

PENSAR EN DERECHO N°15



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

NRO. 15 AÑO 9

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: febrero 2020

© 2020

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Vicedecano: *Dr. Marcelo Gebhardt*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Leila Devia
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Luis Niño
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Alfredo Vítolo

Consejeros suplentes

Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary Beloff
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Juan Pablo Mugnolo
Prof. Carlos Clerc
Prof. Silvina González Napolitano
Prof. Graciela Medina
Prof. Alejandro Argento

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Martínez
Ab. Silvia Bianco
Ab. Pablo Yannibelli
Ab. Fernando Muriel

Consejeros suplentes

Ab. Elisa Romano
Ab. Gisela Candarle
Ab. Aldo C. Gallotti
Ab. Ana Florencia Adeldardi Miranda

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Joaquín Santos
Catalina Cancela
Víctor Dekker
Juan Alfonsín

Consejeros suplentes

Yamila Ramos López
Silvia Bordón
Eliana Gramajo
Juan Francisco Petrillo

Representante No Docente

Sra. Lorena Castaño

Secretarios

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Daniel Pastor*
Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: *Ab. Marcelo Haissiner*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas G. Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario de Investigación: *Dr. Emiliano J. Buis*
Subsecretario Técnico en Administración: *Ab. Daniel Díaz*
Subsecretario de Planeamiento Educativo: *Dra. Noemí Goldsztern de Rempel*

Índice

Dossier Derecho ambiental y recursos naturales

Derecho ambiental sostenible. Breve análisis de la situación normativa en Argentina, Cuba, México y Uruguay 9
Silvia Nonna, con la colaboración de Alexandra Aração

El derecho animal dentro del nuevo paradigma del derecho ambiental.....75
Jorge Franza

El Protocolo de Nagoya. La experiencia argentina91
Leila Devia

El Acuerdo de París. Fortalezas y desafíos de la acción climática 115
María Eugenia Di Paola

El derecho fundamental al ambiente sano.....127
Marcelo Alberto López Alfonsín

El Ingreso de La Argentina en el Extractive Industries Transparencia Initiative (E.I.T.I.)159
Beatriz Silvia Krom

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Estado y religión en la Argentina. Un panorama desde el Derecho Constitucional 167
Diego A. Dolabjian y Leandro A. Martínez

Los principios de derechos humanos como límites a las políticas migratorias:
avances y retrocesos en la legislación argentina 225

Guillermo F. Treacy

La interpretación de la exención religiosa en la perspectiva de la situación
subjetiva de derecho privado. Efectos irreflejos de la carencia conceptual
y desplazamiento normativo en la libertad de religión de los Estados Unidos
de América 263

Salvatore Tolone Azzariti

El *forum actoris* en el Derecho internacional Privado Argentino.....373

Luciana B. Scotti y Leandro Baltar

Dossier

Derecho ambiental y recursos naturales

Derecho ambiental sostenible. Breve análisis de la situación normativa en Argentina, Cuba, México y Uruguay

*Silvia Nonna**

*con la colaboración de Alexandra Araújo ** ****

Resumen

El objeto de este artículo es referirnos brevemente al derecho ambiental y al derecho ambiental sostenible el que entendemos se constituye en

* Doctora en Leyes de la Universidad de Buenos Aires. Post Doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogada Especialista en Recursos Naturales, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Comercio Internacional de Hidrocarburos, Facultad de Ingeniería de la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho Ambiental Universidad Austral. Environmental Research Fellow, George Washington University, Estados Unidos; snonna@derecho.uba.ar.

Desde 2010 es Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de Derecho Ambiental en la Universidad Abierta Interamericana. Profesora invitada en posgrados de universidades públicas y privadas. Investigadora Permanente del Centro de Investigaciones Sociales y Jurídicas Ambrosio Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dirige programas de investigación. Ponente en ámbitos nacionales e internacionales. Autora de libros y numerosas publicaciones.

** Doctora en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, donde es Profesora. Directora Adjunta de la *Revista de Derecho de la Ordenación del Territorio, Derecho del Urbanismo y Derecho del Ambiente*. Investigadora asociada a diversos centros y grupos de investigación dentro y fuera de Portugal. Se destacan el Instituto Jurídico y el Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra. Internacionalmente, el Observatorio Jurídico Europeo de la Red Natura 2000 y de Aguas, el grupo Avosetta.org y el European Environmental Law Forum. Enseña derecho europeo, derecho del medio ambiente, derecho de los residuos, derecho de la conservación de la naturaleza, derecho de los riesgos, derecho de las sustancias químicas y derecho de la seguridad alimentaria. Sus publicaciones internacionales versan especialmente temas de derecho ambiental y europeo.

*** Colaboración de Yanelys Delgado Triana y Gustavo Manuel Hernández Arteaga (Cuba), Raúl García (México), Yuri Resnichenko y Virginia Fernández (Uruguay).

una herramienta para alcanzar el desarrollo sostenible, incluyendo la perspectiva internacional y europea. Luego pasaremos a la Red JUST Side y el análisis de derecho comparado que está previsto realizar como una de las actividades de la red para la construcción de un sistema de criterios de análisis jurídico de datos territoriales, ambientales y sociales, en el marco del ordenamiento jurídico ambiental de algunos de los Estados participantes.

Palabras clave: Derecho ambiental, desarrollo sostenible.

Environmental Sustainable Law. Brief Analysis of the Law in Argentina, Cuba, Mexico and Uruguay

Abstract

The aim of this article is to refer briefly to environmental law and sustainable environmental law which is a tool to achieve sustainable development, including international and European perspective. Then we refer to the JUST Side Network and the comparative law analysis that is to be carried out as one of the activities of the network for the construction of a system of criteria for the legal analysis of territorial, environmental and social data, within the framework of the environmental regulations of some of the participating States.

Keywords: Environmental Law, Sustainable Development.

I. Derecho ambiental para el desarrollo sostenible

La necesidad de preservar el ambiente y la efectiva y urgente implementación de un modelo de desarrollo sostenible es sin ninguna duda una de las preocupaciones de la sociedad actual y, en consecuencia, se ha reflejado en el Derecho.

Ha surgido la necesidad de respetar las reglas del equilibrio natural que permitan garantizar la integridad y renovación de los sistemas naturales, y eso puede lograrse organizando y administrando de manera coherente, racional y armonizada ciertas acciones y actividades de modo que sea posible disfrutar hoy de un ambiente equilibrado pero que además sea sostenible y perdure para las próximas generaciones.

