondicional de la democracia tiene sentido porque es razonable ceder aquello que permite que una doctrina no se imponga a la libertad de las demás personas, respetando el igual poder político de los otros. El que las doctrinas deban flexibilizarse se entiende a partir de la *tolerancia* y las libertades civiles (de religión y pensamiento principalmente), donde el hecho de conceder ciertas cosas es consistente con las propias doctrinas comprensivas.<sup>23</sup>

Explicada la razonabilidad de la razón pública, el siguiente paso es justificar su idea de la *condición o estipulación*. Con ella, la validez de un argumento comprensivo depende de su traducción a valores públicos. Es decir, que en la esfera pública entendida de manera amplia (fuera del umbral institucional), los argumentos no políticos pueden ser parte de la deliberación *siempre que estén acompañados por los valores políticos que los respaldan*. Este ejercicio conecta con el deber de civilidad por la exigencia de justificar públicamente una decisión a partir de argumentos que consideramos que otros aceptarían razonablemente, tanto en sus contenidos como en sus conclusiones. Este *razonamiento por conjetura* es el puente para la traducción institucional: *sin manipular y siendo sinceros*, nos dice Rawls, se muestra a las visiones no políticas la forma en que su doctrina puede respaldarse o sustentarse por medio de valores públicos que sean válidos para la razón pública.<sup>24</sup>

Muchas de las críticas que se han hecho a la razón pública surgen de aquí. En particular, la *crítica epistemológica* que Habermas hace a Rawls en cuanto al *problema de la traducción*. Habermas planteó su objeción desde un problema del lenguaje y le dio solución de manera epistemológica, no como un problema del lenguaje frente a algún principio de la teoría. Creo que

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 453 y 454.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 453-460. “Un valor es propiadamente político sólo cuando la forma social es por sí misma política: cuando ésta es realizada, digamos, en partes de la estructura básica [de la sociedad] y en sus instituciones sociales y políticas. Me refiero a este requisito como la *condición* [o la *estipulación*]...”, p. 454.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 460-466.



esto es insuficiente. El problema de la traducción es de carácter interno: forzar la traducción de argumentos comprensivos de culturas originarias afecta determinantemente al principio de igualdad política (que debería ser resuelto desde dentro de la teoría), y Habermas desplaza esta posibilidad para intentar justificar la razón pública sosteniendo que las personas cuentan con las capacidades epistemológicas suficientes para la traducción, en lugar de relacionar la dimensión epistémica como un posible obstáculo para lograr la igualdad política (como sostengo al explicar el tema de la injusticia epistémica adelante).

Desafortunadamente Rawls no dijo nada sobre el problema que planteo de la traducción institucional. Se concentró en dejar claro que para él era simplemente posible expresar los valores y argumentos comprensivos o religiosos en términos de valores políticos de la razón pública,<sup>25</sup> sin preguntarse sobre las consecuencias de la traducción ni advertir riesgos sobre el principio de igualdad política. ¿Qué pasa cuando transformamos un argumento que refleja una visión distinta del mundo a un argumento político? ¿Qué se pierde, por ejemplo, al traducir el argumento que un grupo hace de la urgencia de proteger la *Pachamama* o accionar para el *buen vivir*, y decir que su preocupación implica el valor público de un derecho cultural o de tradiciones, usos y costumbres?

Aunque Rawls no pensó en este problema, existe en su teoría dos cosas que ayudan a responder estas preguntas y pensar posibles alternativas. Primero, se detuvo con interés en la posibilidad de que existiera desigualdad en los sujetos de la deliberación, reconociendo que ésta debía corregirse. Tomando como ejemplo el caso de la mujer y su rol desigual dentro de la familia y hacia la vida pública, señaló que una sociedad que no se ocupa de tomar las acciones para *nivelar o compensar esta situación* es una que *no se preocupa por la igualdad*.<sup>26</sup> Segundo, entendió la importancia de la tolerancia en el tipo de decisiones que *cierran un dilema de forma definitiva e imponen a la fuerza el resultado sobre las personas que están en desacuerdo* por sostener determinada cosmovisión comprensiva, como en el caso de las comunidades religiosas y el tema del aborto. Al despenalizar el aborto no se obliga a nadie a practicarlo y, como las decisiones al respecto no zanján la cuestión definitivamente, (sino que queda abierta a disputa política) ésta puede cambiar en el futuro.<sup>27</sup>

Ambos puntos son clave para que grupos con visiones comprensivas o religiosas del mundo *acepten las decisiones como ciudadanos libres e iguales* (por

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 475 y 476.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 473.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 480.



considerar que los resultados no son intolerables o extremadamente injustos, aunque estén en contra de ellos), parte de un sistema justo de cooperación social en el que las decisiones sobre las cuestiones políticas fundamentales se aceptan sin imponerse, respetando la igualdad política de todas.<sup>28</sup> Llamaré en adelante a ambos puntos: *criterios básicos de aceptabilidad razonable*.

### III. TRADUCCIÓN Y DESIGUALDAD POLÍTICA: LA INJUSTICIA ESTRUCTURAL Y LA INJUSTICIA EPISTÉMICA

La razón pública expulsa a los argumentos comprensivos y religiosos de la deliberación dentro de las instituciones estatales. La relevancia de concentrarme en las culturas originarias y lo que sucede en los parlamentos y cortes, como haré en adelante, está anclada primero a su centralidad en el contexto latinoamericano y por las condiciones de marginación y segregación a la que están relegados de manera estructural. Si bien mi argumento no se centra en la desigualdad horizontal (de raza, clase, género, etcétera) a la que están sometidos, para fundamentar el argumento de la desigualdad política, toma en cuenta estas condiciones para las valoraciones contextuales e históricas que deban hacerse al respecto.

Rawls estaba probablemente en lo correcto cuando sostenía que muchos de los valores no políticos podían asimilarse a valores políticos expresables desde el lenguaje de la razón pública. Sin embargo, esto no nos dice qué sucede con la *sustancia* o *contenido* de los argumentos que son traducidos. Decir que pueden subsumirse en otros no es suficiente y esquivo el resultado de traducir un significado comprensivo a parámetros estrictamente políticos, aun cuando sean de carácter *constitucional fundamental* (derechos culturales, de pueblos originarios, etcétera). Afirmar que no existe ningún costo o problema al realizar la traducción institucional porque los valores políticos a los que el argumento comprensivo se traduce son suficientes, es una petición de principio. Esto debería ser la conclusión de un análisis sobre las implicaciones de llevar a cabo la traducción y no la premisa dada *a priori* que justifica la traducción sobre sí misma.

Si es posible —como sostengo— demostrar que traducir un argumento comprensivo al lenguaje público altera su contenido para (sub) dimensionarlo de una forma particular que no corresponde al significado que tiene para el grupo originario, entonces decir que la traducción es válida y necesaria para mantener la igualdad política es un argumento circular que da

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 481 y 482.

vuelta a la cuestión central de que un argumento ha sido disminuido frente a otros, afectando la posición de igualdad. Pretendo mostrar que a) al traducir argumentos comprensivos de culturas originarias a la razón pública se rompe el principio de igualdad política, puesto que no se cumplen los dos *criterios básicos de aceptabilidad razonable*, y b) que cuando esto sucede, no es posible sostener que el lenguaje de la razón pública permite llegar a decisiones que *todas las personas aceptarían de manera razonable como ciudadanos libres e iguales*, porque aceptar el resultado no igualitario sería irrazonable para el grupo en cuestión (y para las personas comprometidas con la promesa igualitaria).

1. *La pérdida de significado de argumentos comprensivos y los casos de urgencia y sin continuación hacia el futuro*

El hecho de que las personas puedan contar sus razones de manera directa para explicar su visión del mundo a otros y argumentar sobre sus intereses tiene un peso particular para la deliberación democrática por distintas *razones*. La *razón epistémica* detrás de este ejercicio se relaciona con la imparcialidad y la información del procedimiento mismo.<sup>29</sup> La *razón motivacional*, central para este trabajo, valora la presencia de los afectados porque ésta exige la interpelación directa a respetarlos: la cercanía al argumento y su transmisión directa es fundamental para dimensionarlo de la forma en que la persona o grupo lo concibe desde su cosmovisión o punto de vista.<sup>30</sup> La necesidad de contar con las personas al momento de la deliberación se presenta como un dilema de *inclusión* o de *participación*, pero además importa al pensar en una instancia representativa como el parlamento; así como la exclusión de personas o grupos implica un costo a la deliberación en un escenario ideal—, la ausencia de un argumento en la deliberación de quienes supuestamente deben representarlo tiene también costos deliberativos.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989; del mismo autor, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, “Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción”, p. 166.

<sup>30</sup> Gargarella, Roberto, “Full Representation, Deliberation and Impartiality”, en Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 262.

<sup>31</sup> Para un trabajo detallado sobre la importancia de la participación e inclusión en la deliberación como un parámetro para considerar a un sistema como más o menos democrático véase: Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, United States of America, Clarendon

La exclusión de las personas y sus argumentos plantea un problema para la democracia deliberativa en sentido amplio, no sólo porque la inclusión sea uno de sus principios fundamentales, sino porque implica el rechazo a la igual consideración y respeto de los demás como partes necesarias al procedimiento deliberativo y, por lo tanto, es un insulto a la dignidad de las personas que son segregadas del proceso de formación y toma de decisiones.<sup>32</sup> Este problema se agrava en el caso de culturas que no tienen una concepción occidental del mundo, donde por la exclusión de su cultura y por la diferencia con la cultura política, expresar sus argumentos y valores es más difícil desde esa cosmovisión no occidental, en un lenguaje distinto al suyo.<sup>33</sup>

El liberalismo político ha intentado atajar esta crítica al decir que al traducir los argumentos comprensivos a valores de la razón pública se les toma en serio y se evita la exclusión de los mismos (y de los intereses de las personas representadas en ellos). En este sentido, no habría un costo democrático de inclusión, sólo la transformación de argumentos no políticos a la dimensión institucional, para someterlos a la deliberación en igualdad de condiciones frente a todos los demás. Pero, ¿qué sucedería si un interés o argumento pierde significado al ser *traducido* o *asimilado*? ¿Tiene esto un costo en términos de inclusión? ¿Podemos sostener que si el argumento llega disminuido en su contenido estos grupos aceptarían la deliberación? ¿Las personas tendrían aun así el mismo poder político de influir en los resultados?

Desde hace bastante tiempo, la preocupación por los costos y riesgos de la traducción y el manejo del lenguaje ha sido central para las teorías sociales. No sólo existe la alta probabilidad de que el *significado sufra una pérdida*

---

Press-Oxford, 1999; al igual que “Participation: The Right of Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1998, United States, New Series, vol. 98 (este último como capítulo de *Law and Disagreement*).

<sup>32</sup> Gargarella, Roberto, “«We the People» Outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances, Current Legal Problems”, *Oxford Journals*, Oxford, vol. 67, núm. 1, 5 de agosto de 2014, p. 5 y ss.; en el mismo sentido los trabajos citados de Waldron y, continuando su línea de argumentos, Martí, José Luis, *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 264.

<sup>33</sup> En los capítulos sexto y séptimo de su *Ciudadanía Multicultural*, Will Kymlicka se detiene en las tensiones que las culturas societales (y sus lenguajes maternos) representan para las teorías liberales de la democracia que abogan por la igualdad política de todas las personas, particularmente dada la centralidad del lenguaje para grupos étnicos en cuanto a sus derechos e igualdad (y sobre la idea de que *la acomodación de las diferencias constituye la esencia de la verdadera igualdad*), así como para las adecuaciones institucionales que deben llevarse a cabo dentro de los Estados en torno al derecho de representación en función del grupo y a la equidad en el proceso de la toma de decisiones, en *Ciudadanía multicultural*, España, Paidós, 1996, pp. 183 y ss.

cuando una expresión estrechamente local y dialectal se generaliza,<sup>34</sup> sino que también es probable que haya problemas y menoscabos o detrimentos en el contenido o el sentido de un conjunto de conceptos (basado en los juegos del lenguaje de una comunidad particular) cuando son juzgados desde una realidad independiente o desde un metalenguaje.<sup>35</sup> Particularmente con los casos de las culturas originarias, se reconoce que muchas de ellas tienen ideas, conceptos u estructuras que son difícilmente commensurables,<sup>36</sup> lo que exige adoptar una postura crítica sobre estas dificultades y advertir los costos de la no asimilación o de lo *intraducible* al interactuar con estas culturas.<sup>37</sup> No sólo no es seguro que el contexto de nuestras lenguas y culturas sea “trascendible”, y es posible que sus significados permanezcan cautivos de ciertas tradiciones e imágenes del mundo,<sup>38</sup> pero esto es algo de lo que toda teoría democrática debe hacerse cargo, no algo que se pueda obviar o rechazar como una premisa dada *a priori*.

Habermas reconoce que el lenguaje es indispensable en la deliberación porque es un acceso al mundo de quien lo utiliza: “el lenguaje dirige nuestra mirada siempre de una determinada manera hacia el mundo”. Por esta razón es común la segregación y marginación por mirar el mundo de manera distinta a la cultura dominante, *como minoría* de algún tipo, y las teorías liberales han intentado corregir este problema a partir del ideal moral del igual respeto para evitar la desigualdad y la discriminación.<sup>39</sup> La forma en que funciona es compleja, pero es necesario entenderla para ver los problemas posteriores que genera la obligación de la traducción institucional.

El lenguaje actúa sobre un mundo “objetivo” con carácter referente, un mundo *para referirse a todo aquello respecto a lo cual pueden consignarse hechos*. *Construye* la totalidad de los objetos a partir del *realismo interno* del lenguaje de cada grupo, independientemente a lo que *existe*, siendo esto lo que es experimentable empíricamente y que puede incluso *resistirse* a la comunicación y

<sup>34</sup> Durkheim, Émile, *Las formas elementales de la vida religiosa*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012 [1912], p. 350.

<sup>35</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, España, Ediciones Altaya, 1953.

<sup>36</sup> García Canclini, Néstor, *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 55.

<sup>37</sup> Carman, María, *Sobre el buen vivir, o las formas de significar y estar en el mundo*, Working Paper presentado en el Encuentro Internacional “Ecologías Políticas desde los Territorios”, Buenos Aires, UNSAM, 2 y 3 de noviembre de 2015.

<sup>38</sup> Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 201.

<sup>39</sup> Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo... cit.*, nota 1, pp. 23-25.

a determinado lenguaje. El *mundo de los objetos* y la *realidad enunciativa* (a través del lenguaje) son distintos. La justificación de lo que es racionalmente aceptable se da en la realidad enunciativa a partir de las mejores razones y argumentos que dan la fuerza de convicción sobre la realidad misma. Aquí, las tradiciones y costumbres dan sentido a partir del contexto y de las prácticas lingüísticas de cada grupo o comunidad. Para comunicarse con otras culturas se requiere de una *mediación lingüística* que conlleva comúnmente *problemas de traducción* por la complejidad que existe entre los mundos de la vida, aun presuponiendo la racionalidad de quienes interactúan.<sup>40</sup>

Las personas de una misma comunidad comparten un *mundo de la vida* que les permite entender lo que otras personas dicen y piensan, y sacan sus conclusiones del conjunto de expresiones y razones de los otros. El entendimiento se logra no sólo por el mundo en común al que referencian sus enunciados, sino también por un sistema común de referentes sobre los que forman sus creencias y con el que se confrontan las referencias *horizontalmente* frente al resto de personas para superar las limitaciones de la comunicación, acortar las diferencias individuales y abstraer las divergencias para lograr el diálogo intersubjetivo.<sup>41</sup> Pero esto sólo es posible cuando las distancias no son extremas y la *neutralización de las divergencias* no es suficiente para acercar las interpretaciones, concepciones o visiones del mundo. Cuando la diferencia es tan grande, la comunicación puede interrumpirse. Esto sucede cuando el *mundo social* (prácticas, orientaciones de valor, referencias, etcétera) entre un grupo y otro es diametralmente distinto, al grado que las barreras de la comunicación no pueden ser salvadas por los esfuerzos de traducción.<sup>42</sup>

El lenguaje es fundamental para transmitir lo que ciertos valores significan para una persona o un grupo. El conjunto de expresiones, recursos

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 38-44.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 44-51. En este sentido: “Dado que nuestro contacto con el mundo está mediado lingüísticamente, el mundo se sustrae tanto a un acceso directo de los sentidos como a una constitución inmediata a través de las formas de la intuición y los conceptos del entendimiento. La objetividad del mundo, esta objetividad que suponemos en el habla y en la acción, está tan fuertemente imbricada con la intersubjetividad del entendimiento sobre algo en el mundo que no podemos burlar ni ir más allá de este nexo, es decir, no podemos escapar del horizonte de nuestro mundo de la vida intersubjetivamente compartido, un horizonte que se nos abre a través del lenguaje. Esto no excluye, sin embargo, una comunicación que pueda superar los límites de los mundos de la vida particulares. Podemos superar reflexivamente nuestras diferentes situaciones hermenéuticas de partida y llegar a concepciones intersubjetivamente compartidas sobre la materia discutida. Es lo que Gadamer describe como “fusión de horizontes”, pp. 49 y 50.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 49, 52-54.

y manifestaciones que una persona puede hacer (desde el *storytelling* hasta la manifestación de emociones, razonamientos y la percepción de las cosas) desde su propio lenguaje, no se transfiere automáticamente en las mismas proporciones ni con el mismo significado cuando se traslada a otro distinto al creado para hacer referencia a ese mundo de los objetos en el que una cultura se ha desarrollado histórica y socialmente. Las posibilidades de lograr una comunicación horizontal entre un grupo con una visión y otro con otra (una comunidad originaria y un parlamento guiado por la razón pública), en la que se tome en serio la intención de aumentar la probabilidad de entendimiento, tienden a cero cuando un lenguaje se somete a otro (la *condición rawlsiana* frente al argumento comprensivo).

El imperativo moral de los derechos humanos (con pretensión de validez absoluta y reconocimiento universal más allá de los límites históricos y culturales) parece no resolver este dilema. Si bien Habermas reconoce que, como ideales kantianos, deben ajustarse al ensamblaje de los mundos sociales que van *descentrando* las perspectivas de cada persona para lograr una *inclusión completa que incluye a todos los afectados y da consideración equitativa a todos los intereses en juego* (y así sortear las orientaciones de valores contrapuestas a través de la idea del *universalismo igualitario*), un elemento faltante para que la deliberación se lleve de forma correcta es la *igualdad en el ejercicio de las facultades de comunicación*, que implica la igualdad de oportunidades para comunicar un tema. Sin ésta, el universalismo igualitario no puede atender equitativamente los intereses y orientaciones de valor de todas las personas ni ponderar adecuadamente todos los argumentos.<sup>43</sup>

Como el uso de argumentos no políticos no se acepta en el umbral institucional y éstos sólo pueden utilizarse en la esfera pública o informal para intentar influir el debate institucional al ser traducidos a valores políticos que más se acerquen a lo que buscaban comunicar, el problema de la subordinación vertical del argumento comprensivo a la razón pública se transforma en la exclusión completa del ámbito institucional y en una interpretación que las legisladoras hagan de las demandas de ese grupo, desde el lenguaje público.

Un valor importante de la deliberación se encuentra en su carácter *auto-correctivo*, pero éste sólo se mantiene cuando toma en serio las voces marginadas o excluidas de distintas formas, ampliando el mundo social para mejorar el análisis de las pretensiones de validez moral que estas voces exponen. El ideal y la pretensión de generalidad en Habermas, llevan precisamente

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 54 y 57. El tema de las posibilidades de comunicar en términos igualitarios se relaciona particularmente con el tema de la *injusticia epistémica*, abordado más adelante.

a esto, a buscar la forma de abarcar un significado igual de las expresiones para todos los participantes.<sup>44</sup>

La forma en que Habermas soluciona parcialmente el problema epistemológico de la traducción (de manera *ideal*) es a través de la idea de la *auto-comprensión racional*, con la que todos los sujetos —capaces de lenguaje y acción— son atraídos por la autoridad de las razones, por la vinculatoriedad del lenguaje por medio de la *coacción sin coacciones* del mejor argumento, traspasando y permeando a *todos los miembros de todas las comunidades particulares*, de la mano de un universalismo no excluyente. La intersubjetividad permite superar a cualquier autoridad colectiva o pública; la competencia enjuiciadora de cada persona no se pierde y es el mejor argumento el que orienta la toma de posición de éstas.<sup>45</sup> Sin embargo, es poco claro que esto resuelva el problema profundo. Cuando existen dentro de una sociedad democrática mundos de la vida radicalmente distintos, los problemas de traducción anteriormente reconocidos por Habermas vuelven a abrirse.

La posibilidad de encontrar soluciones internas al liberalismo político se reduce ante la barrera rígida construida entre la esfera pública y el umbral institucional que resulta en la *traducción institucional* de ciertos significados. Las visiones comprensivas deben resignarse a ser parte de un proceso legislativo donde sólo cuentan las razones públicas y deben confiar en el *esfuerzo de traducción cooperativa de sus conciudadanos*. Los argumentos participan *de algún modo* en el proceso deliberativo por los *contenidos de verdad* que pueden tener, siempre que puedan *traducirse a un lenguaje universal accesible*. La esperanza restante es que la traducción se haga *en la etapa previa al umbral institucional, en la esfera público-política, puesto que, de no hacerse así, los filtros institucionales de la razón pública los eliminarían del debate*.<sup>46</sup>

Habermas responde que la carga que tienen los creyentes o grupos con visiones comprensivas no es desigual epistemológicamente al momento de participar debido a la *cooperación en la traducción* (que obliga a los ciudadanos no creyentes a abrir su mente y tomar los argumentos no políticos en serio); la carga se distribuye así y la deliberación es posible.<sup>47</sup> Pero esta respuesta es poco atractiva. Primero, porque sitúa a las visiones comprensivas en una situación de dependencia frente a los “ciudadanos públicos” (no necesariamente laicos) y su deber de cooperación en la traducción, sin el que las imágenes no políticas del mundo se condenarían a quedar fuera de

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 58-73.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 79-82.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 137 y 138.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 139 y 140.



las instituciones (y difícilmente subsistirían en la esfera pública). Segundo, porque dice muy poco sobre la objeción central de la pérdida de contenido sustantivo o significado del argumento comprensivo al traducirse a la razón pública, por la que sería razonable rehusarse a aceptar la traducción porque ella llevaría a desinflar los argumentos comprensivos, haciéndolos políticamente desiguales. Finalmente, porque obvia el problema de la injusticia epistémica que precisamente muestra que existen desigualdades epistémicas que no se resuelven con su propuesta.

En otras palabras, Habermas cree que el problema de desigualdad epistémica se resuelve con una correlación de obligaciones cognitivas: primero, la carga epistémica (el *esfuerzo de aprendizaje y adaptación*) de un grupo debe sortearse desarrollando el *poder de llevar las acciones cognitivas necesarias* y corrigiendo así el déficit existente. Eso puede lograrse incorporando de manera razonable el individualismo igualitario del *derecho racional y de la moral universalista en el contexto de sus propias doctrinas comprensivas*; y segundo, con la carga simétrica al resto de los ciudadanos bajo la exigencia de la *autoilustración de la conciencia secular*, por ser similar a la que se exige a los ciudadanos religiosos. Es decir, que la mentalidad de los ciudadanos seculares también debe desarrollarse y que esto es una carga cognitiva del mismo carácter a la que deben realizar los ciudadanos religiosos, por lo que la carga de actitudes epistémicas no se distribuye asimétricamente.<sup>48</sup>

Habermas muestra los problemas que la traducción institucional de la razón pública genera frente a ciertos casos de grupos con visiones del mundo comprensivas. Permite ver la complejidad de la comunicación entre personas con lenguajes distintos y la necesidad de encontrar vías para tender puentes que acorten las distancias entre los grupos y permitan abstraer las diferencias de manera que la cercanía sea tal que los significados de sus mundos logren llegar con su mismo contenido al resto de los interlocutores. Su problema es que la respuesta de distribuir la carga epistémica entre los sujetos (manteniendo su dependencia): *a*) no resuelve la dificultad de la comunicación en los casos donde la brecha de realidades es muy amplia ni *b*) ataja el tema de la pérdida de significado o de contenido del argumento comprensivo como un problema de injusticia epistémica y desigualdad política.

Así, puedo plantear la objeción central de este trabajo de esta manera:

- Cuando un pueblo originario (sujeto a condiciones de injusticia estructural e injusticia epistémica) con una visión comprensiva del mundo es obligado a realizar la traducción institucional de sus

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 144-151.



valores al lenguaje de la razón pública en casos extremos, y un principio determinante de su cosmovisión está en juego y no encuentra protección en los dos criterios básicos de aceptabilidad democrática, se le sitúa en una posición de desigualdad política, volviendo irrazonable la aplicación estricta de la razón pública.

Hasta aquí he dado razones que muestran: *a)* la importancia del testimonio directo (tanto por razones epistémicas como motivacionales) y en el lenguaje en el que las personas conciben el mundo para poder entender su relevancia, su contenido y su alcance, *b)* que cuando las distancias entre concepciones del mundo son amplias existen problemas de comunicación entre los grupos, que exigen mecanismos horizontales de comunicación entre ellos para reducir las distancias del lenguaje e intentar (al menos) acercarse para dialogar de esta manera e intentar extraer los significados de la manera más fiel posible (particularmente frente a la obligación de traducción institucional), y *c)* que no hay en las ideas de Rawls respuesta a esta objeción, sino que, por el contrario, sólo sostiene que la traducción puede encontrar valores políticos a los que los valores no políticos sean *similares* o, en el mejor de los casos, *asimilables*.

Antes de concluir, hay dos ideas que quiero desarrollar porque completan mi argumento de la existencia de desigualdad política en los casos de culturas originarias. La primera es que la idea de igualdad política de Rawls es insuficiente para mostrar su complejidad real. Para ello me detengo en la igualdad compleja de Charles Beitz tomándola como una mejor alternativa. La segunda idea es la de la injusticia epistémica, que completa el argumento de la desigualdad política al mostrar que hay sujetos (como los grupos indígenas) que son negados como sujetos productores y dadores de conocimiento, lo que hace que sea imposible situarlos igualitariamente en la deliberación, si no se replantea profundamente.

## 2. *La idea compleja de la igualdad política*

La filosofía política contemporánea coincide en que la idea de la igualdad significa *algo* fundamental tanto para la democracia como para el igualitarismo. Sin embargo, esto no lleva automáticamente a dar con ese “algo” que *es* la igualdad. Es la base de las instituciones y de la participación en una democracia constitucional; del ideal de *ciudadanía democrática* (punto en que tanto Rawls, como Habermas y Beitz coinciden), pero esto no revela qué significa la *participación igual de todas las personas* ni nos dice cuándo ésta es desigual, justa o injusta. Qué es y cómo debe entenderse

la igualdad política (*igual participación o las condiciones justas de participación*) es parte del problema, no una premisa que puede llenarse con lo que sea.<sup>49</sup> Una buena teoría de la democracia debe dar la respuesta que mejor refleje los problemas morales y empíricos en torno a ella, para resolver sus dilemas.

La forma en que demos respuesta influye mucho a la cuestión de *¿cuándo existe razón suficiente para rehusarse a aceptar el contrato social?* O planteado de otra forma y en la fórmula rawlsiana, *¿cuándo es razonable que un ciudadano o grupo de ciudadanos no acepte de manera voluntaria las condiciones de participación —o un lenguaje universal accesible a todos por igual— en el procedimiento democrático, por considerarlas desiguales?*

Una de las aproximaciones tradicionales ha sido la de pensar la igualdad política como *igual poder de influir en los resultados democráticos o el “igual poder”*; tener *igual poder sobre los resultados o que las preferencias de cada ciudadano reciban un peso igual en el procedimiento de toma de decisiones*. Aquí, la igualdad se asimila a la igualdad procedimental, con la *distribución del poder político* como su *único* objetivo. Como parte de mi objeción sostengo que limitar a esto la idea de la igualdad política es un error. La igualdad política, desde una teoría meramente política (ni comprensiva ni extendida a lo social) tiene otras dimensiones que deben tomarse en cuenta y a las que no se llega tomándola como Rawls y otros teóricos lo hacen.<sup>50</sup>

Asociar la igualdad política al igual poder tiene el gran problema de que centrarse simplemente en el procedimiento y su estructura para dar un peso político igual a cada persona, deja de lado circunstancias y condiciones que grupos y personas pueden tener y que los puede situar en una posición desigual, por ejemplo, su rango de preferencias o, como busco exponer en este trabajo, cuando por su cosmovisión quedan en una posición política asimétrica frente a otros grupos o ciudadanos.<sup>51</sup>

Esto es restrictivo porque iguala *la influencia que tiene un punto de vista frente a otros, con el poder que unos ciudadanos tienen sobre otros*. Mientras que la influencia puede medirse por medio de las oportunidades de influir (por ejemplo, con el acceso al foro público) en los procedimientos democráticos, esto no es igual a *comparaciones de grados de poder*. Esto significa que la capacidad re-

<sup>49</sup> Beitz, Charles, *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1989, pp. X-4.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 4-9.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 10-12. Sobre la idea de poder como *la capacidad de realizar un deseo o de obtener lo que uno quiere a pesar de la resistencia a ello, de manera abstracta*, véase Weber, Max, *The Theory of Economic and Social Organization*, trans. de A. M. Henderson and Talcott Parsons, Nueva York, Free Press, 1947, pp. 152 y ss.

lativa de una persona para involucrarse de manera exitosa en la actividad política no consiste usualmente en la búsqueda de *satisfacer deseos de resultados sustantivos* (cuando el poder se entiende aquí como una *relación entre los deseos y las capacidades de un agente*). Para ilustrar esta diferencia, podemos pensar la forma en que se aprecian las restricciones de acceso al proceso deliberativo por distintas razones. ¿Son éstas concebidas —desde el punto de vista de los ciudadanos— como un desequilibrio en la distribución de poder o suelen plantearse como posibles faltas (o riesgos) dentro del proceso de deliberación y reflexión democrática para formar puntos de vista y de la influencia de los puntos de vista de otros?<sup>52</sup> Esta disparidad entre influencia y poder, junto con la asociación de *igualdad política a igual poder*, abren un vacío que nos aleja de encontrar las *condiciones justas de participación-deliberación* en el proceso democrático. Pensar en la igualdad política de manera reducida evita ver su complejidad, que va mucho más allá de la igualdad procedimental.<sup>53</sup>

La visión compleja de la igualdad consiste en mucho más que tener la misma posibilidad de influir en los resultados políticos. Para poder responder a la interrogante: ¿a qué problemas da solución una teoría de la igualdad política? debemos responder *qué significan las condiciones justas de participación*,<sup>54</sup> y limitar esta respuesta a la visión simple también limita la respuesta de cuáles son los problemas que la igualdad política debe resolver. Profundizar en esta idea permite ver que existen otros problemas además de la distribución del poder a los que la igualdad política debe responder.

Para construir la igualdad compleja debemos buscar “intereses regulativos” de forma empírica y política. Su construcción debe partir de los casos paradigmáticos sobre los que el desacuerdo es posible y donde, si el caso es genuinamente paradigmático, la justificación del interés se mantiene. Esto permite evitar injusticias procedimentales en casos que son inaceptables incontrovertidamente (y por ello, paradigmáticos), como aquellos en los que los *intereses vitales y urgentes* de grupos desventajados, marginados o excluidos en la sociedad quedan relegados.<sup>55</sup> Justo porque estos casos son importantes es que necesitamos profundizar tanto en la naturaleza política de la igualdad como en los intereses regulativos que la justifican.

<sup>52</sup> Beitz, Charles, *Political Equality...*, *cit.*, nota 49, pp. 13 y 14.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 14-16. Beitz llama *visión simple* a la versión convencional de la igualdad: “La visión simple es deficiente porque identifica demasiado fácil el ideal abstracto de la igualdad política con el más preciso estándar institucional de la igualdad *procedimental* y porque retrata a este último de manera incorrecta como un requisito unívoco y no ambiguo” [traducción de autor].

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 16-18.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 220 y 225.

Las teorías de la igualdad política pueden partir de distintas bases: los intereses de las personas o su bienestar (*teorías del mejor resultado*), las preferencias políticas de las personas (*teorías de la voluntad popular*) y las personas mismas tomadas como *ciudadanos iguales* (*teorías procedimentales*). El elemento central del procedimentalismo complejo es que *toma a las personas como iguales, sin limitarse a entender esto como el poder igual sobre los resultados, sino ampliándolo*. La igualdad política se logra cuando *las condiciones justas de participación se convierten en aquellas razonablemente aceptables desde el punto de vista de cada ciudadano o cuando ninguno tiene buenas razones para rehusarse a aceptarlas* (*aceptabilidad razonable*), a partir de tres parámetros regulativos que sirven como piedra de corrección. Así, sólo será razonable rechazar las condiciones justas de participación si se contraviene alguno de ellos: “reconocimiento (o el estatus de cada ciudadano como un miembro igual en la política), “trato equitativo” (o la protección contra los resultados políticos que pudieran poner en riesgo serio las expectativas propias) y “deliberación responsable” (o las condiciones justas de la deliberación pública que conducen a un juicio responsable en los temas públicos).<sup>56</sup> Me detengo en estas ideas más adelante para precisarlas.

La igualdad compleja es más completa porque permite evitar formas de daño que se encuentran a niveles más profundos que los que llega la igualdad formal (y que ésta no logra evitar), sin crear peores consecuencias al hacerlo. Esto vuelve irrazonable rehusarse a aceptar sus bases (si se cumplen sus criterios mínimos, los tres intereses regulativos).

Una segunda divergencia con igualdad de Rawls es que su enfoque de la justicia (procesal imperfecta) no sólo se evalúa por *criterios orientados al resultado* (como los derechos humanos, por ejemplo), sino que incorpora *criterios para evaluar la justicia procesal que están orientados al procedimiento*. La evaluación de esta justicia procesal frente a la igualdad política no se limita a consideraciones de resultado; las toma para evaluarlas conjuntamente a las que se dirigen al procedimiento (sin prejuzgar el peso o importancia de unas frente a otras ni negar la posibilidad de que las segundas desplacen a las primeras).<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. xiii, 22-24. Esta aceptabilidad razonable es de base contractualista, pero en el caso del procedimentalismo complejo se reconocen *desigualdades procedimentales más profundas en tensión con la igualdad política* (lo que Beitz llamará justicia política). Esto se explora profundamente en los fundamentos de los requisitos de la igualdad política, sin quedarse en la versión clásica del igual poder para influenciar resultados. El igualitarismo complejo reside en que las condiciones de participación deben ser razonablemente aceptables por todos los ciudadanos; ser las que todas las personas esperarían contar para entrar en una actividad política cooperativa. La igualdad política tiene que ver más con evitar ciertas formas de daño sin producir consecuencias peores al hacerlo, por lo que su carácter práctico es de carácter negativo más que positivo (aunque pueda requerir de ambos), pp. 217 y 218.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 46-48.

A la igualdad de poder en el voto, por ejemplo, le importa muy poco —en términos de justicia procedimental— cuando una minoría arraigada no tiene ningún poder real de influir en el resultado y no les queda más que *sufrir su destino en voz baja*. Por eso Rawls incorporó un parámetro para corregir o evaluar los procedimientos y su imparcialidad, de acuerdo a criterios sustantivos que deben respetarse. De aquí también que la imparcialidad no deba entenderse sólo como tratar los intereses de las personas de la misma manera (tanto el de no morir de hambre como el interés de construir un monumento a un dios). Por el contrario, la imparcialidad toma en cuenta *el carácter de los intereses involucrados y no es neutral de contenido*. En la igualdad formal se desplazan criterios normativos centrales para la justicia política, como la “importancia o la urgencia”, dando igual peso a intereses de importancia o urgencia completamente distinta.<sup>58</sup>

El fin de incorporar los criterios de importancia y urgencia es lograr principios que sean “sensibles” a las situaciones particulares (para esto la información es fundamental). El resultado será contar con procedimientos que no permitan que los intereses insignificantes o moderados de muchos se sobrepongan a costa de los intereses fundamentales o urgentes de algunos pocos (aunque sean muy pocos).<sup>59</sup> Por ello los criterios procedimentales son base de la igualdad política pensada desde su complejidad. Las propiedades formales de los procedimientos se reenfojan a su función expresiva más que en la de sus resultados.<sup>60</sup> Esto lleva a superar la idea de que *un igual estatus conlleva a un igual poder sobre los resultados*, para llegar a una idea del respeto igual de las personas sin importar el poder que ostentan en circunstancias determinadas, subrayando la necesidad de que expresen su estatus igualitario en los procedimientos. Por ello existirán casos en que, para evitar una

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 76, 87-90. “...la imparcialidad no nos requiere dar el mismo peso a una demanda de alguien que desea ayuda para hacer un monumento a su dios frente a alguien que necesita ayuda para tener suficiente para comer, aun si las demandas son de extensión igual y son impulsadas con la misma intensidad. Lo que cuenta como trato imparcial depende del carácter de los intereses involucrados; la imparcialidad no es, por así decirlo, neutral de contenido...”, p. 89.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 90: “...los procedimientos justos no deben permitir la exclusión más o menos permanente de una minoría arraigada de la participación efectiva en la política, al menos donde existan alternativas posibles de procedimientos que puedan evitar esto”.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 92: “Las características estructurales de los procedimientos políticos no importan tanto porque conduzcan a resultados aceptables como porque den expresión pública a cada estatus de las personas como ciudadanos iguales. Este pensamiento sugiere un tercer tipo de teoría procedimental, que localiza la importancia de las propiedades formales de los procedimientos políticos en su función simbólica o expresiva en vez de en sus consecuencias para la legislación y las políticas”.

injusticia extrema, sea válido generar asimetrías que no serían aceptables en el procedimentalismo simple, pero que sí se justifican normativamente en la idea de la igualdad política compleja.<sup>61</sup>

El ideal de la justicia como imparcialidad persiste, pero no como un criterio unívoco (como Rawls), sino como uno complejo que integra una pluralidad de valores que son parte de las dos dimensiones de la ciudadanía (ser *creador de* y ser *objeto de* la política). La aceptación igualitaria, necesaria para la legitimidad democrática, se basa en que es *igualmente justificable para todos sus miembros, reconocido el estatus de cada persona como un ciudadano igual*. ¿Qué razones justifican entonces que una persona se niegue justificadamente al acuerdo social? ¿Qué principios son *necesarios* para que *nadie pueda rechazar razonablemente las bases para un acuerdo general informado y no forzado*?<sup>62</sup> La respuesta está en los tres intereses regulativos, que sirven como condiciones necesarias para aceptar o rechazar el acuerdo social de manera libre e igual.

El interés del “reconocimiento” es (intencionalmente) más informal que en Rawls. Las condiciones de participación tienen más de una interpretación de acuerdo a distintas circunstancias (contexto social, circunstancias personales, etcétera). La justicia procedimental es *un problema moral independiente a ser resuelto más o menos intuitivamente de un modo que toma en cuenta las cir-*

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 94: “...las desigualdades procedimentales serán objetables cuando expresen o refuercen desigualdades objetables en cualquier lugar de la sociedad, pero no (o no necesariamente) cuando sean en este sentido benignas”.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 99-104. A diferencia de la idea de la *reciprocidad* rawlsiana, este *acuerdo* busca incorporar los casos en los que la reciprocidad no es suficiente para que un acuerdo sea razonablemente aceptable para todas las personas, por considerar que es la forma que más se acerca al ideal del respeto de la autoridad final de cada persona sobre la conducción de su vida propia. La complejidad y pluralidad de valores-criterios para balancear del procedimentalismo complejo se enfoca al papel que estos juegan en el razonamiento práctico (p. 219). Así: “El procedimentalismo complejo es informal en el sentido de que deja mucho a ser resuelto a través de un razonamiento moral de un tipo mucho menos ordinario. Es pluralista en el sentido de que permite que una variedad de consideraciones juegue un rol en fundamentar los juicios sobre la justicia política. Estas dos características explican la indeterminación de la teoría en conexión con problemas de diseño institucional o su reforma. Como hemos visto, cualquier resolución de estos problemas depende de juicios empíricos sobre el comportamiento más probable de los mecanismos políticos de distintos tipos en las condiciones sociales prevaletentes; por ejemplo, su influencia en el contenido de la legislación y sus características distributivas, sociales y de estabilidad política, la naturaleza y las dinámicas de la cultura política y el auto estima la educación política y la competencia política de los ciudadanos” (p. 225), “...La igualdad política no es simplemente un principio unívoco capaz de aplicarse directamente a la definición de los procedimientos democráticos. Es un ideal complejo, que lleva juntas preocupaciones diversas y abstractas cuya aplicación a problemas de diseño institucional requieren inevitablemente un buen grado de interpretación y adaptación a las circunstancias políticas e históricas” (pp. 225 y 226).

*cunstancias históricas en las que los procedimientos deban operar.* La respuesta a las injusticias se da menos con procedimientos automáticos y sus reglas formales, y más por el razonamiento moral ordinario. El reconocimiento rechaza asignar un rol de inferior a un grupo porque las instituciones públicas “no deben establecer o reforzar la percepción de que los intereses de algunas personas merecen menos respeto o preocupación que los de otros simplemente en virtud de su membresía a un grupo adscriptivo o social en lugar que a otro. Los roles políticos definidos por las instituciones democráticas deben expresar el reconocimiento comunal del igual valor individual”.<sup>63</sup>

El “trato equitativo” exige que la satisfacción de los intereses (necesidades y éxito de sus proyectos) de las personas no debe ser puesta injustamente en riesgo *si hay alternativas que eviten ese resultado sin establecer riesgos peores en otros.* En casos de posible desigualdad política, el procedimentalismo complejo toma al igual poder sólo como un factor más a balancear con el de la *defensa de las minorías arraigadas* y el de *la defensa general frente a la opresión.*<sup>64</sup> Así, es posible encontrar como alternativa que un grupo tenga una prerrogativa *preferencial* para inclinar una decisión política —desplazando el valor de igual poder— y evite un resultado injusto siguiendo un razonamiento moral orientado a tomar a las personas igualmente en cuenta y mantener la justicia procedimental en ese caso. Partir de la igualdad compleja pone a criterios como *la urgencia* y el *carácter vital o importante* de ciertos *intereses humanos* a la par del *igual poder* para influir en los resultados.<sup>65</sup>

[El trato equitativo] Justificará el rechazo a aceptar un esquema institucional especialmente cuando parezca probable que inicie (o perpetúe) injusticias serias y recurrentes y cuando haya una alternativa disponible que fuera menos probable de resultar en éstas y que las evite sin incorporar daños contraproducentes de otro tipo. Entonces, en el contexto de razonar sobre los procedimientos políticos, el interés del trato equitativo normalmente aparecerá como uno de salvaguardar los intereses urgentes o vitales de unos en el caso de amenazas en las que puedan ser sistemáticamente subordinados a las exigencias competentes, pero menos urgentes de otros<sup>66</sup> [traducción del autor].

Esto tiene un resultado sísmico. La flexibilidad de la idea de la igualdad compleja redimensiona la idea misma de la democracia y de la deliberación. Ahí donde una postura rígida de la razón pública crea un almacén

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 105-110.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 110-112.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>66</sup> *Idem*.



inflexible (incluso en el Rawls final) que tiene un polo (el del igual peso para influir en los resultados políticos) único para medir la igualdad, el proceduralismo complejo incorpora otros intereses regulativos que permiten tener una estructura más amplia que tiene la capacidad para enfrentar condiciones de desigualdad que superan las de la visión unívoca de la distribución del poder.<sup>67</sup>

El interés de la “responsabilidad deliberativa” se inserta en este armazón flexible: la deliberación *no debe estar constreñida por la exclusión de posiciones que ganarían apoyo sustancial si fueran suficientemente expuestas al escrutinio público*, por la *información* que éstas significan para los juicios responsables, y así estos se den con *la consideración razonada y la evaluación comparativa de todas las posiciones representadas*, tomando en cuenta los distintos factores y, una vez más, no solamente el igual poder de influir en las decisiones políticas. Esto genera razones para cooperar y considerar a los otros como seres igualmente equipados y motivados racionalmente, y no sólo como personas con posturas que no tienen el mismo sentido ni legitimidad en la deliberación. Este balanceo deliberativo no es, desde luego, fijo (sería contradictorio a su propósito de flexibilizar su estructura para resolver la complejidad de la igualdad), y la evaluación moral en los distintos casos debe tomar en cuenta —de manera obligatoria— las condiciones históricas de cada sociedad, para contextualizar los intereses regulativos y la estructura democrática misma.<sup>68</sup>

La igualdad compleja responde a problemas que la visión simple no. Su flexibilidad le permite resolver casos concretos en los que se puede llegar a un resultado injusto si sólo se evalúa el poder político que las personas tienen para influir en los resultados. Acomoda de manera más completa la complejidad del ideal de concebir a todas las personas como iguales, con mismas cualidades morales y con capacidad racional de decidir, y su apertura permite encontrar respuestas alternativas a la rigidez de la razón pública, que eviten daños que no pueden ser neutralizados con ésta y que corrijan desigualdades sin costos democráticos, particularmente al tomar en cuenta

---

<sup>67</sup> “Es un error concebir la democracia como un aparato hidráulico crudo, moviendo a la sociedad en dirección al poder más grande. En vez de esto, debemos entenderla como un mecanismo deliberativo que estructura la formación y revisión de los juicios políticos individuales de una forma en que es posible elucidar los resultados que traten los intereses de cada uno de manera equitativa. Las características de los dispositivos agregativos de preferencias son claramente significativas para evaluar la justicia del sistema como un todo, pero deben ser tomados como partes de una estructura deliberativa más grande”, *ibidem*, p. 114.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 114-118, “...puede ser visto como una virtud de una teoría de la igualdad política que tome en cuenta consideraciones históricas de manera que represente más fielmente los efectos actuales acerca de la participación justa”, p. 118.



elementos como la urgencia, importancia y necesidad expresiva del procedimiento. Ahora es posible articularla con las ideas de la injusticia estructural y la injusticia epistémica.

### 3. *La injusticia estructural y la injusticia epistémica*

Reconocer que debemos observar el *sentir* o la *expresión de la importancia* que un tema tiene para un grupo o una persona porque lo considera especial no es suficiente. Para evaluar (algo así como) la *legitimidad del apego* necesitamos partir de una base relacional que nos muestre los vínculos y posiciones entre los pueblos y debele si estos han sido histórica y contextualmente sujetos a relaciones de injusticia y opresión de manera estructural. Esto es precisamente lo que sostiene la *injusticia estructural*.

Esta idea pone a los grupos sujetos a estas condiciones en una posición especial o preferencial, tomando en serio la exclusión sistemática y las violaciones a sus principios o valores como muestras de irrespeto moral. Esa estigmatización o irrespeto es la base que legitima darles un trato compensatorio (en palabras de Rawls, de “equalización”). El abuso histórico pesa en términos relacionales y afecta la igualdad y, desde luego, el posible diálogo entre los grupos, y los efectos de la opresión se mantienen normal y generalizadamente. Tratar a estos grupos de buena fe, como iguales, no es suficiente. La posición especial en estos casos se justifica como parte de un proceso de empoderamiento frente a las desventajas estructurales y la opresión; es la posibilidad de que la demanda ayude a superar la injusticia estructural (*sin que cause una injusticia mayor de la que se busca superar*) y no tanto su contenido, lo que vuelve aceptable las medidas *preferenciales*.<sup>69</sup>

Pero la injusticia estructural es sólo una de las caras de la moneda de la idea de la injusticia en general que debemos tomar en cuenta. Su otra cara es la injusticia epistémica, y ésta explica la forma en que las culturas originarias quedan sometidas a una posición de desigualdad que, aunque se manifiesta en principio en el ámbito epistémico, tiene consecuencias mora-

---

<sup>69</sup> Ypi, Lea, *Structural Injustice and the Irrelevance of Attachment*, working paper presentado en la Universitat Pompeu Fabra, octubre de 2015, pp. 2-14. Véase, también, Young, I. M., “Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 1, 2001; y, de la misma autora, “Polity and Group Difference. A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989; Giddens, Anthony, *The Constitution of Society: Introduction of the Theory of Structuration*, Berkeley, University of California Press, 1984, p. 2.

les y empíricas que decantan en la sujeción de estos grupos a una posición de desigualdad política.

Esta teoría se enfoca en las prácticas de producción de conocimiento de los sujetos que están socialmente situados para señalar que hay dos circunstancias en las que las personas sufren un tipo de trato injusto epistémico y moral. La primera de ellas es la *injusticia testimonial*, donde la persona es lesionada en su *capacidad como sujeto de conocimiento*, tras perder la credibilidad por pertenecer a algún grupo social sobre el que pesa un prejuicio que tiene como consecuencia que sus testimonios se desinflen o pierdan legitimidad. La segunda es la *injusticia hermenéutica*, donde las personas o grupos son incapaces de dar sentido a sus experiencias sobre el mundo y su cosmovisión, o que siendo capaces de hacer sentido de las mismas no pueden comunicarlas de forma inteligible porque hay un vacío en los recursos interpretativos colectivos, dejándolos en una posición desigual al realizar intercambios epistémicos con otras personas.<sup>70</sup>

De forma resumida podemos decir que existe tanto una *política de las prácticas epistémicas* como un tipo de *poder social*<sup>71</sup> dentro de las *interacciones epistémicas* (y la primera depende del segundo), que hace que algunos grupos no tengan la confianza o legitimidad epistémica que otros sí tienen. Esta diferencia genera relaciones de poder desiguales que tienen dos consecuencias que se traducen en formas de desigualdad política: la primera (que surge de la *injusticia testimonial*) como resultado de un *prejuicio identitario* sobre el grupo social al que pertenecen las personas. Aquí tiene lugar una *objetivización epistémica* (como pasa con la objetivización sexual de las mujeres) que les disminuye su credibilidad como interlocutores; la segunda (correspondiente a la *injusticia hermenéutica*) se da cuando los recursos conceptuales (herramientas de interpretación social) para comunicar la experiencia de vida de un grupo o persona no existe o es inadecuada, por lo que se margina hermenéuticamente a las personas porque *participan desigualmente en las prácticas por las que los significados sociales se generan*. El daño epistémico se da en el rechazo a su capacidad como *sujetos de entendimiento social* que es consecuencia de un *prejuicio estructural* en las formas de comprensión colectivas: las experiencias, intereses o valores de estos grupos se consideran irracionales o inaceptables por el estilo en que se expresan, por lo que son malentendidas o minimizadas.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Fricker, Miranda, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

<sup>71</sup> Entendido que “el poder [social] es la capacidad social situada de controlar las acciones de otros”, *ibidem*, p. 4.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 4-7, 148-152, 160 y 161.

Como puede observarse, ambos tipos de injusticia son relevantes para la deliberación democrática, sea que una persona no sea tomada plenamente en serio en su rol de interlocutora o que estructuralmente se excluyan de las prácticas de creación de los conceptos (y del propio lenguaje) con los que se hace sentido de los distintos mundos en la realidad. En el caso de las culturas originarias, ambas situaciones están presentes y muestran cómo la dimensión epistémica es otro obstáculo para la igualdad política. En cuanto a mi objeción en particular, la razón pública es parte de ese aparato epistémico que condena hermenéuticamente a estas personas a tener que dar sentido a sus experiencias por medio de un lenguaje del que fueron excluidos, del que no son parte y que rechaza la legitimidad de comunicar desde sus cosmovisiones.

La existencia de estereotipos negativos sobre los pueblos indígenas y sus conocimientos, su cercanía con la tierra y sus formas de vivir la vida, afectan en la deliberación democrática porque la “no credibilidad” tiene muchas veces como resultado que se pierda una parte del conocimiento que el hablante busca compartir. El daño moral que esto genera es causado por el nulo respeto e insulto al grupo o persona que se comunica como tal, al no considerarse como igual, y sí como ilógica, menos inteligente, salvaje, emocional, subdesarrollada, etcétera, por ello los dos ejemplos comunes para ejemplificar la injusticia epistémica —desde Fricker— son el de las mujeres y los negros en Estados Unidos de América.<sup>73</sup> La falta de credibilidad que tienen en materia epistémica es notable y es sólo la continuación de una serie de violaciones y exclusiones que son sistemáticas y que pueden apreciarse no desde la concepción abstracta de los valores y los sujetos que plantea el liberalismo sino desde una perspectiva historizada y contextualizada que muestra la estigmatización, desigualdad y discriminación a la que estos grupos están sujetos, teniendo como resultado desventajas estructurales y opresión.<sup>74</sup>

La injusticia estructural y la injusticia epistémica van de la mano y sirven para mostrar por qué el caso de las culturas originarias es un caso paradigmático para el que el liberalismo político es insuficiente y al que falla en su promesa igualitarista. A estas alturas debería ser claro que la razón pública y la idea de igualdad formal de Rawls son dos obstáculos para hacer

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 17-38.

<sup>74</sup> Ypi, Lea, *Structural Injustice...*, *cit.*, pp. 12-14; Young, Iris Marion, “Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice...”, *cit.*; Young, Iris Marion, “Polity and Group Difference...”, *cit.*; Giddens, Anthony, *The Constitution of Society...*, *cit.*, p. 2; Benhabib, Seyla, *El ser y el otro en la ética contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2006, pp. 185 y 186.

justicia en el caso de los pueblos indígenas. La razón pública es problemática frente a la *cualidad expresiva* del procedimiento deliberativo en estos casos, pero (como intenté mostrar a lo largo de este trabajo) además es una barrera a la inclusión y participación igualitaria. Los problemas de la traducción institucional son reales e involucran muchas veces los intereses urgentes y vitales que son centrales para la existencia de estos grupos (criterios que quedan fuera de la igualdad formal), que pueden ser defendidos deliberativamente sólo tras ser asimilados a un lenguaje público que no los incluyó en su elaboración epistémica, convirtiéndose en un aparato hermenéutico establecido de arriba a abajo, sin su participación.

Todo esto sirve para conectar la siguiente idea: que las culturas originarias tendrían toda la legitimidad para rechazar la razón pública y un diálogo o deliberación establecido bajo este lenguaje porque sería irrazonable aceptar su participación en ella dado que las condiciones de participación en la misma serían profundamente desiguales; pero además, que la imposición de este lenguaje sobre ellas es impositivo y represivo en términos de Rawls, precisamente porque no cumple con los criterios de aceptabilidad razonable que permitirían su uso de manera legítima y no represiva. La razón pública, en estos casos, pierde la legitimidad democrática para ser utilizada.

Si bien es posible encontrar otras formas mejores de pensar la igualdad política desde una perspectiva liberal (como al de Beitz), no es claro que sea suficiente para garantizar que la deliberación entre personas de dos culturas distintas sea verdaderamente horizontal e igualitaria. No obstante, los intereses regulativos de la igualdad compleja sirven para intentar acomodar, al menos en lo inmediato y mientras se generan las herramientas conceptuales y empíricas necesarias para establecer los diálogos igualitarios, los casos en los que los intereses de las comunidades originarias se encuentran en tensión con las decisiones de las instituciones democráticas.

Finalmente, antes de avanzar a las conclusiones quiero tomar un caso real en el que este problema puede verse claramente (más allá de que considere que mis objeciones teóricas funcionan en general para los casos en que se tengan encuentros interculturales que queden dentro del caso paradigmático que señalé aquí (que se trate de una cultura originaria en posición de injusticia estructural e injusticia epistémica). Mi impresión es que este tipo de casos son mucho más comunes de lo que parece, aunque tenga que dejar el estudio casuístico particularizado para otro momento.

En el nororiente colombiano, la comunidad indígena U'wa (instalada ahí desde antes de la conquista) tuvo un conflicto frente a la petrolera norteamericana *Occidental*, en 1997 (el conflicto puede rastrearse desde 1991 y permaneció al menos hasta el 2010). En este caso, la Corte Constitucional

Colombiana falló para condicionar la explotación petrolífera a consultas a los pueblos para que así participaran en la toma de decisiones. La comunidad rechazó la consulta en febrero de 1997 porque alegaba que el simple hecho de la exploración y explotación de su territorio era una afectación vital al mismo y que eso significaría la pérdida de su mundo, por lo que el tema no podía ser siquiera objeto de consideración. Se “considere una posibilidad que desde la perspectiva de los U’wa no puede ser objeto de consideración: convivir en el territorio y permitir su exploración y explotación”.

La discusión del caso giró en torno a lo que debía entenderse por “frontera” de los territorios de explotación. El Estado tomaba la idea de la tierra como un *bien natural*, mientras que los U’wa la asociaban con creencias comprensivas y rituales que daban forma a su visión del mundo; un sitio sagrado no negociable, donde el petróleo (los *Ruiría*) significaba “los fluidos de la tierra”: la sangre que alimenta la tierra. Los U’wa tenían una “concepción tradicionalista del mundo”, anclada a la identidad cultural, la historia ancestral y a una instancia suprasensible que da sentido al arraigo histórico y cultural. En este caso, lo que estaba sobre la mesa era “la posibilidad de que dos concepciones de mundo enfrentadas radicalmente puedan llegar a un acuerdo justo”.<sup>75</sup> Los comunicados de la comunidad ante los fallos judiciales y las acciones estatales son ilustrativos:

Usted habla de negociaciones y consultas con los U’wa. Mi pueblo dice que ellos no van a negociar. Nuestro padre no nos ha autorizado. Nosotros no podemos vender el petróleo, la sangre de nuestra madre tierra. La madre tierra es sagrada. No hay nada para negociar.

...El pueblo U’wa, ante la muerte segura, al perder nuestras tierras, el exterminio de nuestra historia, preferimos una muerte digna, propia del orgullo de nuestros antepasados que retaron el dominio de los conquistadores y misioneros: el suicidio colectivo de la comunidad U’wa.<sup>76</sup>

En este caso, la protección buscada a través del derecho a la consulta y la comunicación dada por las instituciones era parte del problema que la comunidad U’wa intentaba mostrar.<sup>77</sup> Es fácil mostrar que, en este caso, los

---

<sup>75</sup> Para un interesante análisis al respecto del caso y una crítica al liberalismo desde el mismo, véase Uribe Botero, Ángela, “El caso U’wa: un conflicto en torno al mal radical”, en Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls. Una aproximación a la filosofía política contemporánea*, Bogotá, Unibiblos, 2005.

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> Esto se vuelve particularmente grave en términos de justicia política, puesto que un tema central de equidad básica para cualquier teoría de la justicia liberal es que perjudicar a las personas a causa de factores que no son elegidos por ellos mismos (como la etnicidad,

intereses de la comunidad eran vitales y que la situación era urgente, cerrada a una discusión futura tras la toma de la decisión institucional (explorar y explotar la tierra llevaba a la muerte de la comunidad desde su cosmovisión y, con ello, a su amenaza del suicidio colectivo). La idea de la igualdad compleja sirve mejor a una posible alternativa de solucionar el caso, en la que la comunidad tuviera una posición preferencial en la que la decisión quedara en ellos. A partir de un juicio moral reflexivo, tomando los distintos criterios en cuenta, uno podría despegarse de la idea de intentar garantizar la igualdad política dando el igual poder a los grupos interesados de influir en la decisión, para dársela simplemente a la comunidad para evitar la injusticia. Esto llevaría a dejar de lado la exigencia de la razón pública y de tomar una decisión más allá de ella. Sin embargo, esto no corrige el problema de desigualdad política ni crea un diálogo igualitario entre ambas culturas, sino que simplemente funciona como una especie de excepción que puede justificarse desde la igualdad compleja. Sobre esta última faltante centro varias de mis conclusiones.

#### IV. CONCLUSIONES: HACIA OTRO TIPO DE RAZÓN Y DE DIÁLOGO

La razón pública lleva en un camino de ida a la desigualdad política en el caso de los encuentros interculturales (una cultura occidental liberal y alguna cultura originaria). La rigidez de la razón pública y la obligación de traducción de los argumentos comprensivos de estas culturas impone una carga que los vacía de significado y sentido (o al menos que los desinfla). Aun así, podría alegarse que el último Rawls del *Derecho de gentes* podría dar una respuesta a esta objeción cuando intentó crear su *Sociedad de pueblos* con lo que llamó *culturas decentes*. Es claro que él no intentó que esta fuera la respuesta a cómo las sociedades liberales debían construir hacia dentro su derecho ante la realidad del pluralismo razonable, pero creo que es la mejor respuesta que puede dar desde su teoría a este tipo de casos.

Rawls aceptó que cuando se encuentra una sociedad liberal y un *pueblo decente* (un término terrible) —donde podemos tomar a las culturas originarias— la creación del derecho entre ellas no podía ser un derecho simplemente liberal. En estos casos, dado que se trata con “culturas razonables” con las que las sociedades liberales deben entablar una relación de *tolerancia*, su ejercicio de la posición originaria no podía hacerse como en su *Liberalismo*

---

el origen, la raza o el lenguaje que usan) es una grave injusticia. Al respecto véase Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, España, Paidós, 1996, p. 138.

*político*. Por el contrario, este diálogo debía tomar el carácter de una posición originaria de segundo nivel, donde las distintas culturas se encontraran conscientes de las diferencias entre sí, para encontrar principios mínimos que regularan sus relaciones, desde una posición simétrica real, donde la sociedad liberal no domina, oprime o condiciona a estas otras de ninguna forma, y donde las exigencias de traducción institucional y la rigidez de la razón pública prácticamente desaparecen.<sup>78</sup>

Para ser justo con Rawls, es necesario reconocer que su liberalismo funciona hasta cierto punto pero que uno de sus límites se encuentra en los casos de las culturas originarias (aunque creo que lo que muestro en este caso tiene un potencial general y no se reduce a este caso). Para encontrar una respuesta desde Rawls necesitamos renunciar a su intento de resolver estas tensiones desde una visión monocultural, puesto que de no hacerlo se aceptaría someter a las culturas originarias a una posición de desigualdad política contraria a los objetivos básicos de la razón pública. Sin embargo, creo también que el diálogo originario en un segundo nivel del *Derecho de gentes* es insuficiente.

Primero, el diálogo de segundo nivel sería uno a partir de la igualdad formal, donde la situación de exclusión, abuso y condicionamiento de las sociedades liberales sobre estas culturas no se pone en el centro. Su postura podría ser viable globalmente (tal como pretende), con una sociedad liberal dialogando con otra como la musulmana. No así a nivel local, hacia adentro de una sociedad liberal, donde las condiciones iniciales de diálogo sitúan de antemano a las culturas originarias con un *hándicap negativo* frente a la cultura liberal. La igualdad compleja da una mejor respuesta la búsqueda de un diálogo verdaderamente horizontal, e incluso puede ser más afín a algunas teorías interculturales, aunque no resuelve el problema de la injusticia epistémica, y es por esto último que es necesario abrir y profundizar sobre la necesidad de otros diálogos que sí resuelvan satisfactoriamente los problemas de la desigualdad política, tal como creo que resulta con los diálogos interculturales.

Segundo, Rawls da parámetros mínimos para evaluar la *decencia* de las culturas y entablar un diálogo (básicamente que reconozcan ciertos “derechos urgentes”). Algunos de ellos, tales como un mínimo de libertad que

---

<sup>78</sup> Rawls, John, *The Law of Peoples. With “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 70-88. Véase en particular: “I think enlightenment about the limits of liberalism recommends trying to conceive a reasonably just Law of Peoples that liberal and nonliberal peoples could together endorse. The alternative is a fatalistic cynicism which conceives the good of life solely in terms of power”, p. 78.



garantice la no esclavitud y servidumbre, una libertad de conciencia moderada y la seguridad contra el asesinato masivo y el genocidio, probablemente pueden defenderse desde una aproximación intercultural (como él pretendió); sin embargo, otros son circularmente liberales, como el mínimo indispensable del derecho de propiedad privada y el de la igualdad formal, que son concebidos de maneras muy distintas de cultura en cultura. Esto se suma a que, al proponer este diálogo de segundo orden, parece tomar a las culturas originarias como un mal menor *tolerable* para las sociedades liberales al que se no se debe encarar por la fuerza (aunque sí diga que se debe empujar para que eventualmente todas las sociedades adopten, por la vía de las razones, la forma liberal).<sup>79</sup> Esto nos lleva a una ordenación (nuevamente) vertical entre culturas, que se aleja mucho de la igualdad.

Es imposible desmenuzar —por cuestiones de espacio— lo profundo del problema que una visión así significa para un diálogo intercultural, pero creo que es claro que situar a dos culturas en un diálogo verdaderamente horizontal donde se escuchen de verdad y busquen llegar a acuerdos libres y completos, no es posible desde una posición monocultural de tolerancia y condescendencia.<sup>80</sup> Tomarse en serio la interculturalidad implica pensar en otras formas de encarar estos diálogos; de valorar los saberes, conocimientos y epistemologías prácticas de esas culturas “extrañas y peligrosas” para nosotras. La forma en que Rawls propone tomar lo razonable, lo racional e incluso lo dialógico, queda encerrada en una matriz liberal igualitaria que, aunque interesantísima y valiosa incluso para estos casos, resulta insuficiente para lograr el diálogo igualitario que promete.

Un diálogo intercultural necesariamente debe superar el imperialismo cultural y el epistemicidio de saberes prácticos y diversos que generalmente se hace desde las culturas occidentales modernas. Ideas como el *buen vivir* están en construcción, son abiertas a los contextos y circunstancias de las culturas que las desarrollan y se presentan de manera distinta a los saberes occidentales. No sólo son muchas veces saberes prácticos no codificados que se comunican e interiorizan de maneras en las que no estamos acostumbrados a valorar, y que muchas veces se comunican de forma inextricable. Intentar entender la relación de los saberes de las culturas originarias con la naturaleza es liberalmente paradójico cuando la noción “natura-

<sup>79</sup> *Ibidem*, pp. 59-67.

<sup>80</sup> Para un análisis del problema de la tolerancia como barrera a los diálogos horizontales, al respeto, igualdad y participación reales, véase Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad: luchas (de) coloniales de nuestra época*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar/ Abya Yala, 2009, pp. 17, 41-43.



leza” ni siquiera existe o es asimilable para muchas de ellas. Otro tipo de aproximación y relación frente a ellas es necesario. Sobre todo, una que no resulte en la creación de conceptos o figuras que terminen siendo restrictivos o colonizadores frente a ellas, como muchas veces es el discurso de los derechos humanos. Aquí, el diálogo debe alejarse de cualquier noción de traducción que pueda resultar en el vaciamiento de sentido de estos saberes, que lleve a un derrumbe del puente de comunicación que busca construirse.<sup>81</sup> Para que la idea de *traducción* sea razonable en estos casos, debe pensarse de manera completamente distinta a la que resulta de la razón pública rawlsiana.<sup>82</sup>

El carácter de los intereses de las comunidades no se determina solamente por el *sentir o la intensidad del deseo* que un grupo o persona tiene frente a ciertos objetos o situaciones. La forma de *medir* o evaluar estos puede partir desde un criterio que es perfectamente compatible con la interculturalidad: el de la *injusticia estructural*, no el del apego particular (el *attachment*). Este criterio, que en ningún momento busca establecerse como un criterio reflexivo absoluto, fortalece la posibilidad de entablar diálogos interculturales horizontales y de tomar en serio el compromiso con los derechos y las personas que el liberalismo igualitario tiene legítimamente. Cuando lo que verdaderamente importa para evaluar una demanda especial es la relación entre las personas (histórica y contextualmente), las probabilidades de que resulten injusticias de ese diálogo son mucho menores. Esto permite atajar de manera correcta una posible objeción sobre un relativismo en el que cualquier apelación a un sentir o a la intensidad de una preferencia de cualquier persona (sea un creyente católico fundamentalista o un hincha pasional del Santos Laguna) pueda ser igualmente de válida. El interculturalismo enfrenta también al relativismo y rechaza lo que las culturas occidentales

---

<sup>81</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 1998, p. 364; Carman, María, *Sobre el buen vivir...*, cit.; Descola, Philippe, *Más allá de la naturaleza y la cultura*, Buenos Aires, Amorrotu, 2012, pp. 148-170; Cowan, Jane K., “Cultura y derechos después de Culture and Rights”, *Revista de Antropología Social*, Universidad Complutense de Madrid, vol. 19, 2010.

<sup>82</sup> Es así que otra idea de traducción, que signifique una relación de aprendizaje, crítica y diálogo en dos vías o sentidos, a partir del reconocimiento de las prácticas culturales y su traducción en un piso de igualdad, es no sólo posible, sino necesaria. Al respecto véase Fernet-Betancourt, Raúl, “Interculturalidad: Asignatura pendiente de la filosofía latinoamericana. Para una revisión crítica de la filosofía latinoamericana más reciente”, *Asociación de Filosofía y Liberación México*, México, s/a, p.2. Disponible en: <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/090503.pdf>; Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, UNAM-Siglo XXI, 2005, pp. 13-20.

consideran violaciones gravísimas a los derechos,<sup>83</sup> y esto da buenas razones para tomarlo en serio.

Con esto claro, importa responder a otra posible objeción que busque limitar esta propuesta teórica a los meros casos extremos de desaparición de una cultura o de una violación gravísima a ésta. Tenemos buenas razones para construir una versión completa del derecho y de los derechos de sociedades interculturales como las latinoamericanas, donde se puedan desarrollar políticas, legislaciones y acuerdos de carácter *mestizo*, que incorporen las distintas nociones de dignidad (muchas veces isomórficas, no inteligibles) de las culturas, y reconozcan la “incompletud” de todas ellas, así como sus diferencias de concebir el mundo, la salud, el desarrollo, el buen vivir y todos los otros temas en los que éstas estén interesadas en tener voz para ser incluidas en el derecho estatal. Aceptar los distintos saberes de las culturas originarias y pensarlos como argumentos, permitiría incorporar de manera real y no meramente retórica a los grupos excluidos y marginados estructuralmente; de manera colectiva y participativa (con diálogos epistémicos distintos) sin minimizarlos en el procedimiento.<sup>84</sup>

Finalmente, quiero dar otra razón frente al “todo vale” del relativismo cultural que se podría atribuir a una objeción como la mía. Éste todo vale suele argumentarse en forma de los casos de culturas que toleran la desfloración (o el matrimonio) de niñas, la mutilación de órganos sexuales o el sometimiento de las mujeres a estructuras religiosas o comprehensivas, etcétera. Ni la igualdad compleja ni la interculturalidad que sostengo, acep-

---

<sup>83</sup> De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El otro derecho*, Bogotá, número 28, julio de 2002, p. 68. El interculturalismo confronta al relativismo de manera crítica. Da criterios procedimentales que permiten identificar políticas reaccionarias, el desempoderamiento de sujetos y la regulación/dominación de los mismos, al mismo tiempo que enfrenta críticamente el universalismo cultural occidental. Véase también, Peces-Barba, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, Alicante, vol. II, núm. 15-16, 1994. También: “[Es requisito para un diálogo intercultural] el establecimiento de una relación horizontal, abierta a la posibilidad de incorporar en nuestra perspectiva elementos de la perspectiva del otro distinto culturalmente... [E]s imposible entablar un diálogo intercultural cuando se parte del establecimiento de un solo tipo de contenidos, asumidos como universales y necesarios”, Vázquez Gutiérrez, Juan Pablo, “Multiculturalismo y diálogo intercultural”, *Revista de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 24, marzo de 2013, p. 5.

<sup>84</sup> De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural...”, *cit.*, pp. 69-77. Sobre la incompletud y particularidad cultural de los derechos humanos como producto occidental, véase Fine, Robert, “Are Human Rights Western?”, *Lecture on “The Dialectics of Universality and Particularity”*, University of Warwick, 2010; Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los libros de la catarata, 2005, p. 17; Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, *cit.*, p. 14.

tarían este tipo de resultados porque reflejan la peor versión de situaciones que efectivamente existen en algunas concepciones culturales.<sup>85</sup> En los diálogos interculturales, primero, debe siempre optarse por el *círculo más amplio de reciprocidad cultural* posible, que es lo mismo a decir que debe tomarse la versión más favorable frente al reconocimiento y la valoración del otro, y no la más restrictiva; es decir, la mejor interpretación comprensiva posible, que permita a las culturas normalmente asociadas con estos actos reprochables, evitar los mismos (una interpretación de la religión musulmana no fundamentalista y progresista, una interpretación de una cultura patriarcal que dé lugar igual y participación a las mujeres, etcétera).<sup>86</sup> Esto no debería generar incomodidad al liberalismo ni a occidente, porque es desde este presupuesto donde sus teorías son rescatables; es en su mejor luz como evitan las objeciones que otras culturas podrían hacerles por la desigualdad, la exclusión, la opresión, la violencia y violación múltiple a los derechos humanos, que retóricamente utilizan sus (comunes) peores versiones.

En estos tiempos, no es cierto que debemos resignarnos a un *choque de civilizaciones* o a la separación de las distintas culturas. El distanciamiento y diferencias debe ser un punto de inicio y no uno de conclusión. Creo que en esto sí la teoría de Rawls es una de las mejores formas de mostrarlo. Explicitar su insuficiencia en estos casos no es un motivo para cerrar la discusión y clausurar el debate, es retirar otro velo de la ignorancia para ver que los puentes que queremos cruzar para encontrarnos (desde el liberalismo igualitario y desde el interculturalismo) pueden y deben ser construidos. Esta otra forma de razón y otra forma de diálogo es a la vez un argumento frente al liberalismo y a sus límites (que han tenido también consecuencias desastrosas de opresión y represión), como lo es también frente a las distintas culturas y religiones que con excusa en (malas versiones e interpretaciones de) sus tradiciones y sus religiones (en su caso) se cierran también autoritariamente a otras versiones que son posibles (y existen en muchos casos) y que permitirían la construcción de otros tipos de mundos, más iguales en lo real.

En este trabajo intenté desenredar los problemas que la idea de la razón pública tiene en casos paradigmáticos como el de los argumentos compre-

---

<sup>85</sup> El interculturalismo no debe concebirse como el polo opuesto al universalismo. En realidad, para el primero, tanto el universalismo como el relativismo cultural son obstáculos para el diálogo que busca. La *totalización* de las diferencias rompe con la base del diálogo y genera una barrera que debe quitarse de en medio. Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos”, en Calvo García, Manuel (coord.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 259 y 260.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 78-81.

hensivos de las comunidades originarias. Al hacerlo, critiqué la rigidez de la razón pública y también la *visión simple* de la igualdad política, porque son insuficientes para alcanzar intereses y responder a preguntas que considero deben responderse desde una buena teoría de la igualdad política. La igualdad política entendida como igual poder de influir en los resultados políticos deja de lado elementos que deben ser tomados en cuenta. En casos como estos, la obligación de la traducción institucional muestra que, por su inflexibilidad, destina a estos argumentos a enfrentarse en posición desigual frente a los demás intereses (un problema interno en el que sus propias reglas generan la desigualdad que buscan evitar). Las ideas de la injusticia estructural y la injusticia epistémica dan buenas razones para que, ante tal panorama, aceptemos la necesidad de buscar un horizonte de diálogo intercultural que busque corregir la desigualdad epistémica a la que las comunidades originarias están sujetas (dada la incapacidad del liberalismo político para ello). Esto no significa rechazar todo lo que el liberalismo político ha logrado ni abandonarnos a una teoría que habilite un relativismo cultural que llevaría a peores resultados que los que tenemos en la actualidad, sino reconocer su insuficiencia y tomarla como el inicio de un puente hacia otro mundo donde la igualdad política no sea retórica ni formal, sino para todas las personas, efectiva y real.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo *et al.*, “Igualdad”, en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II.
- AUDI, Robert y WOLTERSTORFF, Nicholas, *Religion in the Public Square. The Place of Religious Convictions in Political Debate*, Nueva York, Rowman & Littlefields Publishers, 1997.
- BEITZ, Charles, *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1989.
- BENHABIB, Seyla, *El ser y el otro en la ética contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, UNAM-Siglo XXI, 2005.
- CARMAN, María, *Sobre el buen vivir, o las formas de significar y estar en el mundo*, working paper presentado en el Encuentro Internacional “Ecologías políticas desde los territorios”, Buenos Aires, UNSAM, 2 y 3 de noviembre de 2015.

- COWAN, Jane K., “Cultura y derechos después de Culture and Rights”, *Revista de Antropología Social*, Universidad Complutense de Madrid, vol. 19, 2010.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Ediciones Uniandes, 1998.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El otro derecho*, Bogotá, núm. 28, julio de 2002.
- DESCOLA, Philippe, *Más allá de la naturaleza y la cultura*, Buenos Aires, Amorrortu, 2012.
- DURKHEIM, Émile, *Las formas elementales de la vida religiosa*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012 [1912].
- EBERHARD, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos”, en Calvo García, Manuel (coord.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2002.
- FINE, Robert, “Are Human Rights Western?”, *lecture on “The Dialectics of Universality and Particularity”*, University of Warwick, 2010.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl, “Interculturalidad: Asignatura pendiente de la filosofía latinoamericana. Para una revisión crítica de la filosofía latinoamericana más reciente”, *Asociación de Filosofía y Liberación México*, Ciudad de México, s/a.
- FRICKER, Miranda, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- GARGARELLA, Roberto, “Full Representation, Deliberation and Impartiality”, en ELSTER, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- GARGARELLA, Roberto, “«We the People» outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances, Current Legal Problems”, *Oxford Journals*, Oxford, vol. 67, núm. 1, 5 de agosto de 2014.
- GIDDENS, Anthony, *The Constitution of Society: Introduction of the Theory of Structuration*, Berkeley, University of California Press, 1984.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, España, Paidós, 2006.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los libros de la catarata, 2005.

- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, España, Paidós, 1996.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 2003.
- PECES-BARBA, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, Alicante, vol. II, núm. 15-16, 1994.
- RAWLS, John, *The Law of Peoples. With “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John, *El derecho de gentes y “una revisión de la idea de la razón pública”*, Barcelona, Paidós, 2001.
- RAWLS, John, *Political Liberalism. Expanded Edition*, Nueva York, Columbia University Press, 2005.
- URIBE BOTERO, Ángela, *El caso U’wa: un conflicto en torno al mal radical*, Universidad del Rosario, en BOTERO, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls. Una aproximación a la filosofía política contemporánea*, Bogotá, Unibiblos, 2005.
- VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, Juan Pablo, “Multiculturalismo y diálogo intercultural”, *Revista de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 24, marzo de 2013.
- WALDRON, Jeremy, “Participation: The Right of Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, United States, New Series, vol. 98, 1998.
- WALDRON, Jeremy, “Law and Disagreement”, en WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, United States of America, Clarendon Press-Oxford, 1999.
- WALSH, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar-Abya Yala, 2009.
- WEBER, Max, *The Theory of Economic and Social Organization*, trad. de A. M. Henderson y Talcott Parsons, Nueva York, Free Press, 1947.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, España, Ediciones Altaya, 1999 [1953].
- YOUNG, I. M., “Polity and Group Difference. A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989.
- YOUNG, I. M., “Equality of whom? Social Groups and Judgments of Injustice”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 1, 2001.
- YPI, Lea, *Structural Injustice and the Irrelevance of Attachment*, working paper presentado en la Universitat Pompeu Fabra, octubre de 2015.

## ¿AUTONOMÍA PERSONAL VS. AUTONOMÍA PROVINCIAL? EL CASO DE LAS LEYES NACIONALES DE ORDEN PÚBLICO EN EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO

Damián AZRAK\*

SUMARIO: I. *Introducción y planteo del conflicto.* II. *Esclareciendo el significado de las leyes de orden.* III. *Breve repaso por los elementos en colisión: el federalismo argentino y la autonomía personal.* IV. *Reinterpretando las leyes de orden público bajo el paradigma de la autonomía personal en un sistema federal.* V. *A modo de cierre.* VI. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL CONFLICTO

*Escena de un país cualquiera: luego de un debate intenso, de movilización popular, se sanciona en el Congreso Nacional una ley que regula estándares mínimos de derechos humanos (supongamos, salud, educación o elija el que más le guste), para todas y todos los habitantes del país.*

*Días, meses después, la ciudadanía de una provincia determinada empieza a exigir lo que la normativa prometía. Sin embargo, para su sorpresa, o no tanta, la provincia se rehúsa a cumplir, afirmando que no se encuentra obligada por esa ley y poniendo el federalismo como escudo.*

Cualquier semejanza con la realidad argentina no es pura casualidad, por lo que en este trabajo se indagará qué sucede cuando desde el Estado central y sus poderes se dictan normas “de orden público” de derechos humanos que tienen pretensión de universalidad nacional; qué significado se

---

\* Parte de las ideas sobre las que trabajo en este artículo han sido analizadas con mayor detenimiento en mi tesis de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo. Agradezco a Federico Orlando, Romina Faerman y Vladimir Chorny Elizalde por sus comentarios y sugerencias a versiones previas a este artículo. El resultado final y los errores que subsisten, claro, es atribuible únicamente a mi persona. correo electrónico: [daazrak@gmail.com](mailto:daazrak@gmail.com).



le debe asignar a esta fórmula que se proyecta mágica, su vínculo con la autonomía personal y su compleja relación con el modelo federal argentino.

Previo a ello, ahora sí, por fuera de ese escenario imaginario, se planteará el conflicto en un contexto argentino:

La maximización de derechos y con ello, de la autonomía personal, a partir de la reforma constitucional de 1994, trajo consigo una modificación sustancial al sistema jurídico tal como se lo venía comprendiendo. Los reclamos sociales se comenzaron a articular, principalmente, en clave de derechos y, por tanto, todos los poderes estatales, a todo nivel, se vieron obligados a repensarse o deberían hacerlo.

En este contexto, el Poder Legislativo no fue la excepción y se vio compelido a repensarse y actuar en consecuencia, aunque muchas veces, podría decirse, de manera deficiente. Así, dentro de otras cosas, ha dado jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos y se han sancionado leyes que regulan, implementan y hacen efectivos derechos reconocidos a nivel internacional. En estos últimos casos, es usual encontrarse con que dicha normativa incluye en su articulado la fórmula, eje de este artículo, que prescribe: *la presente ley es de orden público*.

Al ingresar al sistema *online* de búsqueda de leyes<sup>1</sup> y poner en el motor de búsqueda *orden público* (con y sin tilde), resulta que 303 normas<sup>2</sup> han incorporado esta fórmula en su texto. De esa totalidad quisiera destacar aquellas que regulan derechos fundamentales y que tiene como objetivo su aplicación directa en todo el territorio nacional: Ley 26.160, Ley de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, artículo 6o., Ley 26.657, Ley Nacional de Salud Mental, artículo 45, Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2o., Ley 26.485, Ley de Protección Integral a las Mujeres, artículo 1o., Ley 24.240, Ley 26.682, Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, artículo 28.

Esta fórmula aún sigue siendo objeto no sólo de interpretación sino también de polémica. Por un lado, aquellas personas que bogan por la efectiva tutela de los derechos que la ley legisla, la utilizaron como una herramienta de lucha y exigencia. Sostienen, en consecuencia, que el Congreso Nacional ha dictado esta normativa que regula derechos fundamentales con un claro propósito universalista y de aplicación automática. Universalista, porque el reconocimiento de derechos es para toda la ciudadanía, independientemente del lugar de residencia, y de aplicación automática, porque

---

<sup>1</sup> Véase <http://www.infoleg.gob.ar>.

<sup>2</sup> Consulta realizada el 19 de julio de 2016.



su vigencia no requiere ni ley propia ni de adhesión a nivel local, una vez sancionada por el Congreso Nacional, rige en su integridad en territorio provincial.

Las provincias, por el contrario, se proclaman invadidas porque aquello que se regula pertenece a la esfera de su autonomía. En esta línea, se oponen a la vigencia automática, directa y plena de dicha norma en suelo local. Argumentan, consecuentemente, que para generar obligación a ese nivel, se requiere que exista una voluntad provincial, mediante la sanción de una norma propia que incorpore la normativa nacional.

## II. ESCLARECIENDO EL SIGNIFICADO DE LAS LEYES DE ORDEN

Guillermo Borda afirma que una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición de orden privado, en las cuales sólo se juega un interés particular. Por eso, afirma, son irrenunciables, imperativas; por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras.<sup>3</sup> Bueres y Highton aportan que:

...es de la esencia del orden público su variabilidad y mutabilidad de manera que en una norma de Derecho Público o de Derecho Privado, puede —en determinado momento o época— estar presente la noción de orden público, porque su acatamiento garantiza principios comprometidos con el bienestar general y orientados a la defensa y conservación de la organización social establecida. Y también ocurre que un cambio de circunstancias económicas o políticas influye de tal modo en el aspecto jurídico, que una norma que hasta ese momento involucraba principios de orden público, afectada por el cambio operado, aparezca despojada del carácter que revestía.<sup>4</sup>

En el nuevo Código Civil, en el artículo 12, se introduce esta fórmula, de la siguiente forma:

Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una nor-

<sup>3</sup> Borda, Guillermo, “Concepto de ley de orden público”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 58, 1997 [1950].

<sup>4</sup> Bueres, A. y Highton, E., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 57.

ma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.<sup>5</sup>

Sobre este artículo, en el Código Civil comentado que dirige Ricardo Lorenzetti, se expresa que:

El orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales...<sup>6</sup>

El orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales. A fin de facilitar la comprensión, pueden darse algunos ejemplos:<sup>7</sup>

El orden público de protección de la parte más débil: las partes pueden haber emitido correctamente su declaración, pero hay una vulnerabilidad económica o cognitiva que lleva a proteger a la parte débil. La intervención tiene vocación de permanencia; no es coyuntural o transitoria. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora, fortaleciendo la igualdad.<sup>8</sup>

Gustavo Arballo, comienza una *entrada* sobre el tema en su reconocido blog, *Saber leyes no es saber derecho*, manifestando que “así como en derecho hay «mitos» populares, aquí estamos frente a uno de los mitos «técnicos», «bastante bien conocido»”.<sup>9</sup> Y termina su postura diciendo que:

Tienen razón Bueres y Highton en lo que sugieren, de que cuando el legislador usa la palabra “orden público” cuando una ley le parece importante o conflictiva (y, por tanto, quiere que tenga un tratamiento muy deferente por parte de los jueces al aplicarla). En cualquier caso, decir que algo es “de orden público”, es, como decía Alf Ross (de la justicia) pegar un golpe sobre la mesa. Efectista, pero no racional, no convincente.<sup>10</sup>

Finalmente, a los efectos de lograr la mejor interpretación posible de la *muletilla* en análisis, se podría afirmar que este ejercicio interpretativo no debería ser encarado de manera individual, aislada, en la cual cada interprete

<sup>5</sup> Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 12.

<sup>6</sup> Lorenzetti, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 67.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>9</sup> Arballo, Gustavo, *Saber leyes, no es saber derecho*, blog, publicación del 5 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.saberderecho.com/2009/05/la-ley-y-el-orden-publico.html>.

<sup>10</sup> *Idem*.

ensaya su preferencia y la viste con palabras jurídicas, sino producto de un ejercicio colectivo destinado a generar un común entendimiento sobre la temática constitucional que se esté analizado. Así, la interpretación debe realizarse buscando la coherencia, tomando en cuenta lo que otras personas han venido diciendo, analizado y desarrollado y los otros compromisos asumidos como comunidad. En palabras de Carlos Nino existe un deber de considerarse a uno mismo como el arquitecto/a de la catedral que se viene construyendo por años, de mano en mano<sup>11</sup> o en términos de Dworkin, como alguien que se encarna en la pluma del escritor/a de una novela en cadena que tiene un capítulo antes y un capítulo después, que alguien distinto escribirá.<sup>12</sup> Para ello, la interpretación de las cláusulas debería basarse en una exploración y debate sobre la mejor justificación en términos de principios para las instituciones constitucionales, pero también tomando en cuenta las decisiones institucionales precedentes de la Corte Suprema, el Congreso y tratando de consolidar el aprendizaje que nuestra historia constitucional pueda permitirnos.<sup>13</sup>

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente ha manifestado que una correcta tarea interpretativa debe realizarse respetando la *unidad sistemática* de la ley fundamental. Así, el alto tribunal ha señalado el que:

La interpretación del instrumento que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Ley Suprema.<sup>14</sup>

Hasta aquí he esbozado una somera idea de qué y cómo se viene interpretando el concepto en análisis. Sin embargo, para una mejor comprensión deberíamos reflexionar cómo se relaciona y qué impacto tiene con el diseño institucional argentino, especialmente con el sistema federal, pues recuérdese que este grupo de leyes son dictadas con la expectativa influir automáticamente en todo el territorio nacional de igual manera.

<sup>11</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 197.

<sup>12</sup> Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Belknap Harvard, 1986.

<sup>13</sup> Maurino, Gustavo, "Pobreza y discriminación: la protección constitucional de los más humildes", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

<sup>14</sup> Corte Suprema Argentina, *Asociación de testigos de jehová c/Consejo Provincial de Educación de Neuquen s/acción de inconstitucionalidad*, 2005.

### III. BREVE REPASO POR LOS ELEMENTOS EN COLISIÓN: EL FEDERALISMO ARGENTINO Y LA AUTONOMÍA PERSONAL

#### 1. *Federalismo*

En esta línea, comenzaré por definir, simplemente, el sistema federal a partir de su característica más básica: la división de competencias entre las unidades estatales de un mismo país. Robert Dahl explica que el federalismo es:

Un sistema en el cual algunos asuntos son de competencia exclusiva de algunas unidades locales —cantones, estados, provincias— y están constitucionalmente más allá del área de competencia del gobierno nacional; y en donde algunos otros asuntos quedan constitucionalmente fuera del área de competencia de las unidades pequeñas.<sup>15</sup>

El modelo federal desde una perspectiva histórica argentina, no es una mera forma de organización institucional ni una característica más del sistema, sino que fue, podría decirse, una pieza fundamental a la hora de consagrar la unión nacional.<sup>16</sup> La atomización del poder, el rol protagónico compartido de las unidades provinciales, fueron el David del *Goliath regional*, como Feletti y Gibson llaman a Buenos Aires<sup>17</sup> o la *carta de triunfo* frente a los abusos por parte del poder central, en palabras de Ronald Dworkin.

Las provincias, no dispuestas a entregar todo el poder al Estado nacional, querían reservarse para sí la mayor cantidad de autonomía, pero aceptaban, en cambio, entregar a la nación todo aquello que se requiera para llevar adelante la empresa nacional.<sup>18</sup>

En este mismo sentido, Stepan hace una interesante clasificación de los estados federales: los denominados *hold together* y *come together*.<sup>19</sup> Las del primer tipo, surgen de una lógica histórica y política distinta a la argentina. Estos países eran sistemas políticos con rasgos fuertemente unitarios que

---

<sup>15</sup> Dahl, Robert, “Federalism and the Democratic Process”, *Democracy, Identity and Equality*, Oslo, Norwegian University Press, 1986, p. 114.

<sup>16</sup> Saguir, J., *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

<sup>17</sup> Gibson, E. L. y Falletti, T. G., “Unity by the Stick”, en Gibson, E. L., *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2004.

<sup>18</sup> Agulla, J. C., *Federalismo y centralismo*, Buenos Aires, Ediciones Libera, 1967.

<sup>19</sup> Stepan, Alfred, *Toward a New Comparative Analysis of Democracy and Federalism: Demos Constraining and Demos Enabling Federations*, *Conference on Federalism, Democracy and Public Policy*, México, Centro de Investigaciones y Docencia Económicas, 1999.

tomaron la decisión de que la mejor manera de mantenerse unidos sería transformar sus sistemas políticos en federaciones.

Argentina —al igual que Estados Unidos— pertenece al segundo grupo. Este tipo de arreglo federal, consiste en que son las unidades previamente soberanas que hacen un pacto, cediendo su soberanía a una nueva unidad estatal y reservándose ciertas facultades para sí. Este acuerdo se ve reflejado en nuestra constitución a lo largo de la distribución de facultades y alcance de las competencias de los diferentes niveles gubernamentales.

Resumidamente,<sup>20</sup> diré que en Argentina existen producto de este proceso histórico, dos principios rectores que marcan la división de competencias entre los distintos niveles estatales. En ellos se recogen las históricas intenciones constitucionales: la preexistencia de las unidades provinciales, el respeto por la autonomía local y la delegación expresa de competencias a los efectos de generar un Estado nacional, en conjunto.

El primer principio, el de la *residualidad de las competencias provinciales*, se encuentra contenido en el artículo 121 de la Constitución Nacional: “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación”. En definitiva, conservan todas las facultades que no hayan expresamente delegado.

El segundo principio, relacionado con el anterior, de *taxatividad de las competencias federales*, se encuentra receptado en el artículo 126 el cual expresa que *las provincias no pueden ejercer el poder delegado a la Nación* y, por tanto, el gobierno federal, sólo podrá ejercer las taxativamente delegadas.

Existen además de los dos tipos de competencias que devienen directamente de la aplicación de estos principios mencionados (las federales y provinciales), otro tercer grupo que fue ganando espacio con el paso del tiempo: las competencias concurrentes, que vienen a diluir la barrera absoluta de lo federal/provincial.

En lo que sigue, una mínima descripción de cada una de ellas a los efectos de adentrarse en el tema principal de este texto.

*Competencias federales:* Desde el cuerpo legal, la identificación de las competencias federales resulta relativamente sencilla de delimitar; el artículo 75 establece cuáles son las facultades del Poder Legislativo nacional, el artículo 99 hace lo suyo respecto al Poder Ejecutivo nacional, los artículos 116 y 117,

---

<sup>20</sup> Sobre el reparto de competencias, seguiré lo que escribí en los “Comentarios de la constitución argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria”, en Azrak, Damián, “El federalismo en la Constitución Nacional”, en Gargarella, Robreto y Guidi, Sebastián, *Comentarios de la constitución de la nación argentina. jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2016.

mencionan las competencias del Poder Judicial federal, y al mismo tiempo rige el principio de *taxatividad* del artículo 126, demarcando nuevamente los campos que son de sola competencia del Estado nacional.

*Las competencias provinciales:* Sin perjuicio de todas las competencias resultantes de la aplicación de los principios de residual y de taxatividad, en el texto constitucional también se encuentran las competencias exclusivas de las provincias. Entre las que la Constitución establece expresamente, se encuentran la facultad de dicta su propia constitución asegurar la administración de justicia, su régimen municipal y el sistema educativo (artículos 5o. y 123 Constitución Nacional); se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligiendo sus representantes y demás funcionales de la provincia (artículo 122 Constitución Nacional); crear regiones para el desarrollo económico y social, celebrar convenios internacionales que no sean incompatibles con la política exterior de la nación, el dominio originario de los recursos naturales (artículo 124), celebrar tratados parciales para la administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal, promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios, conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (artículo 125 Constitución Nacional).

*Las competencias concurrentes:* Existen competencias comunes entre el Estado federal y las provincias. Entre ellas, encontramos las expresamente reconocidas en los artículos 41, 75 inciso 12, 17 y 18.

## 2. *Autonomía personal*

Si bien la regulación del principio/derecho a la autonomía personal se encuentra regulada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el juego de ese artículo con el resto de la normativa y práctica constitucional, se puede encontrar la mejor interpretación del mismo.

Al respecto, Carlos Nino, uno de los autores que más ha trabajado en la temática, expresó que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los de-

más individuos) no debe interferir en esa elección o adopción”.<sup>21</sup> Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha consagrado dicha interpretación en los fallos Portillo<sup>22</sup> y Bahamondez.<sup>23</sup>

El autor argentino agrega que el Estado debe limitar su actuar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente, impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.<sup>24</sup> A su vez, el principio de autonomía personal es funcional para delimitar el contenido de los derechos individuales fundamentales, en tanto del mismo se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Estos bienes son los elementos necesarios para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos.<sup>25</sup>

De esta visión *emancipatoria*<sup>26</sup> del principio en análisis se desprende que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en las esferas privadas de las personas, sino que además tiene el deber de brindar aquellos bienes sobre los que versan los derechos cuya función es atrincherar esos bienes contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales.<sup>27</sup>

En este orden de ideas, y considerando la importancia radical de la autonomía personal en el sistema constitucional nacional, es necesario identificar los prerequisites que deben existir para que la mentada autonomía no se vuelva una mera declaración de buenos principios. Pues resulta claro que no tiene sentido elegir planes de vida que no se pueden materializar. Existen necesidades categóricas que no dependen de deseos y que no se pueden evitar tener. La privación de estas necesidades constituye un daño que debe distinguirse de la mera ausencia del beneficio que se produce cuando se frustra un deseo.<sup>28</sup>

En el mismo sentido, la Corte Suprema en el caso “Barría” ha seguido la visión emancipatoria, al manifestar que “la salud, merece la máxima tu-

---

<sup>21</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1989, p. 204.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Argentina, *Portillo, Alfredo s/infracción artículo 44 Ley 17.531*, 1989.

<sup>23</sup> Corte Suprema de Argentina, *Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, 1993.

<sup>24</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos...*, *cit.*, p. 204.

<sup>25</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, *cit.* p.167.

<sup>26</sup> Maurino, Gustavo, “Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal”, en Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

<sup>27</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos...*, *cit.*, p. 223.

<sup>28</sup> Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2007, p. 99.

tela, no sólo por su prioridad indiscutible, sino también por resultar imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal en tanto condiciona la libertad de toda opción acerca del proyecto vital”.<sup>29</sup>

En este contexto interpretativo, si un Estado local, mediante sus propias regulaciones y/o políticas públicas, garantiza y efectiviza niveles altos de derechos, supongamos al derecho a la vivienda digna, a la educación, a la alimentación, al acceso a la justicia, estaría generando que su ciudadanía goce de una amplia autonomía personal y una ciudadanía plena. En cambio, en una provincia en la que, por ideología o carencia de recursos económicos, lleva acciones en sentido contrario al anterior, sus habitantes serían menos autónomos y emancipados o —en palabras de las teorías republicanas— menos libres y sujetos a una posible dominación por parte de sus pares con más poder.

En este sentido, las leyes de orden público, al regular estándares mínimos de derechos humanos, deben ser entendidas, en consecuencia, como un avance en el cumplimiento de la autonomía personal.

#### IV. REINTERPRETANDO LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO BAJO EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN UN SISTEMA FEDERAL

La Corte a partir de sus sentencias, el Ejecutivo mediante sus políticas públicas y el Legislativo a través de la sanción de las leyes que regulan derechos humanos con la fórmula en análisis, fueron ampliando la existencia de facultades concurrentes y han ido corriendo los brazos del Estado nacional más allá de lo histórica y originariamente ideado en el sistema federal.

En este orden, el alto tribunal argentino ha dado sobrados indicios de que éste debe ser el camino interpretativo en materia de competencias. En particular, vale recordar lo argumentado en los fallos “Verbitzky”<sup>30</sup> y “Nobleza Piccardo”.<sup>31</sup>

En estas sentencias indicó que cuando hay indicios sobre la existencia de algún tipo de competencia de la nación, parece sensato comprender que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de

---

<sup>29</sup> Corte Suprema de Argentina, *Barria, Mercedes Clelia y otro c/Chubut, Provincia del y otro (Estado nacional) s/amparo*, 2006.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Argentina, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*. Fallos 328:1146, 2005.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Argentina, “Nobleza Piccardo S. A. I. C y F. c/ Santa F. Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 2015.



igualdad ante la ley. Ello debido a que, en la dinámica de la distribución de competencias, la tendencia que debería prevalecer es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado federal y las provincias, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes.

Desde el ámbito legislativo, la utilización de esta fórmula y los conflictos que trae aparejada, dio lugar a un documento emitido por el Observatorio de Derechos Humanos del Senado de la Nación. En el mismo se postula que, teniendo en consideración los compromisos en derechos humanos y la responsabilidad internacional, no es justo que “un habitante de una provincia que adhiere a una ley nacional tenga garantizado un derecho constitucional, y al mismo tiempo un habitante de otra provincia que no haya adherido a esa misma ley, no tenga garantizado ese mismo derecho”.<sup>32</sup> Por lo tanto, recomienda que:

...a fin de hacer plenamente efectivo el rol de garante que el Estado Argentino asumió con la incorporación de los tratados de Derechos Humanos a nuestro bloque constitucional, incorporar en toda ley nacional que regule materias de derechos humanos un artículo de forma que diga: “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes, que de ninguna manera podrán limitar o restringir los derechos consagrados en esta”.<sup>33</sup>

Entonces, considerando el marco normativo nacional, especialmente luego de la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, entiendo que las leyes de orden público de derechos fundamentales, se imponen ante la soberanía y autonomía provincial, independientemente de cuál sea la voluntad local. Más aún cuando dichas leyes traen consigo una ampliación de la autonomía personal.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Observatorio de Derechos Humanos, *Derechos humanos: orden público y federalismo*, Buenos Aires, Senado Nacional, 2015, p. 3.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>34</sup> Una breve advertencia: es necesario sincerar algo que tal vez podría resultar fácil pensar desde una mirada prejuiciosa y elitista del Goliath argentino. No todas las normas con mayor garantía de derechos y que marcaron posteriormente la realidad legal del país, tuvieron su nacimiento en el gobierno federal. Por lo contrario, en importantes casos, la conquista de esos estándares se dio pioneramente a nivel local para luego expandir sus resultados e influencia hacia el Estado nacional. A modo de ejemplo, en materia de infancia, la ley nacional se apropió algunas de las propuestas que ya existían en Mendoza, Tierra del Fuego y Neuquén. Sobre esto, véase Lucero, María Victoria, *Infancia y derechos: radiografía crítica de la Ley 26.061. Escenarios provinciales normativos, institucionales y jurisprudenciales*, Buenos

Este avance del brazo federal, esta acumulación y diversificación —y hasta en algún punto solapamiento—, de las competencias, genera una multiplicidad de actores responsables que al mismo tiempo puede, desde un punto de vista de aumento de los pisos mínimos de derechos, derivar una mayor cobertura de los mismos.<sup>35</sup>

Esta ruptura del modelo clásico del federalismo con responsabilidades taxativamente detalladas ha sido alentada, también, por los organismos de derechos humanos quienes recomiendan que se suplante por uno más sistémico, cooperativo y coordinado, en el cual se garantice efectivamente el respeto y garantía de los derechos en todo el territorio nacional, indistintamente dónde se encuentre asentada la ciudadanía. Para este noble objetivo, se deben llevar a cabo un conjunto de acciones de toda índole, de manera coordinada entre las autoridades federales, provinciales y municipales.<sup>36</sup>

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través del punto 56 de la Observación General número 14,<sup>37</sup> sugiere un criterio que propicia la “nacionalización” de las políticas y derechos:<sup>38</sup>

---

Aires, Eudeba, 2013; y, en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, Río Negro y Tierra del Fuego, véase Faur, Eleonor y Gherardi, Natalia, “Sexualidades y reproducción: perspectiva de los derechos humanos”, en Urrestarazu, Mónica (coord.), *Género. Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en la Argentina*. Buenos Aires, Biblos, 2005, p.194. Esta situación no es una característica distintiva de Argentina, en Estados Unidos, a saber, ante la ausencia de una ratificación por parte del Estado federal a la Convención contra todo tipo de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), el Estado de California incorporó los principios de la Convención a su normativa local; en Powell, Catherine, “Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2001, p. 246. Con suma claridad, Dulitzky resalta que “resulta fundamental no romantizar al gobierno federal como garante absoluto de los derechos ni demonizar a los gobiernos locales como violadores de los derechos o viceversa”, en Dulitzky, Ariel, “Al gran pueblo argentino salud: derechos, federalismo y tratados internacionales”, en Ronconi, Liliana *et al.*, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. II, p.1688.

<sup>35</sup> Arballo, Gustavo, “Localizando el derecho a la salud”, en Ronconi, Liliana *et al.*, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013, t. II.

<sup>36</sup> Dulitzky, Ariel, “Al gran pueblo argentino...”, *cit.*, p. 1666; Corte IDH, *Resolución de derechos humanos de 30 de marzo de 2006. Medidas provisionales. Caso de las penitenciarias de Mendoza*, 2006; Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados. Observaciones finales: Argentina. 54o. período de sesiones*, 2010.

<sup>37</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, Ginebra, 2000.

<sup>38</sup> Arballo, Gustavo, “Localizando...”, *cit.*

Los Estados deben considerar la posibilidad de adoptar una ley marco para dar efectividad a su derecho a una estrategia nacional de salud. La ley marco debe establecer mecanismos nacionales de vigilancia de la aplicación de las estrategias y planes de acción nacionales de salud. Esa ley deberá contener disposiciones sobre los objetivos que deban alcanzarse y los plazos necesarios para ello; los medios que permitan establecer las cotas de referencia del derecho a la salud; la proyectada cooperación con la sociedad civil, incluidos los expertos en salud, el sector privado y las organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional por la ejecución de la estrategia y el plan de acción nacionales del derecho a la salud; y los posibles procedimientos de apelación. Al vigilar el proceso conducente al ejercicio del derecho a la salud, los Estados Partes deben identificar los factores y las dificultades que afectan al cumplimiento de sus obligaciones.<sup>39</sup>

De esta forma, la nacionalización de los derechos y competencias, vuelve más estrechos los límites de las decisiones provinciales. También se disminuye el peso de incidencia que poseen los valores tradicionales en las decisiones vinculadas con las políticas públicas y los derechos fundamentales. Sin embargo, al mismo tiempo y en un claro respeto por la ampliación de la autonomía personal, una ciudadanía plena y el derecho a la igualdad, desde un poder federal —Legislativo, Judicial o Ejecutivo—, el Estado nacional, en su rol de amigo del federalismo y de los derechos, establece un piso mínimo de derechos y deja librada a la democracia interna de las localidades que cuentan con una ciudadanía con más derechos, la mejor forma de hacer realidad la promesa normativa.

Este piso mínimo que se debe respetar/garantizar, independiente del lugar de residencia y que diluye los compartimientos estancos de las competencias, resulta fundamental para la concreción de los compromisos asumidos en materia de igualdad, autonomía personal y autogobierno colectivo.

Lo que se intenta demostrar en este trabajo es que la “cláusula homogénea”, tal como la denomina Weis,<sup>40</sup> que rige en Argentina, se fue ampliando. Antes sólo funcionaba con la estructura institucional y los derechos civiles y a media que los derechos sociales son considerados exigibles, deberían ser incorporados dentro de la misma categoría.

---

<sup>39</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*

<sup>40</sup> Weiss, Norman, “The Protection of Minorities in a Federal State. The Case of Germany”, en Tarr, G. A. *et al.*, *Federalism, Subnational Constitutions and Minority Rights*, Westport, Praeger, 2004, p. 75.

Así, con la conquista de las cláusulas homogéneas sobre el terreno de la autonomía local, las atribuciones o competencias que antes estaban trabadas con candado y que aparecían como una carta de triunfo ante el avance, sea de la provincia sobre la Nación o de la Nación sobre la provincia, fueron cediendo espacio a una mayor concentración de las facultades concurrentes.

En Alemania, país que le da una particular importancia al sistema federal, sucede algo similar desde la sanción de su Constitución posterior a la Segunda Guerra Mundial. Hesse<sup>41</sup> explica que se puede observar que el legislador federal tiene una tendencia al uso de las competencias concurrentes que dejan un estrecho margen para una regulación de los *Länder* que pueda tener un peso sustancial en la realidad. Ya en 1962, marcaba que el peso ascendente de la técnica, la economía, la comunicación, la creciente interconexión e interdependencia de la vida social y económica, así como el incremento de las tareas de planificación y dirección, desvía el camino hacia la descentralización protegida constitucionalmente. En ese sentido, literalmente afirma que “el desarrollo del Estado social de Derecho requiere unidad e igualdad, necesidad que se reforzó tras la catástrofe de 1945”.<sup>42</sup>

Por su parte, en Estados Unidos, Stewart explica que, si bien los factores que favorecen la descentralización de la toma de decisiones han sido poderosamente reforzados por la geografía, historia y estructura de nuestras políticas, en los últimos años, la presunción en favor de la descentralización ha sido repetidamente dejada de lado por la legislación del Congreso que impone estándares federales y medidas federales para el control de la degradación ambiental.<sup>43</sup>

Concretamente, si la democracia concebida como un proceso sustantivo requieren la participación con igual consideración y respeto de toda la ciudadanía, para ello, a su vez, se debe garantizar el acceso real de ciertos bienes primarios o como los denomina Carlos Nino, *derechos a priori*, a todas las personas, independiente de un hecho moralmente arbitrario como es el lugar de nacimiento.

Sobre esta categoría de derechos, dos citas del constitucionalista argentino resultan útiles de rescatar:

---

<sup>41</sup> Hesse, Konrad, “El Estado federal unitario”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, vol. 3, núm. 6, 2006, p. 438.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 436.

<sup>43</sup> Stewart, Richard, “Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy”, *Yale Law Journal*, Nueva Haven, vol. 86, núm. 6, 1997, pp. 1196-1272.

Si los participantes en el procedimiento no se pueden expresar libremente y en relativa igualdad de condiciones, si su vida o seguridad se pone en peligro con la defensa de ciertas posiciones, si están en tal situación que se encuentran totalmente sujetos a los intereses de los demás, el procedimiento de intercambio de propuestas y decisión mayoritaria carece de todo valor epistémico, puesto que no opera en su seno la tendencia a adoptar soluciones imparciales a las que antes he hecho referencia; de modo que estos bienes que son contenidos de derechos deben ser a priori satisfechos para que la democracia goce de algún valor epistémico.<sup>44</sup>

...

La libertad y la igualdad que son precondiciones del proceso democrático no sólo son puestas en riesgo por acciones como las amenazas o las violencia misma, sino también son frustradas por el fracaso de dar a la gente iguales medios para participar efectivamente en el proceso de deliberación y en la toma de decisión mayoritaria... las personas que no están educadas, o están seriamente enfermas o no tienen una vivienda apropiada, no pueden participar completamente, o al menos, igualmente en el proceso de deliberación colectiva y de decisión mayoritaria.<sup>45</sup>

Al respecto, Gustavo Arballo esboza un inventario descriptivo de posibilidades de articulación entre las localidades y la nación en lo que hace al reconocimiento y garantía de derechos. Dentro de ellas, ubica la concepción *progresiva* (o de *pisos mínimos*), que resulta relevante para este trabajo y en la cual:

...lo nacional establece un “piso” común y las provincias pueden subir ese piso (ampliando la protección, mejorando coberturas y prestaciones, etc.). La asignación competencial tiene como condición necesaria un resultado que redunde en una mejor versión del derecho en cuestión. La concepción funciona en sentido *pro hominis*, empoderando a las provincias para *lo mejor* y no para *lo restrictivo* en términos del nivel de protección de un derecho.<sup>46</sup>

Este “principio de concurrencia de poderes” que se deriva de la concepción antes reseñada, Arballo, correctamente, la encuentra implícita en la parte resolutive del fallo “F. A. L”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer

---

<sup>44</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., p. 208.

<sup>45</sup> Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 193.

<sup>46</sup> Arballo, Gustavo, “Localizando...”, cit., pp. 1623 y 1624.

operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.<sup>47</sup>

Así, con la conquista en el reconocimiento de derechos y la sanción de pisos mínimos, han ido avanzando sobre el terreno de la autonomía provincial, antes cerrada con candado. Todo ello —como dije con anterioridad—, en pos de la ampliación de la autonomía personal.

Por lo contrario, lo que aquí se propone es que la apertura de la estructura tradicional de división de competencias trae consigo un efecto *boomerang*. Si se comprende que las competencias son concurrentes y que las fronteras de lo local/nacional se han ido diluyendo con la ampliación de derechos, una persona que habita cualquier localidad de Argentina, ante una situación de vulneración de derechos, ahora se encuentra legitimada para reclamar y entablar demandas contra ambas jurisdicciones, las locales y nacionales. En síntesis, ante una facultad compartida, la responsabilidad estatal corre la misma fortuna: es concurrente y solidaria.

Este marco de acción ampliada y las consecuencias en materia de responsabilidad, obligan, entonces, como se dijo antes, a repensar y replantear el sistema federal como uno coordinado, cooperativo y dialógico. Los dos primeros adjetivos fueron analizados anteriormente, por lo que correspondería concentrarse, especialmente, en el último de ellos. Esta importancia toma mayor envergadura si se recuerda el valor que posee el diálogo, no sólo a los fines prácticos sino también respecto a la legitimidad de la toma de decisiones y la responsabilidad, posterior. De esta forma, a su vez, se estaría rescatando los valores normativos que prometía el régimen en análisis.

Dulitzky entiende que el federalismo dialógico reconoce las tensiones presentes o potenciales que se dan en el marco de la distribución de competencias y responsabilidades y busca facilitar el diálogo vertical y horizontal entre los actores responsables.<sup>48</sup> Si bien el autor argentino, escribe sus ideas en miras del cumplimiento de los tratados de derechos humanos, las reflexiones podrían aplicarse, también, a los compromisos asumidos internamente en materia de derechos. Entonces, afirma Dulitzky, que desde el punto de vista vertical, a los fines de facilitar la implementación de los tratados de derechos humanos y entender la complejidad de la distribución de competencias, se requiere habilitar mecanismos institucionales para llevar

<sup>47</sup> Corte Suprema de Argentina, *F. A. L. s/medida autosatisfactiva*, 2012.