En el plan del derecho internacional la visión actual del desarrollo sostenible está consagrada en la resolución de Naciones Unidas que ha aprobado, en 2015, los 18 objetivos que deberán ser alcanzados hasta el 2030.¹

De los dieciocho objetivos, tres son relativos directamente al estado del ambiente, imponiendo su protección y mejoría:

- Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
- Objetivo 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.
- Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

Además de estos, cuatro se refieren a la necesidad de una utilización cuidadosa del ambiente:

- Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.
- Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.
- Objetivo 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.
- Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

Sin embargo, si miramos con atención, cuatro objetivos más guardan una relación muy estrecha con el ambiente:

- Objetivo 3. “Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades” subraya la necesidad de prevenir las enfermedades transmitidas por el agua y en reducir considerablemente el número de

1. Resolución A/RES/70/1 del 25 de septiembre. https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf.

- muertes y enfermedades causadas por productos químicos peligrosos y por la polución y contaminación del aire, el agua y el suelo.
- Objetivo 8. “Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos” realza la importancia de mejorar progresivamente la producción y el consumo eficientes de los recursos mundiales y procurar desvincular el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente.
 - Objetivo 9. “Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación” establece como prioridad modernizar la infraestructura y reconvertir las industrias para que sean sostenibles, utilizando los recursos con mayor eficacia y promoviendo la adopción de tecnologías y procesos industriales limpios y ambientalmente racionales, y logrando que todos los países tomen medidas de acuerdo con sus capacidades respectivas.
 - Objetivo 11. “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles” define como fundamental redoblar los esfuerzos para proteger y salvaguardar el patrimonio cultural y natural del mundo.

En seguida, tres objetivos que aparentemente solo decían respecto al hombre, tampoco podrán realizarse sin considerar el ambiente: el objetivo 1, sobre la pobreza: porque hay que garantizar que todos los hombres y mujeres, en particular los pobres y los vulnerables, tengan los mismos derechos a los recursos económicos y acceso a los servicios básicos, la propiedad y el control de la tierra y otros bienes, la herencia, los recursos naturales, [...] fomentar la resiliencia de los pobres y las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y reducir su exposición y vulnerabilidad a los fenómenos extremos relacionados con el clima y otras perturbaciones y desastres económicos, sociales y ambientales. El objetivo 4, sobre educación, porque se pretende que todos los alumnos adquieran los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para promover el desarrollo sostenible, entre otras cosas mediante la educación para el desarrollo sostenible y los estilos de vida sostenibles. El objetivo 5, sobre igualdad de género, porque hay que emprender reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como acceso a la propiedad y al control de la tierra y otros tipos de bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales.

Por fin, los objetivos dirigidos a las relaciones globales entre Estados están también fuertemente dependientes del ambiente porque la “desigualdad en los países y entre ellos” que se quiere reducir (objetivo 10) está muchas veces está relacionada con la existencia y el acceso a los recursos naturales; porque la promoción de “sociedades pacíficas e inclusivas” (objetivo 16) depende de la justicia en el acceso a los recursos y porque para alcanzar todos estos objetivos tan ambiciosos es fundamental crear una alianza mundial para el desarrollo sostenible (objetivo 17). La necesidad de respetar las reglas del equilibrio natural que permitan garantizar la integridad y renovación de los sistemas naturales puede lograrse organizando y administrando de manera coherente, racional y armonizada las acciones y actividades que puedan tener un “impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud”² de modo que sea posible disfrutar hoy de un ambiente equilibrado pero que además sea sostenible y perdure para las próximas generaciones. La importancia de la protección del ambiente para las generaciones futuras está presente en múltiples convenciones internacionales³ y en un gran número de constituciones nacionales.⁴

2. Artículo 7 n. 2 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe celebrado el 4 de marzo de 2018 (disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf).

3. Está presente, por ejemplo, en la Convención sobre la Diversidad Biológica, en su Protocolo de Nagoya, en el Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en la Convención de Aarhus, en el Acuerdo de París, en la Convención Cites, en la convención sobre especies migratorias, en la Convención de Estocolmo, en la Convención para combatir la desertificación, etc.

4. Por ejemplo, en las constituciones de Albania (artículo 59 n.1 b)], de Argelia (preámbulo y artículo 19), de Angola (preámbulo y artículo 39 n.2), Argentina (artículo 41), Armenia (artículo 12 n.1), Bután (artículo 5 n.1), Bolivia (artículo 9 n.6, 33, 108 n.15), Brasil (artículo 225), Costa de Marfil (Preámbulo), Cuba (artículo 27), República Checa (en la Carta de derechos fundamentales y libertades básicas), República Dominicana (artículo 67), en Ecuador (artículo 395 n.1), en Egipto (artículos 32, 46, 78), Eritrea (artículo 8 n.3), Islas Fiji (artículo 40 n.1), Francia (en la Carta del Ambiente), Georgia (artículo 37 n.4), Alemania (artículo 20A), Hungría (Preámbulo y artículo 1), Irán (artículo 50), Kenia (preámbulo y 42 a) 201 c), Letonia (preámbulo), Lesoto (artículo 36), Luxemburgo (artículo 11bis), Madagascar (preámbulo), Malawi (artículo 13 d) iii), Maldivas (artículo 22), Marruecos (artículo 35), Mozambique (artículo 117 n.2), Nigeria (artículo 35, 149), Noruega (artículo 112), Palestina (artículo 33), Papúa Nueva Guinea (Preámbulo y 4 n.1

El derecho ambiental surge de la necesidad de garantizar el uso racional de los recursos naturales, de asegurar el aprovechamiento de los bienes naturales tanto en el presente como a futuro, de proteger el entorno en el que nos desenvolvemos, todo en un marco de desarrollo sostenible.

Ahora bien, para garantizar la eficacia del derecho ambiental deben articularse algunas cuestiones fundamentales que además deben reflejarse en las normas que lo integran; es necesario plantear objetivos claros, basados en principios sólidos y contar con instrumentos/herramientas concretos y utilizables.

El derecho a vivir en un ambiente sano y adecuado que permita desarrollarse hoy asegurando además el ejercicio de ese derecho a futuro no ha sido solamente receptado en instrumentos internacionales sino también en la mayoría de las constituciones de los países. Además, hoy existe un innegable y amplio acceso a la justicia que conlleva la participación de distintos actores comprometidos con la gestión ambiental y una efectiva tutela de derechos.

Desde el 2018, con la adopción de la Convención Regional de Escazú, el acceso a la justicia es un pilar fundamental de la democracia ambiental en América Latina y el Caribe. Según el artículo 8 n. 2 de la Convención: “Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente”.

La regulación de la cuestión ambiental, de las interacciones que resultan como consecuencia de las interrelaciones de los elementos que integran el ambiente, se constituye hoy en un desafío fundamental en la formación jurídica de las nuevas generaciones de abogados. Por esta misma razón, el

d), Senegal (25 n.3), Sudáfrica (artículo 24 b), Sudán del Sur (Preámbulo y 41 n.2 y 3, 173), Suazilandia (artículo 210 n.2, 261), Suecia (artículo 2), Tunicia (Preámbulo y 129), Uganda (artículo XXVII - 1), Uruguay (47, n.1 b), Vanuatu (artículo 7 d), Venezuela (preámbulo), Zimbabue (artículo 73 n.1 b), 289 e), 298 n.1 c).

artículo 10 n. 2 de la Convención reglamenta el fortalecimiento de capacidades y determina que: “Cada Parte, con arreglo a sus capacidades, podrá tomar, entre otras, las siguientes medidas: a) formar y capacitar en derechos de acceso en asuntos ambientales a autoridades y funcionarios públicos; b) desarrollar y fortalecer programas de sensibilización y creación de capacidades en derecho ambiental y derechos de acceso para el público, funcionarios judiciales y administrativos, instituciones nacionales de derechos humanos y juristas, entre otros; c) dotar a las instituciones y organismos competentes con equipamiento y recursos adecuados; d) promover la educación, la capacitación y la sensibilización en temas ambientales mediante, entre otros, la inclusión de módulos educativos básicos sobre los derechos de acceso para estudiantes en todos los niveles educacionales; e) contar con medidas específicas para personas o grupos en situación de vulnerabilidad, como la interpretación o traducción en idiomas distintos al oficial, cuando sea necesario; f) reconocer la importancia de las asociaciones, organizaciones o grupos que contribuyan a formar o sensibilizar al público en derechos de acceso; y g) fortalecer las capacidades para recopilar, mantener y evaluar información ambiental”.

1. Organización Normativa

Haciendo una mirada rápida a los distintos ordenamientos podemos simplificar la estructuración del edificio del derecho ambiental en las normas ambientales en el esquema que sigue:

- Normas generales que definen el marco normativo del sector ambiental.
- Normas de organización, las que se refieren a la administración ambiental y las funciones que ella tiene, incluyendo las normas procedimentales administrativas.
- Normas que regulan técnicas jurídicas de protección o instrumentos para la política ambiental, como Evaluación de Impacto Ambiental, Ordenamiento Territorial, Red de áreas naturales protegidas, Incentivos e Instrumentos Económicos, Control de Actividades Antrópicas, incluyendo nuevas figuras delictivas y sanciones penales entre otras.
- Normas que regulan específica y particularmente elementos del ambiente, como aire, agua, suelo, fauna, flora, áreas marinas y costeras, bosques, entre otros.

- Normas que garantizan derechos individuales, educación ambiental, información ambiental, participación ciudadana, o acceso a la justicia, entre otros.

Sin entrar en el examen de cada uno de los tipos señalados, ni agotando en absoluto la enumeración que podría hacerse, no cabe duda alguna de que la dispersión tanto en categoría como alcance de las normas ambientales que hoy existen no nos asegura el respeto de las reglas del equilibrio natural que permitan garantizar la integridad y renovación de los sistemas naturales, ni la organización y administración racional y armonizada de acciones y actividades de modo que sea posible disfrutar hoy de un ambiente equilibrado pero que además sea sostenible y perdure para las próximas generaciones.

2. Transversalidad del Derecho Ambiental

El ya consagrado derecho ambiental puede ser relacionado con otras ramas del derecho. No cabe duda de que es transversal y abarca varias disciplinas. La doctrina europea se refiere al derecho ambiental como un derecho horizontal. El Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea consagra lo que es llamado en Europa el “principio de integración”, que es la expresión acabada de esa transversalidad: “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

Esta característica de integrar distintas áreas en un principio implicó falta de autonomía e identidad y solía ubicarse la disciplina como parte de otras ramas del derecho.

La ubicación del derecho ambiental dentro del derecho agrario tuvo que ver principalmente con la consideración y asociación al uso del suelo y los derechos que surgen como consecuencia de ese uso. Sin descartar esa clara asociación, el derecho ambiental es mucho más comprehensivo que esa primera subsunción que algunos hicieron.

Es estrecha la relación del derecho ambiental y del derecho administrativo. El Estado como titular de derechos, como tutor de los derechos de particulares, y los derechos y deberes que surgen de la relación administración/administrados integran el plexo administrativo. Por su parte, además, las normas que integran el derecho ambiental incluyen procedimientos cuyo

objetivo es la planificación y programación eficiente conforme a parámetros y estándares ambientales.

Esa planificación y programación debe ser efectiva y la implementación de la política señalada por parte de la administración debe ser eficiente. En ese marco de eficacia, eficiencia, aplicación y cumplimiento, se prevén sanciones que acompañan desde la prevención y que apuntan a evitar la provocación del daño.

En relación con el derecho civil, desde ya que hay un contacto y algunas cuestiones estrechamente vinculadas; no obstante, no es correcto avalar alguna postura –hoy ya descartada– que califique al derecho ambiental como parte del derecho civil. Entendamos que el derecho ambiental contempla la responsabilidad objetiva y la afectación del individuo a través de acciones que dañen el ambiente, pero también otorga legitimidad al grupo de personas que hayan sido dañadas y más aún a aquellos que ostenten un derecho futuro como integrante de una comunidad a afectarse.

En cuanto al derecho penal sin duda existe relación con el ambiental, aunque nuevamente y tal como sucede con el área civil, la diferencia radica especialmente en la necesidad de la tipificación del delito y la prueba de la causa del daño en cuestión.

Hechas las consideraciones anteriores, no cabe duda hoy de que el derecho ambiental existe, se ha desarrollado y sigue desarrollándose, y se está consolidando en el “antes” para no tener que llegar a lamentar el daño, en la línea del refrán que nos dice que “es mejor prevenir que curar”.⁵

La formulación adoptada por Naciones Unidas en 1992 va incluso más lejos: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en

5. “El ya indiscutiblemente nacido –y en pleno desarrollo– derecho ambiental, que requiere de una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. En el nuevo marco procesal es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa con miras a la prevención del daño ambiental, donde debe buscarse *prevenir más que curar*”. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Pinini de Perez c/Copetro. 19/5/1998.

función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.⁶ Actuar “antes” con o sin certezas es ahora el lema del derecho ambiental.

3. *¿Puede el Derecho ayudarnos a alcanzar el Desarrollo Sostenible?*⁷

Nadie podría negar que en el mundo en el que vivimos los límites resultan cada vez más débiles. En la Unión Europea, el concepto científico de “límites del planeta”⁸ se ha transformado en derecho positivo desde 2013, fecha de la aprobación del Séptimo Programa de Acción Medioambiental para 2020 titulado “Vivir bien, dentro de los límites de nuestro planeta”.⁹

Sin embargo, podemos afirmar que el Derecho es una disciplina que, en su objetivo de alcanzar bienestar humano, garantizar las relaciones y la convivencia social, establece reglas que regulan conductas y en pos de ese desafío define límites y logra saltar esas fronteras.

En tal sentido, la respuesta a la pregunta de si puede el Derecho ayudarnos a alcanzar el desarrollo sostenible será positiva en la medida en que también estemos hablando de Derecho Sostenible.

La respuesta debe darse desde un enfoque pragmático, desde la realidad y la actualidad, desde una sincera visión de la situación de las normas vigentes, su alcance, efectividad y fundamentalmente de su cumplimiento y exigibilidad.

Diremos que las normas deben ser sostenibles. Y una norma es sostenible cuando tiene fundamentos, cuando además puede y debe cumplirse. En la medida en que la norma es cumplible también es exigible.

En la Unión Europea la preocupación por garantizar la efectividad del derecho ambiental vigente y aplicado en los estados Miembros ha conducido

6. En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en Río de Janeiro, en junio de 1992 (disponible en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>).

7. Nonna, Silvia, *Normativa Ambiental en la Ciudad de Buenos Aires*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.

8. Cupo al Centro de Resiliencia de Estocolmo (<http://www.stockholmresilience.org/>), la iniciativa de definir lo que son los Límites Planetarios (<http://planetaryboundariesinitiative.org>).