<sup>48</sup> Dulitzky, Ariel, “Al Gran Pueblo Argentino...”, *cit.*, p. 1691.

a cabo un continuo diálogo entre las entidades federales y locales y entre éstas últimas y los mecanismos internacionales de supervisión y monitoreo, sin mediación del gobierno federal, ya que sobre ellas, también, recae la responsabilidad de hacer realidad los derechos consagrados en los instrumentos internacionales.

Respecto al diálogo horizontal, se deben generar espacios institucionales para que las provincias y sus municipios, compartan información y experiencias sobre los mecanismos más efectivos para el reconocimiento y tutela de los derechos humanos a nivel local.<sup>49</sup>

Se podría agregar, la necesidad de generar un diálogo *interciudadanía*, a través de mecanismos novedosos. Mediante el mismo, podrán no sólo tomar conciencia de sus derechos,<sup>50</sup> sino, también, observar qué sucede en otras provincias, las políticas públicas, institucionales que se llevan a cabo y exigir a las autoridades lo consideren pertinente, en el marco de su historia, cultura y realidad.

Este federalismo recargado, reformado y moderno, podrá conseguir lo que las interpretaciones estáticas no han logrado: respetar las particularidades provinciales, potenciar la participación de las personas afectadas y elevar los estándares de respeto de los derechos de las personas que habitan un mismo país. Así, el sistema en su integridad y las decisiones a las que se arriben estarán dotados de mayor legitimidad, tanto democrática como cultural.

## V. A MODO DE CIERRE

Para finalizar, partiendo del entendimiento que existen excelentes razones no sólo históricas sino normativas para mantener el federalismo,<sup>51</sup> como sistema regulador en Argentina, comprendo que habría que hacer esfuerzos políticos y teóricos que tengan en miras salir de la falsa trampa retórica: derechos vs. federalismo y generar acciones novedosas para que este sistema institucional coincida con los ideales fundamentales del sistema jurídico: el autogobierno colectivo, la igualdad y la autonomía personal.

Así, en este artículo, al plantearme como objetivo el análisis del significado que se le debe asignar a la fórmula “orden público” en las leyes de

---

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> Epp, Charles, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, trad. de A. Bixio, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

<sup>51</sup> Para un análisis de estas razones, véase Azrak, Damián, *El federalismo en la Constitución Nacional.*, *cit.*

derechos humanos y su relación con la autonomía personal en el marco del sistema federal argentino, intenté dar un pequeño paso en ese largo camino que tenemos por delante.

En este sentido, y para concluir, estas leyes con su fórmula deben funcionar como una especie de llave que sube la barrera estática de lo “nacional/local”, en el marco de una interpretación correcta del sistema federal argentino que debe generar mayor espacio y recorrido a las competencias concurrentes entre los niveles gubernamentales que permitan honrar tanto los compromisos asumidos a nivel internacional como el pleno cumplimiento del principio de autonomía personal, en su versión clásica así como en la versión emancipadora.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGULLA, Juan Carlos, *Federalismo y centralismo*, Buenos Aires, Ediciones Libera, 1967.
- ARBALLO, Gustavo, *Saber leyes, no es saber derecho*, blog publicado el 5 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.saberderecho.com/2009/05/la-ley-y-el-orden-publico.html>.
- ARBALLO, Gustavo, “Localizando el derecho a la salud”, en RONCONI, Lilia-na et al., *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2013, t. II.
- AZRAK, Damián, “El federalismo en la Constitución Nacional”, en GARGARELLA, Robreto y GUIDI, Sebastián, *Comentarios de la constitución de la nación argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- BORDA, Guillermo, “Concepto de ley de orden público”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 58, 1997 [1950].
- BUERES, A. y HIGHTON, E., *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General núm. 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, Ginebra, 2000.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Examen de los informes presentados por los Estados. Observaciones finales: Argentina. 54o. periodo de sesiones*, 2010.
- DAHL, Robert, “Federalism and the Democratic Process”, *Democracy, Identity and Equality*, Oslo, Norwegian University Press, 1986.



- DULITZKY, Ariel, “Al gran pueblo argentino salud: derechos, federalismo y tratados internacionales”, en RONCONI, Liliana *et al.*, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. II.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge, Belknap Harvard, 1986.
- EPP, Charles, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, trad. de A. Bixio, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- FAUR, Eleonor y GHERARDI, Natalia, “Sexualidades y reproducción: perspectiva de los derechos humanos”, en URRESTARAZU, Mónica (coord.), *Género. Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2005.
- GIBSON, E. L. y FALLETTI, T. G., “Unity by the Stick”, en GIBSON, E. L., *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2004.
- HESSE, Konrad, “El Estado federal unitario”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, vol. 3, núm. 6, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- LUCERO, María Victoria, *Infancia y derechos: radiografía crítica de la Ley 26.061. Escenarios provinciales normativos. Institucionales y jurisprudenciales*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.
- MAURINO, Gustavo, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional de los más humildes”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- MAURINO, Gustavo, “Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1989.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2005.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2007.

- OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos humanos: orden público y federalismo*, Buenos Aires, Senado Nacional, 2015.
- POWELL, Catherine, “Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2001.
- SAGUIR, Julio, *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.
- STEPAN, Alfred, *Toward a New Comparative Analysis of Democracy and Federalism: Demos Constraining and Demos Enabling Federations, Conference on Federalism, Democracy and Public Policy*, México, Centro de Investigaciones y Docencia Económicas, 1999.
- STEWART, Richard, “Pyramids Of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy”, *Yale Law Journal*, Nueva Haven, vol. 86, núm. 6, 1997.
- WEISS, Norman, “The Protection of Minorities in a Federal State. The Case of Germany”, en TARR, G. A. *et al.*, *Federalism, Subnational Constitutions and Minority Rights*, Westport, Praeger, 2004.

## NEUTRALIDAD, AUTONOMÍA Y PATERNALISMO

Ezequiel MONTI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Dos modelos de liberalismo*. III. *El liberalismo de Nino: bienestar, autonomía y neutralidad*. IV. *La insuficiencia del requisito de neutralidad*. V. *Las dificultades para fundar el requisito de neutralidad en una concepción de lo bueno*. VI. *Demandas, razones y autonomía*. VII. *La justificación del paternalismo*. VIII. *Conclusión*. IX. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Carlos Nino sostiene que el límite principal que el valor de la autonomía impone al accionar estatal es que debe ser neutral respecto a los planes de vida de los individuos sometidos a su autoridad y funda esta exigencia de neutralidad en una concepción de lo bueno que tiene a la autonomía como su componente central. Aquí argumentaré dos cosas. Primero, que el requisito de neutralidad es insuficiente a efecto de proteger adecuadamente la autonomía personal (sección 4). Segundo, que el requisito de neutralidad que defiende Nino no puede justificarse adecuadamente en una concepción de lo bueno (sección 5).

Luego esbozaré, de modo tentativo y exploratorio, los elementos básicos de un liberalismo más decididamente kantiano que funda el requisito de neutralidad en consideraciones que no dependen de una determinada concepción de lo bueno y lo complementa adecuadamente con otras exigencias. La tesis central es que el Estado sólo está justificado en recurrir a la coacción a fin de evitar acciones tales que el agente tiene razones de segunda persona para no realizar, esto es, acciones tales que alguien, normalmente la persona perjudicada, tiene autoridad para demandarle que se abstenga de realizar (sección 6).

Finalmente, consideraré las diferentes posiciones que ambas teorías adoptan frente al paternalismo. Mostraré que mientras que el requisito de neutralidad es compatible con el paternalismo, el liberalismo que exploro en este artículo lo condena (sección 7).

Previo a desarrollar las críticas y tesis referidas, es necesario distinguir entre dos modelos de liberalismo, uno de raíz milleana y otro de raíz kantiana (sección 2) y explicar el modo en que el liberalismo de Nino combina elementos de ambas tradiciones (sección 3). A ello me dedicaré en las dos secciones que siguen. Sólo entonces estaré en condiciones de explicar las deficiencias del tipo de liberalismo que defiende Nino y desarrollar los elementos de una posible alternativa.

## II. DOS MODELOS DE LIBERALISMO

A grandes rasgos, se pueden distinguir, al interior de la tradición liberal, dos corrientes fundamentales. Ambas confieren un rol central a la autonomía personal y, en función de ello, imponen severos límites al accionar estatal. Sin embargo, justifican la importancia de la autonomía personal y los límites que derivan de ella de un modo diferente.

La primera corriente, que históricamente podemos asociar con John Stuart Mill, se basa en la idea de que la autonomía es un componente esencial de una vida buena. La capacidad para elegir entre diversas opciones de planes de vida y de perseguir la opción elegida es, de acuerdo con esta posición, un componente central del bienestar individual. Los individuos deben, para vivir bien, ser autores de su propia vida. El valor de nuestras vidas depende, en buena medida, del hecho de que son nuestras, esto es, de que las hemos elegido. Es el valor de la autonomía personal así entendido lo que explica por qué la coerción y otro tipo de interferencias con las decisiones de otros son *pro tanto* disvaliosas y deben satisfacer estrictos *tests* para ser justificadas. Así, los límites al accionar estatal derivan de una determinada concepción de lo bueno, a saber, aquella que otorga un lugar fundamental a la autonomía personal. El Estado debe promover el bienestar de los individuos. Pero promover su bienestar implica promover su autonomía por lo que el Estado debe restringir su esfera de acción procurando dejar a los individuos ser los autores de sus propias vidas. Se trata, de una posición *perfeccionista* en la medida que asigna al Estado la función de promover una determinada concepción de lo bueno. Pero es un perfeccionismo *liberal* en la medida que la autonomía personal es un componente central de la concepción de lo bueno que el Estado debe promover.

La segunda corriente, que históricamente podemos asociar a Kant, parte de la idea de que, a efecto de respetar a los individuos en su carácter de agentes morales autónomos, esto es, de agentes capaces de actuar conforme a su propia concepción de lo que es bueno y de lo que es correcto, debemos

abstenernos de interferir con sus acciones salvo que, en algún sentido, sean inconsistentes con un igual ejercicio de dicha capacidad por parte del resto de los individuos. El tema central de esta tradición es que la interferencia con las acciones de los demás sólo puede ser justificada apelando a un tipo distintivo de razones o principios, esto es, un tipo de razones tal que la interferencia justificada en ellas no evidencie una falta de respeto por la autonomía de los individuos con cuyas acciones se interfiere. En este sentido, esta posición está comprometida con una distinción entre los valores a los que podemos apelar en la conducción de nuestra propia vida y los valores a los que podemos apelar para interferir con las vidas de los demás. En particular, el sólo hecho de que una acción sea disvaliosa a la luz de una determinada concepción de lo bueno no es una razón suficiente para coaccionar a otro individuo a fin de que se abstenga de ella. Los límites al accionar estatal no derivan, entonces, de una determinada concepción de lo bueno, sino de la exigencia de respetar la agencia moral autónoma de todos los individuos o, en otros términos, de respetar su dignidad. Esta exigencia requiere que el Estado sea, en algún sentido a ser especificado, *neutral* respecto a las diferentes concepciones de lo bueno que sostienen los individuos sometidos a su autoridad. Es la neutralidad del Estado lo que establece su carácter *liberal*. No es, pues, la importancia de la autonomía individual lo que explica por qué la coerción y otros modos de interferencia son disvaliosos. Antes bien, es el hecho de que la coerción y otros modos de interferencia son, en principio, incompatibles con el respeto de la dignidad de los individuos lo que explica la importancia de la autonomía personal.

Estas son caracterizaciones toscas y, por supuesto, no hacen justicia a la complejidad y sofisticación de las posiciones de ninguno de los filósofos que han contribuido a ambas tradiciones del pensamiento liberal. Pero son, creo, modelos útiles que nos permiten distinguir dos tipos de estrategia de explicación de la importancia de la autonomía y de la justificación de los límites al Estado. A continuación, examinaré el modo en que Nino combina elementos de ambas tradiciones (sección 3), explicaré sus deficiencias (secciones 4 y 5) y esbozaré los elementos básicos de un liberalismo más decididamente kantiano (sección 6).

### III. EL LIBERALISMO DE NINO: BIENESTAR, AUTONOMÍA Y NEUTRALIDAD

El liberalismo que defiende Nino combina elementos del liberalismo perfeccionista y neutralista. Por un lado, Nino sostiene que el liberalismo depende de una determinada concepción de lo bueno según la cual la autonomía

de los individuos para elegir y materializar planes de vida es intrínsecamente valiosa. En este sentido, “la autonomía es parte de una concepción más amplia del bien personal y, en consecuencia, cuando promovemos a aquella no estamos siendo neutrales frente a diversas concepciones del bien”.<sup>1</sup> Sin embargo, Nino argumenta que esto no implica que el liberalismo sea perfeccionista en ningún sentido relevante. El argumento se basa en dos distinciones centrales.

Primero, debe distinguirse entre concepciones de lo bueno y planes personales de vida. El liberalismo defiende una determinada concepción de lo bueno, pero ello no implica que adopte una preferencia por ciertos planes de vida sobre otros. Por el contrario, dicha preferencia es *incompatible* con el valor intrínseco de la autonomía. En este sentido, Nino sostiene que el valor de la autonomía personal implica que *todas* las acciones que derivan de la libre aceptación de principios morales son, por esa razón, valiosas, independientemente de la validez de los principios en que se basan. Incluso las acciones de un nazi convencido son valiosas en este sentido.<sup>2</sup>

Pero aquí es relevante una segunda distinción entre dos tipos de principios morales, a saber, aquellos que conforman la moral personal o autorreferente y los que conforman la moral social o intersubjetiva.<sup>3</sup> Los primeros son principios que valoran a las acciones por sus efectos en el carácter del agente que las realiza según ciertos modelos de virtud. Los segundos, en cambio, son principios que valoran las acciones por sus efectos respecto del bienestar de individuos distintos del agente. En este sentido, dada la centralidad de la autonomía para el bienestar, los principios de la moral intersubjetiva tienen por objeto fundamental preservar la autonomía de los individuos frente a actos de terceros que la menoscaban. Así, aunque el valor de la autonomía implica que todas las acciones que derivan de la libre aceptación de principios morales son valiosas independientemente de la validez de los principios aceptados, el propio valor de la autonomía exige interferir con aquellas acciones autónomas proscriptas por principios morales intersubjetivos válidos. De este modo, aunque las acciones del nazi convencido son valiosas en tanto expresiones de su autonomía, todas las cosas consideradas, el valor de la autonomía exige interferir con ellas.

---

<sup>1</sup> Nino, Carlos Santiago, “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, p. 32.

<sup>2</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 234.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 229.

Sin embargo, no existe ninguna razón basada en la autonomía que justifique interferir con las acciones autónomas de los individuos por el hecho de que están proscriptas por principios morales autorreferentes válidos. Por el contrario, en la medida que sean acciones que se derivan de la libre aceptación de principios morales, el valor de la autonomía exige que los demás se abstengan de interferir e, incluso, les da razones para ayudar a que se ejecuten con éxito. En este orden de ideas, dado el valor de la autonomía personal, los principios morales intersubjetivos proveen razones agencialmente neutrales y los principios morales autorreferentes proveen razones relativas al agente.<sup>4</sup> El hecho de que una acción sea prescripta por un principio moral intersubjetivo válido es una razón para el agente para realizarla y una razón para terceros para hacer que sea el caso que el agente la realice. En cambio, el hecho de que una acción sea valiosa conforme a un principio moral autorreferente válido es una razón para que el agente la realice, pero no es una razón para terceros para hacer que sea el caso que el agente la realice. A su vez, el hecho de que una acción sea valiosa según un principio moral autorreferente en el que el agente  *Cree o acepta*, aunque no constituye una razón para el propio agente para realizarla, sí constituye una razón para terceros para hacer que sea el caso que la ejecute con éxito, independientemente de que el principio sea válido o no.

Estas consideraciones permiten establecer qué debe y qué no debe realizar un Estado comprometido con el valor de la autonomía personal. El Estado debe promover igualmente la autonomía de los individuos. Ello exige, entre otras cosas, lo siguiente. Por un lado, el Estado debe impedir aquellas acciones que están proscriptas por principios de moralidad intersubjetiva (a efecto de proteger la autonomía de los individuos frente a actos de terceros que la menoscaban). Por el otro, el Estado debe ser neutral respecto a los planes de vida de los individuos y a los principios de moral personal en los que se fundan, absteniéndose de interferir con cualquier acción autónoma que no esté proscripta por principios morales intersubjetivos. El hecho de que una acción sea inmoral según un principio moral autorreferente válido no justifica interferir con ella. En resumen, el Estado debe justificar sus acciones apelando a principios morales intersubjetivos y ser neutral respecto a principios morales autorreferentes.

Una recapitulación será útil para destacar el modo en que Nino combina elementos de ambas tradiciones. Hay dos elementos de su teoría que son de raíz millleana. Primero, la importancia de la autonomía deriva de su importancia para el bienestar de los individuos. Se trata, en este sentido,

---

<sup>4</sup> Nino, Carlos Santiago, "Autonomía...", *cit.*, pp. 28 y 29.

de una teoría moral y política fundada en una concepción de lo bueno. Segundo, y en relación a lo anterior, es el valor de la autonomía para el bienestar de los individuos lo que explica el disvalor de la coerción y otros modos de interferencia. Nino, empero, combina estos dos elementos con dos temas de raíz kantiana. Primero, se compromete con una distinción fundamental entre los valores a los que podemos apelar en la conducción de nuestra propia vida (moral autorreferente) y los valores a los que podemos apelar para interferir con las vidas de los demás (moral intersubjetiva). Segundo, y en relación a lo anterior, los límites al accionar estatal son consecuencia del requisito de neutralidad, no ya entre concepciones de lo bueno, sino respecto a los diversos planes de vida y principios morales autorreferentes. En este sentido, aunque fundado en una concepción de lo bueno, no se trata de un liberalismo que sea perfeccionista en ningún sentido relevante. A ello se agrega un tercer elemento kantiano que no examinaré aquí, a saber, que la fundamentación del principio de autonomía consiste, no en señalar los aspectos en virtud de los cuales una vida autónoma es superior a las alternativas, sino en que negarlo sería incurrir en cierto tipo de inconsistencia.<sup>5</sup>

#### IV. LA INSUFICIENCIA DEL REQUISITO DE NEUTRALIDAD

La tesis central de Nino es que el valor de la autonomía como un componente central del bienestar individual exige una estricta neutralidad entre planes de vida y principios morales autorreferentes. El Estado debe justificar sus acciones apelando exclusivamente a principios morales intersubjetivos. A continuación, argumentaré que este límite es insuficiente para proteger adecuadamente la autonomía de los individuos y que subestima la importancia del consentimiento a efectos de determinar si una interferencia con las acciones de terceros está justificada.

El problema, brevemente, es que todas las acciones de los individuos afectan, en alguna medida, los intereses de terceros. Mill, anticipando una eventual objeción a su principio del daño, resume el punto en los siguientes términos: “Muchas personas rechazarán la distinción aquí trazada entre aquella parte de la vida de una persona que sólo le concierne a ella y aquella que concierne a otros. ¿Cómo puede cualquier parte de la conducta de un miembro de la sociedad ser indiferente a los demás? Ninguna persona

---

<sup>5</sup> Véase Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos...*, cit., pp. 229 y ss.



es un ser enteramente aislado”.<sup>6</sup> Si, como sugiere la objeción, todas las acciones tienen consecuencias intersubjetivas, entonces, todas las acciones son, en principio, susceptibles de ser legítimamente interferidas por terceros, incluido el Estado, con la única restricción de que la distribución de la autonomía resultante de la interferencia sea superior a la distribución de la autonomía que se habría obtenido en caso de que no se hubiera interferido.

Este problema amenaza con socavar la relevancia de la distinción entre principios morales autorreferentes y principios morales intersubjetivos. Considérese el principio según el cual consumir drogas es un vicio que afecta el carácter del agente en la medida en que lesiona sus capacidades cognitivas y afecta seriamente su aptitud para realizar toda una serie de actividades valiosas (incluidas, por ejemplo, escribir lúcidos artículos filosóficos, destacarse como bailarín de ballet, elaborar hermosos pantalones, ayudar en el comedor comunitario, etcétera) y perjudica una serie de valiosas relaciones con otras personas (por ejemplo, con su pareja, sus hijos, sus amigos, sus vecinos, etcétera). Todas las razones en virtud de las cuales el consumo de drogas es disvalioso para el carácter del agente son, asimismo, razones en virtud de las cuales el consumo de drogas tiene la potencialidad de afectar los intereses de terceros (y, en efecto, del propio agente, tal y como él mismo los concibe). Por ejemplo, es parte de mi plan de vida apreciar el ballet. El que Juan, un prometedor bailarín de ballet, perjudique su carrera artística por el hábito de consumir drogas me quita a mí una valiosa opción, relevante para mi plan de vida, a saber, la opción de ver a Juan bailando ballet. Esta no es una preferencia externa, esto es, no se trata de una preferencia sobre cómo Juan debe conducir su vida en virtud de los principios morales autorreferente que juzgo válidos. No me importa ni un poco lo que haga Juan, allá él, pero considero que *mi* vida es sustancialmente mejor, según mis propias creencias sobre lo que es una vida buena, si tengo la oportunidad de ver más y mejor ballet. Que Juan baile ballet es importante para mi bienestar. Y, por supuesto, mi situación será todavía más desesperante si el hábito de Juan incita a otras jóvenes promesas del ballet a incurrir en hábitos similares. Consideraciones de este tipo, aunque un tanto exageradas, son suficientes para poner seriamente en duda la idea según la cual la exigencia de que la interferencia sea neutral respecto a los méritos de los diversos planes de vida es suficiente para proteger la autonomía personal.

---

<sup>6</sup> Mill, John Stuart, “On Liberty”, *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2015 [1859], p. 78.

La respuesta de Nino a esta objeción se basa en dos consideraciones fundamentales.<sup>7</sup> En primer lugar, sostiene que los intereses relevantes a efecto de justificar una interferencia con las acciones de los demás no incluyen a las preferencias externas de que los terceros se comporten de acuerdo a los principios morales autorreferentes que cada uno juzga válidos. Si se computaran dichas preferencias, entonces, aunque la interferencia no estaría basada ella misma en la validez de un determinado principio moral autorreferente, no sería neutral en el sentido relevante, al basarse en las creencias de otros sobre qué principios morales autorreferentes son válidos. Esta consideración es, empero, evidentemente insuficiente. Como señalé, todos nosotros tenemos fuertes intereses en cómo se comportan los demás que no son el resultado de nuestra preferencia porque todos actúen conforme a los principios morales autorreferentes que juzgamos válidos sino del impacto de dichas acciones sobre la calidad y valor de *nuestras* vidas de acuerdo a esos mismos principios. Estos intereses son independientes del modo en que —a nuestro juicio— dichas acciones afectan al carácter moral del agente que las realiza.

En segundo lugar, sostiene que la objeción exagera la medida en que nuestras acciones afectan los intereses de terceros. En este sentido, muchas de las consecuencias que se invocan para socavar la distinción no son, en rigor, imputables a las respectivas acciones de acuerdo a una interpretación más o menos estricta de los criterios corrientes de adscripción de causalidad. Hay dos criterios que son especialmente relevantes en este sentido. Primero, no todas las omisiones que son condiciones necesarias de un resultado son *causas* de ese resultado. Una omisión sólo causa un resultado si se desvía de una norma o regularidad que genera una expectativa de una acción positiva que hubiere impedido ese resultado. Así, la omisión de Juan de dedicarse al ballet no me *causa* un daño porque no existía ninguna expectativa (legítima, al menos; más sobre esto después) de que Juan se dedicara al ballet para beneficio de los amantes del ballet. Segundo, la atribución de un resultado causal a cierta acción queda, en general, excluida, cuando entre ésta y el resultado interviene otra acción voluntaria, en cuyo caso aquél debe atribuirse causalmente a esta última. Esto es lo que, para Nino, hace relevante al consentimiento de la “víctima”. Si la producción del daño requiere una acción voluntaria de la “víctima” entonces es ésta quien causa el daño y no el tercero. Así, aunque el hábito de consumo de drogas de Juan motive a otras jóvenes promesas a consumir, en contra de sus propios intereses, la afectación de éstos no debe ser atribuida al consumo de Juan sino, en su caso, al consumo de las propias víctimas. Esto es sumamente

---

<sup>7</sup> Véase Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos...*, *cit.*, pp. 439 y 440.

relevante porque, en general, para los liberales las actividades entre adultos que consenten están fuera del alcance de la jurisdicción estatal.

Esta segunda respuesta, empero, es inadecuada por varias razones. En primer lugar, si las expectativas relevantes para distinguir entre omisiones que son meras condiciones necesarias de un resultado y aquellas que lo causan son las generadas por las normas sociales vigentes, entonces no hay aquí ningún límite a la actividad estatal. La prohibición de que Juan consuma drogas a efectos de prevenir que arruine sus talentos socialmente valiosos y, de ese modo, afecte los intereses de terceros, haría que fuera el caso que exista una expectativa social de que Juan se abstenga de consumir drogas por lo que, en virtud de la misma prohibición, la acción sería causa de los daños relevantes. Nino es plenamente consciente de este problema y, en virtud de ello (entre otras razones), rechaza que las expectativas relevantes dependan de las normas efectivamente aceptadas. En este sentido, sostiene que la noción de causa es normativa y que el juicio de que la omisión causa un resultado depende de la adhesión a una norma moral válida que requiere la correspondiente acción positiva.<sup>8</sup> La única diferencia relevante entre los deberes de actuar y los de omitir es que los primeros restringen más la autonomía del agente que los segundos. Es esto lo que explica que, en general, atribuyamos menos efectos causales a las omisiones. Pero, entonces, el problema subsiste. No es que no debe interferirse con la omisión porque no causa perjuicio a terceros, sino que no es causa de éstos porque, en atención al valor de la autonomía, no debe interferirse con ella. Por lo tanto, el único límite a la interferencia estatal sigue siendo que la distribución de autonomía resultante de la interferencia sea mejor que la que se hubiera obtenido de otro modo.

En segundo lugar, la explicación de la relevancia de la acción voluntaria de la «víctima» en términos de su rol causal desfigura la importancia normativa del consentimiento. Considérese una pelea de boxeo entre *A* y *B*. En el marco de la pelea, *A* lesiona severamente a *B*. Supóngase que se respetaron todas las reglas que habían sido previamente consentidas por ambas partes. Es usual considerar que, dado que se trata de una actividad consensual entre adultos, un Estado liberal debería abstenerse de interferir, incluso si la emoción de la pelea no es suficiente para compensar la afectación de los intereses de *B* tal y cómo este los concibe. Pero es evidente que aquí la relevancia del consentimiento de *B* no deriva de su rol causal. En efecto, no hay dudas de que *existe* una relación causal entre las acciones de *A* y las lesiones de *B* (es precisamente porque fue *A* quien causó las lesiones que, relevantemente, ganó la pelea). Pero entonces, ¿por qué un Estado libe-

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 335.

ral debería abstenerse de interferir? Hay, después de todo, una acción que causalmente afecta los intereses de un tercero en los términos en que éste mismo los concibe. La interferencia satisface el requisito de neutralidad. La única cuestión relevante es, nuevamente, si la distribución de autonomía que resulta de la interferencia es mejor que la que se hubiera obtenido de otro modo. El hecho de que el individuo de cuyos intereses se trata haya consentido es, aparentemente, irrelevante.

A estas dos observaciones subyace, en rigor, un problema más fundamental. La cuestión es cuál es la relevancia de que las acciones en cuestión *causen* la afectación de los intereses de terceros en lugar de ser, digamos, “meras” condiciones necesarias o contribuyentes de dicha afectación. Concedamos que, en un sentido más o menos estricto, es falso que el hábito de Juan de consumir drogas afecte *causalmente* mis intereses o los de las otras jóvenes promesas del ballet. Mis intereses son afectados, pero ello no es causa de las acciones de Juan. Los intereses de las otras jóvenes promesas del ballet son afectados pero la causa son sus propias acciones voluntarias y no las de Juan. ¿Cuál es la relevancia de esta concesión? Supongamos que, si interferimos con la acción de Juan de consumir drogas, ello resultará en una mejor distribución de la autonomía. Existen, pues, razones fundadas en el valor de la autonomía para interferir. Estas razones son neutrales en el sentido relevante, esto es, no suponen ninguna preferencia por determinados planes de vida o principios morales autorreferentes. ¿Cuál sería la objeción a la interferencia desde el punto de vista liberal? El mero hecho de que las acciones en cuestión no sean la *causa* de la afectación de los intereses respectivos es, aparentemente, irrelevante. De hecho, el propio Nino, como veremos, considera que está justificado interferir con acciones que estrictamente no *causan* un perjuicio a terceros si ello incrementa igualitariamente la autonomía de los individuos. Pero, entonces, el problema subsiste. Todas nuestras acciones afectan los intereses de terceros. Por lo tanto, todas nuestras acciones son, en principio, susceptibles de ser interferidas siempre y cuando ello redunde en una mejor distribución de la autonomía. El hecho de que el bienestar de las personas dependa de sus preferencias y planes de vida, independientemente de la validez de las razones y principios en los cuales se fundan, agrava, en lugar de atemperar, el problema, porque, qué interferencias están o no justificadas dependerá de los planes de vida que los demás acepten, de lo que ellos contingentemente valoran, en lugar de lo que es efectivamente valioso, con independencia de sus preferencias.

Quizás ésta es la conclusión que deberíamos aceptar. Un Estado liberal es un Estado neutral. Si una interferencia está justificada desde un punto

de vista neutral, entonces, un liberal no tiene ninguna razón para objetarla; por el contrario, debería apoyarla. Sin embargo, el hecho de que, en principio, haya razones neutrales para interferir con cualquier acción, constituye, como mínimo, una motivación para examinar alternativas o suplementos al principio de neutralidad. Tenemos buenas razones para considerar la posibilidad de que el valor de la autonomía exija algo más o algo distinto que neutralidad.

#### V. LAS DIFICULTADES PARA FUNDAR EL REQUISITO DE NEUTRALIDAD EN UNA CONCEPCIÓN DE LO BUENO

En la sección anterior argumenté que el requisito de neutralidad es insuficiente para proteger adecuadamente la autonomía personal. Ahora argumentaré que si, como sugiere Nino, el valor de la autonomía deriva de su importancia para una vida buena entonces es implausible que aquél exija que seamos neutrales. El argumento de Nino tiene, en efecto, consecuencias sumamente contraintuitivas que, a mi juicio, deben rechazarse.

En primer lugar, Nino sostiene que, dado el valor intrínseco de la autonomía, todas las acciones autónomas son valiosas en algún grado, independientemente de la validez de las razones o principios en los que se funden. Pero esto es sumamente implausible. Considérese, por ejemplo, el caso del nazi convencido. Nino sostiene que sus acciones, por más horrendas que sean en otros aspectos, son valiosas en la medida que son el resultado de la libre aceptación de principios morales. Esto sugiere que tenemos una razón para respetar las acciones del nazi y, en efecto, para ayudarlo a realizarlas, aunque resulte que, todas las cosas consideradas, debemos abstenernos de ayudarlo y, por el contrario, debemos evitar que ejecute sus planes con éxito. Pero esto es —según me parece— incorrecto. La acción horrenda del nazi no tiene ningún valor y no tenemos ninguna razón para ayudarlo. Nótese que, para Nino, si el nazi falla en realizar sus acciones hay, todavía, un resto racional, un valor que no pudimos satisfacer, una razón para lamentarnos. No creo que debemos aceptar esta conclusión. En todo caso, el hecho de que el nazi haya actuado autónomamente hace que su acción sea *más* disvaliosa, no menos.<sup>9</sup> En efecto, los agentes que realizan actos inmorales autónomamente merecen un reproche más severo y quizás parte de la explicación sea que su acción es más disvaliosa por esa razón. Compárese el caso de un conductor que, tomando todas las precauciones razonables, ac-

<sup>9</sup> Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 380.

cidentalmente atropella y mata a un peatón, y el caso de un conductor que acelera a efectos de atropellarlo deliberadamente. Las dos acciones afectan del mismo modo los intereses de la víctima. Pero Nino debería sostener que el caso intencional es menos malo que el accidental porque, en efecto, al ser autónoma, la acción del segundo conductor tiene un valor del que carece la acción del primero. Esto es absurdo.

Estas consideraciones, por cierto, se aplican igualmente a los casos en que la acción es disvaliosa en virtud de principios morales autorreferentes. Considérese el caso de un profesor de, digamos, 50 años de edad que habitualmente tiene relaciones sexuales con sus alumnas de 20, aunque siempre espera varios meses después de terminado el curso. Alguien podría pensar, razonablemente, que esto no está vedado por principios morales intersubjetivos. Las alumnas, después de todo, son adultas que consienten. Pero, aun así, podría insistirse que su conducta es disvaliosa desde el punto de vista de una moral personal. Las relaciones con sus alumnas son disvaliosas porque están marcadas por la relación de autoridad y esto afecta el valor del vínculo que establece con ellas. Por varias razones, si quiere tener sexo casual, debería buscarlo en otro lado. Si este es el caso ¿por qué deberíamos creer que la conducta del profesor es, en algún aspecto, valiosa? No tenemos, creo, ninguna razón para ayudarlo, por más relevante que esto sea para su plan de vida. Su acción es más y no menos disvaliosa cuanto más central sean las relaciones con sus alumnas en su plan de vida. En resumen, contra lo que sostiene Nino, las acciones autónomas no son valiosas por el sólo hecho de ser autónomas independientemente de la validez de los principios en que se fundan. No tenemos ninguna razón para ayudar a que las personas satisfagan sus proyectos de vida si éstos son disvaliosos.

En segundo lugar, Nino también sostiene que las acciones prescriptas por principios morales autorreferentes sólo son valiosas si son autónomas. Por lo tanto, aunque no tengamos razones para ayudar a las personas a llevar a cabo sus planes de vida disvaliosos, tampoco tenemos razones para hacer que sea el caso que realicen acciones autorreferencialmente valiosas de modo no autónomo. En este sentido, Nino argumenta que las políticas perfeccionistas son autofrustrantes, pues “buscan imponer lo que sólo puede ser aceptado espontáneamente”.<sup>10</sup> Este argumento debe rechazarse por dos razones. Primero, es posible que la prohibición de una acción impacte en los principios autorreferentes que los individuos aceptan libremente. Supongamos que el Estado prohíbe el consumo de drogas porque es autorreferencialmente disvalioso. Las personas que se abstienen de consumir por

---

<sup>10</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos...*, cit., p. 235.

temor a ser sancionados no satisfacen el ideal. Pero, dada la prohibición, es posible que muchos individuos que de otro modo hubieran autónomamente consumido drogas, adopten en cambio la creencia de que es disvalioso consumir drogas y se abstengan de ello por esa razón. El derecho, en este sentido, no sólo influye en nuestras conductas por medio de la amenaza de sanciones, sino que tiene el poder, entre otras cosas, de consolidar y favorecer la aceptación de ciertos modelos de virtud. Es precisamente porque tiene este poder, y no porque carece de él, que el ideario liberal es especialmente relevante.

Segundo, y esto es lo que realmente importa en este contexto, la premisa es simplemente falsa. Por supuesto, hay acciones tales que son valiosas sólo si las realizamos por ciertas razones. Considérese, por ejemplo, la acción de pedir perdón. Una de las razones para pedir perdón es expresar ciertas actitudes. Pero si uno no pide perdón por las razones apropiadas (*i. e.*, porque entiende que lo que hizo estuvo mal y que el destinatario merece una disculpa) entonces probablemente no tiene ningún valor pedir perdón. Pero este no es generalmente el caso ni siquiera respecto a las acciones que son valiosas en virtud de principios morales autorreferentes. Supongamos que consumir drogas habitualmente es disvalioso porque afecta nuestras relaciones personales con otras personas. Si alguien se abstiene de consumir drogas porque no le gustan o porque tiene miedo de que lo castiguen entonces su omisión es igualmente valiosa pues, precisamente, no afecta sus relaciones. La omisión de consumir drogas no es valiosa porque expresa ciertas actitudes o el compromiso con ciertos principios morales. Es valiosa independientemente de ello y, aun así, las razones por las que es valiosa son autorreferentes. Por lo tanto, Nino se equivoca al asumir que actuar conforme a un principio moral autorreferente no es valioso a menos que se actúe por la razón de que se acepta ese principio. El perfeccionismo, aunque quizás injustificado, no es autofrustrante.

En tercer lugar, la distinción de Nino entre principios morales autorreferentes e intersubjetivos no es exhaustiva. Ambos tipos de principios valoran las acciones por sus efectos en las personas, sea el agente (autorreferentes) o terceros (intersubjetivos). Pero muchos individuos creen que existen valores impersonales, esto es, que tenemos razones para realizar acciones independientemente del modo en que afectan a las personas. Por ejemplo, realizar una película de alto valor artístico tiene un valor que no depende del número de personas que la disfrutarán y apreciarán, resolver un difícil problema matemático tiene valor independientemente del número de personas que entiendan la solución, etcétera. El arte, el conocimiento, la natu-



raleza, etcétera, tienen —muchos creen— valor impersonal. Por supuesto, es posible que esta creencia sea falsa. Pero, igualmente, si alguien cree que existen valores impersonales, ¿por qué habría de abstenerse de interferir con las acciones de otros para promoverlos?, ¿por qué debería ayudar a otros a realizar sus planes de vida si atentan contra dichos valores?

En resumen, aunque la autonomía constituya un componente central de la vida buena, difícilmente justifique ser estrictamente neutrales respecto a los diversos planes de vida. La autonomía no confiere ningún valor a las acciones disvaliosas y las acciones pueden ser valiosas por razones no intersubjetivas (autorreferentes o impersonales) incluso si no son autónomas.

## VI. DEMANDAS, RAZONES Y AUTONOMÍA

En las secciones precedentes argumenté que: *a*) el requisito de neutralidad es insuficiente para proteger la autonomía individual; y que *b*) este requisito no puede ser satisfactoriamente justificado en virtud de una concepción de lo bueno. Estas conclusiones abren dos alternativas. Por un lado, podemos intentar defender un liberalismo perfeccionista, abandonando el requisito de neutralidad. Por el otro, podemos intentar defender un liberalismo más decididamente kantiano que justifique el requisito de neutralidad en consideraciones que son independientes de una determinada concepción de lo bueno y que lo complemente adecuadamente de modo que no sea suficiente que una acción sea intersubjetiva o impersonalmente disvaliosa para que esté justificado interferir con ella. Aquí intentaré esbozar, de modo tentativo y exploratorio, los elementos de una propuesta que sigue esta segunda estrategia.

En este sentido, en lugar de iniciar considerando el valor de la autonomía para el bienestar de las personas, propongo empezar por examinar las razones en virtud de las cuales las interferencias con las acciones de los demás son *prima facie* inmorales o disvaliosas. Para ello debemos examinar una cuestión relacionada, a saber, en qué condiciones podemos *demandar* o *exigir* a otros que actúen de cierto modo. Debe ser el caso, podemos asumir, que tienen razones para realizar aquello que les exigimos. Pero no cualquier razón es apropiada para justificar una demanda. Distinguimos, en efecto, entre recomendar y exigir una acción. Así, hay ocasiones en que el otro tiene razones concluyentes para realizar una acción pero que, en lugar de exigirles que la hagan, lo apropiado es que se lo aconsejemos o recomendemos. Una forma de explicar esta distinción es que sólo cierto tipo distintivo de razones son apropiadas para justificar demandas y exigencias dirigidas a



otros. Pero, ¿qué distingue a las razones que justifican demandas de las que justifican meros consejos o recomendaciones?

Para responder esta pregunta adecuadamente es necesario clarificar en qué consiste demandar o exigir una acción. ¿Qué implicamos acerca de nuestra relación con el destinatario de la demanda en lo que respecta a la acción en cuestión cuando le exigimos que la realice? Es claro que, al exigir algo, expresamos nuestra intención de que el destinatario de la exigencia realice aquello que le exigimos. Esto, empero, no es todo. Al demandar algo normalmente esperamos, de algún modo, motivar al destinatario a realizar la acción que le exigimos. En este sentido, no sólo expresamos la intención de que el destinatario realice la acción que le exigimos sino también nuestra intención de que reconozca dicha intención y que dicho reconocimiento lo motive a actuar de ese modo. Pero, ¿por qué debería el destinatario motivarse en el hecho de que es nuestra intención que realice la acción que exigimos? Después de todo, cuando exigimos algo a alguien no pretendemos que el hecho de que lo exigimos constituya en sí mismo una razón para que el destinatario realice la acción exigida. Por el contrario, asumimos que el destinatario ya tiene razones suficientes para actuar como le exigimos y por eso se lo exigimos. La mejor explicación es, creo, la siguiente: al demandar algo a alguien expresamos la creencia de que es apropiado que nosotros decidamos por ellos que realicen esa acción. Por supuesto, la decisión sigue siendo suya. Pero hay razones en virtud de las cuales sería apropiado que nosotros decidamos por ellos, aunque tal cosa no sea de hecho posible. Esto es lo que explica la expectativa del demandante, de que el demandado realice la acción reclamada en virtud de su intención de que la realice. Si el demandado compartiera la creencia del demandante, entonces el reconocimiento de que éste último tiene la intención de que él realice la acción exigida lo motivará a actuar. Así:

*Demandas:*  $A$  demanda de  $B$  que realice la acción  $\phi$  si y sólo si:

- 1)  $A$  expresa a  $B$  su creencia de que es apropiado que  $A$  decida por  $B$  que  $B$  realice  $\phi$ .
- 2)  $A$  expresa a  $B$  su intención de que  $B$  realice  $\phi$ .
- 3)  $A$  expresa a  $B$  su intención de que  $B$  reconozca la intención expresada en (2) y actúe motivado por ella en virtud de la verdad de la creencia expresada en (1).

La cuestión clave es qué tipo de razones para que un agente realice una acción son tales que harían que fuera apropiado que otro decidiera por él que la realice, de modo que la creencia de (1) sea verdadera. Aquí sólo puedo discutir brevemente esta cuestión.

Por lo pronto, es plausible sostener que las razones relativas al agente no son apropiadas. Tú tienes una razón para realizar una acción, pero no es, a su vez, una razón para mí, para que haga que sea el caso que tú la realices y, por lo tanto, sería inapropiado que la invoque para justificar decidir por ti que la realices.

Pero, como vimos, quizás los principios morales autorreferentes no sean razones relativas al agente. Esto, empero, no es determinante. Aunque sean razones agencialmente neutrales, alguien podría sugerir, los principios morales autorreferentes no son suficientes para justificar demandas dirigidas a otros. Tienes una razón agencialmente neutral para realizar  $\phi$  pero ella está fundada en los efectos que  $\phi$ ar tiene sobre tu carácter y, por lo tanto, aunque tengo razones para hacer que sea el caso que  $\phi$ es, no sería apropiado que decida por ti que  $\phi$ es y, por ende, no sería apropiado que te exija o que te demande que  $\phi$ es.

Una sugerencia plausible es, entonces, que sólo las razones impersonales y las razones intersubjetivas son apropiadas para justificar demandas dirigidas a otros. Pero, ¿por qué el valor impersonal o intersubjetivo de que yo realice  $\phi$  haría que fuese apropiado que tú decidas por mí que realice  $\phi$ ? Después de todo ambos somos agentes morales capaces de acceder a tales razones y de motivarnos en ellas, y las razones se aplican a mí y no a ti. Por supuesto, dado el carácter agencialmente neutral de las razones impersonales e intersubjetivas, tú tienes razones para hacer que sea el caso que yo actúe conforme a ellas. Pero esta razón es parasitaria de una razón que, fundamentalmente, se aplica a mí. Tú debes hacer lo que esté dentro de tu alcance para que yo actúe correctamente, pero, ¿por qué sería apropiado que tú *decidas* por mí en función de lo que *tú* crees que debo hacer en lugar de que yo decida en función de lo que *yo* creo que debo hacer? Una posible respuesta sería sostener que tú tienes cierta superioridad epistémica de modo que es más probable que yo actúe correctamente si tú decides en vez de mí. Pero esto es, creo, insuficiente por la siguiente razón. Yo puedo reconocer el hecho, si es que es un hecho, que tú tienes mejores credenciales epistémicas que yo, y formar mis creencias y actuar en consecuencia. Tú podrías replicar que tú estás en mejores condiciones que yo para establecer si eres epistémicamente superior que yo. Pero, nuevamente, yo puedo reconocer este hecho y formar mis creencias y actuar en consecuencia. Y así sucesivamente. Resulta pues que sostener que sería apropiado que tú decidas por mí que yo realice una acción que tengo razones impersonales o intersubjetivas para realizar, implica sostener no sólo que tú estás en mejores condiciones que yo para juzgar si existen tales razones y su peso en determinadas cir-

cunstancias, sino que yo soy fundamentalmente incapaz de reconocer dicho hecho. Esto implica negar que soy un agente epistémicamente responsable y, en definitiva, que soy un agente moral autónomo. Si los seres humanos adultos somos agentes morales autónomos, entonces el hecho de que tenga razones impersonales o intersubjetivas no puede justificar que alguien me demande que realice la acción en cuestión.

Pero entonces, ¿qué razones son apropiadas para justificar demandas dirigidas a otros? Mi propuesta es, brevemente, la siguiente. Muchas veces tenemos razones para realizar conjuntos de acciones que no son reducibles a las razones para realizar ninguna de las acciones que pertenecen al conjunto. Supongamos que si hacemos el ejercicio *A* entrenamos las piernas y que si hacemos el ejercicio *B* entrenamos los brazos y que tenemos razones para desarrollar nuestras piernas y brazos armoniosamente pero que no tenemos razones para desarrollar sólo las piernas o sólo los brazos, pues tener un cuerpo desproporcionado es peor que no entrenar. Entonces tenemos razones para realizar *A* y *B* conjuntamente, pero no tenemos razones para realizar *A* o para realizar *B* consideradas aisladamente. Existen, del mismo modo, razones para realizar conjuntos de acciones tales que las acciones que pertenecen al conjunto corresponden a diferentes agentes. Así, por ejemplo, existen razones para que todos nosotros no nos matemos unos a otros, tales que no son reducibles a las razones que cada uno de nosotros tiene para no matar a otros (por ejemplo, razones vinculadas a los beneficios de vivir en una sociedad en la que nos sintamos seguros, sin temor a que nos maten). Podemos llamar a estas últimas *razones colectivas*.

Debe distinguirse a las razones colectivas de las razones objetivas o agencialmente neutrales. El valor de la filosofía es una razón para todos para dedicarse a la filosofía. Es, en este sentido, una razón agencialmente neutral. Pero no es, empero, una razón colectiva. Aunque todos tienen una razón para dedicarse a la filosofía no existen razones para que todos se dediquen a la filosofía. Por el contrario, existen razones para que no todos se dediquen a la filosofía (hay muchas otras actividades valiosas que son más o menos incompatibles con dedicarse a la filosofía).

Mi tesis es que una persona puede apropiadamente demandar a otra que realice una acción sólo si existe una *razón colectiva* para que la realice. El carácter colectivo de las razones en cuestión explica por qué sería apropiado que otros decidan por uno realizar la acción en cuestión. La razón es una razón para *nosotros* para realizar ciertas acciones, es una razón para que tú y yo nos comportemos de cierto modo en nuestras relaciones con el otro. Si tú no haces lo que tienes razón para hacer en virtud de la razón colectiva

que se aplica a ambos, entonces yo también estoy fallando racionalmente (aunque, por supuesto, de otro modo pues, en definitiva, eres tú quien tiene la decisión). Es esto lo que explica por qué sería apropiado que yo decida por ti que realices la acción en cuestión y, en consecuencia, que sea apropiado que te exija o demande que la realices. La idea no es que yo estoy en mejores condiciones para juzgar sobre las razones que se te aplican a ti, sino que, dado que la razón se aplica relevantemente a ambos, yo estoy tan racionalmente involucrado como tú.

Pero no toda razón colectiva es una razón apropiada para justificar una demanda. Las razones colectivas pueden constituir planes o reglas. Una razón colectiva constituye un *plan* cuando la razón para realizar el conjunto depende de la contribución individual que cada acción del conjunto realiza al valor del conjunto. En estos casos, si uno de los agentes no realiza la acción que le asigna el plan, entonces, los demás ya no tienen ninguna razón para seguir con el plan. Una razón colectiva constituye una *regla* cuando la razón para realizar el conjunto no depende la contribución individual que cada acción realiza al conjunto. En estos casos, el hecho de que uno de los agentes no realice la acción que la regla le impone no implica que los demás ya no tengan razón para realizar las acciones que la regla les confiere.

Las reglas, pero no los planes, pueden justificar demandas. La razón es que existe una regla que requiere que nos abstengamos de demandarnos unos a otros en virtud de planes con los cuales no nos hayamos comprometido. La explicación es que, dada nuestra falibilidad respecto a las concepciones de lo bueno y el desacuerdo acerca de cuál es la correcta, si todos nos demandáramos los unos a los otros apelando a los planes colectivos que cada uno cree correctos, la situación terminaría siendo peor desde el punto de vista de la concepción de lo bueno que cada uno tiene.

Así, es posible sostener que una persona puede apropiadamente demandar a otra que realice una acción si y sólo si existe una *regla* que prescribe que la realice. Las reglas, a diferencia de los planes, no están fundadas en una determinada concepción de lo bueno, sino que establecen modos en que todos debemos comportarnos para asegurar condiciones apropiadas para que cada uno sea capaz, en asociación voluntaria con otros, de perseguir su propia concepción de lo bueno, cualquiera sea, siempre que sea consistente con el igual ejercicio de dicha capacidad por parte de los demás. Por supuesto, la tesis de que las demandas sólo pueden justificarse apropiadamente apelando a reglas debe defenderse en mayor detalle. Aquí sólo me limité a explicar en qué consiste la tesis, mencionando algunos de sus atractivos, a efecto de exa-

minar los rasgos de una teoría liberal que se funda en ella. En este sentido, corresponde aquí introducir dos consideraciones adicionales.

Primero, el hecho de que es apropiado que una persona exija a otra que realice una acción, es una razón para que la segunda realice esa acción. Stephen Darwall ha llamado a estas razones, “razones de segunda persona”. Se trata de razones “cuya validez depende de presupuestas relaciones de autoridad y responsabilidad entre personas”.<sup>11</sup> La autoridad en cuestión es la de demandar a otro que realice una acción, en virtud de la cual el otro es responsable ante uno por realizarla. Justificar por qué el hecho de que alguien pueda apropiadamente demandar a otro la realización de una acción, es una razón para que éste la realice, excede los límites de este trabajo. En pocas palabras, es una cuestión de respeto. La intuición es que respetarte como agente racional requiere actuar como sería apropiado que me demandes que actúe, esto es, hacer lo que sería apropiado que tú decidieras por mí, que haga.

Así: “*Principio de Demanda*: El hecho de que sea apropiado que *A* demande de *B* que realice la acción  $\phi$  es una razón para *B* para  $\phi$ ar”.<sup>12</sup>

Segundo, a efecto de derivar una posición liberal de las consideraciones precedentes, debe adherirse a un principio que vincule la justificación de coaccionar a otro a que realice una cierta acción con la propiedad de demandarle que realice dicha acción. Una primera aproximación es la siguiente:

Liberalismo: Está moralmente prohibido forzar o coaccionar a alguien a menos que sea a fin de evitar una acción tal que el agente tiene razones de segunda persona para no realizar, esto es, una acción tal que alguien, normalmente la persona perjudicada, tiene autoridad para demandarle que se abstenga de realizar.<sup>13</sup>

Este principio será más o menos exigente según las razones que se juzgue que justifican demandas dirigidas a otros. De acuerdo a las consideraciones precedentes podemos distinguir las siguientes alternativas de creciente exigencia:

- 1) El hecho de que *A* deba  $\phi$ ar en virtud de razones relativas al agente no es suficiente para justificar coaccionarlo a efectos de que realice  $\phi$ .
- 2) El hecho de que *A* deba  $\phi$ ar en virtud de razones fundadas en principios autorreferentes, no es suficiente para justificar el coaccionarlo

<sup>11</sup> Darwall, Stephen, *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect and Accountability*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 8.

<sup>12</sup> Skorupski, John, *The Domain of Reasons*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 352.

<sup>13</sup> Esto es una aproximación. Varias aclaraciones y algunas modificaciones son necesarias. Sin embargo, a los fines de este trabajo, esta aproximación es suficiente.

- a efectos de que realice  $\phi$  (aunque sean razones agencialmente neutrales).
- 3) El hecho de que  $A$  deba  $\phi$ ar en virtud de razones impersonales o intersubjetivas no es suficiente para justificar el hecho de coaccionarlo a efectos de que realice  $\phi$ .
  - 4) El hecho de que  $A$  deba  $\phi$ ar en virtud de una razón colectiva que constituye un plan no es suficiente para justificar coaccionarlo a efectos de que realice  $\phi$ .

El principio liberal, cualquiera sea la tesis que se adopte respecto a las razones que son apropiadas para justificar demandas, se funda en dos consideraciones. La primera es que existe una razón colectiva (una regla moral) para que todos nos abstengamos de coaccionar a otros a realizar acciones que no tenemos autoridad para demandarles que no realicen (esto provee un marco de seguridad para que cada uno pueda perseguir adecuadamente su propia concepción de lo bueno). La segunda es que cuando  $A$  coacciona a  $B$  para que realice  $\phi$ , aunque la decisión de  $\phi$ ar sigue siendo de  $B$ ,  $A$  intenta manipular las circunstancias de modo que  $B$  decida de acuerdo a las intenciones de  $A$ . En este sentido, para que la coacción sea apropiada, también debe ser apropiado que  $A$  decida por  $B$  que realice  $\phi$ . Por lo tanto, si no es apropiado demandar a alguien que realice una acción, tampoco es apropiado coaccionarlo para que la realice.<sup>14</sup>

Una última aclaración es necesaria. He argumentado que sólo las reglas morales son adecuadas para justificar demandas dirigidas a otros. La existencia de una regla moral que prescribe  $\phi$ ar no es, empero, suficiente para que  $A$  demande de  $B$  que  $\phi$ e. En este sentido, existen una serie de circunstancias en las que, a pesar de la regla,  $A$  carece de la autoridad para demandar de  $B$  que realice  $\phi$ . Considérese, por ejemplo, un caso de legítima defensa:

*Legítima Defensa:*  $A$  apunta un arma a  $B$  y amenaza con dispararle a menos que le entregue la billetera.  $B$  no tiene nada demasiado relevante en la billetera. Sabe, además, que si la entrega,  $A$  se irá pacíficamente y nadie resultará dañado. Así, todas las cosas consideradas,  $B$  debe entregar su billetera a  $A$ . Sin embargo,  $B$  golpea en la cara a  $A$  y sale corriendo.

¿Podía  $A$  demandarle a  $B$  que no lo golpee en la cara? Después de todo, existe una regla que proscribe que no nos golpeemos unos a otros en la

---

<sup>14</sup> La conversa no vale. Puede que sea apropiado demandar de alguien que realice cierta acción pero que no sea apropiado coaccionarlo para que la realice.

cara. Es más, las razones que subyacen a dicha regla (*i. e.*, la protección de la integridad corporal) no fueron derrotadas en este caso. Todas las cosas consideradas, *B* debía abstenerse de golpear a *A*. Pero el punto es que *A* no podía demandárselo porque, al intentar robarle ilegítimamente, perdió la autoridad para hacerlo.

En resumen, la coacción es *prima facie* inmoral porque la persona que ejerce la coacción se arroga la autoridad para decidir por otro cómo debe actuar. Por lo tanto, sólo está permitida cuando efectivamente sería apropiado que el que ejerce la coacción decida por quien es coaccionado que realice la acción que lo fuerza a realizar, esto es, sólo cuando es apropiado que el primero demande al segundo para que realice la acción en cuestión. Así, el valor de la autonomía no deriva de su contribución a nuestro bienestar, sino que es consecuencia de nuestro carácter de agentes morales autónomos. El liberalismo está comprometido con el valor de la autonomía así entendido y, en consecuencia, restringe el uso legítimo de la coacción a la prevención de acciones cuya víctima tiene autoridad para demandar que no se realicen. Aquí sugerí que ello sólo es el caso cuando existe una regla moral que proscriba la acción en cuestión, en la medida que el agente tenga la autoridad para invocarla. Si, como creo, las reglas morales son independientes de una determinada concepción de lo bueno, entonces, efectivamente, la justificación de la coacción debe ser neutral respecto a las diferentes concepciones de lo bueno y planes de vida personales. Pero la neutralidad no es suficiente. Las consideraciones neutrales a las que se apelan deben constituir razones colectivas para que todos actuemos de cierto modo en nuestras relaciones con los demás, a efectos de que puedan justificar demandas dirigidas a otros. Así, es perfectamente posible que, desde un punto de vista neutral, *A* deba abstenerse de realizar cierta acción pero que, sin embargo, no esté justificado demandarle que lo haga ni, por lo tanto, coaccionarlo para que lo haga.

## VII. LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO

En los apartados precedentes argumenté en contra de aquellas teorías que, como la de Nino, *a*) entienden los límites que impone el valor de la autonomía exclusivamente en términos de neutralidad respecto a los diversos planes de vida y principios morales autorreferentes, y que *b*) fundan dicho requisito de neutralidad en una concepción de lo bueno. Luego esboqué los elementos básicos de una teoría más decididamente kantiana según la cual el valor de la autonomía no está fundado en una determinada concepción

de lo bueno y exige no sólo justificar la coacción en consideraciones neutrales sino, más fuertemente, en *reglas morales* adecuadas para justificar demandas dirigidas a otros de que actúen de cierta manera. Ahora me interesa contrastar las consecuencias de estas dos posiciones diversas respecto al problema de la justificación del paternalismo.

En este contexto, el paternalismo consiste en prohibir jurídicamente una acción (estableciendo un castigo para el caso de incumplimiento) a efectos de evitar que los individuos realicen acciones que perjudican sus propios intereses. Podemos distinguir entre paternalismo directo e indirecto. El paternalismo directo consiste en prohibir una acción porque ella es contraria a los intereses del agente. Por ejemplo, prohibir el consumo de drogas porque ello es perjudicial para los consumidores. El paternalismo indirecto consiste en prohibir una acción de un tercero a efectos de evitar otras acciones que son perjudiciales para el agente que las realiza. Por ejemplo, prohibir la venta de drogas a efectos de reducir su circulación, en virtud de que es perjudicial para los consumidores.

### 1. *Neutralidad y paternalismo*

Muchos liberales, entre ellos Mill, han sostenido que el paternalismo es inconsistente con la autonomía de los individuos y que, por lo tanto, un Estado liberal debe abstenerse de prohibir acciones a efectos de evitar conductas autolesivas. Para Nino, como hemos visto, el *test* crucial para determinar si una razón para prohibir una conducta es consistente o no con el valor de la autonomía personal, es si es o no neutral con respecto a los planes de vida de los individuos y a los principios morales autorreferentes en los que se fundan. La cuestión de si el paternalismo satisface la exigencia de neutralidad depende, a su vez, del modo en que se entiendan los intereses o el bienestar del agente. Una posibilidad es sostener que los intereses o el bienestar de los individuos depende de lo que es objetivamente bueno para ellos, independientemente de sus preferencias y de los planes de vida y principios morales autorreferentes que efectivamente adopten. En este caso, el paternalismo no sería neutral porque los intereses de los individuos en cuyo nombre se interferiría con sus acciones dependerían de una concepción de lo bueno según la cual ciertos planes de vida son mejores que otros, en particular, que aquellos que excluyen la acción que se prohíbe son mejores que aquellos que la incluyen. Pero, según la concepción de lo bueno que defiende Nino, el bienestar de los individuos depende de su capacidad de elegir y materializar los planes de vida que libremente adopten, independientemente de la



validez de los principios en que se funden. Si los intereses de los individuos se articulan en estos términos, el paternalismo no implica ninguna preferencia por determinados planes de vida o por determinados principios morales autorreferentes, sino que constituye una interferencia con ciertas acciones a efecto de que los individuos actúen conforme a los planes de vida que libremente aceptaron, cualesquiera sean. El paternalismo, así entendido, es perfectamente neutral pues “está dirigido a proteger los intereses reales de los individuos (o sea los intereses que sus titulares genuinamente reconocen como tales) contra actos de ellos mismos que podrían afectarlos”.<sup>15</sup> Por lo tanto, para Nino, el paternalismo es legítimo desde el punto de vista liberal. En efecto, el valor de la autonomía personal no sólo no es inconsistente con el paternalismo, sino que provee razones para ser paternalista. Como vimos, dado el valor de la autonomía personal, el hecho de que una acción sea valiosa según el plan de vida libremente aceptado por un individuo es una razón para terceros para hacer que sea el caso que la realice, independientemente de la validez de las razones en virtud de las cuales aquél aceptó dicho plan.

Esto no quiere decir, por supuesto, que toda interferencia paternalista esté justificada. En primer lugar, hay serios obstáculos que impactan la efectividad de las medidas paternalistas. En este sentido, la justificación del paternalismo como lo entiende Nino presupone que es posible que los individuos actúen de un modo contrario a sus propios intereses y valoraciones, tal y como ellos los conciben. Ello puede deberse, fundamentalmente, a tres circunstancias:<sup>16</sup> *a*) ignorancia o falta de conocimiento adecuado del agente sobre las implicancias de sus acciones, *b*) incapacidad física y/o psicológica de actuar de otro modo, y *c*) debilidad de la voluntad. Podemos ilustrar estas tres circunstancias en relación al consumo de drogas. Supongamos que el consumo de una droga *x* afecta la salud y disminuye seriamente la expectativa de vida. Consideremos, ahora, un individuo que valora más su salud y los años de vida que habrá de perder si adquiere el hábito de consumir *x* que el placer y otros beneficios que obtiene de consumir *x*. No obstante, el individuo consume *x*. Ello puede deberse a que: *a*) ignora los efectos de *x*, *b*) conoce los efectos de *x*, pero es adicto a su consumo, de modo que está incapacitado física/psicológicamente para abstenerse de *x*, o bien, *c*) conoce los efectos de *x* y no está incapacitado para abstenerse de consumir la droga, pero, igualmente, no actúa como intelectualmente percibe que debe actuar.

<sup>15</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos...*, cit., pp. 430 y 431.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 431 y 432.

Los dos primeros supuestos no justifican prohibir el consumo de la droga *x* sino, simplemente, difundir la información relevante (para los casos de ignorancia) y recurrir a los procedimientos curativos apropiados (para los casos de incapacidad). La coacción a través de sanciones penales es innecesaria en el primer caso e ineficaz en el segundo (el agente *no puede* comportarse de otro modo). Por lo tanto, el paternalismo sólo estaría justificado en casos de debilidad de la voluntad. Pero hay aquí tres problemas.

El primero, al que el propio Nino se refiere es la dificultad para distinguir entre los supuestos de debilidad de voluntad, en los que la prohibición paternalista está justificada, y los supuestos de valoración distinta de los bienes en juego, ignorancia o incapacidad, en los que la prohibición paternalista no está justificada. Nino exagera, empero, las consecuencias de este problema. Su tesis es que, dada la imposibilidad de distinguir, el paternalismo es injustificado a menos que sea “razonable suponer que la conducta autolesiva tiene a ese factor [debilidad de la voluntad] como origen en la mayoría de las situaciones”.<sup>17</sup> Pero la cuestión a examinar, en los términos del propio Nino, debiera ser si el incremento de la autonomía de aquellos cuyos intereses se protege (esto es, de aquellos que, por ignorancia o debilidad de la voluntad consumirían drogas de no ser por la prohibición) justifica la disminución de la autonomía de los demás (esto es, de aquellos que se abstendrán de consumir drogas por temor a la sanción a pesar de que, de acuerdo a sus propias valoraciones, sería en su interés hacerlo, y de todos los que serán castigados). Sin embargo, no es cierto que para que éste sea el caso sea necesario que en la mayoría de los supuestos la acción autolesiva se deba a la debilidad de la voluntad de los agentes, como sugiere Nino. La cuestión depende, además, entre otras cosas, de la importancia relativa de los bienes en cuestión en los respectivos planes de vida, por ejemplo, de la importancia de la salud para quienes, por debilidad de la voluntad, consumirán drogas si no se les prohíbe hacerlo *vis à vis*, la importancia del placer de consumir drogas para quienes juzgan que es en su interés hacerlo. La intuición de Nino parece ser que, en caso de no poder distinguir, debe privilegiarse el permitirse a los segundos hacer lo que consideran que sea en su interés para sobreproteger a los primeros de sus propias acciones. Pero no avanza ningún argumento en favor de dicha preferencia. Hay, no obstante, problemas adicionales que afectan a las medidas paternalistas.

El segundo problema es el siguiente. Si el hecho de que la acción perjudica sus intereses, tal como él mismo los concibe, no motiva al agente a omitir la acción autolesiva, ¿por qué habría de motivarse si al perjuicio “na-

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 433.

tural” de la acción se le adiciona el perjuicio ‘artificial’ de la sanción? Para que el paternalismo sea efectivo la voluntad del individuo debe ser lo suficientemente “débil” como para que el carácter autolesivo de la acción no lo motive a actuar debidamente, pero lo suficientemente “fuerte” como para que la amenaza de sanción sí lo motive. Esto no es imposible. La psicología de los seres humanos es compleja. Pero, sin duda, reduce significativamente los casos en que el paternalismo es eficaz.

El tercer problema está relacionado al segundo. Hay quienes creen (injustificadamente a mi juicio) que es especialmente injusto castigar a quienes han incurrido en conductas autolesivas. Se estaría, en efecto, revictimizando al agente. Primero, es víctima de sus propias acciones que, como vimos, son contrarias a sus propios intereses. Segundo, a ello se le añade un castigo, que vuelve a victimizarlo. La intuición aquí es que es desproporcionado añadir al “castigo natural” (el daño que el individuo se causa a sí mismo) un castigo “artificial” (la sanción penal).

Nótese, empero, que todos estos problemas desaparecen o se reducen significativamente en el caso del paternalismo indirecto. El paternalismo indirecto consiste, como dije, en la prohibición de una acción de un tercero a efecto de evitar acciones que son perjudiciales para el agente que las realiza. Hay, en este sentido, toda una serie de acciones de terceros que facilitan o de algún otro modo promueven que los individuos incurran en conductas autolesivas de manera que estas últimas pueden disminuirse castigando las primeras (considérese, por ejemplo, la venta de drogas). No hay aquí dudas especiales respecto a la efectividad disuasoria de las sanciones ni ningún problema de revictimización. Por otro lado, la presión para distinguir entre casos de debilidad de voluntad y casos de diferente valoración, se reduce significativamente. Idealmente, es cierto, sólo deberíamos castigar (para seguir con el ejemplo) a quienes venden drogas a personas que la consumirán por debilidad de la voluntad, ignorancia de sus efectos o compulsión física/psicológica, y no a quienes la venden a personas que valoran más los beneficios de consumir drogas que los daños. Pero castigar a ambos no tiene efectos demasiado nocivos. Por un lado, quienes valoran el consumo de drogas tienen permitido acceder a ella y la prohibición de la venta simplemente les incrementará el costo. Esto no debería ser un obstáculo para quienes el consumo de drogas tiene un rol relevante en su plan de vida. Por otro lado, aunque es cierto que debe justificarse asimismo la pérdida de autonomía de los terceros cuyas acciones se prohíben, es probable que éstas tengan un rol mucho menos central en sus planes de vida. En este orden de ideas, Nino concluye que “la circunstancia de que haya individuos que incurrir en el

consumo de drogas por inmadurez, compulsión, desconocimiento o debilidad de voluntad justifica que se haga difícil el acceso a las drogas, castigando severamente el tráfico y el suministro”.<sup>18</sup> Nótese que, como adelanté, Nino justifica aquí el uso de la coacción, aunque las acciones que se busca evitar no causan daños a terceros. En efecto, entre la acción de vender drogas y la lesión a la salud del consumidor, media una acción voluntaria (*i. e.*, el consumo de la droga por parte del comprador) de modo que el resultado debe atribuirse causalmente a ésta y no a aquélla. Su prohibición está, no obstante, justificada porque, aunque no *causen* daños a terceros, castigarlas reduce la cantidad de acciones autolesivas.

En resumen, quienes, como Nino, articulan los límites que la autonomía personal impone al accionar estatal en términos de neutralidad, no tienen objeciones de principio al paternalismo siempre y cuando se intente proteger a los intereses de los individuos tal y como éstos los conciben. Y, aunque existen razones para dudar de la eficacia o justicia del paternalismo directo, los mismos problemas no se aplican al paternalismo indirecto. Por lo tanto, en general, este tipo de liberalismo justifica el paternalismo indirecto.

Esta defensa del paternalismo indirecto tiene importantes consecuencias para una serie de discusiones contemporáneas. Me interesa aquí mencionar dos casos. Uno es, como vimos, el caso de la venta y distribución de drogas, sobre el que, según creo, ya he dicho suficiente. La idea es que, dado el daño que las drogas causan a quienes las consumen (considerando sus intereses tal y como ellos mismos los conciben), está justificado prohibir y castigar la venta y distribución de drogas a efecto de reducir su consumo (aunque, por los problemas mencionados, no esté igualmente justificado castigar a los consumidores).

Un segundo caso, muy discutido contemporáneamente, es el de la prostitución.<sup>19</sup> Un liberal, por supuesto, está en contra de penar a las prostitutas/prostitutos o a quienes contratan sus servicios por el sólo de hecho de que el sexo por dinero es inmoral en el sentido de estar prohibido por un principio moral autorreferente. Sin embargo, algunos liberales sostienen que el Estado debe castigar a quienes pagan por sexo por razones paternalistas, en particular, a efecto de proteger a las prostitutas del daño que les

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 435.

<sup>19</sup> Aquí me restrinjo a considerar los casos de prostitución voluntaria. Hay, por supuesto, muchos casos de mujeres y hombres que son forzados a ejercer la prostitución. Muchos autores sostienen, más radicalmente, que no existe tal cosa como prostitución voluntaria. No puedo aquí considerar dicha tesis que, a mi juicio, es falsa. Aunque sea verdadera, empero, no afecta la validez de las consideraciones que realizo en el texto (aunque, ciertamente, no serían igualmente relevantes).

causa el ejercicio de la prostitución.<sup>20</sup> Las premisas básicas del argumento son dos. Primero, que la prostitución es perjudicial para quienes la ejercen. Se sostiene, en este sentido, que la prostitución es lesiva para quienes la ejercen porque causa “sentimientos de que se carece de valor, vergüenza y auto-odio, afecta la capacidad de tener relaciones íntimas saludables y limita las oportunidades sociales y de empleo”.<sup>21</sup> Segundo, que la criminalización de la prostitución es eficiente para disminuir estos daños reduciendo la cantidad de personas que se dedica al ejercicio de la prostitución y la cantidad de horas que dedican a su ejercicio quienes la ejercen. Normalmente se considera que el paternalismo directo, esto es, el castigo del ejercicio de la prostitución, no está justificado en virtud de estas consideraciones. El argumento usual aquí es el de evitar la revictimización y, en términos más generales, que los costos que la criminalización del ejercicio de la prostitución tiene para aquellos que la ejercen a pesar de la prohibición (estigma social, impedimento para denunciar abusos de los clientes por temor a ser castigado, exposición a violencia institucional, etcétera) no justifican los daños que se evitan por medio de la prohibición. Sin embargo, se considera que sí está justificado castigar a los clientes. El castigo de los clientes, al reducir la demanda de prostitución, disminuirá significativamente la cantidad de personas que se dedican a la prostitución y la cantidad de horas que trabajan quienes la ejercen a pesar de la prohibición, disminuyendo de este modo los daños asociados a dicho ejercicio.

## 2. *El paternalismo reconsiderado*

He sostenido que el paternalismo es compatible con la autonomía personal, si se entiende que los límites que ésta impone al accionar estatal se reducen al requisito de neutralidad. Pero, como argumenté, hay razones para rechazar dicha articulación del valor de la autonomía (secciones 4 y 5). Ahora explicaré por qué el liberalismo kantiano, cuyos elementos básicos esbocé en la sección 6, lleva a rechazar el paternalismo, sea directo o indirecto.

El argumento es relativamente simple. El principio liberal que articulé establece que la coerción sólo está justificada a efecto de evitar acciones tales que el agente tiene razones de segunda persona para no realizar, esto es, acciones tales que alguien, normalmente la persona perjudicada, tiene au-

---

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, De Marneffe, Peter, *Liberalism and Prostitution*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 22.

toridad para demandarle que se abstenga de realizar. Para determinar si el paternalismo está justificado debemos, entonces, examinar si alguien tiene autoridad para demandar que otras personas se abstengan de dañarse a sí mismas (paternalismo directo) o de realizar acciones tales que faciliten o promueven que otras personas se dañen a sí mismas (paternalismo indirecto).

Primero, debe rechazarse que la persona perjudicada por sus propias acciones tenga autoridad para demandarse a sí misma abstenerse de realizar las acciones en cuestión. La idea de demanda requiere que haya dos personas, a saber, aquella que efectivamente tomará la decisión de realizar la acción y aquella que sería apropiado que tome la decisión y que, en virtud de ello, exige o demanda su realización.<sup>22</sup> La idea de demandarse a uno mismo no tiene, pues, sentido (aunque, por supuesto, uno puede reprocharse a sí mismo).

Segundo, debe rechazarse que los terceros tengan autoridad para demandar al agente que no se dañe a sí mismo invocando principios morales autorreferentes, sea que estos provean razones relativas al agente o agencialmente neutrales. En este sentido, aunque yo tenga razones para evitar que tú te dañes a ti mismo, no tengo autoridad para demandarte que lo hagas pues, dado que son tus intereses los que están en juego, no sería apropiado que yo decida por ti que no te dañes a ti mismo. Estas dos consideraciones son suficientes para rechazar el paternalismo directo.

Tercero, debe rechazarse que el agente que se daña a sí mismo tenga autoridad para demandar a otros que se abstengan de realizar acciones que facilitan o promuevan que se dañe a sí mismo. Los terceros tienen, por supuesto, razones intersubjetivas para no realizar dichas acciones, a saber, que si las realizan habrá terceros que resultarán perjudicados. Podemos suponer, incluso, que existe una regla moral que las prohíbe (por ejemplo, que existen razones para que todos nos abstengamos de vender drogas a otros o para que todos nos abstengamos de pagar por sexo, etcétera). Esto no es suficiente, empero, para sostener que quien se daña a sí mismo tiene autoridad para demandar que no las realicen. Aquí juega un rol fundamental el consentimiento. Al consentir dichas acciones (al comprar voluntariamente la droga, al vender voluntariamente sexo) la persona que luego resultará perjudicada es, en algún sentido, autora de dichas acciones y, por lo tanto, no tiene autoridad

---

<sup>22</sup> El único modo de justificar el paternalismo apelando a la idea de que el agente puede demandarse a sí mismo sería apelando a una teoría de la identidad personal según la cual mi yo actual y mis yo futuros son personas independientes de modo que los segundos pueden demandar a los primeros que se abstengan de realizar conductas autolesivas que los perjudicarán. Pero esta justificación sería, creo, implausible.

para demandar a la otra parte de la transacción que se abstenga de actuar como él está consintiendo que actúe. El argumento aquí es generalizable de modo que nadie puede demandar a otro que se abstenga de realizar una acción que ella consintió que el segundo realice. Esta restricción a nuestra autoridad de segunda persona se expresa usualmente apelando a la máxima latina *volenti non fit injuria*. La idea es que, así como quienes atacan ilegítimamente a otros pierden la autoridad para demandar que el otro no los dañe proporcionalmente a efecto de defenderse, quienes consienten una acción de otro pierden la autoridad para demandarle que no la realice. Nótese que esto explica el rol fundamental que el liberalismo asigna al consentimiento. La consecuencia es que el Estado no puede prohibir ninguna acción a efectos de evitar una actividad consensual entre adultos, por más inmoral o dañosa para los agentes que sea.

¿Qué hay de las acciones que facilitan o promueven acciones autolesivas pero que no son consentidas? Considérese, por ejemplo, el consumo de drogas en público. Ello quizás tienta a otros a consumir ellos mismos, pero no es una acción que hayan consentido. Debe aclararse que esta acción no podría ser castigada a efecto de disuadir el consumo de drogas porque, como dije, nadie puede demandar a otros que no consuman drogas por el hecho de que ello es perjudicial para ellos mismos. Pero quizás podría serlo por otras razones. Los individuos pueden demandar contar con espacios públicos en los que no deban estar expuestos a la tentación de consumir drogas. Pero debe notarse aquí que la justificación no es paternalista, esto es, lo que se busca no es reducir el consumo de drogas *per se* (lo que sería ilegítimo pues nadie puede demandar a otro que se abstenga de actuar de cierta manera por el hecho de que es perjudicial para sí mismo) sino, meramente, asegurar espacios públicos libres de drogas, suponiendo que los individuos tienen autoridad para demandar tal cosa. Esto, a lo sumo, justificará regulaciones administrativas, como zonificaciones, etcétera.

Examinemos, brevemente, las consecuencias de esta tesis para las dos discusiones que mencioné. No está justificado castigar el consumo de drogas ni el ejercicio de la prostitución por el hecho de que ello es perjudicial para quienes realizan dichas acciones. La razón es que nadie puede apropiadamente demandarles que se abstengan de no consumir drogas o de prostituirse por el hecho de que ello es autolesivo. Esto es una razón apropiada para recomendarles o aconsejarles que no lo hagan e incluso para procurar, por otros medios no coactivos, que no lo hagan, pero no para *demandar o exigirles* que no lo hagan. Tampoco está justificado castigar a quienes venden drogas o a quienes compran sexo por el hecho de que este modo permite



que quienes consumen droga o quienes venden sexo se lesionen a sí mismos. La razón es que los perjudicados, esto es, quienes compran la droga o quienes venden sexo, no tienen autoridad para demandarles que no lo hagan porque, en efecto, consienten dichas acciones. Por lo tanto, dado que en ninguno de estos casos está justificado demandar a los individuos que se abstengan de realizar dichas acciones, no está justificado coaccionarlos a que no las realicen.<sup>23</sup>

## VIII. CONCLUSIÓN

El liberalismo de Nino combina elementos de las tradiciones milleana y kantiana. El valor de la autonomía está fundado en una determinada concepción de lo bueno. Pero, a su vez, dicho valor exige que el Estado sea estrictamente neutral entre los diferentes planes de vida y principios morales autorreferentes. La combinación es, empero, inestable. Por un lado, la exigencia de neutralidad es, por sí, insuficiente para proteger adecuadamente la autonomía de los individuos. En efecto, todas nuestras acciones afectan, en mayor o menor medida, los intereses de los demás de modo que todas las acciones autorreferentemente disvaliosas son, al mismo tiempo, y por las mismas razones, intersubjetivamente disvaliosas. Por otro lado, la exigencia de neutralidad no puede ser justificada adecuadamente apelando al valor de la autonomía como componente esencial de una concepción de lo bueno. Las acciones disvaliosas lo son aún más, y no menos, por ser autónomas, y existen acciones que son autorreferentemente valiosas, aunque no sean autónomas.

Estas deficiencias abren dos alternativas. La primera es abandonar definitivamente la exigencia de neutralidad y defender un liberalismo perfeccionista. La segunda es defender un liberalismo más decididamente kantiano que justifique el requisito de neutralidad en consideraciones que son independientes de una determinada concepción de lo bueno y que lo complemente adecuadamente de modo que no sea suficiente que una acción sea intersubjetiva o impersonalmente disvaliosa para que esté justificado interferir con ella. Aquí intenté esbozar los elementos de una propuesta que sigue esta segunda estrategia.

La tesis central de esta propuesta tentativa es que el Estado sólo está justificado en recurrir a la coacción a fines de evitar una acción tal que la

---

<sup>23</sup> Aquí me he limitado a considerar razones paternalistas para justificar el castigo de las acciones en cuestión. Es posible que existas otras razones para castigarlas que sean compatibles con el tipo de liberalismo explorado aquí.



persona a la que perjudica tenga autoridad para demandar al agente que no la realice, esto es, tal que el agente tenga una razón de segunda persona para no realizar. Sugerí, además, que una demanda de este tipo sólo está justificada si existe una regla moral que proscribe la acción en cuestión, en la medida que la víctima tenga la autoridad para invocarla. En este sentido, dado que las reglas morales son independientes de una determinada concepción de lo bueno, entonces, efectivamente, la justificación de la coacción debe ser neutral respecto a las diferentes concepciones de lo bueno y planes de vida personales. Pero la neutralidad no es suficiente. Las consideraciones neutrales a las que se apelan deben constituir reglas morales, esto es, razones colectivas para que todos actuemos de cierto modo en nuestras relaciones con los demás.

La elección entre los diversos modelos de liberalismo tiene importantes consecuencias para una serie de debates, entre ellos, la justificación del paternalismo. El paternalismo satisface el requisito de neutralidad y, por lo tanto, Nino sostiene que es inobjetable desde el punto de vista liberal. Y aunque el paternalismo directo presenta serios problemas de eficacia y de justicia, el paternalismo indirecto está exento de tales problemas. El liberalismo que exploré en este trabajo, en cambio, condena al paternalismo, sea directo o indirecto, por razones de principio. Nadie tiene autoridad para demandar que otros se abstengan de realizar acciones autolesivas por el sólo hecho de que lo son y aquellos que realizan acciones autolesivas no tienen autoridad para demandar que otros se abstengan de realizar acciones que facilitan o promueven sus conductas lesivas en la medida que consientan dichas acciones. Así, aunque los individuos tienen razones autorreferentes para abstenerse de realizar acciones autolesivas y los terceros tienen razones intersubjetivas para abstenerse de realizar las acciones que las facilitan o promueven, ni el primero ni los segundos tienen razones de segunda persona para abstenerse de dichas acciones. Por lo tanto, el recurso a la coacción estatal no está justificado en estos casos.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- DARWALL, Stephen, *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect and Accountability*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- DE MARNEFFE, Peter, *Liberalism and Prostitution*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- MILL, John Stuart, "On Liberty", *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2015 [1859].

NINO, Carlos Santiago, “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990.

NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

SKORUPSKI, John, *The Domain of Reasons*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

SEGUNDA PARTE  
AUTONOMÍA Y JUSTICIA REPRODUCTIVA

## LAICIDAD Y PRINCIPIO DE AUTONOMÍA. UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Pauline CAPDEVIELLE  
Fernando ARLETTAZ

*SUMARIO: I. Laicidad y autonomía reproductiva en Latinoamérica. II. El principio de laicidad y autonomía. Un acercamiento conceptual. III. Limitaciones y desafíos del Estado laico en materia sexual y reproductiva. IV. La crítica feminista y la reconstrucción del principio de autonomía. V. Bibliografía.*

El objetivo de este trabajo es pensar el tema de la autonomía reproductiva de las mujeres desde el mirador del Estado laico. La cuestión de la laicidad, en efecto, tiene una incidencia importante en materia de derechos sexuales y reproductivos, en particular porque fortalece la autonomía de la persona humana frente a la imposición dogmática de la religión y porque busca asegurar un cuadro legal neutro en donde caben diferentes concepciones de lo bueno. Sin embargo, esta relación no está exenta de algunas ambigüedades y tensiones, especialmente ante el cambio estratégico y discursivo de las instituciones religiosas en materia de sexualidad y reproducción, así como respecto a la problemática público-privado y el derecho a la privacidad. Este texto se presenta como un diálogo crítico y constructivo entre, por un lado, el principio de laicidad y los derechos sexuales y reproductivos y, por otro lado, una visión conceptual y una visión empírica de esta problemática.

### I. LAICIDAD Y AUTONOMÍA REPRODUCTIVA EN LATINOAMÉRICA

Para iniciar la reflexión en torno a este tema, conviene plantear las principales coordenadas de la situación de los derechos sexuales y reproductivos y de la laicidad en Latinoamérica. Lo anterior es importante para entender cómo se articula la cuestión de la autonomía reproductiva desde el enfoque de la relación entre el Estado y las instituciones religiosas, y para identificar

qué está en juego en dicha relación. En primer lugar, es importante señalar que, hoy en día, los reclamos en materia de autonomía reproductiva y sexual se plantean en términos de derechos humanos, en particular, bajo el rubro de derechos sexuales y reproductivos. Si bien dichos derechos se encuentran aún en proceso de consolidación a nivel internacional —especialmente respecto a su contenido y alcance— existe un consenso cada vez más importante en considerarlos como autónomos y con un significado propio.<sup>1</sup> Ellos pueden definirse como el derecho a tener control sobre la propia sexualidad, a decidir sobre ella libre y responsablemente sin ser sujeto a la coerción, la discriminación y la violencia, a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de los hijos y a disponer de la información, la educación y los medios para ello, así como a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.<sup>2</sup>

En este punto conviene hacer una aclaración: la titularidad de estos derechos corresponde tanto a las mujeres como a los varones; sin embargo, es fundamental adoptar al respecto una perspectiva de género, ya que las mujeres se han encontrado históricamente en una situación de desventaja estructural, derivada de la asignación de roles y estereotipos relacionados con la maternidad y el cuidado en la esfera doméstica. Es decir, lo que está en juego en la consolidación y acceso efectivo a los derechos sexuales y reproductivos no es solamente el derecho de las mujeres a controlar su sexualidad y su cuerpo, sino, sobre todo, la posibilidad de desarrollarse como una persona verdaderamente autónoma y participar plenamente en la vida política, social, económica y cultura en condición de igualdad con los varones.

Ahora bien, desde hace algunos años, la laicidad se ha posicionado como una temática central en el discurso de los grupos de la sociedad civil, actores políticos y académicos que pugnan para una protección amplia y robusta de dichos derechos. Muy representativa de esta postura es la Carta de Guanabara de 2001, firmada por 98 mujeres representantes de grupos de 27 países, la cual enfatiza que “para que se consolide una vida social democrática es preciso que las mujeres de todas clases, razas y etnias, de todas las edades, de todas las culturas, con distintas religiones y diversas orienta-

---

<sup>1</sup> Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *La república laica y sus libertades*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 133.

<sup>2</sup> Los derechos sexuales y reproductivos empezaron a tener realidad jurídica a nivel internacional durante la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995. Véase respectivamente el Programa de Acción de El Cairo, disponible en: [http://www.unfpa.org.mx/publicaciones/PoA\\_sp.pdf](http://www.unfpa.org.mx/publicaciones/PoA_sp.pdf), y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, disponible en: [http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa\\_s\\_final\\_web.pdf](http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf).

ciones sexuales, puedan controlar sus cuerpos y tomar decisiones que deben ser respaldadas por un Estado laico”.<sup>3</sup>

La laicidad, asimismo, se presenta en los hechos como una garantía para los derechos de las mujeres. Esto es así, sencillamente, porque en Latinoamérica (y en muchas otras partes del mundo) las fuerzas religiosas conservadoras han sido identificadas como un fuerte obstáculo a una protección robusta de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres.<sup>4</sup> No se trata de una cuestión trivial, pues nuestra región es considerada como una de las más restrictivas en la materia ya que sigue prevaleciendo, en la mayoría de las legislaciones nacionales, un enfoque punitivo de derecho penal por encima de una perspectiva de derechos humanos.<sup>5</sup> Así las cosas, y si bien la cuestión de los derechos sexuales y reproductivos ha logrado paulatinamente posicionarse como un tema central de la agenda democrática —en particular debido al activismo de los grupos feministas y de diversidad sexual— lo cierto es que existe una enorme resistencia de muchas instituciones religiosas, en particular de algunos sectores de la Iglesia católica aliados, cada vez más, con nuevas denominaciones cristianas y grupos políticos de derecha de corte conservador.

En América Latina, el conservadurismo religioso dirige sus esfuerzos en torno a algunos temas que podemos calificar de movilizadores o aglutinantes, y que se refieren principalmente a la cuestión de la vida y de la muerte humana, la familia, la sexualidad y la reproducción, así como la educación en valores cristianos. Las principales posturas álgidas en la materia son el rechazo a la interrupción del embarazo bajo ninguna otra circunstancia que no sea salvar la vida de la madre, la prohibición de la contracepción de emergencia al presentarla como abortiva, el rechazo a la eutanasia, el re-

---

<sup>3</sup> Citada por Lamas, Marta, “Género, desarrollo y feminismo en Latinoamérica”, *Pensamiento iberoamericano*, España, 2007, p. 145, disponible en: [http://www.equidad.org.mx/images/stories/documentos/genero\\_y\\_feminismos.pdf](http://www.equidad.org.mx/images/stories/documentos/genero_y_feminismos.pdf).

<sup>4</sup> Véase Lemaitre Ripoll, Julieta, *Laicidad y resistencia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad”, o también, Vaggione, Juan Marco, “Sexualidad, religión y política en América Latina”, *Diálogos regionales*, Río de Janeiro, agosto de 2009, disponible en: [https://laicismo.org/data/docs/archivo\\_923.pdf](https://laicismo.org/data/docs/archivo_923.pdf).

<sup>5</sup> De acuerdo con el Guttmacher Institute, para el 2015, se estimaba que más del 97% de las mujeres en edad reproductiva en América Latina y el Caribe vivían en países en donde el aborto está altamente restringido por ley. Chile, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Surinam son los países de la región en donde está totalmente prohibido el aborto, sin ninguna mención explícita para salvar la vida de la mujer. Véase, Guttmacher Institute, “Hoja informativa. Aborto en América Latina y el Caribe”, disponible en: <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/factsheet/fs-aww-lac-es.pdf>.

pudió a la información sobre sexualidad en las escuelas, el rechazo del matrimonio igualitario, etcétera. En muchos casos, los sectores que defienden estas posturas se encuentran respaldados —de forma más o menos abierta— por el poder político. Lo anterior se explica en gran medida por la configuración histórica del poder en la región, donde la religión ha jugado un papel de legitimación de lo político y se ha encargado de la vigencia de la moral pública, especialmente en materia de costumbres sexuales.<sup>6</sup> Si bien existe hoy en día una tendencia consolidada hacia la secularización de los Estados,<sup>7</sup> en los hechos siguen siendo frecuentes las alianzas fácticas entre los representantes de la autoridad pública y los dirigentes de las instituciones religiosas, especialmente, para detener legislaciones progresistas en materia sexual y reproductiva<sup>8</sup> y desbaratar políticas públicas en la materia.<sup>9</sup> Si es evidente que este tipo de coalición favorece la agenda de las Iglesias, lo cierto es que resulta también atractivo para el poder político, el cual tiene la tentación de colmar su déficit de legitimidad democrática apoyándose en elementos sagrados y religiosos<sup>10</sup> y a negociar los votos de la feligresía en cambio del *statu quo* en torno a estos temas.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Sobre el tema de la construcción histórica de la relación Estado-Iglesia en América Latina, véase Bohoslavsky, Ernesto, *Laicidad y América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad”. La transposición del modelo devocional de la Iglesia colonial a las culturas políticas latinoamericanas ha sido estudiada en Bastian, Jean-Pierre, “Pluralisation religieuse, pouvoir politique et société en Amérique Latine”, *Pouvoirs: revue française d'études constitutionnelles et politiques*, núm. 98, 2001, pp. 135-146.

<sup>7</sup> Valadés, Diego, “Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, España, año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2009, p. 28.

<sup>8</sup> Un ejemplo ilustrativo de ello es, en México, la plasmación, en las Constituciones de dieciocho entidades federativas, de la protección de la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. Lo anterior fue resultado de una acción coordinada de la jerarquía católica orientada a presionar los congresos locales a que blindaran el texto constitucional a posibles avances en materia de aborto y eutanasia.

<sup>9</sup> Es paradigmática al respecto la problemática de las objeciones de conciencia como estrategia de obstaculización de los derechos sexuales y reproductivos. Véase Alegre, Marcelo, “El problema de la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, Paper, Universidad de Palermo, Argentina, disponible en: [http://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/objecion-paper.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/objecion-paper.pdf). Véase también Alegre, Marcelo, “Opresión a conciencia: la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *Sela Papers*, 66, 2009.

<sup>10</sup> Blancarte, Roberto, *Laicidad en México*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad”, p. 18.

<sup>11</sup> En México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha examinado diferentes casos en los cuales se buscaban cancelar elecciones locales debido a la intromisión de instituciones religiosas en el proceso electoral y violación al principio constitucional de

En este contexto, la reflexión en torno al carácter laico del Estado aparece fundamental para detener la pretensión de las instituciones religiosas conservadoras de imponer su propio modelo en materia de sexualidad y reproducción a todos los miembros de la sociedad. Desde la perspectiva normativa, los puntos claves de esta relación son, por un lado, el principio de autonomía entre las esfera pública y religiosa y, por otro lado, el principio de autonomía personal, que permite a las personas escoger libremente sus planes de vida y los medios para alcanzarlo, sin imposiciones externas, en particular, de las organizaciones religiosas. Como veremos a continuación, la autonomía personal está íntimamente vinculada a la autonomía de la esfera pública y religiosa.

## II. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD Y AUTONOMÍA. UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL

La laicidad es un concepto que sirve para designar cierta distinción entre el Estado y las instituciones religiosas o, más genéricamente, entre el ámbito político y el ámbito religioso. Se trata de una noción compleja, que puede leerse desde diferentes enfoques, ya sea como principio epistemológico, filosófico, político, jurídico o ideológico. Por otro lado, la laicidad, al ser el resultado de complejos procesos históricos de relaciones Estado-Iglesia(s), asume diversas características y nombres de acuerdo con los diversos contextos nacionales y constitucionales en los cuales se encuentra inmersa: se hablará de *aconfesionalidad* del Estado en algunas partes del mundo hispanohablante, de *laïcité* en Francia, de *laicità* en Italia, de *laicidad* en México y otros países hispanohablantes y de *non-establishment* en el mundo anglosajón.

Sin embargo, más allá de la diversidad de vocabulario y de los distintos matices propios a cada modelo, existe cierto consenso sobre un contenido mínimo del concepto de laicidad, común a sus distintas variantes locales. Este contenido mínimo se corresponde con la armonización de tres principios: respeto a la libertad de religión y a su práctica individual y colectiva, autonomía de lo político y de la sociedad civil frente a las normas religiosas,

---

laicidad y de separación entre el Estado y las Iglesias. En particular, se denunciaban las alianzas entre Iglesias y candidatos, en particular, respecto a las temáticas de protección de la vida desde el momento de la concepción, educación en valores cristianos y repudio al matrimonio igualitario. Véase *Caso Aguascalientes*, juicio de revisión constitucional electoral, SUP-JRC-327/2016 y SUP-JRC-328/2016; *Caso Veracruz*, juicio de revisión constitucional electoral y juicios para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano, SUP-JRC-342/2016 y acumulados.



y no discriminación directa o indirecta hacia seres humanos por razón de sus convicciones religiosas.<sup>12</sup> Es imprescindible señalar, desde el punto de vista conceptual, que no se trata de elementos independientes entre sí. La autonomía entre esfera política y religiosa es precisamente lo que permite la libertad de religión y la igualdad de todos los individuos en el marco de la sociedad, garantizando de este modo la autonomía personal.<sup>13</sup> He aquí el vínculo fundamental entre Estado laico y principio de autonomía.

Para ahondar en este tema, es preciso detenernos un momento en el concepto de autonomía de la persona, el cual tampoco está exento de algunas ambigüedades, ya que puede presentar un significado y un alcance distinto en función de su utilización por diferentes tradiciones de pensamiento filosófico y político. De manera muy básica, se puede decir que la autonomía hace referencia a la situación de quien no depende de algo externo para ciertas cosas.<sup>14</sup> A eso se refiere la conocida distinción kantiana entre heteronomía y autonomía. Mientras la primera se describe como la voluntad que no está determinada por la razón del sujeto sino por algo externo, la segunda hace referencia a la capacidad de autodeterminación, a la posibilidad de darse reglas a sí mismo.<sup>15</sup>

Dentro de la tradición republicana, la autonomía del ser humano es pensada como la condición intrínseca de la libertad humana dentro de la vida social, es decir, como conciliación entre la libertad natural y la libertad civil. Se refiere a la posibilidad para los ciudadanos de participar en el ejercicio del poder político, especialmente, mediante la elaboración de la ley entendida como expresión de la voluntad general. Dentro de la tradición republicana, especialmente en su variante roussoniana,<sup>16</sup> el ciudadano es autónomo al ser a la vez el autor y el destinatario de la norma jurídica. Se puede establecer desde este enfoque una conexión sugestiva entre laicidad y autonomía (entendidas ambas al *modo republicano*), cuando se define la

---

<sup>12</sup> Véase una definición semejante en la Declaración Universal de la Laicidad en el Siglo XXI (en particular su artículo 4o.), disponible en: <http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2015/06/Declaración-Laicidad.pdf>. Esta Declaración fue elaborada por académicos provenientes de diferentes disciplinas y tradiciones jurídicas.

<sup>13</sup> La libertad de conciencia encuentra su sustento en la autonomía moral de las personas, siendo la primera su aterrizaje jurídico. Véase Capdevielle, Pauline, *La conciencia ante el Estado laico*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. También, Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *La República...*, *cit.*, p. 62.

<sup>14</sup> Diccionario de la lengua española, versión en línea.

<sup>15</sup> Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Puerto Rico, edición de Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, p. 47.

<sup>16</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Enrique Azcoaga, Madrid, Sarpe, 1983, libro II, cap. VI, “De la ley”, pp. 68 y ss.

primera, como lo hace por ejemplo Roberto Blancarte, como “un régimen social de convivencia, cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular y (ya) no por elementos religiosos”.<sup>17</sup>

Lo anterior es fundamental, pues significa que la legitimidad del poder político ya no ha de encontrarse en elementos sagrados o trascendentales, sino que emana de la comunidad humana. Eliminada la referencia a Dios, la comunidad de ciudadanos encuentra sus propias normas de manera autorreferente, es decir, de forma autónoma, sin recurrir a justificaciones externas. En este sentido, la laicidad sólo puede comprenderse en el marco de la democracia, entendida como el régimen político que se basa en la soberanía del pueblo y el reconocimiento de la dignidad, racionalidad y autonomía de los sujetos, los cuales deben establecer una marcada separación entre su rol de ciudadano y sus convicciones particulares en defensa de valores comunes y en pro de la cohesión social.<sup>18</sup> Esta concepción republicana de la laicidad es pues inseparable de la idea de autodeterminación colectiva, lo que muestra una vez más que, en la tradición republicana, el concepto de autonomía privada es indisociable de la participación del individuo en la autodeterminación de la sociedad.

Si bien la tradición republicana ofrece sustanciales recursos para pensar el binomio laicidad-autonomía, lo cierto es que la principal reflexión en torno a éste proviene del pensamiento liberal. Como es bien sabido, el principio de autonomía personal constituye un rasgo característico del pensamiento liberal, al constituir a la vez el punto de partida y el punto de llegada de la concepción del individuo en sociedad. Como punto de partida, se entiende por autonomía la *capacidad* de los seres humanos de autodeterminarse, de ser el artífice de su propia existencia. En este sentido, se vincula con la idea de “persona moral”, esto es, la capacidad del ser humano en elegir fines, adoptar intereses y formar deseos.<sup>19</sup> Así las cosas, el individuo es autónomo respecto a la elección de sus fines, crítico en su forma de evaluarlos, y racional en la manera de alcanzarlos. Por otro lado, la autonomía como punto de llegada se refiere en cambio al *ejercicio* concreto de la autonomía, y apunta hacia la idea según la cual la autonomía constituye algo valioso en sí

---

<sup>17</sup> Blancarte, Roberto, “Retos y perspectivas de la laicidad mexicana”, en Roberto Blancarte, *Laicidad y valores en un Estado democrático*, México, El Colegio de México-Secretaría de Gobernación, 2000, p. 124.

<sup>18</sup> Sobre el tema de la laicidad republicana, véase Rivera Castro, Fabiola, *Laicidad y liberalismo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad, pp. 7 y ss.

<sup>19</sup> Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, ITAM, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios de Actualización en Derecho, México, 2016, p. 6.

mismo.<sup>20</sup> Se trata de una dimensión ideal, que está estrechamente vinculada con la idea kantiana de emancipación del ser humano mediante el uso de la razón crítica.

La autonomía personal es pues el punto de partida de las filosofías liberales; sin embargo, los liberales ponen el énfasis en la autonomía privada y no en la autonomía público-privada como los republicanos. Toda forma de organización pública tiene valor en la medida en que contribuye a la autonomía privada, pero no un valor en sí mismo. Sin embargo, como veremos a continuación, al interior de la propia tradición liberal existen matices en el modo de entender la autonomía. Para los liberales libertarios, cada individuo ha de tener el máximo posible de libertad negativa, es decir, el máximo posible de ausencia de interferencia de otros agentes cuando ese individuo trata de hacer algo. El libertarianismo se basa en la premisa de que los individuos son dueños plenos de sí mismos. Sin embargo, la propiedad de sí mismos no es suficiente para la libertad del individuo: es necesario que a ella se agregue la propiedad de las cosas externas.<sup>21</sup>

Por definición, los libertarios se oponen a los medios coercitivos sobre las personas (salvo, en algunas perspectivas, ciertos servicios de policía básicos) y sobre sus bienes (a excepción de algunas perspectivas, en la medida en que esa imposición sea equivalente al pago que los individuos deben hacer por la apropiación de los recursos comunes). Existe pues una superposición parcial entre las perspectivas libertarias y la laicidad. Los libertarios coinciden con los laicos en que se debe garantizar la no imposición de una forma de vida religiosa a los individuos, pero no porque se trate de una *forma de vida religiosa*, sino porque la *imposición* es en sí misma mala en la medida en que afecta la propiedad sobre uno mismo y sobre sus bienes.

Los liberales igualitarios también defienden la autonomía, aunque por razones un poco diferentes de las de los libertarios. Para los igualitarios, lo que interesa es que todos los individuos tengan igual posibilidad de desarro-

---

<sup>20</sup> Bouzat, Gabriel, “El principio de la autonomía personal en la teoría constitucional”, *La autonomía personal en la teoría constitucional. Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 87.

<sup>21</sup> Las distintas variantes del libertarianismo difieren en la extensión y los límites de la posibilidad de apropiarse y de transferir esos bienes externos. Ciertos libertarios *de izquierda* afirman que los individuos pueden usar los recursos libremente, pero no apropiarse de ellos sin el consentimiento de los demás miembros de la sociedad. Véase, por ejemplo, Grunebaum, James, *Private Ownership*, Nueva York, Routledge & Kegan Paul, 1987. Los libertarios *de derecha*, en cambio, creen que no hay límite alguno al poder de apropiación de los individuos o que este límite es muy reducido. Véase, por ejemplo, Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974.

llar sus planes de vida. Como exponente de este grupo de autores, Carlos Santiago Nino considera que:

Siendo valiosa la libre elección individual de los planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.<sup>22</sup>

Desde la perspectiva de los liberales igualitarios, el derecho debe ser indiferente a pautas y principios morales particulares y limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas que garantizan el bienestar de terceros.<sup>23</sup> La solución liberal consiste pues en un Estado neutro hacia cualquier forma de vida (religiosa o no religiosa) que elijan los ciudadanos o, dicho en clave rawlsiana, un Estado neutro hacia las *doctrinas comprensivas* de los individuos.<sup>24</sup>

Para los liberales igualitarios, lo que interesa es la igual distribución de recursos y oportunidades. Otro representante de esta corriente, Ronald Dworkin, considera que la mejor forma de conseguir tal cosa es mediante un esquema de libre mercado para determinar la distribución de los bienes y una democracia representativa para determinar las conductas permitidas y las prohibidas. Ahora bien, así como es necesario *corregir* el libre mercado para limitar los efectos de ciertas desigualdades indeseables (como las que se derivan de la diferente distribución de talentos y de la herencia), también es necesario *corregir* la democracia representativa mediante un sistema de derechos frente a los abusos de las mayorías. Este sistema de derechos ha de permitir que las mayorías impongan sus formas de vida a las minorías.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 204.

<sup>23</sup> Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos...*, cit., p. 3.

<sup>24</sup> No podemos aquí entrar en matices, pero resulta importante aclarar que no todos los liberales coinciden en la defensa de la neutralidad estatal. Véase, por ejemplo, Raz, Joseph, *The Freedom of Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1986. Raz defiende la tesis del pluralismo moral, según la cual la autonomía no es valiosa en sí misma, sino en la medida en que permite adoptar estilos de vida valiosos. Y para poder ejercitar la autonomía es necesario tener un número suficiente de opciones de vida entre las cuales elegir. Por ello la autoridad puede fomentar ciertos estilos de vida y desalentar otros.

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald, "Liberalism", en Hampshire, Stuart (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 127-138.

En este punto, la conexión entre laicidad y autonomía de las personas aparece nítida. En primer lugar, porque la laicidad surge históricamente como la reivindicación ilustrada de la razón sobre el dogma, y consecuentemente como un proyecto de emancipación intelectual que conlleva el reconocimiento de la libertad y autonomía de las personas en cuanto a la definición de sus convicciones y creencias religiosas.<sup>26</sup> A nivel institucional, le corresponde el ideal de un Estado neutro, separado de las religiones, que no debe privilegiar o discriminar a las personas e instituciones con base en elementos religiosos. Al respecto, Martha Nussbaum,<sup>27</sup> una autora a la que también se podría ubicar entre los liberales igualitarios, sostiene que cualquier decisión estatal que transmita a la ciudadanía un mensaje de que exista una religión o religiones preferidas sobre otra, crea diferentes categorías de ciudadanos y resulta una violación a la neutralidad del Estado. Asimismo, la exclusión de los discursos religiosos en la esfera de la deliberación pública busca, precisamente, operar una separación estricta entre delito y pecado,<sup>28</sup> esto es, entre las normas civiles que valen para todos y que surgen como producto racional de la deliberación pública, y por el otro, las normas religiosas que sólo valen para los creyentes con base en una adhesión voluntaria. De esta manera, se garantizaría la adopción de normas jurídicas libres de dogmas religiosos, y capaces de dar cabida a todas las creencias particulares, así como a los diferentes proyectos y experiencias de vida de los individuos, inclusive, en materia sexual y reproductiva.

Así, por ejemplo, Rosalind Dixon y Martha Nussbaum, han defendido el reconocimiento de un derecho a interrumpir el embarazo, al menos en ciertos casos, considerando que la restricción del derecho al aborto limita ilegítimamente la libertad de elección de las mujeres.<sup>29</sup> Por su lado, Ronald Dworkin (1992) ha sostenido que, incluso si se considera que la vida humana tiene un valor intrínseco que debe ser protegido, el Estado no podría

---

<sup>26</sup> Zañone, Valerio, “Laicismo”, en Norberto Bobbio *et al.*, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 2015, t. 1-z, p. 856, (pp. 856-860).

<sup>27</sup> Nussbaum, Martha C., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Nueva York, Basic Books, 2009. Esta perspectiva ha sido adoptada por otros autores liberales en relación no sólo con la religión, sino con las opciones morales en general. Podemos ver, por ejemplo, una defensa del Estado laico en Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

<sup>28</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La laicidad: antídoto contra la discriminación*, México, Conapred, 2007, Cuadernos de la igualdad, núm. 8, p. 21.

<sup>29</sup> Dixon, Rosalind y Nussbaum, Martha C., “Abortion, Dignity and a Capabilities Approach”, *Public Law and Legal Theory Working Paper*, núm. 345, 2011.

limitar la libertad individual en pos de proteger ese valor cuando se trata de decisiones de naturaleza religiosa, cuando la comunidad está dividida acerca de qué es exactamente lo que la protección de ese valor requiere o cuando la decisión tiene un impacto muy grande en la vida de la persona.<sup>30</sup> El Estado no puede establecer coactivamente una respuesta única acerca de la santidad de la vida humana.

Como puede verse, una visión liberal de la laicidad permite dar cauce a una protección robusta a la autonomía reproductiva a partir de dos elementos que se fortalecen mutuamente. En primer lugar, el principio de autonomía entre lo público y lo religioso busca impedir la imposición a toda la sociedad de concepciones y modelos particulares respecto a formas de vivir “buenas”. Lo anterior, para permitir, en segundo lugar, que cada persona pueda ejercer su autonomía personal, esto es, elaborar libremente sus creencias y opciones religiosas, éticas, filosóficas, sus objetivos de vida, y los medios para alcanzarlos. Asimismo, el respeto de los derechos sexuales y reproductivos es de especial importancia ya que permite a todos tener la vida sexual y reproductiva que ellos mismos eligen y no una existencia que se les imponga desde fuera, como sucede, por ejemplo, cuando le obliga a las mujeres a seguir con un embarazo que no desean.<sup>31</sup> Estas consideraciones de corte filosófico se apoyan en la práctica en un catálogo amplio de derechos humanos, que garantizan a las personas una amplia esfera privada, protegida de las intromisiones del Estado, así como de otros agentes no estatales, entre ellos los grupos religiosos.

Sin embargo, a pesar de su apego común al ideal de autonomía, las diferencias entre las posiciones liberales pueden llevar a matices importantes en el modo de hacer efectivo el ejercicio de esa autonomía. Así, por ejemplo, libertarios e igualitaristas estarán de acuerdo en que no resulta aceptable que el Estado prohíba la distribución y el uso de anticonceptivos. Ahora bien, los igualitaristas tenderán a sostener que no sólo no deben ser prohibidos, sino que el Estado debe facilitar su uso (por ejemplo, mediante su distribución gratuita), ya que esto permite la elección del propio plan de vida en igualdad de condiciones; los libertarios, en cambio, se opondrán presumiblemente a la distribución gratuita argumentando que ella supone una intervención injustificada en su propiedad (ya que esa distribución se financiará con dinero de los impuestos).

---

<sup>30</sup> Dworkin, Ronald, “Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, núm. 1, 1992, pp. 381-432.

<sup>31</sup> Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *La República laica...*, *cit.*, p. 135.

### III. LIMITACIONES Y DESAFÍOS DEL ESTADO LAICO EN MATERIA SEXUAL Y REPRODUCTIVA

Ha quedado claro, a este punto, que laicidad y autonomía son conceptos que se fortalecen mutuamente. No obstante, lo anterior, es importante advertir que dicha relación no está exenta de ciertas ambigüedades y tensiones, especialmente, al visualizarla desde una perspectiva de género. Ello es así porque la laicidad es un concepto que surge históricamente con una agenda y propuesta propia, diferente y ajena a preocupaciones de género, sexualidad y reproducción. Para tomar un ejemplo, en México, el surgimiento del Estado laico en la segunda mitad del siglo XIX se inscribió en el marco de una pugna política, social y económica entre el Estado y la Iglesia católica respecto de la configuración de los modelos institucionales, especialmente la recuperación por parte del Estado de ámbitos y competencias históricamente acaparados por la Iglesia católica (registro civil, derecho de la familia, gestión de los panteones, educación, etcétera) y finalmente la ardua tarea de conformación de una nación verdaderamente independiente.<sup>32</sup> Dicho de otra manera, los derechos de las mujeres no eran parte de la ecuación en el conflicto entre liberales laicos y conservadores religiosos, y se puede decir, utilizando el lenguaje feminista, que existía un *pacto patriarcal* o *contrato sexual*<sup>33</sup> orientado a excluir a las mujeres de la esfera de lo político, que se hizo manifiesto durante el Congreso Constituyente de 1917, en descartarse casi sin discusión la cuestión del voto femenino en la futura Constitución.<sup>34</sup>

Lo anterior muestra que no existe necesariamente una identidad conceptual ni tampoco histórica entre el Estado laico y la preocupación de género. En este sentido, es importante advertir que la utilización, por parte de los grupos de defensa de las libertades sexuales y reproductivas, del concepto de laicidad, obedece a consideraciones fácticas y estratégicas vinculadas con el posicionamiento predominantemente conservador de muchas instituciones religiosas respecto a estos temas en América Latina. De hecho, es relevante apuntar que el fenómeno religioso no se presenta de manera monolítica, pues más allá de la diversidad de Iglesias, cultos, creencias, et-

---

<sup>32</sup> Ceballos Ramírez, Manuel, “El siglo XXI y la laicidad en México”, en Roberto Blancarte, *Laicidad y valores en un Estado democrático*, México, El Colegio de México-Secretaría de Gobernación, 2000, p. 102 (pp. 89-115).

<sup>33</sup> Sobre el tema del reacomodo del patriarcalismo en la Modernidad y el concepto de pacto sexual, véase Pateman, Carol, *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.