9. Decisión nro. 1386/2013 / UE de 20 de noviembre de 2013, disponible en versión resumida en <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/es.pdf>.

a la adopción de un conjunto de medidas para supervisar y garantizar el cumplimiento del derecho ambiental.¹⁰

No siempre las normas son cumplibles ya sea total o parcialmente. Y en tal medida tampoco podrá la autoridad exigir su cumplimiento ya sea total o parcialmente. Y cuando una norma no es cumplible o exigible, aunque sea en una mínima parte de sus partes, se corre el serio riesgo de que pase a ser una norma muerta.

Norma sostenible es aquella que además de exigible y cumplible es coherente y armonizable con el resto de las normas vigentes. Una norma es sostenible cuando es actual o actualizable.

Y además, por sobre todas las cuestiones, para que una norma sea sostenible debe ser clara, quien debe cumplirla debe saber exactamente qué es lo que la norma exige. Y por su parte, quien debe controlar ese cumplimiento también debe saber qué es lo que la norma exige, a quién se le exige, qué y cómo debe controlar.

Un aspecto fundamental a tener presente es la cuestión social en la implicancia de la norma ambiental. No todos los sectores o grupos sociales tienen la misma capacidad para asimilar la norma. Si una norma ambiental genera malestar social la norma no es sostenible.

Y otro aspecto que no podemos dejar de tener en cuenta es que la norma ambiental debe ser coherente con las posibilidades económicas para que tanto el sector privado y la sociedad como el Estado puedan cumplir sus respectivos roles relacionados con el cumplimiento.

Una norma ambiental es coherente cuando se plantea en consonancia con el contexto y cuando su mandato es lo suficientemente flexible de modo de permitir adecuaciones necesarias que surjan de las interacciones de los actores involucrados en la temática que regula, que no se constituya en una trampa o corsé que inhabilite la necesaria adecuación a la realidad.

10. Documento de trabajo de la Comisión sobre el Cumplimiento de la Conformidad Ambiental - Alcance, Concepto y Necesidad para las acciones de la UE, SWD (2018) 10 final, Bruselas, 18.1.2018. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Acciones de la UE para mejorar el cumplimiento y la gobernanza medioambiental. Bruselas, 18.1.2018 COM (2018) 10 final. Decisión de la Comisión de 18.1.2018 sobre la creación de un grupo de expertos en cumplimiento ambiental y gobernanza (C (2018) 10 final, Bruselas, 18.1.2018).

Pero también existen normas bonitas, de laboratorio, verdaderos éxitos doctrinarios en algunos casos que sirven como modelos. Lo que no obsta a que, en la práctica, no pasen de ser normas de papel totalmente alejadas de la realidad tanto de lo que intentan regular o dónde pretenden regularlo o a quiénes tratan de regular.

Estas son normas que no resultan sostenibles y a las que podríamos llamar normas “muertas” que no necesitan ser declaradas “en desuetudo” porque nunca fueron aplicables.

Tengamos en cuenta que la norma no es suficiente para modificar las conductas humanas que procura regular.

Resaltemos que tener muchas normas no nos garantizan eficacia, ni aunque la mayoría sean normas buenas. Por el contrario, sería preferible tener pocas normas claras, coordinadas, cumplibles, exigibles. Por la misma razón, en la Unión Europea, desde 2015 hasta hoy,¹¹ se ha creado la iniciativa llamada “Legislar mejor”.¹²

Y fundamentalmente es necesario tener sujetos informados, educados y comprometidos, entendiendo como sujetos tanto legisladores, funcionarios del Ejecutivo, autoridades de aplicación jueces, empresas, individuos y comunidad general.

Una característica singular de la norma ambiental es que debe pensarse como un proceso, que por un lado legitime tanto las necesidades como los roles de los sujetos alcanzados pero que por otro lado detalle claramente los pasos, instrumentos y mecanismos que deben implementarse y llevarse a cabo para que se alcance el objetivo mismo de la norma. El objetivo debe entenderse en un contexto integral y amplio en el que se individualizan metas, acciones para lograr esas metas, y resultados que puedan medirse.¹³

11. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Legislar mejor para obtener mejores resultados - Un programa de la UE*, Estrasburgo, 19.5.2015 COM (2015) 215 final.

12. Más información disponible en https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_es.

13. Sobre el deber de monitorización en materia ambiental ver el capítulo de Alexandra Aragão titulado “Da mera proclamação da sustentabilidade ao dever legal de monitorização do desenvolvimento sustentável através de matrizes de indicadores”, en la publicación de 2017 sobre Indicadores de Desenvolvimento Sustentável (disponible en http://ij.fd.uc.pt/publicacoes_monografias_011.html).

Lamentablemente, las normas ambientales a veces reflejan objetivos del legislador o de quienes participan de la elaboración del texto de la norma, y en muchos casos esos objetivos se tienen en cuenta como si solo fueran la meta a cumplir y el fin del proceso, sin evaluar el impacto que esa norma puede tener sobre la realidad que intenta regular.

Muchas veces la promulgación de la norma es el objetivo y no se ha pensado ni evaluado si puede ejecutarse, si existen los recursos económicos para instrumentar las metas y acciones, y en estos casos los resultados en la práctica no coinciden con el objetivo de la norma.

A esta altura diremos que quienes en el campo del Derecho Ambiental tienen en sus manos la elaboración de la norma o la formulación del mandato legal, tienen el imprescindible desafío y responsabilidad de dotarla de todos los atributos que la conviertan en una efectiva herramienta para alcanzar el Desarrollo Sostenible.

Solo el Derecho Ambiental Sostenible nos permitirá alcanzar ese tan deseado desarrollo que nos garantice la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

II. Red JUST Side¹⁴

La red JUST Side se constituye en una herramienta para identificar injusticias sociales en Iberoamérica. Un grupo de expertos de varias universidades iberoamericanas, liderados por la Universidad de Coimbra, ha encarado la tarea de desarrollar un programa basado en el “geoderecho”. Enmarcado en el Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo -CYTED.¹⁵

14. Para más detalle, ver Nonna, Silvia, “Just Side. Justicia, sostenibilidad y territorio. Sistemas de infraestructuras de datos espaciales”, en *Pensar en Derecho* N°12, Año 5, Eudeba. 2018.

15. El Programa Iberoamericano de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo (CYTED), creado en 1984 mediante un Acuerdo Marco Interinstitucional suscrito por 19 países de América Latina, España y Portugal, es un programa internacional de cooperación científica y tecnológica, multilateral, de ámbito iberoamericano con carácter horizontal, orientado al desarrollo y que cubre todas las fases de la I+D+I bajo una misma coordinación, desde la cooperación en investigación básica y aplicada hasta la cooperación en desarrollo e innovación. Su objetivo principal es contribuir al desarrollo armónico y

La red JUST-Side pretende realizar un análisis jurídico de los datos territoriales, ambientales y sociales a partir de una visualización geoespacializada a fin de obtener información sobre injusticias socio-ambientales que pueda servir como base científica para la adopción o corrección de políticas públicas. Se propondrá una metodología de desarrollo y utilización de una herramienta basada en una infraestructura de datos en soporte digital que ayude a apoyar las decisiones, para promover y fortalecer las políticas públicas, para hacer frente a los desafíos sociales, ambientales, económicos, jurídicos y democráticos.