<sup>34</sup> Palavicini, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, México, SEP, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, INEHRM, 2014, t. II, pp. 97 y ss.



cétera, conviven dentro de las grandes Iglesias una importante diversidad de corrientes y posturas. Surgen cada vez más, en el seno de las principales tradiciones religiosas, grupos que se singularizan por sus posiciones incluyentes y su activismo a favor de la autonomía reproductiva.<sup>35</sup> Desde este punto de vista, la cuestión de los derechos sexuales y reproductivos rebasa la distinción laico-confesional, y podemos incluso afirmar que algunos agentes religiosos han de ser considerados como aliados de los grupos progresistas en la materia, mientras que un enfoque secular puede ser perfectamente compatible con posturas abiertamente conservadoras y machistas.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la postura religiosa que domina los debates en materia de libertad sexual y reproductiva, al menos en América Latina, suele ser la de los ultraconservadores. Al respecto, llama la atención el cambio estratégico llevado a cabo por dichos sectores en las últimas décadas, los cuales abandonaron en gran medida las prácticas tradicionales y los discursos de corte religioso para utilizar cada vez más las herramientas propias de las sociedades modernas democráticas.<sup>36</sup> Desde el punto de vista de los actores, y sin que las jerarquías hayan renunciado completamente a manifestar abiertamente sus posturas, se advierte la utilización cada vez más importante de organizaciones intermedias, *think tanks*, asociaciones de la sociedad civil, fundaciones, etcétera.<sup>37</sup> También se ha modificado profundamente la retórica, que ahora emplea argumentos seculares, en particular el lenguaje de los derechos humanos, la tolerancia, la libertad religiosa e inclusive la laicidad (entendida de una manera peculiar y como opuesta al *laicismo*). La evolución del discurso en el caso del aborto es muy ilustrativa al respecto. Si bien anteriormente la argumentación se enfocaba principalmente en argumentos religiosos, en particular, la prohibición bíblica de cometer homicidio, ella se ha desplazado hacia el derecho humano a la vida y la equiparación del no nacido como persona titular de derechos. Inclusive, se utilizan argumentos científicos o pseudocientíficos que presentan la prohibición del aborto como una medida de protección de la salud de la mujer, al asociar prácticas abor-

---

<sup>35</sup> Buen ejemplo de ello es la asociación civil *Catholics for Choice* creada en 1973 y basada en Washington D. C. (con ramificaciones en diferentes países de América Latina) cuyo objetivo es ser una voz para las y los católicos que consideran que la tradición católica respalda un derecho moral y legal a las mujeres para seguir su conciencia en asuntos de sexualidad y reproducción, disponible en: <http://www.catholicforchoice.org>

<sup>36</sup> Vaggione, Juan Marco, *Laicidad y sexualidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad, pp. 19 y ss.

<sup>37</sup> Arlettaz, Fernando, *Religión, esfera pública, mundo privado*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2015, p. 116.



tivas con traumas psicológicos, angustia, depresión, riesgo de sufrir desorden bipolar, estrés postraumático, infertilidad e incluso cáncer de mama.<sup>38</sup>

El Estado laico, en este nuevo contexto, muestra ciertas limitaciones. De manera bastante paradójica, el movimiento de democratización que se llevó a cabo en América Latina generó en muchos casos un reacomodo de las instituciones religiosas, las cuales dejaron de pugnar para un reconocimiento institucional ante el Estado para ostentarse, en cambio, como un actor legítimo del juego democrático, vector de críticas y propuestas planteadas en clave secular y respaldadas por organizaciones de la sociedad civil. Lo anterior se ha vuelto sin duda una estrategia exitosa, pues la movilización de los grupos de la sociedad civil dota a las jerarquías religiosas de una base democrática y logra neutralizar, al menos en parte, la objeción que podría surgir del principio institucional de separación entre el Estado y las Iglesias. De la misma manera, la codificación de las vindicaciones religiosas en términos laicos consigue evacuar en buena medida el debate en torno a la recepción de los argumentos de corte religioso en el ejercicio de la razón pública.<sup>39</sup> Asimismo, se ha podido afirmar que el debate en torno a la penalización/despenalización del aborto ha permitido a la Iglesia católica, en muchos casos mediante grupos intermedios, re-politizarse y renovar su papel de guía ética en el marco de las sociedades democráticas latinoamericanas.<sup>40</sup>

#### IV. LA CRÍTICA FEMINISTA Y LA RECONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Hemos visto que, desde el pensamiento liberal, el Estado laico se presenta como un aliado para la autodeterminación de la persona humana, al dejar

---

<sup>38</sup> Siegel, Reva B., “La dignidad y el debate sobre el aborto”, Seminario SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, *Papers*, p. 6, disponible en: [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Siegel\\_Sp\\_PV\\_signed.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Siegel_Sp_PV_signed.pdf).

<sup>39</sup> Vázquez, Rodolfo, “Democracia activa y laicidad”, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Cuadernos “Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad”, pp. 19 y ss. Sobre el tema de los argumentos religiosos en la esfera pública desde una perspectiva de filosofía jurídico-política, véase Arlettaz, Fernando, “La deliberación democrática y los límites seculares de la argumentación en la esfera pública”, en Ruiz Ruiz, Ramón y Garrido Gómez, Isabel (eds.), *Democracia, gobernanza y participación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 15-43.

<sup>40</sup> Ramón Michel, Agustina, “¿Aborto, según quién?”, en José Manuel Morán Fáundes *et al.*, *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*, Córdoba, Facultad de la Derecho y de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2012, p. 279.

a los individuos una esfera de soberanía amplia en la determinación de sus creencias, modelos de virtud humana y medios para alcanzarlos. En otras palabras, la laicidad garantiza a todas las personas la inviolabilidad de su esfera privada en materia de convicciones morales, y permite a los individuos decidir libremente sobre los aspectos fundamentales de su existencia, entre ellos, los asuntos relacionados con su sexualidad y reproducción, sin la injerencia del Estado ni de las instituciones de índole religioso.

Sin embargo, lo cierto es que para el feminismo<sup>41</sup> el concepto liberal de autonomía resulta sospechoso, especialmente, al tener como sede natural la esfera privada de los individuos. El concepto de autonomía de las corrientes feministas entiende, en cambio, superar la dicotomía tradicional entre autonomía privada y autonomía pública, y concebirse como un proceso de construcción en diferentes ámbitos de la vida política, social, cultural, económica, comunitaria, familiar, laboral, etcétera.<sup>42</sup> Al contrario del pensamiento liberal decimonónico, la autonomía, desde la reflexión feminista, no se presenta como un dato abstracto o como precondition de una supuesta naturaleza humana, sino que es definida a partir de la experiencia de cada mujer, es decir, como un conjunto de hechos vividos que adquiere sentido cuando la potencialidad de autonomía se revela en el empoderamiento de las mujeres. A nivel simbólico, la autonomía como *completud* de la mujer adquiere una resonancia significativa, al haber sido la mujer históricamente definida a partir de su esposo, padre, hermanos, hijos, etcétera.<sup>43</sup> Se trata pues de un recurso narrativo importante en el discurso feminista, al otorgar a las mujeres su plena individualidad política, social, económica, sexual, cultural, etcétera.

Como se advierte, la declinación feminista del concepto de autonomía reviste un alcance mayor que en el pensamiento liberal. Como sabemos, la mayor crítica de las feministas al modelo liberal es haber excluido histórica y conceptualmente a las mujeres de la categoría del individuo universal, racional, pensante, *autónomo*. Y si bien es menester reconocer la matriz liberal

---

<sup>41</sup> Nuestra utilización del término *feminismo* no pretende ocultar la diversidad de posturas y corrientes que lo atraviesa, sino designar de manera amplia la tradición de pensamiento que tiene como base común la conciencia clara de la opresión estructural e histórica de las mujeres. Beltrán Pedreira, Elena, “Público y privado (sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de lo político)”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 15 y 16, 1994, p. 391.

<sup>42</sup> Lagarde, Marcela, *Memoria. Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres*, p. 4, disponible en: [http://www.caladona.org/grups/uploads/2013/04/claves-feministaspara-el-poderio-y-autonomia\\_mlagarde.pdf](http://www.caladona.org/grups/uploads/2013/04/claves-feministaspara-el-poderio-y-autonomia_mlagarde.pdf).

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 20.

del pensamiento feminista, en la actualidad se han abandonado en gran medida las ilusiones formalmente igualitarias para alcanzar la igualdad de género. Dicho de otra manera, no basta con agregar mujeres en los lugares en que antes no figuraban,<sup>44</sup> sino que importa reflexionar en torno a las condiciones estructurales que generaron el régimen de opresión de las mujeres, y en los diferentes niveles de acción para avanzar hacia la equidad. Dentro de este proceso reflexivo, el cuestionamiento crítico en torno a la dicotomía tradicional público-privado ocupa un lugar central, especialmente desde el mirador de la autonomía, ya que, para el pensamiento liberal, ésta se desenvuelve precisamente en la esfera privada, la cual se entiende de manera genérica como lo no-estatal, lo no-público, sin que parezca necesario, en muchos casos, aportar delimitación conceptual en torno a dicha dicotomía.<sup>45</sup> La laicidad no escapa de esta dificultad, especialmente, en las versiones que subrayan el principio de separación entre la esfera pública y la esfera privada, la distinción entre el papel de ciudadano y de creyente, y el repliegue de las creencias particulares en la esfera privada.

La preocupación en torno a la distinción público-privado constituye un punto neurálgico del feminismo, a tal grado que se ha podido afirmar que dicha corriente está fundamentalmente dirigida a esta separación y oposición que tiene lugar en las teorías y en las prácticas liberales.<sup>46</sup> De manera esquemática, la crítica se presenta de la siguiente forma: la dicotomía que postula la separación de la estructura social entre una esfera pública y una esfera privada, identificándolas respectivamente con lo masculino y lo femenino, ha desempeñado un papel decisivo en las ideologías que justifican la exclusión de las mujeres como miembros plenos de la sociedad.<sup>47</sup> Esta preocupación, que se hizo visible en el famoso eslogan de la segunda ola del feminismo “Lo personal (o lo privado) es político”, asume diversos significados. Para algunas activistas —las más radicales— expresaba la voluntad de liberar a las mujeres suprimiendo la esfera privada y familiar, que consideraban como la sede de la opresión patriarcal. Otras —la mayoría— expresaban la necesidad de pugnar para una democratización de dicha esfera,<sup>48</sup> esto es, visibilizar las relaciones de poder que ahí se ocultan, y utilizar los re-

<sup>44</sup> Beltrán Pedreira, Elena, *op. cit.*, p. 390.

<sup>45</sup> Okin, Susan Moller, “Le genre, le public et le privé”, en Carver, Terrell *et al.*, *Genre et politique. Débats et perspectives*, Paris, Gallimard, 2000, p. 348.

<sup>46</sup> Beltrán Pedreira, Elena, *op. cit.* p. 397.

<sup>47</sup> Cohen, Jean L., “Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto”, *Debate feminista*, México, núm. 19, abril, 1999, p. 11.

<sup>48</sup> Mottier, Veronique, Sgierm Lea y Ballmer-Cao, Than-Huyen, “Presentación”, en Carver, Terrell *et al.*, *Genre et politique*, Paris, Gallimard, 2000, p. 35.

cursos de la acción política para desmantelarlas. Se trataba, de esta manera, de llamar la atención sobre el hecho de que muchas dificultades que viven las mujeres en la esfera familiar son condicionadas por factores públicos, y que este ámbito, presentado sin mayor reflexión como amoroso y armónico, se constituye en realidad como una zona de desigualdad, donde se expresa el poder no consensuado del hombre jefe de familia, y que escapa del escrutinio del Estado y de los demás actores de la esfera civil. En breve, una idea de esfera privada que lejos de amparar la autonomía de las mujeres, la cancela completamente. Asimismo, y a pesar de las diferencias interpretativas respecto al tema, que refleja la complejidad y riqueza del debate feminista en la materia, existe un consenso en la necesidad de politizar la esfera de lo privado, es decir, ampliar el campo de lo político a problemáticas invisibilizadas por la contraposición público-privado.

Es importante mencionar también, desde el campo de estudio que nos interesa, que el pensamiento laico puede de manera bastante paradójica agudizar la situación de desventaja de las mujeres en la esfera doméstica. Ello es así porque al consagrar una amplia libertad de conciencia y de religión, obliga al Estado a retroceder en algunas materias consideradas como de exclusiva competencia de los individuos y de las familias, dejando campo libre a la jurisdicción de las instituciones religiosas y de los ministros del culto. La tesis de la complementariedad, promovida por la Iglesia católica, es ilustrativa al respecto. Apoyándose en la retórica de la igual dignidad entre hombre y mujer, considera que existen roles y obligaciones diferenciadas pero complementarias en el matrimonio y en la sociedad, siendo el varón asociado con la protección de la familia, su mantenimiento y el protagonismo en la esfera pública; la mujer, en cambio, con la maternidad y cuidado de los hijos y de los ancianos dentro de la esfera doméstica y familiar.<sup>49</sup> Huelga decir que este paradigma, que se apoya en los estereotipos de género más comunes y arraigados, contribuye a fortalecer un modelo heteropatriarcal, alimentado, en buena medida, por el mito de la inalterabilidad de la esfera privada.

Otro factor que contribuye a nublar la reflexión en torno al concepto de privacidad es la propia ambigüedad del discurso feminista, con el reclamo, por una parte, de una politización de lo privado, y por la otra, una vindicación de privatización de ciertos asuntos, especialmente, en materia de autonomía sexual, que se puede resumir en el lema “Mi cuerpo es mío y solamente mío”. Esta contradicción no ha escapado a algunas feministas,

---

<sup>49</sup> Sobre el tema de la complementariedad, véase “Hombres y Mujeres”, disponible en: <http://es.catholic.net/op/articulos/18337/cat/740/5-hombre-y-mujer.html>.

que han buscado eludir esta dificultad sustentando la existencia de un derecho al aborto en una cuestión de igualdad y de justicia social. Para ellas, en efecto, basar la autonomía sexual y reproductiva en torno a la idea de privacidad refuerza necesariamente la concepción ideológica de una esfera de vida natural y anterior a lo político, donde las relaciones se fundan en el consentimiento entre personas adultas, libres e iguales.<sup>50</sup> Esta argumentación sirvió de base para la crítica de cierto sector del feminismo hacia el caso *Roe vs. Wade*, al considerar que el concepto legal de privacidad, en el cual se apoyó la sentencia para despenalizar el aborto en Estados Unidos en 1974, encubre el lugar de la agresión, de la violación marital y de la explotación del trabajo femenino.<sup>51</sup>

Dicho lo anterior, lo cierto es que varias autoras, en vez de rechazar tajantemente el concepto de privacidad, han subrayado la necesidad de una redefinición del mismo, que sea más amigable para las mujeres.<sup>52</sup> Una de las principales dificultades para reflexionar de manera sosegada en torno a la oposición binaria entre lo público y lo privado yace en la enorme ambigüedad que conllevan dichos términos. En particular, porque se hace referencia tanto a la distinción entre el Estado y la sociedad, por un lado, como a la diferenciación entre vida doméstica y no doméstica, por el otro.<sup>53</sup> Si es cierto que se ha hecho un importante esfuerzo de clarificación conceptual respecto al ámbito público, en particular con la distinción entre la esfera pública estatal, donde se tratan los asuntos colectivos y que corresponde al ámbito de acción de las élites dirigentes, y la esfera pública no estatal, en la cual sujetos del mundo privado hacen valer sus intereses privados ante el Estado,<sup>54</sup> se mantiene aún una fuerte dosis de ambigüedad respecto a la esfera privada, especialmente, entre el ámbito de las relaciones de producción capitalista, y el espacio de la familia.

Seyla Benhabib, una de las autoras feministas más destacadas en la actualidad, propone, al respecto, complejizar la noción de lo privado con afán de poner orden en la discusión.<sup>55</sup> Distingue, asimismo, tres niveles dentro de dicha categoría: a) en primer lugar, *privacidad* debe entenderse como la esfera de la conciencia moral y religiosa, separada de otras esferas

---

<sup>50</sup> Cohen, Jean L., *op. cit.*, p. 19.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>53</sup> Okin, Susan Moller, *op. cit.*, p. 348.

<sup>54</sup> Arlettaz, Fernando, “La deliberación democrática...”, *cit.*, pp. 15-43.

<sup>55</sup> Véase Benhabib, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en Calhoun, C. (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MIT, 1993, pp. 90-92.

como resultado del compromiso laico que permite a los individuos vivir y actuar de conformidad con sus creencias; *b*) en segundo lugar, los derechos individuales (*privacy rights*), se refieren al ámbito de las transacciones comerciales y del capitalismo (libertad de mercado y ausencia de interferencias en las transacciones); *c*) finalmente, la esfera privada aduce al terreno de la casa, zona de relaciones de desigualdades y dependencias, y del poder no consensuado del jefe de familia.<sup>56</sup> A partir de este trabajo de clarificación conceptual, se abre la posibilidad de distinguir entre autonomía de la familia, por un lado, y autonomía de la persona en su dimensión individual por el otro.

Esta propuesta ha sido explorada por Jean L. Cohen, quien ha sostenido que un derecho a la privacidad protegido constitucionalmente es indispensable en cualquier concepción moderna de libertad y autonomía personal.<sup>57</sup> Respecto a la privacidad, propiedad y familia patriarcal, considera que no existe ningún vínculo necesario entre ellos, y que debemos pensar la privacidad personal a partir de los conceptos de inviolabilidad de la personalidad, intimidad e integridad personal, y finalmente, como escudo en contra de la intolerancia de las mayorías. Asimismo, debe distinguirse cabalmente entre la privacidad de la entidad familiar (blanco de las críticas del feminismo), y la privacidad de la mujer en cuestiones que afectan directamente su cuerpo y condiciones concretas de vida (vindicación, también, del feminismo). De esta manera, se insiste en que los miembros de la familia tienen también, dentro de dicha estructura, derechos a la autonomía privada.<sup>58</sup> Se concluye, asimismo, que una reflexión sobre autonomía debe franquear el ámbito de lo que llamamos comúnmente familia: por un lado, considerar que solamente en el marco de una verdadera igualdad podemos entender a la familia como esfera privada; por el otro, insistir en la existencia de un derecho a la vida privada para todos los miembros de la entidad.<sup>59</sup>

Cabe señalar, finalmente, la relevancia de dicha discusión desde el punto de vista de la laicidad. Como sabemos, los principales embates de las mayorías religiosas se centran precisamente en lo que ha sido tradicionalmente definido como el núcleo de un derecho a la autonomía y privacidad de las personas: el matrimonio, el divorcio, las relaciones sexuales, la procreación y el aborto, el derecho a una muerte digna, la crianza de los hijos, etcétera. Negar la existencia de un derecho a la privacidad se vuelve por lo tanto una

<sup>56</sup> Beltrán Pedreira, Elena, *op. cit.*, p. 392.

<sup>57</sup> Cohen, Jean L., *op. cit.*, p. 15.

<sup>58</sup> Okin, Susan Moller, *op. cit.*, p. 353.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 362.

actitud peligrosa para la defensa de la autonomía de las mujeres, al dejar libre el camino a los sectores religiosos de corte conservador, muchos de ellos extremadamente agresivos en estos temas. La privacidad, asimismo, no debe entenderse como un deber de abstención, o el retiro del Estado en cuestiones que han sido tradicionalmente consideradas como privadas, sino como un deber de actuación de las autoridades públicas hacia dos direcciones: en primer lugar, para garantizar efectivamente la autonomía de las personas ante el intento de imposición de una forma de vida religiosa; en segundo lugar, en asegurar los medios concretos del reconocimiento de la autonomía decisoria de las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos, esto es, acceso a la información, contracepción, derecho legal al aborto, etcétera. Por último, cabe mencionar que la politización de lo privado pasa también por el reconocimiento de los derechos de las mujeres, en primer lugar, de su derecho a la privacidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo, “El problema de la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *paper*, Argentina, Universidad de Palermo, disponible en: <http://www.palermo.edu>.
- ALEGRE, Marcelo, “Opresión a conciencia: la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *Sela Papers*, núm. 66, 2009.
- ARLETTAZ, Fernando, “La deliberación democrática y los límites seculares de la argumentación en la esfera pública”, en RUIZ, Ramón y GARRIDO GÓMEZ, Isabel (eds.), *Democracia, gobernanza y participación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- ARLETTAZ, Fernando, *Religión, esfera pública, mundo privado*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2015.
- BASTIAN, Jean-Pierre, “Pluralisation religieuse, pouvoir politique et société en Amérique Latine”, *Pouvoirs: revue française d'études constitutionnelles et politiques*, núm. 98, 2001.
- BELTRÁN PEDREIDA, Elena, “Público y privado (sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de *lo político*)”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 15 y 16, 1994.
- BENHABIB, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en CALHOUM, C. (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MIT, 1993.



- BLANCARTE, Roberto, “Retos y perspectivas de la laicidad mexicana”, en BLANCARTE, Roberto, *Laicidad y valores en un Estado democrático*, México, El Colegio de México-Secretaría de Gobernación, 2000.
- BLANCARTE, Roberto, *Laicidad en México*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad”.
- BOHOSLAVSKY, Ernesto, *Laicidad y América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Colección de Cuadernos “Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad”.
- BOUZAT, Gabriel, “El principio de la autonomía personal en la teoría constitucional”, *La autonomía personal en la teoría constitucional. Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 87 y 88, 1992.
- CAPDEVIELLE, Pauline, *La conciencia ante el Estado laico*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- CEBALLOS Ramírez, Manuel, “El siglo XXI y la laicidad en México”, en BLANCARTE, Roberto, *Laicidad y valores en un Estado democrático*, México, El Colegio de México-Secretaría de Gobernación, 2000.
- COHEN, Jean L., “Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto”, *Debate Feminista*, México, núm. 19, abril de 1999.
- DIXON, Rosalind y NUSSBAUM, Martha C., “Abortion, Dignity and a Capabilities Approach”, *Public Law and Legal Theory Working Paper*, núm. 345, 2011.
- DWORKIN, Ronald, “Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, núm. 1, 1992.
- DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald, “Liberalism”, en HAMPSHIRE, Stuart (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge, University Press, Cambridge.
- GRUNEBaum, James, *Private Ownership*, Nueva York, Routledge & Kegan Paul, 1987.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.
- LAGARDE, Marcela, *Memoria. Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres*, Managua, Puntos de Encuentro, 1997.
- LAMAS, Marta, “Género, desarrollo y feminismo en Latinoamérica”, *Pensamiento iberoamericano*, España, 2007.



- LEMAITRE RIPOLL, Julieta, *Laicidad y resistencia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad.
- NUSSBAUM, Martha C., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Nueva York, Basic Books, 2009.
- NINO, Santiago Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974.
- MOTTIER, Veronique *et al.*, "Presentación. Les rapports entre le genre et la politique", en CARVER, Terrell *et al.*, *Genre et politique*, París, Gallimard, 2000.
- OKIN, Susan Moller, "Le genre, le public et le privé", en CARVER, Terrell *et al.*, *Genre et politique. Débats et perspectives*, París, Gallimard, 2000.
- PALAVICINI, Felix F., *Historia de la Constitución de 1917*, México, SEP, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, INEHRM, 2014, t. II.
- PATEMAN, Carol, *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.
- RAMÓN MICHEL, Agustina, "¿Aborto, según quién?", en MORÁN Fáundes, José Manuel *et al.*, *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*, Córdoba, Facultad de la Derecho y de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2012.
- RAZ, Joseph, *The Freedom of Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- RIVERA CASTRO, Fabiola, *Laicidad y liberalismo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Enrique Azcoaga, Madrid, Sarpe, 1983, libro II, cap. VI, "De la ley".
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La laicidad: antídoto contra la discriminación*, México, Conapred, 2007, Cuadernos de la Igualdad, núm. 8.
- SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *La República laica y sus libertades*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- SIEGEL, Reva B., "La dignidad y el debate sobre el aborto", Seminario SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, *Papers*, 2009).
- VAGGIONE, Juan Marco, "Sexualidad, Religión y Política en América Latina", *Diálogos regionales*, Río de Janeiro, agosto de 2009.
- VAGGIONE, Juan Marco, *Laicidad y sexualidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad.

- VALADÉS, Diego, “Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, España, año 6, núm. 12, julio-diciembre de 2009.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Democracia activa y laicidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, cuadernos “Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad”.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, ITAM, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, Estudios de Actualización en Derecho.
- ZANONE, Valerio, “Laicismo”, en BOBBIO, Norberto *et al.*, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 2015, t. l-z.

## LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: ALGUNAS PRECISIONES Y DISCUSIONES\*

Romina FAERMAN  
Tamara TENENBAUM\*\*

SUMARIO: I. *Definición.* II. *Las bases ético-políticas de la objeción.* III. *Características de la figura de la objeción de conciencia.* IV. *Las particularidades del caso de los profesionales de la salud en la Argentina.* V. *La accesibilidad como requisito para la procedencia de la objeción de conciencia.* VI. *Las consecuencias del fallo F. A. L. sobre posibles regulaciones de la objeción de conciencia en materia de derechos sexuales y reproductivos.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

### I. DEFINICIÓN

La objeción de conciencia es un derecho a sustraerse al cumplimiento de una norma jurídica que se dirige a uno mismo (o al tercero que uno pretende de-

---

\* Este artículo será publicado en: *El aborto en el derecho*, Bergallo Paola y Ramón Michel Agustina (comps.), Eudeba (en imprenta).

\*\* Romina Faerman trabaja en la Asesoría General Tutelar del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, es abogada y máster en derecho de la Universidad de Palermo.

Tamara Tenenbaum es estudiante avanzada de Filosofía en la Universidad de Buenos Aires, y asesora en políticas sociales en la Dirección General de Políticas de Juventud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Es ayudante docente en el ciclo básico común de la Universidad de Buenos Aires.

El presente trabajo se realizó en el marco del proyecto UBACyT “Teoría y práctica del principio de autonomía del artículo 19 de la Constitución Nacional”, Proyecto de Investigación Científica, de Innovación Tecnológica e Interdisciplinarios, Programación Científica 2011-2014, Secretaría de Ciencia y Técnica, Universidad de Buenos Aires, director Marcelo Alegre. Agradecemos a los integrantes del proyecto por los debates que sirvieron para nutrir muchas de las consideraciones aquí efectuadas, en particular a Marcelo Alegre, Eduardo Rivera López, Paola Bergallo, Carla Maenza, Jonathan Brodsky y Lautaro Furfaro. También queremos agradecer especialmente a Paola Bergallo y a Agustina Ramón Michel no sólo por la invitación para participar del libro mencionado, sino también por los debates que generaron y por los aportes realizados que, sin duda, contribuyeron al desarrollo de este trabajo.

fender) en virtud de razones “de conciencia”, es decir, morales, éticas o religiosas. Del contenido mismo de este derecho podemos extraer algunas conclusiones sobre el sentido de la norma que nos darán, a la vez, indicaciones sobre cómo interpretarla en la práctica y aplicarla a casos concretos.

En primer lugar, lo que se objeta es una norma que da una orden a un grupo de personas (que puede ser toda la ciudadanía): “objetar” en este caso no implica ni intentar modificar ni criticar en términos objetivos o intersubjetivos, no implica dar un debate sobre la validez o legitimidad de la norma en cuestión, sino solamente pedir que se exceptúe a una persona o grupo particular de personas de cumplirla. Esto significa que, por una parte, si no queda claro cuál es la norma objetada, no estamos ante un caso de objeción ni siquiera en principio; y, por otra parte, si la intención es modificar u obstruir una política pública tampoco estamos ante un caso de objeción sino de algún otro tipo de disenso (desobediencia civil, resistencia).

En segundo lugar, lo que se pretende proteger son las convicciones éticas, morales y religiosas. El espíritu detrás de la idea de un derecho a la objeción es que este tipo de creencias son muy caras a la constitución de una persona, que no son “cualquier tipo” de creencias, sino que cumplen un rol particularmente importante en su personalidad, y que obligar a un ciudadano a actuar en contra de ellas es por eso un sacrificio y no un costo razonable para demandar. En estos casos, lo que está puesto en riesgo por la norma externa —en caso de tener que cumplirla— es la identidad moral de esa persona que se le imponen cargas como ciudadana y como parte de un grupo que implican traspasar el límite de su aceptabilidad moral, afectando de este modo su integridad moral. Realizar esta conducta podría suponer, para cada persona, desconocerse moralmente a sí misma.

Esto implica que cuando lo que esté en juego no sean creencias éticas, morales o religiosas, sino de otro tipo (por ejemplo, prudenciales), no estamos ante un caso de objeción.

## II. LAS BASES ÉTICO-POLÍTICAS DE LA OBJECIÓN

La idea de un derecho a la objeción de conciencia ha interesado profundamente a los filósofos del derecho, particularmente a quienes se identifican en algún sentido con la tradición liberal, y por buenas razones: se trata, ni más ni menos, de un derecho a sustraerse a la legalidad democrática que parece, a la vez, sustentado en los ideales liberales que se encuentran en la base de nuestras democracias modernas.

En un Estado liberal democrático se encuentran definidos —aun si con numerosos problemas y terrenos grises— un dominio de lo público y un dominio de lo privado. Lo público no estaría definido, como algunas reflexiones de J. S. Mill y particularmente las críticas feministas en la segunda mitad del siglo XX dejaron claro, como aquello que sucede detrás de puertas cerradas o en el ámbito de la familia, sino como aquello que implica un daño a un tercero, sin importar si se trata de un cónyuge o un hijo. Las cuestiones sobre las cuales se legisla en un Estado, como el que describimos, pertenecen al dominio de lo público.

No obstante estas distinciones, es fácil suponer que, en una sociedad moderna, caracterizada como repetidamente describió el filósofo John Rawls, por la persistencia del pluralismo razonable —es decir, la coexistencia de diversas doctrinas sobre la buena vida que, si bien convergen en algunos puntos políticos centrales, pueden diferir en alto grado— las cargas impuestas por las normas democráticas legítimas no se distribuyan igualmente sobre todos. La diversidad de conciencia, ética, moral y/o religiosa, es particularmente problemática en este sentido, dado que parece (y este es un supuesto muy fuerte en casi cualquier debate sobre la objeción) que las creencias éticas, morales y religiosas no son meras preferencias, sino que hacen a la misma personalidad de quien las sostiene, y que tener que actuar en contra de ellas es particularmente grave. Por otra parte, aun limitando la legislación al ámbito de lo público (situación que todavía dista de ser la actual en casi cualquier parte y particularmente en nuestro país) quedan incluso numerosos desacuerdos, tanto sobre cuáles son exactamente los límites de lo público y lo privado, como sobre el propio contenido de las leyes: algunos de estos desacuerdos serán “razonables”, en tanto no ataquen el espíritu y el núcleo de derechos básicos de nuestras democracias, y deben ser por eso, en algún sentido, respetados.

Para evitar en lo posible, entonces, que las cargas de cumplir con la ley se vuelvan intolerables para los ciudadanos que desacuerden, un Estado liberal incluye en su legislación principios y medidas que obedecen al llamado “principio de acomodación”. Este principio consiste en la idea de adaptar las normas y características de las instituciones de manera que ajustarse a ellas no sea excesivamente costoso para algunos grupos en virtud de su sexo, género, ética-moral-religión (en el caso que nos ocupa), capacidades u otros rasgos por los cuales no creemos que las personas deban ser penalizadas. Un ejemplo es la norma, en nuestro país en forma de decreto, que reglamenta un calendario de feriados judíos y musulmanes, que tanto empleadores públicos como privados deben otorgar a aquellos empleados suyos que suscriban dichas religiones.

La dificultad fundamental en el tratamiento de la objeción de conciencia es el balance entre este principio de acomodación, sustentado —como dijimos— en valores que hacen a la esencia de la democracia liberal (la libertad de conciencia y de culto, la tolerancia y el reconocimiento de las diferentes doctrinas razonables, el compromiso con la autonomía como el derecho de los ciudadanos a perseguir distintos planes de vida) y los fines de la ley a la que se pretende objetar que, en algunos casos, involucran la protección de los derechos de un tercero.

Sobre estos fundamentos en general se han dado los debates sobre la objeción de conciencia, sus características esenciales, ámbito de aplicación y los límites que le corresponden en un Estado liberal: examinamos estos puntos en lo que sigue.

### III. CARACTERÍSTICAS DE LA FIGURA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El caso clásico en el que históricamente se ha analizado el derecho a la objeción de conciencia es el del reclutado por su país para el servicio militar obligatorio que argumenta, por razones éticas, morales o religiosas (razones “de conciencia”), que matar o ser entrenado para matar ofende intensamente convicciones indisociables de su propia personalidad moral. Es importante tener en cuenta que la mayoría de las discusiones filosóficas, políticas y legales sobre el tema de la objeción de conciencia fueron pensadas como intentos de respuesta a este caso particular, y que entonces muchas de las herramientas conceptuales y argumentos que esgrimen se hayan teñidas por las características específicas de esta cuestión.

Uno de los primeros problemas que suelen encarar los teóricos de la objeción de conciencia es el de los rasgos específicos que la distinguen de otras formas de resistencia o incumplimiento de la ley: paradigmáticamente, de la desobediencia civil. Pasar revista a este contraste es efectivamente muy útil para iluminar las características centrales de la objeción: tanto las que la hacen “atractiva” desde el punto de vista de los derechos humanos como las que circunscriben su ámbito de aplicación.

Joseph Raz, John Rawls y Ronald Dworkin<sup>1</sup> coinciden, con matices y diferencias, en señalar como el rasgo distintivo y definitorio el carácter pri-

---

<sup>1</sup> Dworkin no establece explícitamente la distinción entre objeción y desobediencia, mezclándolas en muchas ocasiones. No obstante, coincide con Raz y Rawls en una cuestión central: que lo que hay que probar, para afirmar que la objeción de conciencia es efectivamente una protección necesaria y válida de los individuos en un Estado liberal democrático, es que no hace daño a terceros.

vado de la objeción de conciencia, en contraposición con la característica de publicidad propia de la desobediencia civil. La publicidad/privacidad se entiende de varias maneras, que vale la pena pasar revista.

Una primera cuestión es la del sentido u objetivo de la práctica: la desobediencia civil es un acto público porque se dirige a cuestionar y/o modificar (mediante acciones de protesta y/o boicot) una política pública. La objeción de conciencia, en contraste, no pretende un cambio político social de envergadura, no constituye una iniciativa colectiva, sino solamente un pedido de excepción individual basado en las características específicas del sujeto que la solicita (sus convicciones éticas, morales y religiosas más íntimas).<sup>2</sup> La desobediencia es un mecanismo político para manifestar oposición y generar así una diferencia: la objeción, no. Su objetivo es, parafraseando a Raz, la protección del individuo frente la autoridad estatal, que podría de otro modo imponerle cargas demasiado pesadas dada su conciencia moral particular.

Un segundo tema, que será clave en la definición del legítimo campo de aplicación del derecho a la objeción, es el del daño a terceros. Como ya mencionamos, un sentido importante de “acción privada” en una democracia es aquella acción que no afecta los intereses (y particularmente, los derechos) de terceros no involucrados voluntariamente en la actividad en cuestión. La protección de todas las acciones que caigan bajo esta definición es muy importante en una democracia que se toma seriamente la defensa de la autonomía. La idea de un derecho a la objeción de conciencia se funda en esta concepción de democracia liberal protectora de la autonomía, de modo que sólo puede pensarse mientras no comprometa derechos de terceros. La desobediencia civil, sin llegar al extremo de la figura de la “resistencia” (en la que no profundizaremos en este trabajo), se le acerca un poco más: no puede comprometer derechos de terceros, pero sí en alguna medida sus intereses: una protesta legítima, por ejemplo, puede afectar los derechos de los transeúntes. La objeción, en cambio, parece requerir un

---

<sup>2</sup> Rawls dice que la objeción de conciencia, manteniendo su carácter de acto privado, puede tener motivos políticos. Esto es razonable, dado que el pacifismo que anima a los objetores al servicio militar es en un sentido importante una posición tanto moral como política. No obstante, el resto de los teóricos de la objeción que hemos estudiado parecen pensar que la objeción de conciencia protege, centralmente, la conciencia “individual” de las personas, sus convicciones íntimas, y que las diferencias políticas deben ser dirimidas en otro terreno, sea la desobediencia civil o el debate democrático “normal”. Raz insiste particularmente en que la objeción tiene por objeto proteger el derecho de las personas a no actuar en contra de su conciencia moral, no a sustraerse del cumplimiento de la ley por otros tipos de motivaciones.

nivel prácticamente nulo de perjuicio para terceros no involucrados. Una demora o complicación en el acceso a un derecho por parte de un tercero, por ejemplo, es inadmisibles como consecuencia de la institución de una objeción de conciencia.

Estos conceptos y distinciones son suficientes para comenzar una reflexión sobre el alcance y los límites de esta figura, particularmente para la aplicación que nos preocupa, la de los profesionales de la salud en relación con procedimientos de salud sexual y reproductiva. En el próximo apartado examinamos algunos debates vinculados a este caso particular.

#### IV. LAS PARTICULARIDADES DEL CASO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN LA ARGENTINA

Los profesionales de la salud en nuestro país, en muchos casos, presentan oposiciones a la realización de prácticas o tratamientos vinculados con los derechos sexuales y reproductivos que pretenden justificar bajo la protección del derecho a la objeción de conciencia, cuando en realidad no están amparados en este derecho. Algunos ejemplos que se mencionan a continuación muestran este uso extensivo de la objeción de conciencia.

Por un lado, existen oposiciones a normas que no son susceptibles de ser cuestionadas a través de la objeción de conciencia. Al respecto, Ronald Dworkin sostiene que sólo las leyes “dudosas” permiten este tipo de contemplaciones.<sup>3</sup> Al respecto, el autor afirma que una ley es dudosa cuando es posible que los funcionarios y jueces creen que es válida, que los objetos estén en desacuerdo, y que ambas partes cuenten con argumentos plausibles para defender sus posiciones.<sup>4</sup> En este sentido, no sólo deben existir razones para sostener que la norma es válida, sino que además, quien objeta la regla debe presentar argumentos plausibles para afirmar lo contrario. Es decir, puede haber casos de afectación a la conciencia que no configuren objeción de conciencia porque para ello se requiere además que la norma sea cuestionable en los términos expuestos.

Esta exigencia tiene como consecuencia hacer susceptibles de objeción de conciencia ciertas normas vinculadas a los derechos sexuales y reproductivos, pero no todas. Por ello, se debería evaluar cada norma en particular

---

<sup>3</sup> Es necesario mencionar al respecto que el autor refiere tanto a la objeción de conciencia como a la desobediencia civil, conceptos diferentes pero que pueden resultar difíciles de distinguir en los casos concretos.

<sup>4</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Planeta, 1993.



a los fines de determinar si en cada caso existen argumentos plausibles que permitan sostener que la ley es dudosa y, luego de ello, determinar la procedencia de la objeción de conciencia. Ello muestra que, en muchos casos, la utilización del derecho a la objeción de conciencia es inapropiada.

Otro supuesto de extensión de este derecho se presenta en casos en que se alega objeción de conciencia, pero en realidad se está violando derechos de terceros, lo que implica un error de aplicación ya que, como hemos mencionado, la objeción de conciencia, por definición, sólo es tal cuando no se afectan derechos.

No se trata de un conflicto entre los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la objeción de conciencia, porque tal contraposición de derechos no es posible. A modo de ejemplo se podría señalar que no hay un conflicto entre la autonomía personal y el derecho a la integridad física cuando alguien golpea a otra persona, aun cuando argumente que dicha actuación es fundamental para su plan de vida. Desde que se daña la integridad física de otro, el acto no está amparado por la autonomía personal porque el límite a este principio está justamente dado por la afectación de derechos de terceros.

Un caso extremo puede clarificar este punto. Si un/a médico/a en un caso de urgencia para la vida o la salud de la mujer, es la única persona que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para realizar un aborto no punible, no tiene derecho a objetar por razones de conciencia la realización de la práctica, si como consecuencia de ello no se puede llevar adelante y de este modo se vulnera el derecho de la mujer. Esto no significa que la objeción de conciencia ceda frente a los derechos sexuales y reproductivos, o incluso la vida o la salud de mujer en ese caso, sino que este médico/a en dicha circunstancia no tiene derecho a objetar por razones de conciencia porque su negativa a realizar la práctica médica viola derechos.

Tanto la autonomía personal como la objeción de conciencia son principios oponibles al Estado con el fin de que no intervenga en mi plan de vida o me obligue a actuar en contra de mis convicciones morales. La protección misma de estos principios contiene una limitación: son permisos que únicamente proceden cuando no se daña a terceros o se afectan sus derechos. Frente a ello, no es posible que se presente entonces una colisión de derechos.

Además de destacar algunos supuestos —como los mencionados— no amparados en el derecho a la objeción de conciencia, corresponde advertir también, que existen ciertas particularidades que se presentan en estos casos, las cuales merecen ser atendidas.

En un estudio específico sobre esta temática, Marcelo Alegre considera que existen elementos importantes en la evaluación de la aceptabilidad y los límites a la objeción de conciencia en el campo de los derechos sexuales y reproductivos.<sup>5</sup>

En este sentido, destaca como particularidades de estos supuestos que en estos casos la conducta de los objetores suele estar fundada en razones que impugnan moralmente ciertas políticas públicas, por ejemplo, aquellas que denuncian la inconstitucionalidad del Código Penal en los casos que permite el aborto (artículo 86). Otra de las características que advierte como relevante el autor es que la objeción en estos casos está motivada por el deseo de desbaratar políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva, no buscándose especialmente una mera excepción individual frente a la obligación jurídica.

Además, destaca que en estas acciones se afectan intereses fundamentales de terceros, ya sea entorpeciendo o imposibilitando el acceso a ciertas prácticas o información relevante para ejercer derechos, afectación que se ve agravada por recaer mayoritariamente sobre un grupo doblemente desaventajado: las mujeres en situación de pobreza. De este modo, se fortalece una doble fuente de desigualdad estructural, en contextos donde los derechos sexuales y reproductivos se encuentran lejos de estar garantizados. A ello se suma que las objeciones se basan en una ética profundamente desigualitaria que pretende imponer a las mujeres estereotipos de conducta negando además el control de la vida sexual y reproductiva.

Otro hecho relevante que menciona Alegre en su texto es que las prestaciones de salud están a cargo de profesionales que cuentan con un rol privilegiado en la sociedad. Afirma al respecto que “no es irrazonable imponer como parte de sus obligaciones profesionales la exclusión de la objeción de conciencia en el ejercicio de la profesión, cuando por vía de la objeción se ponen en riesgo valores como la vida y la salud de terceros, o el disfrute de importantes derechos constitucionales y/o legales”.<sup>6</sup> A su vez, estos profesionales tienen más limitada su autonomía en razón de que tienen el deber de cuidado de sus pacientes y actúan en un ámbito tan particular como es la salud.

Advierte también la excesiva influencia religiosa en la vida civil, y destaca que en la mayoría de los casos los objetores de conciencia expresan a través de su objeción sus valores religiosos, siendo que “es una línea muy

---

<sup>5</sup> Alegre, Marcelo, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *Derecho y sexualidades*, SELA, Librería, 2009.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 18.

delgada la que separa el derecho a sostener las propias convicciones religiosas de la imposición de valores religiosos a otra persona. Y esa línea, coincidentemente, es tan delgada como la que separa al Estado y la religión. El riesgo, por ejemplo, es que los profesionales de la salud que profesan el culto católico actúen como soldados de la fe.<sup>7</sup> Agrega que en “...sociedades como la argentina, en que la vida civil continúa fuertemente condicionada por las imposiciones de la religión católica, esto provee una razón adicional para ser muy cautelosos en la permisión de prácticas que, en los hechos, contribuyen a la hegemonía cultural de una visión religiosa”.<sup>8</sup>

Afirma el autor que en Argentina la objeción de conciencia se presenta en un contexto de falta de accesibilidad a las prestaciones de salud vinculadas con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y destaca que el ingreso a los trabajos por parte de los profesionales es voluntario, ambas cuestiones de suma relevancia para el análisis que se pretende realizar en este trabajo.

Al respecto, también advierten Cavallo y Ramón Michel que la objeción de conciencia se presenta en contextos donde interactúan factores como la ausencia del Estado en promover de manera efectiva una visión de respeto a los derechos de las mujeres, y la existencia de miedos, prejuicios y resistencias profesionales frente a estas prácticas médicas, entre otras cuestiones.<sup>9</sup>

Tener en cuenta estas consideraciones es importante para determinar la procedencia de la objeción de conciencia y analizar el alcance de la obligación legal en los casos en que un/a médico/a decide voluntariamente trabajar en un Estado que, tal como es de público conocimiento, se encuentra obligado a garantizar los derechos sexuales y reproductivos a través de las prácticas médicas que el trabajador objeta. La persona, en este caso, no sólo elige ser médico/a —además de seleccionar la especialidad en ginecología y/o obstetricia— sino que además se presenta para trabajar en el Estado, sabiendo que como responsable del diseño e implementación de políticas públicas destinadas a garantizar derechos debe realizar abortos legales u otras prácticas objetadas. Sus decisiones permiten afirmar que no se trata de casos idénticos a los que se presentan en el esquema tradicional de la

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>9</sup> Para reflexionar sobre este punto, véase Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina, “La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la solución del sector salud frente al “problema” del aborto legal)”, en Women’s Link Worldwide (comp.), *Aproximaciones a la O. C. a partir de la experiencia de colombiana con visión global*, Bogotá, O’Neil Institute for National and Global Health Law, 2013.

objeción de conciencia, donde la obligación legal que se pretende desoír no está mediada por actos voluntarios como estos. Quien elige voluntariamente brindar recursos en nombre del Estado ¿puede después sostener válidamente que el Estado lo está “obligando” a hacer algo que va en contra de su conciencia? Si una persona decide ser defensor/a público/a ¿puede luego, por razones de conciencia, afirmar válidamente que no defenderá violadores, o personas que cometieron delitos de lesa humanidad? Frente a este planteamiento, lo más razonable es que la persona no elija esta opción, sino que se dedique a la abogacía en forma privada de manera tal de seleccionar los casos que quiere defender. La elección es voluntaria y es claro su deber de actuar en los casos que se le presenten, por lo que parece poco razonable que la persona sostenga que el Estado lo está “obligando” a cumplir con un deber contrario a lo que dicta su conciencia.

La situación recién descrita parece diferir en gran medida de otros casos en que se obliga a las personas a realizar actos en contra de la conciencia. Cuando el Estado incluye a la persona obligatoriamente en el servicio militar y la obliga a portar armas, obviamente avanza sobre su persona pudiendo afectar su conciencia.

Para que exista obligación, la persona no tiene que tener permitido abstenerse de hacer lo que se le impone. Quien es llamado para realizar el servicio militar no puede elegir no hacerlo sin ser sancionado por ello y en esto consiste justamente la obligación legal. El/la médico/a puede elegir no formar parte del Estado que debe brindar prácticas médicas que van en contra de su conciencia, sin sanción ni reproche alguno.

Los casos de objeción de conciencia en derechos sexuales y reproductivos también pueden distinguirse de los supuestos en los que las personas se acercan voluntariamente al Estado para acceder a prestaciones garantizadas por las políticas públicas, como por ejemplo las vinculadas con el derecho a la salud. La persona en este caso podría oponerse a la realización de ciertas prácticas médicas por razones de conciencia sin que el hecho de haberse acercado de manera voluntaria afecte este derecho. Ello, en razón de que el caso parece diferente.

Cuando se recurre voluntariamente al Estado para obtener un recurso como las prestaciones vinculadas con la salud, la persona podría negarse a recibir ciertas prácticas que afecten su conciencia, dado que sería un costo demasiado alto exigirle que para que sea garantizado su derecho deba, por ejemplo, recibir transfusiones de sangre si no lo desea. El ejercicio del derecho no puede estar condicionado de este modo, y, nuevamente, si la persona elige no recibir la transfusión, no viola el derecho de nadie. Estos casos, in-

cluso, no parecen tratarse de supuestos de estricta objeción de conciencia, en razón que la persona que se niega a recibir una trasfusión de sangre no se desliga de obligación legal alguna. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en *Albarracini* esta cuestión, entendiendo que la actuación de quien se niega a recibir transfusiones de sangre se encuentra amparada por el principio de autonomía personal, sin hacer referencia a la objeción de conciencia.<sup>10</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, entiende que el principio de autonomía personal resulta aplicable al caso dado que:

Se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.<sup>11</sup>

El caso de los/as médicos/as parece diferente, ni el Estado los/as obligó a ser parte de él —el ingreso es voluntario— ni están solicitando un servicio del Estado que no podría estar condicionado ni podría implicar una vulneración a la autonomía personal del paciente. Por el contrario, ellos/as mismos deciden brindar un servicio público, y esta decisión, nuevamente, es voluntaria.

Si bien es cierto que los/las médicos/as que pretenden desoír normas que los obligan a realizar prácticas vinculadas con prestaciones que suponen derechos sexuales y reproductivos pueden tener costos como consecuencias de sus actos, es decir, por ejemplo, tendrían limitado el ámbito de actuación profesional o contarían con menos opciones laborales, lo cierto es que fuera de ello no sufren ningún acto que puede ser calificado de “sacrificio”. En este sentido, no es posible afirmar que se le impone un sacrificio al obligar a actuar en contra de la conciencia a las personas que pueden

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias”, fallos 335:799, sentencia del 1 de junio de 2012.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias”, fallos 335:799, 2012, sentencia del 1 de junio de 2012. Este tribunal refiere como precedente: Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, sentencia del 6 de abril de 1993, particularmente el voto en disidencia de los Dres. Augusto Belluscio y Enrique Petracchi, donde se menciona también la afectación a la autonomía personal.

perfectamente no realizar acto alguno sin ser sancionado ni cuestionado por ello. Nuevamente, la “obligación” de realizar actos en contra de su conciencia se encuentra condicionada al hecho de que la persona no sólo eligió la profesión médica, sino que además decidió voluntariamente trabajar en el Estado o en algún subsector de salud que tiene dentro de sus funciones garantizar los derechos sexuales y reproductivos.

Frente a estas distinciones, corresponde preguntarse qué implicancias podría tener el hecho de que la obligación que se pretende desoír es diferente a la que se presenta en los casos tradicionales de objeción de conciencia. Dado que la obligación es en algún sentido más leve, y teniendo en cuenta que el Estado tiene la obligación de prestar las prácticas médicas necesarias para garantizar los derechos sexuales y reproductivos, es posible entonces efectuar ciertos requisitos de procedencia de la objeción de conciencia diferentes para estos casos.

#### V. LA ACCESIBILIDAD COMO REQUISITO PARA LA PROCEDENCIA DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

El Estado se encuentra obligado a garantizar los derechos sexuales y reproductivos tanto por la normativa constitucional como por las leyes nacionales y locales. A modo de ejemplo, la Ley 25.673 que crea el “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” establece expresamente el deber de garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable (artículo 2o, inciso f).

En lo que se refiere al aborto no punible para supuestos de violación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se manifestó en el caso “F. A. L.” sobre la obligación del Estado de garantizar la accesibilidad de la práctica médica.<sup>12</sup> Al respecto, afirma que:

Cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, fallos 335:197, sentencia del 13 de marzo de 2012.

epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999).<sup>13</sup>

Agregó este Tribunal que:

A partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4).<sup>14</sup>

En países donde las prácticas médicas no son accesibles y el Estado está obligado a prestar los servicios necesarios e incumple con dichas obligaciones, cabe preguntarse sobre el alcance de la objeción de conciencia en estos supuestos. En este sentido, el derecho a ser objetor de conciencia podría estar subordinado al hecho de que efectivamente se garantice la práctica de manera accesible. Afirma Alegre al respecto que:

La objeción de conciencia en el ámbito de la salud sexual y reproductiva en la Argentina se produce en un contexto de ausencia de garantías de acceso igualitario y sin trabas a estas prestaciones por parte de todos los habitantes. El Estado no cumple con sus obligaciones de proveer educación y métodos de anticoncepción en forma gratuita en todo el territorio del país a quienes carecen de recursos suficientes. Tampoco hace respetar la letra del Código Penal en cuanto permite los abortos en casos de peligro para la vida o salud de la embarazada, violación, o embarazo de mujeres con discapacidad mental. En estas condiciones, expandir el alcance de la objeción de conciencia no es un modo de proteger derechos, sino de amenazarlos, y de perpetuar la desigualdad de las mujeres empobrecidas, que son la mayoría

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197, sentencia del 13 de marzo de 2012.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197, sentencia del 13 de marzo de 2012.

de las víctimas por la falta de provisión de estos servicios. La excepción no puede preceder a la regla.<sup>15</sup>

Agrega a su vez que el “...análisis del derecho a la objeción de conciencia sería radicalmente defectuoso si prescindiera de considerar el marco en el que se desarrolla esta práctica. Cuando el marco es la negación sistemática de derechos, a grupos estructuralmente discriminados como las mujeres y las personas empobrecidas, es posible que la libertad de unos sea la dominación de otros”.<sup>16</sup>

En el caso “F. A. L.” ya mencionado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación relaciona de algún modo la accesibilidad y la procedencia de la objeción de conciencia. Al respecto afirma que se deben dictar protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles a efectos de remover las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos, que deberán, entre otras cuestiones, disponer de “un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de *conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio*”<sup>17</sup>. La objeción de conciencia entonces debería estar condicionada al hecho de que se garantice la práctica médica sin derivaciones o demoras.

Frente a ello, corresponde preguntarse sobre cómo implementar la procedencia de la objeción de conciencia en estos supuestos. Una opción al respecto puede consistir en establecer que ningún médico podría ser objeto de conciencia en estos casos. Sin embargo, si es posible que otros profesionales garanticen la práctica, ¿tiene sentido negar la posibilidad de que algunos trabajen sólo bajo esas condiciones? Dado que para garantizar las prácticas médicas bastaría con un cupo de no objetores que las realicen, parecería razonable que el Estado permita esta objeción siempre que cuente con los recursos necesarios para atender todos los casos que se presenten.

En este sentido, es posible ofrecer “acomodamiento” a quienes objetan por razones de conciencia, siempre que ello no obstaculice de ningún modo las prácticas médicas. Este criterio fue utilizado por la Corte Suprema en el caso “Portillo”, en el que un ciudadano se negaba a portar armas habiendo sido citado al servicio militar obligatorio.<sup>18</sup> Allí afirma la Corte que:

<sup>15</sup> Alegre, Marcelo, *op. cit.*, p. 18.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, fallos 335:197, sentencia del 13 de marzo de 2012.

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Portillo, Alfredo s/inf. art. 44 Ley 17.531”, fallos 312:496, sentencia del 18 de abril de 1989.



Deberá evaluarse el interés que posea el Estado a los fines de la defensa prevista en el art. 21, con el propósito de sopesar la eventual interferencia que en el logro de aquél pueda producir la falta de dicho servicio armado. En tal sentido, también deberá hacerse mérito de la posibilidad de que los propósitos de defensa puedan ser satisfechos de una manera que evite el señalado conflicto de la conciencia religiosa del peticionario, atento a la disposición de éste para cumplir servicios sustitutivos de los armados... Igualmente, en la ya citada Convención Europea se ha previsto que los objetores de conciencia puedan cumplir servicios alternativos —que por lo menos deben prolongarse por igual lapso que el servicio normal— en tareas de asistencia social u otros trabajos de importancia nacional, contemplando inclusive las necesidades de los países en vías de desarrollo (resolution 337, ap. C, arts. 1o y 3o).<sup>19</sup>

El Estado puede tomar ciertas medidas para fomentar la contratación de no objetores o disminuir los casos de uso extensivo de este instituto a través de acciones tales como visualizar la práctica del aborto no punible; brindar capacitaciones; legitimar y premiar a los profesionales de la salud que las realizan, entre otras. Además de ello, mientras que la accesibilidad no esté garantizada, el Estado no debería contratar a los objetores de conciencia que pretendan cumplir funciones vinculadas al área específica de los derechos sexuales y reproductivos, pero se nieguen a realizar ciertas prácticas que el Estado debe garantizar, sobre todo teniendo en cuenta que existe una deuda especial en este tema, y un incumplimiento sistemático que agrava la situación.

Téngase presente que la objeción de conciencia está limitada a la relación que existe entre quien la alega y el Estado, pero no es oponible a la persona que quiere ejercer su derecho. Frente a estos casos, es el Estado quien debe encargarse de brindar los recursos necesarios para que la práctica médica sea garantizada. Es por ello que resulta difícil sostener que el Estado actúa de manera arbitraria si no contrata objetores de conciencia, porque tiene buenas razones para hacerlo vinculadas al hecho de que debe garantizar de manera permanente el acceso a las prácticas médicas.

Razones de índole presupuestaria justificarían sin duda la negativa a contratar objetores de conciencia mientras no se cuenten con los recursos profesionales necesarios para garantizar la práctica médicas vinculadas con los derechos sexuales y reproductivos. El Estado debe destinar hasta el máximo de recursos disponibles para garantizar progresivamente los derechos sociales —como el acceso a servicios para hacer efectivo el derecho a la

---

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Portillo, Alfredo s/inf. Art. 44 Ley 17.531”, fallos 312:496, sentencia del 18 de abril de 1989.

salud— y para ello no sólo debe destinar partidas presupuestarias, sino que lo debe hacer de un modo apropiado. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia afirma que “la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible”.<sup>20</sup>

Así, lejos de constituir un caso de discriminación laboral la no contratación de objetores de conciencia mientras no se encuentra garantizada de manera permanente la accesibilidad de las prácticas vinculadas a los derechos sexuales y reproductivos, constituye un acto justificado en virtud de principios de razonabilidad y en cumplimiento con los estándares de derechos sociales internacionales según la propia interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En consecuencia, la contratación de objetores, y su acomodamiento para que no realicen las prácticas que afectan su conciencia, podría estar supeditados a la existencia de recursos profesionales suficientes para realizar las prácticas médicas necesarias destinadas a garantizar los derechos sexuales y reproductivos.

## VI. LAS CONSECUENCIAS DEL FALLO F. A. L. SOBRE POSIBLES REGULACIONES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN MATERIA DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Las consecuencias del fallo para la cuestión de la objeción de conciencia, recurso por el cual los profesionales de la salud pueden rehusarse a realizar ciertos procedimientos que ofenden o van en contra de sus convicciones morales o religiosas: en el caso que nos ocupa, abortos (aunque el problema se extiende también a procesos de anticoncepción quirúrgica, ligaduras de trompas fundamentalmente), están lejos de ser un detalle o un asunto de debate académico: en la práctica, la forma en que se instrumente la objeción de conciencia termina decidiendo el acceso al servicio. Es por eso que es urgente examinar cuáles son los cambios que el fallo insta a este respecto.

Antes que nada, vale la pena recalcar que en el texto la Corte se refiere repetidas veces al aborto en casos de violación no solo como no punible sino como un derecho: esta declaración es clave para entender toda la argumentación posterior. Lo que está en juego es, entonces, la necesidad innegocia-

---

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Q 64 XLVI, sentencia del 24 de abril de 2012.

ble de garantizar el acceso sin obstáculos al ejercicio de un derecho. Dada esta necesidad, se hace preciso regular la objeción de conciencia del personal de salud en un sistema lo más eficiente posible en cuanto a satisfacción de demandas.

Es en el considerando 29, cuando recomienda a los poderes nacionales y provinciales la implementación de protocolos hospitalarios, donde la Corte afirma que “se deberá” disponer de un sistema de regulación de la objeción. Lo interesante es que, dados los requerimientos que pone la Corte, no puede tratarse de un sistema de cualesquiera características. El fallo pone los siguientes requisitos:

- 1) Que el ejercicio de la objeción no implique “derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio”.
- 2) “Que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”.<sup>21</sup>

Dados estos lineamientos quedan excluidos varios esquemas posibles, algunos de los cuales se venían implementando, con mayor o menor grado de formalidad, en distintas jurisdicciones de nuestro país.

El principal sistema a descartar es aquel que admite la llamada “objeción institucional”, es decir, la posibilidad de que un hospital entero, como una decisión institucional, tomada por las autoridades correspondientes, se niegue a practicar abortos (como sucedía, por ejemplo, en el Hospital Clemente Álvarez, uno de los establecimientos más importantes de la ciudad de Rosario). Lógicamente, la práctica de la objeción institucional implica la necesidad de derivar a las víctimas de violación que se acerquen al establecimiento en cuestión con intención de ejercer su derecho a abortar: derivación explícitamente prohibida por el fallo. Todo hospital debe, entonces, realizar abortos no punibles, allende las objeciones de conciencia declaradas por algunos de sus miembros individuales.

El fallo es incluso más exigente a este respecto dado que, en el requisito que listamos como segundo, desliza que el acceso al aborto no punible debe estar garantizado “en forma permanente”. Esto implica que no solamente

---

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, fallos 335:197, sentencia del 13 de marzo de 2012.

no pueden ser todos objetores o todos menos unos poquísimos: los hospitales deben garantizar una cantidad suficiente de médicos dispuestos a practicar abortos como para poder brindar el servicio sin dilaciones en cualquier momento. Si bien, obviamente, no puede deducirse de esta formulación el número o porcentaje exacto de profesionales no objetores necesario (que variará de acuerdo al tamaño del establecimiento en cuestión, su zona de cobertura y otros factores), sí queda claro que no es aceptable la situación en la cual, de forma individual, todos o casi todos los miembros del servicio de ginecología de un hospital se declaran objetores: situación que se ha dado en varias provincias de nuestro país una vez que abrieron listados públicos de objetores (Chubut, por ejemplo). Ante semejantes circunstancias, es evidente, deben tomarse acciones para garantizar la posibilidad de las mujeres de ejercer sus derechos en tiempo y forma.

## VII. CONCLUSIONES

En el presente trabajo pretendimos realizar un análisis, si bien no exhaustivo, suficientemente detallado y profundo del concepto de objeción de conciencia, las particularidades que requiere su aplicación a los profesionales del sistema de salud y el recorrido de la figura en la Argentina. Para terminar, nos interesa resaltar algunas conclusiones que creemos relevantes para pensar los marcos legales y las políticas públicas necesarias para una administración respetuosa de todos los derechos involucrados de la objeción de conciencia.

El propio concepto de la objeción de conciencia delimita su campo de aplicación en términos normativos: se trata de una figura creada solamente para proteger las creencias morales, éticas y religiosas de los ciudadanos, bajo el supuesto (obviamente cuestionable en cierto nivel, pero que no discutimos aquí) de que estas creencias son de una centralidad especial en el plan de vida de una persona y por eso deben ser protegidas. Cualquier otro uso de la objeción de conciencia (para obstruir una política pública o imponer a otros una doctrina comprensiva utilizando los recursos del Estado) cae fuera del ámbito correcto de aplicación. La “objeción institucional”, que se aplica a entidades que no tienen una conciencia (sino que están compuestas por personas que son las que sí tienen conciencias) es un ejemplo flagrante de este mal uso. Debemos estar abiertos al debate de normativas y políticas que apunten a identificar y evitar estas desviaciones del uso correcto de la objeción.

En esta dirección, entonces, vale la pena resaltar una vez más el que pensamos que es el requisito más importante para la procedencia de la objeción de conciencia: la accesibilidad para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Es prioritario garantizar el acceso efectivo, sin dilaciones ni complicaciones, a estos derechos. Jamás una invocación a la objeción de conciencia puede implicar deficiencias, atrasos o dificultades en el acceso a un derecho. Ese es, efectivamente, un mal uso (el peor) de la figura de la objeción. En relación con este objetivo, se requieren normativas claras e inequívocas y políticas públicas que tomen en cuenta todas las aristas del problema: entre ellas, la garantía de los recursos humanos necesarios para que esté dado el acceso a los derechos sexuales y reproductivos y la concientización y capacitación de todos los actores involucrados.

#### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *Derecho y sexualidades*, SELA, Librería, 2009.
- CAVALLO, Mercedes y RAMON MICHEL, Agustina, “La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la solución del sector salud frente al ‘problema’ del aborto legal)”, *Aproximaciones a la O. C. a partir de la experiencia de colombiana con visión global*, Bogotá, O’Neil Institute for National and Global Health Law, 2013.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Planeta, 1993.

## LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA: UN ESTUDIO EXPLORATORIO SOBRE SU REGULACIÓN\*

Sonia ARIZA NAVARRETE\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Posiciones frente a la objeción de conciencia sanitaria en el mundo: algunos ejemplos.* III. *Principales características de las regulaciones.* IV. *Administración de las objeciones de conciencia: el registro de objetores/as.* V. *Características del registro de objetores.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia es el instrumento jurídico que permite el incumplimiento de un deber legal cuando este contradice profundas convicciones

---

\* Este artículo fue realizado para su publicación por la Universidad de Buenos Aires, editorial Eudeba, en un volumen bajo la coordinación de las doctoras Paola Bergallo y Agustina Ramón Michel (2017).

Agradezco a todo el equipo de abogadas feministas del Núcleo de Abogacía Feminista (NAF) y en particular a Agustina Ramón Michel y a Paola Bergallo por permitirme participar en esta publicación y por sus valiosos comentarios que me ayudaron tanto en la confección de este artículo. A Cathy Green por la edición de este artículo. Agradezco a Marcelo Alegre y a quienes integran el UBACyT sobre Objeción de Conciencia en la Universidad de Buenos Aires, especialmente a Romina Faerman, Nahuel Maisley, Tamara Tenebaum y Ezequiel Monti, por sus comentarios y la oportunidad para discutir este trabajo. Agradezco a Beatriz Kohén por su atenta lectura del primer borrador de este trabajo y por sus valiosos comentarios. Así como a Mariela Puga y Juan Marco Vaggione, por el intercambio sobre este tema en distintos contextos.

Nota aclaratoria. En el texto se usará la primera persona como forma de reafirmar que las opiniones vertidas y los sesgos en la investigación son responsabilidad exclusivamente mía. Esto no debe leerse bajo ningún concepto como una falta de reconocimiento de que este escrito fue producto del trabajo en equipo y de la interacción con las personas mencionadas y muchas otras con las que fui construyendo estas ideas.

\*\* Profesora de la facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; investigadora en el Instituto Universitario Europeo en Florencia, Italia.

morales de la persona obligada.<sup>1</sup> En otras palabras, se trata de la exención de responsabilidad frente a la inobservancia de un deber jurídico, previo cumplimiento de las formalidades legales establecidas.<sup>2</sup>

Tradicionalmente, la objeción de conciencia fue presentada y aceptada mayormente en relación con el servicio militar obligatorio, o la realización de ritos —religiosos o civiles— en diferentes situaciones que, no representan riesgo para derechos ajenos.<sup>3</sup> No obstante, en el último tiempo se ha presentado en escenarios más complejos, como el caso de la salud,<sup>4</sup> en donde las/os profesionales buscan eximirse de la realización de ciertas prácticas que les corresponden por especialidad y relación funcional.<sup>5</sup> Se ve con particular intensidad la resistencia a prácticas relacionadas con la salud sexual y reproductiva,<sup>6</sup> así

---

<sup>1</sup> Alegre, Marcelo, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *Derecho y sexualidades*, SELA, 2009; Dickens, Bernard, “Servicios de salud reproductiva y el derecho y ética de la objeción de conciencia”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, vol. 13, 2009, pp. 2-9.

<sup>2</sup> Gascón Abellán, Marina, “Obediencia al derecho y objeción de conciencia”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 249.

<sup>3</sup> Para ejemplos paradigmáticos de estas situaciones en la Argentina, véase el caso Portillo (Corte Suprema de la Nación Argentina, 1989) en el que por primera vez se acepta la objeción de conciencia frente al servicio militar, y el caso Ascencio (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1982), en el que se releva a un muchacho de reverenciar la bandera argentina por contrariar los mandatos religiosos que le eran propios, véase Alegre, 2009.

<sup>4</sup> Un ejemplo es el caso de Italia, en donde desde la década del 90 cerca del 70% de las/os profesionales de la salud, especializados en temas relacionados con la salud sexual y reproductiva, se han declarado objetores de conciencia. Lo que supone una emergencia sanitaria importante, que deja en riesgo el acceso a la salud de las mujeres en ese país, véase *Comité para la Eliminación de las Discriminación contra la Mujer. Eliminación de la discriminación contra la mujer*, Italia, A/52/38/Rev.1 (Part. II, paras. 322-364), 12/08/1997, paras. 353 y 360.

<sup>5</sup> Véase Comité de Derechos Humanos, *Observación General núm. 22: comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 18. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, 48o. período de sesiones, U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993.

<sup>6</sup> Se trata de prácticas médicas vinculadas, especialmente, con la anticoncepción temporal y permanente, la prevención de ITS, la información sobre aspectos vinculados con el placer sexual, aborto, entre otros. En este sentido la Iglesia católica ha manifestado, desde sus autoridades máximas tanto en el Vaticano como a nivel nacional, su rechazo no sólo al aborto sino también a prácticas como el uso de anticonceptivos e incluso la masturbación. Se ha exhortado a sus fieles a que se nieguen a intervenir, ya sea prescribiéndolas o tan sólo entregando información sobre contracepción o aborto. Lo anterior no sólo se puede ver en el *Evangelium vitae* de Juan Pablo II (1995), sino también en las declaraciones de Cardenales como Jorge Bergoglio en la Argentina, actual Papa Francisco I, en contra de las leyes que garantizan la anticoncepción, educación sexual integral, etcétera. Sobre las declaraciones del actual Papa, véase: “¿Quién es Jorge Mario Bergoglio, el nuevo Papa Francisco?”, *Diario Perfil*, 13 de marzo de 2013, disponible en: <http://www.adnpolitico.com/noticias/2013/03/13/>

como con las que involucran el fin de la vida.<sup>7</sup> En el caso de la salud, la diferencia con la objeción de conciencia “tradicional”<sup>8</sup> se da por el peligro que tal incumplimiento de deberes representa para la salud y los demás derechos de las/os pacientes, especialmente de las mujeres y otros grupos subordinados como adolescentes, personas LGBTIQ, entre otras.<sup>9</sup> Es por ello que la vali-

---

*quien-es-jorge-mario-bergoglio-el-nuevo-papa-francisco-i*; así como “Un repaso por las opiniones de Bergoglio”, *Diario La Arena Digital*, 4 de marzo de 2013, disponible en: [http://www.laarena.com.ar/avances/un\\_repaso\\_sobre\\_las\\_opiniones\\_de\\_bergoglio-20596.html](http://www.laarena.com.ar/avances/un_repaso_sobre_las_opiniones_de_bergoglio-20596.html), y “Legalizada la objeción de conciencia en la República Federal de Alemania”, *El País*, Madrid, 2 de agosto de 1977.

<sup>7</sup> En relación con el “fin de la vida”, se ha rechazado principalmente el derecho a una muerte digna o a la eutanasia. Como ejemplo, el caso colombiano en donde a pesar de que la Corte Constitucional (1997 y 2014) ha reafirmado el derecho a la muerte digna, la masiva presentación de objeción de conciencia frente a este deber llevó a que el Ministerio de Salud de la Nación en 2015 (resolución 1216/15) tuviera que reglamentar el acceso para impedir que se afectaran los derecho de pacientes, sin embargo, el presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, no dudó en pronunciarse diciendo que para la Iglesia la eutanasia seguirá siendo “un crimen” y exhortó a los médicos para que sigan acudiendo a la objeción de conciencia, así como al gobierno para que revise su política sobre el tema. Por otro lado, tenemos casos de hostigamiento a profesionales que garantizan este derecho, el ejemplo de Jack Kevorkian, un patólogo estadounidense que practicó eutanasia en 130 pacientes en la década del 90 y murió años después sin dejar de ser asediado por grupos fundamentalistas religiosos, ha sido ampliamente documentado el caso de la objeción de conciencia (el cual ha aumentado) en la prensa de su país de origen. “Eutanasia: Colombia regula muerte digna para pacientes terminales”, *La Prensa*, Sección mundo, 22 abril de 15, disponible en: [http://www.prensa.com/mundo/Colombia-regula-muerte-pacientes-terminales\\_0\\_4192080905.html#sthash.2xOeKonG.dpuf](http://www.prensa.com/mundo/Colombia-regula-muerte-pacientes-terminales_0_4192080905.html#sthash.2xOeKonG.dpuf); “Eutanasia: 15 años esperando reglamentación”, *Ámbito Jurídico*, 20 de julio de 2015, disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti12022102\\_\(eutanasia\\_15\\_anos\\_esperando\\_reglamentacion\)/noti-12022102\\_\(eutanasia\\_15\\_anos\\_esperando\\_reglamentacion\).asp?print=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti12022102_(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion)/noti-12022102_(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion).asp?print=1); “A Doctor Who Helped End Lives”, *The New York Times*, 3 de junio de 2011, disponible en: <http://www.nytimes.com/2011/06/04/us/04kevorkian.html?pagewanted=all>. Véase también, Rodrigues Torres, José Henrique, “El derecho a morir dignamente y la objeción de conciencia”, *Colombia Médica*, Cali, vol. 46, núm. 2, abril-junio de 2015, pp. 52 y 53.

<sup>8</sup> Denominación tomada de Alegre, Marcelo, *et al., op. cit.*, para indicar que en sus orígenes la objeción de conciencia no se aplicó a situaciones en las que derechos de personas individualizadas/bles estuvieran en riesgo por el incumplimiento del deber objetado.

<sup>9</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en su fallo F. A. L. s/ medida autosatisfactiva, del 13 de marzo de 2013, considerando 29, hace una referencia expresa a los riesgos que el uso no regulado de la objeción de conciencia puede representar para los derechos y la salud de las mujeres, especialmente en el caso de los abortos no punibles. En el mismo sentido, el relator especial sobre el derecho a la salud, Anand Grover, en su informe del 3 de agosto de 2011, hace referencia explícita a las consecuencias del uso excesivo de la objeción de conciencia en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, especialmente frente al aborto. Se puede consultar un resumen de los puntos más importantes del informe en: <http://andax.org.mx/cms/images/cpdgrvs12.pdf>. La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia T-388/09, sobre objeción de conciencia frente al aborto no punible, recuerda los



dez de la objeción de conciencia en estas circunstancias ha sido ampliamente discutida en la doctrina reciente.<sup>10</sup> Aunque no hay un acuerdo o una posición definitiva sobre el tema, lo cierto es que la mayoría de las publicaciones y regulaciones consultadas parecen aceptar que el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria (cuando es posible en el marco jurídico local) debe ser regulado para neutralizar, o al menos mitigar, sus efectos adversos.<sup>11</sup>

A partir de la década del setenta, aparecen regulaciones nacionales e internacionales sobre la objeción de conciencia sanitaria que la aceptan de manera explícita para algunos supuestos.<sup>12</sup> Los sistemas internacionales,

---

perjuicios directos e irreversibles que acarrea su ejercicio en contextos en los que el Estado no garantiza adecuadamente la prestación de los servicios de interrupción legal del embarazo.

<sup>10</sup> Ariza Navarrete, Sonia y Ramón Michel, Agustina, “Objeción de conciencia y aborto”, en Ramos, S. *et al.*, *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe: una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires-México, Distrito Federal-Lima, Centro de Estudios de Estado y Sociedad-CEDES/Population Council/Promsex, 2015.

<sup>11</sup> La objeción de conciencia propia (no regulada expresamente) puede ser eficaz para proteger a las/os objetores de conciencia en supuestos en los que no exista riesgo o peligro de afectación de derechos de terceras persona, como era la regla en los supuestos de objeción de conciencia tradicionales. En el caso de la objeción sanitaria, la objeción de conciencia impropia (regulada por el ordenamiento jurídico) ha sido más utilizada, ya que permite establecer claramente los deberes asociados tanto en el nivel individual (obligaciones de las/os profesionales objetores), como en el nivel institucional (obligaciones del Estado en todos sus niveles y de las entidades que prestan servicios de salud), de la misma forma garantiza la existencia política (o al menos estrategias) de implementación que garanticen el respeto de los derechos de las/os pacientes, como se pasará a mostrar.

<sup>12</sup> En el plano internacional, por ejemplo: en 1979 la Declaración de Oslo sobre el aborto terapéutico, de la XXIV Asamblea Médica mundial (ratificada en 1983) y los Principios Europeos de Ética Médica, (aprobados por la Conferencia Internacional de Órdenes Médicas celebrada en París en 1987), se pronuncian sobre la objeción de conciencia reconociendo la posibilidad de su ejercicio de manera limitada a la garantía de los derechos de las/os pacientes. En 2007, el tratado de Lisboa, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce la objeción de conciencia, dejando a los derechos internos su regulación. En 2010 se adopta la Resolución 1763 del Consejo de Europa que reconoce que el uso no regulado de la objeción de conciencia constituye un problema para el acceso a la salud, principalmente de las mujeres.

En el plano nacional, por ejemplo: Austria en su Ley 23 de 1974, artículo 3.4 permitió la objeción de conciencia; Bosnia en su Ley de Aborto (Abortion Act) de 1977 estableció la posibilidad de objetar a esa práctica, en 2008 la reforma de dicha ley, restringió la objeción de conciencia a ginecólogos/as que deban participar directamente; Dinamarca en su Ley 350 de 1973 sobre aborto, así como en sus reformas de 1986 y 1989, contempla la objeción de conciencia para todo el personal sanitario; Francia en su ley de 17 de enero de 1975 sobre aborto, permite la objeción de conciencia de todo el personal sanitario; Gran Bretaña desde 1967 en su ley de aborto permitió expresamente la objeción de conciencia con una extensión amplia que se ha mantenido a pesar de las sucesivas reformas de esa norma, en 1990 la norma de fertilización asistida (Human Fertilization and Embryology Act) también

actualmente, tienden a reconocer la objeción de conciencia por derivación de los derechos humanos a la libertad de culto y conciencia. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha determinado que no existe un derecho humano a la objeción de conciencia como tal,<sup>13</sup> no obstante, si su ejercicio es permitido por las normas locales, debe ser garantizado en tanto ello no atente contra los derechos de otras personas.<sup>14</sup> En ese sentido, la CIDH ha sido enfática en afirmar que el establecimiento claro de los límites y deberes derivados de la objeción de conciencia, tiene que ser una prioridad para habilitar su ejercicio.<sup>15</sup>

Aun cuando la objeción de conciencia sanitaria no está reconocida expresamente en la Constitución de la mayoría de países, se puede rastrear su fundamento en los derechos a la libertad de conciencia y de culto, y a la autonomía, que en general sí lo están.<sup>16</sup> De su sustento en este último derecho, a la autonomía, se derivan importantes límites para esta excepción: por un lado, su ejercicio no puede lesionar el interés general o el bien público, y por otro, no puede afectar los derechos y/o bienes de otras personas.<sup>17</sup>

---

contempla la objeción de conciencia; Holanda desde 1981, en su Ley de Acceso al Aborto, considera la objeción de conciencia de manera amplia; Luxemburgo desde 1978, en su Abortion Act, permite la objeción de conciencia; Noruega desde la Ley 50 de 1975 (Abortion Act) contempla la objeción de conciencia sanitaria, pero fue en 2001 cuando una reforma legal incluyó regulación amplia y suficiente de la objeción de conciencia; Argentina desde 2003, con la Ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable, permite la objeción de conciencia frente a la anticoncepción, desde 2006 Argentina en su Ley de Anticoncepción quirúrgica contempla expresamente la posibilidad de objetar su práctica, y desde 2007 el Protocolo Nacional (llamado previamente “Guía Técnica”) de acceso a servicios de aborto no punible, (actualizado en 2010 y 2015) permite la objeción de conciencia; en México la reforma constitucional de 2011 incorporó la libertad religiosa y de pensamiento, facilitando el reconocimiento de la objeción de conciencia en materia sanitaria, aunque ya se venía haciendo desde la década del 80 a nivel estadual.

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva 10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 (libertad religiosa y de culto) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, julio de 1989.

<sup>14</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Casos 9647 James Terry Roach y Jay Pinkerton c/ Estados Unidos*, informe 3/87 (22 de agosto de 1987); *Caso 2137 Testigos de Jehová c/ Argentina*, informe 02/79 (5 febrero de 1979); *Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra c/ Estados Unidos*, informe 51/01 (4 abril de 2001); así como el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva 10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 (libertad religiosa y de culto) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (14 de julio de 1989).

<sup>16</sup> Alegre, Marcelo, “*Opresión a conciencia. La objeción de conciencia...*”, *op. cit.*

<sup>17</sup> En 2001, en la sentencia del caso “Pichon and Sajous vs. France”, la Corte Europea de Derecho Humanos reconoció como límite de la objeción de conciencia, la afectación de

En el caso de la objeción de conciencia al servicio militar, estos límites no presentan problema alguno, sin embargo, en la objeción de conciencia en materia sanitaria, la situación es sustancialmente diferente. Principalmente por el enorme potencial de afectación a los derechos de terceras personas.<sup>18</sup> Ya que cuando un/a profesional de la salud se niega a realizar una práctica incluso en abstracto, es decir antes de la solicitud concreta de una persona, está inmediatamente reduciendo la oferta de servicios, lo que impacta de forma diferenciada a distintos grupos de la sociedad, como ya se dijo, principalmente a las mujeres, las personas jóvenes, las más pobres, entre otras, como se explicará más adelante (punto 1.1).

Adicionalmente la objeción de conciencia supone un dilema ético para quien la ejerce, no sólo implica el incumplimiento de un deber jurídico (la prestación de un servicio médico), sino que además implica el incumplimiento de algunos deberes éticos de la profesión que ha elegido voluntariamente,<sup>19</sup> como el deber de beneficencia, que comprende el respeto de la autonomía de las/os pacientes, así como la actuación en el “mejor interés” que significa concretamente el respeto de todos sus derechos como paciente y como ciudadana/o.

En el ámbito local, la mayoría de los países que han reconocido la objeción de conciencia sanitaria en algunos supuestos lo han hecho, ya sea a

---

derechos de terceras personas. En este caso un farmacéutico se negó a vender anticonceptivos por considerar que esta actividad atentaba contra sus creencias religiosas. La Corte finalmente falló en contra del farmacéutico afirmando que “la venta de anticonceptivos es legal y se produce por prescripción médica, el demandante no puede imponer sus creencias religiosas como justificación para negar la venta de medicamentos, en este caso anticonceptivos”. Es decir, no puede lesionar el derecho al acceso a la anticoncepción de otras personas. Eur. ct. HR (3a. sección), Pichon and Sajous v. France (expediente núm. 49853/99) decisión (inadmisibilidad) de 2 octubre de 2001.

<sup>18</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe provisional preparado por Anand Grover, relator Especial del Consejo de Derechos Humanos: el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, sexagésimo sexto período de sesiones, tema 69 b, A/66/254, 3 de agosto de 2011.

<sup>19</sup> Es por ello que las limitaciones a la objeción no sólo son exigidas por razones jurídicas sino también por motivos morales, puesto que no sería ético preferir un mal mayor para otra persona (como la muerte o el riesgo para la salud) con la que además se tiene un deber especial de cuidado, al cumplimiento de un deber legal propio (por ejemplo, el de los profesionales de salud en el caso del aborto), cualquiera sea su contenido. Al menos es una consideración que debe pesar en la decisión del/a profesional que pretende hacerse objeto/a, ya que en el juicio moral que realiza, también debe incluirse el peso moral de incumplir con sus deberes como profesional y como funcionario/a, así como el peligro que su conducta implica para el ejercicio de los derechos de sus pacientes. Agradezco a Agustina Ramón Michel con quién discutimos este tema en reiteradas oportunidades. Véase Clavalló, Mercedes y Ramón Michel, Agustina, “La objeción de conciencia...”, *op. cit.*

través de regulaciones legislativas o administrativas<sup>20</sup> o jurisprudenciales.<sup>21</sup> Cada Estado con diferente alcance y con distintas estrategias regulatorias que se dirigen en la mayoría de los casos a mitigar los riesgos para terceras personas que pueden derivarse del ejercicio de la objeción de conciencia, tal y como se han comprometido en el marco nacional e internacional de los derechos humanos, en donde la mayoría de las convenciones y tratados obligan a proteger los derechos de pacientes, especialmente cuando estas/os pertenecen a grupos subordinados, como las mujeres, niñas, niños y adolescentes, etcétera.

El desafío que supone el abordaje de este fenómeno tan complejo ha resultado en diferentes posturas tanto doctrinales como regulatorias que me propongo explorar en este trabajo. A través del relevamiento de las regulaciones disponibles en algunos países, trataré de dibujar un panorama de diferentes alternativas para el abordaje de la objeción de conciencia. La discusión acerca de la entidad jurídica o la justicia de su reconocimiento en el ámbito sanitario no será abordada en este escrito que sólo pretende ser un mapa de distintas opciones regulatorias.

La investigación se desarrolló en dos etapas: la primera una revisión de fuentes secundarias sobre objeción de conciencia sanitaria frente a prestaciones de salud sexual y reproductiva. Las fuentes se clasificaron en teóricas/conceptuales y regulatorias/jurisprudenciales. Como resultado se pudieron identificar diferentes posturas sobre objeción de conciencia sanitaria, así como un panorama general de los países que han desarrollado regulación y/o políticas públicas sobre el tema. En esta etapa se decidió limitar la investigación a la objeción de conciencia individual, es decir, aquella que se reconoce a las personas naturales y no a colectivos o personas jurídicas, no sólo porque este reconocimiento aparece muy marginalmente en la literatura consultada, sino porque me resultó menos relevante para los propósitos de este documento.<sup>22</sup>

La segunda etapa se desarrolló por medio del relevamiento de normativa internacional y extranjera disponible *on line*. La selección de países y regulaciones se vio restringida por dos criterios: primero, accesibilidad *on line*. La mayoría de las regulaciones tomadas en la muestra son leyes nacionales que estaban disponibles en las páginas *web* oficiales de los diferentes estados y órganos internacionales. Aunque se pudo verificar, por fuentes secundarias, que muchas de las regulaciones sobre el tema son administrativas, por

---

<sup>20</sup> Por ejemplo, en la Argentina para el caso de la ligadura tubaria, Ley 26.103 o en Brasil en el decreto 1.508/2005 del Ministerio de Salud que regula el acceso al aborto legal.

<sup>21</sup> Sentencia C-355/06 y sentencia T-388/09 Corte Constitucional de Colombia.

<sup>22</sup> Argumentos sobre esta afirmación se pueden observar en Alegre, *op. cit.*; Corte Constitucional colombiana 2006 y 2009.

ser regulaciones de nivel jerárquico bajo (como circulares u órdenes intra-hospitalarias) el texto de la norma no está disponible *on line* en muchos casos. En segundo lugar, la accesibilidad por idioma. Sólo se tomaron normas disponibles en español, inglés, francés, portugués e italiano, ya sea como idioma original o porque contaban con traducciones oficiales o realizadas en fuentes secundarias en alguno de los idiomas mencionados. Por lo anterior no se trata de una revisión sistemática de las regulaciones sino más bien una selección de distintos modelos regulatorios que pretenden dar cuenta de factores relevantes a tener en cuenta a la hora de regular la objeción de conciencia sanitaria reconocida a trabajadores de la salud.

Por último, se consultó la regulación de 50 países, dentro de los cuales 10 no permiten la objeción de conciencia sanitaria<sup>23</sup> y los 40 restantes regulan de alguna forma la objeción de conciencia.<sup>24</sup> Además, se tomó una muestra de *soft law* compuesta por regulaciones de colegios médicos, farmacéuticos, de enfermería, y algunos pronunciamientos sobre objeción de conciencia de órganos internacionales, véanse referencias al final.

En este trabajo usaré algunos ejemplos de alternativas de regulación de la objeción de conciencia, dado que su objetivo no consiste en una descripción sistemática de las regulaciones extranjeras e internacionales; pretende ofrecer a las lectoras herramientas regulatorias para pensar en una política pública de salud sexual y reproductiva que pueda incorporar la objeción de conciencia, de forma que sirva para garantizar el acceso a los servicios de salud de todas las personas, y especialmente de las mujeres.

### *Hoja de ruta*

En el artículo se encuentra en primer lugar, una descripción de algunas de las *posiciones frente a la objeción de conciencia en el mundo*, alternativas que se han adoptado en algunos países alrededor del mundo frente a la objeción de conciencia en materia sanitaria. Dentro de las que, por un lado, encon-

---

<sup>23</sup> Bulgaria, Finlandia, Islandia, Letonia, Macedonia, Malta, Montenegro, República Checa, Suecia y Venezuela.

<sup>24</sup> Alemania, Andorra, Argentina (se incluyeron 4 regulaciones subnacionales: Buenos Aires, Santa Fe, San Luis y Mendoza), Australia, Austria, Belice, Bolivia, Bosnia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, Ecuador, España (se incluyeron 2 autonomías: Castilla-La Mancha y Valencia), Estonia, Francia, Ghana, Gran Bretaña, Guyana, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Luxemburgo, Madagascar, México (se incluyeron 4 Estados: Querétaro, Jalisco, México y la Ciudad de México), Noruega, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Singapur, Sudáfrica y Uruguay.

tré países que han negado la posibilidad de objeción de conciencia en esta materia, posición que he llamado de *inadmisibilidad*; por el otro, la posición que llamé *admisibilidad protegida*, que concibe la objeción de conciencia como un derecho fundamental (¿absoluto?) y se opone a casi todas sus limitaciones. En el medio encontré una serie de posturas que aceptan la objeción de conciencia de manera condicionada. Es decir, entienden por diferentes razones que deben aceptar su ejercicio, pero lo condicionan (establecen obligaciones asociadas al ejercicio de la objeción de conciencia) como una forma para garantizar, en primer lugar, los derechos de pacientes y en segundo lugar las libertades de profesionales de la salud.

Siguiendo a este último grupo, aceptación condicionada de la objeción de conciencia sanitaria, anotaré algunas *estrategias de regulación sobre objeción de conciencia*, caracterizándolas de acuerdo con los rasgos comunes a la mayoría de las legislaciones, haciendo referencia a los matices que adquieren en diferentes latitudes.

Para terminar, realizaré una breve descripción del mecanismo de implementación de la objeción de conciencia sanitaria del “registro de objetores/as” en algunas de las regulaciones que lo han implementado. Resaltando las características más destacadas, con sus variaciones y la importancia del contexto en el que fueron aplicadas.

A modo de cierre intentaré algunas conclusiones, relacionadas con la necesidad de realizar un diagnóstico y evaluación local de los servicios de salud sexual y reproductiva, especialmente los relacionados con las prácticas de abortos legales con el fin de desarrollar estrategias de política pública relacionada con la objeción de conciencia sanitaria acordes con la realidad local. Lo anterior por cuanto la conclusión más importante de este estudio, fue la imposibilidad de desarrollar “fórmulas mágicas” aplicables a cualquier país en relación con la objeción de conciencia en sentido amplio, y en particular con la objeción de conciencia sanitaria.

## II. POSICIONES FRENTE A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA EN EL MUNDO: ALGUNOS EJEMPLOS

Como se adelantó, la mayor resistencia de las/os profesionales de la salud al cumplimiento de sus deberes profesionales, se da en torno a prácticas de salud sexual y reproductiva, seguida por prácticas relacionadas con el fin de la vida (eutanasia). Estas resistencias afectan de manera desproporcionada a colectivos subordinados como las mujeres y la población LGBTIQ, así como aquellas que se encuentran en situación de desprotección de acuerdo a su situación como las personas jóvenes, las más pobres, las personas con

enfermedades terminales o crónicas, etcétera. De la misma forma la objeción de conciencia puede suponer mayor o menor riesgo de lesión de derechos de terceras personas de acuerdo con el contexto institucional, social y las características propias de los colectivos en riesgo. Frente a esta situación, la doctrina legal y los Estados (y también la filosofía moral) han desarrollado diferentes posturas sobre la legitimidad de permitir la objeción de conciencia en materia sanitaria, así como un gran número de opciones regulatorias para lidiar con este problema.

Me ocuparé, en este capítulo, especialmente de la postura que he llamado de *aceptación condicionada* de la objeción de conciencia, ya que, independientemente de ser la más extendida entre los países consultados en esta investigación, resulta ser la que presenta una mayor riqueza a los fines de este trabajo que pretende hacer una descripción analítica de las regulaciones. Antes de ello, describiré someramente los principales argumentos que han llevado a defender las otras dos posturas mencionadas en la introducción: la de la *inadmisibilidad* y la *admisibilidad protegida*.

En la tabla 1, se muestran las tres posturas de forma que se resalta la potencialidad de cada una para proteger derechos y libertades. Ello no quiere decir que cualquier posición específica dentro de cada una de las tres grandes posturas identificadas resulte igualmente protectora o lesiva a derechos e intereses en juego.

TABLA 1. POSTURAS FRENTE A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL MUNDO

Posiciones Criterios	Inadmisibilidad	Regulación	Admisibilidad protegida
Protección de la libertad de culto	*	✓	✓
Protección a la autonomía personal del/a profesional	*	✓	✓
Protección a la autonomía del/a paciente	✓	✓	*
Protección de los demás derechos del/a paciente	✓	✓	*

NOTA: ✓ Protección Fuerte \* Protección débil.



## 1. *Inadmisibilidad*

Dentro de esta postura se considera la objeción de conciencia en materia sanitaria inadmisiblemente absolutamente. En primer lugar, por cuanto el derecho a la salud y otros derechos de las/os usuarias/os de los servicios de salud tienen un efecto de veto frente a la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia. Es decir, cuando la objeción de conciencia no se encuentra en el ámbito exclusivo de autonomía del/a objetor/a, sino que su ejercicio implica el menoscabo de derechos de terceros, la objeción de conciencia deviene imposible, el derecho no puede aceptarla o no debería hacerlo.<sup>25</sup>

En segundo lugar, se argumenta que el ejercicio de las profesiones de la salud involucra deberes especiales derivados tanto del monopolio del conocimiento como de los privilegios que la sociedad les otorga.<sup>26</sup> Las/os profesionales de la salud además eligieron libremente el ejercicio de esa profesión y especialidad conociendo desde el momento de elegir las prestaciones que implica, o podría razonablemente implicar<sup>27</sup> por lo que no es posible

---

<sup>25</sup> Alegre, Marcelo, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia...”, *cit.*

<sup>26</sup> Para estos autores (con diferentes formulaciones), las/os profesionales de la salud aceptan una serie de beneficios especiales (privilegios, derechos, oportunidades, estatus, confianza, etcétera), únicos para este grupo de personas que deciden libremente dedicarse a una especialidad médica. A cambio de esto deben realizar las prácticas que la ley y la ciencia habilitan, en beneficio de sus pacientes. Esta relación se ha descrito como una relación contractual, similar a la adhesión, ya que los términos y condiciones de acceso a los servicios de salud deben ser iguales para todas las personas, y no pueden ser modificados por estar determinados previamente, en este caso por la ley. Autores como Veatch, Robert, *A Theory of Medical Ethics*, Nueva York, Basic Books, 198, hablan incluso de una relación contractual tripartita en el ejercicio de las profesiones de la salud. En primer término, existiría un contrato o acuerdo “ético profesional” con la comunidad médica. Un segundo acuerdo con la sociedad, que espera que las/os profesionales cumplan con los deberes legales y éticos que han asumido al obtener la matrícula. Y un tercer contrato con cada paciente, en que cobrarían la mayor importancia elementos como el respeto de la autonomía, confianza, etcétera. Por tanto, no es razonable que el/a profesional una vez aceptados los términos de este “contrato” decida relevarse del cumplimiento de alguna de sus obligaciones. Veatch, Robert, *A Theory of Medical Ethics*, Nueva York, Basic Books, 1981; May, William, “The Composition and Function of Ethical Committees”, *Med Ethics Journal*, vol. 1, núm. 1, abril de 1975, pp. 23-29; Rhodes, Rosamond: “Molding Professional Character”, en Nuala, Kenny y Wayne, Shelton (eds.), *Lost Virtue: Professional Character Development and Medical Education*, San Diego, Elsevier Press, 2006, pp. 99-115.

<sup>27</sup> Este conocimiento, por supuesto, deriva de una combinación entre el marco legal vigente en un país (las prestaciones legales y las que no lo son) y el avance de la ciencia (desarrollo de nuevos procedimientos o campos de aplicación médica), que son dinámicos, por tanto, la proyección del alcance de las prestaciones posibles debe ser realizado por quienes ejercen cada especialidad en la medicina. Según el modelo de la “promesa” propuesto por



pretender eximirse de una prestación que sabían era parte del catálogo de sus obligaciones. En este último caso, por ejemplo, las alternativas de anticoncepción: probablemente un/a profesional especialista en ginecología graduado hace 40 años, no imaginaba que podría verse en la obligación de colocar un implante hormonal subdérmico ya que no se había aprobado su uso en ese momento.<sup>28</sup> Sin embargo, sí sabía que la anticoncepción es una de las tareas que le correspondería en su labor profesional, con lo cual, si el mecanismo cambia, la sustancia de la prestación es la misma y de acuerdo con esta postura, no habría lugar para invocar la objeción de conciencia. El mismo razonamiento se seguiría en el caso del aborto, si al momento de su graduación como ginecóloga/o era una práctica ilegal.<sup>29</sup> Este/a profesional, como hecho de público conocimiento, sabría que las mujeres mueren (en la Argentina, por ejemplo, como primera causa de mortalidad materna),<sup>30</sup> por esa causa, y que esas muertes son evitables con la intervención de personal capacitado que lo lleve adelante en condiciones seguras, por lo que es esperable que el gobierno tome medidas que impliquen que las/os profesionales intervengan para evitar dichas muertes, al menos en algunos casos.<sup>31</sup>

---

Alexander (2005), este marco (normativo y científico) da contenido a las obligaciones a que se comprometen profesionales de la salud cuando deciden tomar una especialidad particular. Véase Alexander, John, “Promising, professional obligations, and the refusal to provide service”, *HEC*, Forum, vol. 3, núm. 17, 2005, pp.178-195.

<sup>28</sup> Si bien los implantes sub-dérmicos fueron inventados en 1967, sólo hasta 1975 se estableció el tipo de hormona que podría resultar adecuada para estos dispositivos y las pruebas médicas para su aprobación en los Estados Unidos se completan en 1983 (Norplant) y recién en 1993 comienza su distribución efectiva. *The Single-Rod Contraceptive Implant*, Asociación de Profesionales de la Salud (ARHP), 2008, disponible en: <http://www.arhp.org/publications-and-resources/clinical-proceedings/Single-Rod/History>.

<sup>29</sup> No sería el caso de Argentina donde el aborto es legal, en tres supuestos (violencia sexual, peligro para la salud y/o para la vida de la mujer) desde hace cerca de 100 años (1921), con lo cual todos los/as profesionales deberían tener claro que es su obligación realizar esa práctica, si eligen alguna de las especialidades relacionadas. Pero sí podría ser el caso de Colombia en donde el aborto era ilegal hasta 2006 en todos los casos y su liberalización se da por medio del fallo C-355/06 de la Corte Constitucional.

<sup>30</sup> *Estadísticas vitales. Información básica, año 2012*, Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud de la Nación, 2013, disponible en: <http://www.deis.gov.ar/Publicaciones/Archivos/Serie5Nro56.pdf>.

<sup>31</sup> El aumento del riesgo de muerte derivada de las prácticas inseguras de aborto, sería sólo una de las razones que llevarían a la legalización del aborto, no es objeto de este escrito analizar las demás razones, que son incluso más potentes, sino únicamente señalar una de ellas a manera de ejemplo.

En tercer lugar, aparece un argumento fuerte acerca de la legalidad. Tiene que ver, más allá del deber general de respetar las normas vigentes, con la posición de garante<sup>32</sup> que asumen las/os profesionales frente a sus pacientes, a la sociedad y a su profesión.<sup>33</sup> Por la cual no les es dable susstraerse al cumplimiento de deberes derivados de su profesión, ya que pueden afectar los derechos y la salud de sus pacientes.

Un cuarto argumento se deriva de la relación médico-paciente, que implica un deber especial de respeto por la autonomía y los demás derechos del paciente. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de Canadá<sup>34</sup> (1992), se trata de una “relación fiduciaria”,<sup>35</sup> en donde una de las partes debe poner a disposición de la otra su fuerza y sus conocimientos para realizar todo aquello que resulte en el *mejor interés* de la otra parte, en este caso es la garantía de los derechos del/a paciente, especialmente dignidad, autonomía y el respeto por la diversidad, entre otros. En este sentido, la ley debe proteger, primordialmente, a la parte más débil de la relación, aquella que se acerca al/a profesional de la salud para evitar o para tratar una afectación a su salud biopsicosocial. El monopolio del conocimiento técnico que tiene la/el profesional de la salud, y los privilegios que le otorga la sociedad y la ley por el ejercicio de esa tarea, deben ser compensados poniéndose al servicio del interés del/a paciente con lealtad, buena fe y resolviendo los conflictos éticos a favor de la persona contratante. Por ello no es posible oponer objeción de conciencia frente a una práctica que es solicitada voluntariamente por un/a paciente.

Un quinto argumento rechaza la objeción de conciencia sanitaria por sus consecuencias discriminatorias, ya que afecta de manera más gravosa a los

---

<sup>32</sup> Si bien este término hace referencia a una figura de la teoría dogmática penal, se aplica en el caso de las/os médicos que tienen el deber especial de protección de la vida, la integridad física y psíquica de sus pacientes que implica atenerse a los adelantos tanto científicos como a los marcos normativos vigentes que regulen su profesión y especialidad. Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de Colombia “La posición de garante para el médico consiste en el deber de encausar debidamente el peligro hallado en la integridad física o psíquica del paciente para buscar —por todos los medios posibles— su pronta cura o alivio y evitar que ese peligro se convierta en un resultado nefasto”. Véase Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 8 de noviembre de 2007, núm. 27.388. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

<sup>33</sup> Veatch, Robert, *A Theory of Medical Ethics*, Nueva York: Basic Books, 1981.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia de Canadá. Norberg vs. Wynrib. File núm. 21924, 1991, 19 de junio de 1992: 18 de junio, [1992a] 2 SCR 226.

<sup>35</sup> Es importante resaltar que la Corte en este caso no se expide en relación con la objeción de conciencia directamente sino sobre la relación médico-paciente y los deberes especiales que esta supone. Este argumento sirve perfectamente para justificar la prohibición de la objeción de conciencia sanitaria.

sectores pobres y las minorías en situación de vulnerabilidad, en particular a las mujeres.<sup>36</sup> La aceptación de la objeción de conciencia sanitaria se trata de la aceptación de la discriminación a las mujeres y otros grupos minoritarios, de formas que sería inaceptable frente a otros sujetos. Fiala<sup>37</sup> califica a la negativa de realizar una práctica médica como una “desobediencia deshonrosa” en vez de una objeción de conciencia. Considera que, si se presentara frente a personas negras, judías o musulmanas, la objeción de conciencia sería inaceptable, pero como en general afecta a mujeres, personas jóvenes (de 10 a 25 años), personas trans, gays y lesbianas, resulta aceptable y se puede discutir su reconocimiento. Es entonces el reflejo de las estructuras opresivas de nuestras sociedades que se traslada explícitamente al ordenamiento jurídico para perpetuar la subordinación de algunos grupos.

Los efectos de esta discriminación, se pueden constatar con mayor intensidad en personas que pertenecen a grupos que tienen factores cruzados de subordinación, como la pobreza. Se ven más afectados, no sólo por estar, generalmente, menos informados acerca de sus derechos como pacientes, sino también porque tienen menores posibilidades de cambiar su médico/a tratante y obtener la prestación. Esto, sumado a que la cobertura de salud es restringida para esta población y la atención que reciben es, en muchos casos, de emergencia, no permite sino hablar de una verdadera inminencia de daño o lesión a sus derechos fundamentales como la vida, la salud, la dignidad, etcétera. El ejemplo de la salud sexual y reproductiva, y en particular la anticoncepción y el aborto, es paradigmático en este sentido, ya que la objeción a estas prestaciones tiene el potencial de afectar de modo diferencial a las mujeres, y particularmente a las de bajos recursos, por las razones mencionadas.

Esta posición, inadmisibilidad de la objeción de conciencia sanitaria, la sostienen países como Suecia y Venezuela, en donde se ha prohibido la objeción de conciencia en materia sanitaria,<sup>38</sup> considerando, entre otras razones, que las obligaciones profesionales son asumidas por las personas en

---

<sup>36</sup> Alegre, Marcelo, “Opresión a conciencia: la objeción de conciencia en...”, *cit.*

<sup>37</sup> Fiala, Christian y Arthur, Joyce, “Dishonourable Disobedience. Why Refusal to Treat in Reproductive Healthcare Is Not Conscientious Objection”, *Woman Psychosomatic Gynaecology Obstetrics*, vol. 1, diciembre de 2014, pp. 12-23, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.woman.2014.03.001>.

<sup>38</sup> Para consultar por otros países con la misma postura véase Heino, Anna, *et al.*, “Conscientious Objection and Induced Abortion in Europe”, *The European Journal of Contraception and Reproductive Health Care*, vol. 18, agosto de 2013.

uso de su libertad y por tanto los compromisos profesionales se adquieren a sabiendas de sus convicciones morales.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 59, sobre libertad de religión y de culto, establece que “Nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otro u otra el ejercicio de sus derechos” y agrega en el artículo 61, sobre libertad de conciencia, que “la objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”.<sup>39</sup>

En Suecia,<sup>40</sup> si bien constitucionalmente se rechaza la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia, en materia sanitaria se ha reconocido que los/as directores/as de hospitales pueden reconocer situaciones análogas. Es decir, se permite organizar los servicios de salud (más exactamente el personal de servicio) de manera que, en lo posible y sin que afecte las prestaciones, quienes expongan profundas convicciones morales contrarias a una determinada prestación no las realicen usualmente, aunque deberán realizarlas en caso de que no exista otra/o profesional disponible.<sup>41</sup> Por supuesto, la regla general en Suecia es que las convicciones morales/religiosas no son tomadas como criterio de organización de los servicios, por cuanto se privilegia la legalidad, el cumplimiento del deber legal, profesional y moral con las/os usuarias/os. La figura jurídica de la objeción de conciencia no existe. Sin embargo, por razones prácticas es posible utilizar mecanismos para relevar de ciertas prácticas a quienes vean afectadas profundamente sus convicciones morales.

## 2. *Admisibilidad protegida*

En una posición opuesta, se encontró a los sectores que creen que la objeción de conciencia es un derecho fundamental, que no puede ser negado y su restricción debe ser excepcional y establecida por ley.

---

<sup>39</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 61. “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte la personalidad o constituya delito. La objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”.

<sup>40</sup> Navarro-Valls, Rafael, “La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 1986; y Saunders, Peter, “Abortion and Conscientious Objection”, *Revista Nucleus*, enero de 1996, pp. 9-14.

<sup>41</sup> Navarro-Valls, Rafael, “La objeción de conciencia al aborto...” *op. cit.*, pp. 47 y 48.

Esta postura corresponde a posiciones conservadoras, pues suele relacionarse la objeción de conciencia con deberes religiosos, y por tanto se considera que, en algunos supuestos, es obligación de los creyentes eximirse de la realización de algunas prácticas como el aborto e incluso en algunas religiones o credos todas las formas de anticoncepción.<sup>42</sup> Aunque no se encontró dentro de la muestra estudiada ningún Estado que sostenga esta postura, asociaciones privadas de profesionales de la salud de distintas especialidades, incluyendo médicos, ginecólogos, enfermeras, farmacéuticos, entre otros,<sup>43</sup> impulsan fuertemente esta postura, con intenso activismo para conseguir su adopción en distintos niveles.

Esta postura favorece el uso abusivo de la objeción de conciencia más allá de lo que las normas locales permiten, como mecanismo de presión para desarticular las políticas públicas que protegen grupos desaventajados, por ejemplo, mujeres, niñas/os, adolescentes, personas mayores, sexualidades diversas, personas viviendo con VIH, etcétera. Es el caso de lo ordenado por el Papa Juan Pablo II y reiterado por la Congregación para la Doctrina de la Fe del Vaticano que, en 2008, se pronunció en la encíclica *Dignitas Personae* instigando a los feligreses de la religión católica a que recurran a la objeción de conciencia para evitar la práctica de abortos legales en sus respectivos países.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Se trata de la solicitud de un reconocimiento de la objeción de conciencia de un *absolutismo ético*, como lo describe Wicclair, en donde el deber moral o religioso se torna inderrotable, incluso ante la vulneración de derechos como la vida de otra persona. Véase Wicclair, Mark, *Conscientious Objection In Health Care: An Ethical Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

<sup>43</sup> Ejemplos de este tipo de organizaciones son: Federación Internacional de Médicos Católicos (FIAMC); Asociación Médica Católica Americana (CMA); la Asociación de Médicos Católicos del Reino Unido; en la Argentina, el Consorcio de Médicos Católicos (CMC).

<sup>44</sup> De la misma forma el Papa Benedicto XVI, instó al uso de la objeción de conciencia para evitar la práctica de abortos legales (Servicios de prensa del Vaticano), valiéndose del pronunciamiento del Consejo de Europa (Resolución 1763 de 2010) que reconoce la objeción de conciencia, condicionada a la garantía del derecho las/os pacientes al acceso a las prestaciones. En definitiva, el papa hace un llamado a la *desobediencia civil*, que es una práctica ilegal, en donde el incumplimiento del deber legal tiene un objetivo político, impedir la implementación de una política pública o el ejercicio de un derecho. Sobre diferencias entre desobediencia civil y objeción de conciencia. Véase Peces Barba, Gregorio, “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, núm. 5, 1988-89, pp. 159-176; *Objeción de conciencia, educación sexual y libertad religiosa*, Servicio de Prensa del Vaticano, S. A., disponible en: [catholic.net](http://www.es.catholic.net), discursos papales, disponible en: <http://www.es.catholic.net/op/articulos/11091/cat/484/objecion-de-conciencia-educacion-sexual-libertad-religiosa.html>.

Esta es también la posición que comparten algunas asociaciones de médicos católicos,<sup>45</sup> así como de la Prelatura del Opus Dei, especialmente en relación con las prácticas de salud sexual y reproductiva, y muerte digna.<sup>46</sup>

### 3. Posición de aceptación condicionada o de regulación

En relación con la objeción de conciencia sanitaria también existen posiciones intermedias múltiples.<sup>47</sup> No pretendo asegurar que las anteriores posturas descritas son homogéneas, pero es evidente que dentro del amplio gris que representa esta postura intermedia, hay una mayor variedad de matices. Todas ellas pretenden, con diferente grado de intensidad, conciliar la tensión que reconocen entre las libertades de conciencia y de culto y los derechos humanos de las y los pacientes, entendiéndolos como dos extremos que deben ser asegurados por el Estado con diferente intensidad, ya que es claro que el potencial de afectación de derechos no es equiparable,<sup>48</sup> se entiende que en todos los casos la prioridad es el acceso al derecho a la salud y los demás derechos de las/os pacientes.

Adicionalmente, la regulación de la objeción de conciencia tiene un fundamento pragmático en cuanto, viene a garantizar la estabilidad del

---

<sup>45</sup> Aunque no son la mayoría, como lo confirma Veatch, Robert, *op. cit.*, el absolutismo ético es solicitado por grupos minoritarios, ya que la mayoría de profesionales de la salud religiosas/os y sus asociaciones, han desarrollado teorías morales como la del “doble efecto”. Según esta doctrina se permite interrumpir embarazos en casos de riesgo de la vida de la mujer gestante, ya que la actuación del equipo de salud no tendría como objetivo terminar la vida en gestación sino preservar la vida de la mujer, para lo cual resulta imposible de evitar la muerte del feto.

<sup>46</sup> Sin embargo, la postura de estos grupos que admiten ampliamente la objeción de conciencia no se mantiene de la misma forma frente a situaciones como la aplicación de la pena de muerte y la prestación del servicio militar obligatorio, eventos en los que incluso han llegado a hacer activismo. Es este el caso de Alemania, en donde, los mismos sectores democristianos que instigan al uso de la objeción de conciencia contra el aborto, se opusieron al reconocimiento de la objeción de conciencia frente a la conscripción obligatoria. “Legalizada la objeción de conciencia en la República Federal de Alemania”, *El País*, Madrid, 2 de agosto de 1977. Véase Dickens, Bernard, “Servicios de salud...”, *cit.*, pp. 2-9.

<sup>47</sup> Véase Heino, Anna, *op. cit.*

<sup>48</sup> Este ha sido el reclamo de diversas organizaciones de la sociedad civil y organismos de defensa de los derechos humanos que alertan sobre el uso no regulado de la objeción de conciencia y los peligros que esto supone. Uno de ellos es la utilización sistemática de la objeción de conciencia como instrumento de desarticulación de políticas públicas de salud sexual y reproductiva. El caso más referido tiene que ver con el aborto y es detallado por el Informe del Relator especial para el derecho a la salud (2011).

“mercado moral”, en palabras de Jarosch.<sup>49</sup> Según éste, la regulación de la objeción de conciencia aparece como una garantía tanto para las conciencias disidentes,<sup>50</sup> como para las beneficiarias de la norma objetada que, en teoría, serían las conciencias de la mayoría.<sup>51</sup> De acuerdo con esta postura, por un lado, las personas cuyas convicciones morales chocan de manera irreconciliable con la carga impuesta por la norma (no aquellas personas que sientan incomodidad o disgusto moral) puedan apartarse de su cumplimiento, y por otro lado, a través de la regulación pública, garantiza mediante deberes individuales y, sobre todo, institucionales, que se respeten tanto la conciencia como los derechos de las personas que se puedan ver afectadas por el ejercicio de la objeción, como se pasará a mostrar.