Se encarará el estudio de derecho comparado para la construcción de un sistema estructurado de criterios de análisis jurídico de datos territoriales, ambientales y sociales relevantes, a través del relevamiento de fuentes de derecho internacional, del ordenamiento jurídico de cada uno de los nueve Estados participantes de la Red.¹⁶ Se tomarán ejemplos de normas que dispongan de criterios de vulnerabilidad humana, ambiental o patrimonial. Se tendrán en cuenta leyes de protección civil, leyes de conservación de la naturaleza, leyes de patrimonio cultural, etc., que definen instrumentos de protección para defender a individuos, poblaciones, elementos de la naturaleza, o manifestaciones culturales materiales e inmateriales.

Es en este sentido que los países integrantes de la red aportarán un panorama general de las normas que rigen la cuestión ambiental en cada uno de ellos, con una referencia particularizada y más detallada de aquellas que son de aplicación en los casos que se trabajarán como ejemplo para el uso de la herramienta propuesta.

En el próximo punto, se hace una reseña sintética de los marcos normativos ambientales vigentes en algunos de los países que integran la red.

sostenible de la Región Iberoamericana mediante el establecimiento de mecanismos de cooperación entre grupos de investigación de las universidades, centros de I+D y empresas innovadoras de los países iberoamericanos, que pretenden la consecución de resultados científicos y tecnológicos transferibles a los sistemas productivos y a las políticas sociales. Desde 1995, el Programa CYTED se encuentra formalmente incluido entre los Programas de Cooperación dependientes de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

16. Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, España, México, Portugal, Uruguay.

III. Normatividad ambiental en Argentina, Cuba, México y Uruguay

1. Argentina

1.1. Protección constitucional del ambiente

A partir de la reforma constitucional de 1994 y a través del artículo 41 Constitución Nacional¹⁷ queda consagrado el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado. Entre otras disposiciones, la Constitución Nacional ha incorporado el concepto de desarrollo sostenible. Reconoce el derecho humano al ambiente, definiéndolo como “saludable y equilibrado”.

La CN adopta el concepto nuevo y globalizador como de “Ambiente” entendido como el entorno en el que se vive y en el que desarrollamos todas nuestras actividades, en el cual interactuamos con otros componentes. Además, fija un objetivo a través del tiempo ya que prevé la satisfacción de las “necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, incorporando la noción del desarrollo sostenible. Se refiere a las actividades productivas y se centra en un modelo de desarrollo que hace que la vida sea viable en nuestro planeta tanto hoy como en el futuro. Tiene un impacto directo en cuanto a que hay que tener en consideración el ambiente al momento de tomar decisiones para el desarrollo de una comunidad organizada. Impone obligaciones a las autoridades en cuanto al ejercicio de ese derecho,

17. Artículo 41 CN:

Todos 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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

el uso racional de los recursos naturales y la garantía imprescindible de proveer a la educación y a la información ambientales.

El artículo 41 de la Constitución Nacional nos brinda una base sólida y duradera para los derechos humanos de tercera generación. Significa, sin duda, un paso fundamental para lo que solemos denominar la “constitucionalización del ambiente”. Pero esto no implica haberlo logrado y necesitamos seguir trabajando para consolidar valores que apunten a la equidad, a la solidaridad, la cooperación en el marco de un plexo normativo complejo que requiere de consensos y participación. Se establece un nuevo esquema de distribución de competencias para la protección del ambiente. Para asegurar un piso común y uniforme es la Nación la que dicta normas de presupuestos mínimos, obligatorias para las provincias que podrán, sobre esa base mínima o legislación básica, dictar normas complementarias.

La delimitación de jurisdicciones se presenta como un problema en el sistema federal argentino, dificultad que, lejos de ser un obstáculo insalvable, es un desafío que merece el esfuerzo que signifique alcanzarlo, para lograr la definición y posterior aplicación de una política para todo el territorio nacional para que el derecho a vivir en un ambiente sano no sea algo meramente programático.

1.2. Distribución de competencias. Regulación de los recursos naturales y protección del ambiente

En los albores de 1990, la mayoría de las provincias argentinas ya habían incorporado el principio de protección del ambiente en sus respectivas Constituciones. Además, la mayoría de las provincias regularon la materia ambiental a través de normas particulares, ya sea leyes generales de protección ambiental o mediante normativa específica para la evaluación del impacto ambiental.¹⁸

Si nos referimos a la distribución clásica de competencias constitucionales identificamos aquellas que corresponden a la Nación, ya sea porque les están expresamente atribuidas o porque se las han delegado, las que les corresponden a las Provincias porque las conservan o porque les están re-

18. Para ampliar, ver Nonna, Silvia, “Evolución del Derecho Ambiental en Argentina”, en <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-derecho-ambiental.php>- última entrada 20/5/19.

servadas, y las concurrentes que corresponden que sean ejercidas en conjunto por la Nación y las Provincias.

Siguiendo el espíritu de federalismo ya consagrado y arraigado en nuestro país, la Constitución de 1994 reafirma el dominio original de las Provincias sobre sus recursos naturales.¹⁹ Al mismo tiempo, distingue la regulación de la protección del ambiente a través de normas de presupuestos mínimos dictadas por la Nación.

Por otra parte, vale recordar que, conforme el artículo 121²⁰ de la Constitución Nacional, los poderes no delegados específicamente están reservados a las provincias. Esto significa que la regla es la regulación por parte de las provincias y, por excepción, la Nación.

Pero, específicamente refiriéndonos al ambiente, el mandato general está sujeto a los “presupuestos mínimos” de protección ambiental establecidos en el artículo 41 de la CN. La Constitución de 1994 llama a un consenso en el cual la política ambiental se basa en normas comunes y mínimas que surgen de un proceso que garantice la negociación a nivel federal entre Nación y Provincias y Provincias entre sí.

1.3. Normas de Presupuestos Mínimos

Las normas de presupuestos mínimos representan un nuevo sector de competencias delegadas del ordenamiento jurídico nacional. En ese orden de ideas, nos encontramos con un nuevo ámbito competencial, de reparto de poderes, que avanza sobre temas antes reservados para las provincias, en ámbitos que antes de la reforma, eran propios de su jurisdicción.

Según lo dispuesto por la Constitución Nacional, será el Congreso de la Nación el órgano que determinará cuáles son las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, dejando a las provincias el dictado de las normas complementarias. Esas normas nacionales deberán contener principios y directrices para la regulación de la relación ambiental, que se consideren fundamentales para garantizar una base jurídica en todo el territorio nacional.

19. Art. 124 CN: Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

20. Art. 121 CN: 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 tiempo de su incorporación.

Las autoridades provinciales toman como base obligatoria las leyes nacionales de presupuestos mínimos, teniendo por su parte facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución tanto de las leyes nacionales de presupuestos mínimos como de las respectivas normas complementarias.

Para el caso en que existan normas locales menos restrictivas que una ley de presupuestos mínimos, aquellas deberán adecuarse a esta. Las normas locales vigentes y preexistentes a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental mantendrán su vigencia en la medida que no se opongan a estas ni resulten menos exigentes.

Desde la reforma de la Constitución en 1994 y recién a partir del año 2002 a la fecha, se han dictado 11 leyes de presupuestos mínimos bajo el amparo del tercer párrafo del artículo 41 de la CN. Abarcan un amplio y variado rango de temas ambientales específicos. Estas normas de presupuestos mínimos junto con la normativa complementaria local más detallada o procedimental constituyen el marco moderno para la protección ambiental en Argentina.

Sin ánimo de hacer un análisis de las 11 leyes de presupuestos mínimos dictadas desde 2002 a la fecha, a continuación, se agrega un breve comentario de cada una de ellas, tal como fueron sancionadas cronológicamente.

1.3.1. Ley N°25.612 Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio²¹

La Ley N°25.612 para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio es la primera norma de presupuestos mínimos para la protección del ambiente de competencia delegada en la Nación por la reforma constitucional de 1994.

Quizá por el hecho de ser la primera, muchas son las críticas que la norma merece, y muchos los interrogantes y vacíos que la misma ha generado. Esta ley no ha sido reglamentada y sigue por tanto vigente la Ley 24.051²² de Residuos

21. Ley 25.612. Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y de actividades de Servicio, B.O. 29/7/02. Promulgada parcialmente por Decreto 1343/02. B.O. 25/07/02. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/76349/norma.htm>

22. Ley 24.051. Generación, manipulación, transporte y tratamiento de Residuos Peligrosos. B.O. 17/01/92. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/450/norma.htm>

Peligrosos dictada en 1992 y que por sus características de norma mixta dictada antes de la reforma de 1994 no puede considerarse como una ley que integre el nuevo plexo normativo planificado por los constituyentes. No obstante, resalte-mos que la efectiva vigencia y aplicación de esta ley y sus numerosas normas complementarias han permitido regular una materia tan sensible y con consecuencias ambientales indiscutibles como lo es la gestión de los residuos peligrosos.

1.3.2. Ley 25.670 de Gestión y Eliminación de PCBs²³

La Ley 25.670 regula la gestión de los bifenilos policlorados –PCBs su sigla en inglés– como sustancia y al mismo tiempo le otorga la categoría de residuo peligroso al momento de su eliminación.

Son finalidades de la ley: fiscalizar las operaciones asociadas a los PCBs, la descontaminación o eliminación de los aparatos que contengan PCBs, la eliminación de los PCBs usados y la prohibición de ingreso al país de PCBs, como también la prohibición de su producción y comercialización.

Queda prohibido por la ley: la importación y el ingreso a todo el territorio de la Nación de PCB y equipos que contengan PCBs, la instalación de equipos que contengan PCBs, y la producción y comercialización de PCBs en el país.

La última y difícil etapa de la gestión integral es la eliminación ambientalmente racional de los PCBs, lo que implica una prolija planificación, que incluya pasos a seguir y plazos a cumplir. Resulta imprescindible planificar, programar y actuar con criterio integral. La oportunidad está en el Plan Nacional de Minimización y Eliminación de PCBs cuya formulación e implementación está prevista en la ley como una de las obligaciones de la autoridad de aplicación nacional en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente.

1.3.3. Ley 25.675 de Política Ambiental²⁴

Esta ley, conocida como Ley General de Ambiente o LGA, marca la política ambiental nacional. A poco de su promulgación, la norma se ha constituido en base y fundamentos para las numerosas decisiones judiciales que la reconocen como tal.

23. Ley 25.670. Sancionada: 23 de Octubre 2002. Publicada: 18 de Noviembre 2002 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79677/norma.htm>

24. Ley 25.675. Sancionada: 06/11/2002. Promulgada parcialmente Decreto 2413/02: 27/11/2002. Publicada B.O. 28/11/02. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

La Ley 25.675 provee la estructura institucional básica sobre la cual debe organizarse, sancionarse, interpretarse y aplicarse la normativa específica. Establece objetivos claros, contiene principios rectores y prioritarios y delinea instrumentos de política ambiental nacional, que resulten fundamentales para la toma de decisiones y para el ejercicio del poder de policía ambiental que compete a las respectivas autoridades tanto nacionales como provinciales y municipales.

Las provincias deben respetar los presupuestos establecidos por la ley nacional, deben aplicar todas sus disposiciones, y deben establecer todo lo necesario para asegurar la implementación de la norma desarrollando las instituciones y procedimientos que así lo garanticen. Lo que no obsta a que las provincias sean más estrictas en su jurisdicción y superen el alcance de la ley nacional de manera más protectora.

El bien jurídico protegido por la ley es el ambiente, considerado en su sentido amplio, atendiendo a una gestión sustentable, a la preservación y protección de la diversidad biológica y a la efectiva implementación del desarrollo sustentable. Además, desarrolla el tema de daño ambiental de incidencia colectiva en un capítulo completo.

1.3.4. Ley N°25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas²⁵

La Ley 25.688 tiene por objeto establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Define conceptos como agua, cuenca hídrica, principio de unidad de cuenca, comités de cuenca.

Se establecen los presupuestos mínimos en cuanto al régimen de utilización de las aguas, disponiendo, como es habitual en esta materia, un sistema de “usos y permisos”.

La Ley 25.688 está vigente, aunque resulte incipiente su nivel de operatividad puesto que la norma aún no ha sido reglamentada.

25. Ley N°25.688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Sancionada: 28 de Noviembre 2002. Promulgada: 30 de Diciembre 2002. Publicada: 30 de Enero 2003. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81032/norma.htm>

1.3.5. Ley 25.831 de Información Pública Ambiental²⁶

La Ley 25.831 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de libre acceso a la información pública ambiental.

El derecho al acceso a la información ambiental encuentra primariamente fundamento en los presupuestos de todo Estado de derecho en el marco de una democracia participativa y no meramente representativa. Bajo este nuevo esquema es también la comunidad un sujeto activo propulsor de ideas y el gobierno se constituye en el brazo ejecutor de las mismas.

Resulta oportuno destacar que la información pública tiene un valor intrínseco y es, además, el elemento esencial para el control de la gestión del aparato estatal; asimismo es una herramienta necesaria que permite viabilizar la participación ciudadana. En tal sentido, la ley regula los aspectos sustantivos y procedimentales para garantizar el derecho de acceso a la Información Pública Ambiental en consonancia con lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Nacional y garantiza el derecho de toda persona de obtener esta información en forma libre y gratuita.

Para lograr una participación útil y eficaz, la ciudadanía necesita estar informada. Por lo tanto, es necesario contar con mecanismos sencillos y rápidos de acceso a la información la cual debe estar sistematizada de manera clara y debe ser, en lo posible, de fácil comprensión. Todo esto permite ampliar la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración.

Por otro lado, el acceso a la información pública contribuye a fortalecer la relación entre el Estado y la Sociedad Civil y se vincula directamente con la transparencia de los actos de gobierno, y se constituye en una herramienta útil para fortalecer una democracia legítima, transparente y eficiente.