En general, dentro de esta postura se acepta la existencia de la objeción de conciencia en materia de salud, siempre limitada o condicionada en su ejercicio, por la garantía del acceso a las prestaciones legales de manera efectiva para las/os pacientes (Corte Constitucional Colombia, 2006 y 2009). Se entiende, la objeción de conciencia, como un mecanismo para asegurar el acceso a las prestaciones en las mejores condiciones, de forma que se protejan los intereses y derechos en conflicto, en los pocos casos en los que un deber moral central para una persona se ve enfrentado a un deber legal.

Entendiendo que las estrategias regulatorias deben tender a garantizar los derechos, principalmente de las/os pacientes, a continuación se describirán las principales características que se pueden observar en las regula-

---

<sup>49</sup> Jarosch, Jeffrey Paul, “Finding space for opposing consciences: Rehabilitating the moral Market place for the emergency Contraception debate”, *Northwestern University Law Review*, Illinois, vol. 103, núm. 3, 2009, pp. 231-233.

<sup>50</sup> Que en este caso serían las de quienes presentan objeción de conciencia, aunque por supuesto es muy discutible que representen una minoría, tanto en términos cuantitativos, como relacionales, en palabras de Puga y Vaggione. Esto, por cuanto, al menos en el caso de las prestaciones de salud sexual y reproductiva, su objeción muestra una alineación con la postura mayoritaria de las religiones canónicas y de los sectores más conservadores de la esfera laica (si es que existen de forma separada). Véase Puga, Mariela y Vaggione Juan Marco, “La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos”, en Vasallo, Marta, *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto*, Buenos Aires, Ferreyra, 2013.

<sup>51</sup> Es muy importante tener en cuenta que en estas situaciones no hay sólo una conciencia en juego, también está involucrada la conciencia de quien solicita la práctica, tras una evaluación de sus propias creencias morales. Quien solicita la práctica es porque considera que es lo moralmente correcto en su situación, ya sea anticoncepción transitoria, permanente de emergencia, un aborto, una vasectomía, etcétera. Además, se debe tener en cuenta que se presenta otro conflicto adicional con la moral pública, que, si bien no es una conciencia, es un conflicto moral importante a la hora de considerar el ejercicio de la objeción de conciencia. Esa moral pública en el caso concreto es expresada en la norma que impone el deber jurídico que se pretende objetar. También defrauda la moralmente a la sociedad quien objeta el cumplimiento de un deber legal.



ciones comparadas en este trabajo, con el fin de mostrar los elementos comunes y las diferentes alternativas de abordaje. Como se adelantó, sólo se abordan los aspectos de las regulaciones que se relacionan con la objeción de conciencia individual. De la misma forma, vale aclarar que se trata de una descripción normativa y no de políticas públicas, por tanto, los aspectos contextuales de las regulaciones y su inserción en las políticas de protección de los derechos y la salud sexual y reproductiva han quedado sustancialmente afuera de este análisis.

### III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS REGULACIONES <sup>52</sup>

La objeción de conciencia, como institución jurídica, está sujeta a la regulación de las condiciones para su ejercicio. Las estrategias de regulación de la objeción de conciencia que se han desplegado han sido variadas, dependiendo de la estructura administrativa sanitaria y de las posibilidades de atención disponibles.

El relevamiento realizado de las regulaciones que han abordado la objeción de conciencia sanitaria permitió identificar las siguientes características:

TABLA 2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS REGULACIONES SOBRE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Características	Descripción
Legitimación	Establece quiénes están habilitados para ejercer la objeción de conciencia. Pueden presentar objeción de conciencia las/os profesionales que realicen personalmente la práctica objetada (reconocimiento estricto). En algunos casos se extiende la habilitación a personal auxiliar, administrativo, etcétera (reconocimiento amplio).
Explicitación	La forma en la que se debe expresar la objeción de conciencia frente a las autoridades sanitarias o administrativas correspondientes. En general, debe expresarse personalmente de forma verbal o escrita.
Motivación	Las razones que son aceptables para el ejercicio de la objeción de conciencia, éstas pueden ser morales o religiosas. Algunas regulaciones sólo reconocen razones religiosas. En general, se debe explicar cuáles son las razones morales centrales para el/la objetor/a que impiden el cumplimiento del deber legal.

<sup>52</sup> En este apartado se tomarán en cuenta, únicamente las regulaciones que abordan la objeción de conciencia individual de profesionales de la salud.



Presentación formal	Formalidades exigidas para la validación de la objeción de conciencia. La expresión de la calidad de objetor se puede realizar frente a una autoridad designada para tal fin. Puede ser: director/a del servicio, autoridad sanitaria, autoridad específica como un consejo de objeción de conciencia.
Validación	Procedimiento de evaluación de la motivación para la aceptación de la objeción. Algunas regulaciones permiten la validación automática de las objeciones, la mayoría, sin embargo, exigen distintos tipos de constatación de la veracidad o el cumplimiento de los requisitos para ejercerla. Los requisitos pueden ir desde la evaluación por un juez, alguna autoridad administrativa (comité o encargada) o la superiora jerárquica, entre otros.
Plazo	Para la presentación de la objeción de conciencia. Puede ser desde el momento de solicitud de la matricula profesional, al solicitar un cargo en un servicio, al ingresar a un servicio o desde que la regulación entre en vigencia. En general, es de 30-90 días, una vez vencido el plazo no se puede alegar la calidad de objetor/a.
Presentación (previa o concomitante)	En la mayoría de las regulaciones sólo se acepta la objeción de conciencia antes de una solicitud concreta de la prestación objetada, ya que hacerlo de forma concomitante aumenta los riesgos tanto de afectación a la salud como de vulneración de derechos de las/os pacientes, en todo caso algunas regulaciones siguen esta opción.
Mecanismo de gestión	Se requiere la confección de mecanismos para neutralizar el riesgo generado para las/os pacientes por la condición de objetor/a de un/a profesional tratante. Ejemplo: registro de objetores/as, reglas de contratación y movilidad del personal sanitario en función de la calidad de objetores/as, sistemas de estímulos para profesionales que cumplen con sus deberes profesionales, entre otras.

La mayoría de las regulaciones comparadas toman en consideración los aspectos descriptos en la tabla 2, aunque el alcance y las estrategias de implementación son muy diversas en cada Estado, como se pasa a mostrar.

### 1. *Legitimación*

Se refiere a determinación de las personas que tiene autorización legal para presentar objeción de conciencia. Las regulaciones reconocen legítima-

ción *amplia*, para cualquier profesional de la salud o personal sanitario vinculado de alguna forma con las prácticas objetadas; o *restringida*, a que sea un/a profesional de salud que este obligada/o de acuerdo con su especialidad y cargo a realizar de propia mano las prácticas de salud objetadas.

La mayoría de las regulaciones consultadas, permite únicamente la objeción de conciencia de quienes participen directamente en la práctica, excluyendo la objeción de quienes tengan labores de preparación o atención posterior. En el caso del aborto quirúrgico, por ejemplo, las pruebas previas y la recuperación posterior no pueden ser rehusadas legítimamente, entendiendo que la conciencia de quienes participan de esta forma no se puede ver afectada de forma profunda.<sup>53</sup> Este es el caso de Colombia, de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional (sentencias C-355/06 y T-388/09), y México en su norma general de salud (1984).

En el Reino Unido,<sup>54</sup> por ejemplo, se reconoce una legitimación amplia que incluye las etapas previas y posteriores a la práctica, ya sea de la fertilización asistida, el aborto, etcétera. Pero se limita a las prácticas médicas

---

<sup>53</sup> Ejemplos de esta postura son: Australia, Belice, Bélgica, Canadá, Colombia, Ghana, Guayana, Italia, y Sudáfrica.

<sup>54</sup> Dos casos fallados por la Corte Suprema de Justicia Británica (House of Lords) confirman esta postura de reconocimiento de legitimación amplia para la objeción de conciencia, tanto para el personal médico como para las formas de intervención en la práctica. La primera es el caso del *Colegio Real de Enfermeros c/ Departamento de Salud y Seguridad Social del Reino Unido*. La demanda alegaba que cualquier intervención tanto en las etapas previas como posteriores a la práctica de un aborto legal, podría resultar lesiva a la moralidad de las enfermeras y enfermeros que debían tomar parte. La Corte, en una decisión muy dividida, concluyó que la autorización normativa para la objeción incluía todas las etapas de la práctica de la terminación del embarazo, aceptando una legitimación amplia, que incluye etapas previas y posteriores a la terminación en sí misma. Véase *Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security*, Great Britain, House of Lords, Jan 1981, [1981] AC 800, [1981] 1 All ER 545 CA and HL(E), [1981] 2 WLR 279, [1980] UKHL 10, disponible en: <http://swarb.co.uk/royal-college-of-nursing-of-the-united-kingdom-v-department-of-health-and-s-objeccion-de-concienciaial-security-hl-1981/>.

El otro caso, esta vez una administrativa fue despedida por incumplimiento de funciones después de rehusar la realización de una carta de derivación a una paciente que solicitaba la terminación de un embarazo, para que pudiese acceder a la práctica. La demandante, alegaba su derecho a la objeción de conciencia, en este caso la Corte entendió que, si bien el proceso de interrupción incluye las etapas previas y posteriores a la práctica, el reconocimiento de la objeción de conciencia se limita las intervenciones médicas, no puede extenderse a las cuestiones administrativas. Por tanto, niega la legitimación para la objeción de conciencia y por tanto la terminación de su contrato laboral estaba justificada. Véase Corte Suprema de Justicia de Gran Bretaña (House of Lords, Great Britain). *Janaway v. Salford Health Authority*, Great Britain, House of Lords, 1988, 1 de diciembre de 1988, pp.1079-84.

propiamente dichas, las cuestiones administrativas o de suministro de medicamentos no están contempladas como pasibles de ser objetadas.

El caso de farmaceutas, y su legitimación para objetar la provisión de medicamentos (con o sin receta médica de acuerdo con la legislación local), ha sido muy discutido.<sup>55</sup> Sin embargo, la mayoría de legislaciones consultadas concuerdan en que no es posible presentar objeción de conciencia por parte de estas/os profesionales. Como ejemplo, el caso de Alemania, la negación de acceso a medicamentos puede generar la suspensión de la matrícula profesional (§§ 1 Abs. 2, 2 and 4 ApoG). Contrariamente, de acuerdo al código de ética del Colegio de Farmacéuticos de Gran Bretaña, se reconoce a sus asociadas/os la posibilidad de objetar la entrega de anticonceptivos postcoitales y píldoras abortivas, obviamente con la carga de asegurarse de entregar toda la información necesaria para que la persona que solicita el medicamento pueda recibirlo sin demoras, por un/a profesional no objetor/a.<sup>56</sup>

En Italia, por ejemplo, a pesar del activo reclamo de la Asociación de Farmaceutas Católicos para lograr el reconocimiento de la objeción de conciencia a sus profesionales, se mantiene vigente la regulación (Ley No.194/1978 y su reforma Ley No. 40/2004) que prohíbe la objeción de conciencia a profesionales que no estén implicados directamente en la práctica.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> En España, por ejemplo, aunque la norma no permite expresamente este tipo de objeción de conciencia, recientemente el Tribunal Constitucional Español (2015) reafirmó el derecho de farmaceutas a rehusarse a dispensar medicamentos cuando esta acción les represente un conflicto entre “valores constitucionales” únicamente, no así cuando se trate de conflictos con otro tipo de valores. En consecuencia, revoca la decisión que sancionaba a un farmaceuta que se negó a comprar y vender anticoncepción de emergencia y preservativos. El fallo resulta muy discutible, ya que hace una distinción sin fundamento atendible entre tipos de anticoncepción, en contra de toda la evidencia científica sobre el mecanismo de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia. Sin embargo, nos sirve para mostrar cómo algunos Estados refuerzan la ampliación de la legitimación para el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria. Véase Tribunal Constitucional español, sentencia del 25 de junio de 2015, en el recurso de amparo avogado, núm. 412-2012, disponible en: [http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP\\_2015\\_052/2012-00412STC.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_052/2012-00412STC.pdf).

<sup>56</sup> Sociedad Farmacéutica real de Gran Bretaña, (Royal Pharmaceutical Society), *Código y estándares de ética (Code of Ethics and Standards)*, 2007, disponible en: <http://www.rpharms.com/code-of-ethics-pdfs/coeppt.pdf>.

<sup>57</sup> Decreto Real del Ministerio de salud, núm. 1706 del 30 de septiembre de 1938. Detalles sobre la aplicación de esta norma en el Informe del Consejo de Ministros de Italia sobre objeción de conciencia de farmacéuticos (2011), disponible en: <http://www.palazzobjeciondeconcienciahigi.it/bioetica/eng/pdf>.

## 2. *Explicitación*

Este requisito supone que la calidad de objetor/a no opera automáticamente, por el sólo hecho de sentir una contradicción profunda entre el deber legal y un deber moral central para esa persona. Es necesario que se explicita este conflicto de forma que el Estado, las instituciones, la comunidad y sus pacientes puedan conocer esta situación. En general, este requisito se impone como condición previa al ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria. La objeción debe ser manifestada y expresada explícitamente para que pueda ejercerse.

Un ejemplo de este requisito, aparece claramente en la regulación de Noruega (The Act número 50, de 13 de junio de 1975, reformada en 2001) en donde se requiere presentación por escrito tanto al/a director/a del hospital como al/a jefe/a de servicio. Requisito de presentación por escrito se puede ver también en las regulaciones de España, Portugal y Alemania, como ya se mencionó.

## 3. *Motivación/justificación*

La justificación de la objeción de conciencia debe darse con base en razones morales centrales para quien pretende hacerse valer como objetor/a. Debe ser articulada de forma que, tanto la comunidad como el Estado, mediante sus poderes, puedan verificar la concurrencia de fundamento suficiente y validar su ejercicio. La intensidad con la que se presenta este requisito varía según las legislaciones. En México, por ejemplo, la regulación nacional<sup>58</sup> no requiere una justificación amplia de la objeción, sino que es suficiente la invocación de la objeción de conciencia por razones morales o religiosas.

Nuevamente Noruega resulta una buena referencia, de este requisito. Su regulación explícitamente indica que se debe entregar una “carta de motivación” adjunta a la solicitud de la objeción de conciencia. En Lituania (Decreto Ministerio de salud, 1994), por ejemplo, sólo se aceptan motivos religiosos para la objeción de conciencia sanitaria, por ello, la justificación debe ser sustentada tanto en un deber o norma religiosa comprobable, como en la centralidad de esa norma para el/la profesional. En Singapur (Termination of Pregnancy Act 1974, modificado en 1984), por su parte, se

---

<sup>58</sup> NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención. Artículo 6.4.2.7. Tratamiento de la violencia sexual.

debe realizar una motivación de la objeción de conciencia acompañada de un juramento solemne de la veracidad de su contenido.

#### 4. *Presentación formal*

Este requisito se deriva de los dos anteriores, pero merece ser tratado por separado por cuanto la formalidad, es una de las garantías del cumplimiento de los requisitos acá mencionados para la aceptación de las objeciones de conciencia en materia sanitaria.

Las formas en que esta expresión debe ser realizada también varían. En España,<sup>59</sup> por ejemplo, debe presentarse por escrito, al igual que en Portugal<sup>60</sup> e Italia<sup>61</sup> mientras que en Holanda<sup>62</sup> y México<sup>63</sup> se prevé la expresión oral al respecto frente a la autoridad designada. Algunos estados mexicanos, en su regulación local, han determinado mecanismos de expresión más precisos para el ejercicio de esta excepción. En la Argentina, tanto la regulación nacional<sup>64</sup> como la de algunas provincias como Santa Fe<sup>65</sup> y Mendoza,<sup>66</sup> desarrollaron formularios para la presentación de la objeción de conciencia por escrito y la provincia de San Luis consagró la demanda judicial de amparo como mecanismo para este fin.<sup>67</sup>

El requisito de motivación de la objeción de conciencia ha sido disputado por algunos grupos<sup>68</sup> que están en desacuerdo con el requisito de expre-

---

<sup>59</sup> Artículo 19.2 de la Ley 2 de 2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>60</sup> Artigo 4 de la Lei No. 6 11.5. de 1984 Exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez.

<sup>61</sup> Artículo 9o. de la L. 22 de mayo de 1978, n. 194. Norme per la tutela s objeción de concienciaiale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

<sup>62</sup> Ley del 1 de noviembre de 1984. Termination of Pregnancy Act.

<sup>63</sup> NOM-046-SSA2-2005, *cit.*

<sup>64</sup> Ministerio de Salud de la Nación, *Protocolo para la atención integral de personas con derecho a la interrupción legal del embarazo*. 2015, disponible en: <http://despenalizacion.org.ar/pdf/publicaciones/ProtocoloANP2015.pdf>.

<sup>65</sup> Resolución número 843/10. Registro de objetores de conciencia. Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe.

<sup>66</sup> Resolución 933 de mayo 13 de 2011. Crea el registro de objetores de conciencia en todo el sistema sanitario provincial.

<sup>67</sup> Ley número I-0650-2008. Regula al estilo de la objeción de conciencia frente al servicio militar que consagraba la Constitución Española de 1978 (artículo 30.2) que ordenaba el procedimiento judicial del amparo para su ejercicio (artículo 53.2).

<sup>68</sup> Es el caso, entre otros, de la organización religiosa “Médicos por la vida” en la provincia de Santa Fe en la Argentina, que se ha dedicado a persuadir a profesionales de la salud

sión explícita intentaron interponer el derecho a la privacidad en relación a las creencias, ideología y religión, como justificación para que la motivación de la objeción de conciencia no debiera ser expresada formalmente, así como para oponerse a la publicidad de los datos de quienes resulten objetores/as; sobre este último reparo, en la mayoría de las regulaciones sobre objeción de conciencia se ha aceptado que la expresión de la calidad de objetor/a opera como garantía del ejercicio de la excepción al deber legal. Por lo tanto, el conflicto que se presenta es aparente, ya que no es posible mantener fuera del conocimiento público, o como mínimo de las autoridades sanitarias, la calidad de objetor/a y a la vez ejercer dicha objeción en el servicio de salud. La expresión formal de la intención de hacerse objetor/a opera como autorización para la publicidad de los datos.

#### *Presentarse ante las autoridades designadas*

Este requisito se refiere a que la expresión de las objeciones de conciencia en el sistema sanitario debe realizarse frente a una autoridad competente que se encargará de relevar y validar las objeciones, así como de archivar, diseñar las listas o registro de objetores, si fuere el caso, y dictar medidas para garantizar la disponibilidad de personal no objetor para la realización de las prácticas en todo momento. Esta presentación puede hacerse ante una autoridad sanitaria, pero bien podría ser una entidad privada (colegios profesionales), una autoridad administrativa (Comisión de Conciencia) o una autoridad judicial.

Algunas regulaciones han establecido a la administración hospitalaria como la receptora de las objeciones de conciencia de su personal.<sup>69</sup> En este caso cada centro de atención autogestiona sus objeciones; generalmente es el/a director/a quien debe asumir esta responsabilidad. Como ejemplos, los casos de Colombia (sentencia C-355/06), México (NOM -046-SSA2-2005) e Italia (Ley 194 de aborto de 1978), en los que las objeciones de conciencia son administradas por el director/a de cada entidad prestadora de salud, asegurándose de que los servicios sean garantizados en todo momento a las/os pacientes. Con este fin, cada prestadora debe establecer sus mecanismos autónomamente como se verá más adelante.

---

para que presenten objeción de conciencia frente a las prácticas de salud sexual y reproductiva. El objetivo que han expresado tiene que ver con impedir la implementación de la ley de salud sexual y reproductiva en dicha provincia.

<sup>69</sup> Es el caso de las regulaciones de Noruega, Luxemburgo, Sudáfrica, Canadá, Brasil, Bosnia, Australia, Ghana, Irlanda, Hungría, entre otras.

Otras regulaciones, designan una autoridad sanitaria de mayor jerarquía. Así, por ejemplo, España (Ley 2/2010) instituye como la autoridad encargada de las objeciones de conciencia a la Gerencia de Atención Especializada que corresponda a cada profesional. Por su parte, en el nivel subnacional, por ejemplo, la comunidad autónoma de Navarra, en España, estableció que la gestión de las objeciones de conciencia estará en cabeza del Servicio Navarra de Salud, la máxima autoridad sanitaria de la comunidad foral. En este mismo nivel en la Argentina, la provincia de Santa Fe, fijó al Ministerio de Salud provincial como el ente que llevará a cabo las tareas de relevamiento y administración de las objeciones de conciencia.

Otra alternativa identificada, aunque usada por pocos Estados, separa del sistema de salud la validación de las objeciones, como es el caso de la provincia de San Luis, en el que se establece que será la autoridad judicial, mediante el recurso de amparo, quien determine la validez de la objeción de conciencia y habilite su ejercicio en el caso concreto. Por supuesto, este sistema requiere una articulación con el sistema de salud para organizar los servicios de modo que se respeten los derechos de las/os pacientes, pero garantiza la publicidad de la calidad de objetor/a ya que las sentencias tienen carácter público.<sup>70</sup> En el caso de la Argentina, en la provincia de San Luis, las objeciones se tramitan inicialmente ante el poder judicial local, y una vez han sido aceptadas la información se traslada a un órgano especial, creado dentro del poder ejecutivo, el “comité consultivo de objeción de conciencia”, que se encarga de apoyar la evaluación de las objeciones y de articular con el sistema de salud para garantizar la realización de las prestaciones objetadas.

##### 5. *Validación de la objeción de conciencia*

Se refiere al juicio informado por parte de la autoridad designada, acerca de la sinceridad<sup>71</sup> de las alegaciones acerca de la centralidad de las convicciones que llevan a presentar la objeción de conciencia, como lo ex-

---

<sup>70</sup> Por ejemplo, en la Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 17/06, crea el Centro de Información Judicial, cuyo objetivo es dar publicidad a los fallos y novedades del poder judicial federal. Tendrá que verse la efectividad de este mecanismo, que operará en el poder judicial provincial, para garantizar el derecho a la información y la elección del/a profesional tratante.

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 1953. Este fallo establece la carga para el/la objetor/a (en ese caso al servicio militar obligatorio) de demostrar la veracidad de la creencia y la centralidad de su cumplimiento en su vida, por medio de pruebas que puedan ser evaluadas por la autoridad designada.

plica White,<sup>72</sup> este análisis es necesario por cuanto permite determinar más que la veracidad de los contenidos morales alegados, la racionalidad de la objeción y descartar que existan motivos encubiertos, desconocidos incluso por quien pretende objetar, que impidan el ejercicio del privilegio. Según el autor, es necesaria su validación, por los riesgos que supone la objeción de conciencia tanto para las/os pacientes, como para el funcionamiento del sistema de salud. Por ello es necesario realizar un juicio estricto de proporcionalidad (*balancing of interests*) entre la centralidad de la creencia, el grado de conflicto en que se halla con la norma o con el deber legal y finalmente, la ausencia de alternativas menos lesivas para conciliar los intereses en conflicto. Esto con el objetivo de asegurar que la objeción de conciencia responda a las características y condiciones aceptadas por la legislación local, así como que la persona objetora conoce las cargas y obligaciones a que se compromete como consecuencia del ejercicio de la objeción de conciencia.

Se han adoptado diferentes mecanismos para la evaluación de la justificación presentada por el/la objetor/a. Las alternativas van desde la validación automática de la objeción por el sólo hecho de presentarla, por ejemplo, la legislación mexicana; hasta estrategias como las de la provincia de San Luis que establece que debe recurrirse a un proceso judicial, en su caso el amparo, para que sea un/a juez/a quien determine la validez de la objeción de conciencia alegada. En dicha provincia también se creó un comité consultivo de la objeción de conciencia en el ámbito del poder ejecutivo, ante el cual los/as jueces/zas deben solicitar opinión no vinculante, sobre la validez de cada objeción de conciencia tramitada (Ley No. I-0650-2008 y Decreto 3024/09). Esta opción regulatoria ha mostrado efectividad en otras latitudes,<sup>73</sup> en el caso de la objeción de conciencia a la conscripción obligatoria, en el que jóvenes recién egresados de la secundaria acudieron a la justicia para ser declarados como objetores, las cifras muestran que las solicitudes fueron aceptadas y la respuesta en la mayoría de los casos fue afirmativa. Ahora bien, en el escenario que nos ocupa, actores/as informados, como

---

<sup>72</sup> White, James, "Processing Conscientious Objection Claims: A Constitutional Inquiry", *California Law Review*, Berkeley, vol. 56, núm. 3, mayo de 1968.

<sup>73</sup> En relación con el servicio militar obligatorio la mayoría de países iniciaron el reconocimiento de la objeción por vía judicial (objeción de conciencia propia) y algunos posteriormente la reconocieron por vía legislativa (objeción de conciencia impropia) asignándole, en algunos casos, una vía administrativa para su declaración. Véase Ajangiz, Rafael, "The European Farewell to Conscription?", en Mjøsset, Lars y Van Holde, Stephen (eds.), *The Comparative Study of Conscription in the Armed Forces. Comparative Social Research*, United Kingdom, Emerald Group Publishing Limited, 2002; Burk, James, "Citizenship Status and Military Service: The Quest For Inclusion by Minorities and Conscientious Objectors", *Armed Forces & Society Summer*, núm. 21, 1995, pp. 503-529.



los/as profesionales de la salud, se presentarían ante autoridades que cuentan con mecanismos adecuados para hacer valoración de pruebas, testimoniales, documentales, etcétera, tanto sobre la sinceridad de las razones alegadas, como sobre la racionalidad de las mismas, dependiendo del contexto.

Otra estrategia contempla la creación de una instancia administrativa en el sistema sanitario para los procesos de evaluación y verificación de las objeciones de conciencia. La finalidad de estos procesos apunta a la instrucción de quienes se consideran objetoras/es para que, además de presentar la objeción de conciencia y su motivación, conozcan las obligaciones que se desprenden de tal calidad y las condiciones en que puede ser ejercida la excepción; así como a la autorización para el ejercicio de la objeción de conciencia en las condiciones que los servicios de salud lo permitan. Se trata, pues, de una garantía tanto para el/la profesional, respecto de la legitimidad de su reclamo de incumplimiento de un deber legal asegurando que no pueda ser objeto de sanciones por ese hecho y, a la vez, de una garantía para los servicios de salud ya que podrán organizar su planta de prestadores de forma tal que pueda cumplir con las prestaciones ordenadas por la ley.

En esta línea se encuentra la regulación holandesa (Abortion Act del 1 de noviembre de 1981) que contempla la evaluación de la objeción por medio de un comité *ad hoc*, ante el cual las/os objetores/as deben presentarse y fundamentar su objeción de conciencia tanto de manera escrita como oral. Se evalúan “hechos de base” acerca de la racionalidad de los motivos de la objeción de conciencia, estos pueden ser la pertenencia y práctica asidua de una religión determinada, hasta la participación en grupos civiles en contra de determinadas prácticas. También se pueden acercar razones sustentadas en juicios morales que no tengan base en actos verificables, la evaluación del caso concreto será determinante para afirmar si se justifica la aceptación de la objeción de conciencia o no.

Se encuentra también la regulación danesa (Ley núm. 350/1973, con su enmienda Ley núm. 389/1995) que inspira el proyecto de ley presentado en 2011 en Colombia para la regulación de la objeción de conciencia, según el cual se establecerían “comités de conciencia” para este fin. Se trata de autoridades administrativas establecidas con esta única finalidad; mientras se termina su creación serían las personerías municipales las encargadas de la gestión de la objeción de conciencia. En este supuesto, la objeción también debería presentarse por escrito, y la autoridad tendría un plazo de 30 días para evaluarla, dentro de los cuales podría citar al/la solicitante para que aclare o amplíe su fundamentación de manera oral o escrita, caso en el cual tendría 10 días para allegar las acreditaciones solicitadas por el comité en, caso de no fijarse audiencia oral.

En la Argentina, por ejemplo, está la provincia de Santa Fe, en donde se realizó un proceso de validación de las objeciones de conciencia presentadas con base en lo ordenado en la Res. 340/10, que incluyó dos etapas: una primera de relevamiento de las objeciones, y una segunda de confirmación/ratificación de aquellas que no superaron el examen de validación.<sup>74</sup> Esta última etapa incluyó, tanto la evaluación de las motivaciones alegadas para invocar la objeción de conciencia, como la capacitación del personal sanitario en relación al contenido y los deberes que conlleva la calidad de objetor/a.<sup>75</sup>

#### 6. *Plazo para expresar la condición de objetor/a: presentación previa*

La mayoría de las regulaciones establecen un término para presentar la declaración de objeción de conciencia. Aclarando que las objeciones presentadas fuera del término no pueden ser ejercidas.

La doctrina, así como las legislaciones consultadas sobre el tema, acuerdan en que la objeción de conciencia debe ser presentada de manera previa a la solicitud de la práctica objetada. Ello por cuanto la más importante limitación para el ejercicio de la excepción al deber se relaciona con la afectación de los derechos de las/os pacientes. En este caso se trata de los derechos a recibir atención en salud sin dilaciones; a recibir información sanitaria completa, veraz y clara; a elegir el/la profesional tratante; a la salud integral; a la igualdad, entre otros. En este sentido, la presentación previa opera como garantía de doble vía: por un lado, permite a las/os pacientes acudir a profesionales no objetoras/es cuando solicitan una práctica pasible de ser objetada o ser derivados sin dilaciones a personal no objetor de turno. Por otro lado, asegura que las/os profesionales objetores no se vean obliga-

---

<sup>74</sup> Los criterios tenidos en cuenta para la validación, se refirieron particularmente a la motivación de la objeción de conciencia. En primer lugar, para asegurar que se tratara de convicciones morales centrales, basadas en evidencia científica actualizada y aceptada por la comunidad médica nacional e internacional. Es común que profesionales de la salud con errores o falta de información sobre algunos aspectos de la práctica objetada, cambien su decisión una vez actualizan su conocimiento. También es necesario el análisis de la objeción para evitar errores sobre la motivación aceptable para la objeción de conciencia, se ha detectado que profesionales con sobrecarga de trabajo o con prácticas médicas privadas prefieren eximirse de la realización de ciertas prácticas para realizarlas sólo bajo determinadas circunstancias, estos casos, como es lógico, deben ser detectados e invalidadas las pretendidas objeciones, por no ser tales.

<sup>75</sup> Este proceso aún se está llevando adelante por el Ministerio de Salud provincial.

dos a realizar la práctica objetada, ya que los servicios de salud podrán ser organizados para que se encuentre en servicio personal no objetor.

En países como España (Ley 2/2010) e Italia (Ley de aborto 194 de 1978), entre otros,<sup>76</sup> la objeción de conciencia debe presentarse a partir de la habilitación para el ejercicio profesional o, en su defecto (para el caso de practicantes), desde la asunción del puesto en un servicio. Además, se fija un plazo de treinta días para que las/os profesionales de todos los centros de atención sanitaria, al momento de la entrada en vigencia de la ley, pudiesen expresar su objeción. En la Argentina, en la provincia de Mendoza (Res.933/11) y en la provincia de Santa Fe (Res. 843/02), se sigue este mismo sistema de plazo para la objeción de conciencia.

Algunas regulaciones prevén la posibilidad de presentar la objeción ante la solicitud de la práctica, garantizando que la prestación se realice dentro del plazo legal establecido. Es el caso de países como Croacia, Portugal, Francia, Holanda, y Hungría, así como de leyes estatales de México,<sup>77</sup> Jalisco<sup>78</sup> y Querétaro<sup>79</sup> en México o Castilla-La Mancha<sup>80</sup> en España. En este último caso la objeción debe darse siete días antes de la fecha indicada para la práctica, con el fin de asegurar la prestación en tiempo y forma por personal no objetor. Sin embargo, parecería que esta estrategia de regulación no resulta adecuada ya que, además de exponer al/a profesional objetor/a de la realización de la práctica en los casos en que la objeción pierde validez (urgencia y ausencia de personal no objetor) dada la falta de previsibilidad del ejercicio de esta excepción, también lesiona derechos de las/os pacientes reconocidos en todas las legislaciones nacionales e internacionales, como el derecho a la información y a la elección del/a profesional tratante. Además de que, por supuesto, esta situación constituye una dilación injustificada ya que, como se vio, existen mecanismos de regulación del ejercicio de la objeción de conciencia que resultan más adecuados para proteger todos los intereses y derechos en juego.

---

<sup>76</sup> Regulaciones de Argentina (tanto el protocolo nacional de interrupción voluntaria del embarazo de 2015, como algunas regulaciones provinciales), Canadá, Colombia, Irlanda, Reino Unido, Singapur, Uruguay, entre otras.

<sup>77</sup> Artículo 16.7 de la Ley de Salud, aprobada en Toluca de Lerdo, México, diciembre 18 de 1986.

<sup>78</sup> Artículo 18 de la Ley estatal de Salud, aprobada el 16 de diciembre de 1986.

<sup>79</sup> Artículo 45, de la Ley de Salud del Estado de Querétaro, publicada en el periódico oficial del Estado *La Sombra de Arteaga*, núm. 7, 30 de enero de 2010.

<sup>80</sup> Orden de 21 de junio de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo. Con su modificatoria Orden de 14 de octubre de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modifica la Orden de 21 junio 2010.

Cuestión diferente al plazo de presentación de la objeción de conciencia, pero que también debería ser contemplada en la regulación sobre el tema, es el plazo para informar al/a consultante sobre la calidad personal de objetor/a de su tratante. De acuerdo con la estrategia regulatoria elegida, será más o menos probable que un/a profesional objetor/a se encuentre frente a un caso de solicitud de una práctica objetada. Pero en todos los casos, existe la posibilidad de que esta situación se presente, y por ello es necesario establecer reglas que tengan en cuenta obligaciones sobre el momento, el tipo de información (calidad de objetor/a y prácticas objetadas), pero también sobre la forma en que se debe dar esta información. Este último requisito es especialmente importante ya que, como lo reconoció el Colegio de Médicos y Cirujanos de Ontario, Canadá (2014), se puede convertir en un juicio moral sobre la decisión del/a paciente, es por ello que establece la obligación, para sus asociados, de no entregar razones de la objeción, sino únicamente asegurar que se trata de razones “de conciencia” o “personales” y no de razones “clínicas” o “médicas” por las que desaconsejaría la práctica objetada.

En relación con este punto, por ejemplo, la legislación belga establece la obligación de informar a todas las personas consultantes sobre la objeción de conciencia desde la primera consulta (artículo 348CP Inc.2, núm. 6), en el mismo sentido la legislación francesa (Ley 75/75 mod. 1979). Sin embargo, se constató que la mayoría de las legislaciones no prevén mecanismos específicos para dar información acerca de la calidad de objetor/a de los profesionales.

Algunas estrategias para la publicidad de la información sobre la objeción de conciencia de cada profesional han sido propuestas, por ejemplo: la ubicación de carteles de aviso en la puerta de los consultorios en los que se aclare las prácticas objetas; la ubicación de listados de objetores/as en las zonas de ingreso de los servicios o habilitación de páginas web en las que se dé acceso amplio a los datos sobre las prácticas objetadas, los lugares y horarios de atención de esos/as profesionales. En la provincia de Santa Fe, se habilitó una pestaña en la página web del Ministerio de Salud para acceder a la información sobre el personal objetor de conciencia. Allí se puede consultar tanto el nombre, el servicio, los turnos del/a profesional objetor/a, así como las prestaciones que objeta, con el fin de que todas las personas puedan acceder a la información y elegir su profesional tratante de manera informada.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Registro de objetores/as, disponible en: [http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/126120/\(subtema\)/93802](http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/126120/(subtema)/93802).

#### IV. ADMINISTRACIÓN DE LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA: EL REGISTRO DE OBJETORES/AS

Como se ha dicho, la objeción de conciencia es un privilegio que se reconoce a las/os profesionales de la salud. Su ejercicio supone cargas asociadas tanto a nivel individual,<sup>82</sup> como institucional para que no afecte los derechos de quienes requieren las prácticas objetadas. Es por ello que su reconocimiento, debe estar insertado en una política pública más amplia que garantice las condiciones para el adecuado acceso a los servicios de salud, particularmente en el caso de la salud sexual y reproductiva, por tratarse de prácticas altamente objetadas y de uso regular o rutinario de las personas, especialmente de las mujeres. En la mayoría de las regulaciones consultadas se ve un abordaje muy precario de los aspectos relacionados con la gestión sanitaria: organización de la planta de personal en función de su disposición a realizar las diferentes prácticas ordenadas por las normas locales, garantía de oferta de servicios, reaseguros operativos para garantizar la accesibilidad a las prácticas objetadas, entre otras. En general, las regulaciones se limitan a diseñar estrategias para la presentación de las objeciones de conciencia. Una excepción muy loable es la de Noruega, cuya regulación se ocupa de los aspectos laborales (contratación de personal, justa causa de despido, opción de reacomodación de la planta de personal, etcétera), administrativos (quién y cómo se garantiza tanto el ejercicio de la objeción como la realización de las prácticas sin cargas adicionales para las/os pacientes) y operativos (cómo, ante quién y cuáles son las cargas asociadas a la objeción de conciencia sanitaria).

Aunque existen variadas estrategias para lograr operativizar tanto las objeciones, como los servicios de salud que tienen personal objetor; uno de los mecanismos más recurridos en las regulaciones consultadas es el registro de objetores. Se trata de un registro oficial del personal que presenta válidamente objeción de conciencia.

---

<sup>82</sup> Se trata de los deberes de *información, derivación, atención de emergencia y ante la ausencia de personal no objetor*, y garantía del acceso a la prestación objetada por parte de la/el solicitante. Es decir, ante una consulta en la que se requiera o sea recomendable una de las prácticas objetadas es su deber informar y derivar al/a solicitante con un/a profesional no objetor/a. Así mismo, debe prestar atención en casos de emergencia o en los que no exista personal no objetor disponible. Además de los deberes generales de beneficencia, no maleficencia, respeto de la autonomía, justicia y no discriminación. Véase Cook, Rebecca y Dickens, Bernard, "Access to Emergency Contraception", *Journal of Obstet. Gynaecology*, Canada, vol. 8, núm. 26, 2004, pp. 706 y ss.

A continuación, se presenta una breve descripción de la doble finalidad de este mecanismo que, por un lado, facilita la organización del servicio sanitario y, por el otro, da a conocer la calidad de objetor/a de un/a profesional. En seguida señalaré las características que puede tener el registro de objetoras/es, indicando cuáles han demostrado mayor efectividad en la protección y garantía de los derechos, deberes e intereses en tensión.

TABLA 3. FINALIDAD DEL REGISTRO DE OBJETORES/AS DE CONCIENCIA

Finalidad	Alcance
Centralización de la información	Ya sea a nivel nacional, provincial/estadual o institucional, permite conocer dentro del universo del personal sanitario el número, identidad y especialidad de las/os objetoras/es, como las prestaciones objetadas.
Perfecciona la adquisición de la calidad de objetor/a	Por medio de la inscripción del profesional en el registro queda habilitado/a para eximirse de una práctica sanitaria particular en su actividad profesional.
Prueba de la calidad de objetor/a	Certifica la validación de la O. C.
Administración del personal	Permite a las autoridades sanitarias realizar las modificaciones necesarias para la garantía de los derechos tanto de las/os profesionales como de las/os pacientes.
Política pública: estadística aplicada	Permite planificar y gestionar los servicios a través del tiempo, ya que hace posible conocer la evolución de los servicios, identificar nudos problemáticos de resistencia al cumplimiento de deberes y planificar en cada servicio.

Los registros en general, y en particular el de objetores/as de conciencia, son herramientas para el manejo de información relevante para la gestión pública o privada en diferentes niveles. Permiten garantizar el acceso a bienes y servicios, controlar la calidad de los mismos y planificar estrategias para mejorar, ampliar y especializar las actividades. Como ejemplos: el registro civil, que releva información personal de las/os ciudadanas/os de un Estado, o el registro de clientes de un establecimiento de comercio.

El caso de los registros de objetores/as de conciencia, como registros públicos de carácter mixto, ya que comparten características de los registros administrativos<sup>83</sup> y de los registros jurídicos,<sup>84</sup> es particular ya que no sólo perfecciona la autorización para el ejercicio de la objeción de conciencia, por la inscripción, como también permite el desarrollo de política pública y administración sanitaria gracias a la información relevada y archivada en el registro.

Todos los registros, aunque cada uno con sus particularidades, comparan al menos los siguientes objetivos:

### 1. *Centralización de la información*

Se refiere a la sistematización unificada de la información, en este caso sobre las/os objetores de conciencia, para permitir la ejecución de una política de organización, el desarrollo de una estrategia común y coordinada —interna, interinstitucional o nacional— así como el control para la reducción de los riesgos y el incremento en la eficiencia de los servicios.

De acuerdo con la regulación la información será centralizada en cada centro de atención, a nivel provincial/estadual o nacional. Lo importante a este respecto, es que la información concentre los datos del personal en un único soporte para que se pueda acceder a todo el universo de objetores/as y así alcanzar las demás finalidades previstas.

### 2. *Seguridad jurídica: prueba de la calidad de objetor/a*

La finalidad probatoria se cumple ya que el hecho de aparecer inscripto/a en el registro de objetores/as indica que la calidad ha sido validada por la administración<sup>85</sup> y por tanto el/la profesional, dentro de los límites ya explicados —cumplimiento de deberes, atención en caso de urgencia o ausencia de personal no objetor e intervención directa en la prácti-

---

<sup>83</sup> Son aquellos que relevan “información referida a una unidad individual, persona física, hogar, empresa, etcétera, que ha sido diseñada, recogida y mantenida por una determinada administración pública con el propósito de controlar y/o tomar decisiones relativas a esa unidad individual”. Véase Sanz Diez, Bergoña, *Algunas reflexiones sobre el marco legal para la utilización de la información administrativa con fines estadísticos*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2006.

<sup>84</sup> Aquellos en cuya inscripción perfecciona la adquisición de un atributo, derecho o situación jurídica particular. Sanz Diez, Bergoña, *op. cit.*

<sup>85</sup> Mendoza del Maestro, Gilberto, “Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado”, *Actualidad Jurídica*, Lima, agosto de 2008, t. 177.

ca objetada— podrá ser excusado de la realización de un deber legal y profesional específico. En otras palabras, la persona registrada como objetora no tendrá que realizar actuaciones adicionales para alegar dicha calidad.

Se dice que abona en seguridad jurídica por cuanto dota de certidumbre acerca de la calidad de objetor/a de un/a profesional. Entonces el registro prevé seguridad jurídica estática y dinámica,<sup>86</sup> tanto a quienes invocan esta excepción como a las autoridades sanitarias y a las/os pacientes, porque les permite conocer esta información y así actuar en conformidad.

### 3. *Administración del personal sanitario*

Como se dijo, el registro es un mecanismo de gestión de la objeción de conciencia, no puede ser el objetivo de la regulación. El registro permite la administración del personal, servicios y rubros sanitarios de manera informada, además de dar publicidad y certeza a la información relevada, ya que en el registro se consigna información necesaria para estos fines. Por ejemplo, el registro de vehículos automotores permite, además de dar certeza sobre la titularidad de la propiedad, publicitar los datos relacionados con el bien y la/el propietaria/o, conocer la cantidad de vehículos y así ayuda a determinar, por ejemplo, el monto de los impuestos de tráfico o rodamiento, la necesidad de ampliación de vías o espacio de aparcamiento, etcétera.

En el caso del registro de objeción de conciencia, permite a las autoridades encargadas de los servicios sanitarios conocer, además de la identidad, especialidad y turnos de servicio de cada profesional, datos acerca de la totalidad de profesionales objetoras/es para disponer la planta de forma que en todo momento esté en guardia y en consulta personal no objetor para que la excepción pueda ser ejercida y si la información se difunde adecuadamente, permite que las/pacientes puedan elegir libremente a su tratante.

Sin embargo, cabe recordar que en los casos en que no exista personal no objetor disponible la obligación de prestación del servicio continua y la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia se suspende. De igual forma que en los casos de atención de emergencia, se debe privilegiar el acceso a las prestaciones y la protección de la salud y la vida de las personas. Es así como, por ejemplo, la ley británica (*Abortion Act 1967*), italiana (*Ley 194/78*) y de Guyana (*Pregnancy Act* núm. 7 de 1995) establecen expresamente que en casos de urgencia no se puede alegar objeción de conciencia.

---

<sup>86</sup> Díez Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1986, vol. II, p. 237.



#### 4. *Desarrollo de política pública: Estadística aplicada*

Más allá de la administración del personal, que es parte de la política pública, la información consignada permitirá a las autoridades competentes conocer datos acerca de la disponibilidad de personal, las razones por las que se objetan determinadas prácticas, las condiciones en las que lo hacen y desarrollar estrategias de política pública que permitan garantizar la satisfacción de las prestaciones a las/os usuarios del sistema de salud.

Los registros de este tipo, si bien no están diseñados con fines estadísticos, permiten el desarrollo de herramientas analíticas sobre la situación que se releve. Por medio de la estadística aplicada, con la información contenida en los registros se pueden generar informes que permitan no sólo el conocimiento de la situación del personal de los servicios sanitarios, que es fundamental para la gestión pública, sino además la planificación para el mejoramiento de la atención y la capacidad de respuesta de los servicios de salud. En otras palabras, se genera información capaz de impactar directamente en la política pública sanitaria.<sup>87</sup>

### V. CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO DE OBJETORES

TABLA 4. CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO DE OBJETORES/AS

Característica	Alternativas	
Obligatoriedad	Para tener la calidad de objetor/a se debe estar inscrito/a.	
Rogación	Es a pedido del/a profesional que pretenda ser objetor/a.	
Legitimación	Concreta (vinculación indirecta con la práctica).	Amplia (cualquier intervención relacionada con la práctica).
Publicidad	Acceso del público en general.	Exclusivo a las autoridades sanitario.

<sup>87</sup> Uribe Villegas, Oscar, “Consideraciones preliminares para un esbozo de programa de estadística aplicada a la política”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 22, núm. 1, enero-abril de 1960, pp. 129-206.

Plazo	Fijo desde la implementación del registro o el ingreso al servicio.		Ante la solicitud de una práctica programada.
Unidad	Centralizado por autoridad sanitaria superior.		En cada institución de salud.
Implementación	Administrativa.	Judicial.	Sanitaria.
Administración	Autoridad sanitaria de cualquier nivel (institucional, estadual/provincial, nacional), una autoridad por fuera del sistema de salud.		

### 1. *Obligatoriedad*

En el caso del registro de objetores/as en el sistema de salud, se trata de un registro obligatorio, ya que en la mayoría de las legislaciones (consultadas) en que se elige este mecanismo, las/os profesionales que pretendan adquirir la calidad de objetores deben hacerlo cumpliendo, entre otros, el requisito de la inscripción en el registro.<sup>88</sup>

El registro pretende relevar la totalidad de los/as objetores/as del nivel sanitario en el que determine la regulación (hospitalario, provincial/estadual, regional o nacional), por tanto, el registro de quienes pretenden eximirse de una prestación no puede ser optativo.

### 2. *Rogación*

Se refiere a la necesidad de solicitar personalmente la inscripción en el registro. El Estado, por medio de sus autoridades sanitarias o quien delegue para ese fin, no puede realizar inscripciones de oficio. Esta solicitud o rogación debe hacerse con las formalidades establecidas para ese fin. Ya sea la presentación escrita, oral, o por medio de una acción judicial (con todas las formalidades del caso), es siempre el/la titular del derecho quien debe iniciar el trámite para su inscripción.

<sup>88</sup> Por ejemplo, Australia, Croacia y Uruguay. En el nivel subnacional, un buen ejemplo es la provincia argentina de Santa Fe.

Las regulaciones prevén mecanismos para anular la inscripción en el registro, y perder la calidad de objetor/a. Puede ser, en primer lugar, por violación de algunos de los supuestos necesarios para obtener la calidad, como por ejemplo intervenir en la realización de la práctica objetada, fuera de los casos, repetidamente mencionados, en los que se suspende la calidad de objetor/a (emergencia, ausencia de personal no objetor). Es el caso de realizarse la práctica en un consultorio privado, cuando se había objetado su práctica en el servicio público.<sup>89</sup> En segundo lugar, se puede anular la inscripción a petición del/a inscripto/a. Puede darse el caso en que una persona, que objeto válidamente después de un tiempo, reconsidere su posición y desee empezar a realizar la práctica. Para la cancelación de la inscripción en general no hay plazo, cosa distinta con la inscripción en el registro, como se verá más adelante.<sup>90</sup>

### 3. *Legitimación para inscribirse: puede ser concreta o amplia*

El registro no puede ser solicitado por cualquier profesional de la salud. Para la inscripción se requiere habilitación, esta tiene que ver con la relación profesional y funcional con la práctica objetada. La primera hace relación a que por especialidad profesional la práctica objetada sea una de aquellas que está dentro de las que regularmente le corresponden. La segunda en cambio tiene que ver con la relación del cargo ocupado en la institución sanitaria y la práctica objetada, es decir, si por competencia funcional debe realizar la/s objetada/s.

El grado de relación que se exige entre el/la profesional objetor/a y la práctica para habilitar el ejercicio legítimo de la objeción de conciencia varía. Es decir, de acuerdo con el tipo de reconocimiento de la legitimación para la objeción de conciencia, que puede ser amplia o restringida (véase *supra* punto 2.1) de acuerdo con la regulación local. Además, va a estar condicionado por las circunstancias de prestación del servicio (cantidad de personal disponible, cercanía de otros servicios, complejidad de la práctica objetada, población potencialmente afectada, etcétera), teniendo en cuenta que, entre mayor amplitud de legitimación para la objeción de conciencia, es más obstructivo para el acceso de las personas a los servicios de salud y la afectación a la integridad moral del/a profesional será más difícil de establecer.

---

<sup>89</sup> Otros ejemplos de casos que no constituyen objeción de conciencia en el Código de Deontología Médica del Colegio de Médicos de Madrid (2011).

<sup>90</sup> Ley Uruguaya número 18.987 de 22 de octubre de 2010, artículos 11 y ss.

#### 4. *Publicidad: puede ser de consulta pública o de uso interno del servicio de salud*

Una de las funciones principales de los registros es dar publicidad a los actos que contienen. No se trata de la difusión masiva de la información del registro, sino más bien de la publicidad jurídica, que implica que se pueda oponer *erga omnes* en las situaciones registradas. De este modo, se genera la presunción de que los actos allí inscritos son conocidos por las personas que puedan tener interés o competencia para acceder a tal información, y por tanto, se deben arbitrar medidas para que dichas personas puedan efectivamente acceder a ella.

En el caso de los registros de consulta pública, se publicita la calidad de las/os objetores a toda la comunidad a través, ya sea de su colocación en un lugar público del efector de salud, en una página web y/o en un lugar visible en la puerta de ingreso al consultorio del/a profesional objetor/a.<sup>91</sup> Con este sistema se garantiza que las pacientes se informen acerca de la calidad del/a profesional tratante, ya que ésta se considera información relevante para la elección y mantenimiento de la relación médica/o paciente. En todo caso es importante recordar que las/os objetoras/es en caso de recibir una consulta acerca de una práctica objetada deben entregar información completa y veraz acerca de la práctica y derivar al/la paciente con un/a profesional no objetor/a garantizando que se realice sin dilaciones injustificadas.<sup>92</sup> Constituyen ejemplos de este mecanismo las regulaciones de Victoria (Abortion Law Reform Act 2008), Colombia (sentencia T-355/06), y en la Argentina, como se mencionó, las provincias de Santa Fe y Entre Ríos. Se trata de registros con características diversas, pero su nota común es la posibilidad de acceso que tiene toda la ciudadanía a su contenido.

El segundo supuesto, el registro con publicidad restringida, está diseñado como una herramienta para la gestión del servicio de salud, de modo que serán solamente las autoridades sanitarias las que tendrán acceso a la información, no así el público general ni las/os pacientes. Esto puede implicar la vulneración de derechos de las/os pacientes, como, el de elegir de forma libre e informada a su profesional tratante, si no se contemplan otros mecanismos para que las/os pacientes puedan conocer de antemano las objeciones de las/os profesionales del servicio y tengan opciones para elegir tratarse con la persona que mejor les parezca.

---

<sup>91</sup> Sobre los beneficios de un registro público abierto a la consulta pública, véase Balarezo Fortini, Juan, *La publicidad registral como mecanismo de seguridad jurídica en derecho registral*, 2a. ed., Lima, Gaceta Jurídica Editores., 1999, t. I, pp. 57-70.

<sup>92</sup> Ariza Navarrete, Sonia, “Resistencias al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia”, *Revista Derecho Penal*, Buenos Aires, año I, núm. 2, septiembre de 2012.

Este último es el caso de los registros llevados adelante por organizaciones privadas como el Colegio de Médicos de Madrid que, en 2006, generó un sistema de registro para sus asociados, mantenido la confidencialidad de las/os profesionales registrados; o el del Consejo Andaluz de Colegios de Médicos que en 2010 creó el registro autonómico de objetores con carácter privado.

### 5. *Plazo: para la realización del registro y para la inscripción*

El registro tiene la característica de ser un instrumento de gestión del sistema sanitario por lo que debería anteceder a la solicitud de la práctica para que esta pueda ser realizada en las condiciones establecidas por las leyes y las reglas de la buena praxis médica. Por ello, las regulaciones específicas sobre objeción de conciencia ordenan la preparación del instrumento de registro en un término acotado, con el fin de permitir que se registren las/os profesionales en un plazo razonable para garantizar la organización de la planta de personal frente a las necesidades del servicio, es decir, garantizar la disponibilidad de personal no objetor de manera permanente.<sup>93</sup>

Se encontraron dos modalidades de plazo para el registro: la primera con un plazo perentorio desde la vigencia de la regulación, la segunda permite el registro en cualquier momento antes de un término razonable previo a la fecha prevista para la práctica (véase punto 2.6).

### 6. *Unidad*

Implica que sólo pueda existir un registro de objetores/as. Esta característica se deriva de la función de centralización de la información que le es propia a los registros, con ella se busca condensar en un sólo instrumento toda la información necesaria para la gestión sanitaria. En este caso se ve la necesidad de conocer la totalidad de objetores/as presentes ya sea en un país, en una provincia o unidad administrativa local, en un servicio o área particular de atención. Este nivel de agregación de la información es el que presenta diferencia en las legislaciones consultadas.

En Colombia, por ejemplo, se tiene (o se debe implementar) un registro de objetores/as en cada hospital del país. En la Argentina, provincias como

---

<sup>93</sup> Esta adecuación del personal incluye las nuevas contrataciones y/o las nuevas matriculaciones de profesionales de acuerdo al sistema de registro que se aplique.

Santa Fe y Mendoza han implementado un registro de objetores/as provincial, administrado por la máxima autoridad sanitaria. En España, algunas autonomías, Castilla y Madrid han permitido que el Colegio de Médicos local administre un registro de objetores/as para sus asociadas/os.

### 7. *Implementación*

Se refiere a la necesidad de establecer mecanismos que permitan a las/os profesionales la inscripción en el registro. Dentro de las estrategias de implementación se encuentra: primero, el establecimiento de una autoridad para la inscripción, pueden ser comités, áreas dentro de alguna autoridad sanitaria sea central o local, colegio local o nacional de médicos/as dentro de un servicio, ya sea el/la director/a o el/la jefa/e del servicio.

Por tratarse de un instrumento de política pública y no de un mero listado, se requiere una autoridad que constantemente gestione las necesidades del servicio sobre la base de la información contenida en el registro, integrada a las demás necesidades y características de cada efector o sistema de salud. En el caso de Noruega, por ejemplo, el registro debe ser actualizado constantemente y cada tres meses se evalúan las medidas implementadas en el trimestre anterior y se incorporan los cambios necesarios para mejorar el acceso a los servicios de las/os pacientes, tanto la oferta como la calidad de las prestaciones.

### 8. *Debe ser gestionado por autoridades sanitarias*

Se relaciona con la necesidad de involucrar a las autoridades sanitarias en la disposición de personal no objetor de manera permanente en todos los servicios, incluso si esto significa contratar personal no objetor, desplazar personal objetor, ya sea mediante traslados o destituciones en los casos en los que la mayoría del personal resulte objetor de conciencia.<sup>94</sup>

Las estrategias para esta administración, como se ha dicho, pueden darse en diversos niveles jerárquicos y territoriales, de forma intra o interinstitucional, involucrando el nivel central o autoridades de control (como la defensoría del pueblo, el área de protección del paciente, etcétera) conjuntamente con la autoridad sanitaria.

---

<sup>94</sup> Corte Suprema de Justicia de Canadá, *Moore v. British Columbia* (Ministry of social services), BCHRC, 1992, 17 C.H.R.R. D/426.

## VI. CONCLUSIÓN

En este artículo revisé una serie de posiciones sobre el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia ante la realización de ciertas prácticas vinculadas a los derechos reproductivos y describí diversas posibles soluciones tendientes a garantizar derechos de pacientes y profesionales, a la vez que mencioné sus aspectos positivos y negativos.

Es fundamental que, al momento de reflexionar sobre este tema, se tenga presente que los derechos sexuales y reproductivos son conquista conseguidas especialmente por el movimiento de mujeres como resultado de importantes luchas. Las resistencias que históricamente se plantaron en su contra hacen que la defensa y protección del acceso a las prestaciones que los hacen efectivos sea una prioridad. La objeción de conciencia en materia de salud y especialmente salud sexual y reproductiva puede ser una barrera importante para el acceso a las prestaciones legales. Por las características de la relación entre médicas/os y pacientes es necesario que la objeción de conciencia sea regulada, y su uso vigilado de manera estricta, para que no resulte un reconocimiento discriminatorio.

Como dije desde el inicio de este artículo, considero que la regulación de la objeción de conciencia garantiza que, tanto el derecho a la libertad de culto de las/os profesionales de la salud, como los derechos de las/os pacientes sean resguardados. Entiendo, por supuesto, que idealmente las/os profesionales de la salud deberían conocer las prestaciones que supone la especialidad que eligen desempeñar, así como los valores morales que les son centrales y, por tanto, tendrían que realizar la evaluación moral, profesional y como ciudadanos/as antes de optar por un área de la práctica que se verán obligados/as, a defraudar. Sin embargo, en el estado de cosas actual, las estrategias adoptadas en cuanto a la regulación presentan aristas muy interesantes, como quedó indicado a lo largo de este trabajo, para pensar en la posibilidad de implementar regulaciones locales que respondan a las necesidades particulares de la población y de los servicios de salud.

Finalmente, considero que, sea cual fuere la estrategia de regulación que se adopte, y pese a que existen unas mejores que otras, lo central es que no se deje en la indeterminación el alcance y las formalidades necesarias para que el uso de la objeción de conciencia sea legítimo y pueda, de este modo, cumplir con la finalidad de protección de la autodeterminación y la conciencia de los/as profesionales al tiempo que se respete en todo sentido el derecho de quienes acuden a los servicios.

Una preocupación que continúa aún después de la revisión de las estrategias de regulación comparadas, es la que se refiere a la publicidad de

la calidad de objetor/a de las/os profesionales de manera que las pacientes lleguen a conocer efectivamente la calidad de objetor/a de su tratante, especialmente en el sistema público de salud en donde, por supuesto, existe menor capacidad de las usuarias/os de elegir libremente su profesional tratante. Propuestas no recogidas en las legislaciones, como la ubicación de carteles en la puerta del consultorio o listados colgados en el área de recepción o mesa de entrada de los servicios, podrían ser una alternativa. En provincias como Santa Fe, se han habilitado espacios en la página web del Ministerio de Salud local, en los que se puede consultar el listado provincial de objetores/as, sin embargo, considero que esta estrategia, si bien es un paso en dirección a garantizar el acceso a las/os usuarias/os a información relevante, no alcanza ya que a pesar del mayor acceso a internet que se da en los últimos años en el mundo, y en la Argentina en particular, existe un amplio sector de la población que no se verá realmente informado bajo este sistema.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AJANGIZ, Rafael, “The European Farewell to Conscription?”, en MJOSET, Lars y VAN HOLDE, Stephen, *The Comparative Study of Conscription in the Armed Forces (Comparative Social Research)*, United Kingdom, Emerald Group Publishing Limited, 2002.
- ALEGRE, Marcelo *et al.*, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, *Derecho y sexualidades*, SELA, 2009.
- ALEXANDER, John, “Promising, Professional Obligations, and The Refusal to Provide Service”, *HEC*, Forum, vol. 3, núm.17, 2005.
- ÁMBITO JURÍDICO, *Eutanasia: 15 años esperando reglamentación*, 20 de julio de 2015, disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Noti-120221-02\\_\(eutanasia\\_15\\_anos\\_esperando\\_reglamentacion\)/noti-120221-02\\_\(eutanasia\\_15\\_anos\\_esperando\\_reglamentacion\).asp?print=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Noti-120221-02_(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion)/noti-120221-02_(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion).asp?print=1).
- ARIZA NAVARRETE, Sonia “Resistencias al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia”, *Revista Derecho Penal*, Buenos Aires, año I, núm. 2, septiembre de 2012.
- ARIZA, Sonia y RÁMON MICHEL, Agustina, “Objeción de conciencia y aborto”, en Ramos, S. *et al.*, *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe: una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Ciudad Autónoma



- ma de Buenos Aires-México, Distrito Federal-Lima, Centro de Estudios de Estado y Sociedad-CEDES/Population Council/Promsex, 2015.
- ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DE LA SALUD (ARHP), *The Single-Rod Contraceptive Implant*, 2008, disponible en: <http://www.arhp.org/publications-and-resources/clinical-proceedings/Single-Rod/History>.
- BALAREZO FORTTINI, Juan, *La publicidad registral como mecanismo de seguridad jurídica en derecho registral*, 2a. ed., Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1999, t. I.
- BLANCARTE, Roberto, *Laicidad y bioética. Aspectos sociales de la bioética*, México, Comisión Nacional de Bioética, 2009.
- BRIOZZO, Leonel (comp.), *Aborto provocado en condiciones de riesgo en Uruguay. Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo (ISCAPCR). La experiencia del modelo de reducción de daños en aborto inseguro*, Montevideo, Clacai Digital, 2008.
- BURK, James, “Citizenship Status and Military Service: The Quest for Inclusion by Minorities and Conscientious Objectors”, *Armed Forces & Society Summer*, núm. 21, 1995.
- CAVALLO, Mercedes y RAMÓN MICHEL, Agustina, “La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la solución del sector salud frente al «problema» del aborto legal)”, en WOMEN’S LINK WORLDWIDE (comp.), *Aproximaciones a la O. C. a partir de la experiencia de colombiana con visión global*, Bogotá, O’Neil Institute for National and Global Health Law, 2013.
- COLEGIO DE MÉDICOS DE MADRID, *Código de Deontología Médica*, 2011.
- COLEGIO DE MÉDICOS Y CIRUJANOS DE ONTARIO, (The College of Physicians and Surgeons of Ontario), *Professional Obligations and Human Rights. Policy draft*, 2014, disponible en: <http://policyconsult.cpso.on.ca/wp-content/uploads/2014/12/Draft-Professional-Obligations-and-Human-Rights.pdf>.
- COLLINS, Susan *et al.*, “Current Status, Historical Highlights and Basic Principles of Harm Reduction”, en MARLAT, Alan *et al.* (comps.), *Harm Reduction. Pragmatic Strategies for Managing High-risks Behaviors*, Nueva York, Guilford Press, 2012.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual del año 2000*, EA/Ser./L/V/II.11, doc. 20 rev., 16 de abril de 2001.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General núm. 22, comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, 48o. período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LAS DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discrimi-*

- nación contra la Mujer: Italia, A/52/38/Rev.1 (Part II, Pars. 322-364), 12/08/1997.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DE ÓRDENES MÉDICAS, *Guía de ética médica europea*, París, 1987.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas Personae*, Vaticanus 2008.
- CONSEJO DE EUROPA, *Resolución 1763 de 2010. El derecho a la objeción de conciencia en los servicios de salud*, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/FeaturesManager-View-EN.asp?ID=950>.
- CONSEJO DE MINISTROS DE ITALIA, *Informe sobre objeción de conciencia de farmacéuticos*, 2011, disponible en: <http://www.palazzobjeciondeconcienciahigi.it/bioetica/eng/pdf>.
- COOK, Rebecca y DICKENS, Bernard, "Access to Emergency Contraception", *Journal of Obstetric Gynaecology*, Canadá, vol. 8, núm. 26, 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva 10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 (libertad religiosa y de culto) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14 de julio de 1989.
- DIARIO LA ARENA DIGITAL, *Un repaso por las opiniones de Bergoglio*, 4 de marzo de 2013, disponible en: [http://www.laarena.com.ar/avances/un\\_repaso\\_sobre\\_las\\_opiniones\\_de\\_bergoglio-20596.html](http://www.laarena.com.ar/avances/un_repaso_sobre_las_opiniones_de_bergoglio-20596.html).
- DIARIO PERFIL, *¿Quién es Jorge Mario Bergoglio, el nuevo Papa Francisco?*, 13 de marzo de 2013, disponible en: <http://www.adnpolitico.com/noticias/2013/03/13/quien-es-jorge-mario-bergoglio-el-nuevo-papa-francisco-i>.
- DICKENS, Bernard, "Conscientious Objection and Professionalism", *Expert Review of Obstetric Gynecology*, vol. 2, núm. 4, 2009.
- DICKENS, Bernard, "Legal Protection and Limits of Conscientious Objection: When Conscientious Objection is Unethical", *Medicine and Law*, núm. 28, 2009.
- DICKENS, Bernard, "Servicios de salud reproductiva y el derecho y ética de la objeción de conciencia", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, vol. 13, 2009.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, vol. II, 1986.
- DIRECCIÓN DE ESTADÍSTICAS E INVESTIGACIÓN EN SALUD, (DEIS), *Estadísticas vitales. Información básica*, año 2012, Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud de la Nación, 2013, disponible en: <http://www.deis.gov.ar/Publicaciones/Archivos/Serie5.Nro56.pdf>.

- EL PAÍS, “Legalizada la objeción de conciencia en la República Federal de Alemania”, Madrid, *El País*, 2 agosto de 1977.
- FIALA, Christian y ARTHUR, Joyce, “Dishonourable Disobedience. Why Refusal to Treat in Reproductive Healthcare is Not Conscientious Objection”, *Woman Psychosomatic Gynaecology Obstetrics*, vol. 1, diciembre de 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.woman.2014.03.001>.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- GROVER, Anand, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Sexagésimo sexto período de sesiones, Tema 69 b) A/66/254, Asamblea General de Naciones Unidas, informe provisional, 3 de agosto de 2011.
- HEINO, Anna *et al.*, “Conscientious Objection and Induced Abortion in Europe”, *The European Journal of Contraception and Reproductive Health Care*, vol. 18, agosto de 2013.
- JAROSCH, Jeffrey Paul, “Finding Space for Opposing Consciences: Rehabilitating the Moral Marketplace for the Emergency Contraception Debate”, *Northwestern University Law Review*, Illinois, vol. 103, núm. 3, 2009.
- LA PRENSA, *Eutanasia: Colombia regula muerte digna para pacientes terminales*, 22 de abril de 2015, disponible en: [http://www.prensa.com/mundo/Colombia-regula-muerte-pacientes-terminales\\_0\\_4192080905.html#sthash.2xOeKonG.dpuf](http://www.prensa.com/mundo/Colombia-regula-muerte-pacientes-terminales_0_4192080905.html#sthash.2xOeKonG.dpuf).
- MAR MARÍN, “Papa Francisco. En el libro sobre el cielo y la tierra”, *El País*, 17 de marzo de 2013, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/17/internacional/1363509888.html>.
- MAY, William, “The Composition and Function of Ethical Committees”, *Med Ethics Journal*, vol. 1, núm.1, abril de 1975.
- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto, “Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado”, *Actualidad Jurídica*, Lima, agosto 2008, t. 177.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Protocolo para la Atención Integral de Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo*, 2015.
- NATIONAL ABORTION FEDERATION, *More Italian Doctors Refusing to Provide Abortion Care*, 4 de agosto de 2008, disponible en: <http://www.prochoice.org/blog/2008/04/more-italian-doctors-refusing-to.html> y <http://blog.prochoice.org/2008/04/more-italian-doctors-refusing-to.html>.
- NAVARRO-VALLS, Rafael, “La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 1986.

- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Informe Mundial sobre las Drogas*, 2012.
- PECES BARBA, Gregorio, “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988-1989.
- PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS DE ITALIA, (Presidenza del Consiglio dei Ministri), *Nota sobre la objeción de conciencia de farmacéuticos frente a la venta de anticoncepción de emergencia (Note on the pharmacist’s conscientious objection to the sale of emergency contraceptive products)*, 25 de febrero de 2011.
- PUGA, Mariela y VAGGIONE, Juan Marco, “La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos”, en VASALLO, Marta, *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto*, Buenos Aires, Ferreyra, 2013.
- RHODES, Rosamond, “Molding Professional Character”, en NUALA, Kenny y WAYNE, Shelton (eds.), *Lost Virtue: Professional Character Development and Medical Education*, San Diego, Elsevier Press, 2006.
- RODRIGUES TORRES, José Henríque, “El derecho a morir dignamente y la objeción de conciencia”, *Colombia Médica*, Cali, vol. 46, núm. 2, abril-junio, 2015.
- SANZ DIEZ, Bergoña, *Algunas reflexiones sobre el marco legal para la utilización de la información administrativa con fines estadísticos*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2006.
- SAUNDERS, Peter, “Abortion and Conscientious Objection”, *Revista Nucleus*, enero de 1996.
- SCHNEIDER, Keith, “Dr. Jack Kevorkian Dies at 83”, *New York Times*, 3 de junio de 2011.
- SERVICIO DE PRENSA DEL VATICANO, *Objeción de conciencia, educación sexual y libertad religiosa*, disponible en: <http://www.es.catholic.net/op/articulos/11091/cat/484/objecion-de-conciencia-educacion-sexual-y-libertad-religiosa.html>.
- SOCIEDAD FARMACÉUTICA REAL DE GRAN BRETAÑA, (Royal Pharmaceutical Society), *Código y estándares de ética (Code of Ethics and Standards)*, 2007, disponible en: <http://www.rpharms.com/code-of-ethics-pdfs/coeppt.pdf>.
- THE NEW YORK TIMES, *A Doctor Who Helped End Lives*, 3 de junio de 2011. disponible en: <http://www.nytimes.com/2011/06/04/us/04kevorkian.html?pagewanted=all>.
- URIBE VILLEGAS, Oscar: “Consideraciones preliminares para un esbozo de programa de estadística aplicada a la política”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 22, núm. 1, enero-abril de 1960.

- VEATCH, Robert, *A Theory of Medical Ethics*, Nueva York, Basic Books, 1981.
- WHITE, James: “Processing Conscientious Objection Claims: a Constitutional Inquiry”, *California Law Review*, vol. 56, núm. 3, mayo de 1968.
- WICCLAIR, Mark, *Conscientious Objection in Health Care: An Ethical Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- XXIV ASAMBLEA MÉDICA MUNDIAL, *Declaración de Oslo sobre el aborto terapéutico*, 1979.

## INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CASERA: UN CASO NADA ORTODOXO PARA EL DERECHO MEXICANO

Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS  
María de Jesús MEDINA ARELLANO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes de la IA y de los bancos de semen.* III. *Un caso inusual: la inseminación artificial casera, derivada de una relación sexual oral.* IV. *Los hechos: materia de la litis considerados por el juez.* V. *Análisis y argumentación del juez, desde la perspectiva civil.* VI. *El argumento del juez sobre los derechos superiores de la niñez.* VII. *Dos hipótesis adicionales como medio de contraste para analizar el caso planteado.* VIII. *Dos teorías para analizar una situación como la anterior.* IX. *Conclusión: nuestra postura.* X. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el artículo 4o. constitucional, otorga a los mexicanos el derecho a tener el número de hijos que deseemos en el espacio de tiempo que decidamos. Cabe decir que ese derecho a tener hijos, no es ni absoluto ni ilimitado, puesto que queda condicionado a que se ejerza de manera responsable e informada.

Ahora bien, con la aparición de las diferentes técnicas de reproducción asistida, (TRA) las cosas han cambiado radicalmente al momento de decidir tener descendencia. Históricamente, una de las principales consecuencias de tener un hijo, han sido las cuestiones filiatorias que derivan de tales actos. Cabe decir que antaño, las relaciones de parentesco se regían exclusivamente por la vinculación biológica entre ascendientes y descendientes, lo que ya no necesariamente es así con las nuevas tecnologías reproductivas.

No obstante lo dicho, la adopción es un buen ejemplo en el que la filiación biológica termina por no ser relevante, ya que en este caso es la voluntad del adoptante en la que se finca el vínculo filiatorio, es decir, en el caso de la adopción, el vínculo biológico (como elemento jurídico) desaparece, y da

paso al vínculo social, al trato y el reconocimiento social por parte del adoptante en relación con el adoptado. Hasta hace relativamente poco, ésta era la única forma de desvincular el parentesco biológico con el parentesco social.<sup>1</sup>

Sin embargo, hoy en día y precisamente, dada la aparición de las nuevas TRA, esta desvinculación entre lo biológico y lo social es más común. Así, adagios como *mater semper certa est* o *pater semper incertus est*, han pasado a ser afirmaciones o adagios en decadencia. Incluso, y derivado también de fenómenos como la reproducción humana asistida, aquella tradicional idea de la vinculación entre sexo (entendido como coito) y parentesco, ha desaparecido. Hoy es totalmente posible, que una mujer pueda concebir un hijo sin necesidad de tener coito con un varón.

Las alternativas al respecto son variadas y van de la inseminación artificial (IA) a la fecundación in vitro, (FIV) pasando incluso por la gestación por encargo o gestación sustituta.<sup>2</sup> Así, en la actualidad el parentesco social y el parentesco biológico no se auto implican de manera inexorable o inequívoca.<sup>3</sup> De frente a las nuevas TRA, el péndulo ahora debe de oscilar entre dos teorías, la teoría de la filiación genética o la teoría de la intención.

De las diferentes técnicas de reproducción asistida, la más antigua en cuanto a su utilización es la IA, de hecho, dados los avances en otras técnicas como la FIV, parecería que la IA empezaba a estar en desuso. No obstante, esta técnica ha retomado fuerza derivado de la existencia de bancos de semen que operan en algunos casos de manera transnacional, como es el caso de Cryos Dinamarca,<sup>4</sup> organización que cuenta con un vasto catálogo de material genético masculino, y que ofrece enviarlo a cualquier parte del mundo, incluyendo el equipo y elementos necesarios para lograr una auto inseminación casera (IAC).

## II. ANTECEDENTES DE LA IA Y DE LOS BANCOS DE SEMEN

Iniciaremos por decir que la IA es una de las denominadas técnicas de baja complejidad<sup>5</sup> cuya finalidad es la de lograr la fecundación por medios no

<sup>1</sup> Recordemos que la adopción es una ficción jurídica creada por el derecho.

<sup>2</sup> Conocida como *maternidad subrogada*. Alternativa que cabe decir es, en lo general, también susceptible de ser utilizada por varones.

<sup>3</sup> Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>4</sup> Véase <https://dk-es.cryosinternational.com>, consultado el 5 de diciembre de 2016.

<sup>5</sup> Mendoza Cárdenas, Héctor A., *La reproducción humana asistida: un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011.



tradicionales, lo que eventualmente derivará en un embarazo y el consecuente alumbramiento de un hijo. A diferencia de otras técnicas como la FIV, en este caso no existe una extracción de óvulos de la mujer, ya que básicamente lo que se manipula de manera artificial son los gametos masculinos.<sup>6</sup> Esta técnica como ya lo adelantamos, implica una forma de inseminación no convencional, dado que como es evidente, no es necesaria la relación sexual entre hombre y mujer.

Respecto de la primera inseminación artificial existe un debate, unos la atribuyen al profesor Thouret, quien era Doyen de la facultad de Medicina de la Universidad de París, y quién en 1785 inseminó artificialmente a su propia esposa, la que gracias a dicho experimento logró concebir un hijo. Otros, sin embargo, afirman que la primera persona en aplicar dicha técnica fue un médico escocés, John Hunter, en 1799, médico que inseminó artificialmente a la esposa de un mercader que padecía Hypospadias (un defecto en los genitales, que le impedía tener descendencia).<sup>7</sup>

Ahora bien, en la década de los cincuenta del siglo pasado se dio cuenta de la primera IA con semen congelado,<sup>8</sup> hecho que, por cierto, generó severas críticas tanto en el ámbito político como en el religioso. Lo que más preocupaba era la posibilidad de la utilización de material genético ajeno a las parejas, pues se consideraba que la IA con donante era equiparable a un adulterio. El Papa calificó ese tipo de actividades como pecado grave y propuso incluso que aquellos que participaran de esa forma de concebir debían ser encarcelados.<sup>9</sup>

No obstante lo anterior, y como suele suceder, el avance de la técnica no se detuvo, y en 1977 se abrió el primer banco de esperma del que se tenga noticia, el *Repository for Germinal Choice*, en Escondido, California en los Esta-

---

<sup>6</sup> López Gálvez, José y Moreno García, Juan, “¿Industria de la fertilidad” o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?”, en Benavente Moreda, Pilar y Farnós Amorós, Esther, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid, Editorial Ministerio de Justicia, 2015, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=575220>, consultado el 6 de diciembre de 2016.

<sup>7</sup> Véase Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida, y a la muerte?*, México, Porrúa, 2000.

<sup>8</sup> Rodríguez Guitián, Alma María, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, en Benavente Moreda, Pilar y Farnós Amorós, Esther, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid, Edición Ministerio de Justicia, 2015, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=575220>, consultado el 6 de diciembre de 2016.

<sup>9</sup> Véase Rodríguez López, Blanca, “¿Qué hay de positivo en la eugenesia positiva?”, en De Lora, Pablo y Mendoza, Blanca, *Las fronteras del derecho sanitario*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2014.



dos Unidos. Cabe señalar que dicho banco de esperma fue concebido por su propietario, Robert K. Graham, con una peculiaridad muy específica, pretendía poner a disposición de las mujeres, semen de personajes súper dotados física o intelectualmente, se le conoció en su momento como el banco de semen de los premios Nobel. La idea de Graham, con fuertes tintes eugénicos, permitió entre 1980 y 1999 el nacimiento de al menos 215 niños.<sup>10</sup>

Ahora bien, las TRA han continuado su curso y ahora contamos con verdaderas transnacionales dedicadas a la comercialización de material genético. Si bien las TRA han promovido el turismo médico, en la actualidad, y en cuanto a la IA, las cosas parecen estar dando un vuelco inesperado. Efectivamente, dadas las facilidades de comunicación con que hoy se cuenta, empresas como Cryos ofrecen llevar el material genético a cualquier parte del mundo, lo que ha dado lugar a una nueva modalidad de IA, la inseminación artificial casera o IAC.

En Europa este fenómeno está tomando fuerza y todo indica, que muchas mujeres están dispuestas a recurrir a la IAC. Adicionalmente, están surgiendo diversos sitios web que sirven como sitios de encuentro entre aquellas que desean material genético y aquellos que están dispuestos, ya sea a venderlo o a donarlo sin intermediarios. El mejor ejemplo de estos sitios web es *www.coparents.com*, o su equivalente en español *www.co-padres.net*, en el caso del segundo de los sitios mencionados, se puede leer en su página principal que:

Aunque sólo haya un donante de semen y una mujer genitora, la coparentalidad puede implicar más de dos personas. La donación de esperma se puede realizar entre una pareja gay y una futura madre soltera, hetero o lesbiana. O entre una pareja lesbiana y un hombre soltero, gay o no. Última configuración de coparentalidad homoparental por donación de esperma: cuando dos parejas homosexuales se ponen de acuerdo para tener un hijo en común. En todos los casos los implicados tienen que elegir antes quién será el donante de semen y quien se realizará la inseminación casera (o artificial en países donde esté autorizada por donación de esperma no anónima).

A diferencia de Cryos Dinamarca, en donde el material genético es vendido, en estos sitios se promueve la donación altruista. En ese sentido y en ambos casos, existe una serie de implicaciones jurídicas, que hoy por hoy no son contempladas por nuestro derecho positivo.

---

<sup>10</sup> Véase el artículo de Richards, Martin, “Artificial Insemination and Eugenics: Celibate Motherhood, Euteleogenesis and Germinal Choice”, *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, vol. 39, núm. 2, junio de 2008.

### III. UN CASO INUSUAL. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CASERA, DERIVADA DE UNA RELACIÓN SEXUAL ORAL

A continuación, analizaremos un caso real de IAC cuya peculiaridad radica en la obtención del semen por parte de la mujer. El caso se deriva de un juicio ordinario civil sobre reconocimiento de paternidad, aconteció en un tribunal civil de uno de los estados de la República Mexicana.<sup>11</sup>

En la hipótesis hablamos de un varón de 42 años, a quien llamaremos Guillermo, con conocimientos en materia de TRA pues es ingeniero en bioquímica. Si bien Guillermo no está formalmente casado, mantenía una relación de concubinato de más de diez años de existencia, de la que ha derivado el nacimiento de tres hijos reconocidos legalmente por el mismo Guillermo con su concubina.

Por otra parte, tenemos a una mujer de 27 años, ingeniera en biotecnologías, con una maestría en embriología, a quien llamaremos Mónica, quién, cabe señalar, es soltera y sin hijos, pero quién ha mantenido una relación sentimental y sexual desde hace más de tres años con Guillermo.

En el 2016, Mónica se presenta ante un tribunal mexicano promoviendo un juicio sobre reconocimiento de paternidad, demanda que enderezó en contra de Guillermo, quién asegura es el padre de Ximena.

Los hechos en que Mónica sustenta su demanda, de manera sucinta, son los siguientes:

- a) Desde finales de 2012 sostuvo una relación sentimental, que incluía encuentros sexuales con Guillermo.
- b) A finales de 2014 tuvieron una pelea ella y Guillermo y dejaron de verse por un período aproximado de dos meses.
- c) A mediados de diciembre de 2014 volvieron a verse Guillermo y ella; y en esa ocasión hubo sexo oral entre ambos.
- d) En esa oportunidad conservó el semen que Guillermo expulsó en su boca y con el mismo se practicó una inseminación artificial de las denominadas IAC.
- e) Ella sabía que en la fecha en que tuvieron sexo oral, se encontraba en sus días fértiles.
- f) Derivado de la IAC, quedó embarazada y nació su hija Ximena, la que a mediados de octubre de 2015 fue registrada ante las oficinas del registro civil como hija de madre soltera.

---

<sup>11</sup> Por razones de respeto a la intimidad personal se han modificado nombres, lugares, y circunstancias particulares. No obstante, la esencia *jurídica* del asunto objeto del presente análisis no ha sido modificada.

- g) En marzo de 2016 consideró que su hija Ximena tenía derecho a tener un padre y por ello demandó a Guillermo el reconocimiento de la paternidad

Habiendo sido emplazado a juicio, Guillermo, al contestar la demanda manifestó:

- a) Efectivamente, reconocía el haber tenido relaciones sexuales vaginales y orales con Mónica.
- b) Siempre fue claro al señalarle a Mónica que no deseaba tener un hijo con ella.
- c) La relación entre ambos era esporádica y únicamente con fines de esparcimiento sexual.
- d) Jamás se le pidió opinión para la utilización de su material genético para que Mónica se efectuara una IAC.
- e) Los medios utilizados por Mónica fueron dolosos y fraudulentos.

El juicio continuó su curso y las partes aportaron las pruebas que consideraron pertinentes, sin embargo, debe destacarse que, para el juez, dos fueron las pruebas fundamentales para emitir su decisión, una, el nacimiento de Ximena, lo que se demostró con la correspondiente partida de nacimiento, y la otra, una pericial en materia genética ofrecida por Mónica. La cual una vez desahogada, confirmó que Ximena era efectivamente hija de Guillermo.

#### IV. LOS HECHOS MATERIA DE LA *LITIS* CONSIDERADOS POR EL JUEZ

- a) La pareja sostenía desde tiempo atrás una relación sentimental que incluía encuentros sexuales.
- b) Si bien era imposible determinar la forma en que fue concebida Ximena, esto era irrelevante, pues para todo fin práctico Ximena resulta hija de Guillermo, en virtud de la prueba genética ofrecida en el juicio.
- c) En el juicio, ambos reconocieron que tuvieron sexo oral.
- d) Guillermo aceptó haber depositado en la boca de Mónica su fluido seminal.
- e) Mónica aceptó haber utilizado dicho fluido para efectuar una “auto-inseminación” artificial casera.
- f) No existe constancia de que Guillermo hubiera prohibido expresamente a Mónica que utilizara el material biológico.

## V. ANÁLISIS Y ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ, DESDE LA PERSPECTIVA CIVIL

- a) El semen fue depositado voluntariamente por Guillermo en la boca de Mónica, y una vez fuera de su integridad corporal, debe ser considerado como una cosa.
- b) Si se asume que Guillermo transmitió, vía donación y a título gratuito dicha cosa, Mónica podía disponer de los fluidos seminales como ella quisiera.
- c) El uso de la cosa (el semen) da origen al nacimiento de Ximena.
- d) En los hechos existe una niña que legalmente no tiene padre y una prueba pericial mediante la cual se pudo trazar la huella genética.
- e) Mediante dicha prueba ha quedado acreditado que Guillermo guarda un 99.9999% de parentesco con Ximena, por lo que se le considere pariente consanguíneo, en primer grado en línea recta.

## VI. EL ARGUMENTO DEL JUEZ SOBRE LOS DERECHOS SUPERIORES DE LA NIÑEZ

- a) Como parte de los derechos derivados del interés superior de los niños, Ximena goza de un derecho a la identidad.
- b) Derivado de ese derecho a la identidad, Ximena tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos.
- c) Como consecuencia del derecho a conocer los orígenes biológicos, Ximena tiene derecho a saber quién es su padre.

Al respecto cabe decir que si bien la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014) reconoce como principio el interés superior de los niños, la misma establece en su artículo 19 que tanto las niñas, los niños y los adolescentes, tienen derecho en los términos de la legislación civil aplicable y desde su nacimiento, a conocer su filiación y su origen. Cabe señalar que, en cuanto a la filiación y el origen, la misma ley matiza lo anterior diciendo que ello será así, “en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez”.

La pregunta es: ¿el derecho de los niños a conocer sus orígenes, incluye sólo aspectos biológicos, o trasciende a saber quién es, específicamente su padre? Desde nuestra postura, creemos que el derecho a conocer los orígenes biológicos de un menor, (particularmente cuando hay una donación o compra de material genético), no incluye el derecho a conocer específicamente quién fue el donador o proveedor original del mismo.

## VII. DOS HIPÓTESIS ADICIONALES COMO MEDIO DE CONTRASTE PARA ANALIZAR EL CASO PLANTEADO

*Primera hipótesis.* Iniciamos el presente ensayo, exponiendo la existencia de empresas como Cryos Dinamarca, que como ya se mencionó, es proveedora de material genético y lo hace llegar a las o los compradores a cualquier parte del mundo. Algo que no se mencionó de esta empresa, es que el material genético que vende lo divide entre donadores anónimos y no anónimos, por lo que en la segunda de las hipótesis es perfectamente posible conocer la identidad del proveedor original de esperma.

Qué pasaría, por ejemplo, si una mujer radicada en Nuevo León adquiere, en Cryos Dinamarca, material no anónimo, se practica una IAC, queda embarazada y posteriormente demanda la paternidad del hijo así nacido. En principio habría dos ámbitos de aplicación del derecho, por una parte, el derecho familiar de ambos países y por la otra un planteamiento de derecho internacional privado.

En esta hipótesis tendríamos que analizar las reglas de conflicto y determinar de acuerdo a las mismas, cuál o cuáles serían aplicables al caso concreto. Pero más allá de ello, tendríamos que ver cuál es la posición legislativa en términos de reconocimiento de la paternidad, que hay que señalar, en el caso de Nuevo León opera la teoría de la identidad genética, ya que, de acuerdo a la legislación civil de esa entidad de la República, la biología es el elemento determinante.

*Segunda hipótesis.* Por otra parte, en cuanto al caso real aquí planteado, imaginemos que el mismo no sucedió como fue narrado. Ahora pensemos que Mónica es una empleada de alto nivel de una empresa nacional dedicada igualmente a la venta y comercialización de material genético, ubicada en la Ciudad de México y dada su posición jerárquica, tiene acceso no sólo a las muestras espermáticas, sino también al resto de la información referente a los donantes de dicho material.

Pensemos que Mónica, ahora de cuarenta años, se encuentra preocupada por su edad y por su maternidad y decide sustraer, sin autorización alguna, una muestra de semen de un donante cuyo perfil genético es ideal desde la perspectiva de Mónica y, además, su perfil social lo ubica como un hombre con excelente posición económica.

Bajo este supuesto, Mónica se practica una IAC, lo hace en sus días fértiles y queda embarazada. Pasados nueve meses nace Ximena, la que como en el caso planteado, es registrada como hija de madre soltera. Ahora bien, e igual que en el caso real, Mónica decide que Ximena merece ser recono-

cida por su padre biológico y, teniendo los datos del donador de espermatozoides, decide demandarlo.

En este segundo planteamiento, dado que la hipótesis la ubicamos en un banco de semen de la Ciudad de México, Mónica no podría demandar la paternidad al proveedor original, ya que, en este caso, la legislación civil establece expresamente que: “la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida”.

No obstante lo anterior, hay que señalar que, en el caso de la República Mexicana, las respuestas nunca serían las mismas ya que dependerán, en todo caso, de la entidad de la República a que nos refiramos, pues en nuestro país existen tantos Códigos Civiles como entidades de la República.

En el caso real aquí planteado, el juez basó su decisión en el aspecto biológico. No obstante, dudamos que dicha decisión judicial haya sido la mejor, particularmente cuando pensamos en los “mejores intereses” del menor, tal y como lo previenen la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como las disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014).<sup>12</sup>

### VIII. DOS TEORÍAS PARA ANALIZAR UNA SITUACIÓN COMO LA ANTERIOR

Bajo la teoría de la Intención (centrada en el adulto) el elemento determinante (al menos en casos en los que intervienen las TRA) es la voluntad procreacional,<sup>13</sup> la que debería ser determinante para la atribución de la filiación.

Hay que entender que, aunque la constitución nos otorgue un estatus de igualdad a los hombres y a las mujeres, no es posible desconocer la especificidad de la condición femenina, nos guste o no, en materia de gestación los varones y las mujeres no somos iguales, son únicamente las mujeres quienes están en posibilidad de embarazarse y dar lugar al nacimiento de un nuevo ser humano. Así, es evidente que tanto la gestación como el parto, no pertenecen biológicamente a la identidad masculina, sino sólo a la femenina.

---

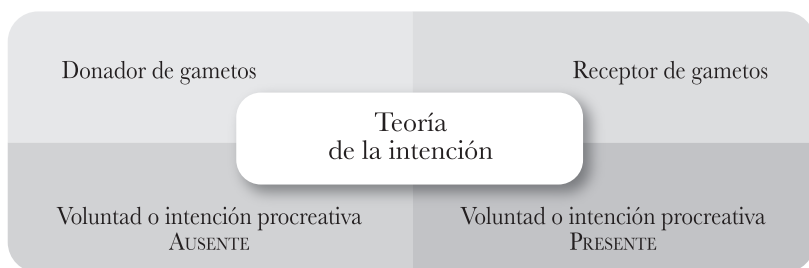
<sup>12</sup> Véanse los artículos 7o. y 8o. de la Convención, así como el artículo 19, fracción III de la Ley.

<sup>13</sup> Véase Mendoza C., Héctor A. y López García, Sonia, *El Derecho a decidir desde las libertades constitucionales: voluntad procreacional, una propuesta*, México, Instituto Estatal de las Mujeres-Gobierno del Estado de Nuevo León, 2009.

Si bien es cierto que la concepción de un nuevo individuo de la especie humana, implicaba originalmente la necesaria relación sexual entre un hombre y una mujer, esto ha sido radicalmente modificado con el surgimiento de las nuevas TRA, no obstante, continúa siendo un hecho indiscutible que, como ya lo dijimos, la gestación es un acto exclusivamente femenino.

En concreto, tratándose de la teoría de la intención, la voluntad procreativa es un elemento determinante para la fijación de la paternidad. En este caso el donador de gametos, provee el material genético sin la intención de asumir responsabilidades filiales.

Por otra parte, en el caso del o de la receptora de los gametos, el elemento intención está presente, es decir, existe una voluntad manifiesta de asumir las consecuencias filiatorias.



Cabe señalar que al menos cinco entidades de la República se han adherido a esta teoría. Así, en Coahuila, Ciudad de México, San Luis Potosí y Sinaloa, existen disposiciones normativas que establecen que la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el ser humano resultante de la utilización de dicha donación.<sup>14</sup> Y aunque con una redacción diferente, lo mismo sucede en Sonora, en donde su legislación civil incorpora el concepto de “parentesco voluntario”, estableciendo que, en los casos de reproducción humana asistida,<sup>15</sup> quienes voluntariamente utilicen gametos de terceros, se les considerará como padres biológicos del ser humano así nacido.<sup>16</sup>

Por otra parte, está la teoría de la filiación genética (centrada en el menor) en la que el juez del caso comentado se basó, bajo esta hipótesis la

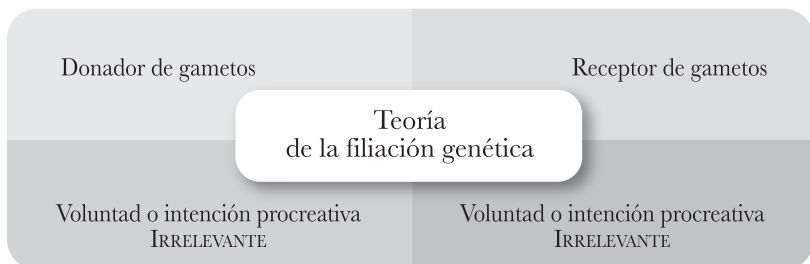
<sup>14</sup> Véanse al respecto las legislaciones civiles de cada una de las entidades aludidas.

<sup>15</sup> La auto inseminación artificial casera, necesariamente cae dentro del rubro de las TRA.

<sup>16</sup> Cabe señalar que en realidad la disposición de Sonora, está implícitamente referida a parejas casadas o en concubinato que utilicen gametos donados.

intención y en específico la voluntad procreacional<sup>17</sup> son irrelevantes tanto para el proveedor como el receptor de gametos. Bajo esta teoría el elemento determinante nada tiene que ver con la voluntad y todo tiene que ver con el engarzamiento biológico. Así, el determinante genético se convierte en un determinante jurídico para efectos de la filiación.

Con excepción de las cinco entidades de la República arriba reseñadas, el resto de nuestra legislación civil parece inclinarse por esta teoría. Aunque vale la pena señalarlo, en realidad no es que se decanten por esta teoría, lo que sucede es que el grueso de los Códigos Civiles mexicanos no ha sido actualizado, y la mayoría de los mismos fueron promulgados en los años treinta del siglo pasado, época en la que fenómenos como la reproducción humana asistida simplemente no eran considerados por el legislador de la época, o bien, sólo se pensaba en ellos en términos de ciencia ficción.<sup>18</sup>



## IX. CONCLUSIÓN: NUESTRA POSTURA

De frente a los diversos planteamientos efectuados en el presente documento, resulta obligado preguntarnos:

- 1) ¿Qué debe primar, la intención y voluntad de ser padre o la simple y llana verdad genética?
- 2) Existe o debe existir un derecho al anonimato de adultos (donadores y receptores) o debe primar un derecho “a la verdad biológica” de los menores.

<sup>17</sup> Véase también Lamm, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, Universitat de Barcelona, núm. 24, enero de 2012, disponible en: [http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24\\_master.htm](http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm), consultado el 5 de diciembre de 2016.

<sup>18</sup> Recordemos que *Un mundo feliz* (en inglés *Brave New World*) la novela más famosa del británico Aldous Huxley, se publicó en 1932. Novela pionera en cuanto al planteamiento de las tecnologías reproductivas del futuro.



- 3) ¿En casos como los aquí planteados, es posible armonizar los intereses en conflicto?
- 4) ¿En el caso de Mónica, hubo un fraude civil, dada la forma en que se obtuvo el material genético de Guillermo?
- 5) ¿Podemos disponer del material genético como si fuera un bien fungible<sup>19</sup> como una cosa desde la perspectiva civil?<sup>20</sup>

Creemos sinceramente que la identidad humana va más allá de nuestra impronta genética, en una sociedad como la actual, en donde existe la posibilidad de concebir un hijo sin la necesidad de tener relaciones sexuales, la paternidad (e incluso la maternidad)<sup>21</sup> debe ser reconocida a partir del elemento volitivo, particularmente tratándose de TRA. Así, en este tipo de casos, es necesario que predomine la teoría de la intención.

Salvo por cuestiones biológicas —padecimientos, enfermedades hereditarias, etcétera— consideramos que es más relevante el aspecto social que el biológico. De hecho, ya lo apuntamos en este trabajo, en el caso de la adopción, por medio de una ficción jurídica, hacemos predominar, precisamente la intención o voluntad de ser padres.

Sólo analizando el caso particular, podemos llegar a las mejores soluciones, las reglas generales de la filiación, deben ser modificadas, reconociendo las dos hipótesis, la teoría de la intención o la teoría de la identidad genética, sólo así nuestros jueces estarán en posibilidades de tomar la mejor decisión.

El material genético (en general) espermatozoides, óvulos o embriones, no puede ser analizado y clasificado desde una perspectiva puramente civilista. El derecho civil se queda corto de frente a los avances de la biotecnología, es menester generar nuevos *corpus* normativos que incluyan alternativas como las aquí planteadas. En consecuencia, creemos sinceramente que un tema como el que nos ocupa, debe regularse desde una ley especial de cobertura nacional, una ley que regule, de manera integral, las múltiples aristas que se pueden presentar en temas relacionados con las TRA, una ley

---

<sup>19</sup> Definición de la *Real Academia Española*: “Bienes que se consumen con el uso”, disponible en: <http://www.rae.es>, consultado el 5 de diciembre de 2016.

<sup>20</sup> No olvidemos que ese fue el razonamiento del juez, pues establece en su sentencia que:

a) El semen fue depositado, voluntariamente por Guillermo en la boca de Mónica y una vez fuera de su integridad corporal, debe ser considerado como una cosa.

b) Si se asume que Guillermo transmitió, vía donación y a título gratuito dicha cosa, Mónica podía disponer de los fluidos seminales como ella quisiera.

c) Que no existía constancia alguna de que Guillermo hubiera prohibido expresamente a Mónica que utilizara el material biológico.

<sup>21</sup> Recordemos que también existe la maternidad subrogada o gestación por encargo.

además que, como ya lo dijimos, permita un amplio margen de apreciación al juez para que éste pueda decidir en función del caso concreto.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida, ¿y a la muerte?*, México, Porrúa, 2000.
- LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, disponible en: [http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24\\_master.htm](http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm), consultado el 5 de diciembre de 2016.
- LÓPEZ GÁLVEZ, José y MORENO GARCÍA, Juan, “¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?”, en BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2015, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=575220>, consultado el 6 de diciembre de 2016.
- MENDOZA CÁRDENAS, Héctor Augusto, *La reproducción humana asistida: un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011.
- MENDOZA CÁRDENAS, Héctor Augusto y LÓPEZ GARCÍA, Sonia, *El derecho a decidir desde las libertades constitucionales: voluntad procreacional, una propuesta*, México, Instituto Estatal de las Mujeres-Gobierno del Estado de Nuevo León, 2009.
- PITCH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- RICHARDS, Martin, “Artificial Insemination and Eugenics: Celibate Motherhood, Euteleogenesis and Germinal Choice”, *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, vol. 39, núm. 2, junio de 2008.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, en BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Madrid, Editorial Ministerio de Justicia, 2015, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=575220>, consultado el 6 de diciembre de 2016.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Blanca, “¿Qué hay de positivo en la eugenesia positiva?”, en DE LORA, Pablo y MENDOZA, Blanca, *Las fronteras del derecho sanitario*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2014.

TERCERA PARTE  
AUTONOMÍA Y RELIGIÓN.  
TEORÍA CONSTITUCIONAL

## IGUALDAD Y PREFERENCIA EN MATERIA RELIGIOSA. EL CASO ARGENTINO

Marcelo ALEGRE\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El texto.* III. *La historia.* IV. *La filosofía liberal frente a la religión. De Hobbes a Dworkin.* V. *Reconsiderando el estatus constitucional del sostenimiento económico de la Iglesia.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con una perspectiva liberal el Estado no debería subsidiar ningún culto (y mucho menos a uno en particular). La Constitución Nacional Argentina parece entrar en tensión con este postulado, en particular en cuanto su artículo 2o. establece que “el Estado federal sostiene el culto católico apostólico romano”. En este trabajo propongo una lectura de esta norma a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y una mirada igualitaria del derecho constitucional. Algunos de los problemas de filosofía

---

\* Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho ([alegre@derecho.uba.ar](mailto:alegre@derecho.uba.ar)). Agradezco comentarios y observaciones recibidas a lo largo de presentaciones en los últimos dos años en la Universidad de Buenos Aires (en el contexto del Proyecto UBACyT sobre Autonomía, codirigido con Roberto Gargarella y coordinado por Nahuel Maisley, y en el Coloquio Carlos Nino), la Universidad de Córdoba, la Universidad del Litoral, la Asociación Argentina de Análisis Filosófico, etcétera. También agradezco a Paola Bergallo, Diego Botana, Martín Farrell, Lautaro Furfaro, Roberto Gargarella, Osvaldo Guariglia, Sebastián Güidi, Patricio Kenny, Nahuel Maisley, Julio Montero, Ezequiel Monti, Patricio Nazareno, Eleonora Orlando, Diana Pérez, Eduardo Rivera López, Jorge Luis Rodríguez, Roberto Saba, Florencia Saulino, Hugo Seleme. Agradezco en particular al Profesor Abel Levaggi y a los estudiantes adscritos a actividades de investigación de la Facultad de Derecho de la UBA Patricio Kenny, Florencia Jolly, Antonio Ribichini, Julián Rotenberg, Juan Nascimbene, Florencia Bardecio, Francisco Roberto Sáez Zamora, Luciana Galbusera, Julián Alfie, Priscilla Borra Bissierier, Agueda Fanego y Julián Alberto Cosso. Por último, me he beneficiado de las generosas y agudas observaciones de los referentes de *Isonomía*.

constitucional que deben sortearse para resolver la supuesta tensión entre el artículo 2o. y los presupuestos mínimamente liberales de la democracia constitucional moderna exceden el marco del Derecho argentino. Por ejemplo: ¿Cómo deben interpretarse cláusulas constitucionales antiguas? ¿Es útil encontrar puntos en común entre la filosofía imperante en un cuerpo colectivo como una asamblea constituyente y la mejor propuesta filosófica disponible en la actualidad? Propondré una lectura que integra consideraciones de orden histórico, lingüístico y filosófico político y que respalda una interpretación muy débil del artículo 2o. en términos de su vigencia y alcance actuales.

Otros interrogantes de alcance universal giran en torno de la libertad en materia religiosa. ¿Es posible conciliar esta libertad con algún sistema de preferencia por alguna religión? ¿Es constitucionalmente necesario proteger la libertad en materia religiosa o sería suficiente con la protección de otros derechos, tales como el derecho de asociación, la libertad de expresión, la privacidad, etcétera? (Esta discusión está conectada con la discusión sobre el supuesto valor especial de la religión). Sugeriré que la libertad en cuestiones religiosas, siendo la combinación de un haz de libertades y derechos estrictamente igualitarios, debe ser ella misma estrictamente igualitaria. El resultado de las consideraciones constitucionales y políticas es una ampliación radical del rango de reconstrucciones jurídicamente admisibles del artículo 2o., incluyendo la posibilidad de considerarlo una regla caduca o ya cumplida.

Concluiré, pues, en que no existe una distancia significativa entre los requerimientos de un liberalismo universalista, laico, y respetuoso de la igualdad, y la filosofía de la Constitución argentina.

### 1. *El artículo 2o. de la Constitución, ¿la serpiente en el jardín?*

Para la teoría constitucional liberal democrática el artículo 2o. de la Constitución argentina (“El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”) es la serpiente en el jardín, una cláusula injustificable e incompatible con las demás. En efecto, a primera vista resulta difícil armonizar su texto con los requerimientos igualitarios de una democracia constitucional. En particular, parece contradecir abiertamente al artículo 14 en cuanto establece que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ...de profesar libremente su culto...” Esta dificultad alcanza a las teorías más difundidas acerca del significado de esta cláusula. Por un lado, la lectura más conservadora interpreta el sostenimiento como una exigencia

de alineamiento del Estado con la religión católica. De acuerdo a esta interpretación el financiamiento es sólo una de las obligaciones estatales respecto del catolicismo, las que incluyen la sujeción de la legislación y las políticas públicas a los valores y preceptos de la Iglesia. Si esta visión fuera correcta, la Constitución estaría consagrando una profunda desigualdad entre los habitantes católicos y el resto, propia de un Estado teocrático. Una lectura más laicista intenta reducir la idea de sostenimiento al apoyo económico,<sup>1</sup> lo que se correspondería con un estatus para la Iglesia de religión preferida. La preferencia que resulta de esta interpretación también es ofensiva para los no católicos, aunque en un grado menor, por supuesto, a la alternativa anteriormente referida. Bidart Campos expuso una tercera teoría, según la cual el artículo 2o. establecería una “unión moral” entre religión y Estado, pero no exigiría necesariamente el financiamiento público del culto católico.<sup>2</sup>

El 2o. no era el único artículo problemático en la Constitución de 1853/60. Entre las atribuciones del Congreso, se establecía en el inciso 15: “...conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Además, el artículo 73 fijaba que “para ser elegido presidente o vicepresidente de la Confederación se requiere... pertenecer a la comunión católica apostólica romana” y el 77 establecía que el presidente y vicepresidente debían jurar “por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios”. Estas cláusulas fueron eliminadas en la reforma de 1994, no así el artículo 2o. (tal vez por la única razón de que la primera parte de la Constitución no se encontraba habilitada para ser reformada). La importancia del artículo 2o. y de los debates sobre su alcance radica en que establecen buena parte del marco para la discusión sobre la relación entre Estado e Iglesia. Por ejemplo, quienes defienden que se imparta enseñanza religiosa en las escuelas públicas señalan al artículo 2o. como muestra de que nuestro Estado no es ateo ni indiferente en materia religiosa. Por lo tanto, afirman, no cabría impugnar constitucionalmente esa práctica. También quienes defienden la instalación y permanencia de símbolos religiosos en edificios públicos argumentan de manera similar: ¿con qué fundamento podría cuestionarse que en los edificios públicos se exhiban elementos propios de la fe consagrada en la propia Constitución?

---

<sup>1</sup> Esta es la interpretación imperante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina durante los siglos XIX, XX y XXI. Maisley, Nahuel, “La libertad religiosa en la Argentina”, en Gargarella, Roberto y Güidi, Sebastián, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, La Ley, 2016, vol. 2, pp. 24-51.

<sup>2</sup> Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2009, t. I, pp. 541-546.

Quienes quieren mantener a la escuela pública separada de la religión y los edificios públicos libres de imágenes religiosas, oponen al argumento anterior la lectura acotada que referí, de acuerdo a la cual esta norma solamente requiere de un sostenimiento económico, no afectando el deber general de neutralidad religiosa del Estado. Esta incómoda posición de admitir un trato diferenciado a favor de una religión en particular provoca algunas dudas: ¿cuál es el criterio para distinguir entre el sostenimiento económico y otros modos de sostenimiento?, ¿por qué uno es aceptable y otros no?

Propondré una lectura diferente de este artículo, más compatible con las exigencias de la libertad e igualdad religiosas, y con los derechos humanos. La interpretación que ofrezco se desarrolla en tres niveles: el textual, el histórico y el de los principios. Para empezar, el texto del artículo 2o. debe ser leído de acuerdo a los usos corrientes del lenguaje. En segundo lugar, para reconstruir el sentido del texto es útil cierta información básica sobre las ideas preponderantes entre quienes redactaron el texto, sobre el contexto que rodeó la discusión de los constituyentes, y sobre los rasgos de la relación entre la Iglesia y el Estado hasta el presente. Por último, la lectura del artículo 2o. debe ser sensible al resto de las cláusulas de la Constitución que resultan pertinentes (en especial la libertad religiosa del artículo 14, la igualdad del artículo 16 y a las disposiciones de los tratados de derechos humanos constitucionalizados en 1994) y a los mejores desarrollos del pensamiento filosófico-político que animan al proyecto constitucional.

Dos obstáculos enturbian la reflexión constitucional sobre la religión y el Estado, la idea de un compromiso liberal-conservador en la asamblea constituyente de 1853, y los términos estrechos en que se suele presentar el debate sobre el sostenimiento del catolicismo. Ambos obstáculos se refuerzan mutuamente. Dado que asumimos que existió una transacción entre las posiciones conservadoras y liberales nos resulta más natural una lectura de la Constitución de alcances moderados, de acuerdo con la cual el sostenimiento del artículo 2o. consagra un régimen de libertad sin igualdad, exigiendo el financiamiento público de la Iglesia católica. Creo que el presupuesto histórico es equivocado y los argumentos moderados también. La tarea de la interpretación constitucional se ve desafiada cuando el lenguaje, la historia y la filosofía apuntan en direcciones diferentes. En este caso, he de sugerir que las consideraciones lingüísticas, históricas y normativas convergen: la Constitución, en relación a la religión, encarna un ideario liberal de avanzada que es el mejor marco interpretativo para encarar problemas de profunda repercusión moral y política, como los vinculados a la igualdad en materia religiosa. Bajo esta perspectiva no resulta tan plausible



sostener que la Constitución manda o permite que el Estado financie un culto en particular.

## II. EL TEXTO

¿Qué significa “sostiene” en el contexto del artículo 2o.? El término es impreciso. El *Diccionario de la Real Academia Española* en su edición de 2001<sup>3</sup> proporciona diversos significados del vocablo “sostener”. Los sentidos que resultan relevantes son: “Sustentar, mantener firme algo”, “Prestar apoyo, dar aliento o auxilio”; “Sustentar o defender una proposición”, y “Dar a alguien lo necesario para su manutención”. Además, “sostenimiento” es definido como: “Acción y efecto de sostener o sostenerse”, “Mantenimiento o sustento”.<sup>4</sup> En este caso, el paso del tiempo no parece haber afectado el significado aceptado del término. Un diccionario de la época en que se redactó la Constitución, *El Nuevo Diccionario de la Lengua Castellana*<sup>5</sup> de 1847, en la página 1015 provee una definición muy parecida de “sostener”: “Sustentar y mantener alguna cosa. Se usa en lo físico y moral, y como recíproco”; “Dar a alguno lo necesario para su manutención”. Y el término “sostenimiento” también era definido entonces en forma similar al presente: “La acción y efecto de sostener. *Sustentatio. // ant. Mantenimiento* o sustento”.<sup>6</sup>

De todas estas acepciones del término “sostener” las que aparecen como pertinentes son: “Sustentar, mantener firme algo”; “prestar apoyo, dar aliento o auxilio”; “Sustentar o defender una proposición”; “dar a alguien lo necesario para su manutención”. Las dos primeras acepciones no implican necesariamente financiamiento económico, ya que el Estado puede “sustentar” y “mantener firme” a la Iglesia a través de muchos cursos de acción, tales como una férrea defensa de la libertad religiosa y de las libertades y derechos en los que esta libertad puede desagregarse (derecho a

<sup>3</sup> Disponible en: [dpd.rae.es/](http://dpd.rae.es/).

<sup>4</sup> Las definiciones irrelevantes para nuestro propósito son: “Sufrir, tolerar. *Sostener los trabajos*”; “tr. Mantener, proseguir. *Sostener conversaciones*”; y “Dicho de un cuerpo: Mantenerse en un medio o en un lugar, sin caer o haciéndolo muy lentamente”.

<sup>5</sup> Para su consulta disponible en: [http://books.google.com.ar/books?id=yiISAAAAIAAJ&pg=PR3&dq=%22Diccionario%2Blengua%2Bcastellana%22&hl=es-419&sa=X&ei=bDfYUaPbDI7C9gTg9YC4Bw&redir\\_esc=y#v=onepage&q=sostener&f=false](http://books.google.com.ar/books?id=yiISAAAAIAAJ&pg=PR3&dq=%22Diccionario%2Blengua%2Bcastellana%22&hl=es-419&sa=X&ei=bDfYUaPbDI7C9gTg9YC4Bw&redir_esc=y#v=onepage&q=sostener&f=false).