1.3.6. Ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios²⁷

Esta ley de presupuestos mínimos dio un adecuado marco legal a los numerosos proyectos y programas que ya se encontraban en ejecución en

26. Ley 25.831 de Información Pública Ambiental. Sancionada: 26 de Noviembre 2003. Promulgada: 6 de Enero de 2004. Publicada: 7 de Enero 2004. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/91548/norma.htm>

27. Ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios. Sancionada: 4/8/04. Promulgada parcialmente: 3/9/04. Publicada B.O.: 7/9/04. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98327/norma.htm>

nuestro país, además de formalizar principios y objetivos comunes para una adecuada gestión y eliminación de los residuos domiciliarios en un momento en el que la materia necesitaba de una efectiva y armónica regulación.

Dispone lineamientos mínimos y comunes que regulan la gestión integral de los residuos domiciliarios con el objeto de proteger el ambiente y la calidad de vida de la población. Siendo sus objetivos lograr un adecuado y racional manejo de los RD, promover la valorización de los RD, minimizar los impactos negativos de los RD sobre el ambiente y lograr la minimización de los RD.

1.3.7. Ley 26.331 de Protección Ambiental de los Bosques Nativos²⁸

Esta ley de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos alcanza una problemática ambiental sumamente trascendente para el desarrollo sostenible de nuestro país, compleja por la transversalidad técnica que requiere y por la variedad de intereses que confluyen en la cuestión.

Es innovadora en cuanto prevé instrumentos económicos aplicables al objeto de protección. Presenta una característica esencial muy positiva, abordar la materia de un modo integral, contemplando tanto sus dimensiones ambientales, como económicas y sociales.

1.3.8. Ley N°26.562 Protección Ambiental para Control de las Actividades de Quema²⁹

La Ley 26.562 establece las pautas que se deberán respetar cuando se realicen actividades de quema de pastizales así como también de residuos vegetales, siempre que se tenga como fin la adecuación del terreno para su posterior explotación.

La principal finalidad de la ley es la prevención de los daños causados al ambiente, en una concepción amplia: recursos naturales + recursos culturales, como consecuencia de las actividades de quema. Enumera como

28. Ley 26.331. Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos. Sancionada: 28/12/2007. Promulgada: 19 /12/2007. Publicada: 26/12/2007. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/136125/norma.htm>

29. Ley N°26.562. Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema. Sancionada: 18 de Noviembre de 2009. Promulgada: 15 de Diciembre de 2009 mediante Decreto N°2042/2009. Publicada: 16 de Diciembre de 2009. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/161547/norma.htm>

comprendidos: incendios, daño al ambiente, riesgos para la salud, riesgos para la seguridad pública.

1.3.9. Ley N°26.639 Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial³⁰

La Ley N°26.639 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para los glaciares y el ambiente periglacial “con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico”. Asimismo, se establece que “los glaciares constituyen bienes de carácter público”.

Dispone la elaboración del inventario nacional de glaciares o la prohibición de ciertas actividades en los mismos; pueden resultar insuficientes o inadecuadas si no se prevén otras acciones vinculadas al origen de la problemática del retroceso o desaparición de los glaciares. A la fecha ese inventario no se ha presentado o al menos hecho público.

1.3.10. Ley 26.815 de Manejo del Fuego³¹

Establece los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional. Se aplica a las acciones y operaciones de prevención, presupresión y combate de incendios forestales y rurales que quemen vegetación viva o muerta, en bosques nativos e implantados, áreas naturales protegidas, zonas agrícolas, praderas, pastizales, matorrales y humedales y en áreas donde las estructuras edilicias se entremezclan con la vegetación fuera del ambiente estrictamente urbano o estructural.

También alcanza a fuegos planificados, que se dejan arder bajo condiciones ambientales previamente establecidas, y para el logro de objetivos de manejo de una unidad territorial.

30. Ley N°26.639. Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Sancionada: 30 de Septiembre de 2010. Publicada B.O.: 28 de Octubre de 2010. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/170000-174999/174117/norma.htm>

31. Ley 26.815. B.O. 16/01/2013. Sistema Nacional de Manejo del Fuego. B.O. 16 de Enero de 2013. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/207401/texact.htm>

Con el objeto de proteger y preservar el ambiente del daño generado por los incendios como también velar por la seguridad de la población en general y de las personas afectadas al combate de incendios, crea el Sistema Nacional de Manejo del Fuego.

1.3.11. Ley 27.279 Gestión de Envases Vacíos de Fitosanitarios³²

Establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los envases vacíos de fitosanitarios, por la toxicidad del producto que contuvieron, y atendiendo que requieren de gestión diferenciada y condicionada.

Alcanza a todos los envases vacíos de fitosanitarios utilizados en el territorio nacional, los que deberán ingresar a un Sistema de Gestión Integral de Envases Vacíos de Fitosanitarios de acuerdo con los lineamientos que establece la norma.

1.4. Estado de situación normativo ambiental en Argentina³³

Si bien con la reforma de la Constitución Nacional la normatividad ambiental debe organizarse a partir de normas de presupuestos mínimos dictados por la Nación que podrán ser complementados por las provincias, también se encuentra vigente un importante número de leyes dictadas con anterioridad que regulan el uso de los recursos naturales, la mayoría de las cuales tienen la categoría de leyes de adhesión.

El Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) debería ser el órgano con incumbencia para analizar la situación ambiental del país y para organizar la planificación ambiental federal a través de políticas públicas ambientales consensuadas. También debería fijar pautas para la revisión de la normativa existente, para reforzar tanto la calidad como la legitimidad de las normas vigentes y para desarrollar nuevos y efectivos estándares.

32. Ley 27.279. Gestión de Envases vacíos de Fitosanitarios. B.O. 11/10/2016. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/266332/norma.htm>

33. Abstract de: Nonna, Silvia, "La protección del ambiente. Esquema constitucional y presupuestos mínimos en Argentina", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. Año 14, N°47, 2017.

Para alcanzar ciertos objetivos, deben fijarse metas precisas y cumplibles, competencias y funciones deben aclararse y debería asignarse presupuesto adecuado y suficiente.

Mejorar la gestión y el desempeño debe ser una prioridad a nivel gubernamental en todas las jurisdicciones. Esto es necesario para convertir las estructuras administrativas burocráticas en órganos dinámicos y autogestionados a cargo de profesionales y recursos humanos políticamente independientes.

El desafío es lograr el equilibrio entre el sistema de comando y control y el de cumplimiento voluntario. La introducción de incentivos es la mejor manera para que la administración y los sectores regulados involucrados trabajen juntos para lograr los objetivos ambientales.

La transparencia junto con herramientas económicas es esencial al diseñar políticas ambientales, ya sea para fomentar o disuadir ciertas actividades, en lugar de basarse simplemente en instrumentos reguladores. Por ejemplo: conceder subvenciones a acciones, materias primas o productos que contribuyan a la sostenibilidad, préstamos blandos para proyectos ambientalmente sostenibles, integración y asignación de fondos ambientales, o a la inversa, imposición de impuestos, derechos, aranceles, tarifas o contribuciones.