<sup>6</sup> Este antiguo diccionario también incluye acepciones similares a las actuales que no son relevantes: “*Sustentar ó defender alguna proposición*. Propugnare.”; “Sufrir, tolerar: como, *Sostener* los trabajos. *Sustinere, tolerare, sufferre*”; “Mantenerse firme sin caer, ó procurar no caer cuando se está en riesgo. *Sustentari, consistere*”.

la intimidad del artículo 18 de la Constitución, derecho a la privacidad y autonomía del artículo 19, derecho de asociación y libertad de expresión del artículo 14 Constitución Nacional, etcétera). También implica una política de sostenimiento extender a la Iglesia las exenciones impositivas que corresponden a las entidades sin fines de lucro. Dado que sostener también significa “dar a alguien lo necesario para su manutención” no se puede descalificar en base a una lectura literal de la Constitución que el artículo 2o. imponga un deber de contribución económica, y toda vez que también está incluido como significado “sustentar o defender una proposición” no es descartable sobre la base de argumentos textualistas que la Constitución endose las creencias y afirmaciones más importantes del catolicismo. Pero tampoco es aceptable, sin brindar razones adicionales, que se escoja uno de los sentidos del término “sostener” en desmedro del resto, máxime cuando es posible que las distintas nociones de sostenimiento sean contradictorias. Por ejemplo, como argumentaré más adelante, es posible que el sostenimiento financiero a la Iglesia sea incompatible con “mantenerla firme”, por amenazar su autonomía. Por lo tanto, un abordaje textualista, escindido de la historia y de la argumentación filosófico-política es insuficiente para resolver qué tipo de relación entre Estado y religión se adecua a nuestra estructura jurídica.

### III. LA HISTORIA

#### 1. *Iglesia y Estado en la Argentina de mediados del siglo XIX*

Para desarrollar mi enfoque preciso detenerme en la relación entre la Iglesia y el Estado al momento de la Constitución de 1853 y en los términos del debate dentro y fuera de la Asamblea constituyente.

La discusión sobre la relación adecuada entre religión y Estado en el Congreso Constituyente de 1853 fue profunda y prolongada. Había dos posiciones definidas. Por un lado, una posición liberal respaldada por la amplia mayoría de los diputados, y, por otro lado, un puñado de diputados conservadores que se opuso férreamente a la libertad de cultos. Los conservadores no solamente se oponían a la libertad de cultos. Exigían una identificación entre Estado e Iglesia mucho más fuerte que la relación débil establecida en el artículo 2o. (aprobado sin correcciones y que tomó de la propuesta de Alberdi, “sostiene y adopta” sólo la primera palabra) y pretendían que la pertenencia al culto católico fuese requisito indispensable,

no tan sólo para ser presidente, sino también para ser senador, diputado, y hasta para actuar como funcionario o empleado del gobierno federal.

De los términos del debate infiero que es incorrecto entender a los artículos referentes a la religión como el resultado de una transacción entre liberales y conservadores. De hecho, la única concesión a los conservadores fue la inocua incorporación de la noción de “moral pública” en el artículo 19. Esta concesión es insuficiente como evidencia de un acuerdo significativo. La tesis de la inexistencia de compromiso se ve reforzada por el posterior abandono de la Convención de la mayoría de los representantes conservadores y la reacción nítidamente negativa de los sectores católicos.<sup>7</sup>

Centrándonos en el artículo 2o., la interpretación de la mayoría sobre el significado de “sostenimiento” se limitaba al plano económico. Esta perspectiva se entiende mejor a la luz de otras consideraciones históricas:

La primera es la debilidad de la Iglesia entre la independencia y la organización nacional.<sup>8</sup> El último medio siglo había sido devastador para la Iglesia Católica, como lo explican con detalles Zanatta y Di Stefano, a quienes sigo en este punto: buena parte del clero, identificado con la causa realista, se fue del país en los años de la revolución. Muchas de las iglesias quedaron vacías. La moralidad promedio de los curas, según los propios informes internos de la Iglesia, era baja: buena parte de los pocos curas que quedaban eran pendencieros, jugadores y polígamos. Por otra parte, las finanzas de la Iglesia local estuvieron durante este período en ruinas, en parte debido a la abolición del diezmo y otras medidas adoptadas por Rivadavia (primero como ministro de la Provincia de Buenos Aires y luego como presidente) en la década de 1820.

El segundo factor a tener en cuenta es que en la élite política liberal primaba una visión “regalista” (que representaba una continuidad con el pensamiento borbónico) es decir de fuerte desconfianza hacia la Iglesia y de reivindicación del control estatal sobre ella.

Dado que la religiosidad era considerada un instrumento imprescindible para la educación de la sociedad, y que la Iglesia estaba en ruinas, resultaba sensato en la mente de la elite de la época que el Estado contribuyera al financiamiento de la Iglesia a fin que ésta pudiera colaborar en el avance moral del país, sin mengua de una amplia libertad de cultos y de la autonomía del Estado respecto de la Iglesia.

---

<sup>7</sup> Agradezco a una de las referencias por sugerirme que aclarara este punto.

<sup>8</sup> Di Stefano, Roberto *et al.*, *Historia de la iglesia argentina: desde la Conquista hasta fines del siglo XX*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009; Lida, Miranda, *Historia del catolicismo en la Argentina entre el siglo XIX y el XX*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, pp. 15 y 16.

## 2. *Las ideas liberales en el debate constitucional*

Quisiera detenerme en un aspecto del debate constitucional de 1853, la clara adhesión a postulados básicos del liberalismo del bloque mayoritario. El contraste con las posturas minoritarias deja en clara que no había puntos de coincidencia que posibilitaran un acuerdo en la cuestión de la Iglesia. En labios de los constituyentes de la mayoría podemos identificar argumentos que presuponen un ideario liberal muy marcado. Una modesta selección de algunas afirmaciones ilustra la cuestión, mostrando cuán avanzado era el pensamiento de la mayoría, o de sus voceros más activos en la discusión.

### A. *Una filosofía constitucional liberal*

Voceros de la mayoría defendieron la idea de que hay ciertos principios inviolables que limitan incluso la formulación de un texto constitucional. Se reitera la idea de que ciertas propuestas serían “inconstitucionales” (Zapata: “toda otra adición o reforma sería inconstitucional”)<sup>9</sup> por sobrepasar los límites legítimos del Estado.

### B. *Una postura contractualista*

Desde la mayoría se defendía una visión de la Constitución que fuera justificable frente a todos los ciudadanos. Así, dijo Gorostiaga: “Que la declaración que se proponía, de que la religión Católica era la religión del Estado, sería falsa; porque no todos los habitantes de la Confederación ni todos los ciudadanos de ella eran católicos”.<sup>10</sup> Es un postulado liberal tradicional el de rechazar la idea de un supuesto derecho de la mayoría a imponer sus concepciones de lo bueno al resto.

### C. *Individualismo metodológico*

Los diputados de la mayoría adherían a un pilar argumental del liberalismo, lo que un siglo después sería conocido como “individualismo metodológico”, la noción crucial de que los únicos puntos de vista morales relevantes son los de las personas. El presidente de la Asamblea, Zuviría, abandonó

---

<sup>9</sup> Acta número 39 del 21 de abril de 1853 del Congreso General Constituyente.

<sup>10</sup> Acta 39 citada.

su sitio para dejar en claro el punto: “Que había oído á un señor Diputado, opinar por que el inciso del artículo estuviese concebido en estos términos: «El Gobierno profesa y sostiene el culto Católico, Apostólico, Romano». Que siendo el Gobierno un ser moral, no podía profesar religión alguna; que como persona á gobernante podía tener cualquiera, como Gobierno, no”.

#### D. *Una visión avanzada sobre el derecho internacional*

Es destacable el rol que el tratado firmado en 1825 entra la provincia de Buenos Aires e Inglaterra, que establecía la libertad de cultos para los ciudadanos británicos. Diputados de la mayoría liberal presentaron, por ejemplo a través de estas palabras de Gutiérrez, lo que visto desde el presente sería un interesante argumento de derecho internacional, de derechos humanos, en el sentido de que la protección garantizada a los ingleses en primer lugar era inderogable por la Asamblea Constituyente, y, segundo, debía extenderse al resto de la sociedad:

...no debía olvidarse un hecho que pertenecía á nuestro derecho público y es el tratado celebrado con la Inglaterra, que el Gobierno Nacional de aquel tiempo firmó como base esencial de su existencia, contrayendo compromisos que le hicieran respetar: que celebrado por el Gobierno Nacional obligaba a toda la Nación y no podía eludirlo so pena de correr el riesgo de ser compelido á cumplirlo. Que, por esto, no se podía, sin faltar al derecho público despojar á nadie de la libertad que el artículo 14 confiere a los habitantes de la Confederación.<sup>11</sup>

#### E. *Razón pública*

La mayoría liberal eludió el intento de la minoría conservadora de enmarcar el debate en términos de derecho canónico, manteniéndose firme en el carácter secular de la tarea a cargo de la Asamblea. En palabras de Gorostiaga: “la Comisión no había creído que el Congreso fuese un concilio católico, ni que los Diputados viniesen á decidir puntos dogmáticos”.

#### F. *Anti-perfeccionismo*

La mayoría liberal adhería a una idea restrictiva del alcance del poder estatal, el cual no incluía el foro interno, las creencias del individuo y su

---

<sup>11</sup> *Idem.*

conciencia. Como afirmó Lavaysse, “la Constitución no podía intervenir en las conciencias, sino reglar sólo el culto exterior”.

### G. *Crítica a la religión dominante*

Un elemento típicamente liberal en el debate constitucional es la relativa soltura con que algunos constituyentes criticaban a la Iglesia católica. Seguí comienza su defensa del artículo 14 con un homenaje a Galileo:

...que había oído con sorpresa al Diputado preopinante, establecer que la libertad de cultos era contraria al derechos natural; que hubiera sido mayor su estrañeza sino hubiese recordado que un tiempo fué conducido el célebre Galileo á los calabozos de la inquisición por haber enseñado el movimiento de la tierra alrededor del sol contra la aparente oposición de algunos textos sagrados, que después han conciliado perfectamente la razón y las investigaciones astronómicas, en defensa del ilustre sabio.<sup>12</sup>

Y luego, cuestiona poco sutilmente la moralidad media de la Iglesia católica en el país (un tópico recurrente en los historiadores de este período es el Estado de completa relajación moral del clero):

Y que no debía tenerse sin hacer injuria á nuestra santa Religión, la competencia que se le ofrecería con las demás sectas disidentes; y que además sería una ocasión favorable para que los sacerdotes católicos ejercitasen su celo en la predicación evangélica, obteniendo para el catolicismo los mismos triunfos que este obtiene en otras partes del mundo; aprovechando además del ejemplo que pudieran recibir de los Ministros Protestantes para la mejora de su moral y costumbres.<sup>13</sup>

## IV. LA FILOSOFÍA LIBERAL FRENTE A LA RELIGIÓN. DE HOBBS A DWORKIN

### 1. *La religión, de fin a medio*

Esta perspectiva liberal de avanzada de la mayoría de los constituyentes era incompatible con las posturas abiertamente reaccionarias de la mino-

---

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Idem.*

ría, que fundaban su defensa de un Estado confesional e intolerante en las tradiciones, en la existencia de una mayoría católica y en el riesgo de anarquía que sucedería a una Constitución pluralista. No había espacio para un compromiso principista entre liberalismo y reacción, por esa razón no se produjo. Resulta inexacto asignarles a los constituyentes una defensa puramente estratégica de la libertad de cultos. Es cierto que estaba presente la necesidad de no ahuyentar con la intolerancia religiosa a los inmigrantes europeos de origen protestante. Pero ese argumento estuvo enmarcado claramente en una firme convicción en principios liberales.

Entiendo que la posición mayoritaria de la Asamblea Constituyente está también en línea con el pensamiento político más destacado y conocido hacia mediados del siglo XIX.<sup>14</sup> De acuerdo con Mark Lilla, con Hobbes comienza el abandono de la teología política, entendida como la fundamentación del Estado basada en una voluntad divina o un texto sagrado. A partir de Hobbes la religión es vista como una actividad que responde a necesidades y debilidades humanas y que debe servir a los propósitos de la sociedad. El abandono de la teología política implica que la religión pasa de ser valorada como un fin a ser valorada como un medio.

Para el liberalismo de los siglos XVIII y XIX la religión es un instrumento para el logro de fines valiosos, típicamente como refuerzo de ciertas inclinaciones o tendencias beneficiosas. En el caso de Rousseau, la religión fortalece las inclinaciones positivas, como la solidaridad.<sup>15</sup> En el caso de Hegel, la religión contribuye a hacer más sólidos los nexos comunitarios. En el caso de Kant, la religiosidad fortalece el sentido del deber.<sup>16</sup> Una consecuencia de asignarle a la religión un valor instrumental es la defensa de un control estricto de la religión por parte del Estado.<sup>17</sup> Creo que es adecuado entender a la mayoría de los constituyentes en el marco de estas ideas. Los debates en la Asamblea Constituyente de 1852/3 muestran la tensión entre la visión premoderna, propia de la teología política cristiana, y la visión liberal, más moderna, que rechaza el sometimiento del Estado y las instituciones políticas a un relato religioso determinado, al tiempo que reivindica el valor instrumental de la religión.

---

<sup>14</sup> Lilla, Mark, *The Stillborn God: Religion, Politics, and the Modern West*, Nueva York, Knopf, 2007.

<sup>15</sup> En el plano educativo Rousseau reconoce que la religión provee respuestas en aquellas cuestiones no resueltas por la ciencia. Por dicha razón, afirmaba que la enseñanza religiosa debía impartirse en la etapa final de la educación. Rousseau, Jean Jacques *et al.*, *Emilio*, Madrid, Edaf, 2011.

<sup>16</sup> Lilla, Mark, *op. cit.*

<sup>17</sup> Agradezco este punto a Rob Howse.

El sentido del artículo 2o. es el del resto de la Constitución, contribuir a la promoción del progreso. El sostenimiento material de la religión católica era parte de un programa de gobierno progresista. La religión era valorada instrumentalmente por su contribución al desarrollo y progreso de la sociedad. La muestra mejor de ese ideal eran las ciudades más avanzadas. La existencia de instituciones religiosas vitales se contaba entre las características de la ciudad deseada, junto a los diarios, el teatro, las universidades y escuelas, el comercio, el acceso a ciertos servicios públicos, como agua y alumbrado, etcétera. En contraste, la vida rural (que era la predominante en la época de la fundación constitucional) se caracterizaba por la escasa presencia institucional de la Iglesia y una religiosidad popular en pugna con las enseñanzas ortodoxas del catolicismo.

Como ejemplo del rol de la religión en la tarea civilizadora, dice Sarmiento en Facundo:

El progreso moral, la cultura de la inteligencia descuidada en la tribu árabe o tártara, es aquí no sólo descuidada, sino imposible. ¿Dónde colocar la escuela para que asistan a recibir lecciones los niños diseminados a diez leguas de distancia en todas direcciones? Así, pues, la civilización es del todo irrealizable, la barbarie es normal, i gracias si las costumbres domésticas conservan un corto depósito de moral. La religión sufre las consecuencias de la disolución de la sociedad: el curato es nominal, el púlpito no tiene auditorio, el sacerdote huye de la capilla solitaria, o se desmoraliza en la inacción i en la soledad; los vicios, el simoniaquismo, la barbarie normal penetran en su celda, i convierten su superioridad moral en elementos de fortuna i de ambición, porque al fin concluye por hacerse caudillo de partido. Hé aquí a lo que está reducida la religión en las campañas pastoras, a la religión natural: el cristianismo existe, como el idioma español, en clase de tradición que se perpetúa, pero corrompido, encarnado en supersticiones groseras, sin instrucción, sin culto i sin convicciones. Pues bien; veamos el Estado de la Rioja, según las soluciones dadas a uno de los muchos interrogatorios que he dirigido para conocer a fondo los hechos sobre que fundo mis teorías. Aquí es una persona respetable la que habla, ignorando siquiera el objeto con que interrogo sus recientes recuerdos, porque sólo hace cuatro meses que dejó la Rioja. 7a. ¿A qué número ascenderá aproximativamente la población actual de la Rioja? —R. Apénas a 1,500 almas. Se dice que solo hai quince varones residentes en la ciudad. 9a. ¿Hai algún establecimiento público de caridad? —R. Ninguno, ni escuela de primeras letras. El único religioso franciscano que hai en aquel convento, tiene algunos niños. 10. ¿Cuántos templos arruinados hai? —R. Cinco: solo la Matriz sirve de algo. ¿Cuántos sacerdotes se han ordenado? —R. En la ciudad solo dos mocitos; uno es clérigo cura, otro religioso de Catamarca. En la provincia cuatro más.



Para resumir, el liberalismo del siglo XIX valora la religión instrumentalmente, por su efecto formador en el aspecto moral (lo que explica también el viejo inciso 15 del artículo 67, que ordenaba al Congreso propender a la conversión de los indígenas) y consecuentemente postula un control rígido de la religión por parte del Estado. Propongo que las cláusulas religiosas de la Constitución sean leídas a la luz del ideario liberal, enriquecido por los avances del pensamiento político-filosófico desde 1853 al presente. En otras palabras, una lectura de la Constitución informada por los mejores desarrollos del liberalismo contemporáneo no podría ser resistida con argumentos originalistas, ya que la lectura que propongo sería fiel al enfoque de avanzada que primó en la génesis de nuestra ley fundamental.

Esta lectura liberal del artículo 2o. no es un intento de asignarle a un viejo documento retroactivamente los valores del presente. Como muestra propongo prestarle atención al largo debate parlamentario de 1883 alrededor de la que sería la Ley 1420 de educación. El punto central de divergencias era el de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas. En el debate, buena parte de los discursos se referían al grado de compromiso de la Constitución con el catolicismo. La intervención del diputado liberal Lagos García expresa, a escasos 30 años de la Convención de 1853, una insuperable visión sobre el carácter tolerante de la Constitución:

El señor diputado por Buenos Aires decía: somos un país esencialmente católico; el Estado es profundamente católico; lo ha sido desde que el país era colonia; lo siguió siendo después de la emancipación; ahí están nuestros antecedentes constitucionales: el Estatuto del año 15, la Constitución del año 19, la Constitución del año 26, establecían que la religión católica es la religión del Estado. Y bien, señor Presidente: ¿qué significa esto, de que en nuestras constituciones anteriores se haya establecido que la religión católica es la religión del Estado, y que nuestra Constitución actual sólo diga que el Estado costea el culto católico, apostólico, romano? Esto significa, señor Presidente, que la Constitución del año 53, inspirada en las ideas modernas, teniendo por objetivo la población, el progreso, el adelanto del país en todo sentido, consideró conveniente, imprescindible, innovar en este punto, e innovó. La disposición del artículo 2o. de la Constitución que nos rige, debe su existencia a esta clase de consideraciones; la debe también a la circunstancia de que el Estado se haya apoderado de los bienes de la Iglesia por la ley de reforma del clero, y al decreto que se dio en su consecuencia, prometiendo costear el culto. El Estado había contraído la obligación de sostener el culto católico, y se creyó obligado de continuar cumpliendo esa obligación, y la consignó como

precepto del código fundamental del país. Estos son los motivos, estas son las razones del artículo 2o. de la Constitución Nacional.<sup>18</sup>

### A. *Tres siglos de liberalismo*

¿Qué diferencia al liberalismo del siglo XIX del liberalismo del siglo XXI? Principalmente una concepción más amplia del rango de creencias merecedoras de tolerancia. La mayoría de los constituyentes endosaba una actitud de tolerancia hacia otros cultos, aunque puede inferirse una cierta predilección por las religiones cristianas. Sin llegar al extremo de la minoría conservadora, que dejó caer afirmaciones ofensivas hacia el judaísmo y el islamismo,<sup>19</sup> sí cabe adjudicarle al liberalismo predominante un rechazo al ateísmo. El liberalismo actual, en cambio, está más firmemente comprometido con el valor de la igualdad en materia religiosa, que protege por igual a todas las religiones y también a los ateos.

En segundo lugar, el liberalismo contemporáneo presupone la separación de las esferas de la moralidad y la religiosa. Por lo tanto, rechaza la noción de que la religiosidad contribuye de forma irremplazable a la formación moral de las personas, una postura que ofende a los no creyentes. Esta inclusión del ateísmo dentro de las posiciones sobre la religión que son merecedoras de respeto, y el rechazo a la noción de la indispensabilidad de la religión para la formación ciudadana determinan una respuesta del liberalismo actual más tajante respecto a la correcta relación entre religión y Estado.

### 2. *¿El catolicismo, religión preferida?*

Tanto en la asamblea constituyente de 1853 como hoy se escuchan voces que defienden como correcto que exista una religión oficial. ¿Qué argumentos sustentan esta opinión? Entre las consecuencias negativas de la neu-

---

<sup>18</sup> Ley 1420. Debate Parlamentario estudio preliminar, selección. Weinberg, Gregorio, *Ley 1420. Debate Parlamentario estudio preliminar*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1984, t. 1, p. 49.

<sup>19</sup> Tal vez quien llegó más lejos fue Ferré: “[con el texto aprobado] el Presidente de la Confederación y sus demás autoridades Nacionales y Provinciales podrían ser judíos, Mahometanos ó de cualesquiera otra secta. Que él encontraba en esto dificultades, inconvenientes y aun peligros”; “... [D]esde que se había abierto la puerta á los disidentes de nuestro culto hasta la presidencia de la República, podrían llegar á ocuparla un judío o musulmán; que en este caso sería preciso variar hasta la fórmula del juramento para saber si debía jurarse por los Evangelios ó por el Alkoran ó por Mahoma”. Acta citada previamente.

tralidad estatal en materia de culto se señalaban en la época de la sanción de la Constitución la posible erosión (e incluso derrumbe) de la moralidad social, el riesgo de quiebre de la unidad nacional y la ruptura del orden. Todos ellos presuponen lo que el pensamiento liberal-democrático niega: que la religión sea el instrumento único o privilegiado para acceder a los principios morales o afirmar una conducta individual o social acorde con esos principios.

Pero es importante tener en cuenta que este presupuesto no liberal además es insuficiente en sus propios términos para respaldar la opción institucional en favor de una religión favorecida. En efecto, supongamos que la religiosidad provoque efectos positivos, como por ejemplo lo afirman, respecto de los Estados Unidos, R. Putnam y D. Campbell en su libro, *American Grace*.<sup>20</sup> Según estos autores existe una correlación positiva entre religiosidad y generosidad (medida como el aporte de tiempo y dinero a causas caritativas —incluyendo causas seculares— y entre religiosidad y participación, entre otros efectos positivos. Aceptemos que la base empírica de estos estudios sea correcta (por ejemplo, que la gente es sincera al informar sobre estas cuestiones). Más aún, aceptemos que los efectos positivos superan a los negativos (obsérvese que el mismo libro informa que la religiosidad también se correlaciona con mayor intolerancia en materia política y sexual). La aceptación de estas premisas no nos compromete con aceptar un privilegio oficial hacia una religión, sino con un contexto político y jurídico que permita y favorezca el florecimiento de las diversas religiones. Y del mismo modo si hipotéticamente se comprobara que estos efectos positivos se vinculan a una religión en particular, esto tampoco sería suficiente para consagrar un sistema de religión preferida. Simplemente nos proveería con un argumento para proteger el desarrollo de esa religión. Por ejemplo, esa era la posición en 1853 del constituyente Seguí, quien defendía un sistema de amplia tolerancia religiosa a fin de que las Iglesias protestantes pudieran florecer e influenciar positivamente a la Iglesia católica, mejorando, mediante el impulso de la emulación, la moralidad de su jerarquía. Seguí, en otras palabras, estaba convencido del efecto positivo del protestantismo, pero creía que bastaba para asegurar ese efecto con garantizar un régimen de libertad de cultos.

Por lo tanto, quien defienda un régimen de preferencia hacia el catolicismo debe demostrar tres cosas: En primer lugar, que la religiosidad tiene efectos concluyentemente positivos (o sea que los positivos superan a los ne-

---

<sup>20</sup> Putnam, Robert D. *et al.*, *American Grace: How Religion Divides and Unites Us*, Nueva York, Simon & Schuster, 2010.

gativos); en segundo lugar, que es una religión en particular la que produce esos efectos; y en tercer lugar que la forma de garantizar esas consecuencias benignas es a través de un régimen de privilegio oficial hacia una religión. Este último paso es especialmente cuesta arriba debido a los costos morales de este tipo de privilegios. Cuando el Estado decide apoyar a una religión en desmedro del resto, toma partido dos veces, y produce dos tipos de agravio. Primero, toma partido a favor de la religiosidad ofendiendo a los no creyentes, quienes acuden a opciones seculares como respuesta a las dudas y problemas que otros responden a través de las religiones. Y luego, ofende a los practicantes de los credos no preferidos, al seleccionar una particular respuesta religiosa como “más digna” del favor oficial, que las demás. Aunque esta preferencia se limite al plano económico, el Estado igual ofende a los no religiosos y a los fieles de otras religiones al dejar a su disposición menos recursos para cultivar sus puntos de vista que aquellos de los que dispondrían en ausencia del subsidio preferencial. Estos costos no son fácilmente mensurables, ya que se trata de costos morales que se pagan en la moneda del autorrespeto frustrado y la igualdad violada, pero resulta dudoso que puedan ser compensados por los hipotéticos beneficios de la religiosidad o de una determinada religión, máxime cuando estos últimos beneficios solamente requieren, para ser producidos, de un sistema de tolerancia neutral.

### 3. *¿Libertad religiosa sin igualdad religiosa? El argumento de la interferencia*

Dentro del propio marco liberal existen debates interpretativos acerca de las concretas exigencias de la igualdad en materia religiosa. Entre quienes defienden el carácter privilegiado o preferido del catolicismo en nuestro esquema constitucional sin renegar del liberalismo, es frecuente la defensa de la idea de que nuestro sistema es uno de libertad religiosa, mas no de igualdad. ¿Es posible que exista libertad sin igualdad en materia religiosa? En mi opinión, solamente lo es si reposamos en una visión muy acotada de libertad, que la entienda como la ausencia de prohibiciones religiosas, y sólo hasta cierto punto. Bajo esta visión, en un sistema de religión preferida todas las personas son libres de profesar sus creencias religiosas, y esta libertad no se ve afectada por el hecho de que el Estado apoye de manera preferente a un credo determinado. Por cierto, la libertad religiosa se vería sin dudas comprometida de manera intolerable si la preferencia a una religión estuviera acompañada por una cruda prohibición de profesar el resto de los cultos.

Pero de esta observación obvia no se sigue que la mera tolerancia a las demás religiones, en un sistema de religión preferida, configure una ga-

rantía suficiente de libertad. Para empezar, incluso una noción acotada de libertad debe ir más allá de la ausencia de prohibiciones, para abarcar la ausencia de interferencias arbitrarias. Por ejemplo, es claro que la libertad religiosa se vería comprometida por un sistema de impuestos especiales a los cultos no preferidos, o por la exigencia de permisos oficiales para profesar estos cultos. Un esquema de subsidios exclusivos para una religión determinada puede ser visto como una interferencia de este tipo, que torna más gravoso profesar una religión que otras, no por las particulares exigencias de las distintas religiones sino por una medida estatal. La preferencia de una religión sobre el resto opera, entonces, como una prohibición atenuada y afecta negativamente la libertad religiosa.

#### 4. *¿Libertad religiosa sin igualdad religiosa?*

##### *El argumento de la desagregación de la libertad religiosa*

La libertad religiosa requiere más que una ausencia de interferencia. Exige un trasfondo institucional que ofrezca opciones genuinas en materia religiosa. Este trasfondo institucional incluye recursos y oportunidades y éstos no deben ser provistos desigualitariamente. De otra manera, ciertas opciones religiosas serán más difíciles, lo que implica que las personas no católicas serán menos libres para profesar otros cultos.

Otro modo de entender el vínculo necesario entre igualdad y libertad se vincula con el contenido de la libertad religiosa. Hay dos posibles formas de concebir esta libertad. La primera es entenderla como una libertad distintiva, y la segunda, como un haz de otras libertades y derechos. Esta es en otras palabras la discrepancia entre quienes afirman y quienes niegan el valor especial de la religión. Quienes creen que la religión es especial, entienden que requiere de una protección extra además de la que proveen otros derechos y libertades. Ésta es la visión de Martha Nussbaum, para quien la libertad religiosa protege una capacidad específica, la de indagar acerca del sentido último de la vida.<sup>21</sup> Si bien esta autora favorece una interpretación amplia de la libertad religiosa (que cubra, por ejemplo, a objetores que no creen en un Dios) reconoce que este carácter especial de la libertad religiosa lleva a un acomodamiento mayor para los objetores religiosos que para el resto de los objetores.

La perspectiva alternativa explica la libertad religiosa como derivada de la protección de una capacidad más general, la de formar y sostener

---

<sup>21</sup> Nussbaum, Marta C. *et al.*, *Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, Barcelona, Tusquets, 2009.

convicciones éticas. Estas convicciones pueden ser o no de naturaleza religiosa. Ésta es la posición de Ronald Dworkin,<sup>22</sup> y entre nosotros, de Hernán Gullco.<sup>23</sup> Creo que es la postura correcta, en razón de que resulta la más respetuosa de la diversidad de opiniones en materia religiosa, incluyendo la de las personas ateas y agnósticas. La libertad religiosa, desde esta mirada, protege un aspecto fundamental de la persona, la capacidad de formular y sostener valores. Así entendida, la libertad religiosa es parte de una libertad más amplia, la libertad ética, que tutela el rasgo que para muchos (Rawls, Gregory Vlastos, etcétera) fundamenta la idea de la igualdad moral básica: los seres humanos son moralmente iguales por su capacidad de evaluar o “dar y recibir justicia” en palabras de Rawls. Esta capacidad evaluativa puede resultar o no en creencias religiosas, por lo tanto, ambas opciones (la religiosa y la atea) merecen igual respeto y protección.

Si la religión no se funda en una capacidad especial sino en la capacidad ética general que define a los seres humanos, entonces recibirá suficiente protección con el conjunto de derechos que protegen esa capacidad ética general: la libertad de conciencia y de expresión, la libertad de asociación, el derecho a la privacidad e intimidad, etcétera. Ahora bien, estas libertades y derechos son estrictamente igualitarios. No es admisible, en otras palabras, que se proteja la libertad de expresión estableciendo jerarquías entre diferentes puntos de vista, o que se tutele la libertad de asociación facilitando en mayor medida la posibilidad de asociarse de ciertas personas en desmedro de otras, o que se ampare la privacidad e intimidad de las personas de manera diferenciada. Por lo tanto, si la libertad religiosa no es más que un conjunto de otras libertades, y éstas son estrictamente igualitarias, entonces la propia libertad religiosa debe ser igualitaria.

### 5. *¿Es especial la religión?*

Este argumento no implica que la libertad religiosa no pueda ser entendida como especial en un sentido diferente, de naturaleza instrumental. La religiosidad es un fenómeno persistente y ubicuo, que ocupa un lugar fundamental para muchas personas. Si bien una Constitución ideal podría no mencionar a la religión, y esto no implicaría ningún costo para la libertad religiosa en tanto las libertades que la componen sí estuvieran consagradas

---

<sup>22</sup> Dworkin, Ronald, *Religion without God*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

<sup>23</sup> Gullco, Hernán, *Libertad Religiosa. Aspectos jurídicos*, tesis doctoral recomendada para su publicación y premio, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2013.

en dicha Constitución, las constituciones concretas son un asunto distinto. Ellas no son documentos de pura filosofía política sino el resultado de experiencias históricas específicas. Y una de las lecciones del pasado es que la religión es especial en cuanto a la profundidad de las pasiones que despierta, y a los riesgos que conlleva en términos de divisiones, persecuciones y enfrentamientos.

Entender a la religión como especial en el sentido de Nussbaum acarrea reconocer una protección mayor a la libertad religiosa que a otras libertades. Por ejemplo, de acuerdo a Nussbaum la Constitución Estadounidense brinda una protección extra a los objetores de conciencia que fundan su objeción en creencias y valores religiosos. Entender a la religión como especial en el sentido que defiende (la religión es especial por la fuerza de las pasiones a que da lugar, pero también de los riesgos que presenta) tiene otra consecuencia: la tutela de la libertad religiosa debe ir atada a la tutela frente a la opresión religiosa. Una requiere a la otra.

Esta concepción acerca del carácter especial de la religión ilumina la cuestión del lugar de la religión en una Constitución ideal. Una mención específica a la libertad religiosa puede entenderse como una garantía simbólica adicional. Así concebida, no hay razón para que las personas no religiosas se sientan discriminadas por esa mención, máxime cuando la libertad religiosa, en la mayoría de los casos, es amenazada por motivaciones religiosas, por lo cual proteger la religiosidad implica también poner límites a la religiosidad.

## V. RECONSIDERANDO EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DEL SOSTENIMIENTO ECONÓMICO DE LA IGLESIA

Volvamos a la cuestión de la relación económica entre la Iglesia y el Estado, teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí. Propongo que leamos el artículo 2o. siendo fieles al ideario progresista de la mayoría de los constituyentes de 1853. No seríamos leales a ese ideario si leyéramos la Constitución a la luz de las opiniones concretas o particulares predominantes en aquella época. En cambio, la lealtad a los principios fundantes de la Constitución requiere honrar los ideales más abstractos y generales, especificándoles mediante la incorporación de los mejores desarrollos posteriores del pensamiento político. Esta perspectiva es compatible con un posible enfoque originalista, en la medida en que acepta como legítima la pregunta sobre qué pensarían de la interpretación que defienden los constituyentes de 1853. La diferencia con

el originalísimo ortodoxo es que el contra fáctico sobre el que éste indaga, gira en torno a la posible reacción de los fundadores confrontados con los hechos del presente, a la luz de sus convicciones de entonces, mientras que el contra fáctico que yo acepto remite a la postura de que los fundadores enfrentaran los hechos actuales no solamente con el bagaje intelectual de aquel periodo, sino incluyendo el conocimiento filosófico-político del presente. En la medida en que aspiremos a ser leales con el carácter progresista del pensamiento constitucional fundante no veo otra alternativa.

Si estoy en lo correcto, respecto a que la mejor interpretación del artículo 2o. se basa en una concepción nítidamente liberal, como la que abrazaba la mayoría de los constituyentes de 1853, que en el presente está centrada en la igualdad en materia religiosa, entonces una serie de argumentos laicistas adquieren mayor plausibilidad. Es hora de modificar el rango de posiciones que hoy se entienden como constitucionalmente admisibles. No tenemos por qué elegir entre la opción de subsidiar al catolicismo (que hoy es la posición más liberal en el debate) o de sumar a este subsidio una identificación perfeccionista entre Estado e Iglesia.

Si estoy en lo correcto, las siguientes posiciones son defendibles y no lo son las que interpreten el sostenimiento de maneras que comprometan aún más al Estado con una religión.

### 1. *¿Antigualla?*

Un primer argumento, tal vez el más radical, sostendría que el artículo 2o. es una “antigualla” que debe tenerse por no escrita. Así fue como la exigencia del artículo 43 de la Constitución original (que requería que para ser senador se disfrutase de una renta anual de dos mil pesos fuertes) fue dejada de lado al ser considerada una exigencia obsoleta. Del mismo modo el inciso 15 del artículo 67 que reglamenta las potestades del Congreso, que lo mandataba a promover la conversión de los “indios” al catolicismo, una disposición que cayó en desuso mucho antes de 1994, por ser abiertamente discriminatoria. También la atribución al Congreso del poder para conceder “patentes de corso” (inciso 22 del artículo 67) fue una disposición que cayó en la obsolescencia.

Esta interpretación no puede descartarse de plano, pero no es la que favorezco, por el costo interpretativo de desconocer una porción del texto constitucional, habida cuenta que es posible articular un argumento que preserve el texto asignándole un sentido aceptable, como el que sigue.



## 2. *Sostenimiento ya cumplido*

De acuerdo con esta interpretación, que es la que prefiero, el deber de sostenimiento ya no está vigente por encontrarse cumplido. Recordemos que al momento del nacimiento de la Constitución, la situación de la Iglesia local era ruinoso, y que el Estado la había privado de sus ingresos (diezmos y primicias). Al mismo tiempo era parte del ideario liberal de la época, como mostré anteriormente, la creencia en la importancia de la religión para contribuir a los fines del Estado liberal. Por lo tanto, tenía pleno sentido, en 1853, entender el sostenimiento en términos económicos. Principalmente, el financiamiento estatal de la religión católica era parte del régimen del Patronato que el país reclamaba en los mismos términos que regían en la época colonial.

Este sostenimiento económico devino innecesario con el tiempo. Aquella Iglesia en ruinas prosperó inmensamente en términos materiales. Con la organización nacional comenzaría una etapa de fortalecimiento de la Iglesia. Uno de los hitos fue la firma de un nuevo acuerdo entre el gobierno y el Vaticano. Auza sugiere que una razón por la que el recelo inicial con que la Iglesia recibió a la Constitución se fue diluyendo fue la conducta amistosa que tuvieron con ella los primeros gobiernos constitucionales.<sup>24</sup> El avance educativo y la urbanización también contribuyeron a fortalecer la hegemonía del catolicismo. La Iglesia pasó de ser una institución muy débil a ser una institución enormemente poderosa, incluso patrimonialmente. El árbol derruido y casi seco que precisaba una guía y cuidados especiales para afirmarse, es hoy un árbol fuerte y con raíces bien extendidas. “Sostener” a un árbol en ruinas no puede significar lo mismo que “sostener” a un árbol poderoso. Entonces bien, podría hoy el Estado fijar otras prioridades para el dinero público. La Constitución está repleta de cláusulas que contienen obligaciones cuyo cumplimiento se agota en algún momento. Si la interpretación del sostenimiento se centra en el aspecto económico, resulta plausible concluir que la obligación de proveer esa forma de sostenimiento ya está cumplida, y no está vigente. Podríamos trazar un paralelo con el deber de sostener a un bebé abandonado en la puerta de nuestra casa. Asumimos el deber de sostenerlo, lo alimentamos, lo cuidamos y protegemos. El tiempo pasa, la criatura crece, en parte debido a nuestro sostén, prospera, se vuelve un adulto fuerte y muy rico. ¿Debo seguir aportándole dinero? No lo creo. Mi deber de sostenimiento está cumplido.

---

<sup>24</sup> Auza, Néstor T., *La Constitución Nacional de 1853 cuestionada por eclesiásticos de la Confederación*, Buenos Aires, Universitas, 1980, pp. 5-32.

En términos jurídicos, puede afirmarse que el concordato de 1966 fija los nuevos términos de la relación con la Iglesia, volviendo obsoletos los términos establecidos en 1853. Téngase presente también que una de las razones ofrecidas para fundamentar la obligación estatal de financiar el culto católico era la expropiación de sus bienes y la cancelación de los impuestos que allegaban recursos a la Iglesia. Este enfoque “reparatorio” también respalda mi interpretación, ya que la noción de una reparación económica perpetua suena odiosa, por excesiva e injusta con las generaciones futuras.

Nuestra historia también nos enseña que el sostenimiento económico puede resultar en un debilitamiento de la Iglesia. Las consecuencias de este debilitamiento han llegado a ser, según algunos expertos, catastróficas. Por ejemplo, Emilio Mignone ha afirmado que la represión brutal de la última dictadura militar fue posible por el silencio de la jerarquía eclesiástica:

Si en ese momento la Conferencia Episcopal argentina hubiera reaccionado con energía, señalando de manera directa a los responsables y condenando al régimen, se hubieran salvado decenas de miles de vidas. La impensable imagen del cardenal Aramburu utilizando el púlpito de la Catedral metropolitana para denunciar el crimen, pudo haber detenido el genocidio.<sup>25</sup>

Mignone atribuye principalmente al predominio del nacionalismo conservador en la cúpula de la Iglesia su complicidad con la dictadura, pero a esto se suma “una tradición de subordinación de la Iglesia al poder político y una dependencia económica del Estado, que la dictadura militar procuró vigorizar como compensación por la actitud complaciente del episcopado frente a sus desafueros”. Si la tesis de Mignone fuere (aun parcialmente) plausible, podría ser que “sostener” en el sentido de financiar fuera incompatible con “sostener” en el sentido de “mantener firme”.

### 3. *Sostenimiento no económico e igualitario*

Otra lectura laicista del artículo 2o. afirmaría que el sostenimiento debe entenderse en términos no económicos. Es interesante señalar que ésta era la lectura de Germán Bidart Campos, quien negaba expresamente que el artículo 2o. se refiriera a subsidios financieros, aunque para él sí implicaba

---

<sup>25</sup> Mignone, Emilio F., “Iglesia y dictadura. La experiencia argentina”, *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, núm. 82, marzo-abril de 1986, pp. 121-128, disponible en: [http://www.nuso.org/upload/articulos/1378\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/1378_1.pdf).

una “unión moral” entre Iglesia y Estado, una sugerencia que no encuentro razones ni de filosofía constitucional ni históricas ni de cuño originalista para compartir. El sostenimiento ordenado por el artículo 2o. referiría, pues, a las diversas garantías y derechos que, combinados, contribuyen a “sustentar, mantener firme” o a “prestar apoyo, dar aliento o auxilio” a la Iglesia, por ejemplo, los derechos de libertad de culto, de asociación, de privacidad y de expresión. Estos serían los modos en que el Estado se compromete a sostener a la Iglesia.

Por cierto, esta lectura liberal del artículo 2o. debe complementarse con un estricto requerimiento igualitario en el sentido de que el sostenimiento es debido a la Iglesia católica y a todos los cultos. Para ser una interpretación genuinamente igualitaria, ésta debe completarse con algún tipo de resguardo de la dignidad de los no creyentes. Por ejemplo, toda forma de cooperación con los cultos debe evitar el endoso público de afirmaciones religiosas, y el Estado debe garantizar espacios suficientes para la circulación de las ideas no religiosas en condiciones de no discriminación.

#### 4. *Sostenimiento económico no discriminatorio (cooperación, tolerancia)*

Esta es en parte la propuesta de Nino,<sup>26</sup> quien alienta la supresión del artículo 2o. en una futura reforma. Mientras tanto, sostenía, debía interpretarse en términos exclusivamente económicos y que no implicaran la necesaria exclusión de otros cultos. A esta posición le agregaría que el sostenimiento debería incluir (no solamente permitir la inclusión) a los demás cultos y también a las posiciones agnósticas o ateas. También restringiría el apoyo económico a actividades de interés general y no sectario (la promoción de la tolerancia religiosa, el cuidado de lugares religiosos de valor histórico, artístico o arquitectónico, etcétera).

Es interesante notar que esta lectura liberal del artículo 2o. era compartida (aunque con desagrado) por voceros conservadores de la época de la fundación constitucional. En el diario porteño “La Religión” del 12 de noviembre de 1853, en un artículo titulado “La Constitución Argentina de 1853 en sus relaciones con el catolicismo” se afirmaba sobre el artículo 2o.:

Esta fórmula tan singular y peregrina de reconocer la Religión del país, es demasiado elástica para hacerle cruda y porfiada guerra, el día que espíritus mal intencionados se apoderen del Gobierno... Sostener, ¿será lo mismo

<sup>26</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 287 y 288.

que profesar, proteger, defender, etcétera?... ¿Podrá después, sin contrariar el artículo constitucional, sostener también el culto protestante...? De que el Gobierno federal sostenga el culto católico, ¿se sigue que el catolicismo sea Religión del Estado?...

Legislaciones como la española o la alemana, que articulan un sistema de financiamiento privado a través del Estado, aparecen como alternativas menos cuestionables una vez que se favorece la interpretación “económica” del sostenimiento del artículo 2o.

Según mi perspectiva, interpretaciones que recomienden nociones más fuertes de sostenimiento no tienen fundamento, en tanto implicarían transgredir el principio constitucional de igualdad en materia religiosa.

## VI. CONCLUSIÓN

La Constitución es producto de una filosofía liberal de avanzada, y debe interpretarse también acudiendo a las mejores ideas liberales contemporáneas. En la regulación de la religión los constituyentes plasmaron las ideas del liberalismo progresista de la época, que valoraba instrumentalmente a la religión y consecuentemente propiciaba su estricto control por parte del Estado. El sostenimiento económico era la contracara necesaria de este control. El liberalismo ha evolucionado en el siglo y medio posterior hacia la afirmación de un principio de estricta igualdad en materia religiosa, incompatible con un esquema de subsidios a la religión, y en mayor medida, con uno de subsidios a una religión determinada. Ante la indeterminación del concepto de sostenimiento, debe escogerse la lectura que esté más de acuerdo con ese principio igualitario y que permita reconciliar el texto con la historia y las exigencias de la justicia política.

Nuestra Constitución expresa el supremo compromiso de organizar la vida pública bajo los principios del liberalismo. Ese compromiso explica la ruptura con los experimentos constitucionales previos a 1853, caracterizados por su fuerte impronta perfeccionista y clerical. Las imprecisiones de la fórmula del artículo 2o. deben resolverse de manera consistente con el ideario igualitario de la Constitución original y su reforma de 1994, teniendo en cuenta los desarrollos históricos y filosóficos que han signado la relación entre el Estado constitucional y los diversos credos y posiciones sobre lo religioso.

El artículo 2o. no requiere el sostenimiento financiero de la Iglesia. Si estoy en lo correcto, tal vez tampoco lo autorice.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AUZA, Néstor T., *La Constitución Nacional de 1853 cuestionada por eclesiásticos de la Confederación*, Buenos Aires, Universitas, 1980.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2009, t. I.
- DI STEFANO, Roberto y ZANATTA, Loris, *Historia de la Iglesia argentina: desde la Conquista hasta fines del siglo XX*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009.
- DWORKIN, Ronald, *Religion Without God*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.
- GULLCO, Hernan, *Libertad religiosa. Aspectos jurídicos*, tesis doctoral recomendada para su publicación y premio, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2013.
- LIDA, Miranda, *Historia del catolicismo en la Argentina entre el siglo XIX y el XX*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.
- LILLA, Mark, *The Stillborn God: Religion, Politics, and the Modern West*, Nueva York, Knopf, 2007.
- MAISLEY, Nahuel, “La libertad religiosa en la Argentina”, en GARGARELLA, Roberto y GÜIDI, Sebastián (comps.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, La Ley, 2016, vol. 2.
- MIGNONE, Emilio F., “Iglesia y dictadura. La experiencia argentina”, *Nueva sociedad*, Buenos Aires, núm. 82, marzo-abril de 1986.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- NUSSBAUM, Martha C. et al., *Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, Barcelona, Tusquets, 2009.
- PUTNAM, Robert D. y CAMPBELL, David E., *American Grace: How Religion Divides and Unites Us*, Nueva York, Simon & Schuster, 2010.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emilio*, Madrid, EDAF, 2011.
- WEINBERG, Gregorio, *Ley 1420. Debate parlamentario, estudio preliminar*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1984, t. I.



## LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA ARGENTINA\*

Nahuel MAISLEY\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El predominio liberal en la convención constituyente de 1853.* III. *El “pacto laico” de fines de siglo XIX y principios del siglo XX.* IV. *La libertad religiosa en la era de las dictaduras.* V. *La libertad religiosa en la vuelta a la democracia.* VI. *La reforma constitucional y la consolidación de la interpretación igualitaria.* VII. *Regulación actual.* VIII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

La Constitución argentina regula la libertad religiosa en siete artículos.<sup>1</sup> El artículo 14 establece el derecho general de todos los habitantes de la nación a “profesar libremente su culto”, mientras que el artículo 20 dispone que los extranjeros pueden “ejercer libremente su culto” en el territorio nacional. Otros tres artículos regulan las relaciones entre los cultos y el Estado: el 2o. establece que el “gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano”, el 73 que los “eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso”, y el 93 que el presidente y vicepresidente jurarán al tomar posesión de su cargo “respetando sus creencias religiosas”. Todas estas disposiciones se comple-

---

\* Este trabajo fue publicado originalmente en Gargarella, Roberto y Güidi, Sebastián, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, La Ley, 2016, vol. 2, pp. 24-51. Agradezco a la editorial permitir su publicación en este libro.

\*\* (UBA/CONICET) Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto de investigación UBACyT “Principio de autonomía, libertad de conciencia y libertad religiosa”, con sede en la Facultad de Derecho de la UBA, dirigido por Marcelo Alegre.

<sup>1</sup> Más allá de estas disposiciones incluidas en el texto de la Constitución, la cuestión está regulada en una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional gracias al artículo 75, inciso 22. Debido a la interrelación inherente de los derechos humanos, sería imposible citar aquí todas las disposiciones relevantes.

mentan con el artículo 19, que establece el principio de autonomía individual, y el artículo 16, que establece el principio de igualdad.

Si bien han existido momentos históricos diversos (que examinaremos a continuación), puede decirse que la tendencia general en la interpretación de estas disposiciones ha sido una que atiende a las dos facetas que comprenden este derecho. Por un lado, la faceta de la *libertad*, que incluye la protección del derecho de cada individuo de decidir autónomamente si desea profesar o no una religión y de llevar a cabo los actos que ello implique, al menos en la medida en que no afecten a terceros (artículos 14, 19 y 20). Y, por otro lado, la faceta de la *igualdad*, que implica que estas libertades deben estar distribuidas de modo ecuánime entre los habitantes de la nación, que ninguna religión puede prevalecer sobre el resto (ni sobre las opciones no religiosas, como el ateísmo o el agnosticismo) y, sobre todo, que el Estado debe mantenerse neutral frente a las decisiones espirituales de los ciudadanos (artículos 2o., 16, 19, 73, 93).

En lo que sigue, intentaremos describir el desarrollo histórico de la práctica interpretativa de estos artículos en nuestro país, desde sus orígenes en la convención constituyente de 1853 hasta nuestros días. Para ello, dividiremos esa evolución en seis períodos distintos, abarcando los más de ciento cincuenta años de nuestra Constitución.

## II. EL PREDOMINIO LIBERAL EN LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE 1853

A diferencia de lo ocurrido en otras convenciones constituyentes, como las de Chile (1823 y 1833), Colombia (1843 y 1886), Ecuador (1869), México (1843) o Perú (1839),<sup>2</sup> los convencionales argentinos decidieron no adoptar oficialmente una religión de Estado.<sup>3</sup> Por el contrario, votaron por establecer una libertad de culto medianamente amplia, aunque selectiva, dado que la

---

<sup>2</sup> Véase al respecto Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of The Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 11.

<sup>3</sup> Más allá de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que así lo ha interpretado explícitamente (véanse los siguientes apartados de este trabajo), la doctrina es casi unánime en este punto. Véase González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1897, pág. 152; González Calderón, Juan, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 1923, t. II, p. 58; Fayt, Carlos, *Derecho Político*, 6a. ed. inalterada, Buenos Aires, Depalma, 1985, t. I, p. 347; Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 287; Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución Argentina Comentada*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1997, p. 10; Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2005, t. I,



Constitución aprobada en 1853 facultaba al Congreso a “conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo” (artículo 67, inciso 15).<sup>4</sup>

Dejando de lado la cuestión indígena, en los debates de la asamblea constituyente se puede observar cómo, más allá de ciertas concesiones obtenidas por los sectores conservadores,<sup>5</sup> la redacción final de los artículos fue en gran medida coincidente con las propuestas del sector liberal.<sup>6</sup> Esta inclinación de la mayoría de los convencionales por la tolerancia religiosa probablemente estuvo relacionada con la influencia del pensamiento de los autores de la llamada “generación de 1837”,<sup>7</sup> que tenía cierta llegada al grupo de hombres que tomó el poder tras la caída de Juan Manuel de Rosas. Este grupo de intelectuales defendió fuertemente la tolerancia religiosa y la libertad de cultos, no necesariamente porque las entendieran valiosas en sí mismas, pero sí porque las consideraban fundamentales para lograr el objetivo de fomentar la inmigración europea. En sus *Bases*, por ejemplo, Alberdi decía que “el dilema es fatal: o católicos exclusivamente y despoblada; o poblada y próspera, y tolerancia en materia de religión”.<sup>8</sup>

En particular, puede decirse que el sector liberal se impuso en los tres debates centrales de la convención constituyente en relación al tema religioso. En primer lugar, los conservadores no lograron establecer al catolicismo como religión oficial, o como “la única y sola verdadera”,<sup>9</sup> como proponía el proyecto del cura catamarqueño Pedro Zenteno. En su lugar, la versión del artículo 2o. que fue finalmente aprobada, que es la actual, incluyó compromisos mínimos con la Iglesia católica aún menores que los que el propio

---

p. 543; Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 32.

<sup>4</sup> Esta aberración fue eliminada en la reforma constitucional de 1994.

<sup>5</sup> Representados en las discusiones por Pedro Zenteno, Manuel Leiva, Pedro Díaz Colodrero, Facundo Zuviría, y Pedro Ferré. Véase, por ejemplo, López Göttig, Ricardo, “La cuestión religiosa en la Convención Constituyente de 1853”, *Revista Libertas*, Buenos Aires, núm. 41, 2004.

<sup>6</sup> Representado principalmente por el miembro informante de la comisión redactora, Benjamín Gorostiaga, y por Juan Francisco Seguí y Juan María Gutiérrez, *idem*.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, *ibidem*, p. 1.

<sup>8</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, La Plata, Terramar Ediciones, 2007, p. 96.

<sup>9</sup> Ravignani, Emilio (ed.), *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas-Universidad de Buenos Aires, 1937, t. IV, disponible en: <http://ravignanidigital.com.ar/asambleas/asa4/asa4110000.html?h=0>, p. 488.

Alberdi había previsto en su proyecto.<sup>10</sup> Como consta en los debates de la asamblea constituyente, la idea era que “la religión dominante y de la mayoría del país era la Católica Apostólica Romana”, y que de ello se derivaba, por un lado, un “derecho del gobierno de intervenir en su ejercicio” y, por otro, un “deber de sostener su culto”.<sup>11</sup> Es decir, una facultad de garantizar que el funcionamiento del culto estuviera de acuerdo con los principios constitucionales, sumada a un deber de asegurar que los ciudadanos tuvieran los bienes materiales suficientes para profesar su religión. Como aclaraba el constituyente mendocino Martín Zapata, “esto era lo único que el Congreso debía declarar, y lo único contenido en el artículo en discusión. Toda otra adición o reforma sería inconstitucional”.<sup>12</sup>

En segundo lugar, los conservadores tampoco pudieron imponer su propuesta de que “todos los habitantes de la Confederación [le tributaran a la Iglesia católica] respeto, sumisión y obediencia”.<sup>13</sup> Por el contrario, la Constitución aprobada incluyó el derecho de todos los habitantes de la nación de “profesar libremente su culto”. Además del argumento instrumental (“era indispensable la tolerancia para el progreso del País por la inmigración virtuosa que traería a nuestro suelo”),<sup>14</sup> y del argumento histórico (“pertenecer a la comunión católica jamás había sido por nuestras leyes un requisito para obtener la ciudadanía”)<sup>15</sup> estuvo presente en el debate un argumento eminentemente moral. El miembro informante de la comisión redactora, Benjamín Gorostiaga, explicó con claridad que no podía “establecerse que la religión católica [fuera] la única verdadera, puesto que este es un punto de dogma, cuya decisión no es de la competencia de un congreso político que tiene que respetar la libertad de juicio en materias religiosas y la libertad de culto según las inspiraciones de la conciencia”.<sup>16</sup>

En tercer lugar, también fue derrotada la propuesta del santafesino Manuel Leiva de que el empleo público en la Confederación Argentina se supeditara a que “el individuo profes[ara] y ejer[ciera] el Culto Católico Apostólico Romano”.<sup>17</sup> No obstante, los conservadores sí lograron que prosperara la propuesta del cura santiagueño Benjamín Lavaysse —quien en otros as-

---

<sup>10</sup> En las *Bases*, Alberdi había previsto que además de sostener, el Estado debía “adoptar” el culto católico: Alberdi, Juan Bautista, *op. cit.*, p. 251.

<sup>11</sup> Ravignani, Emilio (ed.), *op. cit.*, p. 490.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 488.

<sup>14</sup> Véanse las palabras del Diputado Seguí, *ibidem*, p. 509.

<sup>15</sup> Véanse las palabras del Diputado Gorostiaga, *ibidem*, p. 490.

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 518.

pectos había sido más proclive a la separación entre Iglesia y Estado— de que tanto el presidente como el vicepresidente de la república debieran ser católicos.<sup>18</sup> En gran medida, la aceptación de esta cláusula se relacionaba con la institución del patronato (antiguo artículo 67, inciso 19), es decir, la participación del Estado en la creación de diócesis, y en la designación de sus titulares. Según Lavaysse y la mayoría de los constituyentes, tenía sentido exigir que aquellos encargados de designar a los curas católicos fueran católicos, pero no había razones para que el resto de los empleados también lo fueran<sup>19</sup>. La institución del patronato fue eliminada mediante un tratado entre el Estado argentino y la Santa Sede, en 1966,<sup>20</sup> y sus vestigios fueron removidos de la Constitución en la reforma de 1994. En ese momento se eliminó, también, el requisito religioso para las más altas autoridades de la nación.

### III. EL “PACTO LAICO” DE FINES DE SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

La interpretación liberal-igualitaria del texto constitucional que defendían en su mayoría los constituyentes fue confirmada, poco tiempo después de la convención, por las cabezas de al menos dos de los tres poderes del Estado: el Congreso de la Nación, y la Corte Suprema de Justicia.

A fines del siglo XIX, el Congreso de la Nación sancionó una serie de leyes —las llamadas “leyes laicas”— que atentaron fuertemente contra los intereses monopólicos de la Iglesia católica, confirmando la práctica interpretativa de los constituyentes respecto de la separación entre el Estado y las instituciones religiosas, y de la igualdad entre los cultos.<sup>21</sup> En 1884 se aprobó la Ley de Registro Civil, que ponía en cabeza del Estado (y quitaba de manos de la Iglesia) el registro de los nacimientos, los matrimonios y las defunciones. Se trataba de una norma que apelaba implícitamente a una interpretación igualitaria de la Constitución, en la medida en que buscaba garantizar que todos los ciudadanos fueran registrados igualmente ante la ley, fuera cual

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 532. Esta norma también fue eliminada en la reforma de 1994.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 523.

<sup>20</sup> Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina, aprobado por el Decreto/Ley 17.032 del 10 de octubre de 1966.

<sup>21</sup> La excepción probablemente la constituya el Código Civil, redactado por Dalmacio Vélez Sársfield y votado a libro cerrado en 1869. El Código le otorgaba personería “de derecho público” a la Iglesia católica (artículo 33), y reconocía solamente los matrimonios católicos (artículo 167). Esta última disposición fue corregida casi veinte años después, con la Ley de Matrimonio Civil, mientras que la primera permanece hasta nuestros tiempos.

fuera el culto que profesaran. Ese mismo año, el Congreso aprobó la Ley 1.420 de educación común. Esta norma no sólo estableció la obligación del Estado de cumplir una función antes prácticamente monopolizada por el clero, sino que además dispuso, en su artículo 8, que la enseñanza religiosa sólo pudiera “ser dada en las escuelas públicas por los ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión y antes o después de las horas de clase”. Una vez más, el Congreso evidenciaba su entendimiento igualitario de la libertad religiosa, sugiriendo que la Constitución no permitía que el Estado incluyera contenidos religiosos en la educación brindada a los niños. Finalmente, en el año 1889 el Congreso aprobó la ley de matrimonio civil, con la que el Estado terminó de expropiarle a la Iglesia la facultad de regir las relaciones nupciales. Una vez más, detrás de esta norma asoma una interpretación igualitaria de la libertad religiosa, que garantiza la igualdad entre teístas y ateos (porque sólo el Estado puede garantizar el matrimonio en condiciones iguales para todos) y entre los distintos cultos (porque todos los creyentes pueden casarse de acuerdo con sus tradiciones, en iguales condiciones). Esta idea no estuvo solamente implícita en la ley, sino que fue explícitamente el propósito buscado. En efecto, en el mensaje enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso acompañando el proyecto se decía que: “las leyes que reglamenten el matrimonio deben inspirarse en el mismo espíritu liberal de la Constitución para que sea una verdad la libertad de conciencia como promesa hecha a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.<sup>22</sup>

Esta práctica interpretativa fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primera ocasión en que le tocó pronunciarse sobre el tema: el fallo “Correa”,<sup>23</sup> del año 1893. En ese caso, dos jueces de paz del departamento de Punilla, en la provincia de Córdoba, habían denunciado al cura Jacinto Correa por practicar matrimonios religiosos sin que los contrayentes hubieran celebrado previamente su matrimonio civil, como exigía el artículo 118 de la Ley de 1889. Ante esta denuncia, Correa alegó la inconstitucionalidad de la ley, afirmando que era contraria a las reglas de la Iglesia. El cura sostuvo que, de acuerdo con la Constitución, “la Iglesia es un poder constitucional de existencia necesaria, como lo son los otros poderes del Estado, y... es a aquella a quien exclusivamente corresponde

---

<sup>22</sup> Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.”, Fallos 308:2268, sentencia del 27 de noviembre de 1986, voto de Enrique Petracchi, cons. 9, voto de Jorge Bacqué, cons. 12.

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Correa, Jacinto”, fallos 53:188, sentencia del 29 de julio de 1893.

legislar sobre matrimonio”.<sup>24</sup> Por lo tanto, según el presbítero, “al declarar la ley fundamental que la Nación sostiene el culto católico, apostólico, romano, con otras disposiciones que consagran la condición privilegiada de dicho culto, obliga a los poderes públicos a respetar sus dogmas y sus leyes en lo referente a la celebración del matrimonio, que es puramente de institución canónica”.<sup>25</sup> Los argumentos de Correa eran, entonces, un ataque directo a la interpretación igualitaria de la Constitución, otorgándole una “condición privilegiada” a la Iglesia, y prohibiéndole al Estado intervenir para lograr una distribución equitativa entre los ciudadanos de la posibilidad de profesar su culto.

La Corte rechazó rotundamente los argumentos del cura, y defendió una mirada igualitarista del texto constitucional. El tribunal sostuvo que aun “siendo innegable la preeminencia consignada en la Constitución Nacional en favor del culto católico, apostólico, romano al establecer la libertad de todos los cultos, no puede sostenerse, con su texto, que la Iglesia católica constituye un poder político en nuestra organización”.<sup>26</sup> Para la Corte, la Iglesia forma parte de la sociedad civil, y no de la estructura del Estado, y todo lo que hace la Constitución es —como explicaba Zapata en la convención constituyente— remarcar la preeminencia fáctica de este culto, y sugerir que la libertad en su ejercicio es particularmente importante para la nación. Esta mirada queda clara cuando la Corte profundiza su argumento, sosteniendo que:

Inspirada siempre en el mismo espíritu, la Constitución ha reservado también al Congreso la admisión en el territorio de la Nación (artículo sesenta y siete, inciso veinte) de otras órdenes religiosas a más de las existentes, lo que contribuye a evidenciar que la Iglesia no es considerada en dicha ley como un poder político, de existencia necesaria e independiente en nuestra organización, como lo sostiene el apelante.<sup>27</sup>

La Iglesia es sólo una organización de la sociedad civil entre tantas, aunque una particularmente importante por su alto grado de adhesión pública.

---

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Correa, Jacinto”, fallos 53:188, sentencia del 29 de julio de 1893, párrafo tercero de los vistos.

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Correa, Jacinto”, fallos 53:188, sentencia del 29 de julio de 1893, párrafo tercero de los vistos.

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Correa, Jacinto”, fallos 53:188, sentencia del 29 de julio de 1893, párrafo primero de los considerandos.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Correa, Jacinto”, fallos 53:188, sentencia del 29 de julio de 1893, párrafo sexto de los considerandos.

Luego de determinar, entonces, que el Congreso tenía facultades *prima facie* para dictar la norma, la Corte se abocó al análisis de la razonabilidad en la restricción de la libertad de culto. Allí sostuvo que la disposición que obligaba a los ministros religiosos a exigir el contrato de matrimonio civil antes de celebrar el acto nupcial según su propio culto “en nada puede afectar ni vulnerar el dogma católico, ni los principios de cualquier otra religión, pues en la misma ley se permite expresamente la celebración del matrimonio religioso a cuantos quisieran contraerlo conforme a sus creencias”<sup>28</sup>. Según la Corte, “ésta es una disposición que no encierra en sí misma desconocimiento de ningún principio, regla, dogma o precepto religioso”<sup>29</sup>. La interpretación es, una vez más, una de claro espíritu igualitario: siempre que ello no implique desvirtuar considerablemente la práctica individual, la libertad de culto está mejor protegida cuando el Estado interviene para que todos los ciudadanos la puedan ejercer por igual.

Este “pacto laico” de fines del siglo XIX, evidenciado tanto en la posición del Congreso como en la de la Corte Suprema, se mantuvo intacto a comienzos del siglo XX, aun cuando, según los historiadores, el espíritu religioso tendió a florecer nuevamente en la sociedad.<sup>30</sup> Más allá del fracaso del proyecto de Ley de Divorcio Vincular de 1902, el Congreso no tuvo actividad significativa relacionada con la temática, y mantuvo vigentes las leyes del período anterior. En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, pueden destacarse dos precedentes que reforzaron, una vez más, la mirada igualitaria de los primeros años de la nación. El primero es el caso “Rosa Melo de Cané”,<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Correa, Jacinto”, fallos 53:188, sentencia del 29 de julio de 1893, párrafo séptimo de los considerandos.

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Correa, Jacinto”, fallos 53:188, sentencia del 29 de julio de 1893, párrafo octavo de los considerandos.

<sup>30</sup> Roberto Di Stéfano narra que “a pesar de esas críticas para nada veladas al orden que se ha venido construyendo desde 1880, la jerarquía católica, por convicción o por resignación, ha terminado aceptando ciertos rasgos esenciales del país laico. De hecho, los obispos no cuestionan todas las conquistas de la laicidad del período precedente: mientras la educación religiosa en las escuelas públicas es motivo de disputas y reclamos —y lo es hasta hoy, en algunos casos—, no se alzan voces que propongan la rediscusión del registro estatal de las personas o del matrimonio civil. El pacto laico previó la aceptación, por parte de la Iglesia, de su exclusión de ciertas funciones que el Estado ha reservado para sí, y por parte del Estado el reconocimiento de la Iglesia católica como interlocutor privilegiado en el plano religioso y del catolicismo como culto cuasi oficial”. Véase Di Stéfano, Roberto, “Por una historia de la secularización y de la laicidad en la Argentina”, *Revista Quinto Sol*, Instituto de Estudios Socio-Históricos, Facultad de Ciencias Humanas, UNLPam, vol. 15, núm. 1, 2011, p. 22, disponible en: <http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/quisol/v15n1a04stefano.pdf>.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rosa Melo de Cané s/ inconstitucionalidad del Impuesto a las Sucesiones en la Provincia de Buenos Aires”, fallos 115:111.

de 1911, en el cual la Iglesia argumentaba que un legado destinado al clero no podía estar sujeto a gravámenes estatales, “dada su condición jurídica”.<sup>32</sup> La Corte respondió, contundentemente, que “el artículo 2o. de la Constitución Nacional, al declarar que el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico y romano, no impide que la Iglesia pueda ser sometida al pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posea o reciba como persona jurídica, al igual de otras personas de la misma clase”.<sup>33</sup> El carácter igualitarista de la referencia a las “otras personas de la misma clase” es evidente.

El segundo fallo relevante del período es el que la Corte dictó en la causa “Didier Désbarats”,<sup>34</sup> en 1928. Los hechos eran muy similares a los del caso “Melo de Cané”, pero la Corte se playó bastante más en su argumentación. Sostuvo que el artículo 2o. de la Constitución fue dictado “respondiendo a una necesidad impuesta por las costumbres de la sociedad y por las tradiciones legislativas”, y citó los dichos de Benjamín Gorostiaga en la convención para afirmar que:

...la constitución del año 1854 [sic] desechó la proposición de que el catolicismo fuera declarada la religión del Estado y la única verdadera, arribándose como solución transaccional, a la fórmula del art. 2o., cuyo alcance no es otro que el emergente de su texto: los gastos del culto serán pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos por consiguiente al poder del Congreso.<sup>35</sup>

Más allá de la explícita defensa de la separación entre Iglesia y Estado, el fallo es relevante porque pone de manifiesto, una vez más, la facultad de regulación estatal de las actividades de las instituciones religiosas. En este caso, como sugiere Norberto Padilla, la atribución de esa potestad es paradójica, porque interpretaba el artículo 2o. como un sometimiento de la Iglesia católica “a una injerencia de la que las otras confesiones, tanto las existentes a la fecha de la sanción de la Constitución, como las arribadas luego, estaban exentas”.<sup>36</sup> Explícitamente, la Corte entendió que “el hecho de que la

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rosa Melo de Cané s/ inconstitucionalidad del Impuesto a las Sucesiones en la Provincia de Buenos Aires*, fallos 115:111, Vistos.

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rosa Melo de Cané s/ inconstitucionalidad del Impuesto a las Sucesiones en la Provincia de Buenos Aires*, fallos 115:111, cons. 4.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Didier Desbarats*, fallos 151:403.

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Didier Desbarats*, fallos 151:403, tercer considerando.

<sup>36</sup> Padilla, Norberto, “El derecho de practicar la religión”, en Martín Sánchez, Isidoro y Navarro Floria, Juan G. (coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2006, p. 40.



Nación sostenga con sus recursos los gastos del culto confiere al Gobierno el derecho correlativo de contralorear y vigilar su inversión”.<sup>37</sup>

#### IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA ERA DE LAS DICTADURAS

A partir de la década de 1930, y durante más de cincuenta años, la Argentina estuvo recurrentemente bajo el gobierno de dictaduras militares. Es complejo analizar la práctica interpretativa de la Constitución en este período, dado que los gobiernos totalitarios obraban de un modo evidentemente contrario a cualquier principio constitucional. En ese contexto, algunos de los episodios más disonantes con la mirada igualitarista de la libertad religiosa —como la imposición de la enseñanza religiosa en escuelas públicas de la dictadura de 1943, o la persecución a ciertos cultos de la dictadura de 1976—, pueden ser descartados como prácticas ajenas al discurso constitucional.

De todos modos, estos episodios fueron relativamente aislados<sup>38</sup> y, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mantuvo cierta coherencia con la ya asentada práctica interpretativa en torno a este derecho. El primer ejemplo de ello es el fallo “Moxey”,<sup>39</sup> del año 1945. En esa ocasión, un jefe de un Registro Civil le había impedido a un ciudadano nombrar a su hijo con un nombre que no estuviera incluido en el santoral católico. La Corte entendió que la decisión era contraria a los artículos 14 y 19 de la Constitución, y le ordenó al Registro Civil que le permita al señor Moxey nombrar “Patricio Keith” a su hijo.

Otro ejemplo significativo de interpretaciones igualitarias en este período es el fallo “Glaser”,<sup>40</sup> de 1966. En esa ocasión, la Corte tuvo que interpretar el decreto-ley que regulaba el servicio militar obligatorio, y que preveía excepciones para los “seminaristas”. Las autoridades militares le habían denegado a Benjamín Glaser esta excepción, debido a que no era seminarista católico, sino judío. La Corte entendió que la excepción debía ser extendida a los seminaristas de todos los cultos, dado que:

Esta interpretación no sólo contempla el espíritu de la norma cuestionada, sino también el de la Constitución Nacional, la que —sin mengua de las disposiciones en cuya virtud se otorga primacía a la religión católica apostólica

---

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Didier Desbarats*, fallos 151:403, cuarto considerando.

<sup>38</sup> Padilla, Norberto, *op. cit.*, pp. 38-64.

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Moxey*, *Edwin Patrick*, fallos 201:406.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Glaser*, *Benjamín*, fallos 265:336.



y romana (arts. 2, 76 y 80) — ha querido asegurar a todos los habitantes de la Nación el derecho de profesar libremente su culto y practicarlo en igualdad de condiciones.<sup>41</sup>

Un tercer caso significativo es “Carrizo Coito”,<sup>42</sup> de 1980. En esa ocasión, la Dirección Nacional de Migraciones le había denegado a un ciudadano uruguayo la residencia en el país, argumentando que había confesado ser testigo de Jehová, un culto prohibido por el gobierno militar. La Corte, evitando cuidadosamente pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta prohibición,<sup>43</sup> sostuvo que, de todos modos, el culto que profesara Carrizo Coito no podía ser fundamento para negarle la residencia. Ello se debía a que, según aquella Corte, la faz interna de la profesión del culto (es decir, la mera creencia), que era la única que había sido constatada en los hechos, se encontraba protegida por el artículo 19 de la Constitución.

Finalmente, en el caso “Carbonell”,<sup>44</sup> de 1982, la Corte reiteró la constitucionalidad de la ley de matrimonio civil, decidida casi cien años antes en el caso “Correa”, y le denegó una pensión a una persona que solamente había contraído matrimonio religioso. La Corte hizo suyos los argumentos del Procurador, quien reiteró la doctrina de “Correa” y “Didier Désbarats”, y sostuvo que “lo único que el Estado exige, haciendo uso de su poder reglamentario, es en efecto que se respeten sus leyes, pero desde el momento en que hayan sido observadas, no tiene interés ni propósito alguno en obstaculizar el ejercicio de las creencias religiosas de los particulares”.<sup>45</sup>

Quizás el fallo de este período más disonante con la práctica interpretativa de la libertad religiosa haya sido aquel dictado por la Corte en la causa “Agüero”,<sup>46</sup> en junio de 1949 (paradójicamente, en uno de los lapsos

---

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Glaser, Benjamín*, fallos 265:336, cons. 7.

<sup>42</sup> CSJN, *Carrizo Coito, Sergio c/ Dirección Nacional de Migraciones*, fallos 302:604.

<sup>43</sup> La misma Corte había utilizado argumentos procesales (la falta de idoneidad de la acción de amparo) para evitar pronunciarse sobre la constitucionalidad de esa misma prohibición, en los fallos “Watch Tower Bible”, de 1977, y “Asociación Dúo”, de 1978. En ambos casos, la Corte aclaró que no se estaba pronunciando sobre el fondo, sugiriendo que no encontraba forma de argumentar que la persecución era constitucional. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Watch Tower Bible and Tract Society (Testigos de Jehová) c. Est. Nac. s/ amparo*, fallos 299:352; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Dúo o Asociación de la Luz Divina o Asociación Mundial de Ayuda Social*, fallos 300:1263.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Carbonell, Luis Alberto s/pensión*, fallos 304:1139.

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Carbonell, Luis Alberto s/pensión*, fallos 304:1139, p. 1146.

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Agüero, Sergio c. Universidad Nacional de Córdoba*, fallos 214:139.

del período sin dictadura militar).<sup>47</sup> En esa ocasión, la Universidad Nacional de Córdoba le había negado a un graduado la posibilidad de recibir su título sin prestar el juramento de práctica, que él, Sergio Agüero, consideraba contrario a sus convicciones religiosas. La Corte sostuvo que este requisito no violentaba la libertad religiosa de Agüero, por dos razones. Por un lado, porque el problema de Agüero no era con el contenido de la promesa en sí, sino con la formalidad requerida, y “no es admisible que se haga cuestión de la solemnidad con que la autoridad entiende que debe requerirla”.<sup>48</sup> Y, por otro lado, porque “en este caso, la solemnidad está en estricta congruencia con el orden institucional de la comunidad en que el actor es miembro”,<sup>49</sup> en particular, con las reglas de juramento establecidas en la Constitución.

Esta decisión de la Corte, que en definitiva terminó imponiéndole a Agüero una obligación de sujetarse a una práctica religiosa que él entendía ajena, no puede ser entendida hoy en día como un precedente válido en relación a la interpretación de este derecho, por cuatro razones. En primer lugar, porque —como resulta evidente— es una decisión disonante con el resto de la jurisprudencia del tribunal en la materia.<sup>50</sup> En segundo lugar, porque la Corte estaba interpretando una Constitución distinta a la que está actualmente en vigor, dado que en marzo de ese año se había aprobado la reforma constitucional que fue finalmente derogada en 1955. Si bien la reforma mantenía algunos de los preceptos centrales de la Constitución de 1853, el espíritu de esa norma no era totalmente consonante con el de la Constitución actual.<sup>51</sup> En tercer lugar, porque la reforma constitucional

---

<sup>47</sup> De hecho, el fallo ha sido calificado como “un caso de intolerancia religiosa”, véase Grosman, Lucas, “El juramento forzoso”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 3, núm. 2, 1998, p. 179.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Agüero, Sergio c. Universidad Nacional de Córdoba*, fallos 214:139, p. 152.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Agüero, Sergio c. Universidad Nacional de Córdoba*, fallos 214:139, p. 152.

<sup>50</sup> Lucas Grosman explica que, en los términos del artículo 19 de la Constitución, el Estado solamente podía imponerle a Agüero el juramento si mediaban razones de orden público. No obstante, no parecían existir en el caso razones que se ajustaran al estándar histórico de la Corte respecto de la noción de “orden público”. En efecto, “la Universidad de Córdoba en ningún momento acreditó —de hecho, ni siquiera alegó— que el juramento tuviera ese efecto persuasivo, útil para la comunidad. La Corte no consideró que eso fuera necesario; se limitó a invocar la frase mágica “orden público” para borrar al artículo 19 de la Constitución Nacional de un plumazo”, Grosman, Lucas, *op. cit.*, pp. 178 y 179.

<sup>51</sup> La Constitución de 1949 mantenía la redacción de los artículos 14 (nuevo artículo 26), 16 (nuevo artículo 28) y 19 (nuevo artículo 30), pero también la redacción del artículo 2o. y

de 1994 incluyó la posibilidad de que las autoridades juren “respetando sus creencias religiosas” (artículo 93), y no necesariamente siguiendo los preceptos de un culto en particular.<sup>52</sup> Y, por último, porque tanto la doctrina,<sup>53</sup> como la práctica<sup>54</sup>, como la jurisprudencia posterior<sup>55</sup> han entendido que la Constitución permite hoy en día que los funcionarios prometan cumplir sus tareas del modo en que lo consideren apropiado.

## V. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA VUELTA DE LA DEMOCRACIA

Con el regreso a la democracia, en 1983, tanto la Corte como el Congreso de la Nación confirmaron explícitamente el retorno a la práctica interpretativa originaria respecto de la libertad religiosa. De hecho, puede decirse que la Corte fue incluso más allá, consagrando una interpretación aún más explícitamente igualitarista que la que había primado en nuestro país luego de la sanción de la Constitución.

En el año 1986 la Corte tuvo que decidir respecto de la constitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular, en el memorable caso “Sejean”.<sup>56</sup> Los hechos eran sencillos: Juan Bautista Sejean, divorciado de Ana María Zaks, sostenía que el artículo de la Ley de Matrimonio Civil que le impe-

---

el requisito de que el presidente profese la religión católica apostólica romana. Pero, además, incluía algunas disposiciones eminentemente perfeccionistas. Por ejemplo, el artículo 37, inciso 8, establecía un derecho de protección de la familia, fundado en que “en ella generan sus más elevados sentimientos efectivos y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad como el modo más indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consolidación de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social”. El artículo 37, inciso III, subinciso 6 otorgaba un “derecho al cuidado de la salud moral” de los ancianos, según el cual debía “asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales, concordes con la moral y el culto”. Finalmente, el artículo 68, inciso 16 atribuía al Congreso la responsabilidad de “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, a la higiene, moralidad, salud pública y asistencia social”.

<sup>52</sup> Véase al respecto Grosman, Lucas, *op. cit.*, pp. 180 y 181.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 173-181; Padilla, Norberto, *op. cit.*, pp. 38-64.

<sup>54</sup> En la actualidad, por ejemplo, los diputados y senadores de la nación juran por fórmulas de lo más diversas, desde poemas tehuelches, pasando por referencias a los detenidos-desaparecidos, hasta juramentos por próceres históricos, disponible en: <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=377391>, <http://www.perfil.com/politica/Por-primera-vez-hay-una-diputada-indigena-en-el-Congreso-20071205-0031.html>.

<sup>55</sup> Cámara Contencioso Administrativo, Tucumán, Sala I, *Alperovich, José J. c/ Pcia. de Tucumán*, La Ley 2003-E-490.

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268.

día volver a contraer matrimonio era inconstitucional. Así presentada, la cuestión parecía no tener relación alguna con la libertad religiosa: Sejean no basaba su presentación en este derecho, y la norma era una norma civil, aplicable a todos los ciudadanos por igual. De hecho, así lo entendió, en su voto —uno de los tres votos separados que conformaron la mayoría—, el juez Carlos Fayt.

Pero lo cierto es que la cuestión religiosa estaba presente, en el trasfondo y en el contexto, tanto histórico como presente. En efecto, los otros dos votos mayoritarios, los de Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, hicieron referencia a estas cuestiones. Ambos citaron el mensaje de Juárez Celman al Congreso, que defendía el proyecto de ley de matrimonio civil basándose en “el espíritu liberal de la Constitución” y en la voluntad de que la libertad de conciencia sea efectiva para “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”,<sup>57</sup> pero ambos luego aclararon que, “sin embargo, el proyecto de ley luego sancionado establece en un artículo, cuya constitucionalidad está hoy sometida al Tribunal, la indisolubilidad del matrimonio por divorcio, lo que evidentemente —como lo ha reconocido, por lo demás, la mayoría de la doctrina— importa recibir la concepción sostenida por la Iglesia Católica sobre ese vínculo”.<sup>58</sup> Tanto para Petracchi como para Bacqué, bajo el disfraz secular de la prohibición del divorcio civil se escondía, en los hechos, un intento de imposición de un dogma religioso a todos los ciudadanos del país. Pese a esta convicción, ambos jueces reconocieron, a su modo, que era imposible probar este punto, al menos con “la prudencia que exige el examen de la constitucionalidad de una ley como la de que se trata”.<sup>59</sup> Pero, no obstante, debido al “convencimiento de este Tribunal del origen dogmático de la indisolubilidad civil del matrimonio, por sus raíces en una confesión particular”,<sup>60</sup> ambos decidieron analizar en detalle, aunque más no fuera como *obiter dictum*, qué tan compatible era este origen religioso de la norma con la libertad religiosa prevista en la Constitución.

El análisis de Petracchi fue largo y minucioso. Comenzó definiendo la garantía del artículo 14 como “el reconocimiento para todos los habitantes de la Nación de la libertad religiosa, la que conlleva la facultad de no pro-

---

<sup>57</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268, voto de Enrique Petracchi, cons. 9; voto de Jorge Bacqué, cons. 12.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 9; voto de Jorge Bacqué, cons. 12 (Bacqué redacta este fragmento de un modo ligeramente distinto).

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 11.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 13.

fesar religión alguna”.<sup>61</sup> Para Petracchi, el derecho establecido en la Constitución “demanda que las normas religiosas sólo sean seguidas fuera de toda compulsión. Esta libertad garantiza el respeto de la dignidad de cada hombre y la convivencia en una comunidad política de personas con diversidad de creencias religiosas o de cosmovisiones seculares”.<sup>62</sup> Por lo tanto, “la libertad de conciencia es incompatible... con la confesionalidad del estado. El privilegio que, como religión de la mayoría de los habitantes del país, recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 no importa... que aquélla sea citada como religión del Estado”.<sup>63</sup> Petracchi es contundente en relación a este punto: dice que de la consagración de la libertad de cultos surge que nuestra Constitución establece una “neutralidad religiosa”,<sup>64</sup> e incluso cita a Sánchez Viamonte diciendo que “según la Constitución Argentina, el estado es laico”.<sup>65</sup> Estos principios constitucionales tienen, a su vez, un impacto directo en las normas respecto del matrimonio: “El sentido pleno y manifiesto del art. 20 de la Constitución desde su origen, ha consistido, por lo tanto, en que nadie puede ser compelido directa o indirectamente a aceptar el régimen de condiciones y formas matrimoniales de confesión religiosa alguna. La consecuencia inevitable de esta concepción estriba en la imposibilidad de imponer reglas sobre la permanencia del matrimonio cuyo sustento sea una fe determinada”.<sup>66</sup> Entonces, dice Petracchi, si se probara que la disposición de la Ley 2393 es la consagración legislativa del Canon 1141 que establece la indisolubilidad del matrimonio como dogma de la Iglesia Católica, ésta sería abiertamente inconstitucional. “Esto es así porque la Constitución Nacional protege la libertad, de todos los habitantes de la Nación que no profesan el credo católico, de concebir sus vinculaciones matrimoniales con alcances distintos que los que establece esa religión en particular”.<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 9.

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 9.

<sup>63</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 9.

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 9.

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 9.

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 9.

<sup>67</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Enrique Petracchi, cons. 10.

El análisis de Bacqué fue más breve, pero no por ello menos contundente. Según este juez:

La circunstancia de sujetar [el matrimonio] a la doctrina de una determinada religión en lo relativo a su disolución, no resulta compatible con la libertad de los habitantes de la Nación de profesar diversas creencias religiosas, en razón de que muchas de ellas no conciben al vínculo como indisoluble, ni con el derecho de quienes no profesan ninguna religión, pues éstos también deben asumir iguales consecuencias.<sup>68</sup>

Para Bacqué:

La neutralidad religiosa de nuestra Constitución Nacional, que surge de la enfática declaración de la libertad de cultos, resulta antagónica con la consagración de normas que impongan la doctrina de una religión determinada y ello constituye una solución que armoniza con la jurisprudencia de esta Corte establecida en el caso Moxey, donde se examinaron los impedimentos constitucionales a la imposición compulsiva de normas de una religión estableciéndose que los actos de la vida civil no pueden subordinarse a valores específicos de un culto determinado. Porque ello es contrario a la libertad religiosa establecida por el art. 14 de la Constitución Nacional.<sup>69</sup>

El fallo fue publicado el 27 de noviembre de 1986. El 22 de diciembre, menos de un mes después, un senador pidió en el Congreso de la Nación una moción de preferencia para que se trate definitivamente el proyecto de ley de divorcio vincular que volvía en revisión de la Cámara de Diputados, con cierta urgencia: “la institución del divorcio, señor presidente, rige en todo el mundo, y aún en Italia, cuna del catolicismo, y surge también de un fallo de la Corte Suprema que se nos impone”.<sup>70</sup> En la propuesta inicial, en agosto de 1986, el miembro informante de la comisión de Legislación General y Familia había hecho explícita mención de que el proyecto de ley era propuesto “sobre la base de los principios de protección de la familia —especialmente con miras al interés de los hijos— y de libertad de conciencia”.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Jorge Bacqué, cons. 12.

<sup>69</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Jorge Bacqué, cons. 12.

<sup>70</sup> Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, año 1986, Reunión 36, página 4662.

<sup>71</sup> Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, año 1986, Reunión 25, página 3487.

Una parte importante de la Iglesia argentina adoptó una militancia activa en contra de la ley, convocando manifestaciones públicas, realizando visitas al Congreso para establecer “un diálogo de esclarecimiento doctrinal”,<sup>72</sup> y enviando cartas a los legisladores cristianos<sup>73</sup>. Pese a estas presiones, y más allá de las posiciones minoritarias de un grupo de legisladores conservadores, la Ley 23.515 fue aprobada el 3 de junio de 1987, confirmando que el Congreso seguía interpretando al Estado, como lo había hecho a fines del siglo XX, y como lo venía haciendo la Corte Suprema, como una institución completamente independiente de la Iglesia.

La cuestión del divorcio vincular y su vinculación con la libertad religiosa volvió a plantearse ante la Corte Suprema de Justicia en 1989, en el caso “Villacampa”.<sup>74</sup> En esa ocasión, Ignacio Villacampa había pedido la conversión de su divorcio, efectuado antes de 1987, en vincular, en los términos de la Ley 23.515. Ante ese pedido, su ex esposa, María Angélica Almos, argumentó que la ley era inconstitucional, entre otras cuestiones, porque “el ordenamiento constitucional argentino, y las instituciones básicas que hacen al orden público se encuentran inspiradas en los principios de la doctrina católica, afirmación de especial relieve en materia de familia”.<sup>75</sup> La Corte rechazó estos argumentos y ratificó la constitucionalidad de la ley, refiriendo para ello a los argumentos del Procurador Fiscal, Guillermo Horacio López. López reconoció que la constitución incluía artículos relacionados con la religión católica, preceptos que “se relacionan íntimamente con costumbres y tradiciones legislativas del pueblo argentino”. No obstante, sostuvo que “aquellas disposiciones no significan, sin embargo, que el culto católico apostólico romano revista el carácter de religión oficial del Estado y que, ineludiblemente, sus pautas confesionales deban ser consagradas en nuestra legislación positiva”.<sup>76</sup> Todo lo que se deriva del texto constitucional es una obligación estatal de “sostén y protección económica de los gastos de ese culto, los cuales serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en su

---

<sup>72</sup> Véanse las citas en Fabris, Mariano “El Episcopado Argentino y la sanción del divorcio vincular”, *Programa interuniversitario de historia política*, Buenos Aires, s/a, disponible en: [http://historiapolitica.com/datos/biblioteca/catolicismo%20espyarg\\_fabris.pdf](http://historiapolitica.com/datos/biblioteca/catolicismo%20espyarg_fabris.pdf).

<sup>73</sup> Véase, en general, *idem*.

<sup>74</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villacampa, Ignacio v. María Angélica Almos de Villacampa*, fallos 312:122.

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villacampa, Ignacio v. María Angélica Almos de Villacampa*, fallos 312:122, p. 129.

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villacampa, Ignacio v. María Angélica Almos de Villacampa*, fallos 312:122, p. 131.



presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso”.<sup>77</sup> Por lo tanto, y dado que “el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso”,<sup>78</sup> y que “el resguardo de la autonomía de la conciencia, [y] de la libertad individual y de cultos... constituyen los principios fundantes de nuestra democracia constitucional”,<sup>79</sup> el procurador y la Corte entendieron que la norma en discusión era constitucional.

Esta aproximación liberal-igualitaria de la Corte Suprema a la libertad religiosa se vio confirmada en otro fallo memorable del período, dictado en el caso “Portillo”,<sup>80</sup> de 1989. En esa ocasión, Alfredo Portillo, un joven que debía cumplir con el servicio militar obligatorio, había cuestionado la constitucionalidad de que se lo obligase a portar armas, cuando de acuerdo con sus más profundas creencias, basadas en la religión católica, a los hombres les está prohibido matar. Argumentaba, entonces, que “se puede servir a la patria de muchas maneras, no sólo haciendo el servicio militar, sino cumpliendo un servicio civil”<sup>81</sup> y pedía que le permitieran cumplir con esta obligación sin obligarlo a portar armas letales. El caso parecía más complejo que los anteriores, puesto que se vislumbraba un potencial conflicto entre la faceta liberal y la faceta igualitaria del derecho: la Corte debía determinar si el Estado —que estaba efectivamente empoderado para intervenir sobre ciertas cuestiones que afectan las convicciones religiosas de los individuos— había vulnerado el derecho de Portillo —que tenía efectivamente la libertad de no hacer aquello que fuera contrario a su conciencia—.

El voto mayoritario de la Corte, firmado por Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, comenzó reafirmando explícitamente la vigencia de las dos facetas del derecho. Por un lado, en cuanto a la faceta liberal, la Corte advirtió “que la libertad de religión es particularmente valiosa, que la humanidad ha alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones... Para el hombre religioso la religión es el elemento fundamental de la concepción del mundo y, en mayor o menor grado, impregna todos los actos de su vida

---

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villacampa, Ignacio v. María Angélica Almos de Villacampa*, fallos 312:122, p. 132.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villacampa, Ignacio v. María Angélica Almos de Villacampa*, fallos 312:122, p. 133.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villacampa, Ignacio v. María Angélica Almos de Villacampa*, fallos 312:122, p. 133.

<sup>80</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo c. Estado Nacional*, fallos 312:496.

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo c. Estado Nacional*, fallos 312:496, cons. 3.



individual y social”.<sup>82</sup> Además, reivindicó su interpretación histórica de esta libertad como una que se extiende no sólo a los creyentes, sino a todos los ciudadanos, religiosos o no.<sup>83</sup> Por otro lado, en cuanto a la faceta igualitaria del derecho, la Corte sostuvo que:

Es necesario puntualizar también, que este ejercicio puede verse sujeto a las exigencias que razonablemente establezca la ley, de tal modo de garantizar la igualdad de los individuos que, en lo atinente a sus creencias significa que se es igual por merecer el mismo respeto y consideración cualesquiera fuesen las ideas religiosas que se sostengan, y aun cuando ninguna se sostenga. Según esta concepción en un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechace.<sup>84</sup>

El dilema, entonces, consistía en cuál era el punto de balance entre ambas facetas del derecho, es decir, hasta qué punto podía el Estado intervenir para garantizar la igual distribución de la libertad en juego. La Corte lo resolvió elegantemente, reafirmando su jurisprudencia según la cual la constitución establece “un sistema de la libertad personal cuyo centro es el artículo 19”.<sup>85</sup>

El tribunal sostuvo que:

Es nuestra propia Constitución la que reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con los vinculados a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pen-

---

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo c. Estado Nacional*, fallos 312:496, cons. 8.

<sup>83</sup> Según la Corte, “la posible lesión a las legítimas creencias de un ciudadano, motivada por la obligación legal del servicio de las armas puede alcanzar no sólo a aquéllos que profesan un culto en particular sino a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante. En tal sentido, el ámbito de posible violencia estatal al fuero interno se amplía con forma considerable, abarcando el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo c. Estado Nacional*, fallos 312:496, cons. 9).

<sup>84</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo c. Estado Nacional*, fallos 312:496, cons. 10.

<sup>85</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M.*, fallos 308:2268; voto de Jorge Bacqué, cons. 7.

samientos y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra norma fundamental.<sup>86</sup>

En este caso, dado que “el incumplimiento estricto de esta obligación legal no conlleva un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado, toda vez que el servicio que se exige debe ser cumplido en tiempos de paz”,<sup>87</sup> entonces no se requiere, “necesariamente, limitar la libertad de conciencia, si es posible hallar alternativas que no eximan al sujeto obligado de sus deberes para con el Estado, pero que tampoco violenten sus convicciones con grave riesgo de su autonomía”.<sup>88</sup> Por lo tanto, la Corte ordenó que —siempre que se mantuviera la situación de paz— Portillo cumpliera con su servicio cívico realizando tareas que no le requirieran empuñar las armas, respetando así sus convicciones religiosas.

“Portillo” fue el último fallo de la Corte en relación a la libertad religiosa antes de la expansión de sus miembros y la constitución de la llamada “mayoría automática”. En los años siguientes, y hasta la reforma constitucional de 1994, la cuestión de la libertad religiosa apareció en los fallos de la Corte con más frecuencia de lo que la jurisprudencia anterior hubiera permitido predecir. En gran medida, ello se debió a la influencia del juez Antonio Boggiano, un miembro del Opus Dei que llegó a la Corte gracias al apoyo de la Iglesia católica.<sup>89</sup> En al menos dos fallos relevantes, las convicciones religiosas de los jueces de la Corte, entre los que se encontraba Boggiano, se filtraron en decisiones que —según la jurisprudencia histórica de la Corte— deberían haber sido decididas dejando al margen las cuestiones espirituales.

El primero de estos casos fue “C. H. A.”,<sup>90</sup> de 1991, en el cual se discutía la constitucionalidad de la decisión de la Inspección General de Justicia de negarle la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina, por entender que no propendía al bien común. En su voto separado, Boggiano afirmó que:

---

<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo c. Estado Nacional*, fallos 312:496, cons. 16.

<sup>87</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo c. Estado Nacional*, fallos 312:496, cons. 11.

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo c. Estado Nacional*, fallos 312:496, cons. 11.

<sup>89</sup> Véase al respecto, Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte: La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

<sup>90</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Comunidad Homosexual Argentina (CHA)*, fallos 314:1531.

Toda defensa social de la homosexualidad ofende la moral pública y el bien común, cuya tutela la Constitución impone a los poderes constituidos, y de modo eminente a esta Corte, para garantizar la dignidad de la persona humana creada a imagen y semejanza de Dios, fuente de toda razón y justicia (Preámbulo, Invocación Final, y arts. 2o. y 19 de la Constitución Nacional).<sup>91</sup>

La desviación de esta afirmación respecto de la jurisprudencia de la Corte acerca del sistema de libertades basado en el principio de autonomía del artículo 19 es evidente, al punto que la propia Corte, años después, debió rectificar su posición, al fallar en referencia a hechos muy similares, en el caso “A. L. I. T. T.”.<sup>92</sup>

El segundo fallo del período que se aparta de la jurisprudencia histórica de la Corte es “Ekmekdjian contra Sofovich”,<sup>93</sup> de 1992, famoso por inaugurar un nuevo período en la relación del derecho argentino con el derecho internacional. Allí, la Corte debió analizar, entre otras cuestiones, si las declaraciones de Dalmiro Sáenz en el programa de Gerardo Sofovich respecto de una imagen de la Virgen (“es una Virgen con un culo precioso, un cuadro muy lindo”),<sup>94</sup> y respecto de Cristo (Sáenz afirmó que en su nuevo libro presentaba a un Cristo humano, “un Cristo que coge, un Cristo que odia, un Cristo que se casa, que tiene hijos, que miente, que es ateo, que no cree en Dios”),<sup>95</sup> constituían “informaciones agraviantes” en perjuicio de Miguel Ángel Ekmekdjian, un abogado católico. En caso de que así lo fuera, Ekmekdjian tendría derecho a la réplica prevista en el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La mayoría de la Corte, con Boggiano entre sus firmantes, afirmó que, en efecto, había ocurrido “un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes, sin razón alguna, los difaman hasta llegar al nivel del insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa”.<sup>96</sup>

<sup>91</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Comunidad Homosexual Argentina (CHA)*, fallos 314:1531; voto de Antonio Boggiano, cons. 18.

<sup>92</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (ALITT)*, fallos 329:5266.

<sup>93</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otro*, fallos 315:1492.

<sup>94</sup> Véase Comas, José, “Escándalo en Argentina por unas expresiones obscenas sobre la Virgen”, *Diario El Pats*, Madrid, 9 de julio de 1988, disponible en: [http://elpais.com/diario/1988/07/09/sociedad/584402407\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1988/07/09/sociedad/584402407_850215.html).

<sup>95</sup> *Idem*.

<sup>96</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otro*, fallos 315:1492, cons. 25.

Para estos jueces:

La defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva.<sup>97</sup>

Nuevamente, la interpretación de la Corte parece apartarse del sistema de libertades tradicionalmente defendido, dado que el tribunal decide interferir con la libertad de expresión de Sofovich, aun cuando claramente no haya existido un “daño” hacia Ekmekdjian, como lo requería el artículo 19 de la Constitución.

Más allá de estos precedentes disonantes, un tercer fallo relevante del período —más complejo de clasificar, como se verá a continuación— es el que la Corte dictó en 1993 en el caso “Bahamondez”.<sup>98</sup> Se trataba de un testigo de Jehová que se negaba a realizarse una transfusión de sangre, pese a que los médicos entendían que era necesaria para salvarle la vida. Lo singular del caso es que cuando llegó a la Corte, Bahamondez ya se había curado de sus dolencias, sin necesidad de que se le realice la transfusión. Por este motivo, la mayoría del tribunal entendió que “ante la inexistencia de un agravio actual, no corresponde a esta Corte dictar un pronunciamiento”.<sup>99</sup> Las disidencias, no obstante, enfatizaron el derecho de Bahamondez a decidir respecto de su propio cuerpo. Belluscio y Petracchi, por ejemplo, lo hicieron —en línea con el sistema de libertades clásicamente defendido por la Corte— con eje en el artículo 19 de la Constitución, por el cual “no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros”<sup>100</sup> Cavagna

<sup>97</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otro*, fallos 315:1492, cons. 27.

<sup>98</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bahamondez*, Marcelo, fallos 316:479.

<sup>99</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bahamondez*, Marcelo, fallos 316:479, cons. 8.

<sup>100</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bahamondez*, Marcelo, fallos 316:479; voto de Augusto Belluscio y Enrique Petracchi, cons. 13.

Martínez y Boggiano, por el contrario, entendieron que el artículo 19 no era relevante para el caso, porque la libertad allí contenida estaba limitada por “el principio fundamental según cual nadie puede legalmente consentir que se le inflija un serio daño corporal”<sup>101</sup> (aunque no explicaron en qué rincón del ordenamiento jurídico argentino estaba presente este principio, que no surge de la lectura de la Constitución). En cambio, sostuvieron que este peculiar principio “no halla aplicación cuando, como ocurre en el caso, el daño serio que eventualmente pueda resultar es consecuencia de la objeción a una transfusión de sangre, fundada en convicciones íntimas de carácter religioso”.<sup>102</sup> Según estos jueces, entonces, las convicciones fundadas en dogmas religiosos de los creyentes (cubiertas por esta noción estrecha de la libertad religiosa) merecen mayor protección que aquellas fundadas en razones, sostenidas por el resto de los ciudadanos (cubiertas por una noción, también estrecha, de la libertad de conciencia). La incompatibilidad de estas afirmaciones con lo decidido por la Corte en sus fallos precedentes es evidente, y la propia Corte así lo entendió al abandonar completamente esta aproximación a la cuestión, años después, en el caso “Albarracini”.<sup>103</sup>

## VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN IGUALITARIA

Pese a estos deslices de la Corte de principios de la década de 1990, la reforma constitucional decididamente consagró la versión liberal-igualitaria del derecho a la libertad religiosa.<sup>104</sup> Aun cuando no se pudo poner en discusión la modificación del artículo 2o.,<sup>105</sup> en la reforma se eliminaron las referencias

---

<sup>101</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bahamondez*, Marcelo, fallos 316:479; voto de Mariano Cavagna Martínez y Antonio Boggiano, cons. 14.

<sup>102</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bahamondez*, Marcelo, fallos 316:479; voto de Mariano Cavagna Martínez y Antonio Boggiano, cons. 15.

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias*, fallos 335:799. Al respecto, véase Güidi, Sebastián, “«Pero carne con su vida, que es su sangre, no comeréis». Acerca de nuevos fallos sobre el rechazo de transfusiones de sangre”, *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2014-VI, pp. 176-193.

<sup>104</sup> Véase, por ejemplo, Grosman, Lucas, *op. cit.*, p. 180 (“el enfoque general de la Constitución en materia religiosa cambió con la reforma de 1994. En ella se trató de promover la tolerancia y el pluralismo, tendiendo a eliminar las cláusulas de la Constitución que pudieran implicar una discriminación por razones religiosas”).

<sup>105</sup> El artículo 7o. de la Ley 24.309 que convocó a la Convención Constituyente le prohibió a esta “introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”.

al patronato, y se reemplazó la frase sobre la evangelización por un reconocimiento de la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” (artículo 17). Además, se eliminó el requisito de que el presidente y vicepresidente de la nación sean católicos apostólicos romanos, y se dotó de jerarquía constitucional a once instrumentos de derechos humanos, que hoy en día complementan el “sistema de libertades” reconocido tradicionalmente por la Corte y refuerzan su carácter liberal-igualitario.

Quizás como resultado del mensaje de los constituyentes, luego de la reforma la jurisprudencia de la Corte volvió a su cauce habitual en materia de libertad religiosa. El ejemplo más concreto de ello es el fallo “Sisto y Franzini”,<sup>106</sup> de 1998. En esa ocasión, una pareja solicitaba que se declarara inconstitucional el artículo del Código Civil que disponía la nulidad de la renuncia de cualquiera de los cónyuges a pedir el divorcio vincular. Entre otras razones, Sisto y Franzini sostenían que esa prohibición era violatoria de su libertad religiosa, dado que les impedía cumplir con su obligación canónica de casarse sin opción al divorcio. La Corte sostuvo, una vez más, que el modelo único matrimonial:

No resulta contrario a la Constitución Nacional, pues la unión celebrada ante los sacerdotes del culto respectivo rige en el orden de la conciencia, pero en el ámbito civil no impide una reglamentación uniforme del tema que —sin menoscabar la multiplicidad de creencias existentes en la organización social y el respeto de las conciencias— establezca las distinciones que se reputen apropiadas al legislar sobre la quiebra de los lazos conyugales.<sup>107</sup>

El tribunal explicó que la disposición del Código Civil no les impedía a los demandantes cumplir con sus obligaciones religiosas, por un lado, porque podían decidir no divorciarse, y por el otro, porque permitía la opción de la separación sin divorcio vincular. Y finalmente reiteró su posición histórica respecto de la cuestión de la separación entre Iglesia y Estado: “los arts. 2o. y 14 de la Constitución Nacional invocados por los recurrentes en sustento de su derecho a contraer matrimonio indisoluble, carecen de relación directa con el caso, toda vez que hacen referencia a la libertad de culto y al sostenimiento por el Estado del culto católico apostólico romano respectivamente, circunstancia que no resulta suficientemente demostrativa de que los redactores de la carta magna hubieran contemplado una absoluta identidad

<sup>106</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio*, fallos 321:92.

<sup>107</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio*, fallos 321:92, cons. 11.

del Estado con los postulados y modo de reglamentación del matrimonio de la citada iglesia, al punto de impedir de un modo genérico y absoluto toda disolución de su vínculo matrimonial por causa de divorcio”.<sup>108</sup> El único voto en disidencia fue el de Antonio Boggiano, quien, citando el Código Canónico, afirmó que “la indisolubilidad y la unidad son propiedades esenciales de todo matrimonio, que en el cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento”.<sup>109</sup> De este modo, el juez confundió el matrimonio civil y el religioso en un único concepto, a contramano de más de cien años de práctica institucional, tanto de la propia Corte Suprema como del Congreso de la Nación.

Otro ejemplo de la recuperación de la interpretación histórica de la Corte en materia de libertad religiosa es el llamado “caso de la Virgen de Tribunales”. En febrero de 2002 un grupo de creyentes cristianos colocó una imagen de una virgen a los pies de una estatua representativa de la justicia, en el *hall* central del Palacio de Tribunales. Ante la permanencia de la imagen, y la circunstancia de que grupos de fieles comenzaron a reunirse a los pies de la estatua para orar, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) se presentó ante la Administración General de la Corte y “solicitó el retiro de la imagen sobre la base del argumento de que su permanencia en el hall de entrada del Palacio de Justicia era contrario al tratamiento igualitario que los tribunales debían asegurarles a aquellos que dirimieran sus conflictos ante ellos”.<sup>110</sup> Tres de los nueve jueces de la Corte se manifestaron de acuerdo con el pedido de la ADC, incluido el presidente Enrique Petracchi, quien afirmó que:

En cuanto se ubica la imagen en un sitio relevante de la sede de un poder del Estado que (aunque resulte tautológico) ejerce el “poder”, aquel resulta institucionalmente comprometido con un culto con el que comulgan sólo una parte de quienes lo integran y de los justiciables que a él recurren. El mentado compromiso institucional se acercaría peligrosamente a la adopción de una “religión de estado” —tesis expresamente descartada por los constituyentes...— porque revelaría una implícita, pero no por ello menos clara, adhesión a un credo, en detrimento de los otros.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio*, fallos 321:92, cons. 16.

<sup>109</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio*, fallos 321:92; voto de Antonio Boggiano, cons. 12.

<sup>110</sup> Saba, Roberto, *Laicidad y símbolos religiosos*, México, UNAM, 2013, colección de Cuadernos “Jorge Carpizo”, p. 2.

<sup>111</sup> “Asociación de los Derechos Civiles-Adc- y Otros c/ E.N.- P.J.N- Nota 68/02 s/Amparo Ley 16.986”. Véase, en general, Saba, Roberto, *op. cit.*

La jueza de primera instancia coincidió con los argumentos igualitaristas de los jueces de la Corte, y ordenó que se retirara la imagen. La Corte consintió la decisión y ordenó retirar la Virgen (por supuesto, con la disidencia de Antonio Boggiano y Roberto Vázquez), en uso de sus facultades de superintendencia del Palacio. No obstante, un grupo de abogados católicos apeló la decisión, y la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo revocó el fallo de primera instancia, basando su argumentación en cuestiones procesales. La cuestión llegó nuevamente a la Corte Suprema, que entendió que “al presente la imagen ha sido retirada, lo cual — más allá de poder constituir un cumplimiento de lo resuelto en la sentencia de primera instancia— fue consecuencia de una decisión que la demandada [es decir, la propia Corte,] dijo adoptar en virtud del ejercicio de facultades de superintendencia que le son propias”.<sup>112</sup> Por este motivo, declaró “inoficioso el pronunciamiento por haber devenido abstracta la cuestión planteada en el recurso extraordinario”,<sup>113</sup> sugiriendo que la posición de la Corte ya había sido sentada en la instancia procesal anterior.

## VII. REGULACIÓN ACTUAL

En los últimos tiempos, la práctica institucional en materia de libertad religiosa del Congreso de la Nación ha tenido algunos puntos de enorme coincidencia con la interpretación histórica, de separación entre Iglesia y Estado, y otros de notable disonancia, en los que la Iglesia tuvo privilegios injustificables. Entre los primeros se pueden mencionar las discusiones de las leyes de matrimonio igualitario e identidad de género, en las que los legisladores se apartaron de la voluntad de la Iglesia y regularon las cuestiones seculares en función del sistema de libertades previsto en la Constitución. Entre los segundos, en tanto, tuvo un lugar especial la discusión del nuevo Código Civil, en la que la Iglesia, encabezada ahora a nivel mundial por el cura argentino Bergoglio, ejerció una presión considerable sobre los legisladores para modificar, por ejemplo, consideraciones sobre el comienzo de la vida<sup>114</sup> y para mantener sus privilegios como persona de derecho público, aún en contra

<sup>112</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ Estado Nacional-Poder Judicial de la Nación*, fallos, Expte. A. 277. XLI., 21 de noviembre de 2006, cons. 2.

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ Estado Nacional-Poder Judicial de la Nación*, fallos, Expte. A. 277. XLI., 21 de noviembre de 2006, cons. 6.

<sup>114</sup> Véase, por ejemplo, Serra, Laura, “El kirchnerismo incorporó en el Código Civil reclamos de la Iglesia”, en el *Diario La Nación*, Buenos Aires, 21 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1640141-el-kirchnerismo-incorporo-en-el-codigo-civil-reclamos-de-la-iglesia>.



de la jurisprudencia constitucional de la Corte. Otro ejemplo de la indebida influencia de la Iglesia son las incipientes discusiones parlamentarias respecto de la despenalización del aborto, en las cuales la “neutralidad religiosa” del Estado, defendida históricamente por la Corte, es puesta en jaque por los grupos que defienden dogmáticamente sus valores espirituales, entorpeciendo la deliberación de uno de los órganos centrales del Estado.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, dos fallos confirman su compromiso con la interpretación liberal-igualitaria de la libertad religiosa. El primero es “Asociación de Testigos de Jehová”,<sup>115</sup> del año 2005. En esa ocasión, la asociación en cuestión había impugnado la constitucionalidad de una regulación provincial que obligaba a los docentes a respetar los símbolos patrios, aun cuando profesaran cultos que les impidieran hacerlo, como en el caso de los testigos de Jehová. La mayoría de la Corte entendió que no existían las circunstancias suficientes para que el tribunal entendiera en la causa, dado que la resolución podía ser compatibilizada con la profesión del culto (los propios testigos de Jehová entendían que respetaban los símbolos, a su modo) y no habían existido situaciones fácticas en la que se la interpretase de otro modo. No obstante, la jueza Elena Highton de Nolasco sí aceptó flexibilizar este tipo de recaudos y analizar el fondo de la cuestión. Highton entendió que tanto la libertad religiosa, protegida en el artículo 14 de la Constitución, como el derecho a la privacidad, consagrado en el artículo 19, protegen las acciones de los individuos que no afecten el orden público, la moral pública, o los derechos de terceros. “Abstenerse de izar o saludar la bandera, o de cantar el himno, o de exhibir una escarapela no transgrede ninguno de los bienes que el art. 19 de la Constitución Nacional protege cuando deslinda lo que queda inmunizado como intimidad reservada a Dios, y lo que cae bajo el poder del Estado”.<sup>116</sup>

El segundo fallo relevante del período es “Albarracini Nieves”,<sup>117</sup> de 2012. Se trata de un caso con hechos similares a los de “Bahamondez”, con la diferencia de que, en esta ocasión, Jorge Albarracini Nieves se hallaba inconsciente y no podía rehusarse específicamente a la transfusión de sangre. No obstante, había dejado una declaración certificada por escribano público solicitando que, en caso de encontrarse en una situación de este tipo, optaba porque no se le hicieran transfusiones. La Corte retomó los

---

<sup>115</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación de Testigos de Jehová*, fallos 328:2966.

<sup>116</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación de Testigos de Jehová*, fallos 328:2966, cons. 14.

<sup>117</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias*, fallos 335:799.

argumentos de Belluscio y Petracchi en “Bahamondez” y afirmó que “esta Corte ha dejado claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”.<sup>118</sup> Con sustento en estos principios, el tribunal sostuvo que:

Es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.<sup>119</sup>

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, La Plata, Terramar Ediciones, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2005, t. I.
- COMAS, José, “Escándalo en Argentina por unas expresiones obscenas sobre la Virgen”, *Diario El País*, Madrid, 9 de julio de 1988, disponible en: [http://elpais.com/diario/1988/07/09/sociedad/584402407\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1988/07/09/sociedad/584402407_850215.html).
- DI STEFANO, Roberto, “Por una historia de la secularización y de la laicidad en la Argentina”, *Revista Quinto Sol*, vol. 15, núm. 1, 2011, disponible en: <http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/quisol/v15n1a04stefano.pdf>.
- FABRIS, Mariano, “El Episcopado Argentino y la sanción del divorcio vincular”, *Programa Interuniversitario de Historia Política*, Buenos Aires, s/a, disponible en: [http://historiapolitica.com/datos/biblioteca/catolicismo%20espyarg\\_fabris.pdf](http://historiapolitica.com/datos/biblioteca/catolicismo%20espyarg_fabris.pdf).
- FAYT, Carlos, *Derecho Político*, 6a. ed. inalterada, Buenos Aires, Depalma, 1985, t. I.
- GARGARELLA, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of The Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>118</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias*, fallos 335:799, cons. 11.

<sup>119</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias*, fallos 335:799, cons. 16.

- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 1923.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1897 t. II.
- GROSMAN, Lucas, “El juramento forzoso”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 3, núm. 2, 1998.
- GÜIDI, Sebastián, “«Pero carne con su vida, que es su sangre, no comeréis». Acerca de nuevos fallos sobre el rechazo de transfusiones de sangre”, *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2014-VI.
- LÓPEZ GÖTTIG, Ricardo, “La cuestión religiosa en la Convención Constituyente de 1853”, *Revista Libertas*, Buenos Aires, núm. 41, 2004.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- PADILLA, Norberto, “El derecho de practicar la religión”, en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan G. (coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2006.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución Argentina Comentada*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1997.
- RAVIGNANI, Emilio (ed.), *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas-Universidad de Buenos Aires, 1937, t. IV, disponible en: <http://ravignanidigital.com.ar/asambleas/asa4/asa4110000.html?h=0>.
- SABA, Roberto, *Laicidad y símbolos religiosos*, México, UNAM, 2013, colección Cuadernos “Jorge Carpizo”.
- SERRA, Laura, “El kirchnerismo incorporó en el Código Civil reclamos de la Iglesia”, *Diario La Nación*, Buenos Aires, 21 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1640141-el-kirchnerismo-incorporo-en-el-codigo-civil-reclamos-de-la-iglesia>.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SUJETA  
AL EXAMEN DE LA DEMOCRACIA:  
¿HAY ALGO MÁS PARA DECIR SOBRE EL ARTÍCULO 20.  
DE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA?\*

Patricio Enrique KENNY

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Cómo se interpreta el artículo 20.?* III. *Las dificultades para interpretar el artículo 20.* IV. *Una teoría para la interpretación del artículo 20.* V. *Nuevas lecturas del artículo 20.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 20. de la Constitución Nacional (“El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”) continúa siendo objeto de múltiples debates teóricos. En este trabajo, primero, efectuaré un repaso de cómo se ha interpretado esta norma. Esto es, qué sucedió en 1853, qué han dicho luego los jueces y los juristas y qué sucede hoy en Argentina con el sostenimiento del culto. Segundo, me propongo demostrar por qué las soluciones que se han venido ofreciendo no son necesariamente las correctas, remarcando las principales dificultades que encuentro en esta discusión. Tercero, abundaré en el hecho de que, según creo, es necesario recurrir a una perspectiva democrática para la interpretación constitucional de este artículo. Cuarto, mencionaré algunas formas concretas en las que creo que puede interpretarse el artículo 20. Quinto, en la conclusión ofreceré una síntesis de todo el trabajo.

---

\* Este trabajo, escrito en 2015, pretende corregir algunos de los errores e imprecisiones presentes en “El compromiso democrático frente a los sesgos constitucionales”, en Elías, Sebastián *et al.*, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. II, pp. 669-681. Parte del material utilizado fue recabado durante mi adscripción a las actividades de investigación del profesor Marcelo Alegre.

## II. ¿CÓMO SE INTERPRETA EL ARTÍCULO 20.º?

Desde 1853 en adelante se ha consolidado la siguiente postura: *de la lectura del artículo 20.º se desprende que el Estado debe sostener económicamente a la Iglesia católica*. En efecto, esto es lo que en los hechos ha sucedido invariablemente desde 1853.

### 1. *La Convención de 1853*

El vínculo entre el Estado y la Iglesia representó, junto a todo lo referido a la relación de la Confederación con la Provincia de Buenos Aires, una de las temáticas centrales en los debates de 1853. En éstos puede advertirse la confluencia de dos corrientes que pretendían, cada una de ellas, imponer su propia concepción en lo que respecta a la relación Estado e Iglesia.

Por un lado, se encontraba una tendencia conservadora integrada, entre otros, por el convencional Zenteno que, si bien aceptaba la inclusión de la libertad de cultos, insistía en un artículo 20.º con la siguiente redacción: “La religión católica, apostólica, romana, cómo única y sola verdadera, es exclusivamente la del Estado”.<sup>1</sup> Existían además otras propuestas de un tenor semejante. Por ejemplo, la de los convencionales Pérez y Leiva, quienes proponían declarar que el gobierno federal *profesara* el culto católico y que la religión católica sea la religión del Estado, respectivamente.

Por otro lado, entre los convencionales —todos hombres y escogidos a través de procedimientos que distaron de ser democráticos—<sup>2</sup> existía también una tendencia liberal iluminista cuyo principal portavoz fue Benjamín Gorostiaga. Fue este último quien más bregó por la redacción que finalmente se impuso aduciendo:

- 1) [argumento mayoritario] que el gobierno federal debía sostener el culto católico porque una mayoría de los habitantes del país eran católicos;
- 2) [argumento de tolerancia] que la religión católica no podía ser la religión del Estado porque existían en el país habitantes que profesaban otros cultos;

---

<sup>1</sup> Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas (UBA), 1937, t. IV, pp. 438 y ss.

<sup>2</sup> Rosa, José M., *Historia Argentina*, Buenos Aires, Editorial Oriente, 1975, t. IV, pp. 50-56. También Gargarella, Roberto, “Constitución y principios democráticos acerca de la irrelevancia moral de la Constitución”, *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1991, vol. 55, pp. 63 y 64.

- 3) [argumento dogmático invertido] que decir en la Constitución que la religión católica “es la única verdadera” —como afirmaba Zenteno— es un asunto de dogma y no de normas constitucionales del Estado.<sup>3</sup>

Con su sanción, la redacción del artículo 2o. representó un *quiebre definitivo* para la tradición constitucional que hasta años anteriores se había venido forjando. Los estatutos provisionales de 1815 y 1816 y el reglamento provisorio de 1817 establecían que la religión católica era la religión del Estado.<sup>4</sup> Se mantuvo la misma tesitura en los textos surgidos de las experiencias constitucionales de 1819 y 1826. Aun en estos dos últimos casos se seguía evitando todo pronunciamiento respecto a la libertad de culto —aunque ésta podía quizás inferirse de la inclusión, en ambas, del hoy artículo 19 (autonomía personal)—.<sup>5</sup>

En el proyecto de 1852 elaborado por el propio Alberdi se aseguraba en el artículo 2o., primero, la libertad de culto y, segundo, no sólo el sostenimiento del culto católico, sino que su *adopción*.<sup>6</sup> Alberdi era partidario de “consagrar el catolicismo como religión de Estado, pero sin excluir el ejercicio público de los otros cultos cristianos”.<sup>7</sup> Para Alberdi existían razones instrumentales para incluir la libertad de culto en el texto constitucional: poblar el desierto, “favorecer a las familiar honestas, la extensión de creencias religiosas y el aumento de la población”.<sup>8</sup>

La sujeción a un sistema mixto —preferencia a un culto, pero la libertad de culto como salvaguarda— ha sido todo menos original. El fenómeno no sólo alcanzó a la realidad latinoamericana. Por ejemplo, muchos países de Europa tienen Iglesias oficiales, pero aseguran la libertad de culto.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Vanossi, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y su jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, p. 45.

<sup>4</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, pp. 532 y ss.

<sup>5</sup> Artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

<sup>6</sup> Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 244.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>8</sup> Véase “Estudios políticos, examen de las ideas del señor Frías sobre el influjo de la Francia, de la Inglaterra y el catolicismo, por Juan B. Alberdi”, *El Nacional*, Buenos Aires, 12 de agosto 1852.

<sup>9</sup> Gunn, T. Jeremy, “Religion and Law in France: Secularism, Separation, and State Intervention”, *Drake Law Review*, vol. 57, 2009, pp. 951, 952, 967 y 968; Tallchief Skibine, Alex, “Tribal Sovereign Interests Beyond the Reservation Borders”, *Levins & Clark Law Review*, University of Utah, vol. 12, invierno 2008, pp. 426 y 427; Weiler, J. H. H., “Freedom of

Un argumento usual en favor de la interpretación tradicional —el sostenimiento económico— ha sido el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales.<sup>10</sup> En él se lee: “[p]or este artículo [por el artículo 2o.] es obligación del Gobierno federal mantener y sostener el Culto Católico Apostólico Romano a expensas del tesoro nacional”. Se trata de un informe difundido el 18 de abril de 1853 en el contexto de los trabajos previos a la convención constituyente. El informe precedió al proyecto de Constitución presentado por la Comisión al Congreso, que finalmente fue sancionado después de algunas enmiendas. Entre los firmantes se encuentra el propio Gorostiaga quien a su turno ofició como miembro informante durante el debate convencional.

El giro de 1853 propiciado por la tendencia liberal iluminista en favor de la libertad de cultos provocó aireados reproches provenientes, en especial, de las corrientes católicas más radicalizadas. Se aducía, por ejemplo, que “[e]l tratado del 1825 [que ya reconocía la libertad de cultos] es sólo para Buenos Aires, es sólo para los británicos y tiene una jerarquía infraconstitucional, por ello, no es una justificación válida para la libertad de cultos [insertada en el texto de 1853]”.<sup>11</sup> Ciertamente, “durante la dominación hispánica en América no hubo libertad de creencias religiosas y, por consiguiente, tampoco hubo libertad de cultos”<sup>12</sup> y el acuerdo con los británicos era sólo uno de los primeros ensayos en este sentido.

En el marco de esta críticas, se estimaba también que “[e]l Estado no debe costear indiferentemente todos los cultos, sino que debe elegir el más conforme a la razón y emplear los medio de hacerle prosperar”; “no podemos menos de desear para nuestro país el ejercicio público exclusivo de ella [la religión católica], y mucho más cuando sabemos los perniciosos resultados de las falsas creencias”; “[n]uestra religión no admite la tolerancia religiosa, esto es, la creencia de que todas las religiones sean iguales o indiferentes”.<sup>13</sup> “La experiencia ha demostrado que lo que busca un inmi-

---

religion and freedom from religion: The European model”, *Maine Law Review*, vol. 65, núm. 2, 2013, pp. 762 y 763, 766.

<sup>10</sup> Véase “Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales”, *El Nacional*, Buenos Aires, 28 de mayo de 1853 e “Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales”, *El Nacional Argentino*, Paraná, 2 de junio de 1853.

<sup>11</sup> Véase “La Constitución Argentina de 1853 en su relación con el catolicismo”, *La Religión*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 1853.

<sup>12</sup> González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional argentino, historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Buenos Aires, Librería Nacional J. Lajouane & Cía. Editores, 1918, t. II, pp. 49 y 50.

<sup>13</sup> Véase “La Constitución de la Provincia”, *La Religión*, Buenos Aires, 22 de octubre de 1853. También “La Constitución de las Provincias Argentinas”, *La Religión*, Buenos Aires,

grante no es la libertad de ejercer públicamente su culto: los intereses materiales son los que le llaman la atención, y donde hay paz, seguridad, riqueza, allí hay una notable afluencia de extranjeros”.<sup>14</sup> Para *La Religión* esto era lo que precisamente sucedía en Perú y Chile.<sup>15</sup>

Sin embargo, con el transcurrir de los meses terminó existiendo, por parte de las corrientes cercanas al catolicismo, una recepción favorable del texto constitucional ante la plena y confesa toma de posición de las autoridades públicas consideradas como católicas, tanto en el gobierno nacional delegado (1853-1854) como en los dos primeros gobiernos de la Confederación (1857-1861).<sup>16</sup>

De la lectura del material gráfico de la época se desprende que el trámite constitucional no despertó acalorados intercambios respecto a los distintos puntos que se debatieron en la convención santafesina. Muy por el contrario, sus repercusiones fueron sorprendentemente exiguas. Por un lado, razones de época hacían que las noticias que daban cuenta de las actividades que se desarrollaban en Santa Fe arribaran a la metrópoli con meses de demora. Por otro lado, aun cuando éstas finalmente arribaban su cobertura era magra. Pese a que la relación Estado e Iglesia despertó largas diatribas entre los constituyentes, no tuvo un correlato semejante en las noticias periodísticas de la época. El escaso material sobre las actividades del Congreso Constituyente, por lo general, sólo se ocupaba de lo relativo a la posible evitación de nuevos conflictos armados en el país, especialmente luego de la escisión de la Provincia de Buenos Aires.<sup>17</sup>

Por todo esto, el debate constitucional parece haberse desarrollado a espaldas del pueblo. A partir de esta mirada es muy problemático inclinarnos

---

7 de enero de 1854. Desde luego que las posiciones extremas de *La Religión* provocaron encendidas réplicas por parte del resto del espectro gráfico argentino. Por ejemplo, véase “A la Religión”, *El Nacional*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1853 o “Libertad de Cultos”, *El Nacional*, Buenos Aires, 25 de octubre 1853.

<sup>14</sup> Véase “La Constitución Argentina...”, *cit.*

<sup>15</sup> Aunque con mayor moderación, *El Orden* también era otro de los periódicos partidarios de adoptar el modelo chileno. Véase “La Iglesia”, *El Orden*, Buenos Aires, 5 de agosto de 1855. La Constitución de Chile de 1833 determinaba en su artículo 5o. que “[l]a Religión de la República de Chile es la Católica Apostólica Romana, con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra”.

<sup>16</sup> Auza, Néstor T., “La Constitución Nacional de 1853 cuestionada por eclesiásticos de la Confederación”, *Universitas* 54, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1980, p. 5.

<sup>17</sup> Por ejemplo, “Constituent Congress”, *British Packet*, Buenos Aires, 17 de septiembre de 1853. Véase también “Buenos Aires, el Congreso y el Directorio de las 13”, *Comercio del Plata*, Montevideo, 25 de mayo de 1853 y “La Constitución de la Confederación Argentina y el proyecto de ley sobre capitalización”, *Comercio del Plata*, Montevideo, 7 de junio de 1853.



por un “momento constitucional”:<sup>18</sup> convencionales que no fueron elegidos democráticamente, baja representatividad de los distintos sectores del país, insignificantes repercusiones en los medios de comunicación, nulo debate público en torno a la redacción propuesta y, como veremos más adelante, acuerdos transaccionales sin suficiente publicidad.

Se identifican pocas fuentes históricas adicionales capaces de obrar como argumento para la interpretación del artículo 2o. De las actas originales de las sesiones de 1853 no consta intención alguna del cuerpo colegiado respecto a la interpretación del artículo 2o. —incluso allí nunca se determina que el sostenimiento deba ser económico—; sólo queda en pie el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales —aunque confeccionado por sólo algunos constituyentes y en el marco de los trabajos previos—. Todavía más, el material gráfico comentado nos permite advertir que la relación entre Iglesia y Estado en sus distintas variantes era algo sobre lo cual aún no existía consenso y que —como veremos— el artículo 2o. muy lejos estuvo de proponerse dar por concluido este debate.

## 2. *Las posiciones de la doctrina*

La doctrina argentina, a los efectos de conciliar el artículo 2o. con el artículo 14,<sup>19</sup> ha sostenido que no hay igualdad de cultos porque el Estado debe sostener económicamente a la Iglesia católica, pero sí libertad de cultos.<sup>20</sup> Es decir, *status* privilegiado o religión preferida.<sup>21</sup> En este sentido, también se ha considerado mayoritariamente que en la Constitución histórica

---

<sup>18</sup> En los términos de Ackerman, cuando “un extraordinario número de ciudadanos está seguro de la seriedad del asunto que se discute... que todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema que se discute”. Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

<sup>19</sup> Artículo 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:... de profesar libremente su culto”.

<sup>20</sup> Dalmazo, Omar A., *Manual de derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, Buenos Aires, Instituto Nacional Brawniano, 1998, p. 409.

<sup>21</sup> Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1959, p. 386; Dalla Vía, Alberto R., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 102; Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, De Palma, 1993, t. I, p. 193; Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 36; González, Joaquín V., *Obras completas de Joaquín V. González*, Buenos Aires, Universidad Nacional de la Plata, 1935, p. 137; Pizzolo, Calogero, *Constitución Nacional, comentada, anotada y concordada*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 55.

de 1853/60 no se estableció una religión oficial.<sup>22</sup> Así, se concluyó: “[l]a religión católica como una religión preferida por el Estado, que el Estado costea, pero no como una religión que el Estado abraza”; “[e]l Estado no está obligado a predicar los dogmas de la Iglesia ni la moral católica. Se trata de un culto protegido y no de una religión adoptada”.<sup>23</sup>

Sumado a la posición tradicional —ampliamente dominante en la actualidad— existe además un abanico de otras posiciones.

Están aquellos que teniendo una mayor cercanía ideológica con el catolicismo propugnan posturas interpretativas que efectúan una lectura *maximalista* del artículo 2o. Sus interpretaciones hacen que el artículo 2o. termine asemejándose a las cláusulas confesionales presentes en las Constituciones de Costa Rica y Panamá. De este modo, se ha entendido que “la palabra «sostiene» no se refiere exclusivamente al apoyo representado por recursos financieros... sino a todo lo que signifique satisfacer los motivos de la vinculación establecida”.<sup>24</sup> Es decir, al sostenimiento económico habría que añadirle algo más. Por otro lado, con una posición más extrema también se ha llegado a argüir que la Constitución ha adoptado al catolicismo como religión del Estado o religión oficial.<sup>25</sup>

Otros han considerado que a partir del artículo 2o. debe existir una unión moral entre Estado e Iglesia. No habría religión del Estado u obligación de sostenimiento económico, pero sí una relación de cooperación en la que se reconoce a la Iglesia católica como persona jurídica de derecho

<sup>22</sup> Por ejemplo, González Calderón, Juan A., *op. cit.*, p. 58, entre otros.

<sup>23</sup> Montes de Oca, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Imprenta y Litografía La Buenos Aires, 1910, pp. 136-138. Con mayor detalle, algunos han considerado que “[e]ste sostenimiento del culto se hace efectivo cubriendo los presupuestos del arzobispado, obispos, curias, cabildos, vicariatos y seminarios conciliares; acordando subvenciones para los templos, etc.”, De Vedia, Agustín, *Constitución Argentina*, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, 1907, p. 43. En esta línea, “[l]os gastos del culto serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso. El hecho de sostener con sus recursos el culto, da al Gobierno el derecho correlativo de control y vigilancia sobre su inversión”, González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada & Cía. Editores, 1897, pp. 152 y 153.

<sup>24</sup> De Vedia, Agustín, *Derecho constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Público, 1969, p. 131. En una posición similar Santiago, Alfonso, “El estatus de la religión y de la Iglesia católica en la Constitución Nacional”, en Elías, Sebastián *et al.*, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, t. II, pp. 624 y 630.

<sup>25</sup> Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 1658; “La Tolerancia”, *El Orden*, Buenos Aires, 19 de agosto de 1855; López, Lucio V., *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Compañía sudamericana de billetes de banco, t. I, 1891, p. 77; Zarini, Helio J., *Análisis de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 16 y ss. (una “adhesión espiritual al catolicismo”).

público.<sup>26</sup> El argumento para fundar esta solución es que no resultaría coherente que el constituyente se refiriese a sostenimiento económico cuando lo vinculado a estos menesteres recién se aborda a partir del artículo 4o. —fondos del tesoro nacional—. Se trata de un viejo recurso de la dogmática positivista: la presunción en torno a la existencia de un presunto legislador racional, es decir, que el legislador, o en este caso el constituyente, siempre actúa de un modo coherente y sistemático.

El artículo 2o. también se ha interpretado tomando en consideración las expropiaciones sufridas por la Iglesia tres décadas antes de la sanción de la Constitución de 1853.<sup>27</sup> En algunos casos, se ha trazado analogía con lo sucedido con posterioridad a la revolución francesa cuando se decidió el despojo de algunos de los bienes del clero.<sup>28</sup> El sistema que rige en la actualidad en Alemania también surgió como una forma, por parte del gobierno, de compensar las incautaciones de bienes de la Iglesia y de sus ingresos durante la caída del Sacro Imperio Romano Germánico.<sup>29</sup> Esta posición interpretativa fue adoptada en la Argentina por la Procuración General de la Nación hace más de un siglo.<sup>30</sup>

En Argentina, la ley del 21 de diciembre de 1822, que abolió los diezmos eclesiásticos, y las medidas confiscatorias concomitantes tomadas por el gobierno de Buenos Aires en daño a la Iglesia, alteraron profundamente su régimen patrimonial y motivaron el decreto del 17 de enero de 1823, en cuya virtud el presupuesto del culto quedó a cargo del tesoro público.<sup>31</sup>

Se trata de una postura que podría fundar la virtual eliminación del artículo 2o. Su fundamento consistiría en aducir que la compensación a la Iglesia católica, luego de más de ciento cincuenta años de vigencia del artículo 2o., ya se encontraría definitivamente cumplida.

---

<sup>26</sup> Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2009, t. I, pp. 543-544.

<sup>27</sup> Sánchez, Isidro M., “La financiación de las confesiones religiosas”, en Sánchez, Isidro M. y Navarro Floria, Juan G. (coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2006, p. 245; Serrano, María C., “La Iglesia y el Estado”, en Sabsay, Daniel A. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 224.

<sup>28</sup> Véase “Dotación del Clero”, *El Orden*, Buenos Aires, 19 de octubre de 1855.

<sup>29</sup> Hoffer, Stephanie, “Caesar as Gods Banker: Using Germany’s Church Tax as an Example of Non-Geographical Bounded Taxing Jurisdiction”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9, 2010, pp. 597 y 598.

<sup>30</sup> Corte Suprema Argentina, “Correa Jacinto”, fallos 53:188, 1893.

<sup>31</sup> De Estrada, Santiago, “Sobre el sostenimiento del culto”, *Universitas I*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1967, p. 60.

Algunas posibles respuestas para descartar esta solución son que: no parece razonable que los tribunales presuman como cláusula transitoria parte del acuerdo fundacional de una comunidad —ignorando, entonces, al artículo 2o.—;<sup>32</sup> ni en los trabajos preparatorios ni en la misma asamblea constituyente de 1853 se advierte la mención de esta motivación en la redacción del artículo 2o.; como se vio, ya había existido justicia resarcitoria a través de una compensación dineraria, es decir, parece no representar una causal posible en tanto “en años posteriores [a los sucesos iniciados durante el primer cuarto del siglo XIX], algunos de los bienes confiscados fueron devueltos; y que a lo largo del tiempo la Iglesia ha recibido una gran cantidad de inmuebles donados por el Estado, sin duda más que los que habían confiscado”.<sup>33</sup>

Finalmente, es posible mencionar una posición adicional afincada en el liberalismo político. Se trata de aquella que reconoce una contradicción lógica, entre, por un lado, la igualdad y la libertad de culto reconocidas en los artículos 14 y 16<sup>34</sup> y, por el otro, el trato preferencial establecido en el artículo 2o. “[H]ace que una creencia sea privilegiada sobre las demás, debiéndose tener en cuenta que todas las opiniones religiosas, por escaso que sea el número de sus adherentes merece idéntico respeto y deben ser aseguradas por el Estado”; “la protección dada al culto católico es tanto más irritante, cuanto que obliga a los sectarios de otras creencias religiosas a contribuir con su óbolo al mantenimiento de un culto que repudian”.<sup>35</sup>

Frente a esta tensión se ha propuesto una lectura *minimalista*: el artículo 2o. debe ser interpretado en el sentido más restringido posible. En aras de dar cumplimiento al principio de igualdad se debería sostener, en un pie de igualdad, también a otros cultos y a otras prácticas no religiosas.<sup>36</sup>

En síntesis, hay quienes creen que el artículo 2o. hace referencia al sostenimiento económico, sustentando su posición en un informe previo a la

---

<sup>32</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante”; Corte Suprema Argentina, “Rizzo”, fallos 336:669, 2013.

<sup>33</sup> Navarro Floria, Juan G., “El financiamiento de las confesiones religiosas en la República Argentina”, *Il Diritto Ecclesiastico*, Milano, año CXVII, 2006, pp. 277 y ss.

<sup>34</sup> Artículo 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, pp. 22 y 23.

<sup>35</sup> Montes de Oca, Manuel A., *op. cit.*, p. 153.

<sup>36</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 288.

convención, en las expropiaciones de Rivadavia y —como se verá— en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (como argumento de autoridad). También están quienes entienden que en el artículo 2o. hay una toma de posición del Estado en favor de la Iglesia católica, algo que no encuentra demasiado fundamento —salvo el argumento del legislador racional o las referencias a Dios en el preámbulo—. Finalmente, están quienes, desde el liberalismo, proponen lecturas *minimalistas*, y observan una tensión irreconciliable entre el artículo 2o. y principios tales como la libertad de culto y la igualdad.

### 3. *Las posiciones de los tribunales*

En una tradición constitucional de más de ciento cincuenta años hay pocos antecedentes referidos a este artículo. La Corte Suprema ha reconocido la preferencia dada por la Constitución a la Iglesia católica.<sup>37</sup> Pero si bien parece evidente que hay una preferencia, ya que el artículo 2o. sólo menciona a un sólo culto, resulta objetable que la Corte Suprema hay trasladado tal privilegio —al culto católico— hasta alcanzar a la Iglesia católica. Más tarde, y ahora evitando este traslado, la Corte Suprema ha reconocido, de forma explícita, la “primacía a la religión católica, apostólica y romana (artículos 2o., 76 y 80)”.<sup>38</sup>

También la Corte Suprema ha rechazado que la Iglesia católica sea la religión oficial o del Estado, aunque ha señalado que el gobierno federal sí debe sostener *económicamente* a ésta.<sup>39</sup> También entendió que el artículo 2o. nada dice respecto a la indisolubilidad del matrimonio civil<sup>40</sup> y que, por otro lado, no impide que la Iglesia católica sea sometida al pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posea o reciba como persona jurídica, al igual de otras personas de la misma clase.<sup>41</sup> Hasta acá prácticamente no hay disonancias con respecto a la posición tradicional de la doctrina.

<sup>37</sup> Corte Suprema Argentina, “Correa Jacinto”, fallos 53:188, 1893.

<sup>38</sup> Corte Suprema Argentina, “Glaser”, fallos 263:336, 1966.

<sup>39</sup> Corte Suprema Argentina, “C. L. A.”, fallos 304:1139, 1982, Petracchi en Corte Suprema Argentina, “Sejean”, fallos 308:2268, 1986, Corte Suprema Argentina, “Villacampa”, fallos 312:122, 1989 (en este caso señaló que el Estado debe *coadyuvar* al sostenimiento económico, es decir, no se encontraría, según la Corte Suprema, obligado a sostener *todos* los gastos de la Iglesia católica); también la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, “S. M. D. C.”, 2005.

<sup>40</sup> Corte Suprema Argentina, “S. V. E. y F. M. I.”, fallos 321:92, 1998.

<sup>41</sup> Corte Suprema Argentina, “Melo de Cané”, fallos 115:111, 1911.

Sin embargo, en un antecedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se ha determinado que la presencia de símbolos religiosos católicos en edificios públicos es una opción jurídicamente admisible atento al sostenimiento contemplado en el artículo 2o. y a que la Iglesia católica es una persona de derecho público no estatal.<sup>42</sup> Es decir, desde una lectura ahora *maximalista* el artículo 2o. sería capaz de legitimar, por ejemplo, la exhibición de símbolos religiosos en edificios públicos.

Una vez más, también acá pareciera que —al igual que en la doctrina— estas interpretaciones taxativas en las sentencias de los tribunales argentinos no han venido acompañadas de fundamentos suficientes. Pero es obvio que en este caso la exigencia por rendir cuentas, y por dar argumentos, es mayor. Podría esgrimirse que los tribunales han excedido sus facultades al escoger como válida sólo una *única* interpretación, cuando esto supone excluir a otras tantas sin fundamento alguno. Jueces y juristas, en su mayoría, han proclamado *qué* dice el artículo 2o. sin explicar exactamente *por qué* creen que dice tal cosa. Tanto tribunales como juristas se han propuesto dar por concluido un debate que, en realidad, aún permanece abierto.

#### 4. Actualidad del sostenimiento del culto

En la Argentina el Congreso Nacional y, en especial, los gobiernos *de facto* han dictado numerosas leyes por las cuales se han efectuado asignaciones directas a distintas dependencias eclesiásticas y asignado sueldos al clero, todos pertenecientes a la Iglesia católica.<sup>43</sup> Por ejemplo, algunos años después del acuerdo con la Santa Sede en 1966 los obispos y sacerdotes diocesanos dejaron de ser considerados empleados públicos, y se establecieron asignaciones no remunerativas para los obispos.<sup>44</sup> Los hoy vigentes decretos Ley 21.540 (asignación para obispos eméritos), 21.950 (asignación para obispos), 22.162 (asignación para parroquias de frontera), 22.430 (jubilación para sacerdotes) y 22.950 (asignación para seminaristas mayores) fueron sancionados durante la última dictadura militar sólo para la Iglesia

---

<sup>42</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, “Asociación de los Derechos Civiles —ADC— y otros c. Estado Nacional”, 2004.

<sup>43</sup> Ekmekdjian, Miguel Á., *op. cit.*, p. 195. Leyes 85, 99, 165, 176, 180, 219, 508, 545, 3932, 4703, y en los últimos años decreto Ley 21.540, decreto Ley 21.950, decreto Ley 22.162, decreto Ley 22.430, decreto Ley 22.552, decreto Ley 22.950, decreto 1928/80, decreto 1991/80.

<sup>44</sup> Serrano, María C., *op. cit.*, p. 224; Navarro Floria, Juan G. *et al.*, *Derecho y religión. Derecho eclesiástico argentino*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2014, p. 263.

católica y, en parte, con el deseo de acallar la voz del episcopado ante la masiva violación de derechos humanos.<sup>45</sup>

Además, en la actualidad existen, por un lado, exenciones impositivas a las actividades religiosas<sup>46</sup> y, por el otro, subvenciones a la educación confesional. Ambas son articuladas en base a un criterio igualitario con respecto a todos los cultos reconocidos. Si bien pueden existir dificultades en lo relativo a la registración y reconocimiento de los cultos, lo cierto es que tales beneficios, en comparación con las asignaciones directas a la Iglesia católica, suponen cuantiosas erogaciones para el erario público.<sup>47</sup> Además, las exenciones impositivas son amplias y “generalmente alcanza no solamente a las actividades específicamente religiosas de las confesiones, sino a todo su patrimonio, y a muchas actividades que no son directamente religiosas [como la publicación de libros, u otras]”.<sup>48</sup>

Respecto a las asignaciones directas a la Iglesia católica, que ciertamente no son igualitarias, representan una porción pequeña del gasto público.<sup>49</sup> Además, estos aportes cubren apenas entre un seis o un siete por ciento del total de los gastos de funcionamiento de la Iglesia católica, y esto considerando solamente a las curias diocesanas, seminarios y parroquias, y sin incluir a las órdenes y congregaciones religiosas, a los movimientos laicales, a Caritas y a muchísimas otras instituciones que tienen autonomía

---

<sup>45</sup> Sáenz, Fabián, *El sostenimiento de la Iglesia en la Argentina antes y después del Concilio Vaticano II, a la luz de los escritos de Mons. C. J. Guajunta*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, inédito, p. 23.

<sup>46</sup> “El 20 de mayo de 1955, por Ley 14.405, se quitan las exenciones impositivas a todas las instituciones religiosas, medida que fue anulada por el gobierno *de facto* de E. Lonardi, el 10 de octubre de ese mismo año, con el decreto 317/55”, en Sáenz, Fabián, *op. cit.*, p. 22. Además, “[e]n 1955, en pleno conflicto de Perón con la Iglesia, se convocó por una ley una convención para eliminar el artículo 2o. y las demás normas de preeminencia del culto católico”, en Padilla, Norberto, “Ciento cincuenta años después”, en Bosca, Roberto (coord.), *La libertad religiosa en Argentina*, Buenos Aires, CALIR, 2003, p. 42. Por otro lado, existen otros privilegios exclusivos para la Iglesia católica en el Código Procesal Penal de la Nación (artículo 159), la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (artículo 37) y la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (artículo 156). Véase Mendizábal, Ignacio J., “Relación Estado-Iglesia en la Argentina: Aportes para el análisis y la discusión en el marco de una perspectiva constitucional”, Buenos Aires, Universidad de San Andrés, 31 de julio de 2012, disponible en: <http://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/1758/1/%5BP%5D%5BW%5D%20Tes.%20Ab.%20Ignacio%20Mendizabal.pdf>.

<sup>47</sup> Al respecto, véase Lo Prete, Octavio, “La financiación estatal de las confesiones religiosas”, en Sánchez, Isidro M., y Navarro Floria, Juan G. (coords.), *cit.*, pp. 271-285.

<sup>48</sup> Navarro Floria, Juan G., “Derecho eclesiástico y libertad religiosa en la República Argentina”, en Navarro Floria, Juan G. (coord.), *Estado, derecho y religión en América Latina*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 62.

<sup>49</sup> *Idem.*



económica y financiera. Si se considerase todo ese universo, el aporte estatal sería aún menos significativo.<sup>50</sup>

En el derecho privado hay además un régimen especial —y desigualitario respecto a otros cultos— para los bienes eclesiásticos de la Iglesia católica (viejos artículos 33 y 2345 del Código Civil). Para la jurisprudencia argentina tales bienes son inembargables.<sup>51</sup> De hecho, a diferencia de todas las otras confesiones, la Iglesia católica es una persona jurídica pública, algo que incluso se mantiene en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Adicionalmente, existe la posibilidad de que las personas deduzcan de su base imponible las donaciones realizadas a favor de instituciones religiosas (no necesariamente pertenecientes a la Iglesia católica).

Es importante adelantar que, según creo, ninguna de todas estas políticas públicas se encuentra exigidas constitucionalmente por el artículo 2o., es decir, pueden ser abandonadas.

### III. LAS DIFICULTADES PARA INTERPRETAR EL ARTÍCULO 2O.

#### 1. *Indeterminación radical*

Una primera dificultad al momento de interpretar el artículo 2o. es la indeterminación radical en su texto. ¿Qué debemos entender por *sostiene*? ¿Acaso debiéramos privilegiar la *mejor* interpretación o la *mejor* técnica de interpretación por sobre todo el resto de las alternativas disponibles? Pero esta primera solución pareciera circular, ¿cómo determinar cuál es la *mejor*?

Salvo notables excepciones, tanto juristas como tribunales parecen haber olvidado reconocer que en el artículo 2o. se sucede una exacerbación de la textura abierta del lenguaje. Todos los textos normativos suelen portar cierto grado de indeterminación,<sup>52</sup> pero acá se constata una exacerbación de tal indeterminación. En simultáneo, los operadores no reconocen indeterminación alguna y se arrojan sin más sobre *una* posición interpretativa determinada, como si tal solución fuese una verdad evidente (en muchos casos, los argumentos para fundar tal arrojamiento se encuentran ausentes).

---

<sup>50</sup> Navarro Floria, Juan G., “El financiamiento de las confesiones religiosas...” *cit.*, pp. 277 y ss.

<sup>51</sup> Navarro Floria, Juan G., “Derecho eclesiástico...” *op. cit.*, p. 63.

<sup>52</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 259 y ss.



Curiosamente, las corrientes más radicalizadas del pensamiento católico fueron algunas de las primeras en advertir las dificultades que entraña el hecho de pretender evidente una solución determinada ante la exacerbación del fenómeno de la indeterminación:

[é]sta fórmula [por el artículo 2o.] tan singular y peregrina de reconocer la religión del país, es demasiado elástica para hacerle cruda y porfiada guerra, el día que espíritus mal intencionados se apoderen del Gobierno; de suerte que el más imperioso y grande de los intereses de los pueblos argentinos ha quedado asentado sobre un terreno falso y movedizo. Sostener ¿será lo mismo que profesar, proteger, defender, etc.?<sup>53</sup>

El artículo 2o. no es más que un reflejo de lo que en reiteradas ocasiones ha sucedido frente a desacuerdos que parecían irreconciliables: en la Constitución Nacional se dan acuerdos transaccionales, pero en muchos de sus términos el acuerdo queda abierto. Los constituyentes parecen haberse decidido por la fórmula de la vaguedad ante la imposibilidad de consensuar mayores precisiones respecto a su letra. Porque en muchas oportunidades, la textura abierta es a sabiendas y no existe mensaje correcto que debamos descubrir para poder eludir este escenario de incertidumbre. No existe nota secreta a ser descubierta en la letra del artículo 2o.

Se trata, entonces, de un debate —como se vio más arriba con enormes déficits democráticos— que ha quedado trunco y que aún permanece latente. No pareciera que los tribunales ni los juristas sean quienes portan las mayores aptitudes democráticas para dar por finalizado este debate, y, así, para escoger entre las diversas posiciones morales o políticas en pugna. Aquello que el debate público dejó inconcluso debe ser reanudado con más y mejor debate público.

En Alemania, por ejemplo, su ley fundamental incorpora el concepto de “corporaciones públicas”. Durante las sesiones de debate no pudo lograrse un acuerdo en torno a una definición precisa del término. Sólo quedaba explicitado que estas corporaciones podrían recaudar impuestos a partir de una lista de contribuyentes, algo garantizado a toda sociedad religiosa reconocida como corporación pública. Los demás derechos derivados de esta condición de corporaciones públicas debieron ser definidos por una ley posterior.<sup>54</sup> Es decir, un debate inconcluso sucedido en la letra de la Constitución fue saldado con más debate posterior.

<sup>53</sup> Véase “La Constitución Argentina de 1853...”, *cit.*

<sup>54</sup> Deutsch, Jan, “Some Problems of Church and State in the Weimar Constitution”, *Yale Law Journal*, Nueva Haven, vol. 72, enero de 1963, p. 462. Aunque debe ser aclarado que

## 2. Acuerdo transaccional

En el artículo 2o. uno de los motivos de la exacerbación de su indeterminación es la existencia de un acuerdo transaccional en 1853 entre una tendencia conservadora católica y una liberal iluminista.<sup>55</sup> La experiencia iniciada a partir de 1853 podría ser concebida como una “Constitución de fusión” en la que conservadores y liberales pactaron para dejar atrás el periodo de influencia de Juan Manuel de Rosas y de otros caudillos del interior.<sup>56</sup>

Los acuerdos transaccionales no son una anomalía que surge en 1853 y como un experimento en el artículo 2o. y tampoco son patrimonio exclusivo de la tradición constitucional latinoamericana.<sup>57</sup> La Constitución de la República de Weimar fue, por cierto, resultado de un compromiso alcanzado entre, por un lado, un partido de centro apoyado por el catolicismo y, por el otro, los socialdemócratas. Este acuerdo derivó en que el texto finalmente sancionado se reconociese a la Iglesia católica, junto a otras confesiones, como una corporación pública con capacidad de recaudar impuestos a sus seguidores.<sup>58</sup>

En los Estados Unidos su realidad también se asemeja a la nuestra: para satisfacer intereses rivales y alcanzar consensos, “los participantes en la convención federal incorporaron cláusulas conflictivas y ambiguas en la Constitución *delegando así esenciales poderes discrecionales a sus descendientes*”.<sup>59</sup>

En Argentina, durante la convención de 1853 el liberalismo concedió:<sup>60</sup> el sostenimiento del culto (artículo 2o.), promover la conversión de los indios

---

esta posibilidad está explícitamente contemplada en el propio texto constitucional (artículo 137.8. de la Constitución de Weimar de 1919).

<sup>55</sup> Auza, Néstor T., *op. cit.*, p. 5. “[T]odos los preceptos constitucionales de tónica cristiana —el artículo 2o. sobre el sostenimiento del culto católico, el artículo 76 que establece el recaudo confesional para ser electo presidente de la República, etcétera— son decisiones políticas de orden transaccional”, voto de Petracchi en Corte Suprema Argentina, “Sejean”, fallos 308:2268, 1986.

<sup>56</sup> Gargarella, Roberto, *La sala de máquina de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2014, p. 67.

<sup>57</sup> Respecto a Latinoamérica, véase Gargarella, Roberto, *La Sala...*, *cit.*, pp. 65 y ss.

<sup>58</sup> Hoffer, Stephanie, *op. cit.*, pp. 599 y 600.

<sup>59</sup> Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (coords.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 246. El destacado me pertenece.

<sup>60</sup> “Al final, los conservadores argentinos no pudieron satisfacer muchas de sus demandas más extremistas; obtuvieron, sin embargo, importantes concesiones”, en Gargarella, Roberto, *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 135. Aunque debe advertirse que algunas de estas concesiones eran apoyadas por los propios

al catolicismo (viejo artículo 67), el juramento confesional al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente (viejo artículo 77), y la exigencia de pertenecer a la comunión católica apostólica romana para ser elegido presidente y vicepresidente (viejo artículo 76).

Por su parte, desde el conservadurismo también hicieron lo propio y así se cedió: la libertad de cultos (artículo 14), la eliminación de los fueros personales (artículo 16), la imposibilidad de los eclesiásticos regulares de ser miembros del Congreso o gobernadores (viejo artículo 65, hoy artículo 73)<sup>61</sup> y los derechos de patronato<sup>62</sup> (viejos artículos 67 y 86).

Las negociaciones en torno a los términos de este acuerdo continuaron incluso en las propias sesiones de 1853. Por ejemplo, no estaba ni en el proyecto de la comisión redactora ni en el proyecto de Alberdi la exigencia de que el presidente o vicepresidente pertenecieran al catolicismo.<sup>63</sup> Y esta exigencia finalmente se incorporó al texto sancionado en 1853.

Muchas de las concesiones de la tendencia liberal iluminista podrían abonar la postura interpretativa que adscribe a la idea de que el texto constitucional se inclina por una adhesión a los dogmas y creencias del catolicismo. Pero con el correr de los años esta posición perdió sustento con el acaecimiento de distintos sucesos que tuvieron por consecuencia un sostenido desmembramiento de este acuerdo transaccional. Los más relevantes

---

liberales. Había quienes suscribían la redacción defendida por Gorostiaga, pero, al mismo tiempo, estimaban conveniente prescribir, por ejemplo, que para ocupar cualquier cargo público —y no sólo la Presidencia de la Nación— se debiese profesar el culto católico. Éste es el caso de los convencionales Leiva y Zenteno y, parcialmente, de Lavaysse. Santiago, Alfonso, *op. cit.*, pp. 642 y 643.

<sup>61</sup> Hoy el artículo 73 permanece vigente. Se lo intentó suprimir con la reforma constitucional de 1949.

<sup>62</sup> “El monarca había extraído del papado el derecho de patronato, *jus patronatus* o patronato, es decir, el control sobre el nombramiento de los obispos —algo que ha sobrevivido en algunos de los sistemas jurídicos de América Latina hasta la última parte del siglo XX—. A su vez, la Iglesia recibió un monopolio religioso y educativo, el control sobre sus propios tribunales, y vastos latifundios”, Sigmund, Paul E., “Religious Human Rights in Latin America”, *Emory International Law Review* 10, 1996, p. 174; “[d]eclarar que corresponde al Poder Ejecutivo Nacional la presentación de Obispos y el exequatur de las Bulas, sería contribuir a la unión de la Nación, proveyendo al Jefe de Estado del conocimiento que debe tener cuanto concurra a mantener con eficacia el vínculo religioso tan necesario como poderoso”. “Cuestiones Argentinas”, *El Nacional*, Buenos Aires, 10 de noviembre de 1852; “ejercicio de los derechos de patronato presuntamente heredados de la Corona española, pero que la Santa Sede nunca reconoció a favor del Estado argentino”, Santiago, Alfonso, *op. cit.*, p. 621.

<sup>63</sup> Colautti, Carlos E., *Derechos Humanos Constitucionales*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, p. 133.

son, primero, el concordato de 1966<sup>64</sup> que ignoró el patronato contemplado en el texto constitucional y, segundo, la reforma constitucional de 1994 que suprimió muchas de las cláusulas teístas (se elimina el patronato de la propia Constitución, desaparece la evangelización de los pueblos originarios, se quita la exigencia de que el presidente sea católico y se incorporan instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que vuelven a insistir en la igualdad y la libertad religiosa).

La transacción entre católicos y liberales involucró el sostenimiento explícitamente reconocido de un sólo culto, pero al mismo tiempo la libertad de cultos, aun cuando ésta ya se encontraba parcialmente reconocida en el Tratado de 1825 entre Gran Bretaña y la Provincia de Buenos Aires. Pero la transacción corporativa también consistía en que, por un lado, el Estado financiaba, pero por el otro, la Iglesia le otorgaba a éste injerencia sobre sus instituciones eclesiásticas a través del patronato. Incluso para algunos la combinación sostenimiento y patronato se había configurado como una fórmula congeniada adrede entre ambas facciones a fin de evitar la injerencia externa de la Sede Apostólica de Roma en la soberanía nacional y así evitar que la Iglesia católica pudiese operar contra el flamante gobierno constitucional.<sup>65</sup> Todo ello se complementaba, entre otras, con la exigencia de un presidente católico y la evangelización con rango constitucional.

### 3. *Los principios constitucionales*

Una tercera dificultad al momento de interpretar el artículo 2o. —probablemente la más importante— es determinar qué debe hacerse con principios constitucionales tales como la libertad religiosa y la igualdad. A partir de una interpretación constructiva, fuertemente apegada a una perspectiva de derechos humanos, podría considerarse el texto constitucional a la luz de una lectura más generosa de principios constitucionales como la igualdad y la libertad religiosa.<sup>66</sup> Esto implicaría adoptar la posición *minimalista* liberal: sin privilegios para la Iglesia católica. Se trataría de una interpretación cuya lectura del artículo 2o. nos persuadiría de que, como exigencia constitucional, el beneficio debe ser ahora para todos los cultos, en un pie de estricta igualdad.

---

<sup>64</sup> La legislación vinculada al patronato fue rechazada en Bolivia y Argentina recién en la década del 60. Sigmund, Paul E., *op. cit.*, p. 174.

<sup>65</sup> López, Lucio V., *op. cit.*, pp. 83 y 84.

<sup>66</sup> Post, Robert, "Theories of Constitutional Interpretation", *Representation*, núm. 30, 1990, p. 24.

Hasta ahora intenté argumentar en favor de que el artículo 2o. nos permite optar por múltiples interpretaciones y que ante la variedad en la oferta es el debate democrático quien tiene que encargarse de escoger alguna entre todas ellas. Que pese a lo sostenido en estos últimos ciento cincuenta años por jueces y juristas no hay una *única* interpretación correcta. Estas interpretaciones a cargo de la democracia se muestran atractivas, pero parecen encontrar como límite a los principios constitucionales y, por supuesto, a todo ese voluminoso material surgido del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

#### IV. UNA TEORÍA PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2O.

El argumento de los principios —en especial, el de igualdad— obliga a hacer algunas indagaciones en torno a las teorías de la interpretación constitucional. El artículo 2o. contiene rasgos marcadamente desigualitarios: se menciona y se otorga un beneficio a sólo una confesión. Que el catolicismo sea —o pueda ser— mayoritario entre los argentinos no parece ser un criterio razonable para beneficiar sólo a éste y no al resto de las minorías.

De hecho, en un informe del relator especial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se recomendó —con mucha razón— a la Argentina adoptar medidas para garantizar la plena igualdad de trato respecto de todas las comunidades fundadas en la religión o las convicciones y decidir el pago de subvenciones a las comunidades religiosas sobre la base del principio de igualdad.<sup>67</sup> Al mismo tiempo, nos encontramos con que, por ejemplo, dentro de la Convención Europea de Derechos Humanos un grado relativamente alto de cooperación, apoyo y tratamiento preferencial para una Iglesia particular es admisible, pero se dice que esto es debido al limitado alcance de la disposición anti discriminación de la Convención.<sup>68</sup>

Por eso lo relevante es determinar cuáles son los límites fijados por los principios de igualdad y no discriminación. Para esto es necesario adoptar una teoría de la interpretación constitucional.

---

<sup>67</sup> OHCHR, Informe del Relator Especial, Abdelfattah Amor, en torno a los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la intolerancia religiosa, del 16 de enero de 2002.

<sup>68</sup> Evans, Carolyn y Thomas, Christopher A., “Church-State Relations in the European Court of Human Rights”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 9, núm. 3, 2006, pp. 713 y 715; Scharffs, Brett G., “The Autonomy of Church and State”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 12, núm. 4, 2004, p. 1262.

La mayoría de los desacuerdos que se suceden en un debate interpretativo no logran ser resueltos recurriendo a nuevas disquisiciones en torno a la faz semántica del texto que se pretende dotar de sentido.<sup>69</sup> La dogmática jurídica no puede determinar soluciones correctas que sean *unívocas*, consistentes y precisas a partir del análisis y combinación de conceptos, sin reformular el sistema jurídico a la luz de principios valorativos.<sup>70</sup> Aunque es cierto que a veces los jueces para legitimar tendencias conservadoras se refugian en el argumento de que sus soluciones se apoyan en la “verdad” y la *única* interpretación de la Constitución o de la ley, ignorando las restantes alternativas interpretativas que los textos legales pueden ofrecer.<sup>71</sup>

Un fundamentalista del “textualismo” opinaría que, si la respuesta no surge directamente del texto, entonces su interpretación debiera quedar librada a la entera decisión del Congreso Nacional.<sup>72</sup> Pero ninguna interpretación suele ser enteramente discrecional o enteramente mecánica; siempre parece ser necesario un fuerte componente personal.<sup>73</sup>

Al mismo tiempo, es cierto que existen secciones del texto constitucional en las que hay enormes desacuerdos y otras en las que no (por ejemplo, en donde la violación a la Constitución parece obvia). Para algunos se trata de halos de incertidumbre<sup>74</sup> que se imponen por la misma semántica del texto y otros, en cambio, suelen atribuir estas distinciones al simple hecho de que hay determinación cuando anticipamos que no se hará ningún trabajo para desestabilizar la aprehensión inicial, en general, porque los proyectos ideológicos existentes se encuentran de acuerdo con esta aprehensión inicial, o con que el resultado no merece un trabajo desestabilizador.<sup>75</sup>

En cualquier caso, para el artículo 2o. debemos comprometernos valorativamente, adoptar una posición de moralidad política cuando nos incli-

---

<sup>69</sup> Al respecto, véase *The Semantic Sting*, en Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Londres, Harvard University Press, 1986, p. 45.

<sup>70</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 100, Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 79.

<sup>71</sup> Nino, Carlos Santiago, *Notas de introducción al derecho 4. La ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 101.

<sup>72</sup> Baker, Thomas E., “Constitutional Theory in a Nutshell”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 13, núm. 1, 2004, p. 72.

<sup>73</sup> Fiss, Owen M., “Objectivity and Interpretation”, *Stanford Law Review*, núm. 34, 1981/2, pp. 739 y 744; Hirsch, Jr., Eric D., “The Politics of Theories of Interpretation”, *Critical Inquiry*, vol. 9, núm. 1, 1982, p. 235.

<sup>74</sup> Ante la indeterminación existiría un núcleo de certidumbre —los casos manifiestamente desigualitarios— y un halo de incertidumbre. Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 159.

<sup>75</sup> Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 100 y ss.

namos por una u otra técnica de interpretación (como ser, por caso, la intención de los redactores de 1853) y que, además, como exigencia democrática, ésta merece ser primero explicitada y luego escrutada en el debate público. Las constituciones de Francia y Estados Unidos, por ejemplo, poseen una redacción muy similar en lo referido a la relación entre la Iglesia y el Estado. Sin embargo, sus interpretaciones divergen. Hoy se entiende que en Estados Unidos —en su historia han existido cambios radicales sobre este punto— está constitucionalmente vedado prácticamente todo apartamiento de la estricta neutralidad derivada, según las lecturas actuales, del *establishment clause*. En Francia, en cambio, pese a que reconocen que existe una exigencia constitucional en torno a la *laïcité*, se trata de una regla que se interpreta con mayores flexibilidades.<sup>76</sup>

Por otro lado, resolver la interpretación del artículo 2o. indagando en torno a las intenciones de los constituyentes de 1853 (o cualquier otra variante originalista) es problemático por varios motivos. Como ya es sabido, desde varios sectores de la teoría jurídica se ha criticado con dureza a las distintas corrientes del “originalismo” (principalmente, en este caso, la intención del convencional de 1853 o el sentido común de las palabras en 1853). Apelar al pasado luce un recurso genuinamente democrático: respetar la voluntad de quienes fueron empoderados para decidir. Sin embargo, el “originalismo” ha estado usualmente vinculado a las soluciones más conservadoras del espectro teórico. En definitiva, ante las dificultades metodológicas de la técnica se suelen colar posiciones morales no reveladas del intérprete.<sup>77</sup>

A las usuales críticas al “originalismo” se les deben agregar, para el caso, otras nuevas, muy propias del artículo 2o. Primero, de las actas que se conservan no se desprende ninguna intención respecto a cómo debe interpretarse el artículo 2o. Segundo, ante el quiebre del acuerdo transaccional ya no es posible echar mano a la eventual intención de aquellos constituyentes de 1853. Intentar entonces conciliar intenciones no explicitadas de un cuer-

---

<sup>76</sup> Deshmukh, Fiona, “Legal Secularism in France and Freedom of Religion in the United States: a Comparison and Iraq as a Cautionary Tale”, *Houston Journal of International Law*, núm. 30, fall 2007, p. 126; Payne, Alan, “Redefining «Atheism» in America: What the United States Could Learn from Europe’s Protection of Atheists”, *Emory International Law Review*, vol. 27, núm. 1, 2013; Zoller, Elisabeth, “Laïcité in the United States or the Separation of Church and State in a Pluralist Society”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, vol. 13, núm. 2, summer 2006, p. 566.

<sup>77</sup> Siegel, Reva B., “Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller”, *Harvard Law Review*, núm. 122, 2008, pp. 237 y ss. Entre tantas otras posiciones críticas, por ejemplo, Dworkin, Ronald, *Law’s empire...*, *cit.*, p. 317.



po colegiado de 1853 con un cuerpo colegiado de 1994 no hace más que enfatizar las críticas que suelen estar dirigidas al “originalismo”.

Debiera observarse con escepticismo la confianza depositada en el oficio de quien descubre en una fórmula extremadamente vaga una intención colectiva implícita de más de 329 personas, con posturas contradictorias, en épocas históricas distintas y con deseos no explicitados públicamente en sus intervenciones en los recintos. Ante un acuerdo transaccional —con serios déficits democráticos— por una fórmula vaga, luego truncado por los sucesos del siglo XX (acuerdo de 1966 y reforma de 1994) que añaden todavía más vaguedad, debe ser una solución democrática la encargada de suplir toda esta indeterminación constitucional. Como antídoto contra cualquier elitismo interpretativo, pareciera aconsejable que la interpretación no quede en manos sólo de los expertos.<sup>78</sup>

En la primera parte de este trabajo se formularon —desde el prisma de la actualidad— distintas críticas a lo que fue la convención de 1853, y en especial a sus enormes deficiencias democráticas. La Constitución es un acuerdo básico de convivencia. Pese a todas sus deficiencias democráticas, hoy las interpretaciones sobre tu texto no pueden ignorar su letra. Toda teoría de la interpretación debe ser textualista, no en el sentido de que nunca el intérprete puede desprenderse de los significados originales, sino que el texto debe ser siempre la base de toda interpretación.<sup>79</sup> Pero también parece razonable que al resultado de un proceso caracterizado por gestos de tan baja intensidad democrática se lo interprete a través de una teoría de la autoridad fuertemente arraigada en los valores de la democracia, el autogobierno.

Mi posición es que, atento a todas las particularidades de esta cláusula, para el artículo 2o. no hay *una* única respuesta correcta, pero tampoco es cierto que *ninguna* o *cualquier* respuesta sea correcta (la Constitución no se convierte en irrelevante).<sup>80</sup>

Podría replicarse que, en realidad, la posición que acá defendiendo consiste en *una* sola interpretación. Se trata de aquella que reconoce una extensa variedad de interpretaciones constitucionalmente admisibles. Sin embargo, tal lectura termina siendo superflua, porque en definitiva siempre —desde esta perspectiva— habrá en todos los casos *una* interpretación. A través de la dis-

<sup>78</sup> Tal vez como una variante del elitismo epistémico en Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005, p. 187.

<sup>79</sup> Sunstein, Cass, “There is Nothing that Interpretation Just Is”, *SSRN*, 1 de septiembre de 2014, pp. 1-16. Disponible en: [ssrn.com/abstract=2489088](http://ssrn.com/abstract=2489088).

<sup>80</sup> Por eso me aparto tanto del realismo escepticista como del formalismo positivista. Al respecto, véase Moreso, José J., *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Londres, Springer-Science, 1998, pp. 133 y ss.



tinción que formulo pretendo poner de manifiesto que jueces y juristas están equivocados cuando se arrojan sobre *una* sola solución —en la mayoría de los casos sin demasiado fundamento— cuando en realidad parece haber muchas otras. La indeterminación del artículo 2o. ofrece un amplio margen a través del cual una comunidad que en un principio pretendía basarse en acuerdos públicos en torno a aquellas posiciones morales democráticamente triunfantes termina mostrándose constreñida por las imposiciones que emanan de quienes son capaces de dominar la escena pública.

Todavía sigue en pie el argumento de los principios. Para abordarlo pueden hacerse dos precisiones. Primero, una teoría de los derechos requiere de una teoría de la autoridad. Segundo, para la interpretación de principios vuelven a aparecer desacuerdos de buena fe sobre sus alcances.

Respecto a lo primero, la interpretación constitucional es esencialmente una cuestión vinculada a las fuentes de autoridad política.<sup>81</sup> Una teoría interpretativa que pretenda ser democrática deberá enfatizar la importancia del criterio de las fuentes de legitimación política.<sup>82</sup> Es decir, la mejor interpretación constitucional será aquella que surja de un proceso colectivo de deliberación que sea inclusivo e igualitario respecto a todos los afectados.<sup>83</sup> No es sólo relevante el resultado final del ejercicio interpretativo, sino muy especialmente el proceso que se llevó a cabo para arribar a tal resultado; la normatividad de las interpretaciones constitucionales se funda, en gran parte, en la legitimidad del procedimiento. Además, los límites de la distinción entre, por un lado, el resultado del ejercicio interpretativo y, por el otro, la autoridad que interpreta, se diluye cuando en el método de interpretación ya implícitamente se toma posición respecto a una teoría de la autoridad (por ejemplo, cuando se les otorga relevancia a determinados precedentes jurisprudenciales).<sup>84</sup> En definitiva, cuando nos preguntamos qué queremos interpretar no podemos dejar de preguntarnos cómo y quién interpreta.

Respecto a lo segundo, en algunas ocasiones se ha pasado por alto la posibilidad de desacuerdos razonables en lo referido a los alcances de principios constitucionales —en este caso la igualdad—.<sup>85</sup> Para la resolución de

<sup>81</sup> Post, Robert, “Theories...”, *cit.*, p. 19.

<sup>82</sup> Waldron, Jeremy, “Can there Be a Democratic Jurisprudence”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, núm. 08-35, p. 20, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1280923>.

<sup>83</sup> Gargarella, Roberto, “Interpretation and Democratic Dialogue”, *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 60, núm. 2, mayo-agosto de 2015, pp. 41-65.

<sup>84</sup> Dworkin, Ronald, “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review*, vol. 65, núm. 4, 1997, p. 1254.

<sup>85</sup> Bellamy, Richard, “Rights as Democracy”, *Critical Review of Social and Political Philosophy (CRISPP)*, vol. 15, núm. 4, septiembre de 2012, p. 5, disponible en: [ssrn.com/abstract=2016391](http://ssrn.com/abstract=2016391).

estos razonables desacuerdos se requiere, como ya dije, de una teoría de la autoridad, muy especialmente en un contexto como el estudiado donde se constata un alarmante déficit democrático. Esta posición no lo convierte a uno necesariamente en un relativista o un escéptico que descrea de toda objetividad moral. Es posible asumirse como un realista moral y aun así estar convencido de que, en estos casos, es la democracia la que ofrece la legitimidad suficiente para resolver estos desacuerdos dando igual peso y consideración a todas las distintas posiciones valorativas (por eso estos desacuerdos no debieran causar inmovilismo). Se trata del derecho de poder decidir sobre nuestros derechos —el derecho a ser autores de nuestros derechos—, como un triunfo cívico de individuos que se encuentran socialmente relacionados a través del derecho.<sup>86</sup> Por medio del autogobierno —el derecho de los derechos—<sup>87</sup> determinamos derechos y también debemos determinar el modo de interpretar a éstos.

Pero no basta con evaluar el modo en que ciertas interpretaciones son informalmente aceptadas por la comunidad, y la lectura de las costumbres que puedan emerger a partir de esto,<sup>88</sup> porque los procedimientos formales sí son relevantes. Las exigencias imperativas con pretensión de intersubjetividad sólo son válidas y legítimas —como exigencia necesaria, no suficiente— por medio de procesos democráticos previos. Es decir, puedo imponer mis propias convicciones morales a quienes me rodean si esto fue previamente convenido a través de un proceso participativo en el que hayan podido intervenir todos los integrantes de la comunidad. Entonces, la legitimidad del derecho, y de las interpretaciones de éste, dependerá de un acuerdo basado en la deliberación de los participantes en discursos más o menos racionales, en negociaciones más o menos imparciales; los sujetos sometidos al derecho y a sus interpretaciones tienen que ser capaces de examinar si una norma o una interpretación controvertida cuenta, o puede contar, con el acuerdo de los posibles afectados.<sup>89</sup>

Reconocer la relación entre una teoría de los derechos y una teoría de la autoridad, además de advertir sobre los desacuerdos razonables que existen sobre los derechos, no implica quitarle toda relevancia a los instrumentos que reconocen a éstos, sino remarcar que para su cumplimiento se requiere

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 11 y 15.

<sup>87</sup> *The Right of Rights*, Waldron, Jeremy, *Law...*, *cit.*, pp. 232 y ss.

<sup>88</sup> Una posición parcialmente contraria en Gardner, John, “Can there Be a Written Constitution?”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 17, 2009, p. 5, disponible en: [ssrn.com/abstract=1401244](http://ssrn.com/abstract=1401244).

<sup>89</sup> Habermas, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular”, *Derechos y libertades*, Instituto Bartolomé de las Casas, vol. 2, 1994, pp. 229 y 330.

de una dinámica democrática intensa. En especial, pienso que las particularidades del artículo 2o. (su marcada indeterminación, sus históricas interpretaciones cerradas y a cargo de expertos, su historia de reglamentaciones durante la dictadura, entre otras) conducen a escoger la solución democrática. Tomando a la Constitución no sólo como una caja de herramientas a través de la cual se fijan procedimientos institucionales para la toma de decisiones políticas, sino también como siendo capaz de obligar a los sujetos a debatir y argumentar a partir de distintos presupuestos normativos de moralidad política: la autonomía, la igualdad, etcétera. De este modo, se concibe al artículo 2o. como un texto que obliga a sujetos que poseen posiciones encontradas a empezar a debatir, rechazando clausurar tal debate a través de conclusiones interpretativas artificiales.<sup>90</sup>

Al interpretar el artículo 2o. nos enfrentamos a una indeterminación exacerbada en la letra de este artículo —el verbo “sostiene”—. Hay también incertidumbre, como ya se comentó, en los alcances del resto de los artículos de la Constitución, como es el caso del artículo 16, en lo que respecta al principio de igualdad (¿el artículo 2o. es contrario a este principio?). Lo mismo sucede 1) con el modo en que, en general, se debe interpretar la Constitución y 2) con las características del control judicial de constitucionalidad que existiría en cabeza de los jueces.

En cuanto a lo primero, no existen reglas claras respecto al modo en que debe leerse la Constitución: por ejemplo, si hay que optar entre ser un historicista u originalista que se concentra en las intenciones originales de 1853, un textualista que sólo le interesa la letra del texto, entre tantas otras variantes.<sup>91</sup> El Congreso Nacional, o incluso una Convención Constituyente debieran establecer reglas interpretativas más claras. Si realmente deben ser los jueces los encargados de interpretar en casos como el del artículo 2o., entonces ¿cómo deben hacerlo? Un ejemplo es la posibilidad de fijar metas más pragmáticas: toda interpretación debe ser efectuada de modo tal de beneficiar a aquellos que peor se encuentren<sup>92</sup> (incluso se puede optar por establecer algún principio rawlsiano como regla interpretativa)<sup>93</sup> o in-

---

<sup>90</sup> Waldron, Jeremy, “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, mayo de 1994, pp. 539 y 540.

<sup>91</sup> Algunas en Bobbitt, Philip, “Constitutional Law and Interpretation”, en Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Sussex, Wiley, 2010, pp. 132 y ss.

<sup>92</sup> “Tal vez los legisladores podrían tener mayor eficacia en la concreción de sus propósitos, si formularan reglas materiales de interpretación que indicaran la preferibilidad de las soluciones que tuvieran determinadas consecuencias sociales o que promovieran ciertos objetivos o valores”, Nino, Carlos Santiago, *Introducción...*, cit., p. 303.

<sup>93</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 266 y 267.

clinarse explícitamente por las interpretaciones que se ajusten al paradigma “procedimentalista” del derecho (que la revisión judicial sólo opere en casos en los que pelagra el proceso democrático).<sup>94</sup>

En cuanto a lo segundo, los jueces han fijado sus propios límites a lo largo de los años. La discusión en torno a la conveniencia del control judicial de constitucionalidad es antiquísima.<sup>95</sup> Al mismo tiempo, un cierto monopolio judicial de interpretación constitucional suele ser considerado como algo natural,<sup>96</sup> aun cuando todavía no ha existido en la Argentina, salvo algunas importantes excepciones, una discusión democrática en torno a si ante tamaños desacuerdos e indeterminaciones de la autoridad de decidir por nosotros debe continuar recayendo en cabeza de los jueces.<sup>97</sup>

¿Por qué una cuestión que nunca fue arreglada en la Constitución ahora tiene que ser exclusivamente resuelta por los tribunales?<sup>98</sup>

Ante la desconfianza en jueces y políticos, se nos coloca en una posición difícil: tener que optar entre los riesgos de un “mayoritarismo” formal con enormes deficiencias democráticas (profundizados por un contexto de desigualdad extrema) y decisiones judiciales que zanjen un debate que nunca se inició.

Interpretar la constitución responsablemente asegurando fidelidad a su texto nos coloca entonces en una posición difícil que exige reformas institucionales. No siempre se pueden ofrecer soluciones particulares razonables (interpretación del artículo 2o.) cuando nos encontramos sujetos a sistemas con notas irrazonables (ausencia de procedimientos interpretativos claros, entre otros muchos factores). El actual diseño institucional está configurado de modo tal de entorpecer severamente nuestra búsqueda de una solución justa en materia interpretativa. Quizás promoviendo convenciones de reforma constitucional podríamos abandonar aquel fetichismo por una Constitución que en su pretensión por perdurar en el tiempo termina signada por una indeterminación manifiesta.<sup>99</sup>

<sup>94</sup> Ely, John H., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

<sup>95</sup> A favor, por ejemplo, Hayek, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011, pp. 261 y ss.

<sup>96</sup> Kramer, Larry D., “Popular constitutionalism”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004, p. 960.

<sup>97</sup> Gargarella, Roberto, “Interpretation...”, *cit.*, p. 59.

<sup>98</sup> Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *NYU School of Law*, Public Law Research Paper, octubre de 2014, pp. 36 y 37, disponible en: [ssrn.com/abstract=2510550](https://ssrn.com/abstract=2510550).

<sup>99</sup> Bellamy, Richard, “Constitutional democracy...”, *cit.*, p. 23; Post, Robert, *op. cit.*, p. 26; Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: a skeptical view”, *NYU School of Law*, Public Law Research Paper, mayo de 2012, p. 13, disponible en: [ssrn.com/abstract=1722771](https://ssrn.com/abstract=1722771).

Mientras tanto, puede intentarse con una deliberación parlamentaria ejemplar capaz de indagar sobre el aspecto permisivo del artículo 2o. Pero todavía más importante, una deliberación que se esfuerce por incluir aquellos grupos históricamente marginados y que no esté centrada sólo en el ámbito parlamentario: que se intenten consultas populares, que se empleen los medios públicos de comunicación, que se pongan en marcha foros ciudadanos, entre tantos otros.

## V. NUEVAS LECTURAS DEL ARTÍCULO 2O.

Hay una extensa variedad de interpretaciones posibles. Por ejemplo, es posible interpretar que el sostenimiento debe ser económico —que requiere de un gasto del presupuesto público—.<sup>100</sup> De esta manera, el gobierno federal podría comprometerse, para dar cumplimiento al artículo 2o., a establecer determinadas exenciones impositivas para todas las confesiones religiosas, eliminando toda otra asignación directa que pudiese reclamarse por parte de la Iglesia católica. Pero esto implica un gasto, y no debiera evaluarse su adopción sin adherir a la existencia de cierto paradigma de escasez: reconociendo que los recursos públicos son escasos y que deben ser distribuidos en un contexto de desigualdad estructural y con una masiva insatisfacción de necesidades básicas.<sup>101</sup>

También se podría interpretar que el sostenimiento no debe ser económico —que no requiere de un gasto del presupuesto público—. Así, se podrían suprimir los feriados católicos para fijar un único feriado nacional para todas las confesiones, a través del cual pueda darse difusión a las tradiciones y valores de los distintos credos. Otra opción es el otorgamiento de licencias de radio y televisión. También se podrá instrumentar un modelo de sostenimiento similar al alemán (la opción voluntaria de añadir un porcentaje determinado de lo pagado en impuestos para que se destine a una confesión).

---

<sup>100</sup> La distinción entre sostenimiento económico y no económico podría entenderse problemática. Todo sostenimiento supone, de algún modo, el acceso a un beneficio mensurable en términos económicos. Sin embargo, en este caso se considera como sostenimiento económico —siguiendo el criterio utilizado por el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales— a todo aquello que suponga una afectación directa del presupuesto nacional.

<sup>101</sup> En un sentido similar, Grosman, Lucas S., “La justiciabilidad de los derechos sociales”, en Elías, Sebastián *et al.*, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. II, p. 1057.

En Alemania no hay Iglesia oficial. La libre determinación de las comunidades religiosas comprende a todas las confesiones, independientemente de si son corporaciones de derecho público o tienen la condición de simple organización en el derecho civil. Las comunidades religiosas reconocidas como corporaciones de derecho público no están integradas en la estructura del Estado y tienen el derecho a recaudar un impuesto eclesiástico a sus miembros y de tener funcionarios públicos no estatales.<sup>102</sup>

Los que quieren evitar el pago del impuesto eclesiástico (*church tax*) pueden hacerlo dejando de pertenecer a la Iglesia a través de un trámite ante las autoridades estatales —este vínculo podría ser criticado—. Quienes se retiran de la Iglesia no son admitidos a la confesión, a la comunión en la eucaristía, para ser un padrino o para ocupar cargos en la Iglesia.<sup>103</sup> Alrededor del ochenta por ciento de los ingresos de las dos principales Iglesias en Alemania provienen del impuesto eclesiástico.<sup>104</sup> El impuesto es, a menudo, recogido por el Estado en nombre de las organizaciones. Además, el Estado toma una porción de lo recaudado a través de este impuesto eclesiástico para costear los gastos de administración y recaudación. Es por esto último que puede considerarse al sistema alemán como un ejemplo de sostenimiento no económico (no supondría un gasto para el presupuesto nacional).

Al mismo tiempo, las propias Iglesias, como autoridades fiscales, son competentes para retrasar la recolección o condonar deudas. Las organizaciones al optar por solicitar la condición de corporación de derecho público, y de ser aceptadas, pueden elegir si desean imponer el impuesto, qué tipo de impuesto imponer, la magnitud del importe del impuesto y quién estará exento de éste.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Robbers, Gerhard, “Church Autonomy in the European Court of Human Rights, Recent Developments in Germany”, *Journal of Law and Religion*, vol. 26, núm. 1, 2015, pp. 284 y 285.

<sup>103</sup> Robbers, Gerhard, “Recent Legal Developments in Germany: Infant Circumcision and Church Tax”, *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 2013, pp. 70 y 71.

<sup>104</sup> Maddox, Robert, “Churches & Taxes: Should We Praise the Lord for Tax Exemption?”, *Cumberland Law Review*, vol. 22, núm. 3, 1991-1992, pp. 471-478.

<sup>105</sup> Hoffer, Stephanie, *op. cit.*, pp. 595, 605-606, 626-627. Por otro lado, el sistema español progresivamente se acerca al alemán. Al respecto, véase Contreras Mazarío, José M., “The «Direct» Financing of Religious Minorities in Spain”, *Brigham Young University Law Review*, 2007, p. 588; Dugan, Conor B., “Religious Liberty in Spain and the United States: a Comparative Study”, *Notre Dame Law Review*, vol. 78, núm. 5, agosto de 2003, p. 1677; Martínez-Torrón, Javier, “Religious Freedom and Democratic Change in Spain”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 2006, núm. 3, septiembre de 2006, p. 800; Motilla, Agustín, “Religious Pluralism in Spain: Striking the Balance Between Religious Freedom and Constitutional Rights”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 2004, núm. 2, mayo de 2004, nota

## VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se han intentado defender, al menos, dos premisas: 1) que no existe para el artículo 2o. sólo una interpretación constitucionalmente válida; y 2) que las posiciones valorativas en torno a las distintas interpretaciones constitucionalmente admisibles del artículo 2o. debieran, en principio, confrontar en un debate público encausado bajo ciertas reglas democráticas. En otras palabras, existe una extensa variedad de alternativas a través de las cuales es posible cumplir con el mandato constitucional del artículo 2o. y que decidirse por alguna de todas ellas es algo que le corresponde a la democracia. Ni jueces ni juristas debieran clausurar el debate en cierne.

En concreto, de una nueva lectura del artículo 2o. puede desprenderse que éste: 1) no obliga al gobierno federal a sostener económicamente a la Iglesia católica, a adoptar como religión oficial al catolicismo, a forjar una unión moral con ésta, a emplear símbolos religiosos en dependencias públicas, o a instaurar la enseñanza de la catequesis en los programas de las escuelas públicas; 2) no obliga al gobierno federal a sostener, de algún modo, a la Iglesia católica (sí a culto católico); 3) no prohíbe la adopción de políticas públicas de estricta igualdad —de neutralidad positiva— en favor de todas las confesiones. Estas políticas públicas no deben suponer necesariamente un sostenimiento económico.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce y ROSENKRANTZ, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Losada, 2003.
- AUZA, Néstor T., “La Constitución Nacional de 1853 cuestionada por eclesiásticos de la Confederación”, *Universitas* 54, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1980.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- BAKER, Thomas E., “Constitutional Theory in a Nutshell”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 13, núm. 1, 2004.

---

54; Souto Paz, José A., “Perspectives on Religious Freedom in Spain”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 2001, núm. 1, mayo de 2001, pp. 703 y 704.



- BELLAMY, Richard, "Constitutional Democracy", en GIBBONS, Michael T. (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*, Wiley-Blackwell, *working article*, May 2013, s/p., disponible en: [ssrn.com/abstract=2272188](http://ssrn.com/abstract=2272188).
- BELLAMY, Richard, "Rights as democracy", *Critical Review of Social and Political Philosophy (CRISPP)*, vol. 15, núm. 4, septiembre de 2012, disponible en: [ssrn.com/abstract=2016391](http://ssrn.com/abstract=2016391).
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2009, t. I.
- BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1959.
- BOBBITT, Philip, "Constitutional Law and Interpretation", PATTERSON, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Sussex, Wiley, 2010.
- COLAUTTI, Carlos E., *Derechos humanos constitucionales*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.
- CONTRERAS MAZARÍO, José M., "The «Direct» Financing of Religious Minorities in Spain", *Brigham Young University Law Review*, núm. 3, 2007.
- DALLA VÍA, Alberto R., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- DALMAZO, Omar A., *Manual de derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, Buenos Aires, Instituto Nacional Brawniano, 1998.
- DESHMUKH, Fiona, "Legal Secularism in France and Freedom of Religion in The United States: a Comparison and Iraq as a Cautionary Tale", *Houston Journal of International Law*, vol. 30, Fall 2007.
- DEUTSCH, Jan, "Some Problems of Church and State in the Weimar Constitution", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 72, enero de 1963.
- DUGAN, Conor B., "Religious Liberty in Spain and the United States: A Comparative Study", *Notre Dame Law Review*, vol. 78, núm. 5, agosto de 2003.
- DWORKIN, Ronald, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", *Fordham Law Review*, vol. 65, núm. 4, 1997.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, London, Harvard University Press, 1986.
- DE ESTRADA, Santiago, "Sobre el sostenimiento del culto", *Universitas I*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1967.
- DE VEDIA, Agustín, *Constitución Argentina*, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, 1907.



- DE VEDIA, De Vedia, Agustín, *Derecho constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Público, 1969.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, De Palma, 1993, t. I.
- ELÍAS, Sebastián *et al.*, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. II.
- ELY, John H., *Democracy and distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.
- EVANS, Carolyn y THOMAS, Christopher A., “Church-State Relations in the European Court of Human Rights”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 9, núm. 3, 2006.
- FISS, Owen M., “Objectivity and Interpretation”, *Stanford Law Review*, vol. 34, núm. 1, 1981/2.
- GARDNER, John, “Can there Be A Written Constitution?”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 17, 2009, disponible en: [ssrn.com/abstract=1401244](http://ssrn.com/abstract=1401244).
- GARGARELLA, Roberto, “Constitución y principios democráticos acerca de la irrelevancia moral de la Constitución”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 55, 1991.
- GARGARELLA, Roberto, “Interpretation and Democratic Dialogue”, *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 60, núm. 2, mayo-agosto de 2015.
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquina de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 1994.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino, historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Buenos Aires, Librería Nacional J. Lajouane & Cía. Editores, 1918, t. II.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada & Cía. Editores, 1897.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Obras completas de Joaquín V. González*, Buenos Aires, Universidad Nacional de la Plata, 1935.
- GROSMAN, Lucas S., “La justiciabilidad de los derechos sociales”, en SEBASTIÁN, Elías *et al.*, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. II.

- GUNN, T. Jeremy, “Religion and Law in France: Secularism, Separation, and State Intervention”, *Drake Law Review*, vol. 57, 2009.
- HABERMAS, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular”, *Derechos y libertades*, Instituto Bartolomé de las Casas, 1994, vol. 2.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- HAYEK, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011.
- HIRSCH, Jr., Eric D., “The Politics of Theories of Interpretation”, *Critical Inquiry*, vol. 9, núm. 1, 1982.
- HOFFER, Stephanie, “Caesar as God’s Banker: Using Germany’s Church Tax as an Example of Non-Geographical Bounded Taxing Jurisdiction”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9, 2010.
- HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, Jon y SLAGTAD, Rune (coords.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- KENNEDY, Duncan, *Izquierda y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- KRAMER, Larry D., “Popular Constitutionalism”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004.
- LO PRETE, Octavio, “La financiación estatal de las confesiones religiosas”, en SÁNCHEZ, Isidro M., y NAVARRO Floria, Juan G. (coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2006.
- LÓPEZ, Lucio V., *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Compañía sudamericana de billetes de banco, 1891.
- MADDOX, Robert, “Churches & Taxes: Should We Praise The Lord for Tax Exemption?”, *Cumberland Law Review*, vol. 22, núm. 3, 1991-1992.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Religious Freedom and Democratic Change in Spain”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 2006, núm. 3, septiembre de 2006.
- MENDIZÁBAL, Ignacio J., “Relación Estado-Iglesia en la Argentina: aportes para el análisis y la discusión en el marco de una perspectiva constitucional”, Buenos Aires, Universidad de San Andrés, 31 de julio de 2012.
- MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Imprenta y Litografía La Buenos Aires, 1910.
- MORESO, José J., *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Londres, Springer-Science, 1998.

- MOTILLA, Agustín, “Religious Pluralism in Spain: Striking the Balance Between Religious Freedom and Constitutional Rights”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 2004, núm. 2, mayo de 2004.
- NAVARRO FLORIA, Juan G. et al., *Derecho y religión, derecho eclesiástico argentino*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2014.
- NAVARRO FLORIA, Juan G., “Derecho eclesiástico y libertad religiosa en la República Argentina”, en NAVARRO FLORIA, Juan G. (coord.), *Estado, derecho y religión en América Latina*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- NAVARRO FLORIA, Juan G., “El financiamiento de las confesiones religiosas en la República Argentina”, *Il Diritto Ecclesiastico*, Milano, 2006.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- NINO, Carlos S., *Notas de introducción al derecho 4. La ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005.
- OHCHR, *Informe del Relator Especial, Abdelfattah Amor, en torno a los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la intolerancia religiosa*, 16 de enero de 2002.
- PADILLA, Norberto, “Ciento cincuenta años después”, en BOSCA, Roberto (coord.), *La libertad religiosa en Argentina*, Buenos Aires, CALIR, 2003.
- PAYNE, Alan, “Redefining «Atheism» in America: What the United States Could Learn from Europe’s Protection of Atheists”, *Emory International Law Review*, vol. 27, núm.1, 2013.
- PIZZOLO, Calogero, *Constitución Nacional, comentada, anotada y concordada*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- POST, Robert, “Theories of Constitutional Interpretation”, *Representations*, núm. 30, 1990.
- RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes argentinas*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas (UBA), 1937.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- ROBBERS, Gerhard, “Church Autonomy in the European Court of Human Rights, Recent Developments in Germany”, *Journal of Law and Religion*, vol. 26, núm. 1, 2015.
- ROBBERS, Gerhard, “Recent Legal Developments in Germany: Infant Circumcision and Church Tax”, *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 2013.

- ROSA, José M., *Historia Argentina*, Buenos Aires, Editorial Oriente, 1975, t. IV.
- SÁENZ, Fabián, *El sostenimiento de la Iglesia en la Argentina antes y después del Concilio Vaticano II, a la luz de los escritos de Mons. C. J. Giaquinta*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, inédito.
- SÁNCHEZ, Isidro M., “La financiación de las confesiones religiosas”, en SÁNCHEZ, Isidro M. y NAVARRO FLORIA, Juan G. (coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Madrid, Fundación Universitaria Argentina, 2006.
- SANTIAGO, Alfonso, “El estatus de la religión y de la Iglesia católica en la Constitución Nacional”, en Elías, Sebastián *et al.*, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.
- SCHARFFS, Brett G., “The Autonomy of Church and State”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 12, núm. 4, 2004.
- SERRANO, María C., “La Iglesia y el Estado”, en SABSAY, Daniel A. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- SIEGEL, Reva B., “Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller”, *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 1, 2008.
- SIGMUND, Paul E., “Religious Human Rights in Latin America”, *Emory International Law Review*, vol. 10, 1996.
- SOUTO PAZ, José A., “Perspectives on Religious Freedom in Spain”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 2001, núm. 1, mayo de 2001.
- SUNSTEIN, Cass, “There is Nothing that Interpretation Just Is”, *SSRN*, 1 de septiembre de 2014, disponible en: [ssrn.com/abstract=2489088](http://ssrn.com/abstract=2489088).
- TALLCHIEF SKIBINE, Alex, “Tribal Sovereign Interests Beyond the Reservation Borders”, *Lewis & Clark Law Review*, University of Utah, vol. 12, invierno de 2008.
- VANOSI, Jorge R. A., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y su jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970.
- WALDRON, Jeremy, “Can There Be a Democratic Jurisprudence?”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, octubre de 2008, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1280923>.
- WALDRON, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, mayo de 2012, disponible en: [ssrn.com/abstract=1722771](http://ssrn.com/abstract=1722771).
- WALDRON, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, octubre de 2014, disponible en: [ssrn.com/abstract=2510550](http://ssrn.com/abstract=2510550).

- WALDRON, Jeremy, “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, mayo de 1994.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WEILER, J. H. H., “Freedom of Religion and Freedom from Religion: The European Model”, *Maine Law Review*, vol. 65, núm. 2, 2013.
- ZARINI, Helio J., *Análisis de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- ZOLLER, Elisabeth, “Laïcité in the United States or the Separation of Church and State in a Pluralist Society”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, vol. 13, núm. 2, verano de 2006.
- VARIOS AUTORES, “A la Religión”, *El Nacional*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1853.
- VARIOS AUTORES, “Buenos Aires, el Congreso y el Directorio de las 13”, *Comercio del Plata*, Montevideo, 25 de mayo de 1853.
- VARIOS AUTORES, “Constituent Congress”, *British Packet*, Buenos Aires, 17 de septiembre de 1853.
- VARIOS AUTORES, “Cuestiones argentinas”, *El Nacional*, Buenos Aires, 10 de noviembre de 1852.
- VARIOS AUTORES, “Dotación del clero”, *El Orden*, Buenos Aires, 19 de octubre de 1855.
- VARIOS AUTORES, “Estudios políticos. Examen de las ideas del señor Frías sobre el influjo de la Francia, de la Inglaterra y el catolicismo, por Juan B. Alberdi”, *El Nacional*, Buenos Aires, 12 de agosto 1852.
- VARIOS AUTORES, “Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales”, *El Nacional Argentino*, Paraná, 2 de junio de 1853.
- VARIOS AUTORES, “Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales”, *El Nacional*, Buenos Aires, 28 de mayo 1853.
- VARIOS AUTORES, “La Constitución Argentina de 1853 en su relación con el catolicismo”, *La Religión*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 1853.
- VARIOS AUTORES, “La Constitución de la Confederación Argentina y el proyecto de ley sobre capitalización”, *Comercio del Plata*, Montevideo, 7 de junio de 1853.
- VARIOS AUTORES, “La Constitución de la provincia”, *La Religión*, Buenos Aires, 22 de octubre de 1853.
- VARIOS AUTORES, “La Constitución de las provincias argentinas”, *La Religión*, Buenos Aires, 7 de enero de 1854.

VARIOS AUTORES, “La Iglesia”, *El Orden*, Buenos Aires, 5 de agosto de 1855.

VARIOS AUTORES, “La tolerancia”, *El Orden*, Buenos Aires, 19 de agosto de 1855.

VARIOS AUTORES, “Libertad de cultos”, *El Nacional*, Buenos Aires, 25 de octubre 1853.

## LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LESIÓN A LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS EN UNA SOCIEDAD SECULAR

Julio RIVERA H.\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. El discurso religioso como parte del discurso público. III. La “verdad religiosa” y el delito de blasfemia: ¿resulta constitucionalmente posible castigar la mera negación de dogmas o principios religiosos? IV. Libertad de expresión y discurso ofensivo: ¿resulta constitucionalmente posible castigar las expresiones que lesionan los sentimientos religiosos con independencia de la forma en que son realizadas? V. La relevancia de la forma del discurso: ¿resulta constitucionalmente posible castigar el discurso que lesiona los sentimientos religiosos cuando es expresado en términos insultantes o gratuitamente ofensivos? VI. ¿Las expresiones que lesionan los sentimientos religiosos pueden causar un “efecto silenciador” que justifique el castigo de dichas expresiones a los fines de asegurar la participación en el debate público de las personas o grupos religiosos? VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

La relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa ha generado desde hace ya varios años un intenso debate a nivel global. Grupos religiosos se han sentido profundamente ofendidos con películas como “La última tentación de Cristo” de Martín Scorsese, libros como *Versos Satánicos* de Salman Rushdie u obras de arte como las de León Ferrari y solicitaron en su momento la censura de esta clase de expresiones, con sustento en la libertad religiosa. Más recientemente, en 2005, la publicación de ciertas caricaturas de Mahoma en el diario danés *Jyllands-Posten* generó actos de violencia en diversos países musulmanes. Y el atentado contra la revista satírica francesa

---

\* Profesor de la Universidad de San Andrés.

*Charlie Hebdo* en el 2015 intensificó este debate en el que intervino hasta el Papa Francisco, quien señaló que no se debe usar la libertad de expresión para insultar o burlarse de la fe de los demás.<sup>1</sup>

El propósito de este artículo es analizar cuáles son los límites de la libertad de expresión en materia de crítica a las creencias religiosas en un sistema constitucional como el argentino en el que existe una cierta —si bien no absoluta— separación entre Iglesia y Estado.<sup>2</sup> En especial, me propongo evaluar si en el derecho argentino —amén de las normas que castigan penalmente las expresiones de odio como el artículo 3o. de la Ley 23.592— existe también la posibilidad de castigar penalmente las expresiones que lesionan los sentimientos religiosos, aun cuando dichas expresiones no encuadren en el tipo penal de la Ley 23.592.<sup>3</sup> En otras palabras, si resulta posible otorgar una “especial protección al sentimiento religioso en su aspecto de valor”, tal como señala la Corte Suprema argentina en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”<sup>4</sup> y en base a ello restringir las expresiones que afecten sustancialmente dichos sentimientos.

El artículo se enfoca de manera exclusiva en la difusión pública de ideas dirigida al público general y no en las expresiones dirigidas contra un individuo en particular en virtud de sus creencias religiosas. Como explica Schauer, “cuando pensamos en los factores que caracterizan el escenario arquetípico de la libertad de expresión, el intento de persuadir o de informar a una audiencia está en el primer plano de nuestra comprensión”, de modo que corresponde distinguir entre las expresiones dirigidas a un público numeroso y lo que se comunica persona a persona<sup>5</sup>. En este sentido, el Estado

---

<sup>1</sup> La Nación, 15 de enero de 2015, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1760255-el-papa-francisco-sobre-charlie-hebdo-no-se-puede-insultar-la-fe-de-los-demas>.

<sup>2</sup> Si bien el artículo 2o. de la Constitución Nacional establece una cierta vinculación entre la Iglesia católica y el Estado, es claro que la Constitución argentina no establece un régimen de religión oficial.

<sup>3</sup> Por ejemplo, el artículo 525 del Código Penal de España establece que:

“1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Argentina, 7 de julio de 1992, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, fallos 315:1492, considerando núm. 27 del voto de la mayoría.

<sup>5</sup> Schauer, Frederick, “Mrs. Palsgraf and the First Amendment”, *Washington & Lee Law Review*, vol. 47, núm. 161, 1990, p. 168.



cuenta con un margen mucho más amplio para regular las expresiones discriminatorias o insultantes dirigidas contra una persona determinada.

## II. EL DISCURSO RELIGIOSO COMO PARTE DEL DISCURSO PÚBLICO

Un sistema político no deviene democrático simplemente porque el gobierno realice elecciones de forma periódica.<sup>6</sup> La práctica del autogobierno exige que las personas tengan la convicción justificada de que están comprometidas en el proceso de gobernarse a sí mismas.<sup>7</sup>

La libertad de expresión se encuentra inextricablemente vinculada con esta noción de democracia como autogobierno colectivo. En efecto, como explica Post, la teoría de la libertad de expresión se basa en la idea de que, si los ciudadanos son libres de participar en la formación de la opinión pública y si las decisiones del Estado responden a la opinión pública, los ciudadanos podrán entonces percibir al gobierno como propio, aunque tengan opiniones diferentes y estén en desacuerdo entre sí.<sup>8</sup>

Este continuo proceso de comunicación a través del cual la opinión pública es formada es lo que Post define como discurso público<sup>9</sup> que incluye todas “aquellas expresiones y actos de comunicación que son socialmente vistos como necesarios y adecuados para la participación en la formación de la opinión pública”.<sup>10</sup> La libertad de expresión busca proteger este proceso comunicativo “de la interferencia de la mayoría de forma tal de asegurar a cada persona la posibilidad de participar libremente en la formación de la opinión pública”.<sup>11</sup>

Desde esta perspectiva, la tutela de la libertad de expresión se vincula con el principio de igualdad. En la medida en que el Estado debe tratar a todas las personas con la misma consideración y respeto, no puede negar a determinadas personas el derecho a participar en el proceso de formación del medio ambiente moral y político de la sociedad, con el argumento

---

<sup>6</sup> Post, Robert, “Democracy and Equality”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 603, núm. 24, 2006, p. 25.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>10</sup> Post, Robert, “Participatory Democracy and Free Speech”, *Virginia Law Review*, vol. 97, núm. 3, 2011, p. 483.

<sup>11</sup> Post, Robert, “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William and Mary Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1991, p. 283.

de que sus ideas o convicciones los hacen indignos de participar en dicho proceso.<sup>12</sup> El valor principal que debe guiar la interpretación de los alcances de la libertad de expresión es la participación de los individuos en el autogobierno colectivo.

En consecuencia, la libertad de expresión otorga una fuerte protección al discurso ideológico, entendido como el discurso dirigido a producir cambios políticos y sociales. Toda norma que prohíba o castigue la difusión de una determinada idea u opinión política, filosófica o histórica tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad.<sup>13</sup>

El discurso religioso —entendido como el discurso a través del cual se defienden y promueven públicamente creencias y dogmas religiosos— forma parte del discurso público. En efecto, como observa Barendt, “sería un error excluir del discurso público las perspectivas de los creyentes simplemente porque esas creencias no son generalmente compartidas o comprensibles para otros miembros de la comunidad política” ya que ello “implicaría excluirlos de la participación en el discurso público”.<sup>14</sup> Por consiguiente, la libertad de expresión tutela el derecho a tratar de influir en la opinión pública en función de las creencias religiosas, tal como sucede en materia de política económica y derechos sociales y económicos, derechos reproductivos, matrimonio de personas del mismo sexo, pornografía, pena de muerte, conflictos armados, etcétera. Este tipo de discurso debe gozar de la misma protección constitucional que el discurso político-ideológico, ya sea que provenga de individuos creyentes o de instituciones religiosas.

Un típico ejemplo de la aplicación de los estándares más rigurosos de la libertad de expresión al discurso basado en creencias religiosas es la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Gündüz c/ Turquía” en el que la Corte sostuvo que constituía una restricción indebida a la libertad de expresión la sanción penal impuesta al líder de una secta fundamentalista islámica que había defendido la introducción de la ley islámica (“Sharia”) en Turquía, y sostenido que los hijos nacidos de un

---

<sup>12</sup> Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 200.

<sup>13</sup> Respecto del estándar de constitucionalidad aplicable en materia de reglamentación del discurso ideológico-político, véase Rivera, H. Julio César, “Libertad de expresión y discurso ideológico”, en Rivera, H. Ellías, Grossman, Legarre (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, T. II, 2014, p. 116.

<sup>14</sup> Barendt, Eric, “Free Speech and Religion: Secular and Religious Perspectives on Truth”, en Sajó, Andrés (ed), *Censorial Sensitivities. Free Speech and Religion in a Fundamentalist World*, Utrecht, Eleven Int. Publishing, 2007, p. 25.

matrimonio civil eran bastardos.<sup>15</sup> La Corte destacó que el señor Gündüz había sido invitado para presentar su postura respecto a la incompatibilidad de su visión del islam con los valores democráticos y que ello constituía una cuestión de interés general, campo en el cual las restricciones a la libertad de expresión exigen una interpretación restrictiva.<sup>16</sup> Como puede observarse, el hecho de que el discurso estuviera sustentado en creencias religiosas no le privó de la tutela que goza el discurso ideológico-político en general.

Ahora bien, así como el discurso religioso forma parte del *discurso público* y goza de la misma tutela constitucional que el discurso político-ideológico, las expresiones que cuestionan o atacan las doctrinas, dogmas o enseñanzas religiosas —en virtud de las cuales los grupos religiosos tratan de influir en el debate público— forman también parte del *discurso público* y deben recibir la misma tutela constitucional.

Por lo tanto, el examen constitucional del discurso que lesiona los sentimientos religiosos debe ser realizado utilizando los mismos estándares constitucionales que existen en materia de discurso político-ideológico. A continuación, analizo los principales argumentos invocados para castigar el discurso que cuestiona o ataca las creencias, doctrinas, dogmas o enseñanzas religiosas de terceros y su compatibilidad con esos estándares constitucionales.

### III. LA “VERDAD RELIGIOSA” Y EL DELITO DE BLASFEMIA: ¿RESULTA CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE CASTIGAR LA MERA NEGACIÓN DE DOGMAS O PRINCIPIOS RELIGIOSOS?

La primera pregunta que uno debe hacerse es si en un sistema constitucional en el que existe una cierta separación entre Iglesia y Estado resulta constitucionalmente posible imponer leyes de blasfemia que castiguen la negación de verdades de una determinada religión, independientemente de la forma en que dicha negación sea expresada.

La respuesta es obviamente negativa. El Estado no puede prohibir un discurso determinado porque niega o hace afirmaciones falsas respecto de una creencia religiosa.<sup>17</sup> En un sistema democrático, ningún funcionario es-

<sup>15</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, 14 de junio 2004, “Gündüz c/ Turquía”.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 43.

<sup>17</sup> Barendt, “Free Speech and Religion...”, *cit.* p. 25.

tatal puede establecer qué será ortodoxo en política, nacionalismo, religión u otras cuestiones de opinión.<sup>18</sup> Por lo tanto, el Estado no puede prohibir una idea determinada simplemente porque la considera errónea y quiere evitar que el público sea persuadido por ella.<sup>19</sup>

En este sentido, se ha afirmado que la libertad de expresión consagra el principio de la “antiortodoxia” según el cual cada persona debe poder expresarse libremente, sin miedo a que sus creencias sean consideradas contrarias a una *verdad oficial* establecida por el gobierno de turno.<sup>20</sup>

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión es manifiestamente antipaternalista, en la medida en que el Estado no puede suplantar el juicio de cada persona respecto a la validez o invalidez de las ideas que circulan.<sup>21</sup> Como señaló el juez Petracchi, “[s]ólo los propios hombres deben tener y ejercer el control de su ignorancia, y no puede pretender el Estado, so color de origen mayoritario, y aun en la mentada hipótesis de que su postura expresara la verdad, privar a una minoría del ejercicio de ese control”.<sup>22</sup>

De esta manera, uno de los principios fundamentales de la libertad de expresión es que el Estado no puede castigar la difusión de determinadas ideas con el argumento de que dichas ideas ponen en tela de juicio ciertas *verdades oficiales*.

Este principio se aplica también en materia de expresiones vinculadas a cuestiones religiosas. Como advierte Post, existiría una contradicción evidente entre “mantener el debate público abierto a todas las opiniones y excluir a quienes niegan lo sagrado”.<sup>23</sup> El principio de igualdad exige que todas las personas tengan la oportunidad de influir en las políticas públicas, en las elecciones y en el medio ambiente moral en que viven.<sup>24</sup> Y ese medio ambiente moral incluye obviamente las creencias religiosas de una sociedad determinada, las cuales muchas veces juegan un rol preponderante en la determinación de las políticas públicas y del orden político y social.

---

<sup>18</sup> “West Virginia Board of Education v. Barnette”, 319 U.S. 624, p. 642 (1943).

<sup>19</sup> Kagan, Elena, “Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 2, primavera de 1996, p. 428.

<sup>20</sup> Rubinfeld, Jed, “The First Amendment’s Purpose”, *Stanford Law Review*, vol. 53, núm. 2, 2001, p. 821.

<sup>21</sup> Stone, Geoffrey R., “Content Regulation and the First Amendment”, *William & Mary Law Review*, vol. 189, núm. 1, 1983, pp. 213 y 214.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Argentina, 22 de noviembre de 1991, “Comunidad Homosexual Argentina”, fallos 314:1531, considerando núm. 19 de la disidencia del juez Petracchi.

<sup>23</sup> Post, Robert, “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad...”, *cit.*, p. 339.

<sup>24</sup> Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law... cit.*, p. 237.

#### IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO OFENSIVO:

#### ¿RESULTA CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE CASTIGAR LAS EXPRESIONES QUE LESIONAN LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS CON INDEPENDENCIA DE LA FORMA EN QUE SON REALIZADAS?

En el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la Corte Suprema Argentina, al otorgar a Ekmekdjian el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta frente a ciertas opiniones agraviantes sobre la Virgen María y Jesucristo, emitidas en un programa de televisión por Dalmiro Sáenz, sostuvo que las expresiones que constituyen una ofensa sustancial a las creencias religiosas de otros individuos no se encuentran amparadas por la libertad de expresión.<sup>25</sup>

Según la Corte, las expresiones realizadas por Dalmiro Sáenz acerca de la Virgen María habían interferido en el ámbito privado de Ekmekdjian, “conmoviendo sus convicciones más profundas” y “mortificando sus sentimientos”, lo que implicaba “un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador”.<sup>26</sup> Este derecho subjetivo se sustenta —según la Corte— en el artículo 1071 *bis* del Código Civil, que establece que una de las formas de lesión a la vida privada consiste en mortificar a otros en sus costumbres o sentimientos.

Esta interpretación, al menos a primera vista, resulta manifiestamente incompatible con uno de los principios fundamentales de la libertad de expresión según el cual el Estado no puede castigar la difusión de una determinada idea u opinión simplemente porque resulta ofensiva. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, con cita de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que la libertad de expresión debe garantizarse también respecto de las ideas “que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”.<sup>27</sup> En este mismo orden de ideas, dos jueces de la Corte Suprema argentina expresaron, con cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, que una de las principales funciones de la libertad de expresión es “inducir a la disputa” y que “[e]l mejor modo de alcanzar ese alto propósito se logra cuando aquélla provoca incertidumbre, cuando crea insatisfacción acerca

---

<sup>25</sup> “Ekmekdjian c/ Sofovich”, *op. cit.* Una interesante descripción de las expresiones concretas de Dalmiro Sáenz —que no aparecen detalladas en el fallo— se encuentra en el conocido blog de Gustavo Arballo, disponible en: <http://www.saberderecho.com/2016/09/dalmiro-saenz-ekmekdjian-y-sofovich.html>.

<sup>26</sup> *Ibidem*, considerando núm. 25 del voto de la mayoría.

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de julio de 2004, “Herrera Ulloa c/ Costa Rica”, párr. 113.

del estado de cosas o aun cuando suscita irritación en la gente. El discurso es muchas veces provocativo y desafiante”.<sup>28</sup>

De esta forma, el Estado no puede castigar la difusión de una determinada idea a los fines de evitar justamente el malestar o la irritación que dicha expresión genera porque ello importaría una restricción intolerable de la discusión política. Si la difusión de ciertas ideas pudiera ser restringida con el argumento de que dicha difusión causa un daño emocional a una parte del público, ningún significativo intercambio de ideas quedaría a salvo del cuchillo del censor.<sup>29</sup> Como sostuvo el filósofo inglés John Stuart Mill, si el límite a la libertad de opinión radica “en la ofensa que sufren aquellos cuya opinión se ve atacada, la experiencia nos dice que dicho agravio se produce siempre que el ataque es eficaz y poderoso, y que a todo contrincante que no se deje amilanar, y con el que se vean en dificultades para responderle, lo tendrán, si pone un verdadero interés en el asunto, por un contradictor intemperante”.<sup>30</sup>

Algunas personas pueden encontrar particularmente ofensiva o irritante la justificación de los crímenes de la última dictadura militar, el elogio de la homosexualidad, la quema de la bandera nacional, la defensa del aborto o la apología de los actos terroristas. Pero si una idea ofende, escandaliza o irrita, la solución no es silenciar al que predica dicha idea, sino tratar de persuadirlo de que está equivocado.<sup>31</sup>

No hay mejor ejemplo de los alcances de este principio fundamental de la libertad de expresión que la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso “Texas v. Johnson”,<sup>32</sup> en el que la Corte sostuvo que la quema de una bandera estadounidense en un acto público constituía una actividad constitucionalmente protegida por la libertad de expresión. Al respecto, la Corte señaló, en primer lugar, que “[s]i hay un principio fundamental que subyace a la Primera Enmienda, es que el gobierno no puede prohibir la ex-

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Argentina, “Amarilla, Juan H”, 29 de septiembre de 1998, considerando núm. 12 de los jueces Petracchi y Bossert, Fallos 321:2558.

<sup>29</sup> Braun, Stefan, *Democracy Off Balance*, Toronto, University of Toronto Press 2004, p. 63.

<sup>30</sup> Mill, John Stuart, *On Liberty*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1978, [1859], pp. 50 y 51.

<sup>31</sup> En sentido similar, Magariños ha expresado que “a muchos pueden estorbarnos la ponderación de los elogios al general Videla; pero silenciar las expresiones de quienes participan de sus pensamientos totalitarios, es una respuesta igualmente totalitaria. De estos ataques abstractos, la sociedad debe defenderse por medio de la pública discusión de las ideas y del fortalecimiento, por medio de la discusión, de los valores que están detrás de una ‘sociedad abierta’...”, Magariños, Héctor Mario, “Delito y Libertad de Expresión”, *Doctrina Penal*, núm. 43, 1988, pp. 461, 470.

<sup>32</sup> 491 U. S. 397 (1989).

presión de una idea simplemente porque la sociedad la encuentra en sí ofensiva o desagradable”.<sup>33</sup> Por consiguiente, la libertad de expresión comprende “el derecho a diferir en cuanto a las cosas que tocan el corazón del orden existente” de forma tal que incluso aquellos conceptos sagrados para la Nación pueden ser cuestionados en el mercado de ideas.<sup>34</sup> Y eso incluye, según la Corte, las opiniones desafiantes o despectivas respecto de la bandera.<sup>35</sup>

La Corte argentina trata de distinguir las expresiones ofensivas en materia religiosa de las expresiones ofensivas respecto de cuestiones de interés general. Según la Corte, es necesario distinguir los “juicios públicos sobre materias controvertibles” de “la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias”<sup>36</sup>. Al respecto, la Corte observó que en distintos ordenamientos jurídicos “se ha otorgado especial protección al sentimiento religioso en su aspecto de valor, de un bien de tal importancia para ciertos sujetos que una lesión en el mismo puede comportar para el afectado una grave pérdida y aflicción”.<sup>37</sup> Como puede observarse, la Corte entiende que las expresiones que lesionan los sentimientos religiosos causan un daño esencialmente distinto al que puede causar una opinión meramente ofensiva en materia de interés general. Y es este daño esencialmente distinto lo que justificaría —a diferencia de lo que sucede en materia de expresiones ofensivas sobre materias controvertibles— la restricción a la libertad de expresión.

Este énfasis en la gravedad del daño que causan este tipo de expresiones revela cierta influencia del comunitarismo, en tanto postula que la identidad individual está constituida por la pertenencia a ciertos grupos —entre ellos los religiosos— que definen lo que sus integrantes *son* como individuos.<sup>38</sup> De acuerdo con esta interpretación, una cosa serían las expresiones dirigidas a ciertos grupos en donde la asociación es voluntaria —tales como los partidos políticos— y otra muy distinta serían los ataques contra grupos religiosos cuyos objetivos y valores son un componente de la identidad individual de sus miembros. En este último caso, la expresión ofensiva afectaría ciertas relaciones que son centrales para la identidad de cada persona. En otras pa-

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 414.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> “Ekmekdjian c/ Sofovich”, *op. cit.*, considerando núm. 26 del voto de la mayoría.

<sup>37</sup> *Ibidem*, considerando núm. 27 del voto de la mayoría.

<sup>38</sup> Al respecto, véase Note [of the journal], “A Communitarian Defense of Group Libel Laws”, *Harvard Law Review*, vol. 101, núm. 3, enero de 1988, pp. 690-692.

labras, habría una diferencia relevante entre las expresiones ofensivas sobre cuestiones de naturaleza política —por ejemplo, expresiones que denigran una determinada ideología política, como el liberalismo, el peronismo o el marxismo— y expresiones que lesionan sustancialmente los sentimientos religiosos de terceros.

Sin embargo, esta distinción entre discurso político y expresiones que lesionan los sentimientos religiosos carece de todo sustento ya que presupone —erróneamente— que las creencias religiosas quedan confinadas al ámbito privado de cada individuo y que son más centrales para la identidad del individuo que otro tipo de filiaciones.

No obstante, como ya he señalado, los grupos religiosos participan activamente del debate público y tratan de influir en él en función de sus creencias y dogmas. La religión no es algo que las personas mantienen dentro de las cuatro paredes de su casa. Por consiguiente, las expresiones que cuestionan o atacan esas doctrinas, dogmas o enseñanzas también constituyen “discurso político” que debe gozar de la máxima tutela constitucional. Criticar o cuestionar una religión es lo mismo que criticar al liberalismo o al marxismo.

Además, desde el punto de vista del daño emocional que puede provocar la difusión de una determinada opinión o idea, no hay una diferencia esencial entre las expresiones que afectan los sentimientos religiosos y otras expresiones particularmente ofensivas acerca de cuestiones de interés general. Por ejemplo, una cita de la Biblia que define a las relaciones homosexuales como una “abominación” puede causar un daño emocional tanto o más severo que el que puede sentir un integrante de la religión católica frente a las expresiones de Dalmiro Sáenz.

Finalmente, no puede soslayarse que los grupos religiosos —en su participación en el debate público— muchas veces promueven ideas que son susceptibles de ofender de forma sustancial a ciertos grupos de personas (por ejemplo, en materia de igualdad de género y de orientación sexual). Si al promover estas doctrinas religiosas los grupos religiosos se amparan en la libertad de expresión —más allá de la ofensa sustancial que pueden provocar dichas creencias—, no pueden entonces pretender que sus creencias y dogmas no sean objeto de críticas por parte de quienes se sienten atacados y ofendidos. Como observó el *Justice Scalia* en el caso “RAV v. City of St. Paul”, la libertad de expresión impide que el gobierno autorice a quienes defienden un determinado punto de vista a luchar sin reglas y exija a quienes combaten dicho punto de vista que sigan las reglas del Marqués de Queensberry.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> “RAV v. City of St. Paul”, 505 U.S. 377, p. 391 (1992).



Es cierto que a los fines de solucionar el problema que destaca Scalia, se podría seguir el modelo de la legislación penal alemana que no solamente castiga las expresiones abusivas contra creencias religiosas sino también contra creencias filosóficas. En este sentido, los autores alemanes explican que la noción de abuso no exige necesariamente un insulto y dan como ejemplo de creencias filosóficas protegidas por esta norma el marxismo, el neoliberalismo, el darwinismo o el existencialismo.<sup>40</sup> Si bien es cierto que este enfoque resulta un poco más coherente,<sup>41</sup> revela en todo caso una visión excesivamente restrictiva de la libertad de expresión, que queda sacrificada en el altar de lo políticamente correcto. Los participantes en el debate público no pueden pretender no ser ofendidos o provocados durante dicho debate, especialmente en el marco de sociedades cada vez más diversas en las que los individuos profesan creencias e ideologías radicalmente diferentes. Como observa Andrés Sajó, la libertad de expresión se extingue si tiene que ser ejercida en la forma menos ofensiva posible.<sup>42</sup>

En síntesis, el mero hecho de que una expresión cause una ofensa o lesione los sentimientos religiosos de un grupo de personas no resulta un argumento válido para restringir dicha clase de expresiones. De lo contrario, como observó el juez Corti en el caso “Asociación Cristo Sacerdote”, “el derecho a la intimidad podría convertirse en un peligroso instrumento para censurar críticas u opiniones ajenas que no se comparten”.<sup>43</sup>

#### V. LA RELEVANCIA DE LA FORMA DEL DISCURSO:

¿RESULTA CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE CASTIGAR EL DISCURSO QUE LESIONA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS CUANDO ES EXPRESADO EN TÉRMINOS INSULTANTES O GRATUITAMENTE OFENSIVOS?

En “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la Corte hace referencia a una sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido que considera relevante —a los fines de determinar el límite entre la libertad de expresión y la libertad religiosa—

---

<sup>40</sup> Mahlmann, Matthias, “Free Speech and the Rights of Religion”, en Sajó, Andrés (ed.), *Censorial Sensitivities...*, cit., p. 45.

<sup>41</sup> Aunque es probable que la coherencia tenga un límite. Imagino muy poco probable que alguien sea condenado en Alemania por expresiones abusivas contra el Nazismo.

<sup>42</sup> Sajó, Andrés, “Countervailing Duties as Applied to Danish Cheese and Danish Cartoons”, en Sajó (ed.), *Censorial Sensitivities...*, cit.

<sup>43</sup> Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, 27 de diciembre de 2004, punto X, voto del juez Corti.

la forma en que la crítica a las creencias y dogmas religiosos es realizada.<sup>44</sup> De acuerdo con esta doctrina de la Cámara de los Lores, sólo podría castigarse una expresión que lesiona los sentimientos religiosos de una persona cuando contiene expresiones vulgares, ultrajantes o groseras.

Una idea similar ha sido desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). El tribunal europeo analizó por primera vez esta cuestión en el caso “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”,<sup>45</sup> que se originó en una orden de secuestro y confiscación de una película, emitida por un tribunal austriaco, con sustento en lo dispuesto en el artículo 188 del Código Penal de ese país, que castiga a todo aquél que denigra o insulta a una persona o a un objeto que es venerado en una Iglesia o en una comunidad religiosa establecida en el país, o un dogma, una costumbre lícita o una institución lícita de esa Iglesia o de esa comunidad.<sup>46</sup> Del fallo de la CEDH surgen dos puntos fundamentales:

(i) la restricción a la libertad de expresión tiene una finalidad legítima, que es la de proteger los derechos de terceros (en especial, el derecho al respeto por los sentimientos religiosos de cada persona) y la de prevenir el desorden.<sup>47</sup> Con lo cual la Corte reconoce la finalidad lícita de la regulación penal que tutela los sentimientos religiosos;

(ii) quienes profesan una determinada religión, deben “tolerar y aceptar el rechazo o la oposición a sus creencias e incluso la difusión de doctrinas hostiles a su fe” pero ciertos métodos de oposición o rechazo pueden gene-

---

<sup>44</sup> “Ekmekdjian c/ Sofovich”, *op. cit.*, considerando núm. 27 del voto de la mayoría.

<sup>45</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de agosto de 1994, “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”.

<sup>46</sup> La película estaba basada en una obra dramática, escrita por Oskar Panizza en 1895, que atacaba los dogmas de la religión católica. La obra de Panizza retrata a Dios Padre como viejo y enfermo, a Jesús como un “niño de mamá” y a la Virgen María como una prostituta sin principios. Los tres se reúnen para castigar a la humanidad por su inmoralidad y para ello le solicitan ayuda al diablo. El diablo les sugiere la idea de una enfermedad sexual, cuyos síntomas son los de la sífilis. El diablo engendra una hija que diseminará la enfermedad entre los hombres. Como contraprestación, el Diablo reclama “libertad de pensamiento” y María responde que lo pensará. Panizza fue condenado por “crímenes contra la religión” y su obra fue prohibida en Alemania. La película, dirigida por Werner Schroeter y estrenada en 1981, comienza y termina con escenas del juicio a Panizza. En el medio, la película muestra una puesta en escena de la obra de Panizza en un teatro en Roma. Dios Padre aparece como un viejo senil que se postra ante el Diablo, con quien intercambia un profundo beso. Jesucristo es retratado como mentalmente retrasado y en una escena aparece intentando lascivamente besar el seno de su madre. Además, la película muestra un cierto grado de tensión erótica entre la Virgen y el Diablo.

<sup>47</sup> “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”, *op. cit.*, párr. 47.

rar un efecto inhibitorio respecto de quienes profesan dichas creencias<sup>48</sup>. La libertad de expresión engendra deberes y responsabilidades, entre las cuales se encuentra la obligación de evitar el uso de expresiones que son “gratuitamente ofensivas” para otras personas y que “no contribuyen a ninguna forma de debate público”.<sup>49</sup>

Como puede observarse, la CEDH considera que ciertas expresiones que afectan los sentimientos religiosos pueden ser castigadas si son realizadas de una determinada *forma*. El estándar del tribunal europeo exige distinguir entre “expresiones gratuitamente ofensivas que no contribuyen a ninguna forma de debate público” y expresiones ofensivas justificadas. Al respecto, Martínez-Torreón observa que si bien la CEDH no ha explicado qué entiende por expresiones “gratuitamente ofensivas”, parece indicar una expresión que “no es necesaria o que no tiene causa o justificación”.<sup>50</sup> Para entender mejor cómo opera este estándar resulta conveniente analizar algunos casos posteriores resueltos por la CEDH.

En “Wingrove c/ Reino Unido”,<sup>51</sup> la CEDH revisó la decisión del *British Board of Film Classification* de rechazar —con sustento en carácter blasfemo de una obra— el pedido de un “certificado de clasificación” de un video clip, que resultaba necesario para poder venderlo o alquilarlo, o difundirlo de cualquier forma al público.<sup>52</sup> La CEDH concluyó que la decisión del *Board* no era incompatible con la libertad de expresión. Al respecto, la CEDH destacó especialmente que el delito penal de blasfemia, tal como estaba en esa época regulado en el derecho inglés, no impedía la difusión de ideas hostiles a la religión cristiana. Era la forma en la que la idea era

---

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párr. 49.

<sup>50</sup> Martínez-Torreón, Javier, “Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the ECHR”, en *Censorial Sensitivities...*, *cit.*, p. 266.

<sup>51</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, 22 de octubre de 1996, “Wingrove c/ Reino Unido”.

<sup>52</sup> La obra cinematográfica respecto de la cual se solicitaba el “certificado de clasificación” era un video clip basado en la vida de la monja carmelita Santa Teresa de Ávila, que había experimentado visiones de Jesucristo. El video clip mostraba a Santa Teresa de Ávila teniendo fantasías eróticas con una figura crucificada de Jesucristo y fantasías lésbicas con su propia psique. El *British Board of Film Classification* denegó el “certificado de clasificación” con el argumento de que el video clip incurría en el delito penal de blasfemia, entonces vigente en el Reino Unido. De acuerdo al derecho inglés, es blasfema toda publicación que es despectiva, grosera, ultrajante respecto de Dios, Jesucristo, la Biblia o los dogmas de la Iglesia de Inglaterra. A los fines de determinar el carácter blasfemo de una publicación, los tribunales ingleses evalúan la *forma* en que una doctrina es expresada y no la *sustancia* de la misma.

expresada, y no la idea en sí misma, lo que el derecho buscaba controlar.<sup>53</sup> Asimismo, la CEDH tuvo en cuenta que —de acuerdo con el derecho inglés— el insulto a los sentimientos religiosos debe ser significativo, tal como surgía de los adjetivos empleados por los tribunales ingleses para definir las expresiones blasfemas: “despectivo”, “ultrajante”, “grosero” y “ridículo”.<sup>54</sup>

En cambio, en “Aydin Tatlav c/ Turquía”,<sup>55</sup> la CEDH consideró que la decisión de un tribunal penal turco de imponer una multa al autor de un libro particularmente crítico sobre el islam importó una violación a su libertad de expresión.<sup>56</sup> La CEDH subrayó que no observaba en la obra “un tono insultante dirigido directamente contra los creyentes ni un ataque injurioso contra los símbolos sagrados de los musulmanes...”<sup>57</sup>

Como puede observarse, la CEDH admite la imposición de restricciones a la libertad de expresión dirigidas a mantener un nivel mínimo de civilidad y respeto mutuo entre las personas en el ámbito del discurso público. De ahí que los Estados europeos puedan castigar las expresiones “gratuitamente ofensivas que no contribuyen al debate público”. James Whitman ha explicado las raíces históricas de Europa continental en materia de imposición de normas de civilidad y respeto mutuo en el discurso público, destacando que se extiende mucho más allá de la prohibición de las expresiones de odio.<sup>58</sup> En Europa continental —observa Whitman— todo el mundo tiene “derecho al respeto”.<sup>59</sup>

El enfoque de la Corte Suprema de Estados Unidos es marcadamente diferente. En “Cohen v. California”,<sup>60</sup> la Corte estadounidense revocó una sentencia de un tribunal de California que había condenado a una persona por alterar la paz pública al caminar por los corredores de los tribunales de Los Ángeles con una campera que decía *fuck the draft*,<sup>61</sup> como una forma

<sup>53</sup> “Wingrove c/ Reino Unido”, *cit.*, párr. 60.

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, 2/5/2006, “Aydin Tatlav c/ Turquía”.

<sup>56</sup> Al fundamentar la condena penal, el tribunal turco hizo especial referencia a que el libro sostenía que Alá no existía, que fue creado para engañar a la gente analfabeta, que el islam es una religión primitiva, que engaña a la población con historias de paraísos y de infiernos y que sacraliza los vínculos de explotación, entre ellos la esclavitud.

<sup>57</sup> “Aydin Tatlav c/ Turquía”, *cit.*, párr. 28.

<sup>58</sup> Whitman, James, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 109, núm. 2, enero de 2000, pp. 1279-1398.

<sup>59</sup> Whitman, James “‘Human Dignity’ in Europe and in the United States: the Social Foundations”, en Nolte, Georg, *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 123.

<sup>60</sup> 403 U.S. 15 (1971).

<sup>61</sup> Una traducción aproximada al español sería “a la mierda con el reclutamiento”.

de protesta contra la guerra en Vietnam. La Corte sostuvo que el Estado no podía prohibir una determinada expresión con el fin de proteger la sensibilidad de los oyentes que involuntariamente quedan expuestos a un mensaje que perciben como ofensivo.<sup>62</sup> Según la Corte, el Estado carece del poder para “depurar el debate público con el fin de hacerlo gramaticalmente aceptable para los más susceptibles”.<sup>63</sup> En este punto, el fallo revela una postura radicalmente diferente a la de la CEDH, ya que el máximo tribunal estadounidense considera que la tutela de las sensibilidades de los oyentes no constituye un fin regulatorio lícito del ámbito del discurso público. La elección del vocabulario que se utiliza en el discurso público recae exclusivamente en cada individuo, ya que “la vulgaridad de uno es poesía lírica para el otro”.<sup>64</sup>

Asimismo, la Corte estadounidense —a diferencia de la CEDH— expresó su preocupación por el impacto que puede tener esta clase de normas en el debate público. En este sentido, la Corte observó que no se puede suponer que “se pueden prohibir determinadas palabras sin también correr un riesgo sustancial de suprimir ideas en el proceso, ya que el Estado puede tomar la censura de ciertas palabras como un pretexto para prohibir opiniones impopulares”.<sup>65</sup> Asimismo, la Corte subrayó que las palabras son elegidas tanto por su fuerza cognoscitiva como por su fuerza emotiva y ambos aspectos se encuentran protegidos por la libertad de expresión.<sup>66</sup> Este derecho no sólo protege la crítica responsable e informada sino también “la libertad de hablar de forma insensata y sin moderación”.<sup>67</sup>

Ahora bien, ¿cómo debe analizarse esta cuestión desde la perspectiva del derecho argentino? La práctica jurisprudencial argentina nos muestra algunos de los problemas de la imposición de normas de civilidad y respeto mutuo en el discurso público.

En primer lugar, el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” nos muestra cómo la aplicación de normas de civilidad en el discurso público es en general utilizada para proteger los intereses de la mayoría. Esta consecuencia ya había sido advertida por Mill, al señalar que la prohibición de expresiones intemperantes o insultantes sólo sería aplicada cuando estas expresiones fueran dirigidas contra las ideas dominantes, mientras que, si fueran dirigidas con-

---

<sup>62</sup> “Cohen v. California”, *cit.*, pp. 21 y 22.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>66</sup> *Idem*.

<sup>67</sup> *Idem*.

tra las ideas minoritarias, su autor sería reconocido por su honrado celo y justa indignación.<sup>68</sup>

La decisión de la Corte Suprema en el caso “Canicoba Corral c/ Acevedo”<sup>69</sup> —si bien no se refiere específicamente a expresiones que lesionan los sentimientos religiosos— muestra también como la imposición de estándares de civilidad y respeto mutuo en el discurso público ha sido utilizada en Argentina para proteger a funcionarios públicos (jueces federales, en el caso concreto) y cercenar de forma grave e irrazonable el derecho de crítica. En efecto, la Corte sostuvo en dicho caso que decirle “detestable” a un juez constituía un insulto, una vejación gratuita e injustificada. Este fallo —que revela una visión paupérrima de la libertad de expresión por parte de los cuatro jueces que integran la mayoría— muestra a las claras los riesgos del uso de estándares de civilidad y respeto mutuo por parte de nuestros tribunales.

Más recientemente, la *Revista Barcelona* fue condenada a indemnizar a Cecilia Pando por una parodia publicada en la contratapa de dicha publicación en la que aparecía en una foto trucada completamente desnuda y maniatada, con frases tales como: “Para matarla”, “Soltá al genocida que llevás adentro”, “Apropiate de esta bebota”, “Las chicas quieren guerra antisubversiva”, “Las defensoras de presos políticos más *hot* de plaza San Martín te piden por favor que lo sueltes”, “Cadenas, humillación y golpes (de estado)”, “Cecilia Pando se encadena para vos”. Si bien los fundamentos de la decisión son muy poco claros, la conducta antijurídica de la revista parece estar fundada, según el tribunal, en que las fotos y las frases mencionadas “exceden un tono sarcástico y burlón y hacen una exposición exagerada de la accionante”.<sup>70</sup> O sea, el problema es la *forma* de la crítica, que el tribunal percibe como “exagerada”. Si usara el lenguaje de la CEDH, el tribunal civil podría haber afirmado que se trataba de una expresión “gratuitamente ofensiva”. Al igual que en el caso “Canicoba Corral c/ Acevedo”, la decisión del tribunal de primera instancia revela cómo los estándares de civilidad y respeto mutuo en el marco del debate público son usados para limitar el derecho de crítica.

Por último, tiene razón la Corte Suprema de Estados Unidos cuando subraya la importancia del valor emocional de las palabras. Algunas de las ideas políticas más importantes de la historia “han sido comunicadas en tér-

<sup>68</sup> Mill, John Stuart, *On Liberty, cit.*, pp. 50 y 51.

<sup>69</sup> Corte Suprema de Argentina, 14 de agosto de 2013, “Canicoba Corral, Rodolfo Arístides c/ Acevedo, Sergio Edgardo s/ daños y perjuicios”.

<sup>70</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil núm. 108, 29 de abril de 2016, “Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S. R. L.”, Punto IX.

minos intemperantes a través de emociones tan variadas como odio, enojo, risa, lágrimas o temor”.<sup>71</sup> El uso de palabras vulgares o insultantes constituye una consecuencia natural de las emociones que genera un determinado tema de interés público respecto de ciertas personas.<sup>72</sup> Por ejemplo, no puede esperarse el mismo lenguaje de parte de una historiadora que analiza el rol de la Iglesia católica durante la década del setenta desde su escritorio universitario, que de parte del hijo de una persona desaparecida que — frente al hecho de la complicidad de algunos sacerdotes en las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el gobierno militar— formula insultantes y vulgares expresiones contra los “curas torturadores y asesinos”. Esa persona está expresando un sentimiento de ira, angustia, dolor que difícilmente podría transmitir con un lenguaje mesurado y académico.

VI. ¿LAS EXPRESIONES QUE LESIONAN LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS PUEDEN CAUSAR UN “EFECTO SILENCIADOR” QUE JUSTIFIQUE EL CASTIGO DE DICHAS EXPRESIONES A LOS FINES DE ASEGURAR LA PARTICIPACIÓN EN EL DEBATE PÚBLICO DE LAS PERSONAS O GRUPOS RELIGIOSOS?

La Corte Suprema argentina afirmó también en “Ekmekdjian c/ Sofovich” que “ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo...”.<sup>73</sup> Una idea similar fue expresada por la CEDH al observar en “Otto-Preminger-Institut c/ Austria” que “ciertos métodos de oposición o rechazo pueden generar un efecto inhibitorio respecto de quienes profesan dichas creencias”.<sup>74</sup>

Este argumento presenta ciertas similitudes con la noción de “efecto silenciador” desarrollada por algunos académicos estadounidenses —en especial por Owen Fiss—, según la cual cierta clase de discursos de odio afectan el sentimiento de dignidad de las personas impidiéndoles participar en el debate público.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Braun, Stefan, *Democracy Off Balance*, cit., p. 206.

<sup>72</sup> Gard, Stephen, “Fighting Words as Free Speech”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 58, núm. 3, 1980, pp. 531, 578.

<sup>73</sup> “Ekmekdjian c/ Sofovich”, cit., considerando núm. 27.

<sup>74</sup> “Otto-Preminger-Institut c/ Austria”, cit., párr. 47.

<sup>75</sup> Cfr. Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1996, p. 16.



Esta noción de efecto silenciador o inhibitorio como estándar regulatorio de la libertad de expresión presenta algunos problemas.

En primer lugar, no se ha producido evidencia empírica alguna de que el discurso público se haya visto privado de cierta idea a causa del efecto silenciador de ciertas expresiones de odio.<sup>76</sup> Una cosa es que un grupo se encuentre subordinado en la sociedad y otra muy distinta es que esté totalmente silenciado por los prejuicios vigentes en dicha sociedad. Por ejemplo, si uno tiene en cuenta la experiencia estadounidense del movimiento por los derechos civiles, es válido concluir que los afroamericanos —a pesar de la intolerable situación de subordinación en la que se encontraban en los Estados del sur— pudieron, sin embargo, hacer oír su voz, de forma exitosa, en el *discurso público*. De la misma manera, en Argentina, grupos claramente desfavorecidos e históricamente oprimidos como los miembros de los pueblos autóctonos o los homosexuales pueden participar del debate público en cuestiones relativas a sus derechos y reclamar —con relativo éxito— la aprobación de significativas reformas legales e incluso constitucionales.<sup>77</sup> Esto de ninguna manera significa que las condiciones en que estos grupos participan del debate público sean las ideales. Mi punto —más limitado— es que no están completamente silenciados y que, en algunos casos, sus planteos han sido escuchados por el gobierno.

El escrutinio estricto aplicable en materia de normas que restringen la difusión pública de una idea determinada exige analizar seriamente la efectiva existencia del daño invocado por el legislador.<sup>78</sup> Por lo tanto, cualquier reglamentación de la difusión pública de ideas basada en la existencia de un presunto “efecto silenciador” exige demostrar de forma clara y convincente la

---

<sup>76</sup> En Estados Unidos, diversos autores han cuestionado la existencia del efecto silenciador. Véase, por ejemplo, Weinstein, James, *Hate Speech, Pornography and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Colorado, Westview Press/Boulder, 1999, p. 134; Post, Robert, “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, *Michigan Law Review*, vol. 95, núm. 1, 1997, p. 1533.

<sup>77</sup> Véase, por ejemplo, la Ley 26.618 que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo o el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional —incorporado por la reforma de 1994— que establece que es competencia del Congreso de la Nación: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

<sup>78</sup> Rivera, H. Julio César, “Libertad de expresión y discurso ideológico”, *op. cit.*



existencia de dicho efecto. De lo contrario, no deja de ser un intento —sofisticado— de censurar aquellas expresiones que nos ofenden o molestan.

A diferencia de la Corte Suprema, los tribunales inferiores argentinos se han mostrado mucho más escépticos respecto de la existencia de este presunto efecto silenciador o inhibitor en materia de expresiones que lesionan los sentimientos religiosos. En el caso “Asociación Cristo Sacerdote” —en el que la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires rechazó un pedido de clausura de la muestra del artista León Ferrari— el juez Corti acertadamente observó que la exposición organizada por la Ciudad podía “disgustar, irritar o incluso contrariar la sensibilidad o las creencias religiosas de quienes profesan la fe católica, pero en ningún modo les impide llevar adelante su plan vital con arreglo a los dictados de ese culto”.<sup>79</sup> Por el contrario —destaca Corti— “la circunstancia de que parte de la comunidad católica se haya manifestado pública y libremente en contra del contenido de la exposición... es la mejor prueba de que la libertad de conciencia no se ha visto afectada ni restringida por la muestra en cuestión”.<sup>80</sup>

En este mismo sentido, en el caso “Bacre c/ Estado Nacional”,<sup>81</sup> el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal núm. 1 rechazó una acción de amparo tendiente a que se prohíba el ingreso y circulación del libro “Los versos satánicos” en el territorio argentino. El tribunal afirmó —con relación al libro— que “cause o no una lesión a sus sentimientos religiosos, no le impide la exteriorización de los mismos”.<sup>82</sup>

En segundo lugar, es interesante observar que la preocupación esencial de los académicos estadounidenses que desarrollaron esta noción de “efecto silenciador” se centra en las expresiones que silencian a los grupos vulnerables o históricamente oprimidos en la sociedad. Sin embargo, tanto en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” —presuelto por la Corte Suprema argentina— como en los casos “Otto-Preminger Institut c/ Austria”, “Wingrove c/ Reino Unido” y “Aydin Tatlav c/ Turquía”, se trata de tutelar los sentimientos religiosos de la mayoría, con lo cual se desvirtúa por completo esta noción de “efecto silenciador”, que termina siendo usada como un mecanismo de censura contra quienes se atreven a cuestionar las creencias mayoritarias.

Sin embargo, se podría argumentar que lo que corresponde hacer es limitar las normas que castigan la lesión a los sentimientos religiosos a aque-

<sup>79</sup> “Asociación Cristo Sacerdote”, *cit.*, punto X.

<sup>80</sup> *Idem.*

<sup>81</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, núm. 1, 8 de noviembre de 1989, “Bacre, Aldo c/ Estado Nacional”, ED 139-439.

<sup>82</sup> *Ibidem.*, p. 442.

llos casos en que efectivamente se genere un efecto inhibitorio. Pero este sería un estándar manifiestamente indeterminado como regulador de la libertad de expresión.<sup>83</sup> ¿Cómo puede un tribunal judicial evaluar si una determinada expresión causa o no un “efecto silenciador”? Este estándar resulta incompatible con el principio de legalidad en materia penal que exige en la elaboración de los tipos penales la utilización de “términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles” ya que la ambigüedad “genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad”.<sup>84</sup> Esta indeterminación del estándar aplicable es particularmente peligrosa en un área sensible de la libertad de expresión.

En realidad, si la preocupación es asegurar la efectiva participación de los grupos religiosos en el debate público, ello se logra con una mayor libertad de expresión y no con restricciones arbitrarias e irrazonables a este derecho. En lugar de censurar las expresiones que afectan los sentimientos religiosos de los creyentes, el Estado no debe confinar las creencias religiosas personales a los espacios privados y debe asegurar que las personas y grupos religiosos puedan participar del debate público con su perspectiva religiosa. Ello implica, entre otras cosas, garantizar la posibilidad de exteriorizar sus creencias religiosas libremente en el espacio público. Como se expresa en el Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA del 2009 —preparado por Catalina Botero— el discurso religioso goza de una especial tutela en la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto expresa “un elemento integral de la identidad y dignidad personales”.<sup>85</sup> Curiosamente, los mismos estados europeos que se esfuerzan en tutelar los sentimientos religiosos imponen restricciones arbitrarias en materia de vestimenta en el espacio público que afectan de forma sustancial a grupos religiosos minoritarios. Desde una perspectiva puramente política, estas restricciones además son contraproducentes porque —como ha observado la historietista iraní Marjane Satrapi— transforman un símbolo de represión en uno de rebeldía.<sup>86</sup> Son muchas las batallas que podrían dar las personas y grupos religiosos invocando la libertad de expresión a los fines de asegurar su efectiva participación en el discurso público, que no implican la censura de puntos de vista contrarios a sus creencias.

---

<sup>83</sup> Moon, Richard, “The State of Free Speech”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 48, núm. 1, 1998, pp. 125, 132.

<sup>84</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2008, “Kimel c/ Argentina”, párr. 63.

<sup>85</sup> Informe Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA (2009), capítulo III, párr. 57.

<sup>86</sup> Entrevista a Marjane Satrapi por Emma Watson, disponible en: <http://www.vogue.com/13462655/emma-watson-interviews-marjane-satrapi/>.

## VII. CONCLUSIÓN

En síntesis, considero que la libertad de expresión veda toda posibilidad de otorgar una tutela adicional de los sentimientos religiosos. En el discurso público, no existe un derecho a no ser ofendido y no existe un derecho al respeto de mis creencias políticas, filosóficas o religiosas. El debate público, como han sostenido la Corte Suprema estadounidense y la Corte Suprema argentina, debe ser robusto, amplio y desinhibido.<sup>87</sup>

Los grupos religiosos deben gozar de la misma protección que gozan los restantes grupos en materia de castigo penal de expresiones de odio, sin perjuicio de que en esta área también la libertad de expresión impone límites significativos a su castigo.<sup>88</sup> Y, como contrapartida, deben gozar de los mismos derechos para participar efectivamente en el debate público.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BARENDT, Eric, “Free Speech and Religion: Secular and Religious Perspectives on Truth”, en SAJÓ, András (ed.), *Censorial Sensitivities. Free Speech and Religion in a Fundamentalist World*, Utrech, Eleven Int. Publishing, 2007.
- BRAUN, Stefan, *Democracy Off Balance*, Toronto, University of Toronto Press, 2004.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1996.
- GARD, Stephen, “Fighting Words as Free Speech”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 58, núm. 3, 1980.
- KAGAN, Elena, “Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 2, primavera de 1996.
- MAGARIÑOS, Héctor Mario, “Delito y Libertad de Expresión”, *Doctrina Penal*, núm. 43, 1988.

---

<sup>87</sup> “New York Times Co. v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964), p. 270; Corte Suprema de Argentina, 24 de junio de 2008, “Patitú, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros”, considerando núm. 9 del voto de la mayoría.

<sup>88</sup> Rivera, H. Julio César, *Libertad de expresión y expresiones de odio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

- MAHLMANN, Matthias, “Free Speech and the Rights of Religion”, en SAJÓ, Andrés (ed), *Censorial Sensitivities. Free speech and religion in a fundamentalist world*, Utrech, Eleven Int. Publishing, 2007.
- MARTÍNEZ-TORREÓN, Javier, “Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the ECHR”, en SAJÓ, Andrés (ed.), *Censorial Sensitivities. Free Speech and Religion in a Fundamentalist world*, Utrech, Eleven Int. Publishing, 2007.
- MILL, John Stuart, *On Liberty*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1978, [1859].
- MOON, Richard, “The State of Free Speech”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 48, núm. 1, 1998.
- NOTE [of the journal], “A Communitarian Defense of Group Libel Laws”, *Harvard Law Review*, vol. 101, núm. 3, enero de 1988.
- OEA, *Informe Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA*, 2009.
- PIQUÉ, Elisabetta, *La Nación*, 15 de enero de 2015, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1760255-el-papa-francisco-sobre-charlie-hebdo-no-se-puede-insultar-la-fe-de-los-demas>.
- POST, Robert, “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William and Mary Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1991.
- POST, Robert, “Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence”, *Michigan Law Review*, vol. 95, núm. 1, 1997.
- POST, Robert, “Democracy and Equality”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 603, núm. 24, 2006.
- POST, Robert, “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad”, en SAJÓ, Andrés (ed), *Censorial Sensitivities. Free speech and religion in a fundamentalist world*, Eleven Int. Publishing, Utrech, 2007.
- POST, Robert, “Participatory Democracy and Free Speech”, *Virginia Law Review*, vol. 97, núm. 3, 2011.
- RIVERA, H. Julio César, *Libertad de expresión y expresiones de odio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- RIVERA, H. Julio César, “Libertad de expresión y discurso ideológico”, en RIVERA, H. ELÍAS et al. (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, t. II.
- RUBENFELD, Jed, “The First Amendment’s Purpose”, *Stanford Law Review*, vol. 53, núm. 2, 2001.
- SAJÓ, Andrés, “Countervailing Duties as Applied to Danish Cheese and Danish Cartoons”, en SAJÓ, Andrés (ed.), *Censorial Sensitivities. Free speech and religion in a fundamentalist world*, Utrech, Eleven Int. Publishing, 2007.

- SCHAUER, Frederick, “Mrs. Palsgraf and the First Amendment”, *Washington & Lee Law Review*, vol. 47, núm. 161, 1990.
- STONE, Geoffrey R., “Content Regulation and the First Amendment”, *William & Mary Law Review*, vol. 25, núm. 2, 1983.
- WEINSTEIN, James, *Hate speech, Pornography and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Colorado, Westview Press, Boulder, 1999.
- WHITMAN, James, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 109, núm. 2, enero de 2000.
- WHITMAN, James, “«Human Dignity» in Europe and in the United States: the Social Foundations”, en NOLTE, Georg, *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- WATSON, Emma, *Entrevista a Marjane Satrapi*, disponible en: <http://www.vogue.com/13462655/emma-watson-interviews-marjane-satrapi/>.

## ¿DEBEN PARTICIPAR LAS ORGANIZACIONES RELIGIOSAS EN LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL? ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DEL ROL DEL VATICANO Y LOS GRUPOS “PRO-FAMILIA” EN LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL\*

Nahuel MAISLEY\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La legitimidad del derecho internacional y las teorías de la democracia global.* III. *La teoría de la democracia deliberativa frente a las voces religiosas.* IV. *Las instituciones religiosas en la creación de un derecho internacional más legítimo: dos límites a su derecho a la participación.* V. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

La idea de crear una Corte Penal Internacional permanente estuvo en la agenda de la comunidad internacional durante más de cincuenta años, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta fines del siglo pasado.<sup>1</sup> Finalmente, en 1998 y luego de largas discusiones, una conferencia multilateral celebrada en Roma aprobó el texto del Estatuto que crea la Corte, cuyos primeros jueces asumieron en 2003.

---

\* La primera versión de este artículo fue presentada en el VI Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal, organizado por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Azul, 21 y 22 de noviembre de 2014. Agradezco los comentarios de todas/os las/los participantes.

\*\* Abogado (UBA), doctorado en Derecho (UBA) y becario doctoral Conicet, correo electrónico: [nmaisley@derecho.uba.ar](mailto:nmaisley@derecho.uba.ar). Miembro de los proyectos de investigación UBACyT 20020120200377BA, sobre libertad religiosa, dirigido por Marcelo Alegre, y DeCyT DCT1407, sobre derecho internacional, dirigido por Emiliano Buis.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo: Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 1-22.

El procedimiento de negociación del Estatuto de Roma fue un ejemplo prototípico de un cambio significativo que están atravesando las relaciones internacionales en los últimos tiempos: *i*) del *paradigma westfaliano*, en el cual se entendía que los únicos sujetos del derecho internacional eran los Estados<sup>2</sup> y que la creación del derecho internacional era un proceso que quedaba bajo su exclusivo arbitrio,<sup>3</sup> se está pasando a *ii*) uno *post-westfaliano*, en el cual la comunidad internacional empieza a admitir la participación de diversos actores en la creación normativa, con cierta conciencia de obligatoriedad.<sup>4</sup> En Roma, específicamente, los 160 Estados que negociaron el Estatuto reconocieron explícitamente la importancia de abrir el debate a la sociedad civil, y permitieron que más de 200 organizaciones no gubernamentales

---

<sup>2</sup> Sobre el fin del paradigma westfaliano en relación a la creación del derecho internacional, Véase Lavopa, Federico, “La delgada línea entre los ‘sujetos’ y los ‘actores’ del derecho internacional público en tiempos de globalización. El caso de la alianza transnacional de empresarios en la negociación del Acuerdo sobre Aspectos Relacionados con el Comercio de la Propiedad”, en Pinto, Mónica (ed.), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 91-120; Maisley, Nahuel, “¿Oportunidad u obstáculo? El incipiente derecho a la participación pública en asuntos ambientales globales, a la luz de la teoría de la democracia cosmopolita”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 114-153; y más generalmente, Boyle, Alan y Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, Oxford/ Nueva York, Oxford University Press, 2007. Sobre los problemas de la noción de subjetividad y propuestas de abandonarla, véase Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How we Use It*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1994; Portmann, Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

<sup>3</sup> Véase Shaw, Malcolm, *International Law*, 5a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 163; y el comentario en Maisley, Nahuel, “The Case for Large Participatory Conferences as a Means of Decision Making in International Environmental Law”, *Environmental Claims Journal*, vol. 25, núm. 2, 2013, pp. 113.

<sup>4</sup> Mi tesis doctoral está dirigida a probar la emergencia de este paradigma post-westfaliano, y específicamente la incipiente costumbre internacional en materia de participación ciudadana en la creación del derecho internacional. Para un análisis de este tipo, pero limitado al derecho internacional ambiental, Véase Maisley, Nahuel, “¿Oportunidad u obstáculo? El incipiente...”, *cit.*; Maisley, Nahuel, “The Case for Large...”, *cit.* Para argumentos (hasta el momento bastante escuetos) de que existe un derecho humano a la participación en la creación del derecho internacional, véase Kleinlein, Thomas, “Non-State Actors from an International Constitutionalist Perspective. Participation matters!”, en d’Aspremont, Jean (ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, London and Nueva York, Routledge, 2011, p. 48; Peters, Anne, “Dual Democracy”, en Klabbers, Jan *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 300. Sobre la creciente participación de actores no estatales en el derecho internacional, véase, por ejemplo, Boyle, Alan y Chinkin, Christine, *op. cit.*, pp. 41-97; Lavopa, Federico, *op. cit.*; Macdonald, Terry, *Global Stakeholder Democracy. Power and Representation Beyond Liberal States*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

mentales participaran activamente de todas las instancias del proceso, exceptuando la última, es decir, el voto.<sup>5</sup>

Este importante giro en el procedimiento de creación de normas globales no es casual, sino que es una reacción de la comunidad internacional a una catarata de críticas recibidas en virtud del “déficit democrático” del derecho internacional.<sup>6</sup> En efecto, en la actualidad, existe cierto consenso en relación a la escasa legitimidad de un sistema normativo creado por funcionarios no electos, en lugares lejanos, en idiomas extranjeros, sobre cuestiones disfrazadas bajo un ropaje técnico y totalmente aisladas del control y la deliberación pública. En respuesta a estas críticas y en busca de un incremento en la legitimidad del sistema, los Estados han comenzado a permitir, por ejemplo, la participación directa de diversos actores en el procedimiento internacional de creación de normas.<sup>7</sup> En el caso del Estatuto de Roma, en particular, existe cierto consenso en cuanto a que la participación de las organizaciones no gubernamentales ha aumentado la legitimidad del proceso de negociación, y por lo tanto, la de la Corte como un todo.<sup>8</sup>

Ahora bien, esta posición laudatoria del proceso participativo no fue homogénea. En particular, quiero concentrarme aquí en una de las cuestiones que hicieron ruido en los pasillos de la conferencia: la del rol asumido en la discusión por ciertas organizaciones religiosas y de los espacios otorgados a éstas para hacer oír su voz.<sup>9</sup> Marlies Glasius relata que un número considerable

---

<sup>5</sup> *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*; Rome, 15 de junio-17 de julio de 1998; Official Records, vol. I, Final documents; U. N. Doc. A/CONF.183/13 (vol. I), pp. 74 y ss. Véase, en general, Glasius, Marlies, *The International Criminal Court: A global civil society achievement*, Londres/ Nueva York, Routledge, 2006.

<sup>6</sup> Sobre el déficit democrático, véase, por ejemplo, Allott, Philip, *The Health of Nations. Society and Law beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Marks, Susan, *The Riddle of All Constitutions. International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Wolfrum, Rüdiger, *Legitimacy in International Law*, Berlin, Heidelberg y Nueva York, Springer, 2008.

<sup>7</sup> Sobre el incremento de la legitimidad gracias a la participación ciudadana, véase Beson, Samantha, “Institutionalising global democracy”, en Meyer, Lukas H. (ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 58-91; Bohman, James, *Democracy across Borders. From Dêmos to Dêmoi*, Cambridge and London, The MIT Press, 2007; Dryzek, John, *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Maisley, Nahuel, “Completando un proyecto inconcluso. Una propuesta de aplicación de la teoría de la democracia deliberativa de Carlos Nino al plano global”, *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, 2014; Marks, Susan, *op. cit.*

<sup>8</sup> Boyle, Alan y Chinkin, Christine, *op. cit.*, pp. 71-74; Glasius, Marlies, *op. cit.*

<sup>9</sup> Véase Boyle, Alan y Chinkin, Christine, *op. cit.*, p. 73; Charlesworth, Hillary, “The Gender of International Law, Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 93, 1999, pp. 206



rable de organizaciones cristianas, con importante apoyo del Vaticano,<sup>10</sup> se sumaron a las negociaciones sobre la creación de la CPI “para oponerse a lo que veían como propuestas peligrosas del movimiento de mujeres”,<sup>11</sup> convirtiendo la Conferencia de Roma en un “episodio crítico en el enfrentamiento recurrente dentro de la sociedad civil global entre el movimiento de mujeres y el movimiento «pro familia»”.<sup>12</sup> En efecto, durante la década de 1990, un incipiente movimiento transnacional de grupos protestantes y católicos había comenzado a disputar con argumentos religiosos las posiciones progresistas de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos de las mujeres. Esta actitud, muy notoria en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo de 1994 y en la Cuarta Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing de 1995,<sup>13</sup> dio lugar a

---

y 207; Glasius, Marlies, *op. cit.*, pp. 77–93; Lehr-Lehnardt, Rana, “One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *BYU Journal of Public Law*, vol. XVI, 2002, pp. 317-354; Oosterveld, Valerie, “The Definition of «Gender» in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 2005, pp. 55-84.

<sup>10</sup> Técnicamente, el término aplicable a las relaciones internacionales es el de “Santa Sede” (Abdullah, Yasmin, “The Holy See at United Nations Conferences: State or Church?”, *Columbia Law Review*, vol. 96, núm. 7, 1996, p. 1837), pero prefiero utilizar términos que puedan ser compartidos por todos los lectores, sin importar la fe que profesen, y por eso utilizo el término “Vaticano”. Los motivos por los que hago esto serán evidentes luego de leer el artículo completo.

<sup>11</sup> Glasius, Marlies, *op. cit.*, p. 82. En particular, las discusiones giraron en torno a dos puntos: i) el uso y la definición de “género”, que los grupos cristianos temían incluyese alguna protección para homosexuales, y ii) la criminalización de los embarazos forzados, que los grupos cristianos creían podía incluir un derecho al aborto, *ibidem*, pp. 86–89.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 77. Glasius aclara que los términos utilizados son en realidad sobre-simplificaciones, pero que de todos modos son útiles para explicar la situación: “Ambos movimientos son plurales, consistentes en pequeñas alianzas que a veces encuentran a distintas organizaciones dentro de polos opuestos del movimiento. Estos términos son utilizados aquí porque son aquellos con los cuales estos grupos se autoidentifican más frecuentemente, pero sin suscribir las posibles connotaciones que pueden llegar a tener: que todas las mujeres están representadas por los «movimientos de mujeres» ni que aquellas que no son parte de los grupos «pro familia» son de algún modo «anti familia». El término «pro familia» fue preferido por sobre el de «pro vida» porque las preocupaciones de estos grupos en la CPI iban más allá de las cuestiones relacionadas con el aborto, incluyendo una oposición al uso del término «género». El término «grupos de mujeres» fue preferido por sobre «grupos feministas» porque la mayor parte de las organizaciones prefieren éste por sobre el más estrecho y polarizante de «feministas», aun cuando probablemente suscribirían algún sistema de valores feministas si se las consultara sobre el tema”, *ibidem*, p. 77.

<sup>13</sup> Boyle, Alan y Chinkin, Christine, *op. cit.*, p. 46; Charlesworth, Hillary, “Women as Sherpas: Are Global Summits Useful for Women?”, *Feminist Studies*, vol. 22, núm. 3, 1996, pp. 542 y 543.

diversos cuestionamientos por parte del movimiento de mujeres en relación al espacio que deben ocupar los argumentos religiosos en la deliberación pública global. “¿Quién es legítimo? ¿Quién es representativo?, ¿Quién tiene un derecho a estar allí?”<sup>14</sup>

Estos cuestionamientos se vieron reforzados por el apoyo brindado a estas organizaciones de la sociedad civil por el Vaticano, un actor muy particular en el sistema de derecho internacional. A diferencia de lo que ocurre con otras religiones, y debido a razones históricas eminentemente eurocéntricas,<sup>15</sup> el Vaticano es considerado desde la Edad Media un sujeto pleno del derecho internacional.<sup>16</sup> En particular, el Vaticano tiene hoy estatus de “Estado observador permanente no miembro” de la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que le permite participar de igual a igual con los Estados en las conferencias internacionales convocadas por la Organización.<sup>17</sup> “Los críticos del *status* de la Santa Sede ante las Naciones Unidas”, explica Yasmin Abdullah, “sostienen que no debería tener mayores privilegios que otras religiones mundiales, o que otras organizaciones no gubernamentales. Actualmente, la Iglesia católica Apostólica Romana es la única religión que es reconocida como un Estado por las Naciones Unidas”,<sup>18</sup> lo que le permite gozar de extendidos beneficios en el sistema internacional de creación de normas.

En el caso de la Conferencia de Roma, el Vaticano tuvo un activo rol apoyando a las organizaciones pro familia. Por ejemplo, publicó documentos llamándolas a participar de las negociaciones,<sup>19</sup> ayudó a aquellas que no estaban acreditadas a ingresar a las reuniones y a participar de los esfuerzos del *lobby*,<sup>20</sup> les proveyó una oficina en el edificio en el que tuvieron lugar las negociaciones (muy pocos Estados tuvieron oficinas propias, mientras que el resto de las organizaciones no gubernamentales compartieron una única habitación),<sup>21</sup> e incluso se rumorea que el Papa en persona realizó llamados telefónicos a líderes de países latinoamericanos para presionarlos respecto

<sup>14</sup> Glasius, Marlies, *op. cit.*, p. 78.

<sup>15</sup> Sobre el eurocentrismo y el derecho internacional, véase Koskeniemi, Martti, “Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, *Rechtsgeschichte*, vol. 19, núm. 1, 2011, pp. 152-176.

<sup>16</sup> Véase Westdickenberg, Gerd, “The Holy See”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, junio de 2006.

<sup>17</sup> Abdullah, Yasmin, *op. cit.*

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 1836.

<sup>19</sup> Glasius, Marlies, *op. cit.*, p. 82.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 84.

de su posición en determinados temas que estos grupos consideraban relevantes.<sup>22</sup> Por supuesto, además, los diplomáticos del Vaticano asumieron un rol protagónico en las discusiones relacionadas con cuestiones de género, oponiéndose a las propuestas del movimiento de mujeres.<sup>23</sup>

En este trabajo quiero tomar el caso de la participación del movimiento cristiano en la Conferencia de Roma como punto de partida para discutir el espacio que deberían ocupar las organizaciones religiosas en los procesos de creación del derecho internacional, en general. Para ello, combinaré los aportes de dos corrientes teóricas complementarias: por un lado, 1) la teoría de la democracia global, que le ha dedicado pocas reflexiones a la cuestión, pero que provee el marco conceptual adecuado para pensar estos temas en la actualidad; y por el otro, 2) la teoría de la democracia deliberativa, que ha discutido intensamente sobre el espacio que deberían ocupar las religiones en los procesos públicos de toma de decisiones, pero exclusivamente a nivel doméstico. Mi intuición es que, 3) al igual que a nivel nacional, debería permitirse la participación de estas organizaciones, pero con dos límites. En primer lugar, *a*) el poder de influencia de estos actores debe ser igualitario con respecto a los demás participantes. Y, en segundo lugar, *b*) los argumentos que las iglesias brinden en la esfera pública deben ser “traducidos” a un lenguaje compartido por todos, de modo tal que pueda generarse una verdadera deliberación entre los actores participantes.

## II. LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA GLOBAL

Como sugerí en la introducción, existe cierto consenso en torno a los problemas de legitimidad del sistema westfaliano de creación del derecho internacional.<sup>24</sup> No obstante, el consenso no se extiende a las soluciones: existen en la literatura tres divergencias sucesivas, que presentaré a continuación.<sup>25</sup>

En primer lugar, (*a*) mientras que la mayor parte de los autores entiende que la legitimidad debe ser analizada en relación a los individuos —en otras palabras, que el sujeto último de preocupación moral siempre debe

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>23</sup> Por ejemplo, *Ibidem*, p. 88.

<sup>24</sup> Para un buen resumen, véase Wolfrum, Rüdiger, *op. cit.*; para un argumento más incisivo: Marks, Susan, *op. cit.*; y para uno más incendiario, Allot, Philip, *op. cit.*

<sup>25</sup> Lo que voy a presentar en este apartado es un resumen del estado de la cuestión presentado en Maisley, Nahuel, “Completando un proyecto inconcluso...”, *cit.*

ser la persona humana—,<sup>26</sup> otros sostienen que ésta debe ser considerada en relación a sujetos colectivos, como “los pueblos”<sup>27</sup> o “los Estados.”<sup>28</sup> Así, para el positivismo jurídico internacionalista, por ejemplo, una norma será legítima cuando haya recibido el consentimiento de los Estados, que no sólo son sujetos en sí mismos —más allá de los individuos que los componen—, sino que además son los únicos sujetos relevantes para el derecho internacional.<sup>29</sup>

Existen numerosos problemas con esta posición, pero me limitaré aquí a mencionar el que creo más importante. Me parece, como sugiere Carlos Nino, que cuando se afirma que los Estados tienen intereses propios, “pretendiendo que ellos son distintos de los intereses de los individuos que los integran, [en realidad lo que ocurre es que] se está hipostasiando un punto de vista que no es más que el de ciertos individuos (y, no por casualidad, la satisfacción de aquellos intereses suele coincidir con la de los intereses de esos individuos)”.<sup>30</sup> Por lo tanto, pensar en los Estados como verdaderos sujetos implica, en realidad, considerar los intereses individuales, pero de un modo desigualitario, es decir, priorizando los de aquellos que logran imponerse dentro del grupo.

El segundo plano de desacuerdo (*b*) se da entre los autores que en el punto anterior describí como mayoritarios en la literatura, es decir, aquellos que creen que la legitimidad de cualquier norma —sea de derecho internacional o de derecho doméstico— sólo puede ser analizada en relación a la participación de los individuos. La diferencia consiste en que algunos

---

<sup>26</sup> Pogge, Thomas, “The Incoherence Between Rawls’s Theories of Justice”, *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 5, 2004, pp. 1739-1759, p. 1774; Kuper, Andrew, “Rawlsian Global Justice: Beyond the Law of Peoples to a Cosmopolitan Law of Persons”, *Political Theory*, vol. 28, núm. 5, 2000 p. 645; Beitz, Charles, “Rawls’s Law of Peoples”, *Ethics*, vol. 110, núm. 4, 2000, pp. 669-696.

<sup>27</sup> Rawls, John, *The Law of Peoples (with The Idea of Public Reason Revisited)*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

<sup>28</sup> Esta es la posición que se le suele asignar al positivismo jurídico internacionalista clásico, Lachenmann, Frauke, “Legal Positivism”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2011. Para una crítica, véase Buchanan, Allen, *Justice, legitimacy, and self-determination: moral foundations for international law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 309. Para una negación de que esta postura sea realmente la del positivismo, véase Kammerhofer, Jörg, “International Legal Positivism”, en Hoffmann, Florian y Orford, Anne (eds.), *Oxford Handbook of International Legal Theory* (forthcoming), Oxford, Oxford University Press, 2014.

<sup>29</sup> Véase Brunée, Jutta, “Consent”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010; Lachenmann, Frauke, *op. cit.*

<sup>30</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 254.

creen que la legitimidad depende de la participación *directa* de los individuos en la creación de esas normas,<sup>31</sup> mientras que otros sostienen que basta con que exista cierta participación *indirecta* para que las normas puedan ser legítimas.<sup>32</sup>

El principal problema con este último grupo de posturas es que —aun cuando se realicen reformas al modo en que se pone en práctica la representación estatal de los individuos, como proponen Thomas Christiano y Philip Pettit—,<sup>33</sup> los lazos que unen a los mandatarios y los agentes en el plano global son mucho más exigüos que en el plano local.<sup>34</sup> Incluso en el modelo ideal, quienes efectivamente representen los intereses de los estados en el plano internacional serán funcionarios diplomáticos no electos, que serán a su vez nombrados por un canciller no electo, que será nombrado por un presidente electo (y en general no electo en función de sus propuestas de política exterior, sino de otros múltiples factores). El vínculo entre los electores y estos funcionarios diplomáticos es y será simplemente demasiado exigüo, casi inexistente, y por lo tanto incapaz de dotar de legitimidad al sistema de gobernanza global. No basta con la representación diplomática, sino que es

---

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo: Besson, Samantha, “Institutionalising global democracy”, en Meyer, Lukas H. (ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 58-91; Bohman, James, *op. cit.*; Dryzek, John, *op. cit.*; Held, David, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995; Marks, Susan, *op. cit.*; Peters, Anne, “Dual Democracy”, en Klabbers, Jan *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 263-341; Walzer, Michael, “Governing the Globe”, *Dissent*, Fall 2000, pp. 44-52.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, Christiano, Thomas, “Democratic Legitimacy and International Institutions”, en Tasioulas, John y Besson, Samantha (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 119-137; Dahl, Robert, “Can International Organizations be Democratic? A Skeptic’s View”, en Shapiro, Ian y Hacker-Cordon, Casiano (eds.), *Democracy’s Edges*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; Kymlicka, Will, *Politics in the vernacular: Nationalism, multiculturalism, and citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Nagel, Thomas, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 33, 2005 pp. 113-147; Pettit, Philip, “Legitimate International Institutions: A Neo-Republican Perspective”, en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 139-160.

<sup>33</sup> Christiano, Thomas, *op. cit.*; Pettit, Philip, *op. cit.*

<sup>34</sup> Anne Peters afirma que “la gobernanza de múltiples niveles complica y torna más oscuras las ‘cadenas de delegación’ (ciudadanos-parlamentos-ejecutivos-funcionarios internacionales), y hace más difícil identificar a los principales a los que cada institución debería responder. En términos normativos, la idea de la *accountability* transitiva a través de los estados compartimentaliza indebidamente la *accountability* en cajas nacionales, desechando el *dédoublement fonctionnel* de los agentes de los estados que actúan en las instituciones internacionales” (Peters, Anne, *op. cit.*, p. 294).

necesario “poner en marcha mecanismos de participación en los procesos de toma de decisiones, complementarios de las estructuras representativas”.<sup>35</sup>

Esto nos lleva al tercer grupo de divergencias (*c*) que se da entre los “demócratas globales”, es decir, aquellos que entienden que la mejor forma de aumentar la legitimidad del derecho internacional es a través de la participación *directa* de los individuos —nucleados en distintos grupos, según el caso— en la creación de las normas. Aquí existen tres posiciones en cuanto a cómo debe darse esa participación. Una primera corriente, (*i*) la de la “democracia cosmopolita”, propone un modelo más bien representativo, con instituciones globales elegidas directamente por los ciudadanos del mundo;<sup>36</sup> (*ii*) una segunda corriente, la de la “democracia contestataria global”, cree que las organizaciones de la sociedad civil y otros actores no estatales deberían contar con espacios para desafiar las decisiones tomadas por el sistema interestatal (al que mantendrían vigente con tan solo algunas modificaciones),<sup>37</sup> y por último, (*iii*) una tercera corriente, la de la “democracia deliberativa global”, defiende un modelo en el cual los ciudadanos del mundo no solamente puedan desafiar las decisiones tomadas por los representantes estatales, sino también iniciar la deliberación sobre aquellos temas que les resulten pertinentes.<sup>38</sup>

Todos estos autores comparten la idea de que abrir las negociaciones de nuevas normas de derecho internacional a la sociedad civil incrementa notablemente su legitimidad, y por eso elogiarían —al menos, parcialmente—<sup>39</sup> el procedimiento de la Conferencia de Roma. Ahora bien, lo cierto es que cuando estos autores hablan de la participación de redes transnacionales de organizaciones de la sociedad civil, están pensando más en grupos como Amnistía Internacional, Greenpeace o Avaaz, y no tanto en la Federación Internacional por el Derecho a la Vida, el Instituto Católico de la Familia

---

<sup>35</sup> Martí, José Luis, *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 226.

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, Archibugi, Daniele, *The Global Commonwealth of Citizens. Toward Cosmopolitan Democracy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008; Falk, Richard y Strauss, Andrew, “On the Creation of a Global Peoples Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 1, 2000; Held, David, *op. cit.*; Martí, José Luis, “A Global Republic to Prevent Global Domination”, *Diacrítica. Revista do Centro de Estudos Humanísticos da Universidade do Minho*, vol. 24, núm. 2, 2010, pp. 31-72.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo: Dryzek, John, *op. cit.*; Habermas, Jürgen, *The Postnational Constellation. Political Essays*, Cambridge, MIT Press, 2001; Walzer, Michael, *op. cit.*

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo, Besson, Samantha, *op. cit.*; Bohman, James, *op. cit.*

<sup>39</sup> Como dice Marks, la teoría de la democracia siempre debe tener un potencial crítico, Marks, Susan, *op. cit.*, p. 109, y ciertamente hay muchas deudas pendientes incluso en procedimientos como el de la Conferencia de Roma.

y los Derechos Humanos, o el propio Vaticano.<sup>40</sup> Pero la realidad, como dice Glasius, es que “la sociedad civil global no es el ámbito exclusivo de activistas «progresistas» de los derechos humanos, ambientales, de la justicia social y los derechos de las mujeres; es también un espacio cohabitado por conservadores, anti abortistas y fundamentalistas religiosos”.<sup>41</sup> La teoría de la democracia global tiene una cuenta pendiente en relación a cómo acomodar esta diversidad en la participación. Para hacer un intento por comenzar a saldarla, en la próxima sección abrevaré en las reflexiones que sobre este punto hicieron, a nivel doméstico, los teóricos de la democracia deliberativa.

### III. LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA FRENTE A LAS VOCES RELIGIOSAS

Los dos padres fundadores de la teoría de la democracia deliberativa, John Rawls y Jürgen Habermas<sup>42</sup> —quizás, además, los dos filósofos políticos más importantes del siglo XX— han protagonizado un importante debate respecto del rol que deben ocupar los argumentos y las organizaciones religiosas en la deliberación pública democrática. En esta sección quiero recuperar algunos de sus conceptos para empezar a saldar, en la próxima, algunas de la deuda de las teorías de la democracia global.

Si bien la discusión entre Rawls y Habermas comenzó en la década de 1970, se entiende que el debate específico sobre el espacio de la religión en la deliberación pública se inició en 1993 con la publicación de *Political Liberalism*,<sup>43</sup> uno de los últimos ajustes de Rawls a su teoría de la justicia. Allí, en el capítulo 6, Rawls explica que las decisiones estatales solamente son legítimas cuando son tomadas siguiendo ciertos principios, tanto sustantivos como formales.<sup>44</sup> Entre estos últimos, uno de los requisitos es que las decisiones sean adoptadas y justificadas apelando a razones potencialmente

---

<sup>40</sup> Tampoco están pensando en las redes de la industria farmacéutica, o en la de la industria del cine, pese a que fueron ellas quienes diseñaron el terrible Acuerdo ADPICs. Véase Lavopa, Federico, *op. cit.*

<sup>41</sup> Glasius, Marlies, *op. cit.*, p. 78.

<sup>42</sup> Sobre la importancia de Rawls y Habermas para la teoría de la democracia deliberativa, véase Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Nueva Haven and London, Yale University Press, 1996; y sus obras clave Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Boston, The MIT Press, 1998; Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.

<sup>43</sup> Rawls, John, *op. cit.*

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 223–227.



aceptables por todos los ciudadanos, o “razones públicas”.<sup>45</sup> De lo contrario, se tratará de decisiones impuestas por la fuerza, e ilegítimas. De ello se deriva, a su vez, que los miembros de los partidos políticos, los candidatos en campaña, aquellos que los apoyan e incluso los ciudadanos cuando votan<sup>46</sup> tienen un “deber de civildad”, por el cual les está vedado esgrimir argumentos religiosos en el foro público, debiendo traducir sus posiciones políticas a “razones públicas” que puedan compartir con sus conciudadanos.

La respuesta de Habermas está bien presentada en un artículo publicado en el *European Journal of Philosophy* en 2006, “Religion in the Public Sphere”. Allí, el filósofo alemán explica los pormenores de la propuesta rawlsiana, reseña algunas críticas y pone en valor la que cree más importante, formulada por Nicholas Wolterstorff: “que muchos ciudadanos religiosos no podrían llevar a cabo esta división artificial en sus mentes [entre argumentos religiosos y razones públicas] sin poner en riesgo su existencia como personas piadosas”.<sup>47</sup> Habermas comparte la importancia de que las decisiones públicas sean justificadas con razones aceptables para todos, pero entiende que la carga impuesta a los creyentes de tener que traducir sus principios religiosos en argumentos seculares siempre que intervengan en la esfera pública puede: *i*) poner en riesgo su libertad religiosa, y con ello, su autonomía individual,<sup>48</sup> o bien *ii*) desincentivarlos a participar del debate público, y con ello hacerle un daño a una democracia cuya legitimidad depende de que se escuchen todas las voces.<sup>49</sup> Por lo tanto, Habermas propone un modelo en el cual los ciudadanos tienen total libertad de expresarse con argumentos religiosos en la esfera pública *informal* (donde no se toman decisiones relevantes y no se afecta la legitimidad de las normas), pero sí deben traducir estos ar-

---

<sup>45</sup> “Nuestro ejercicio de poder político es apropiado y por lo tanto justificable sólo cuando es ejercido de acuerdo con una constitución cuyos aspectos esenciales puedan ser razonablemente aceptados por todos los ciudadanos en virtud de los principios e ideales aceptables por cada uno de ellos como razonables y racionales. Este es el principio liberal de la legitimidad. Y dado que el ejercicio del poder político debe ser en sí legítimo, el ideal de ciudadanía impone un deber moral, no legal —el deber de civildad— de ser capaz de explicar los unos a los otros en aquellas cuestiones fundamentales cómo los principios y las políticas que cada uno defiende y vota pueden ser defendidos por los valores políticos de la razón pública. Este deber también incluye una voluntad de escuchar a los otros y una imparcialidad al decidir cuándo razonablemente se requieren acomodamientos a sus posiciones”, *ibidem*, 1993, p. 217.

<sup>46</sup> *Ibidem*, 1993, pp. 215, 217, 219.

<sup>47</sup> Habermas, Jürgen, “Religion in the Public Sphere”, *European Journal of Philosophy*, vol. 14, núm. 1, 2006, p. 8.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>49</sup> *Idem*, Sobre la importancia de escuchar todas las voces, véase Habermas, Jürgen, “*Between Facts...*”, *cit.*



gumentos a razones seculares en caso de querer usarlos en la esfera pública *formal*, es decir, en los espacios institucionales, como “los parlamentos, las cortes, los ministerios o las administraciones”.<sup>50</sup> En Habermas, entonces, el “deber de civilidad” tiene dos diferencias con aquel rawlsiano: primero, se aplica sólo a la esfera pública formal, y segundo, es bidireccional, en tanto no sólo los creyentes tienen un deber de traducir sus argumentos para utilizarlos en el plano institucional, sino que los no creyentes tienen también un deber de tomar estos argumentos y considerar seriamente las razones públicas que se encuentran detrás de ellos.<sup>51</sup>

Por supuesto, el debate filosófico-político en torno a estas cuestiones no se agotó con estos dos autores, y en los últimos veinte años han habido numerosos aportes en relación al tema.<sup>52</sup> No obstante, las propuestas de Rawls y Habermas siguen siendo el punto de referencia respecto del cual cada uno de los autores posteriores fue realizando ajustes, y es por eso que los tomaré como eje para analizar el caso de la religión en el debate público *global*.

#### IV. LAS INSTITUCIONES RELIGIOSAS EN LA CREACIÓN DE UN DERECHO INTERNACIONAL MÁS LEGÍTIMO: DOS LÍMITES A SU DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

Al comienzo del trabajo dije que mi objetivo era considerar el espacio que debían ocupar las organizaciones religiosas en el modelo ideal de debate público global. Creo que a esta altura puedo precisar la cuestión en dos subpreguntas: primero, *si* deben poder participar, y segundo, en todo caso, *cómo* deben poder participar.

En relación con la primera pregunta, me parece que la respuesta es evidente. Si nos tomamos en serio la idea de que la democracia está fundada en un argumento de igualdad, en considerar que cada ciudadano vale tanto como los demás, venga de donde venga y sea como sea, entonces no hay ningún margen para excluir a nadie del debate público, bajo ningún pretexto. Esa es la principal lección tomada del desarrollo realizado en el primer apartado, respecto de las teorías de la democracia global: como cada ciudadano

---

<sup>50</sup> Habermas, Jürgen, “Religion in the Public...”, *cit.*, p. 9.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, Audi, Robert, “The Place of Religious Argument in a Free and Democratic Society”, *San Diego Law Review*, vol. 30, 1993, pp. 677-702; Lafont, Cristina, “Religion and the Public Sphere. What are the Deliberative Obligations of Democratic Citizenship?”, *Philosophy & Social Criticism*, vol. 35, núm. 1-2, 2009 pp. 127-150; Waldron, Jeremy, *God, Locke and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

cuenta, todos deben poder participar. En esto coincido con Marlies Glasius, quien pensando en el caso concreto de la Conferencia de Roma afirma que:

Si uno cree que existe este derecho a participar o a interactuar, y si las Naciones Unidas son serias y sinceras sobre ser “abiertas a la sociedad civil”, entonces deberían ser abiertas a todos los representantes de la sociedad civil, y no solo a aquellos que sean vistos como más deseables por la mayor parte de los delegados. Excluir a ciertos tipos de grupos de la participación infringiría el derecho a participar. Si los grupos de mujeres tienen un derecho a estar activos en foros como las negociaciones de la CPI —y han peleado duro por ese derecho— entonces también lo tienen los grupos pro familia.<sup>53</sup>

Ahora bien, lo que Glasius no analiza es lo que planteo como la segunda pregunta, es decir, en qué condiciones debe darse esta participación. Mi intuición es que es éste, y no el otro punto, el que genera incomodidad entre los diplomáticos y los demás miembros de la sociedad civil en relación a la participación de los grupos religiosos. En particular, y recuperando los conceptos analizados en el segundo apartado de este artículo, creo que son dos cuestiones las que molestan a los demás participantes: por un lado, el desbalance entre estas organizaciones y otras organizaciones no gubernamentales, debido al rol del Vaticano; y, por otro lado, la utilización de argumentos religiosos en el debate público. Ambos cuestionamientos parecen razonables. A continuación argumentaré que, si se quisiera preservar la legitimidad del debate público global, los organizadores de conferencias como la que aprobó el Estatuto de Roma deberían establecer regulaciones en torno a estos puntos.

### 1. *Participación igualitaria: el Vaticano como Estado o como ONG*

Los teóricos de la democracia global no proponen, en general, deshacerse de los Estados. La mayor parte de ellos está de acuerdo con lo que Anne Peters describe como un modelo de “democracia dual”: se debería fortalecer y mejorar la representación democrática de los individuos a través de los esquemas estatales, al mismo tiempo que se generan espacios democráticos de participación directa en los procesos de toma de decisiones globales.<sup>54</sup> La decisión de no abandonar el sistema interestatal se justifica en razones prácticas, pero sobre todo en razones democráticas: pese a todos

---

<sup>53</sup> Glasius, Marlies, *op. cit.*, p. 92.

<sup>54</sup> Véase, en general, Peters, Anne, *op. cit.*

sus déficits, los Estados, explica Peters, “son los representantes políticos formalmente constituidos de grupos identificables (las naciones). Son los mediadores entre seis mil millones de personas y las instituciones globales”.<sup>55</sup> El rol prioritario de los Estados en el proceso de creación del derecho internacional se debe, entonces, a que éstos representan a sus ciudadanos, a su “legitimidad transitiva”.<sup>56</sup>

Ahora bien, si esto es así, ¿por qué el Vaticano debería compartir con los Estados ese rol especial, si no tiene una ciudadanía a la que representar? Yasmin Abdullah realiza un análisis detallado de la “estatalidad” del Vaticano, que le otorga beneficios en la creación del derecho internacional, y concluye que “en última instancia, el Vaticano no es un Estado sino una religión, y por lo tanto debería ser tratado como una ONG en futuras conferencias de Naciones Unidas. Es indeseable abrirles las puertas de las Naciones Unidas a las religiones actuando bajo el disfraz de Estados”.<sup>57</sup>

Para garantizar que todos tengan la misma voz en el proceso de creación del derecho internacional, entonces, los organizadores de las conferencias interestatales deberían negarle el status de Estado al Vaticano, y permitirle participar como lo que verdaderamente es, es decir, una organización no gubernamental religiosa.

## 2. Traducción de las posiciones religiosas a argumentos seculares

El segundo punto tiene que ver con la utilización de argumentos religiosos en la esfera pública global. Sea que se adopte una postura rawlsiana o una habermasiana, en ningún caso debería ser admisible que los partici-

---

<sup>55</sup> “Deshacerse de los estados implicaría una única comunidad política global, que sería remota para los ciudadanos, inevitablemente inflexible y complicada; en suma, no operacional. Los estados y otras unidades políticas locales poseen mayor conocimiento respecto de los asuntos locales que las instituciones globales, y pueden actuar más rápido. Pero los estados no solamente son necesarios para la acción política efectiva, sino también por razones democráticas. Ellos son los representantes políticos formalmente constituidos de grupos identificables (las naciones). Son los mediadores entre seis mil millones de personas y las instituciones globales. Por lo tanto, el orden constitucional global debería, *inter alia*, basarse en la soberanía estatal, expresando la soberanía popular, como fuente de legitimidad. Todo esto significa que el orden constitucional global no debería ser una democracia sin estados, sino que debería basarse en los propios estados, y que esos estados deberían ser democratizados. Los estados democráticos pueden contribuir a la democracia global en dos niveles: dentro de los Estados, donde las decisiones deben ser tomadas democráticamente; y en el plano internacional, los estados democráticos representan a sus ciudadanos”, *ibidem*, p. 272.

<sup>56</sup> Christiano, Thomas, *op. cit.*

<sup>57</sup> Abdullah, Yasmin, *op. cit.*, p. 1875.

pantes en conferencias como la que tuvo lugar en Roma en 1998 puedan apelar a argumentos religiosos para justificar la adopción de ciertas normas internacionales. En todo caso, un habermasiano admitiría que las organizaciones no gubernamentales puedan expresar sus preocupaciones espirituales en esos términos en el plano informal, a través de comunicados o apelaciones en los medios, pero de ningún modo podrían utilizar este tipo de argumentos en las salas de reunión o los pasillos de la conferencia. De lo contrario, se estaría vulnerando el debate público global y, aún peor, se les estaría imponiendo a los ciudadanos del mundo normas de un modo completamente ilegítimo, basado en razones que jamás aceptarían.

Por lo tanto, las reglas de participación en conferencias como la de Roma deberían establecer que los distintos actores pueden apelar a cualquier tipo de razón pública en sus argumentos, pero no a doctrinas comprensivas y argumentos religiosos. Los moderadores deberían hacer uso de sus facultades para frenar a todos aquellos que infringieran estas normas, garantizando que las decisiones que se tomen sean resultado de un verdadero debate de argumentos, y no en un mero intercambio de proclamas imposibles de compartir por todos los ciudadanos del mundo.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ABDULLAH, Yasmin, “The Holy See at United Nations Conferences: State or Church?”, *Columbia Law Review*, vol. 96, núm. 7, 1996.
- ALLOTT, Philip, *The Health of Nations. Society and Law Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- ARCHIBUGI, Daniele, *The Global Commonwealth of Citizens. Toward Cosmopolitan Democracy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.
- AUDI, Robert, “The Place of Religious Argument in a Free and Democratic Society”, *San Diego Law Review*, vol. 30, 1993.
- BEITZ, Charles, “Rawls’s Law of Peoples”, *Ethics*, vol. 110, núm. 4, 2000.
- BESSON, Samantha, “Institutionalising Global Democracy”, en MEYER, Lukas H. (ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- BOHMAN, James, *Democracy Across Borders. From Dêmos to Dêmoi*, Cambridge-Londres, The MIT Press, 2007.
- BOYLE, Alan y CHINKIN, Christine, *The Making of International Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2007.

- BRUNÉE, Jutta, "Consent", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, octubre de 2010.
- BUCHANAN, Allen, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- CHARLESWORTH, Hillary, "The Gender of International Law, Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 93, 1999.
- CHARLESWORTH, Hillary, "Women as Sherpas: Are Global Summits Useful for Women?", *Feminist Studies*, vol. 22, núm. 3, 1996.
- CHRISTIANO, Thomas, "Democratic Legitimacy and International Institutions", en TASIIOULAS, John y BESSON, Samantha (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- DAHL, Robert, "Can International Organizations be Democratic? A Skeptic's View", en SHAPIRO, Ian y HACKER-CORDON, Casiano (eds.), *Democracy's Edges*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- DRYZEK, John, *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- FALK, Richard y STRAUSS, Andrew, "On the Creation of a Global Peoples Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty", *Stanford Journal of International Law*, vol. 1, 2000.
- GLASIUS, Marlies, *The International Criminal Court: A global Civil Society Achievement*, Londres/Nueva York, Routledge, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Boston, The MIT Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, "Religion in the Public Sphere", *European Journal of Philosophy*, vol. 14, núm. 1, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *The Postnational Constellation. Political Essays*, Cambridge, MIT Press, 2001.
- HELD, David, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995.
- HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1994.
- KAMMERHOFER, Jörg, "International Legal Positivism", en HOFFMANN, Florian y ORFORD, Anne (eds.), *Oxford Handbook of International Legal Theory* (forthcoming), Oxford, Oxford University Press, 2014.
- KLEINLEIN, Thomas, "Non-State Actors from an International Constitutional Perspective. Participation Matters!", en D'ASPREMONT, Jean (ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple Perspectives On Non-State Actors in International Law*, London and Nueva York, Routledge, 2011.

- KOSKENNIEMI, Martti, “Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, *Rechtsgeschichte*, vol. 19, núm. 1, 2011.
- KUPER, Andrew, “Rawlsian Global Justice: Beyond the Law of Peoples to a Cosmopolitan Law of Persons”, *Political Theory*, vol. 28, núm. 5, 2000.
- KYMLICKA, Will, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- LACHENMANN, Frauke, “Legal Positivism”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2011.
- LAFONT, Cristina, “Religion and the Public Sphere. What are the Deliberative Obligations of Democratic Citizenship?”, *Philosophy & Social Criticism*, vol. 35, núm. 1-2, 2009.
- LAVOPA, Federico, “La delgada línea entre los «sujetos» y los «actores» del derecho internacional público en tiempos de globalización. El caso de la alianza transnacional de empresarios en la negociación del Acuerdo sobre Aspectos Relacionados con el Comercio de la Propiedad”, en PINTO, Mónica (ed.), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- LEHR-LEHNARDT, Rana, “One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *BYU Journal of Public Law*, vol. XVI, 2002.
- MACDONALD, Terry, *Global Stakeholder Democracy. Power and Representation Beyond Liberal States*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- MAISLEY, Nahuel, “Completando un proyecto inconcluso. Una propuesta de aplicación de la teoría de la democracia deliberativa de Carlos Nino al plano global”, *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, 2014.
- MAISLEY, Nahuel, “¿Oportunidad u obstáculo? El incipiente derecho a la participación pública en asuntos ambientales globales, a la luz de la teoría de la democracia cosmopolita”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, vol. 2, núm. 1, 2013.
- MAISLEY, Nahuel, “The Case for Large Participatory Conferences as a Means of Decision Making in International Environmental Law”, *Environmental Claims Journal*, vol. 25, núm. 2, 2013.
- MARKS, Susan, *The Riddle of All Constitutions. International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- MARTÍ, José Luis, “A global Republic to Prevent Global domination”, *Diacrítica. Revista do Centro de Estudos Humanísticos da Universidade do Minho*, vol. 24, núm. 2, 2010.

- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- NAGEL, Thomas, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 33, 2005.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- NINO, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Nueva Haven y Londres, Yale University Press, 1996.
- OOSTERVELD, Valerie, “The Definition of «Gender» in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 2005.
- PETERS, Anne, “Dual Democracy”, en Klabbers, Jan *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- PETTIT, Philip, “Legitimate International Institutions: A Neo-Republican Perspective”, en BESSON, Samantha y TASIOLAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- POGGE, Thomas, “The Incoherence Between Rawls’s Theories of Justice”, *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 5, 2004.
- PORTMANN, Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- RAWLS, John, *Political liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John, *The Law of Peoples (with The Idea of Public Reason Revisited)*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- SCHABAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, 5a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- WALDRON, Jeremy, *God, Locke and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- WALZER, Michael, “Governing the Globe”, *Dissent*, Fall 2000.
- WESTDICKENBERG, Gerd, “The Holy See”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, junio de 2006.
- WOLFRUM, Rüdiger, *Legitimacy in International Law*, Berlin, Heidelberg y Nueva York, Springer, 2008.

CUARTA PARTE

AUTONOMÍA Y RELIGIÓN.  
EL CASO DE LA EDUCACIÓN RELIGIOSA  
Y EL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS



## CATOLICISMO Y EDUCACIÓN EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS DE LA LEY DE EDUCACIÓN DE SALTA

SOL PRIETO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *“¿Y quiénes educaban? Los curas”*. III. *Recapitulación y discusión*. IV. *Bibliografía*.

El objetivo de este trabajo es estudiar cómo las memorias colectivas sobre las provincias se movilizan y generan ideas sobre las mismas que se plasman en políticas públicas educativas, sobre todo, en lo que refiere al vínculo entre educación y religión (en particular, el catolicismo). Para cumplir con esta meta, se seleccionó una estrategia de estudio de caso basada en el debate parlamentario de la ley de educación en Salta. Sobre esta base se estudiaron las versiones taquigráficas de los debates en las cámaras de diputados y senadores de dicha provincia a partir de la técnica de análisis del discurso, específicamente a través del análisis de contenido. En este análisis se rastrearon fundamentalmente tres cuestiones: referencias de los diputados al origen de Salta, a la idea de provincia, y a la incorporación de la enseñanza religiosa en la educación estatal como materia obligatoria.

### I. INTRODUCCIÓN

La relación entre religión y educación fue reiteradas veces un campo de disputa en la política argentina. Una disputa no sólo entre dos instituciones que intentan permanentemente proyectarse hacia la sociedad como un todo,<sup>1</sup> como son el Estado y la Iglesia católica, sino también una disputa entre élites que, en

---

<sup>1</sup> Esquivel, Juan, *Detrás de los muros. La Iglesia católica en tiempos de Alfonsín y Menem (1983-1999)*, Buenos Aires, UNQ, 2004.

diferentes momentos de la historia, propusieron diferentes ideas de nación<sup>2</sup> que sustentaron distintos proyectos políticos.

Si bien existieron momentos claves en la historia argentina en los cuales estas diferentes ideas de nación se opusieron con más fuerza que en otros (momentos como el rosismo, el gobierno de Julio Argentino Roca, el primer gobierno de Yrigoyen, el peronismo, etcétera), las representaciones antagónicas surgidas al calor de estas disputas siguen permeando con fuerza los discursos políticos en Argentina.<sup>3</sup>

En estas representaciones sobre la nación, los discursos sobre el rol de lo religioso, lo trascendente y, en algunos casos, la Iglesia, tienen un lugar central. Esto sucede especialmente en los temas que resultan “sensibles”<sup>4</sup> para el catolicismo argentino, tales como la bioética,<sup>5</sup> la educación,<sup>6</sup> los derechos sexuales y reproductivos,<sup>7</sup> la moral familiar y las instituciones políticas que la rigen,<sup>8</sup> el uso de drogas,<sup>9</sup> etcétera.

---

<sup>2</sup> Levita, Gabriel, *Elites políticas y nación: trayectorias sociales y representaciones sobre lo nacional de los senadores (2001-2011)*, tesis en cotutela para optar por el título de doctor en ciencias sociales (FSOC, UBA)/Docteur en Études Politiques (EHESS), Buenos Aires, mimeo, 2014; Perrochena, Camila, *La historia en la disputa política: los usos del pasado en el primer gobierno de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2011)*, tesis para optar por el título de magister en ciencia política (UTDT), Buenos Aires, mimeo, 2016.

<sup>3</sup> Mallimaci, Fortunato, *El mito de la Argentina laica. Catolicismo, política y Estado*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2015; Levita, Gabriel, *cit.*

<sup>4</sup> Esquivel, Juan, “Detrás de los muros...”, *cit.*

<sup>5</sup> Irrazábal, Gabriela, “Bioética y catolicismo. Dificultades en torno a la constitución de una identidad colectiva”, *Religiao e sociedade*, vol. 30, núm. 1, 2010, pp. 101-116; Irrazábal, Gabriela, “Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura Reforma del Código Civil en Argentina”, *Revista de Derecho de Familia*, vol. 57, núm. 1, 2012, 113-131.

<sup>6</sup> Torres, Germán, “El catolicismo en el discurso educativo argentino: del Congreso Pedagógico Nacional a la Ley Federal de Educación (1984-1993)” *Discurso & Sociedad*, vol. 8, núm. 2, 2014, pp. 350-375; Prieto, Sol, “The Relation Between Church and State in Argentina: A Study on the Educational System”, *Danubius*, vol. XXXII, 2013, pp. 137-167.

<sup>7</sup> Esquivel, Juan, “Religión y política: la influencia religiosa sobre las definiciones parlamentarias en materia de derechos sexuales y reproductivos”, en Esquivel y Vaggione, Juan Marco, *Permeabilidades activas. Religión, política y sexualidad en la Argentina democrática*, Buenos Aires, 2015, pp. 19-34; Jones, Daniel, “La participación política de actores religiosos: los evangélicos frente a los derechos sexuales y reproductivos (2003-2010)”, en Esquivel y Vaggione, Juan Marco: *Permeabilidades activas. Religión, política y sexualidad en la argentina democrática*, Buenos Aires, 2015.

<sup>8</sup> Vaggione, Juan Marco, “Reactive Politicization and Religious Dissidence. The Political Mutations of the Religious in Social Theory and Practice”. *Social Theory and Practice*, vol. 31, núm. 2, 2005, pp. 233-255.

<sup>9</sup> Cunial, Santiago, “Enmarcando cuestiones controvertidas: el uso de drogas como problema de política pública en Argentina”, *Revista Ciencia Política*, vol. 10, 2015, pp. 267-294.

El argumento de este trabajo es que estas representaciones sobre el rol de la religión se articulan en memorias colectivas más amplias<sup>10</sup> que se plasman en representaciones o ideas de provincia<sup>11</sup> que se ponen en juego en los marcos o *framings*<sup>12</sup> a través de los cuales se piensan las políticas públicas educativas. Este argumento requiere de tres aclaraciones conceptuales.

En primer lugar, entiendo por “memoria colectiva” aquello comprendido por la definición de Halbwachs,<sup>13</sup> esto es, una memoria social que consiste en “una corriente de pensamiento continuo, de una continuidad que no tiene nada de artificial, ya que del pasado sólo retiene lo que aún queda vivo de él o es capaz de vivir en la conciencia del grupo que la mantiene. Por definición, no va más allá de los límites del grupo”.<sup>14</sup> Un punto importante acerca de la memoria colectiva, como algo diferente y en cierta forma opuesto a la historia, es que en este desarrollo continuo de la memoria colectiva:

No hay líneas de separación claramente trazadas, como en la historia, sino simplemente límites irregulares e inciertos. El presente (entendido como algo que se extiende a lo largo de una duración determinada, que interesa a la sociedad actual) no se opone al pasado del mismo modo que se distinguen dos periodos históricos vecinos... La memoria de una sociedad se extiende hasta donde puede, es decir, hasta donde alcanza la memoria de los grupos que la componen.<sup>15</sup>

En otras palabras, la idea de memoria colectiva se sustenta sobre la premisa de que toda la memoria, inclusive la individual, es social y es en cierta forma una materia viviente, dado que depende siempre de un grupo que la sustenta y la construye constantemente en función de las condiciones en las cuales dicho grupo se encuentra y sus intereses y proyecciones utópicas.

En segundo lugar, entiendo por “idea de provincia” un concepto semejante a la idea de nación de Anderson, es decir, “una comunidad política imaginada como inherentemente limitada y soberana”.<sup>16</sup> Esta defini-

---

<sup>10</sup> Halbwachs, Maurice, *La memoria colectiva*, Zaragoza, Prensas universitarias de Zaragoza, 2004.

<sup>11</sup> Anderson, Benedict, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Distrito Federal, Fondo de Cultura Económica, 1993.

<sup>12</sup> Rein, Martin y Schön, Donald, “Reframing Policy Discourse”, Fischer, F. y Forester, J. (eds.), *The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning*, Londres, UCL Press, 1993.

<sup>13</sup> Halbwachs, Maurice, *op. cit.*

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>16</sup> Anderson, Benedict, *op. cit.*, p. 21.

ción implica cuatro cuestiones que hay que considerar para comprenderla. Primero, esta comunidad política es *imaginada* porque “aún los miembros de la nación más pequeña no conocerán jamás a la mayoría de sus compatriotas, no los verán ni oirán siquiera hablar de ellos, pero en la mente de cada uno vive la imagen de su comunión... Todas las comunidades mayores que las aldeas primordiales de contacto directo (y quizá incluso éstas) son imaginadas”.<sup>17</sup> En otras palabras, todas las naciones (en este caso, las provincias) constituyen comunidades imaginadas porque es imposible que todos sus miembros se conozcan entre sí. Segundo, la nación (en este caso, la provincia) se imagina *limitada* porque “incluso la mayor de ellas, que alberga tal vez a mil millones de seres humanos vivos, tiene fronteras finitas, aunque elásticas, más allá de las cuales se encuentran otras naciones”.<sup>18</sup> Esto significa que aún el discurso nacionalista (o provincialista) más mesiánico reconoce límites a su comunidad imaginada. Esto los distingue de los discursos religiosos y de los discursos imperiales. Tercero, se imagina *soberana* porque la soberanía política reside en ella misma y no en otros fundamentos exógenos (por ejemplo, divinos).<sup>19</sup> Por último, la nación (o provincia) se imagina como *comunidad* porque, independientemente de las desigualdades y enfrentamientos presentes en cada caso, esta se concibe siempre como un compañerismo profundo y horizontal.<sup>20</sup> De acuerdo a Anderson, es este compañerismo el que explica que millones de personas hayan estado dispuestas a matar y morir por “una imaginación tan limitada”.<sup>21</sup> Incluso este punto es extensible también a las ideas de provincia, sobre todo en los casos de guerras civiles como las argentinas (1814-1880), la estadounidense (1861-1865), la irlandesa (1922-1923), etcétera.

En tercer lugar, entiendo por *framing* o encuadramiento en políticas públicas la manera de seleccionar, organizar, interpretar y darle sentido a la realidad para proveerla de guías de acción.<sup>22</sup> Este proceso opera a nivel macro (es decir, a nivel de las construcciones que comparte una sociedad), a nivel intermedio (cuando la unidad de análisis son grupos de actores o ámbitos de políticas públicas) y a nivel micro (interpretaciones de actores individuales).<sup>23</sup> Desde este punto de vista, las políticas públicas pueden estu-

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 25.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> Rein y Schön, *op. cit.*, p.146.

<sup>23</sup> Dombos, Tamás, *Critical Frame Analysis: a Comparative Methodology for the QUING Project*, Budapest, Center for Policy Studies/Central European University, 2012.

diarse como interpretaciones que remarcan o plantean como “verdaderas” ciertas partes de la realidad en detrimento de otras y producen, en base a esa selección, una serie de prescripciones normativas. Por lo tanto, toda política pública descansa, desde esta perspectiva, en ciertas estructuras de creencias, percepciones y representaciones, denominadas marcos.

En base a estas definiciones, el argumento que guía este estudio es que los marcos a través de los cuales los legisladores de las provincias prescriben sus políticas educativas, específicamente en lo que se refiere al tipo de vínculo entre educación y religión, están permeados por una idea de provincia que, a su vez, se sostiene sobre una noción de pasado o memoria colectiva de la provincia.

El objetivo de este trabajo es estudiar cómo las memorias colectivas sobre las provincias se movilizan y generan ideas sobre las mismas que se plasman en políticas públicas educativas en las provincias argentinas, sobre todo, en lo que refiere al vínculo entre educación y religión. A partir de esto, analizaré el modo en el cual estos tres componentes (memoria colectiva sobre el origen, ideas de provincia y encuadramiento de la relación entre religión y educación) afectan a la laicidad del Estado, entendida como un régimen de convivencia en el cual se cumple con tres condiciones fundamentales: el respeto a la libertad de conciencia, la autonomía de lo político frente a lo religioso, y la garantía de igualdad y no discriminación.

Para cumplir con esta meta, elegí una estrategia de estudio de caso basada en el estudio del debate legislativo de la última ley de educación de Salta. El criterio de selección del caso fue la manera en la cual la ley de educación de esta provincia prescribe la presencia de la educación religiosa en las escuelas estatales, dado que se trata de una provincia en la que la ley establece la educación religiosa como materia obligatoria y por lo tanto curricular en las escuelas estatales.

Una vez seleccionado este caso, se estudiaron las versiones taquigráficas de los debates de ambas cámaras sobre la última ley de educación sancionada en Salta. La selección de esta fuente obedece a que los debates legislativos, tanto nacionales como provinciales, cumplen con la condición de “centralidad del plenario”,<sup>24</sup> debido a que ponen a todos los actores en una misma situación, en la que están condicionados por el mismo tiempo máximo disponible para expresarse y por las mismas normas rígidas.<sup>25</sup> En

---

<sup>24</sup> Cox, Gary, “The Organization of Democratic Legislatures”, Weingast, Barry y Wittman, Donald, *The Oxford Handbook of Political Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

<sup>25</sup> *Idem.*

otras palabras, los debates nos presentan las posiciones de los legisladores provinciales dispuestas en un mismo momento y en un mismo lugar en cada legislatura, lo cual permite observar discusiones en las que todos los actores se orientan en función de los mismos temas. El hecho de que no todos los legisladores hablen en los debates no afecta el análisis de las representaciones de las provincias dado que, como las unidades de la comparación son las provincias y no los diputados ni los partidos, las posiciones expresadas pueden considerarse como parte de la pluralidad de opiniones presentes en cada plenario.

En el marco de esta estrategia de estudio de caso, la legislatura provincial es la unidad de recolección de datos y las versiones taquigráficas de los debates son las fuentes. La técnica seleccionada fue el análisis del discurso, más específicamente, el análisis de contenido.

Este trabajo se organiza de la siguiente manera. En el segundo apartado se rastrean y enuncian los diferentes discursos de memoria colectiva presentes en el debate de la Ley de Educación en Salta (subapartado II.1), así como las ideas de provincia que circularon en las legislaturas salteñas (subapartado II.2), y los discursos sobre encuadramiento de la política pública educativa en relación al vínculo entre educación y religión (subapartado II.3). En el tercer apartado se sistematizan los hallazgos y conclusiones de esta investigación. Por último, se presenta la bibliografía consultada.

## II. “¿Y QUIÉNES EDUCABAN? LOS CURAS”

La memoria social en las comunidades políticas y, sobre todo, en los relatos políticos sobre el pasado, constituye “una construcción social viva”<sup>26</sup> sobre la base de los intereses que dicha comunidad posee en el presente. Pero esta construcción, en el caso de las legislaturas y en cierta forma de todas las comunidades políticas, no es homogénea *a priori* sino que su homogeneidad, plasmada en el caso de los cuerpos legislativos en el texto de las leyes, es el producto de disputas y relaciones de fuerza política. Si estas disputas representan disputas sociales más amplias que se dan en la sociedad civil o si, por lo contrario, tienen “vida propia” en el marco de la sociedad política, es una discusión que excede los límites del presente estudio. Sin embargo, estudiar cómo la memoria de los orígenes y las representaciones sobre el pasado de Salta influyeron en las representaciones o ideas de provincia presentes en los

---

<sup>26</sup> Giménez Béliveau, Verónica, *Católicos militantes. Sujeto, comunidad e institución en la Argentina*, Buenos Aires, EUDEBA, 2016.

debates y, a su vez, cómo estas permearon el encuadramiento de la política pública educativa delineada en cada legislación educativa, específicamente en lo que refiere a las relaciones entre educación y religión, puede ser, a la luz de la comparación con los demás casos, un termómetro privilegiado acerca de las diversas representaciones presentes en cada comunidad política en un sentido más amplio.

Las intervenciones de los legisladores en las dos cámaras salteñas marcaron más que en cualquier otro caso de los analizados una memoria de los orígenes de la provincia muy centrada en la fusión simbiótica entre el poder político y el religioso<sup>27</sup> durante el período colonial. Esa fusión entre el poder temporal y el poder divino aparece en los relatos y representaciones como una simbiosis vinculada a un orden social que era beneficioso para la comunidad salteña pero que se fue disolviendo a lo largo del tiempo en el marco de una crisis de valores.

A partir de esta construcción de memoria social, Salta es representada como una provincia homogéneamente católica que, sin embargo, cuenta con una serie de problemas morales y económicos, aunque estos últimos quedarían explicados, de acuerdo al discurso mayoritario, por los primeros. En el marco de este relato, el ser una provincia homogéneamente católica la diferencia del resto de las provincias: Salta es una provincia “particular” y diferente de Argentina (en parte asimilando Argentina a Buenos Aires), por lo que su legislación respecto a la relación entre religión y educación no debe coincidir necesariamente con la legislación nacional. Sobre estas representaciones de la memoria colectiva y de la idea de provincia, se sostiene un encuadramiento de la política pública educativa en el cual la religión es una pieza clave en la restauración moral que Salta necesita.

Estas son, presentadas de una forma muy sintetizada, las representaciones que más circularon en el debate de la última ley de educación de Salta. Las mismas, junto otras representaciones minoritarias que también aparecieron en el relato, son tratadas en los siguientes subapartados.

### 1. *Memoria de los orígenes de Salta: simbiosis entre poder político y poder religioso en la fundación de la ciudad de Salta*

Una idea central en las representaciones sobre los orígenes de Salta es que su fundación, anterior al surgimiento del Virreinato del Río de la

---

<sup>27</sup> Esquivel, Juan, “Cultura política y poder eclesiástico. Encrucijadas para la construcción del Estado laico en Argentina”, *Archives de sciences sociales des religions*, vol. 146, 2009, pp. 41-59.

Plata y obviamente anterior a todas las revoluciones independentistas y a la Argentina como nación, estuvo marcada por la simbiosis entre el poder religioso y el poder político propia de la época colonial.<sup>28</sup> De este modo, la escena de la fundación de la ciudad de Salta por parte de Hernando de Lerma aparece como una imagen en la cual está contenido un “destino”<sup>29</sup> de imbricación entre lo católico y lo salteño. En esta escena “primigenia” que transcurre en 1582, Salta es fundada por Lerma y “un sacerdote”:

Pero les voy a comentar una cosa más: *al frente, en la plaza, tenemos la estatua del fundador de Salta, del licenciado Hernando de Lerma. Cuando él llegó a Salta lo hizo con un sacerdote*, se empezó la evangelización y posteriormente con la educación y *¿quiénes educaban?*, los curas. Así que la realidad es que desde la Colonia en adelante la educación religiosa estuvo presente en los claustros de la provincia de Salta. (Diputado San Millán, VT).<sup>30</sup>

La memoria colectiva, por su carácter social y de construcción viva, a diferencia de la historia, nunca puede ser falsa. No existen memorias colectivas falsas así como tampoco existen memorias verdaderas. La idea de que una memoria es “falsa” o “incompleta” puede considerarse más bien como una categoría nativa, dado que a menudo esta noción está presente en los grupos que disputan entre sí la construcción de una memoria colectiva legítima. Precisamente para dar cuenta de este carácter de construcción social de la memoria es importante referirme brevemente a la evidencia histórica respecto a la fundación de la ciudad de Salta. De acuerdo a los apuntes históricos de Zorregueta [1876] en los que se consigna el acta de fundación de la ciudad, Lerma dio su discurso y plantó la bandera española fundando la ciudad de Salta “en presencia de todo su campo, capitanes y soldados”.<sup>31</sup> Luego se enumera a varios sacerdotes y capitanes que, siguiendo al autor, acudieron con Lerma y sus soldados a la fundación de la ciudad:

Siendo testigos que se hallaron presentes el Reverendísimo Señor Obispo D. Fray Francisco de la Victoria de estas Provincias, é D. Francisco de Salcedo, Dean de la Catedral de Santiago del Estero, de estas provincias é D. Pedrero de Trero, chantre de la dicha Santa Yglesia, é Fray Nicolas Gomez, Comendador de la Orden de Nuestra Señora de las Mercedes, de estas Provincias,

<sup>28</sup> Esquivel, Juan, “Detrás de los muros...”, *cit.*; Esquivel, Juan, “Cultura política...”, *cit.*

<sup>29</sup> Halbwachs, Maurice, *op. cit.*, p. 104.

<sup>30</sup> El resaltado es mío, al igual que en los siguientes fragmentos de la versión taquigráfica utilizados para ilustrar los conceptos presentes en este artículo.

<sup>31</sup> Zorregueta, Mariano, *Apuntes históricos de la provincia de Salta en la época del coloniaje*, Salta, Universidad Católica de Salta-EUCASA, 2008, p. 22.



é Fray Bartolomé de la Cruz, de la Órden del Señor San Francisco, é los capitanes Lorenzo Rodriguez, Bartolomé Valero, Juan Perez Moreno, Alonso Abal, Juan Rodriguez Pinoco, Gornímo Garcia de la Jarra, é otros vecinos, soldados é caballeros que presentes se hallaron en esta Gobernacion. Y como así pasó su Señoria el Sr. Gobernador pidió testimonio a mi el presente Escribano para informar a S. M é à su Virrey del Perú é Reales Audiencias, y lo firmó de su nombre —El Licenciado Hernando de Lerma—. Por ante mi, Rodrigo Pereira.<sup>32</sup>

A la luz de esta evidencia presentada en el acta de fundación, de acuerdo a la cual hubo mucha gente presente en la ceremonia a través de la cual se “fundó” la ciudad, la afirmación del Diputado San Millán de que “cuando llegó a Salta [Hernando de Lerma] lo hizo con un sacerdote” debe ser comprendida como el desarrollo de una memoria del origen de Salta que apunta a reafirmar un destino católico que, para realizarse, requiere ser plasmado en la ley de educación a través de la incorporación de la enseñanza religiosa en las escuelas estatales. En otras palabras, aunque hubiese muchos más sacerdotes y autoridades seculares (soldados, capitanes, un escribano que consigna el acta de fundación, vecinos, etcétera) presentes en la ceremonia de fundación de la ciudad, la memoria colectiva resguarda como personajes principales en la escena de la fundación de Salta al gobernador de Tucumán (Lerma) y a “un sacerdote” (el obispo Victoria) porque la construcción del pasado requiere que el poder religioso y el poder político, en esta escena originaria, estén unidos.

De este modo, un representante del poder temporal (el gobernador de Tucumán) y un representante del poder religioso (el obispo) fundando juntos la ciudad, funcionan como un símbolo de la simbiosis entre estos dos poderes durante la colonización, simbiosis que se proyecta hacia el presente y propone, a la vez, un futuro. Incluso la propia ubicación del origen de la provincia de Salta en la fundación de la ciudad de Salta en 1582, es decir, casi 300 años antes de la existencia de Salta como provincia argentina, abona también a esta construcción, dado que la relación simbiótica entre poder terrenal y divino es propia de la época de la Colonia y, en cambio, no puede encontrarse con tanta fuerza en el período de desarrollo del Estado nacional.

Este pasado legítimo (y legitimador) de la comunidad política está plasmado, a su vez, en la autoridad de un texto que reproduce esta memoria y la amplía hacia el futuro: la Constitución de Salta. La primera Constitución de

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 22 y 23.

la provincia data de 1855. Las últimas reformas democráticas se hicieron en 1986 y 1998. La incursión de la educación religiosa en las escuelas públicas siempre estuvo presente en el texto constitucional de 1855 y fue refrendada por la reforma de 1986, la cual establece en el Artículo 49 que los padres (o eventualmente los tutores) tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa “que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. En suma, la creación una memoria colectiva sobre el origen de Salta en la cual el poder religioso y el poder político aparecen fundidos en un mismo acto fundacional fue legitimada por las sucesivas Constituciones provinciales. De este modo, el texto la propia Constitución funciona, al mismo tiempo, como una fuente de autoridad que legitima la memoria sobre el origen, y como un “testimonio”<sup>33</sup> sobre el destino del grupo, que debe realizarse en la ley que se está debatiendo en la Legislatura:

El Bloque San Martín va a votar en forma positiva este proyecto de ley de Educación según el dictamen de comisión, porque más allá de las reformas estructurales del sistema educativo provincial, que surgen de una necesaria adecuación a las modificaciones introducidas por la vigencia de la Ley nacional 26.206, *este proyecto trata de asumir las particularidades culturales y educativas de nuestra Provincia de su identidad histórica y de su legislación constitucional en los artículos 48 y 49, respectivamente*. A este propósito, me voy a detener específicamente en lo referido a la enseñanza religiosa. Su inclusión en el proyecto de ley ha sido duramente cuestionada por sectores de la oposición, *negando la realidad de su vigencia histórica desde los comienzos del sistema educativo provincial en 1886 y su continuidad real hasta el presente...* (Dip. Leguizamón, VT).

En palabras de Hervieu-Léger,<sup>34</sup> en el trabajo de investigación sobre la memoria colectiva de los grupos creyentes que, en este caso, es un trabajo sobre la memoria colectiva de una comunidad política, se trata de considerar la apelación de los grupos a los “testimonios del pasado” no como un efecto secundario de su orientación religiosa o política, sino como el momento mismo en el que esta orientación se decide y efectúa. Esto significa, a la luz de los testimonios analizados, que la Constitución salteña legitima, en dirección al pasado, una memoria social sobre el origen de la provincia y a la vez funciona como testimonio, en dirección al presente y el futuro, sobre la supuesta necesidad de incluir la enseñanza religiosa en la escuela estatal. Por este motivo, la inclusión de la enseñanza religiosa aparece como algo

---

<sup>33</sup> Hervieu-Léger, Danièle, *La religión, hilo de memoria*, p. 137, Barcelona, Herder, 2005.

<sup>34</sup> *Idem*.

obvio o natural debido a que existió *siempre* y por ello quitarla sería *empobrecer la educación*:

En nuestra Salta, “Capital Nacional de la Fe”, *siempre hubo formación religiosa en las escuelas, sacar de la escuela la formación religiosa sería empobrecer la educación, sería empobrecer al hombre en su realización, en su esencia como tal*”. (Dip. Cruz, VT)

Sin embargo, así como el texto de la Constitución es testimonio y fuente de autoridad de la posición política mayoritaria respecto a este tema, también existen otras memorias colectivas que dan cuenta de las voces de las minorías políticas. Para estas minorías, la Constitución no es un texto de autoridad, sino un testimonio de la ilegitimidad de una asamblea constituyente que desconoció las voces de las minorías:

...en esa Constitución [por la reforma de 1986] hubo todo un debate, ahí sí hubo todo un debate, nosotros no éramos convencionales, pero hicimos debate afuera y adentro de acá. Nosotros llegamos a ser todo un frente único, incluso un acto público, en el año 86 de lo más extraño, porque hicimos un acto que unía, en un reclamo democrático contra el instituto de la religión... Era un acto en donde participamos desde los radicales que se oponían a la reforma, el Partido Obrero y una cantidad de cultos que denunciaban que era *una manipulación de la Iglesia católica a través de la Constitución*, entonces fue un acto raro, que no se ha repetido en todos los años nunca más semejante acto tan heterogéneo en su composición (Entrevista con el diputado y dirigente del Partido Obrero Claudio del Plá, junio de 2016).

El relato del diputado y dirigente del Partido Obrero Claudio del Plá apunta justamente a marcar que no existe un único origen legítimo dado que, lejos de reconocer la legitimidad de la memoria colectiva mayoritaria u oficial y considerar a la Constitución salteña como un testimonio de autoridad, desconoce su legitimidad. Dado que del Pla considera que el texto es “una manipulación de la Iglesia católica a través de la Constitución”, niega la condición de dicho texto como testimonio del pasado y del destino de la provincia, condición reivindicada por el discurso oficial o mayoritario. Esta diferenciación entre ambas memorias colectivas es, en términos de lo planteado por Halbwachs,<sup>35</sup> una distinción de grupos: cuando dos sectores dentro de un grupo no pueden ubicar dentro de las mismas categorías los hechos del pasado, esto significa que estamos ante dos grupos diferentes.

---

<sup>35</sup> Halbwachs, Maurice, *op. cit.*

Así como la existencia de una memoria social depende de la existencia de un grupo común, no se puede hablar de un grupo si existen en su interior distintos relatos sobre el origen y sobre los principales momentos del mismo. En otras palabras, la memoria colectiva es indisociable del grupo y viceversa.

En suma, la memoria colectiva presente en el debate sobre la última ley de educación salteña se remonta a un origen colonial en el que el poder político y el poder religioso están fusionados en una sola escena fundacional. Las sucesivas constituciones, en las que se contempla la educación religiosa obligatoria en las escuelas estatales funcionan, en este marco, como un testimonio que refrenda la fusión entre el mundo temporal y el mundo trascendente y son consideradas, a la vez, como una fuente de autoridad que marca que esta simbiosis debe permanecer para completar el destino salteño.

Ahora bien, en este trabajo adhiero a la definición de laicidad de acuerdo a la cual ésta es un “régimen de convivencia”<sup>36</sup> que contiene tres elementos centrales: *a*) el respeto a la libertad de conciencia; *b*) la autonomía de lo político frente a lo religioso; y *c*) la garantía de igualdad y no discriminación. Teniendo en cuenta esta definición, se puede observar que el relato a través del cual se construye la memoria colectiva sobre el origen de Salta omite la autonomía de lo político frente a lo religioso. Al constituir un discurso que ubica el origen de la provincia en una escena de fusión entre el poder temporal y el poder divino, se excluyen de la memoria colectiva sobre origen de la provincia los pasos dados por el Estado nacional, sobre todo en la década de 1880, en un sentido de mayor autonomía de la esfera estatal con respecto a la esfera religiosa.

## *2. Ideas de provincia en Salta: católica y por lo tanto particular*

En base a estas representaciones se construye una idea de provincia en la cual lo católico cumple un rol central: a partir de la simbiosis fundacional entre el poder político y el poder religioso proyectada en un origen remoto de la provincia, su sociedad aparece como una sociedad homogéneamente católica en la que “ser salteño” y “ser católico” son una misma cosa. Más aún: la “religión”, palabra que los diputados y senadores salteños utilizan para referirse al catolicismo funciona, en este discurso, como un factor de cohesión social. Por lo tanto, quien pretende desconocer el “aspecto trascendente” de la educación cuestionando la inclusión de la enseñanza reli-

---

<sup>36</sup> Blancarte, Roberto, “¿Cómo podemos medir la laicidad?”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXX, núm. 8, 2012, pp. 233-247.

giosa en las escuelas estatales, desconoce una parte central del ser salteño y se opone, indirectamente, a la unión de los salteños.

Estas ideas pueden desagregarse en tres componentes: homogeneidad religiosa de los salteños, manifestaciones religiosas populares como muestra de la “autenticidad” de las creencias y carácter cohesivo de la religión en esta identidad.

La homogeneidad religiosa en la sociedad salteña es fundamentada por los legisladores o bien a partir de datos estadísticos provenientes de una encuesta de un centro del Conicet o bien como una característica autoevidente, y aparece en los discursos como un componente que define a lo salteño. Por lo tanto, este componente debería ser incluido en la legislación educativa. Quitarlo sería, por un lado, omitir una parte esencial de lo salteño y, por otro “ocultar el nombre de Dios”. Todo esto puede observarse en los siguientes fragmentos:

Creo que los salteños no debemos asustarnos cuando hablamos de educación religiosa, hoy los tiempos son los adecuados para esta sociedad del Norte; sabemos que *el 99,9 por ciento de los habitantes somos religiosos*, por lo tanto, no nos debe atemorizar en cuanto a que de pronto tengamos la posibilidad a través de alguien que nos enseñe un poco de religión, transmitirnos los valores morales fundamentales que nos están faltando en la sociedad. (Dip. Cabezas)

*No sería realista una legislación para Salta que ignorara el carácter unificante que la religiosidad compartida tiene en nuestra sociedad*, y de modo transversal en todos los sectores que se diferencian entre sí en otras circunstancias. *Las fiestas patronales, la marcha misma del calendario, las iniciativas comunitarias, la idiosincrasia, las manifestaciones culturales, tienen en la religión o su origen o su definición más profunda*. Tan es que el nombre de Dios no está para ser escondido ni silenciado en las escuelas, que la misma Constitución Nacional y Provincial lo recogen en su apertura preambular. (Dip. Leguizamón)

Como representante que *me debo a mi pueblo y que debo rendir cuentas ante él*, no puedo dejar de decir estas verdades. *Yo no puedo volver a mi departamento y decir que hemos sacado el nombre de Dios de las escuelas*, que hemos prohibido la religión como parte de los conocimientos que se desarrollan en las aulas; tampoco me lo permitiría mi conciencia porque quiero lo mejor para los niños de mi Provincia. (Dip. Leguizamón).

La cuestión de “la religión”, es decir, el catolicismo, reivindicado como un factor cohesivo de la sociedad, es un fenómeno que observable a lo largo de toda la historia argentina, especialmente a partir de la década del 30, cuando el catolicismo integral encontró en el nacionalismo un discurso político capaz de permear el discurso de las élites e insertar cuadros en la

estructura estatal. Este discurso tendió a homologar la identidad religiosa (el ser católico) con la ciudadanía (el ser argentino). Esto derivó en lo que algunos autores denominan “nacionalismo de sustitución”.<sup>37</sup> De acuerdo a Mallimaci,<sup>38</sup> este discurso se plasmó en un entramado institucional en el cual la Iglesia católica y las fuerzas armadas (y las fuerzas de seguridad inspiradas en estas) funcionaron como dispositivos de nacionalización a partir de un conjunto común de afinidades electivas tales como el antiliberalismo (oposición a un liberalismo “foráneo” sintetizado en la figura de “la masonería”) y el anticomunismo (percibido también como un peligro extranje-rizante).

Una homologación similar entre ciudadanía y pertenencia religiosa se observa en el debate legislativo de la última ley de educación Salta. A partir de esta homologación surge la idea de que el catolicismo es un factor cohesivo y por eso es necesario incluir la educación religiosa en las escuelas. Esta idea de que es un factor cohesivo se observa especialmente en la apelación a la figura de los “aborígenes”, a los que se describe como “muy religiosos” e interesados en recibir educación religiosa:

...quiero referirme al argumento de la consideración de los pueblos originarios en esta materia. El proyecto de ley trata repetidamente de la diversidad cultural, del respeto, de la no-discriminación e inclusive prevé una modalidad escolar específica. Ahora bien, tengamos presente que en la Argentina un *65 por ciento de la población tiene sangre de pueblos aborígenes*; que en nuestra Provincia es minoritaria la población de puros inmigrantes; que la cultura nuestra es mestiza y que en ella la religión es un factor de unidad y de cohesión. También que *los hermanos que han mantenido en mayor medida la cultura y la lengua pre-colombina son profundamente religiosos*, que lo que menos desean los pueblos del interior de la Provincia y de mi departamento es que se los discrimine eliminando de la escuela pública, que para ellos es la única posibilidad de crecer también en sus conocimientos religiosos. Más aún, *desde siempre han sido profundas convicciones religiosas cristianas sobre la dignidad humana las que han inspirado en los propios aborígenes su autoestima y la reivindicación de sus derechos* (Dip. Leguizamón).

Hasta aquí, la idea de provincia aparece fuertemente vinculada al catolicismo. Salta es, en los discursos pronunciados por los legisladores, una provincia católica, lo cual puede verificarse o bien a través de encuestas o

---

<sup>37</sup> Cucchetti, Humberto; Donatello, Luis y Mallimaci, Fortunato, “Caminos sinuosos: nacionalismo y catolicismo en la Argentina contemporánea”, en Rivero, A. y Colom González, F. (eds.), *El altar y el trono. Ensayos sobre el catolicismo político latinoamericano*, Barcelona, Anthropos/Unibiblos, 2006.

<sup>38</sup> Mallimaci, Fortunato, “El mito de la Argentina laica...”, *cit.*

bien observando las peregrinaciones y manifestaciones populares religiosas. Por este motivo, el catolicismo contribuye a cohesionar a los salteños y a reforzar su identidad, que está asentada en una determinada “idiosincrasia”, una cierta “cultura” y una especial organización de la vida cotidiana.

Todas estas características, basadas en la centralidad del catolicismo, hacen que Salta sea una provincia particular, en la cual no se puede simplemente aplicar automáticamente la legislación nacional, sancionada por la Cámara de Diputados y por el Senado, sino que se requiere una adaptación cuidadosa a la “problemática” de Salta (Dip. San Millán), a su “idiosincrasia” (Dip. Cornejo), a su “identidad” (Sen. Moreira), a su “realidad” (Sen. Ponna), y a su “historia” (Sen. D’Andrea). Esta idea estuvo presente en varias intervenciones en ambas cámaras de la provincia:

La estructura de esta ley es muy similar a la Ley Nacional de Educación, pero cuando la empezamos a leer y a desarrollar, comprobamos *que tiene los pies totalmente puestos en la realidad de Salta; reconoce la problemática de nuestra Provincia mediante su articulado*. Los 128 artículos de este proyecto de ley *tienen inserción en la realidad provincial* (Diputado San Millán, VT).

Quiero dejar en claro algo que ya se dijo a través del miembro informante de la Comisión, el diputado San Millán, y es que nosotros en este caso *estamos trabajando sobre la Ley Nacional de Educación y, como mecánica legislativa, se decidió tomar todo su texto y adecuarlo a la idiosincrasia de los salteños* (Diputado Cornejo).

¿Y qué advertimos? Pues un planeta cada vez más poblado, una tendencia acelerada hacia la mundialización de los campos de actividad humana, una impactante y asombrosa comunicación universal, un darnos cuenta de las múltiples caras de la interdependencia planetaria, un mundo sujeto a muchos riesgos. De allí que *esta ley prescribe permanentemente, de un modo u otro, que es necesario reconocer nuestra identidad local, regional, nacional, pero sin dejar de comprender el mundo, comprender al otro, a ese otro que es diferente*. (Senador Moreira).

Por último, *debemos tener una ley provincial específica*, como dije anteriormente, *que esté acorde con nuestra realidad provincial* (Sen. Ponna).

El espíritu del presente proyecto es sustancialmente humanista, vale decir atiende cuestiones básicas que son inherentes a la persona y su dignidad, basado en la promoción de los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, espiritualidad y respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común. *Es histórico porque rescata el sentido de pertenencia que los alumnos deben tener para con su Provincia, promoviendo el conocimiento de la historia de Salta, el aprecio a las tradiciones, las manifestaciones culturales y artísticas de reconocido arraigo popular* (Senador D’Andrea).

En suma, en las ideas de provincia presentes en el debate se pueden encontrar todos los elementos de la definición de nación planteada por Anderson, es decir “una comunidad imaginada como inherentemente limitada y soberana”.<sup>39</sup> En primer lugar, aparece en los discursos de los legisladores el elemento de la comunidad *imaginada*, dado que los legisladores hablan, en sus intervenciones, de una comunidad homogénea y católica. Para salvar el obstáculo que marca Anderson respecto a la imposibilidad de una comunidad empírica o real (dado que en una población de millones de habitantes no es posible que una persona conozca a todos los que viven en ella), los legisladores recurren a las encuestas y a las manifestaciones populares religiosas como evidencia respecto a esta homogeneidad y a su propio conocimiento de la misma. Es decir, dado que los legisladores no pueden hablar con cada ciudadano de Salta individualmente para fundamentar sus afirmaciones de tipo “la sociedad salteña es de tal o cual manera”, recurren a encuestas o escenas masivas para fundamentarlas.

En segundo lugar, el componente de los *límites políticos* también está presente en los discursos a partir de la idea de la particularidad salteña. La idea de que Salta tiene una idiosincrasia, una cultura, una forma de vida que difieren de las del resto del país es el modo en el cual los legisladores se refieren a la dimensión planteada por Anderson según la cual toda nación (en este caso, la provincia) es una comunidad política *inherentemente limitada*, a diferencia de las nociones planteadas por los imaginarios imperiales.

En tercer lugar, la cuestión de la *soberanía* también está presente en el discurso de los legisladores tal como está planteada en la definición de Anderson. Si bien Anderson distingue fuertemente la idea de soberanía que reside en el pueblo de la idea de soberanía que reside en dios u otro tipo de fundamento trascendente, el fuerte peso que se le otorga en los discursos presentes en el debate de la ley de educación al componente religioso no debe confundirnos en relación a este componente de la idea de provincia, dado que los legisladores no utilizan un fundamento trascendente para explicar sus posicionamientos sino que se refieren al carácter religioso del pueblo salteño para hacerlo. Cuando un legislador o legisladora dice: “no puedo volver a mi departamento y decir que hemos sacado el nombre de Dios de las escuelas, que hemos prohibido la religión como parte de los conocimientos que se desarrollan en las aulas” (Diputada Leguizamón), no está hablando de una rendición de cuentas ante una entidad divina o extraterrenal sino ante una entidad propia del campo semántico de la democracia

---

<sup>39</sup> Anderson, Benedict, *op. cit.*, p. 21.



que es su electorado, su “departamento”. Por lo tanto, si bien la cuestión religiosa se hace presente varias veces en los discursos políticos, esta cuestión siempre está basada sobre la idea de que el pueblo al que representan es homogéneamente católico, homogéneamente religioso y, por lo tanto, no dar cuenta de esta característica sería no representar a los ciudadanos correctamente. En este énfasis sobre los representados está presente la cualidad de la idea de provincia como *inherentemente soberana*.

Por último, la cuestión de imaginar a la provincia como una *comunidad* está presente en dos sentidos. Por un lado, debido a los mismos motivos por los que la provincia aparece como una comunidad imaginada: los legisladores hablan permanentemente de la población salteña y de sus características como si conocieran a cada uno de sus integrantes, es decir, como si describieran a una comunidad. Por otro lado, porque más allá de las desigualdades que pueden existir entre, por ejemplo, la diputada Leguizamón y uno de los “aborígenes” a los que se refiere, defiende los que considera que son sus intereses desde un discurso de “compañerismo profundo y horizontal”.<sup>40</sup>

En suma, la idea de “provincia” presente en los discursos de los legisladores excluye a las minorías pertenecientes a otras religiones y, sobre todo, a las personas que no pertenecen a ninguna religión. Este discurso se apoya en la idea de que todos los habitantes de la provincia comparten un núcleo único de creencias y percepciones. Constituye, por lo tanto, una idea de provincia homogeneizante y totalizante que es contradictoria con la garantía de igualdad y no discriminación que es uno de los tres componentes centrales de la laicidad.

Pero más allá de que no se cumpla con las condiciones que hacen a laicidad, la vulneración del principio de igualdad y no discriminación es incompatible, en sí misma, con la Constitución nacional y los pactos internacionales suscritos por la Argentina. Como lo marcaron Alegre y Gargarella,<sup>41</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) considera incompatible con la Convención Americana toda distinción basada en motivos como la religión que pretendan anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>41</sup> Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto, Presentación de escrito en carácter de “Amicus Curiae” a/ CSJN en el expte. CSJ 001870/2014-00 (Castillo, Karina V y otros c/ Provincia de Salta-Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/Amparo), *mimeo*, 2015.

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012.

### 3. *Encuadramiento de la relación entre religión y educación en Salta*

Tal como lo marqué en la introducción, entiendo por *framing* o encuadramiento en políticas públicas la manera de seleccionar, organizar, interpretar y darle sentido a la realidad para proveerla de guías de acción.<sup>43</sup> Esta definición general refiere a la idea de marco como “un punto de vista a partir del cual una situación problemática indefinida es dotada de sentido, permitiendo actuar en consecuencia”<sup>44</sup> y está basada en “estructuras de creencias, percepciones y apreciaciones”.<sup>45</sup> En los dos subapartados previos analicé las estructuras de creencias y apreciaciones organizándolos en dos dimensiones: la memoria colectiva sobre el origen de Salta y las ideas de provincia que se pusieron en juego en el debate parlamentario.

En este subapartado, mi objetivo es observar los marcos a través de los cuales los legisladores propusieron y fundamentaron un vínculo particular entre religión y educación, basado en la inclusión de enseñanza religiosa como materia obligatoria en las escuelas estatales salteñas. A partir del análisis de las versiones taquigráficas de la discusión en la Cámara de Diputados y en el Senado de la provincia, se pudieron identificar seis marcos que dan cuenta de esta decisión de política pública, cuatro de los cuales corresponden a la posición mayoritaria (la inclusión de la materia religión) y dos a la posición minoritaria (la no inclusión de esta asignatura).

Estos marcos fueron los siguientes: 1) la educación religiosa como un reflejo de la sociedad salteña y el lugar que esta le otorga a la educación; 2) la educación religiosa como un factor moralizante y por lo tanto cohesivo; 3) la educación religiosa como parte de una educación integral; 4) la educación religiosa como el cumplimiento de un mandato constitucional; 5) la educación religiosa como falso factor moralizante y 6) la educación religiosa como opuesta a la educación científica. Es importante tener en cuenta que esta clasificación es meramente analítica y en la mayoría de los discursos mayoritarios los primeros cuatro marcos o ideas se encuentran a menudo entremezclados o asociados.

El primer marco se apoya en la memoria colectiva del origen de Salta como un momento de simbiosis entre el poder religioso y el político que fijó un punto de partida imaginario para lo que actualmente es la sociedad salteña, representada como homogéneamente “devota, creyente y tradicio-

<sup>43</sup> Rein y Schön, *op. cit.*, p. 146.

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> Schön, Donald y Rein, Martin, *Frame Reflection: Toward the Resolution of Intractable Policy Controversies*, Nueva York, Basic Books, 1994, p. 23.

nalista” (diputado Ceballos). Esta representación es mayoritaria en un doble sentido: primero, porque representa la posición de la mayoría de los legisladores que finalmente sancionaron una ley que incluye la enseñanza religiosa; segundo, porque las apelaciones a la idea de que hay una mayoría de los salteños e inclusive de los argentinos que apoya la iniciativa estuvieron muy presentes en los discursos de los legisladores respecto a este tema:

*En una sociedad como la salteña, devota, creyente, tradicionalista, la enseñanza religiosa no es resignación y sumisión como se dijo, sino que es la re-ligazón del hombre con un ser trascendente y debe ser impartida en todos los niveles eliminándose definitivamente los conceptos de adoctrinamiento, catequesis o evangelización y se debe ajustar a los principios de integralidad, libertad y pluralismo. (Dip. Ceballos).*

El bloque Frente para la Victoria toma posición a favor de la inclusión y continuidad, porque esto existía en los hechos de la educación religiosa, dado que negarla o excluirla es negar o excluir uno de los rasgos identitarios sobresalientes que hacen a la cultura de la sociedad salteña y del propio ser salteño, que es su religiosidad, su espiritualidad. (Dip. Cea)

Una gran sorpresa se han llevado quienes pensaban que la cita al pluralismo religioso de la Provincia en la Comisión de Educación arrojaría una oposición a esta cláusula. Basta leer el acta de la reunión para advertir que *no sólo la Iglesia Católica, representativa del 97 por ciento de la población, sino también los otros cultos, se manifestaron por la permanencia del texto legislativo. Esta situación confirma las estadísticas previas que muestran, según el informe del Conicet de agosto de 2008, que el 69 por ciento de los argentinos avala la enseñanza religiosa. Dicho estudio se hizo en todo el país; para el caso de nuestra Provincia más del 98 por ciento de la población se manifestó en igual sentido ante la consulta del Ministerio de Educación sobre el anteproyecto de ley solo un 1 por ciento manifestó su reparo. (Dip. Leguizamón)*

Desde muchos lugares en estos últimos días he escuchado hablar del tema de la educación religiosa, también se ha mencionado recién que *más del 90 por ciento de los hogares argentinos entiende que es algo absolutamente positivo para la formación de cualquier alumno*. Este proyecto de ley en ningún momento está haciendo mención a una religión determinada, entendemos que la mejor manera de formar a un niño, a un joven, es precisamente abrazando todas esas cuestiones positivas que tiene la religiosidad desde el punto donde se la quiera ver (Dip. Durand Cornejo).

Dentro de este encuadramiento se puede distinguir un subtipo, que es la consideración de la enseñanza religiosa obligatoria en las escuelas estatales no simplemente como un reflejo de la comunidad (en un razonamiento que podría resumirse como “si los salteños son católicos, su educación debe ser católica”) sino como un reflejo del rol público que la comunidad salteña otorga a la religión. Según este marco, no se trata solamente de que los

salteños sean católicos sino de que este catolicismo se expresa en el espacio público permanentemente. Esta idea está vinculada fuertemente a las representaciones sobre el lugar del catolicismo propias del catolicismo integral,<sup>46</sup> según las cuales el lugar de la religión es la esfera pública, la calle, el mundo de los hombres, y no las sacristías.<sup>47</sup>

En primer lugar, me refiero al argumento de que la religión es un asunto privado sin presencia social, como algo que debiera prácticamente esconderse. Por ello, se la quiere excluir de la escuela como ámbito público. La realidad visible es *que en todos los pueblos la religión es un asunto público, se exterioriza, se comparte, une a las sociedades...* (Dip. Leguizamón).

El segundo marco, según el cual la enseñanza religiosa en la escuela estatal es un factor moralizante que, al transmitir los mismos valores a toda la población escolar es también cohesivo, se apoya en supuestos: el primer supuesto es que existe una “crisis moral” que se explica por el hecho de que existen valores morales trascendentes y generales, con los que toda la *comunidad* acuerda y que hacen que la provincia progrese, que no se están transmitiendo correctamente hacia las generaciones nuevas; el segundo supuesto es que la escuela es la institución que puede resolver esta crisis moral; el tercer supuesto es que “la religión”, a través de la educación religiosa, puede ser útil para reponer esa transmisión de valores que no está funcionando correctamente. Para que estos supuestos se cumplan, debe existir una memoria colectiva sobre el origen de la provincia en la que se da una simbiosis entre el poder político y el poder religioso. A partir de esta simbiosis entre poder político y religioso se genera una idea de provincia en la cual se homologan la ciudadanía con la identidad religiosa y, de este modo, se homologan también los valores religiosos con los valores cívicos. Es a través de este juego de homologaciones que los legisladores sostienen un marco en el cual la enseñanza religiosa en las escuelas estatales es una respuesta a la crisis moral:

*En la práctica, transmitirás valores comunes a una sociedad: el respeto y la práctica de los derechos humanos, el respeto a la vida y a la naturaleza* (Dip. Ceballos).

Quiero dejar aclarado con respecto a uno de los temas puntuales del proyecto de ley de la enseñanza religiosa que mi partido, la Unión Cívica Radical, a través de un documento, no admitía una situación de desgobierno en esta nueva norma y decía también que la educación religiosa no era conve-

<sup>46</sup> Mallimaci, Fortunato, “El mito de la Argentina laica...”, *cit.*

<sup>47</sup> Prieto, Sol, *El fin del mundo. El fenómeno del Papa Francisco desde la sociología*, Villa María, EDUVIM, 2016.

niente, pero yo no fui convocado a esa discusión ni tampoco a la redacción de ese documento; obviamente que si hubiera participado lo habría conversado en la Comisión en donde yo participo. Creo que *los salteños no debemos asustarnos cuando hablamos de educación religiosa, hoy los tiempos son los adecuados para esta sociedad del Norte; sabemos que el 99,9 por ciento de los habitantes somos religiosos, por lo tanto, no nos debe atemorizar en cuanto a que de pronto tengamos la posibilidad a través de alguien que nos enseñe un poco de religión, transmitirnos los valores morales fundamentales que nos están faltando en la sociedad* (Dip. Cabezas).

El tercer encuadramiento sobre el vínculo entre educación y religión en la política educativa salteña que circuló en el debate sostiene que la educación religiosa es indisociable de “una educación integral”. Esta noción forma parte de un conjunto de “tópicos interdiscursivos” sostenidos por la Iglesia sobre todo a partir del congreso pedagógico convocado por Alfonsín, que permearon fuertemente el debate y el propio texto de la Ley Federal de Educación<sup>48</sup> Existe evidencia sobre cómo a través de diversos recursos (negación, contra argumentación, coincidencia, pronunciamiento y respaldo) dialógicamente contractivos, la Iglesia generó un discurso de cara al Congreso Nacional Pedagógico en el documento Educación y Proyecto de Vida (1985) que sostuvo con ligeras modificaciones en el Informe Final de la Asamblea Nacional del Congreso Pedagógico Nacional (CPN) de 1988 y que permeó la Ley Federal (1993).<sup>49</sup> Si bien en algunos puntos este discurso encontró ciertas variaciones, hay posicionamientos en torno a cuatro ejes que permanecieron y luego quedaron plasmados en la Ley. Estos ejes son denominados por Torres<sup>50</sup> “tópicos interdiscursivos”, dado que son parte de una “memoria discursiva en forma de retorno de enunciados ya dichos en el marco de eventos y acontecimientos discursivos posteriores”.<sup>51</sup> Estos tópicos interdiscursivos son: a) la “formación integral”, que comprende, por un lado, la idea de que la educación tiene por objetivo la realización de las personas en sus dimensiones “cultural, social, estética, ética y religiosa” y, por otro lado, la idea de que esta formación integral debe contribuir a que las personas creen un “proyecto de vida”; b) la subsidiariedad, enunciada a partir del reconocimiento de la familia como “agente natural y primario” de la educación y de la Iglesia como responsable de las acciones educativas; c) la autonomía, que comprende por un lado la libertad de enseñanza, y por otro lado el reconocimiento de las escuelas antes llamadas particulares como “públicas de

<sup>48</sup> Torres, Germán, *op. cit.*

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 366.

gestión privada” y el consecuente derecho de estas a recibir aportes estatales para cubrir los salarios docentes.

En suma, el encuadramiento de la educación religiosa obligatoria como parte indisoluble de una educación llamada *integral* proviene de un discurso católico sobre la educación que fue pensado, comunicado y enriquecido durante décadas de debates. Probablemente, por ello es que estuvo muy presente en el debate sobre la última ley de educación salteña: “Por otra parte, *si lo que la escuela perseguirá* —vistos sus fines y objetivos— *es la educación integral*, es decir, en todos y cada uno de los aspectos que conforman a la persona, al ser humano, *no podemos pretender que los niños al concurrir a la escuela ignoren su espiritualidad* (Dip. Cea)”.

Es por eso que adelanto mi voto favorable a este proyecto de ley y me siento orgullosa que Salta tenga incluida la Educación Religiosa, respetando la Constitución nacional y provincial y, sobre todo, haciéndose eco a lo que en el 2006 todos los credos le planteaban a la Nación y que si bien no fue plasmada en la legislación nacional, *hoy Salta garantiza la formación religiosa como parte de la integralidad del ser humano, que antes que nada es un ser integral, es una persona que hay que educarla desde el punto de vista físico, psicológico y también espiritual* (Dip Pérez).

Con respecto, señor presidente, a la controvertida vinculación entre la educación y la enseñanza de la religión en las escuelas, debemos emitir algunas apreciaciones, en primer término debemos señalar que *la enseñanza de la religión forma parte de la educación integral de la persona, porque la religiosidad es una dimensión que le es propia al hombre, y marca profundamente la cultura y, por ende, la vida y las costumbres de los pueblos*. Se trata sin dudas, señor presidente, de un área compleja en el análisis del fenómeno religioso en la sociedad, tanto en relación con las diversas manifestaciones institucionales y de prácticas sociales y simbólicas como también en la relación religión, Estado y sociedad, debemos buscar siempre un equilibrio en estos temas, porque llegan a lo más profundo del ser (Dip. Cruz).

La asignatura Religión estudia los contenidos cognitivos de una o varias religiones en cuanto integran el universo mental de los alumnos y se encuentran presentes en la cultura de una sociedad, relacionándolos con los contenidos de las demás asignaturas del respectivo nivel escolar. *Su inclusión en la escuela surge de la integralidad de la educación que no puede prescindir de vincular esos contenidos con los restantes, para no dejar vacíos en la comprensión que el alumno construye sobre su propia cultura, de modo reflexivo, sistemático y pedagógicamente asistido*. Este proceso integrado pertenece al *desarrollo del propio proyecto de vida* y de convivencia social en un marco histórico. Según los datos de la UNESCO, la enseñanza religiosa se incluye en la mayor parte de los países del mundo. La misma se rige por tres principios: integralidad, libertad y pluralismo. La integralidad

de la educación reclama que sus contenidos cognitivos no queden aislados de las demás materias, sino que sean relacionados entre sí. De esta manera se entienden hechos históricos, pautas culturales, actividades de conocimiento y de acción, se plantea el sentido de la vida y se desarrolla un universo mental en el alumno sin comportamientos estancos (Sen. D' Andrea).

Dentro del *framing* que considera a la enseñanza religiosa obligatoria como parte indisociable de una educación *integral* incluyo a un subtipo o subencuadramiento según el cual la religión no se opone a la ciencia sino que es complementaria dado que, por un lado, otorga respuestas que la ciencia no puede dar y, por otro lado, funciona en base a creencias que son, de acuerdo a este discurso, asimilables a las teorías científicas. Desde este encuadramiento, las teorías pueden ser falsas y por lo tanto funcionan en la medida en la cual “los científicos creen” (Diputado Cea, VT) y por lo tanto son asimilables a la religión. Por este motivo, la religión tiene derecho a ocupar un lugar en la currícula escolar obligatoria tanto como la ciencia:

Por último, si las críticas son —como he escuchado— en nombre de la ciencia decimos que *una ciencia dogmática, intolerante, como viene a ser este caso, no es una verdadera ciencia, se transforma en dogma, casi como la religión que critican*. Quiero recordar aquí una frase que me gustó y se me quedó grabada, justamente es de un científico que a la vez no negaba su religiosidad, este es un falso dilema, ciencia y religión ya se superó hace mucho tiempo, y éste decía que cuando la ciencia llegue a la cima se su desarrollo encontrará que la religión siempre estuvo sentada allí. Asimismo, *me gustaría decir algo con respecto al Big Bang, ¿es ciencia?, todavía no se está seguro, los científicos creen, es una teoría la del Big Bang, ¿quién me asegura que esta primera luz no es la luz “que se haga la luz” que nos está diciendo la religión?*, de modo que es extremadamente peligroso si el que cree saberlo todo no piensa y reflexiona un poco. Entonces, respecto a esta cuestión decimos que la religión va a ser buena, positiva como lo ha sido por muchísimo tiempo (Dip. Cea).

La educación religiosa como el cumplimiento de un mandato constitucional es otro de los encuadramientos que circularon en ambas cámaras durante el debate sobre la ley de educación en Salta. Este encuadramiento se puede comprender desde, al menos, dos perspectivas. La primera tiene que ver con el modo en el cual la memoria colectiva sobre los orígenes de Salta incorpora a la Constitución salteña como un testimonio y fuente de autoridad que legitima la simbiosis entre poder político y poder religioso. De este modo, el texto de la Constitución funciona como una fuente de autoridad que legitima la memoria sobre el origen y como un “testimonio” sobre el



destino del grupo que debe realizarse en la ley que se está debatiendo en la Legislatura, en la cual se incorpora la educación religiosa obligatoria en las escuelas estatales.

La segunda se asemeja a lo que Vaggione<sup>52</sup> denomina “secularización estratégica”: un mecanismo a través del cual los actores religiosos intervienen en el juego político con discursos más seculares que teológicos o religiosos. Desde esta definición, apelar a la Constitución salteña como un fundamento democrático e incuestionable en sí mismo es un encuadramiento alternativo al de considerar la inclusión de la enseñanza religiosa como algo positivo por ser el reflejo de la sociedad o un factor moralizante. En este marco, no importa si la incorporación de la educación religiosa es algo beneficioso o perjudicial para la sociedad, porque lo único que importa es que es un mandato constitucional. En este sentido es importante hacer una aclaración: el concepto de “secularización estratégica” tiene que ver con este fenómeno pero no se aplica exactamente dado que estoy estudiando los discursos de los legisladores, los cuales no son, *a priori*, actores religiosos sino democráticos. Pero se puede decir que el mecanismo es similar si se tienen en cuenta otras intervenciones que apelan directamente a concepciones valorativas sobre la incorporación de la educación religiosa.

En suma, ya sea porque se considera a la Constitución como un testimonio de un origen de simbiosis entre el poder político y el religioso que marca un destino similar para la provincia, o porque se la considera un texto neutro que tiene autoridad por sí mismo, la cuestión de la enseñanza religiosa obligatoria en las escuelas estatales como mandato constitucional estuvo presente en el debate en ambas cámaras:

En algún momento fue motivo de reiteradas consultas el tema de la educación religiosa, y quiero manifestarles que, en lo personal, no le he dado mucha trascendencia, porque a mi entender, *si me considero un hombre de la democracia, debo atenerme a la Constitución de la Nación y a la Constitución de la Provincia. Y en este sentido, comenzando por la Constitución de la Provincia, que es más antigua en el tiempo, en el año 1986 en su artículo 49 ya nos habla de la educación religiosa*, entonces nos debíamos atar a la norma y la que es fundamental para este caso dice: “El sistema educacional contempla las siguientes bases:..” y cuando llega a uno de los últimos incisos, señala: “Los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. *Pero si consideramos*

---

<sup>52</sup> Vaggione, Juan Marco, “Reactive Politicization and Religious Dissidence. The Political Mutations of the Religious in Social Theory and Practice”, *Social Theory and Practice*, vol. 31, núm. 2, 2005, pp. 233-255.



la ley nacional, en su Artículo 1ro, nos habla —se los voy a leer en forma textual— sobre lo siguiente: “La presente ley regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales incorporados a ellas, conforme con las atribuciones conferidas...” y sigue el texto. Y *por eso decía que a posteriori la reforma de 1994 incorpora los Tratados Internacionales a la Constitución de la Nación, y el Pacto de San José de Costa Rica es uno de esos tratados internacionales que reza casi textual a lo que acabo de leer en el artículo 49 de la Constitución Provincial.* Por esto yo decía que no le daba tanta trascendencia al tema, no por restarle importancia, sino por las *ataduras que debemos tener a las Constituciones de la Nación y de la Provincia.* Ésta, que fue la posición de la casi mayoría de los integrantes de la Comisión de Educación, nos llevó a aceptar el texto tal como viniera del Poder Ejecutivo y que fuera incluido en nuestro dictamen (Diputado San Millán) [Resaltado mío].

No voy a detenerme en recopilar las leyes de Educación de Salta, *el texto constitucional de la Provincia y los tratados de derechos humanos de rango constitucional nacional que garantizan el derecho a que en las escuelas los niños reciban educación religiosa.* No se trata de que el establecimiento preste sus instalaciones para un adoctrinamiento de las iglesias, sino de un acto propiamente escolar, que forma parte de la actividad educativa (Diputada Leguizamón).

Deseo hacer una mención especial al articulado del proyecto de ley cuando menciona la enseñanza religiosa escolar. *Creo que es importante la incorporación, en este proyecto de ley, lo establecido por la Constitución de la Provincia en su artículo 49...* La libertad de culto es una garantía constitucional de raigambre fundacional y se encuentra *reconocida desde la primera Ley de Educación de la Provincia y también en este proyecto.* Por ello se pone en la decisión de los padres la participación de sus hijos en el aprendizaje de esos contenidos (Sen. D’Andrea).

Hasta aquí presenté los *framings* incluidos en la posición mayoritaria en el debate, es decir, la inclusión de la educación religiosa en la currícula obligatoria de la provincia. También hubo dos marcos sosteniendo la posición minoritaria, ambos muy relacionados entre sí y antagónicos a los marcos sobre los que se apoyó la posición mayoritaria: la educación religiosa como falso factor moralizante y la educación religiosa como opuesta a la educación científica.

El primero aparece claramente como una respuesta a los argumentos que presentaron a la educación religiosa como una respuesta a una “crisis moral”. Este marco se sustenta en dos ideas principales: la primera es que la Iglesia católica no está en condiciones de resolver ninguna crisis moral porque ella misma está plagada de corrupción y valores antidemocráticos; la segunda es que no existe una crisis moral sino social, ocasionada por factores como la desocupación. La primera idea se enmarca en una larga tradición anticlerical argentina que se remonta principalmente a las décadas

de 1870 y 1880.<sup>53</sup> Ya en aquel entonces, a partir de recursos como el humor y las proclamas específicamente liberales difundidas a través de libros (*La Gran Aldea* de Lucio V. López es un ejemplo claro de esto) y panfletos, los anticlericales argentinos se referían a los supuestos vicios de clérigos y obispos, acusándolos de tener apetitos sexuales y de ser codiciosos con las ofrendas de los feligreses.<sup>54</sup> El marco presentado por los legisladores que sostuvieron la posición minoritaria según el cual la Iglesia no es un verdadero factor moralizante puede comprenderse en esta línea. La segunda idea que sustenta este marco, según la cual no existe tal cosa como una *crisis moral* sino que la noción misma de *crisis moral* es una idea burguesa y católica que se utiliza para encubrir las desigualdades de clase, también tiene un largo arraigo en la historia argentina. Es una idea que aparece entre los panfletos y proclamas anarquistas de carácter anticlerical a fines del siglo XIX y principios del siglo XX,<sup>55</sup> que fue sostenida por una gran parte de la izquierda argentina hasta el Concilio Vaticano II y que está vigente aún hoy en muchas organizaciones de izquierda. Dado que los diputados pertenecen al Partido Obrero, el cual forma parte de esta tradición, tiene sentido que estos argumentos emerjan nuevamente en el marco del debate acerca de la inclusión de la enseñanza religiosa en las escuelas estatales.

El segundo marco presentado por la posición de la minoría, de acuerdo al cual la educación religiosa se opone a la educación científica identificando a la primera con el atraso, el sometimiento y la barbarie y a la segunda con el progreso, la libertad y la ilustración es una noción medular del liberalismo argentino que estuvo presente desde la década de 1880,<sup>56</sup> se potenció en el conflicto triangular de disputa por la modernidad a partir de la década de 1930<sup>57</sup> y, bajo distintas versiones, estuvo presente en todos los debates vinculados a la cuestión de la laicidad a lo largo de la historia argentina.<sup>58</sup> Estos dos marcos sintetizaron a la posición de la minoría parlamentaria:

---

<sup>53</sup> Di Stéfano, Roberto, *Ovejas Negras. Historia de los anticlericales argentinos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010, pp. 247-312.

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> *Idem*; Abratte, Juan Pablo, “Leyes, política y educación en Córdoba: algunas reflexiones en torno a la trayectoria de la legislación educativa provincial en una perspectiva histórico-política”, en Roitemburd, Silvia y Abratte, Juan Pablo (eds.), *Historia, política y reforma educativa: aportes críticos, transformaciones culturales y prospectiva en el espacio educativo argentino*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2015; Esquivel, Juan, “Detrás de los muros...”, *cit.*

<sup>57</sup> Mallimaci, Fortunato, “El mito de la Argentina laica...”, *cit.*

<sup>58</sup> Esquivel, Juan, “Detrás de los muros...”, *cit.*; Mallimaci, Fortunato, “El mito de la Argentina laica...”, *cit.*

Escuché por ahí a algunos diputados que afirmaban que ante la ausencia de valores en nuestros jóvenes se hace necesario impartir la religión como —quizás—, un elemento mágico que va a llegar y volverá a estructurar a la familia, a la sociedad, etcétera; cuando la desestructuración y la carencia de valores en nuestra juventud no proviene de la falta de enseñanza de la religión, sino de cuestiones económicas y situaciones que tienen que ver con la desarticulación de la familia generada porque el padre quedó desempleado y la madre debe salir a trabajar.

En consecuencia, *no considero que mágicamente la enseñanza de la religión vuelva a recomponer el tejido social, a hacer que nuestros niños y jóvenes se alejen de los peligros que le impone la vida moderna como la droga, la delincuencia, etcétera* (Dip. Morello).

*Ahora, nosotros nos preguntamos si la Iglesia, realmente, como institución es guardiana de la moral y de los valores democráticos. Primero, porque estamos asistiendo a innumerables denuncias de pedofilia, abusos en actos de corrupción económica por parte de obispos, de sacerdotes en muchos lugares del mundo, por ejemplo, en Estados Unidos hay 4 mil juicios por esta cuestión; tenemos el caso del Padre Grassi, el papel de la Iglesia en la época de la Dictadura, ¡nefasto! Entonces, volvemos a preguntarnos ¿puede ser la Iglesia la que ejerza el padrino de la moral, de la ética y de los valores? Entonces, la religión tiene un papel fundamental en la escuela que es, precisamente, que los alumnos no tengan una actitud crítica frente a la vida, sino una actitud de resignación. Por otro lado, es muy contradictorio que un alumno que estudia el origen del universo a través de los trabajos científicos de la Teoría del Big Bang, tiene que salir de esa aula y luego entrar a la clase de religión y escuchar la teoría de la Iglesia, de la creación del mundo. Está claro que los alumnos, por lo menos desde el bloque del Partido Obrero estamos convencidos, deben recibir una formación científica, ingresar a las aulas para aprender, a través de procesos científicos adquirir los conocimientos y no deben tener ningún obstáculo dogmático, porque digamos que la religión parte de las verdades reveladas, mientras que la ciencia lo hace de un proceso científico basado en la observación, en la experimentación, en la comprobación. Esa es, fundamentalmente, una de las razones por las cuales consideramos que la religión debe ser una cuestión privada* (Dip. Poblete).

En suma, los marcos que encuadraron las posiciones mayoritarias respecto a la enseñanza religiosa obligatoria en las escuelas estatales (sobre todo la educación religiosa como un reflejo de la sociedad salteña, la educación religiosa como un factor moralizante y cohesivo, y la educación religiosa como parte de una educación integral) obstruyen a la libertad de conciencia de los niños y, de ese modo, se incumple con uno de los tres elementos centrales de la laicidad.

Pero incluso aunque no se tuviera en cuenta a la laicidad estatal, estos marcos y la consecuente política educativa construida a partir de los mismos, vulneran el principio de autonomía progresiva de los niños proclama-

do por la Constitución y los pactos internacionales.<sup>59</sup> El principio de autonomía de la persona prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado, y los demás individuos, no deben interferir en esa elección.<sup>60</sup>

### III. RECAPITULACIÓN Y DISCUSIÓN

El argumento central que guió este estudio sostiene que los marcos a través de los cuales los legisladores de las provincias prescriben sus políticas educativas, específicamente en lo que se refiere al tipo de vínculo entre educación y religión, están permeados por una idea de provincia que, a su vez, se sostiene sobre una noción de pasado o memoria colectiva de la provincia. A partir de este argumento central, el objetivo que se planteó fue describir cómo las memorias colectivas sobre las provincias se movilizan y generan ideas sobre las mismas que se plasman en políticas públicas educativas en las provincias argentinas, sobre todo, en lo que refiere al vínculo entre educación y religión.

Para cumplir con esta meta, elegí una estrategia de estudio de caso basada en el estudio del debate legislativo de la última ley de educación de Salta debido a que la ley de educación de esta provincia prescribe la presencia de la educación religiosa en las escuelas estatales. Una vez seleccionado este caso, se estudiaron las versiones taquigráficas de los debates de ambas cámaras sobre la última ley de educación sancionada en Salta.

El análisis de contenido de las intervenciones de los legisladores arrojó cuatro hallazgos principales. En primer lugar, observé que las referencias a los orígenes de Salta se remiten a la fundación de la ciudad de Salta durante el período de colonización previo a la creación del Virreinato del Río de la Plata y se condensan en una escena fundacional en la cual el poder religioso y el poder político están fusionados de manera simbiótica a través de la figura de “el gobernador y el sacerdote” que fundaron la ciudad. Esta escena fundacional marca un destino de la provincia en el cual el catolicismo cumple un rol público e importante en el Estado; destino del cual la Constitución provincial, que establece la inclusión de la enseñanza religiosa obligatoria en las escuelas estatales es un testimonio y a la vez una fuente de autoridad.

---

<sup>59</sup> Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto, *op. cit.*

<sup>60</sup> Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

En segundo lugar, hallé que la idea de provincia que aparece en los discursos de los legisladores es la de una provincia homogéneamente católica que por lo tanto es particular o diferente del resto del país y, por ello, debe regirse por leyes propias y específicas, que no necesariamente reproducen en espejo lo que dicta la legislación nacional.

En tercer lugar, encontré que los marcos o *framings* de la posición legislativa mayoritaria conciben a la educación religiosa obligatoria como un reflejo de la sociedad salteña, como un factor moralizante y cohesivo, como una parte fundamental de una *educación integral* y como un mandato constitucional.

Por último, surge del análisis de los discursos de los diputados y senadores salteños que la memoria colectiva, la idea de provincia y el marco de la política educativa están fuertemente relacionados a tal punto que los fundamentos de la inclusión de la enseñanza religiosa en las escuelas estatales no pueden escindirse de la idea de provincia, a la vez que esta sólo es comprensible partiendo de los relatos sobre los orígenes de Salta.

En suma, tanto los discursos sobre los orígenes de la provincia como aquellos sobre la idea de provincia y de encuadramiento de la política pública educativa, reproducen nociones contrarias a los tres componentes de la laicidad. Esto se debe a tres motivos. En primer lugar, la memoria colectiva sobre el origen de Salta se forja en base a una escena en la cual el poder político y el poder religioso están fusionados, lo que implica que no se tiene en cuenta la autonomía de la esfera política respecto de la religiosa. En segundo lugar, la idea de provincia propone una imagen de Salta como homogéneamente católica, lo cual, a través de la invisibilización de las minorías étnicas y religiosas, plantea problemas en términos de la garantía de igualdad y no discriminación. En tercer lugar, los marcos que plantean a la educación religiosa como cohesiva y moralizante, afectan la libertad de conciencia de los niños y el principio de autonomía progresiva. De este modo, las memorias sobre el origen de las provincias, las ideas sobre Salta y los marcos de la política educativa son contradictorios con la definición de laicidad según la cual esta es un régimen de convivencia en la que existe autonomía de la política respecto de la religión, garantía de igualdad y no discriminación, y libertad de conciencia.

Queda pendiente para el trabajo de investigaciones futuras comparar el presente caso con otros debates de leyes de educación provincial, con el objetivo de observar si esta fuerte relación entre memoria colectiva, idea de provincia y encuadramiento de la política educativa existe en otros tipos de vínculo entre religión y educación, y de qué modo se da esta relación.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABRATTE, Juan Pablo, “Leyes, política y educación en Córdoba: algunas reflexiones en torno a la trayectoria de la legislación educativa provincial en una perspectiva histórico-política”, en ROITEMBURD, Silvia y ABRATTE, Juan Pablo (eds.), *Historia, política y reforma educativa: aportes críticos, transformaciones culturales y prospectiva en el espacio educativo argentino*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2015.
- ALEGRE, Marcelo y DARGARELLA, Roberto, Presentación de escrito en carácter de “Amicus Curiae” a/ CSJN en el expte. CSJ 001870/2014-00 (Castillo, Karina V y otros c/ Provincia de Salta-Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/Amparo), *mimeo*, 2015.
- ANDERSON, Benedict, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- BLANCARTE, Roberto, “¿Cómo podemos medir la laicidad?”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXX, núm. 8, 2012.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE SALTA, *Acta de sesión*, 10 de diciembre de 2008.
- CÁMARA DE SENADORES DE SALTA, *Acta de sesión*, 18 de diciembre de 2008.
- COX, Gary, “The Organization of Democratic Legislatures”, en WEINGAST, Barry y WITTMAN, Donald, *The Oxford Handbook of Political Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- CUCCHETTI, Humberto *et al.*, “Caminos sinuosos: nacionalismo y catolicismo en la Argentina contemporánea”, en RIVERO, A. y COLOM González, F. (eds.), *El altar y el trono. Ensayos sobre el catolicismo político latinoamericano*, Barcelona, Antrophos/Unibiblos, 2006.
- CUNIAL Santiago, “Enmarcando cuestiones controvertidas: el uso de drogas como problema de política pública en Argentina”, *Revista Ciencia Política*, vol. 10, 2015.
- DI STÉFANO, Roberto, *Ovejas negras. Historia de los anticlericales argentinos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2010.
- DOMBOS, Tamás, *Critical Frame Analysis: a Comparative Methodology for the QUING Project*, Budapest, Center for Policy Studies/Central European University, 2012.
- ESQUIVEL, Juan, *Detrás de los muros. La Iglesia católica en tiempos de Alfonsín y Menem (1983-1999)*, Buenos Aires, UNQ, 2004.
- ESQUIVEL, Juan, “Religión y política: la influencia religiosa sobre las defini-

- ciones parlamentarias en materia de derechos sexuales y reproductivos”, en ESQUIVEL, Juan y VAGGIONE, Juan Marco: *Permeabilidades activas. Religión, política y sexualidad en la Argentina democrática*, Buenos Aires, Biblos, 2015.
- ESQUIVEL, Juan, “Cultura política y poder eclesiástico. Encrucijadas para la construcción del Estado laico en Argentina”, *Archives de Sciences Sociales des Religions*, vol. 146, 2009.
- GIMÉNEZ BÉLIVEAU, Verónica, *Católicos militantes. Sujeto, comunidad e institución en la Argentina*, Buenos Aires, EUDEBA, 2016.
- HALBWACHS, Maurice, *La memoria colectiva*, Zaragoza, Prensas universitarias de Zaragoza, 2004.
- HERVIEU-LÉGER, Danièle, *La religión, hilo de memoria*, Barcelona, Herder, 2005.
- IRRAZÁBAL, Gabriela, “Bioética y catolicismo. Dificultades en torno a la constitución de una identidad colectiva”, *Religio e sociedade*, vol. 30, núm. 1, 2010.
- IRRAZÁBAL, Gabriela, “Bioeticistas católicos en contra de las técnicas de reproducción asistida. Implicancias para la futura reforma del Código Civil en Argentina”, *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, vol. 57, núm. 1, 2012.
- JONES, Daniel, “La participación política de actores religiosos: los evangélicos frente a los derechos sexuales y reproductivos (2003-2010)”, en ESQUIVEL y VAGGIONE, Juan Marco, *Permeabilidades Activas. Religión, política y sexualidad en la Argentina democrática*, Buenos Aires, Biblos.
- LEVITA, Gabriel, *Elites políticas y nación: trayectorias sociales y representaciones sobre lo nacional de los senadores (2001-2011)*, tesis en cotutela para optar por el título de doctor en ciencias sociales (FSOC, UBA)/Docteur en Études Politiques (EHESS), Buenos Aires, mimeo, 2014.
- MALLIMACI, Fortunato, *El mito de la Argentina laica. Catolicismo, política y Estado*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2015.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007
- PEROCHENA, Camila, *La historia en la disputa política: los usos del pasado en el primer gobierno de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2011)*, tesis para optar por el título de magister en ciencia política (UTDT), Buenos Aires, mimeo, 2016.
- PRIETO, Sol, “The Relation Between Church and State in Argentina: A Study on the Educational System”, *Danubius*, vol. XXXII, 2014.
- PRIETO, Sol, *El fin del mundo. El fenómeno del Papa Francisco desde la sociología*, Villa María, EDUVIM, 2016.
- REIN, Martín y SCHÖN, Donald, “Reframing Policy Discourse”, en FISCHER,

- Frank y FORESTER, John, *The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning*, Londres, UCL Press, 1993.
- SCHÖN, Donald y REIN, Martin, *Frame Reflection: Toward the Resolution of Intractable Policy Controversies*, Nueva York, Basic Books, 1994.
- TORRES, Germán, “El catolicismo en el discurso educativo argentino: del Congreso Pedagógico Nacional a la Ley Federal de Educación (1984-1993)”, *Discurso & Sociedad*, vol. 8, núm. 2, 2014.
- VAGGIONE, Juan Marco, “Reactive Politicization and Religious Dissidence. The Political Mutations of the Religious in Social Theory and Practice”, *Social Theory and Practice*, vol. 31, núm. 2, 2005.
- ZORREGUIETA, Mariano, *Apuntes históricos de la Provincia de Salta en la época del coloniaje*, p.22, Salta, Universidad Católica de Salta-EUCASA, 2008.



## PRESENTACIÓN DE ESCRITO EN CARÁCTER DE *AMICUS CURIAE* EN EL CASO DE SALTA

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, en su carácter de profesores titulares de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de directores del Proyecto de Investigación UBACyT: “Principio de autonomía, libertad de conciencia y libertad religiosa”<sup>1</sup> constituyendo domicilio en Ugarteche 2910, 8 D de esta ciudad de Buenos Aires, nos presentamos respetuosamente en el expediente CSJ 001870/2014-00 (Castillo, Carina V. y Otros c/ Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la provincia de Salta s/ Amparo) y solicitamos ser admitidos como *amicus curiae*, con el patrocinio letrado de Marcelo Alegre (T°34, F° 128, dirección electrónica: [marceloalegre@cpacf.org.ar](mailto:marceloalegre@cpacf.org.ar)) en los términos de la Acordada 07/2013 de esta Suprema Corte.

### I. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Nuestra presentación cumple con los requisitos establecidos en la Acordada 07/2013. Primero, entendemos que en la causa se debaten “cuestiones de trascendencia colectiva o interés general”. Esta causa requiere para su resolución una interpretación constitucional de las cláusulas referidas a la relación entre la religión, el Estado y la autonomía individual. Como académicos, creemos que nuestro rol requiere una activa participación en la vida pública de nuestra comunidad, y entendemos que la oportunidad es adecuada para acercar al Tribunal algunas de las reflexiones que propiciamos en los claustros universitarios. Por razones de economía procesal, además, incluimos en

---

<sup>1</sup> El proyecto está integrado, además, por Damián Azrak, Vladimir Chorny, Romina Faerman, Lautaro Furfaro, Patricio E. Kenny, Nahuel Maisley y Florencia Saulino. Han realizado aportes para este escrito, además, Nathaniel Stein (estudiante del Programa de la Universidad de Nueva York en Buenos Aires) y Agustina Vázquez.

este propio escrito los argumentos de fondo. Segundo, entendemos que tenemos “reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito”. El presente escrito se realiza en el marco de un proyecto de investigación de la Universidad de Buenos Aires orientado a enriquecer la interpretación de los principios constitucionales que protegen la libertad de conciencia, particularmente en relación con el principio de autonomía. Los integrantes del proyecto somos profesores, graduados y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en las áreas de derecho constitucional y filosofía del Derecho, que adherimos a los fines que el Estatuto Universitario le asigna a nuestra Universidad, de mantenerse “en contacto directo permanente con el pensamiento universal”, “presta[r] particular atención a los problemas argentinos”, no desentenderse “de los problemas sociales, políticos e ideológicos... que estudia científicamente”, y exponer “objetivamente sus conclusiones sobre los problemas nacionales” (Estatuto Universitario de la Universidad de Buenos Aires, ratificado por Ley 23.068, título “Bases”, artículos I a VI).

Tercero, pretendemos apoyar los argumentos de la parte actora, de quien no hemos recibido financiamiento ni asesoramiento alguno. El procedimiento no nos representará beneficio patrimonial alguno.

## II. ARGUMENTOS JURÍDICOS POR LOS QUE NO DEBERÍA ADMITIRSE LA EDUCACIÓN RELIGIOSA EN LAS ESCUELAS PÚBLICAS EN LA ARGENTINA

Estos son los principales argumentos por los que creemos que en Argentina la educación religiosa en las escuelas públicas (al menos en horario de clases) es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico. Destacamos, en primer lugar, que la propia lógica interrelacionada de los derechos fundamentales en juego implica que estos argumentos tienen un alcance parcialmente superpuesto. En segundo lugar, según la Constitución reformada los derechos involucrados en los argumentos que daremos (especialmente los derechos a la igualdad y no discriminación) no pueden ser limitados o disminuidos por las provincias apelando al federalismo. En este sentido se ha pronunciado la Corte, entre otros casos, en *Verbitsky*, *Horacio s/ habeas corpus*, considerandos 55 y 56.

### 1. *La educación religiosa en las escuelas públicas afecta negativamente el derecho de niños y niñas a aprender*

El primer derecho constitucional en juego en el caso es el derecho de los niños a aprender, garantizado en los artículos 5o., 14, 25 y 75 (incisos 18

y 19) de la Constitución, en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN). La educación es un bien central en una sociedad que se pretenda democrática y respetuosa de los derechos individuales. Como enseñaba Carlos Nino:

la educación es esencial para la posibilidad de elegir libremente planes de vida e ideales de bien. Por otro lado, una determinada educación es necesaria para materializar el plan de vida o el ideal del bien libremente elegido. Además, la educación de la población es conducente al adecuado funcionamiento del proceso democrático, sobre todo cuando éste es justificado sobre el valor epistemológico.<sup>2</sup>

Nuestro bloque de constitucionalidad contiene indicaciones bastante precisas acerca de los alcances del derecho a la educación. La CDN aclara, en su artículo 29, que la educación debe estar destinada a “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”; “inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”; y “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”. Además, la propia Constitución Nacional establece pautas mínimas respecto del tipo de enseñanza que habrá de darse en el país: el artículo 75, inciso 19 establece que esta debe estar orientada a “la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”.

La educación religiosa contradice estas pautas, por dos grandes razones. En primer lugar, el carácter dogmático de la enseñanza religiosa atenta contra el objetivo básico de cualquier sistema educativo, reconocido por el Comité de Derechos del Niño, de “desarrollar el sentido crítico” de los niños (CDN, Observación General 1, CRC/GC/2001/1, párrafo 9). Al enseñarles que existe un único Dios, los fundamentos de cuya conducta son incuestionables, los niños aprenden que existe una porción de la información que se les brinda en la escuela pública que no puede ser ponderada críticamente, sino que debe ser lisa y llanamente aceptada, aun cuando no existan argumentos racionales para hacerlo. Esto es, por supuesto, peligroso

---

<sup>2</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 239.

no sólo para la conformación de una comunidad democrática, sino también para el desarrollo de sus propias aptitudes y para su elección libre de un plan de vida. En segundo lugar, la enseñanza religiosa puede atentar contra el derecho de los niños de recibir una educación “de calidad” (Comité DESC, Observación General 13, E/C.12/1999/10, párrafo 6.c). Esto se debe a que es probable que los niños reciban, en las clases de religión, información contradictoria con la mejor evidencia científica disponible acerca de un determinado tema (por ejemplo, respecto de la génesis del mundo, o de la eficiencia de las técnicas de anticoncepción). La provisión sistemática de información científicamente errónea es, por supuesto, una violación del derecho de los niños a aprender.

Por estas y por otras razones, el Comité DESC ha entendido que “la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores”.<sup>3</sup> Pero aun cuando se establezcan estas exenciones, autores como Carolyn Evans han alertado que deben ser excepcionales, dado que “un sistema muy significativo de exclusiones puede resultar en una denegación al niño de una educación que cumpla con los fines de desarrollar el respeto hacia civilizaciones distintas que la suya, y hacia los derechos humanos más generalmente”.<sup>4</sup> Al estudiar separadamente estas cuestiones, los niños aprenden que no existe diálogo posible con sus pares, y que las distinciones entre ellos están apoyadas formalmente por el Estado, algo explícitamente contrario a los propósitos de la CDN, el PIDESC y la Constitución Nacional.

## 2. *La legislación cuestionada vulnera el principio de igualdad y no discriminación*

El Estado está constitucionalmente facultado a tratar a las personas de modo diferente siempre que ese trato se funde en un criterio justificado. Debe evaluarse entonces si resulta justificada la enseñanza de la religión en las escuelas públicas salteñas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera incompatible con la Convención Americana toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la religión, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de

<sup>3</sup> *Ibidem*, párrafo 28.

<sup>4</sup> Evans, Carolyn, “Religious Education in Public Schools: An International Human Rights Perspective”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm., 3, 2008, p. 455.

los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.<sup>5</sup> Nuestra Corte Suprema ha determinado que:

[...]o razonable en estos casos (de posible discriminación) está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”.<sup>6</sup> Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.<sup>7</sup>

Se ha demostrado que en Salta existe un cuadro de flagrante desigualdad en perjuicio de las minorías étnicas y religiosas (incluyendo, obviamente, a las personas no religiosas). En efecto, niñas y adolescentes que no profesan el culto católico son inducidos, en el marco de una práctica reiterada, a rezar oraciones católicas, a bendecir la mesa, a participar de la catequesis, aún contra la expresa decisión de sus padres o tutores.<sup>8</sup>

Debe tenerse presente que

[...]a libertad de culto es sólo uno de los derechos dentro de la categoría de los derechos religiosos en el marco internacional de los derechos humanos. Además del derecho a la libertad de culto, el derecho a la igual protección y a la no discriminación también deben ser protegidos. El derecho a la igual protección implica el derecho a la igualdad de trato por parte del Estado.<sup>9</sup>

Además

Rajsoomer Lallah, uno de los miembros del Comité (de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ha sugerido que es «discriminatorio para las personas que practican una religión de Estado re-

---

<sup>5</sup> Considerando 81, caso *Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, CIDH, 24 de febrero de 2012.

<sup>6</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard College, 1971.

<sup>7</sup> Considerando 12, *Q. C., S. Y.*, CSJN, 24 de abril de 2012.

<sup>8</sup> Véase apartado IX de la sentencia del juez de grado, ap. 7 de la sentencia de la Corte de Justicia de Salta, y casos 4 y 5 del recurso extraordinario federal.

<sup>9</sup> Ernst, Julia L., “Rethinking the Validity of State Religions: Is Anti-establishmentarianism a Fundamental Prerequisite for the Protection of Religious Rights Under the International Human Rights Law?”, *Northern Illinois University Law Review*, núm. 34, primavera de 2014, p. 342.

cibir fondos del Estado para su educación religiosa, mientras que otros que profesaban una fe diferente no reciben nada».<sup>10</sup>

En este caso no parece posible distinguir una práctica injustificadamente desigual de una norma que no lo es. Salta debió haber extremado los recaudos para salvaguardar el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las minorías étnicas y religiosas. En cambio, optó por una manifiesta laxitud en la normativa, que a través de reglas genéricas e indeterminadas no logra evitar la discriminación durante el progresivo desarrollo como personas autónomas de la libre elección de su postura religiosa. La Ley 7546 aparenta ser formalmente igualitaria pero al no aportar mayores especificaciones termina siendo injustificadamente desigualitaria. La expresión extremadamente general “brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase” sin salvaguardas eficaces para proteger la igualdad en materia religiosa, implica establecer de facto la enseñanza obligatoria de la religión católica —la religión hegemónica y con mayores recursos— en las escuelas públicas.

Un examen de constitucionalidad riguroso de la legislación impugnada, como el que propiciamos, ha de tener en cuenta la entidad de los derechos en juego. En el caso existe discriminación fundada en (1) la religión, que afecta (2) a menores de edad (3) vulnerables por ser parte de minorías.<sup>11</sup> La presunción en contra de la constitucionalidad de la normativa provincial sólo puede ser superada ofreciendo

una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica «adecuación» a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente, y además, si no existe otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Cumper, Peter, “School Worship: Praying for Guidance”, *European Human Rights Law Review*, núm.1, 1998, p. 50.

<sup>11</sup> Al respecto, por ejemplo, véase el voto del juez Petracchi en González de Delgado, Cristina, CSJN de 19 de septiembre de 2000; caso *Bulacio vs. Argentina*, CIDH de 18 de septiembre de 2003; N. J. G., CSJN, 5 de octubre de 2010, entre otros.

<sup>12</sup> Considerando 6, *Hoft, Pedro Cornelio Federico*, CSJN, 16 de noviembre de 2004, considerando 5, *Gottschau, Evelyn Patrizia*, CSJN, 8 de agosto de 2006 y algo similar también en el considerando 9 de la disidencia parcial de Petracchi y Belluscio en *Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas*, CSJN, 7 de junio de 2005.

El Estado provincial no justificó por qué no adoptó otra alternativa menos lesiva para las minorías. No demostró por qué dejó de lado la regla inverterada contenida en el artículo 8o. de la Ley 1420 (“La enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión, y antes o después de las horas de clase”) —que, como diremos más adelante, creemos vigente y de aplicación obligatoria para el presente caso—. El Estado tampoco optó por admitir sólo el estudio de las religiones y sus textos desde un punto de vista literario, sociológico o histórico.

En *Kjeldsen v. Denmark* (23 European Court of Human Rights —ser. A— 126, p. 53 —1976—) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que:

el Estado, en el cumplimiento de las funciones asumidas en relación con la educación y la enseñanza, debe cuidar que la información o el conocimiento incluidos en el plan de estudios sean transmitidos de manera objetiva, crítica y pluralista. El Estado tiene prohibido perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda no respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Ese es el límite que no debe sobrepasarse.<sup>13</sup>

El Estado provincial se limitó a argüir que no impartir la enseñanza católica en las escuelas públicas perjudicaría “a aquellos sectores carentes de recursos, que no pueden concurrir a una escuela privada o que viven en lugares alejados de los centros urbanos, y cuyos padres, muchas veces por razones laborales, no tienen posibilidades de instruirlos en la religión”.<sup>14</sup> Sin embargo, ninguna de las opciones aquí ofrecidas, y menos aún la regla o principio del artículo 8o. de la Ley 1420, entra en contradicción con este pretendido recaudo. Dejando de lado la discusión en torno a la vigencia del artículo 8o. de la Ley 1420, este artículo ofrece una alternativa superior desde la perspectiva de los derechos humanos a la de la Ley provincial 7546. Frente al intento de fundamentar la norma restrictiva de derechos humanos en consideraciones de equidad socio-económica, remarcamos que la opción legislativa escogida por Salta se encuentra lejos de satisfacer una exigencia establecida por la Corte Suprema: la igual libertad (que incluye la igualdad en materia religiosa) no admite ninguna desviación, y en el terreno socio-económico las únicas desigualdades admisibles serán (en la terminología

---

<sup>13</sup> Citado en Evans, Carolyn y Thomas, Christopher A., “Church-State Relations in the European Court of Human Rights”, *Brigham Young University Law Review*, The Twelfth Annual International Law and Religion Symposium, 2006, pp. 714 y 715.

<sup>14</sup> Véase apartado 3 de la sentencia de la Corte de Justicia de Salta.

de John Rawls) las que tengan por finalidad beneficiar a los grupos menos favorecidos;<sup>15</sup> en este caso, las minorías étnicas y religiosas.

### 3. *La ley provincial impugnada es contraria al principio de autonomía progresiva de las/los niñas/os*

El principio de autonomía personal se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en numerosos tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución. Carlos S. Nino explica que este principio, junto con los principios de inviolabilidad y de dignidad, constituyen la base de una concepción liberal de la sociedad, de cuya combinación se deriva un conjunto de derechos individuales básicos. Así, el principio de autonomía de la persona prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado, y los demás individuos, no deben interferir en esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la búsqueda de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente.<sup>16</sup> Se deriva de este principio una fuerte oposición al perfeccionismo estatal, postulando la neutralidad en relación a los planes de vida y las concepciones de excelencia personal.

Esto es aplicable también al colectivo de niñas, niños y adolescentes, antes considerados objetos de intervención y en la actualidad, luego de la aprobación con jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de la Ley de Protección Integral núm. 26.061 y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sujetos plenos de derechos. Esta normativa consagra el principio de autonomía progresiva, según el cual la autonomía no se adquiere de manera automática con la mayoría de edad, sino que es obtenida de conformidad con la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes. La Convención reconoce expresamente que el deber de los responsables de brindar una dirección y orientación tiene un objetivo específico: lograr que niños, niñas y adolescentes ejerzan los derechos reconocidos en la Convención y, finalmente, una ciudadanía plena. De allí surge que los niños son sujetos de derechos y que sus opiniones deben ser respetadas y tenidas en cuenta. Y en lo que nos importa, que se encuentra vedada la imposición por parte del Estado de valores subjetivos, como los de una determinada religión. Al respecto, Nino, citando a Bruce Ackerman, menciona que el control sobre el niño debe ir declinando a medida que crece y debe estar dirigido a proveerle recursos que él o ella podría

<sup>15</sup> Considerando 12, Q. C., S. Y., CSJN, 24 de abril de 2012.

<sup>16</sup> Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 199 y ss.



encontrar útiles para su autodefinición.<sup>17</sup> La imposición (en los hechos) de una cosmovisión religiosa transgrede la privacidad de niños y niñas y debilita su autonomía progresiva.

#### 4. *La ley cuestionada vulnera la libertad de conciencia de las/los niñas/os*

La Ley Salteña afecta la *libertad de conciencia de los niños*, garantizada por los artículos 14 y 19 de la Constitución, por el artículo 14.1 de la Convención de Derechos del Niño y por el artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como ha insistido la Corte,

nuestra Constitución reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual... el artículo 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con los vinculados a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamientos y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra norma fundamental.<sup>18</sup>

En términos constitucionales, la enseñanza religiosa durante el horario de clases es inadmisibles. En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia constitucional estadounidense, de gran relevancia dados los orígenes de nuestra carta magna. Aquella Corte ha reiterado que cuando la educación religiosa es llevada a cabo durante el horario de clases y en la escuela se presentan poderosos elementos de inherente presión en favor de las confesiones religiosas. Señaló que el ofrecimiento de una alternativa (como la de no participar) puede reducir la desigualdad y la afectación de la libertad de conciencia que sufren las minorías, pero no elimina la influencia por parte de la escuela en asuntos reservados a la conciencia y que se encuentran por fuera del dominio de la escuela. El resultado es una presión evidente sobre los niños para que participen de las prácticas de la religión dominante (por ejemplo, *Mccollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203, 1947, *Zorach v. Clauson*, 343 U. S. 306, 1952, entre otros).

Lo mismo sucede cuando oraciones religiosas son recitadas en las escuelas públicas al inicio de cada jornada —incluso si la oración es neutra en lo que respecta a determinada confesión religiosa y los alumnos que lo deseen puedan permanecer en silencio o ser excusados de la clase mientras ésta es recitada— (por ejemplo, *School Dist. of Abington Tp. v. Schempp*, 374 U.S. 203,

<sup>17</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 414.

<sup>18</sup> Considerado 16, *Portillo, Alfredo*, CSJN, 18 de abril de 1989.

1963, *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 1962). Para la Corte de EEUU los rezos públicos en escuelas primarias y secundarias conllevan un grave riesgo de coerción indirecta. Esta coerción indirecta, según este tribunal, se encuentra presente aun cuando los niños, niñas y adolescentes pudiesen abstenerse de orar o directamente retirarse. Optar por cualquier de estas alternativas traería aparejado un costo que no debe ser soportado por quien decide optar por no rezar: vergüenza y desaprobación social por parte de sus pares. “Esta presión, aunque sutil e indirecta, puede ser tan real como cualquier coacción manifiesta”, se resalta en uno de los precedentes (*Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 1992). Este argumento es plenamente aplicable a este caso. En clave igualitaria, la ley vulnera la igualdad en materia religiosa, estableciendo una práctica discriminatoria, que estigmatiza y excluye a los niños y niñas que no se ajusten a la pauta religiosa de la mayoría.

5. *La ley impugnada lesiona la privacidad de las/los niñas/os al forzar la revelación pública de datos sensibles*

El artículo 43 de nuestra Constitución Nacional consagra la protección de los datos personales. De igual modo, la propia Constitución de Salta protege la información personal en su artículo 89. La ley 25.326 sobre Protección de Datos Personales reglamenta el artículo 43 de la Constitución Nacional, que dispone en su artículo 7.1 que “[n]inguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles” y también prohíbe la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles.<sup>19</sup> Además, la Ley de Protección de Datos Personales reconoce entre los datos sensibles aquella información que demuestre las convicciones religiosas de las personas.<sup>20</sup> Estas disposiciones son de orden público y se aplican a todo el territorio nacional de conformidad con el artículo 44 de la Ley 25.326. La ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece que se debe respetar la dignidad de estos sujetos y prohíbe exponer, difundir o divulgar datos o informaciones que permitan identificar a los niños, niñas y adolescentes.<sup>21</sup>

La Ley Provincial 7546 y la Disposición núm. 45 de la Dirección de Enseñanza de dicha Provincia contrarían el marco de protección de los datos personales y sensibles de los niños, niñas y adolescentes por impeler a éstos a revelar sus creencias o la no aceptación de la enseñanza religiosa

---

<sup>19</sup> Artículo 7.3.

<sup>20</sup> Artículo 2o.

<sup>21</sup> Artículo 22.

en horario de clases, mediante la exigencia de un formulario de exención. En primer lugar, el artículo 27 inciso ñ de la Ley 7546 dispone que la educación religiosa atenderá a las creencias de los padres y tutores, quienes deciden sobre la participación de sus hijos y pupilos en estas, y el artículo 18 inciso m exige que la asignatura esté de acuerdo con las convicciones de los padres o tutores, según el caso. En segundo lugar, la Disposición 45 de la Dirección General de Enseñanza Primaria y Educación Inicial impone los contenidos de los formularios para que los padres o tutores puedan realizar la exención a la participación de sus hijos y pupilos en la materia de religión y para que manifiesten la creencia en la que desearon obtener educación. Esto implica la exigencia de revelar información sensible sobre los niños, niñas y adolescentes, y de sus familias, al deber acreditar las convicciones religiosas, la falta de creencias o la no adhesión a la religión católica, con un claro riesgo de exclusión y estigmatización para las familias que no desean hacer públicas sus convicciones religiosas o filosóficas.

Esta normativa lesiona el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes previsto en el artículo 16 de la Convención sobre Derechos del Niño al obligarlos a manifestar directa o indirectamente información sensible. El Comité sobre los Derechos de los Niños estableció que viola el derecho a la privacidad de los niños el requerir a los padres que presenten una solicitud formal que exponga la fe de los niños para que se eximan de la educación religiosa obligatoria.<sup>22</sup> Esta normativa, y la práctica seguida dentro de las instituciones educativas de la Provincia de Salta, configuran una violación a la vida privada prevista en el artículo 17 y a la libertad de religión consagrada en el párrafo 2 del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considerando que el Comité de Derechos Humanos determinó que "...no se puede obligar a nadie a revelar sus pensamientos o su adhesión a una religión o a unas creencias".<sup>23</sup>

Cualquier procedimiento de exención a la educación religiosa en las escuelas públicas ofende a padres, tutores, y a los propios niños, niñas y adolescentes, al compelerlos a develar aspectos centrales de su intimidad personal. Estos procedimientos de exención operan como un fuerte disuasivo hacia los padres y tutores que consideran solicitar la eximición de sus hijos o pupilos a la educación religiosa. Esto vuelve ilusorio el derecho a una edu-

---

<sup>22</sup> *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Norway, U. N. Comm. on the Rights of the Child*, 6th Sess., at para. 9, U. N. Doc. CRC/C/15/Add.23 —1994—.

<sup>23</sup> Observación General núm. 22, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, 48o. período de sesiones, U. N. Doc. RI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993, párrafo 3.

cación plural. Sobre el punto, el TEDH indicó que el hecho de que los padres estén obligados a informar a las autoridades de la escuela sobre sus convicciones religiosas o filosóficas lo convierte en un medio inadecuado para garantizar el respeto a la libertad de convicciones.<sup>24</sup> En la misma senda el TEDH en el caso *Folgero*, al analizar una presunta violación a los artículos 8o. y 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sostuvo que la información sobre las convicciones personales, religiosas y filosóficas afectan los aspectos más íntimos de la vida privada y comprendió que obligar a los padres a revelar a las autoridades de la escuela esta información puede constituir una violación al derecho a la vida privada y a la libertad de religión.<sup>25</sup> Igualmente, en el caso *Zengin*, el TEDH determinó que el hecho de que los padres deban hacer una declaración previa ante las escuelas afirmando que pertenecen a la educación cristiana o judía, para que a sus hijos sean eximidos de las clases religiosas, podría plantear un problema con el derecho a la libertad de religión.<sup>26</sup>

En suma, la normativa reprochada al exigir información sensible de las personas viola el artículo 43 de la Constitución Nacional, los artículos 17 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 2o. y 7o. de la Ley de Datos Personales y los artículos 10 y 22 de la Ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes.

## 6. *Las normas impugnadas vulneran la separación entre Iglesia y Estado*

La Corte Suprema ha interpretado desde siempre que la Constitución Nacional (en particular, los artículos 2o., 14, 16, 19, 20, 73 y 93) obliga al Estado a mantenerse neutral frente a las decisiones espirituales de los ciudadanos. Primero, la Corte ha reiterado que el artículo 2o. de la Constitución Nacional no implica ningún compromiso entre el Estado y la Iglesia católica más allá del financiero. Ya en 1928 la Corte aclaró que

la Constitución desechó la proposición de que el catolicismo fuera declarado la religión del Estado y la única verdadera, arribándose como solución transaccional, a la fórmula del artículo 2o., cuyo alcance no es otro que el emergente de su texto: los gastos del culto serán pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos por consiguiente al poder del Congreso.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> TEDH, *Zengin c. Turquía*, Ap. núm. 1448/04, 9 de octubre de 2007, párrafo 75.

<sup>25</sup> TEDH, *Folgero c. Noruega*, App. No. 15472/02, 29 de junio 2007, párr. 98.

<sup>26</sup> TEDH, *Zengin c. Turquía*, Ap. núm. 1448/04, 9 de octubre de 2007, párrafo 73.

<sup>27</sup> Considerando 3, *Didier Desbarats*, CSJN, 18 de julio de 1928; véase también, primer párrafo, *Correa, Jacinto*, CSJN, 29 de julio de 1893; considerando 4, *Rosa Melo de Cané*, CSJN,

Segundo, la Corte ha entendido que el Estado tiene el derecho de legislar sobre ciertas áreas de la vida social que tradicionalmente fueron prerrogativa de las instituciones religiosas, en la medida en que éstas tengan la posibilidad de ejercer esas tradiciones fuera del ámbito gobernado por el Estado. El ejemplo clásico es el fallo *Correa* de 1893. Allí la Corte negó que la existencia de instituciones públicas en materia nupcial vulnerase el derecho de los creyentes a profesar su culto: “en nada puede afectar ni vulnerar el dogma católico, ni los principios de cualquier otra religión, pues en la misma ley se permite expresamente la celebración del matrimonio religioso a cuantos quisieran contraerlo conforme a sus creencias”.<sup>28</sup>

Tercero, la Corte ha entendido que el Estado no puede obrar de un modo que favorezca a alguna determinada cosmovisión (sea religiosa o no) por sobre otra, y mucho menos imponer una cierta creencia a los ciudadanos. Así, en 1945, obligó al Registro Civil a admitir nombres no incluidos en el santoral católico,<sup>29</sup> y en 1966 admitió que las excepciones al servicio militar para “seminaristas” se aplicaban también a los judíos.<sup>30</sup> En 1986, los dos votos de la mayoría en el fallo *Sejean* afirmaron que “la neutralidad religiosa de nuestra Constitución Nacional, que surge de la enfática declaración de la libertad de cultos, resulta antagónica con la consagración de normas que impongan la doctrina de una religión determinada” y que la libertad religiosa, reconocida en el artículo 14 de la Constitución, “conlleva la facultad de no profesar religión alguna”.<sup>31</sup> En 1989, en *Portillo*, la Corte afirmó explícitamente que cuando el Estado asume una posición favorable a una cierta religión, la lesión a las creencias legítimas de un ciudadano “puede alcanzar no sólo a aquéllos que profesan un culto en particular sino a quienes establezcan una determinada jerarquía entre sus valores éticos”.<sup>32</sup>

Este último principio, aplicado a este caso, es transgredido por la práctica de dictar enseñanza religiosa en las escuelas públicas, por lo que debe-

---

16 de diciembre de 1911; *Sejean, Juan B.*, CSJN, 27 de noviembre de 1986, voto de Enrique Petracchi, considerando 9, y voto de Jorge Bacqué, considerando 12; *Villacampa, Ignacio*, CSJN, 9 de febrero de 1989, pp. 131 y 132; considerando 16, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio*, CSJN, 5 de febrero de 1998.

<sup>28</sup> Séptimo párrafo, *Correa, Jacinto*, CSJN, 29 de julio de 1893; véanse también *Carbonell, Luis Alberto*, CSJN, 12 de agosto de 1982, *Sejean, Juan B.*, CSJN, 27 de noviembre de 1986 y considerando 11, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio*, CSJN, 5 de febrero de 1998.

<sup>29</sup> *Moxey, Edwin Patrick*, CSJN, 20 de abril de 1945.

<sup>30</sup> *Glaser, Benjamín*, CSJN, 23 de septiembre de 1966.

<sup>31</sup> *Sejean, Juan B.*, CSJN, 27 de noviembre de 1986, votos de Jorge Bacqué, considerando 12, y Enrique Petracchi, considerando 9.

<sup>32</sup> Considerando 9, *Portillo, Alfredo*, CSJN, 18 de abril de 1989.

ría ser declarada inconstitucional. Primero, compromete al Estado con una cierta posición espiritual (la religiosa, y en particular, la católica) y, segundo, impone a los niños (sean estos creyentes, agnósticos o ateos) una cierta cosmovisión religiosa. El Estado no puede ampararse ni en el artículo 2o. ni en el 14 de la Constitución para justificar su práctica: el artículo 2o. solamente refiere a compromisos financieros del Estado, y el artículo 14 no impide que el Estado legisle en cuestiones que afecten prácticas tradicionales, siempre y cuando estas prácticas puedan ser llevadas a cabo, paralelamente, fuera del ámbito público (como en el caso del matrimonio o de la educación religiosa).

### 7. *Las normas impugnadas contrarían el principio republicano de gobierno*

La inclusión de contenidos religiosos en la educación pública es también contraria al *principio republicano de gobierno* (artículo 1o. de la Constitución Nacional, artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al atentar contra la adecuada formación ciudadana de los educandos, y así erosionar la base de la deliberación democrática. La idea republicana de gobierno descansa en dos presupuestos. El primero es el reconocimiento del carácter social y político de los ciudadanos y su orientación hacia el florecimiento, y apela al ejercicio activo (participativo) de las capacidades humanas para realizar los propósitos sociales encaminados al autogobierno, implicando el reconocimiento de las personas como agentes morales. Por esta razón, el Estado debe estructurarse de manera que las instituciones contribuyan a estos fines. El autogobierno lleva en su centro la idea deliberativa de la democracia y la necesidad de la participación política en el ámbito público.<sup>33</sup> El autogobierno requiere de una ciudadanía activa encaminada a la práctica y promoción de los principios republicanos, como un círculo virtuoso democrático.<sup>34</sup>

El segundo presupuesto hace referencia al conjunto de capacidades necesarias para que todas las personas se orienten voluntariamente hacia los fines o propósitos republicanos. La *virtud cívica*, entonces, exige que los ciudadanos cultiven prácticas y dinámicas que les permitan desarrollar sus capacidades republicanas, entendiendo por éstas a las relacionadas con el buen ejercicio de la participación social y la deliberación democrática (como fines republicanos). En este punto el Estado debe utilizar el poder coercitivo de la ley para promover y facilitar un entorno público en el que la virtud pueda florecer, para contribuir también al desarrollo del autogobierno. En otras

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, CSJN, *Patitó, José Ángel*, 24 de junio de 2008, considerando 11.

<sup>34</sup> Pettit, Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

palabras, uno de los deberes del Estado republicano es el de utilizar el derecho para evitar que la virtud cívica se pierda.<sup>35</sup> El principio republicano de gobierno sirve entonces como el camino para llegar a la libertad democrática y el goce efectivo de los derechos: es instrumentalmente necesario para alcanzarlos.<sup>36</sup> Por ello las instituciones de gobierno deben mantener un orden normativo que sirva para *constituir* la libertad las personas en la vida pública.

De aceptarse en el ámbito de la enseñanza pública la instrucción religiosa, el Estado estaría legitimando que la escuela deje de ser un ámbito en el que impera el debate plural y la diversidad de ideas, y pase a ser un ámbito de transmisión acrítica de creencias (que por más valiosas que se consideren) escapen al control racional y la evaluación crítica. Con ello fallaría a su deber de promover las virtudes cívicas republicanas y de garantizar la consecución de los propósitos republicanos. Como sugiere Amy Gutmann, “el resultado indirecto —sino el directo— de enseñar religión en las escuelas públicas sería el de restringir la deliberación racional entre personas que adoptan distintas formas de vida”.<sup>37</sup> La construcción de una democracia más robusta requiere que los niños se formen comprendiendo el carácter valioso de la diversidad, y entendiendo la importancia de hacer oír su voz en la discusión de los problemas comunes.

#### 8. *Las normas violan la regla (o principio) del artículo 8o. de la Ley 1420*

Al presente caso debiera serle aplicable el artículo 8o. de la histórica Ley 1420, que creemos vigente, que establece: “La enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión, y antes o después de las horas de clase”. La Ley 1420 fue aprobada en 1884, luego de un intenso debate parlamentario. Las leyes nacionales más recientes en materia de educación —la Ley Federal de Educación de 1993 (Ley 24.195) y la Ley de Educación Nacional de 2006 (Ley 26.206)— no han derogado de forma expresa la Ley 1420. La Ley 24.195 establece que todas las disposiciones que se opusieran a esa norma debían considerarse derogadas. Muchas de las disposiciones de la Ley 1420 se oponen a la Ley 24.195 —tal como se desprende de las manifestaciones vertidas por los legisladores en las

---

<sup>35</sup> Skinner, Quentin, “The Republican Ideal of Political Liberty”, en Bock, Gisela *et al.* (eds.) *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

<sup>36</sup> Pettit, Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

<sup>37</sup> Gutmann, Amy, *Democratic education*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999, p. 104.



discusiones previas a la sanción tanto de la Ley 24.195 como de la 26.206—, pero ello no ocurre con su artículo 8o., cuyo contenido no sólo no entra en contradicción con las Leyes 24.195 y 26.206, sino que es de hecho coherente con estas normas. Además, el artículo 8o. es autónomo, es decir, operativo sin perjuicio de la vigencia del resto de los artículos de la ley.

En este marco, el Digesto Jurídico Argentino (Ley 26.939) consideró, en su primera opinión, que la Ley 1420 había sido derogada completamente. Pero el artículo 8o. de esa ley está en realidad vigente (por lo menos como principio jurídico) y considerar lo contrario supondría una violación de los principios de progresividad y de no regresividad. El principio de progresividad encuentra su fundamento en la obligación de desarrollo progresivo que los Estados tienen para lograr la efectividad plena de los derechos (artículo 2.1 del PIDESC y artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos). La progresividad de los derechos se complementa con los principios de máximo uso de los recursos disponibles y de no regresividad, donde el primero significa adoptar las medidas concretas para mejorar la protección de los derechos (por todos los medios disponibles) y el segundo —y que aquí nos ocupa— establece la prohibición que el Estado tiene de disminuir el grado alcanzado en el disfrute de los derechos.

El principio de no regresividad, en tanto, protege a los derechos contenidos en tratados internacionales y en las constituciones estatales, pero no se limita solamente a ellos, sino que alcanza a aquellos derechos contenidos en las leyes nacionales, que se encaminen a reconocer, proteger o desarrollar algún derecho reconocido nacional o internacionalmente (en concordancia con el principio pro persona). La progresividad y no regresividad de los derechos deben ser interpretadas de forma que no se limite “el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”(voto concurrente de Ferrer Mac-Gregor Poisot en Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, CIDH, 21 de mayo de 2013; Caso *Acevedo Buendía y Otros “Cesantes y Jubilados de la Contraloría” vs. Perú*, CIDH, 1 de julio de 2009; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del artículo 2o. del Pacto, U. N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sesiones, 1990; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el «máximo de los recursos de que disponga» de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38o. período de sesiones, 21 de septiembre de 2007).



La Ley 1420 contiene y desarrolla en su artículo 8o. el derecho a la educación, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tal disposición es compatible con los principios de tolerancia, libertad y amistad reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, así como con el derecho que los padres y tutores tienen de “escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13, párrafos 1 y 3). Por lo tanto, considerar derogado el artículo 8o. de la Ley 1420 sin que exista otra normativa que proteja los derechos que ese artículo regulaba implica vulnerar el principio de progresividad y no regresividad, dado que se estarían restringiendo —y no expandiendo— los derechos constitucionales en juego.

Aún reconociendo que existe una corriente importante que entiende que cuando se sancionó la Ley 1420 ésta tenía un carácter meramente local (aplicable sólo en la Ciudad de Buenos Aires), no debe pasarse por alto dos aspectos. Primero, que el texto de la norma es ambiguo en relación a este punto (el artículo 7o., por ejemplo, menciona “las necesidades del país”, el 25 la expedición de diplomas en las escuelas normales de las provincias, el 26 la ausencia de maestros idóneos, nuevamente, en “el país” y el artículo 57 las subvenciones a las provincias). Segundo, que, por ejemplo, la ley 4874 de 1905 —sobre escuelas nacionales en las provincias, también conocida como ley Láinez— extendió en la *práctica* la aplicación de la Ley 1420 a muchas escuelas del país (aunque esto ya sucedía, por caso, con las escuelas provinciales subvencionadas por el Estado Nacional contempladas en el artículo 57 de la Ley 1420), incluidas algunas en la provincia de Salta. En efecto, hacia 1936 había en Salta casi tres veces más escuelas regidas por la 1420 que por legislación local.<sup>38</sup> En este sentido, queda de manifiesto, por un lado, que la norma admite la interpretación del artículo 8o. como un principio de laicidad vinculado al derecho a la educación, aplicable nacionalmente y, por otro lado, que una interpretación contraria implicaría retroceder en la protección de derechos, lo que está prohibido por los principios de progresividad y de no regresividad ya comentados.

A todo evento, aun cuando se considerara (a nuestro juicio erróneamente) que la Ley 1420 ha sido derogada, la mejor interpretación posible de esta derogación —a la luz de los principios constitucionales enunciados— no es la que autoriza al Estado a dictar enseñanza religiosa en el horario de clase, sino —por el contrario— la que considera revocada la autorización a dictar

<sup>38</sup> Véase en: [http://www.me.gov.ar/curriform/publica/cien\\_anios\\_ley\\_lainez.pdf](http://www.me.gov.ar/curriform/publica/cien_anios_ley_lainez.pdf), p. 14.

enseñanza religiosa dentro de las instituciones públicas aun fuera del horario curricular. En otras palabras, no puede entenderse que el legislador redujo la protección a los derechos constitucionales de los niños, sino que debe entenderse —por el principio de progresividad— que su intención ha sido ampliarlos. Por tanto, la derogación de la Ley 1420 debe ser entendida como una prohibición total de enseñar religión en las escuelas, tanto dentro como fuera del horario de clases.

### III. CONCLUSIÓN

La ley que establece la enseñanza religiosa en Salta: 1) es violatoria del derecho de los niños a aprender, porque prevé la enseñanza de contenidos dogmáticos e incompatibles con la mejor evidencia científica disponible; 2) transgrede el principio de igualdad y no discriminación, porque trata de modo diferenciado a un grupo de personas sin justificación alguna; 3) desconoce el principio de autonomía progresiva de las niñas y niños, quienes ven acotado su margen de opción en relación a su formación espiritual; 4) viola la libertad de conciencia de las niñas, los niños y sus padres, que sufren presiones inaceptables en sus opciones espirituales; 5) lesiona el derecho a la privacidad de las niñas y niños, al obligarlos a expresar públicamente sus convicciones religiosas, aun cuando ellas/os prefieran guardarlas en su esfera íntima; 6) vulnera el principio constitucional de separación entre Iglesia y Estado, al otorgarle un privilegio a una cierta cosmovisión (la religiosa) y a una religión en particular (la católica); 7) atenta contra la consolidación de una sociedad democrática, conforme al mandato del principio republicano de gobierno, porque socava el carácter deliberativo y plural de la escuela; y por último, 8) viola la normativa infra constitucional vigente en la materia, es decir, el artículo 8o. de la Ley 1420, que exige que la enseñanza religiosa siempre se dé fuera del horario de clase.

### IV. PETITORIO

Esperando que nuestro aporte contribuya a una justa resolución del caso, solicitamos a la Corte:

- 1) Que se nos tenga presentados como *Amicus Curiae* en esta causa; y
- 2) Que se tenga en cuenta lo expuesto en el presente y se resuelva en consecuencia.

## LA RELIGIÓN Y LOS DERECHOS POLÍTICOS: CIERTAS CONSIDERACIONES A PARTIR DEL CASO “ALPEROVICH”\*

Hernán V. GULLCO

SUMARIO: I. *El caso “Alperovich”*. II. *Antecedentes estadounidenses*. III. *El Estado y la religión en la concepción de Alberdi*. IV. *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado para los constituyentes de 1853*. V. *La situación a partir de la reforma constitucional de 1994*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

### I. EL CASO “ALPEROVICH”

El 2 de mayo 2003, la Sala 1a. de la Cámara Contencioso Administrativa de Tucumán declaró la inconstitucionalidad del artículo 80 de la Constitución de esa provincia que establece, que el gobernador electo debe prestar juramento por los “Santos Evangelios”.<sup>1</sup> Este pronunciamiento fue dictado como consecuencia de la acción de amparo promovida por José J. Alperovich, quien en ese momento era candidato a gobernador de la provincia de Tucumán y no profesaba el culto católico romano.

Para fundar su decisión, el tribunal tuvo en cuenta en primer lugar, el derecho, reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de no ser discriminado por razones religiosas. También mencionó el derecho electoral pasivo reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, el argumento central de la Cámara fue que:

...la capacidad para presentarse como candidato a los cargos electivos tiene limitaciones, que en la Constitución provincial se encuentran taxativamente

---

\* Este artículo se publicó originalmente en el *Semanario de Jurisprudencia Argentina* de Abelardo-Perrot, en el 2004, bajo el registro SJA 7 de abril de 2004 ; JA 2004-II-435.

<sup>1</sup> El fallo se encuentra publicado en el *Suplemento de Derecho Constitucional el Derecho*, del 4 julio de 2003.

prevista por su artículo 74, cuáles son: ser argentino, tener 30 años de edad, dos de residencia inmediata en la provincia y de ciudadanía en ejercicio. De ello se colige que nada se expresa en relación al sexo y a la religión o culto... No estando consagrado como requisito *sine qua non* en el artículo 74 Constitución provincial (LA 1991-A-1505), que para ser gobernador debe profesarse una determinada religión, la exigencia del juramento al momento de asumir y en la que se incluye prestar al mismo por los Santos Evangelios (artículo 80) no responde objetivamente a razones institucionales y exhiben naturaleza proscriptiva y discriminatoria, conforme la Constitución Nacional (LA 1995-A-26), y los tratados internacionales citados. En consecuencia, es inconstitucional, lo que así debe declararse.

El objetivo de este trabajo, será examinar la compatibilidad con la Constitución Nacional de disposiciones de alguna constitución provincial que, a diferencia de lo que ocurre con la de Tucumán, sí exige expresamente ser católico para ser elegido gobernador provincial.<sup>2</sup>

En primer lugar, analizaré los antecedentes constitucionales de los Estados Unidos, para tratar de determinar hasta qué punto nuestra Constitución se apartó de ese modelo constitucional en su redacción original y si dicho apartamiento persiste en la actualidad.

## II. ANTECEDENTES ESTADOUNIDENSES

La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos dispone lo siguiente sobre la cuestión que nos ocupa: “El Congreso no dictará ley que disponga el establecimiento de una religión oficial o que prohíba el libre ejercicio de alguna...”.

Según lo explica la doctrina constitucional estadounidense,<sup>3</sup> el origen de esta cláusula se encuentra en “Memorial y Protesta” redactado por James Madison —uno de los redactores de las enmiendas a la Constitución de ese país— en 1785/1786. El objetivo del escrito de Madison era oponerse al proyecto de la legislatura del estado de Virginia de renovar la aplicación de un impuesto destinado a financiar a la religión oficial de ese Estado. En esa presentación, Madison:

---

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, la Constitución de Catamarca (LA 1991-A-1505) en su artículo 131, inciso 2.

<sup>3</sup> En este punto he seguido la explicación que hacen: Karlan, Pamela, Stone, Geoffrey, Seidman, Louis, Sunstein, Cass & Tushnet, Mark, *Constitutional Law*, Estados Unidos, Aspen Law & Business, 2001, pp. 1411 y ss.

...argumentó elocuentemente que una religión verdadera no necesitaba el apoyo de la ley; que ninguna persona —ya fuera creyente o no— debía ser objeto de imposición para apoyar a una institución religiosa de ningún tipo; que el mejor interés de una sociedad requería que las mentes de las personas debían estar siempre completamente libres, y que crueles persecuciones eran el resultado inevitable de las religiones oficiales.<sup>4</sup>

El documento de Madison recibió amplio apoyo en la sociedad de ese Estado y dio lugar a la “Declaración de Virginia sobre Libertad Religiosa”, redactada por Thomas Jefferson, otro de los “padres fundadores” estadounidenses.

La Declaración establecía: “Que ningún hombre será obligado a frecuentar o apoyar ningún lugar de culto religioso, o a ministro religioso alguno, ni será objeto de persecución, restricción, molestia, o afectado en su cuerpo o en sus bienes, ni de ninguna otra forma sufrirá en razón de su opinión o creencia religiosas”.<sup>5</sup>

Según la opinión mayoritaria del juez Black en el caso “*Everson v. Board of Education*”, 330 U.S. 1 (1947), quien se fundó en los citados antecedentes, el objetivo de la Primera Enmienda, era la de levantar “una pared de separación entre la Iglesia y el Estado”.

### III. EL ESTADO Y LA RELIGIÓN EN LA CONCEPCIÓN DE ALBERDI

Más allá de que algunos autores y jueces estadounidenses no coinciden con el citado concepto de “pared de separación” mencionado por el juez Black,<sup>6</sup> en general se acepta que es correcta su descripción de las circunstancias históricas, que dieron lugar a la sanción de primera enmienda.

Así, el nombrado magistrado señaló que, ya con anterioridad a la independencia de los Estados Unidos, existía en su territorio una amplia diversidad religiosa. Y ante la posibilidad de que tal diversidad produjera sangrientos conflictos civiles análogos a los que habían tenido lugar en Europa, Black explicó que los autores de los documentos constitucionales

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 1412.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 1413.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 1413 y ss. Aquí ver la discusión entre los diferentes jueces de la Corte Suprema estadounidense acerca del significado de la Primera Enmienda y sus antecedentes: mientras algunos extraen de aquéllas la conclusión de que la Constitución prohíbe toda forma de ayuda a la religión por parte del Estado, otros sostienen que dicha ayuda es constitucionalmente válida en tanto aquélla no privilegie a una religión determinada.

de ese país quisieron eliminar dicho peligro, estableciendo la neutralidad religiosa del Estado federal.

Es fácil advertir que la situación a la que se enfrentaron nuestros constituyentes en 1853 era sustancialmente diferente a la de sus equivalentes estadounidenses ya que no era posible sostener que la República Argentina fuera en esa época una nación de “amplia diversidad religiosa”. Por el contrario, se trataba de un país casi unánimemente católico y en donde estaba muy viva la tradición española colonial de fuerte intolerancia en materia religiosa.

Así, tal como lo explicaba Alberdi en sus *Bases*:

El derecho colonial era exclusivo en materia de religión, como lo era en materia de comercio, de población, de industria, etcétera. El exclusivismo era su esencia en todo lo que estatúa, pues baste recordar que era un derecho colonial, de exclusión y monopolio. El culto exclusivo era empleado en el sentido de esa política como resorte de Estado. Por otra parte, España excluía de sus dominios los cultos disidentes, en cambio de concesiones que los Papas habían a sus reyes sobre intereses de su tiempo.<sup>7</sup>

Sin embargo, Alberdi sabía que tal política colonial era claramente incompatible con los objetivos que debía alcanzar nuestro país una vez alcanzada su organización constitucional definitiva:

En los primeros días de la revolución americana, nuestra política constitucional hacía bien en ofrecer al catolicismo el respeto de sus antiguos privilegios y exclusiones en este continente, como procedía con igual discreción protestando al trono de España que la revolución era hecha en su provecho. Eran concesiones de tácticas exigidas por el éxito de la empresa. Pero América no podría persistir hoy en la misma política constitucional, sin dejar ilusorios e ineficaces los fines de la revolución de progreso y de libertad. Será necesario, pues, consagrar al catolicismo como religión de Estado, pero sin excluir el ejercicio público de los otros cultos cristianos. La libertad religiosa es tan necesaria al país, como la misma católica. Lejos de ser inconciliables, se necesitan y complementan.<sup>8</sup>

En el proyecto de constitución elaborado por el nombrado, se establecía que “La Confederación adopta y sostiene el culto católico y garantiza la libertad de los demás” (artículo 3o.).<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, 1852, transcripto en Miller, Jonathan, Cayuso, Susana y Gelli, Angélica, *Constitución y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991, t. I, p. 635.

<sup>8</sup> *Op. cit.* y *loc. cit.*

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 699.

#### IV. LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO PARA LOS CONSTITUYENTES DE 1853

Es fácil advertir que el concepto “alberdiano” de libertad religiosa era bastante restringido. En primer lugar, su limitación de dicho concepto a los “otros cultos cristianos”, dejaba aparentemente sin tutela constitucional a las personas de religión judía e islámica que formaron parte, en forma apreciable, del contingente inmigratorio que llegó a nuestro país a partir de fines del siglo XIX.<sup>10</sup>

Por otra parte, su posición de que la religión católica debía ser una “religión de Estado” era, contrariamente a lo que Alberdi parecía creer, difícilmente compatible con un concepto amplio de libertad religiosa.

Así, como lo explican Vicki Jackson y Mark Tushnet:

Pocas organizaciones religiosas han sido tan totalizadoras de forma tal, de alcanzar una completa identificación entre el Estado y la Iglesia. En los casos en que tal situación extrema ha sido alcanzada o ha habido una aproximación a ella, existe una clara ausencia de libertad religiosa. Esto es obviamente cierto para los adherentes de minorías religiosas y aún es probable que la religión mayoritaria sufra a consecuencia de tal situación, debido a la excesiva intervención estatal en la regulación de sus asuntos o debido al debilitamiento que resulta de la excesiva dependencia de las instituciones religiosas respecto del Estado.<sup>11</sup>

Sin embargo, los constituyentes de 1853 no siguieron de manera literal las ideas de Alberdi en punto a la relación Iglesia y Estado.

En efecto, el examen de los debates de que la Convención Constituyente de 1853 demuestra claramente que, de manera alguna, puede entenderse que la citada cláusula constitucional haya establecido al catolicismo como una religión del Estado o que autorizara a cualquiera de las ramas del go-

---

<sup>10</sup> Lo cual no tiene nada de sorprendente si se advierte que Alberdi privilegiaba a determinados grupos inmigratorios y que su posición a favor de la libertad religiosa era una consecuencia de dicha preferencia. Así, decía en las *Bases*: “Si queréis pobladores morales y religiosos, no fomentéis el ateísmo. Si queréis familias que formen las costumbres privadas, respetad su altar a cada creencia. La América española, reducida al catolicismo con exclusión de otro culto, representa un solitario y silencioso convento de monjes. El dilema es fatal: o católica exclusivamente y despoblada; o poblada y próspera, y tolerante en materia de religión: Llamar la raza anglosajona y las poblaciones de Alemania, de Suecia y de Suiza, y negarles el ejercicio de su culto, es lo mismo que no llamarlas, sino por ceremonia, por hipocresía de liberalismo”. En Miller, Jonathan..., *cit.*, pp. 633 y 634.

<sup>11</sup> Jackson, Vicki & Tushnet, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Foundation Press, 1999, pp. 1159 y 1160.

bierno federal (como lo es en el caso, la Corte Suprema) a dar su apoyo explícito a determinada forma de culto.

Son muy esclarecedoras, en tal sentido, las expresiones que aparecen en el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales:

El artículo 2o. del Proyecto, acuerda la protección única posible al hombre sobre la religión que hemos heredado. Por ese artículo es obligación del Gobierno federal mantener y sostener el culto Católico Apostólico Romano, a expensas del tesoro nacional... Es necesario que la solemnidad y decoro de nuestro rito y que la dotación del Clero, sean deberes ciertos y obligatorios para el tesoro federal (ADLA I-12).

En el debate correspondiente al artículo 2o., el convencional Lavaysse expresó su oposición a que se expresara en dicha norma, además de la obligación de sostenimiento, que la religión católica era la "...Religión del Estado... única y sola verdadera".

El nombrado convencional fundó su oposición en los siguientes términos:

...la Constitución no podía intervenir en las conciencias, sino reglar sólo el culto exterior —Que el Gobierno federal estaba obligado a sostenerlo, y esto era lo bastante, —Que la Religión como creencia no necesitaba de más protección que la de Dios para recorrer el mundo, sin que hubiese podido nunca la tenaz oposición de los Gobiernos, detener un momento su marcha progresiva.<sup>12</sup>

Al apoyar esta opinión, el miembro informante de la Comisión, Gorostiaga, expresó:

Que este artículo imponía al Gobierno federal la obligación de sostener el Culto Apostólico Romano y que esta disposición presuponía y tenía por base, un hecho incontestable y evidente, cual es que esa religión era la dominante en la Confederación Argentina, la de la mayoría de sus habitantes... Que la declaración que se proponía de que la Religión Católica era la Religión del Estado, sería falsa; porque no todos los habitantes de la Confederación ni todos los Ciudadanos de ella, eran Católicos, puesto que el pertenecer a la Comunión Católica jamás había sido por nuestras leyes un requisito para obtener la ciudadanía, y que ni a los hijos de los Ingleses, que por el Tratado del año 25 pueden ejercer libremente su culto en la Confederación, se les ha exigido para ser ciudadanos nativos, que renieguen la Religión. Que tampoco puede establecerse

---

<sup>12</sup> Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la nación: fuentes seleccionadas, coordinadas y anotadas en cumplimiento de la Ley 11.857*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas-Talleres S. A. Casa Jacobo Peuser, 1937, t. IV, p. 489.



que la Religión Católica es la única verdadera; porque este es un punto de dogma, cuya decisión no es de la competencia de un Congreso político que tiene que respetar la libertad de juicio en materias religiosas y la libertad de Culto según las inspiraciones de la conciencia. Que la obligación impuesta al Gobierno federal por el artículo en discusión, de sostener al culto católico, era muy diferente de lo que se llama derecho de obligar la conciencia de los hombres a adorar a Dios de otra manera que la que ellos creen ser más agradable a la Divinidad. Que se ha dicho con razón, que la Religión o nuestras obligaciones con el Creador, lo mismo que la manera de cumplirlas, no pueden ser dictadas, sino por la razón y la convicción, y no por la fuerza y la violencia. Que los derechos de la conciencia están fuera del alcance de todo poder humano; que ellos han sido dados por Dios, y que la autoridad que quisiese tocarlos, violaría los primeros preceptos de la Religión natural y de la religión revelada.<sup>13</sup>

El mismo convencional agregó en otra parte de su exposición “Que la Comisión no había creído que el Congreso fuese un Concilio Ecuménico ni que los Diputados viniesen a decidir puntos dogmáticos”.

Otros convencionales expresaron puntos de vista coincidentes al oponerse a la inclusión en el texto constitucional de la obligación de que los funcionarios públicos tuviesen que pertenecer a la religión católica.<sup>14</sup>

La reseña efectuada indica claramente que no fue intención de los constituyentes de 1853 establecer en el texto constitucional un apoyo ideológico a la religión católica o a las manifestaciones externas del citado culto, sino tan sólo otorgar un sostén económico a éste, en razón de su carácter mayoritario en la sociedad argentino.

Este alcance restringido del concepto de “sostener”, empleado en el artículo 2o. de la Constitución, también fue defendido por los autores tradicionales de derecho constitucional argentina.<sup>15</sup>

Asimismo, la jurisprudencia de la propia Corte Suprema ha adoptado claramente esta posición al resolver que, la citada cláusula constitucional no era contraria al matrimonio civil,<sup>16</sup> a la aplicación del impuesto a la transmisión hereditaria de bienes, al arzobispo de Buenos Aires<sup>17</sup> y a la ley que establecía el divorcio vincular.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 489 y 490.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 524 y 525. Sobre las expresiones de Gutiérrez y Zapata, respectivamente.

<sup>15</sup> González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1959, núm. 140, p. 154; González Calderón, Juan, *Derecho constitucional argentino*, 3a. ed., Buenos Aires, Estrada, 1931, t. II, pp. 68 y ss.

<sup>16</sup> Caso “Correa”, fallos 53:188; Caso “Carbonell”, fallos 304:1139.

<sup>17</sup> Caso “Didier Desbarats”, fallos 151:403.

<sup>18</sup> Caso “Villacampa”, fallos 312:122.

Por cierto, además del citado artículo 2o., la Constitución también contenía otras disposiciones que otorgaban a la religión católica, antes de la reforma constitucional de 1994, una posición de preponderancia en el ordenamiento jurídico argentino. Así, el artículo 76 de la Constitución exigía como requisito para ser presidente o vicepresidente el de “pertenecer a la comunión católica, apostólica, romana...”. Por su parte, el artículo 80 disponía que dichos funcionarios debían jurar, al asumir en sus cargos, “por los Santos Evangelios”.

Este conjunto de normas permitió a algún magistrado de la Corte Suprema de la Nación, sostener que no existía impedimento constitucional en que la ley que establecía el servicio militar obligatorio dispusiera que sólo los seminaristas católicos tuvieran derecho a la exención de dicho servicio. Para este magistrado, tal disposición no hubiera violado el principio de igualdad ante la ley ya que éste, en su opinión, no regía

...en materia de religión, ya que la Constitución Nacional confiere preeminencia al culto católico, al sostener esta religión (artículo 2o., al disponer que el presidente y vice de la Nación deben pertenecer a ella (artículo 76) y al obligarlos a jurar por los Santos Evangelios (artículo 80). Con tal sistema constitucional podría compaginarse sin dificultad una ley que eventualmente otorgara a los seminaristas o sacerdotes del culto católico, ciertos derechos o privilegios que no se concedan a los de otras religiones.<sup>19</sup>

Con base en tal interpretación de la Constitución Nacional, no hubiera sido completamente irrazonable sostener que no eran contrarias a ésta las recordadas disposiciones constitucionales provinciales que establecían la confesionalidad católica del gobernador, como la de la provincia de Catamarca que se mencionó anteriormente.

## V. LA SITUACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Parece claro que la opinión del juez Borda, que se transcribió parcialmente en el punto anterior, no podría tener sustento alguno en el actual texto constitucional.

---

<sup>19</sup> Caso “Glaser”, fallos 265:336 [JA 1966-V-284]. Voto en disidencia de fundamentos del juez Borda. Sin embargo, la mayoría del Tribunal consideró que una interpretación de la ley que permitiera tal distinción, sería violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley (especialmente el considerando 7).

En efecto, en primer lugar, la reforma constitucional de 1994 eliminó —salvo el supuesto del artículo 2o.— toda referencia confesional en nuestra Ley Fundamental.

Así, fue suprimido el artículo 67 inciso 15 de la Constitución de 1853, que disponía que al Congreso de la nación le correspondía, entre otras atribuciones, promover “la conversión de los indios al catolicismo”, reemplazándolo con el actual artículo 75, inciso 17 que suprimió toda referencia a la conversión de los indios, reconociendo en su lugar “...el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural...” de los pueblos indígenas argentinos.

Por su parte, el actual artículo 89 de la Constitución, suprimió la obligación del presidente de la nación de pertenecer al culto católico (artículo 76 de la Constitución de 1853) y también la obligación de jurar “... por Dios nuestro Señor y estos Santos Evangelios...” (artículo 80 del texto original), reemplazándolo con esta disposición: “Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento... respetando sus creencias religiosas...” (artículo 93 de la Constitución según la reforma de 1994).

Otro aspecto de la reforma que indica el carácter claramente secular que posee hoy día nuestra Constitución, fue la incorporación de varios tratados de derechos humanos.

El artículo 1.1. de la Convención Americana (cuyo texto es idéntico al del artículo 2.1. del Pacto Internacional) establece que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color; sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Ahora bien, resulta evidente que es imprescindible efectuar una inteligencia del texto constitucional de 1853, con las reformas de 1994, que sea armónica con las mencionadas cláusulas convencionales.

La necesidad de tal interpretación “armónica” ha sido señalada expresamente por la Corte Suprema de la Nación, al establecer que las soluciones adoptadas “con apoyo en el derecho nacional” deben verse enriquecidas “...con los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual ‘jerarquía constitucional’ según la reforma de 1994...”<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Caso “Nápoli”, fallos 321:3630. Voto de la mayoría, considerando 18.

En consecuencia, parece evidente, con base en tal inteligencia armónica que, en la actualidad, la ley fundamental prohíbe claramente —fuera del acotado ámbito del artículo 2o. de la Constitución— toda distinción legal que privilegie o perjudique a cualquier habitante de la República en razón de su pertenencia a un culto o adhesión a una creencia determinadas.

Por tal razón, resultan plenamente aplicables al *sub lite* las consideraciones del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana al resolver que resultaba violatorio del derecho a la libertad religiosa reconocido en el artículo 4.1. de la Constitución de ese país<sup>21</sup> la colocación de crucifijos en las escuelas públicas del Estado de Baviera:

...El artículo 4 §1 de la Ley Fundamental protege la libertad de creencia. Por consiguiente, la decisión a favor o en contra de una creencia es una cuestión del individuo y no del Estado. El Estado no puede prescribir o prohibir a aquél una creencia o una religión. Sin embargo, no solamente pertenece al ámbito de la libertad de creencia, sostener una creencia sino también vivir y actuar conforme las propias convicciones religiosas... La libertad de creencia garantiza especialmente la participación en las actividades del culto, prescritas por una creencia o en las cuales ésta se encuentra expresada. Inversamente, ello significa la libertad de mantenerse alejado de actividades de culto de una creencia que no se comparte. En todo caso, esta libertad se vincula con los símbolos a través de los cuales se expresa la creencia o la religión. El artículo 4 §1 de la Ley Fundamental deja en manos de los individuos el decidir qué símbolos religiosos reconocen y veneran y cuáles rechazan. Por cierto, en una sociedad que deja espacio libre a convicciones religiosas diferentes, no existe el derecho de verse libre de manifestaciones de fe, de actividades de culto y de símbolos religiosos que resultan extraños. Sin embargo, debe distinguirse aquélla, de la situación creada por el Estado, en la cual el individuo se ve sometido —sin posibilidad de escapatoria— a la influencia de una creencia determinada, a las actividades a través de las cuales ésta se manifiesta o a los símbolos que la representan. El artículo 4.1 de la Ley Fundamental ejerce su efecto garantizador de la libertad, precisamente en los ámbitos que no han sido dejados en manos de la auto organización de la sociedad, sino que han sido tomados bajo la protección del Estado...<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> El artículo 4.1. ley fundamental de la República Federal Alemana establece: “Son inviolables la libertad de creencia, de conciencia y la libertad de credo religioso e ideológico”.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, Caso sobre los crucifijos en escuelas públicas del Estado de Baviera, sentencia del 16 de mayo de 1995, publicada en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, notas 1 y 2, abril, 1997, pp. 213 y 214.

Por tal razón, el tribunal agregó que el citado artículo 4.1. de la ley fundamental alemana:

[N]o se limita a prohibir al Estado inmiscuirse en las convicciones, conductas o representaciones religiosas de los individuos o de las comunidades religiosas. Le impone, asimismo, la obligación de asegurar a aquéllos un ámbito de actividad en el cual la personalidad se pueda desarrollar en el campo ideológico o religioso y de protegerlos de los ataques o impedimentos de los partidarios de otras tendencias confesionales o de grupos religiosos rivales. Sin embargo, el artículo 4,1 LF. no otorga al individuo o a las comunidades religiosas ningún derecho de expresar sus convicciones religiosas con apoyo estatal. De la libertad religiosa del artículo 4,1 LF. Surge —por el contrario— el principio de la neutralidad estatal respecto de las diferentes religiones y creencias. El Estado, bajo el cual conviven los partidarios de diferentes —y hasta opuestas— convicciones religiosas y filosóficas, sólo puede asegurar la coexistencia pacífica [entre ellos] en tanto conserve la neutralidad en cuestiones de creencia. Por lo tanto, no está autorizado a poner él mismo en peligro la paz religiosa en una sociedad...<sup>23</sup>

Esto significa que, en la actualidad, sería difícilmente válida a la luz de la Constitución cualquier decisión judicial que pretendiera utilizar la confesión religiosa de una persona como un motivo para restringir sus derechos.<sup>24</sup>

Un ejemplo muy claro del rechazo de utilizar la confesión religiosa de una persona para restringir sus derechos, lo encontramos en el caso “Hoffmann v. Austria” resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1993.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, el caso “M. N., E. O v. M., D.”, resuelto en 1981, en el cual la Sala E de la Cámara de Apelaciones en lo Civil tuvo en cuenta, a los fines de otorgar la guarda provisional al marido de los hijos de una pareja separada, la circunstancia de que su esposa profesaba la religión de los testigos de Jehová. Así dijo el tribunal en esa oportunidad: “La actitud de la esposa configura a juicio del tribunal una causa grave que autoriza a otorgar la guarda provisional al marido. Y ello es así, no porque la religión católica sea la verdadera —no es ésta la cuestión—, sino precisamente porque ese era el credo de ambos padres y en él fueron educados hasta no hace mucho los menores” (fallo publicado en LL 1981-C-547).

<sup>25</sup> La mención que se hace de la jurisprudencia del Tribunal Europeo se debe a que la Corte Suprema la ha considerado como una “guía muy útil” para determinar el alcance de las disposiciones de la Convención Americana, como en el Caso “Ekmekdjian”, fallos 315:1492 [JA 1992-IV-199]. Por lo demás, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos —que resulta ser el órgano máximo de interpretación y aplicación de la Convención Americana— también ha utilizado en numerosas ocasiones a la jurisprudencia del Tribunal Europeo como pauta interpretativa de disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (véase, en tal sentido, las decisiones de la Corte Interamericana en los casos

En esa oportunidad, el tribunal resolvió que era discriminatoria la decisión de la Suprema Corte de Austria, que había tenido en cuenta como fundamento para no otorgar a la denunciante la tenencia de sus hijos, la circunstancia de que aquélla, quien había pertenecido originariamente a la religión católica al igual que su antiguo marido, había abandonado dicha religión y se había convertido en adherente del culto de los “testigos de Jehová”.

Al fundar su decisión, la mayoría del Tribunal señaló:

El Tribunal Europeo acepta, por lo tanto, que ha habido una diferencia de tratamiento y que esa diferencia se fundó en la religión; esta conclusión se ve sustentada por el tono y la redacción de las consideraciones de la Suprema Corte acerca de las consecuencias prácticas de la religión de la denunciante... Sin importar cualquier argumento en contrario, una distinción que se funda esencialmente en una diferencia religiosa no es aceptable por sí sola.<sup>26</sup>

En el tema específico que nos ocupa, en un caso posterior, el Tribunal Europeo fue muy claro al rechazar la posibilidad de que la pertenencia religiosa pudiera ser un criterio válido de inhabilitación para ocupar cargos electivos.

Así, en “Buscarini v. San Marino”, el tribunal resolvió que era contraria al artículo 9o. de la Convención Europea,<sup>27</sup> la exigencia impuesta por la legislación de San Marino de que los integrantes del parlamento nacional debían jurar por los “Santos Evangelios” al asumir en sus cargos.

Al contestar los planteos de dos parlamentarios electos que se oponían a dicho juramento, el representante del Estado intentó justificar aquél en la circunstancia de la gran importancia que tenía la religión católica en la historia y tradición de San Marino. Sostuvo, además, que existían gran cantidad de disposiciones legales de dicho Estado que aseguraban la libertad religiosa y la igualdad de todos los ciudadanos sin importar su confesión religiosa.

El Tribunal Europeo rechazó estos planteos con los siguientes argumentos:

Es indudable que, en general, el ordenamiento jurídico de San Marino garantiza la libertad de conciencia y de religión. Sin embargo, en el presente caso,

---

“La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, sentencia del 13 de noviembre de 1985, párr. 46, e “Ivcher Bronstein”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 152.

<sup>26</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso “Hoffmann v. Austria”, 1993, párras. 33 y 36.

<sup>27</sup> El artículo 9o. de la Convención Europea garantiza la libertad religiosa y de culto y se halla redactada en términos sustancialmente idénticos a los del artículo 12 de la Convención Americana.

requerir que los denunciantes juren por los Evangelios significa exigir que dos representantes electos del pueblo juren lealtad a una religión determinada, requisito éste que no es compatible con el artículo 9o. de la Convención. Tal como correctamente lo señaló la Comisión, sería contradictorio someter el ejercicio de un mandato destinado a representar diferentes puntos de vista en la sociedad a un compromiso previo a favor de un conjunto determinado de creencias.<sup>28</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

Los argumentos que se han desarrollado precedentemente indican que la Constitución Nacional, a partir de su reforma de 1994, y la jurisprudencia supranacional destinada a interpretarla, parece prohibir toda distinción basada en la religión destinada a restringir el acceso de una persona a un cargo público electivo. Es decir, la doctrina que surge de esos antecedentes va más lejos que la decisión en el caso “Alperovich” la cual, como hemos visto, se funda en la aparente contradicción “interna” que presentaba en el caso la Constitución de Tucumán. Por el contrario, los principios analizados servirían para sostener que son inválidas las constituciones provinciales que en forma expresa exigen, no sólo un juramento religioso como requisito para acceder al cargo (tal era el caso en Tucumán), sino también la pertenencia a un culto determinado (tal como ocurre con la Constitución de Catamarca).

Tampoco parece ser compatible con la Constitución Nacional lo dispuesto en el artículo 3o. de la Constitución de la provincia de Santa Fe, en la medida que establece que la religión católica es “la religión de la Provincia”, y en tanto se pretenda otorgar a dicha cláusula un alcance mayor que el previsto en el artículo 2o. de la ley fundamental.

Por cierto, no sería un obstáculo para esta conclusión el argumento fundado en la innegable facultad de las provincias de organizar sus propias instituciones (artículos 5o., 122 y 123 de la Constitución Nacional).

En efecto, debe recordarse que, tal como lo ha señalado en varias oportunidades la Corte Suprema de la Nación, “...los principios básicos del sistema representativo... no pueden ser desconocidos por la legislación provincial, pues el ejercicio de facultades propias de las instituciones provinciales, debe sujetarse al respeto de la Constitución Nacional a la que esas mismas provincias han acordado someterse al concurrir a su establecimiento...”<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso “Buscarini v. San Marino”, 1999, párr. 39.

<sup>29</sup> Caso “Partido Justicialista-Distrito Neuquén”, fallos 319:1645, considerando 4 y su cita.

Ello, no es más que la aplicación de un conocido principio más amplio del derecho constitucional argentino, conforme al cual las declaraciones de derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional no sólo son límites a los poderes del gobierno federal, sino también de los pertenecientes a los gobiernos provinciales.<sup>30</sup>

En conclusión, si bien coincido con la solución del tribunal tucumano en tanto declaró la invalidez constitucional del artículo 80 de la Constitución local, no me parece demasiado convincente el argumento fundado en la aparente contradicción de esa cláusula con el artículo 74 de la misma Constitución.

Por el contrario, el fundamento correcto debería ser, en mi opinión, que cualquier tipo de utilización de la religión (juramento religioso, pertenencia a una determinada confesión, etcétera) como requisito para acceder a un cargo público, se encuentra directamente prohibida por la Constitución Nacional y, por tal razón, no podría ser invocado en ningún supuesto a tal fin por los ordenamientos federal y provinciales.

Esto significa que, si bien la República Argentina no puede ser considerada como un Estado “laico” en el mismo sentido que países como Estados Unidos y Francia en razón de la diferencia que existe entre nuestra ley fundamental y los textos constitucionales de esas naciones,<sup>31</sup> resulta muy claro que nuestro país se ha apartado definitivamente de un concepto “confesional” de Estado y ha ingresado a la categoría que algunos autores llaman “cooperacionista”.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Véase, en tal sentido, el fallo de la Corte suprema en el caso “Hileret v. Provincia de Tucumán”, fallos 98:20, resuelto en 1903. Muy distinta es la situación en los Estados Unidos en donde aun hoy día se discute hasta qué punto la declaración de derechos de la Constitución federal es oponible a los Estados (véase Karlan, Pamela, *op. cit.* pp. 702 y ss.).

<sup>31</sup> Artículo 1o. de la Constitución de Francia de 1958: “Francia es una república indivisible, laica, democrática y social...”. Para la primera enmienda de la Constitución estadounidense, véase el punto 2 de este trabajo.

<sup>32</sup> Esta categoría ha sido definida de la siguiente forma: “...el Estado cooperacionista puede otorgar una ayuda económica significativa a distintas actividades vinculadas con la Iglesia, tales como educación religiosa o el mantenimiento de las Iglesias, pago de sueldos a los clérigos, etc. Frecuentemente, los Estados cooperacionistas muestran patrones de ayuda que favorecen a los cultos más numerosos en particular. Sin embargo, no apoyan a ninguna religión y están comprometidos a otorgar tratamiento igualitario a todas las organizaciones religiosas” (Jackson y Tushnet, *op. cit.* p. 1163). Por cierto que nuestro país no se ajusta perfectamente a dicha categoría porque, si bien es cierto que otorga ayuda económica a religiones no católicas (especialmente, a través del apoyo financiero a escuelas privadas), es innegable que la Iglesia católica recibe un apoyo económico privilegiado respecto de otros grupos religiosos (por ejemplo, a través del pago de salarios para las categorías superiores del clero católico).



## VII. BIBLIOGRAFÍA

- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1959.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan, *Derecho constitucional argentino*, 3a. ed., Buenos Aires, Estrada, 1931, t. II.
- JACKSON, Vicki & TUSHNET, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Foundation Press, 1999.
- KARLAN, Pamela *et al.*, *Constitutional Law*, Colorado, Aspen Law & Business, 2001.
- MILLER, Jonathan *et al.*, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, t. I.
- RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la nación: fuentes seleccionadas, coordinadas y anotadas en cumplimiento de la Ley 11.857*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas-Talleres S. A., Casa Jacobo Peuser, 1937, t. IV.

*Libres e iguales. Estudios sobre autonomía, género y religión*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de mayo de 2019 en los talleres de Data Print, S. A. de C. V., Georgia 181, colonia Nápoles, Benito Juárez, 03810 Ciudad de México, tel. 5672 3912. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* de 70 x 95 cm de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).















Esta obra recoge textos centrados en el estudio filosófico y constitucional del valor de la autonomía. Es, en parte, el resultado de dos proyectos de investigación UBACyT, "Principio de autonomía, libertad de conciencia y libertad religiosa" y "Teoría y práctica del principio de autonomía del artículo 19 de la Constitución Nacional", vigentes entre 2012 y 2016, radicados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los textos seleccionados testimonian el eminente carácter práctico de las preocupaciones del equipo y la vocación por contribuir a enriquecer el debate público. Muchas de las ideas originadas en estos proyectos fueron objeto de seminarios, congresos, conferencias y charlas en distintas universidades y foros públicos, además de columnas en diarios y publicaciones masivas.

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