Ahora bien, para superar los obstáculos procedimentales e institucionales que impiden o hacen difícil la eficacia, es necesario abordar las lagunas e incoherencias legislativas, así como la coordinación institucional. Mejorar la aplicación de las normas vigentes para lograr su cumplimiento, crear capacidades e implementar herramientas, y asimismo garantizar el acceso a la justicia.

Si sumamos lo legislado a nivel federal con lo nacional y lo provincial, podríamos decir que nuestro país sufre de contaminación normativa en materia ambiental.³⁴ Debido a que hay muchas reglas diferentes de diferentes niveles que regulan el mismo tema, a veces se superponen, otras se vuelven incoherentes o no son lo suficientemente claras ni para aquellos que tienen que cumplir ni para aquellos que tienen que hacerlas cumplir. Terminan convirtiéndose en un problema para aquellos que quieren cumplir con ellos y, al mismo tiempo, esto le da a los incumplidores la excusa perfecta para no seguirlos.

34. Nonna, Silvia, *Derecho Ambiental en América Latina*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, 1996.

Además, en general las normas ambientales suelen crear una burocracia innecesaria que, como es bien sabido, no contribuye a mejorar la calidad ambiental ni a garantizar el cumplimiento. En esencia se trata de analizar si la gran cantidad de normas que regulan el ambiente son sostenibles.³⁵

Es requisito indispensable que estas normas se analicen de manera coherente a nivel federal y que resulten coherentes o sean planteadas en consonancia con el contexto legal vigente, con un mandato lo suficientemente flexible que permita las adecuaciones necesarias que surjan de las interacciones de los actores involucrados en la temática que regulan, pero dentro del escenario integral de la protección del ambiente. Debemos asegurarnos de que la norma en sí no se constituya en una trampa o corsé que no permita la necesaria adecuación a la realidad. No necesitamos un cúmulo de normas bonitas o “de laboratorio” sino que sean eficaces al momento de su aplicación, que puedan cumplirse y cuyo cumplimiento pueda exigirse.³⁶

2. CUBA

*Por Yanelys Delgado Triana*³⁷
*y Lic. Gustavo Manuel Hernández Arteaga*³⁸

2.1. Introducción

Los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a

35. Para ampliar el concepto de “derecho ambiental sostenible”, ver Nonna, Silvia, *Normativa Ambiental en la Ciudad de Buenos Aires*, Eudeba, 2012.

36. Presentación de Silvia Nonna para el Seminario del Día del Ambiente. Facultad de Derecho, UBA. 8 de junio de 2015.

37. Doctora en Ciencias Jurídicas; Profesora Titular Universidad Central de Las Villas; Presidenta del Capítulo Provincial de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Constitucional; yanelysdt@uclv.edu.cu.

38. Maestrando en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana; Secretario del Capítulo Provincial de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, en Villa Clara; Profesor instructor Universidad Central de Las Villas; gustavomanuelha@gmail.com.

toda persona. Se les reconocen por el simple hecho de su condición humana para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de etnia, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Un panorama sobre la protección iusfundamental del ambiente partiendo de la configuración constitucional resulta importante para ilustrar los mecanismos que conducen a la regulación ambiental en Cuba. Siendo coherentes con los propósitos de la Red Just Side,³⁹ a partir del apasionante abordaje técnico jurídico de los retos que nos depara asumir con resiliencia administrativa, industrial, tecnológica la era del Antropoceno.

La historia de los derechos humanos revela que no todos han sido reconocidos en el mismo momento histórico. Es por ello que desde el punto de vista doctrinal se agrupan en derechos civiles y políticos, derechos sociales, económicos y culturales, y, derechos de cooperación y solidaridad.⁴⁰

El derecho al disfrute de un medio ambiente sano se encuentra entre los llamados derechos de cooperación y solidaridad, cuyo surgimiento se ha ubicado en la década de los sesenta. Se trata del derecho general de la colectividad a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, de vital importancia en la satisfacción de las necesidades de los hombres y de la colectividad, así como para su desarrollo y evolución.

Las primeras referencias del derecho al disfrute de un medio ambiente sano las encontramos en la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972. En ese cónclave se reconoce que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de

39. Red Justicia, Sostenibilidad y Territorio-Sistemas de Infraestructuras de Datos Espaciales (JUST-Side), del Programa Iberoamericano de Ciencia, Tecnología y Desarrollo. Ver Nonna, Silvia, “Just Side. Justicia, sostenibilidad y territorio. Sistemas de infraestructuras de datos espaciales”, en *Pensar en Derecho*. Número 12, año 5, Facultad de Derecho. Eudeba, Buenos Aires, 2018, p. 119.

40. La distinción en generaciones se asocia al momento de aparición de los distintos derechos humanos. La primera generación la integran los derechos civiles y políticos, mientras que la segunda comprende los derechos económicos, sociales y culturales, y la tercera los llamados derechos de cooperación y solidaridad. No es poco frecuente encontrar referencias a los derechos humanos distinguiéndolos en generaciones, lo que en ocasiones se hace para dar preferencias a unos sobre otros. Sin embargo, la Organización de Naciones Unidas ha destacado la importancia de consagrar la atención a todos los derechos humanos por igual, reiterando su indivisibilidad, interdependencia e interrelación.

condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar. La Declaración adoptada en la citada Conferencia –conocida como Declaración de Estocolmo– desde su Preámbulo indica la relación de este derecho y los derechos humanos cuando se dice: “Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida”.

En instrumentos jurídicos posteriores se puede observar una evolución del derecho en cuestión. En el año 1992 tuvo lugar la Cumbre de la Tierra donde se aprueba la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en la que se aprecia una nueva posición, en tanto se deja a un lado la mención directa a los derechos humanos fundamentales haciendo énfasis en la idea de la protección ambiental.⁴¹ En el principio 1 de la Declaración de Río se consagró que: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

A partir de este enfoque el autor Edson Ferreira de Carvalho reseña tres puntos de vista para analizar la relación entre ambiente y derechos humanos, los cuales compartimos.⁴² En primer lugar cita la concepción de la protección ambiental como elemento esencial para el disfrute de los derechos humanos, tal y como se concibió en la Declaración de Estocolmo.

El disfrute de los derechos humanos se condiciona bajo este prisma a la preservación del ambiente. La protección ambiental se erige como un prerequisite y presupuesto en el ejercicio efectivo de los derechos humanos, por su estrecha relación con el nivel de vida en general. Siguiendo esta idea, la calidad ambiental resulta indispensable para materializar los derechos básicos a la vida, la salud, la alimentación adecuada, la vivienda, entre otros. Se entiende que no es posible la vida sin la existencia de un ambiente ecológicamente equilibrado.

41. Entre los instrumentos posteriores se pueden citar la Declaración de Río adoptada en la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente celebrada en Río de Janeiro, Brasil, 1992, y también en la Declaración de Johannesburgo, adoptada en la denominada Cumbre “Río + 10” celebrada en el año 2002.

42. Ferreira de Carvalho, Edson, “La contribución del derecho humano internacional a la protección ambiental: integrar para mejor cuidar la tierra y la humanidad”, en *American University International Law Review* 24, número 1, 2008, pp. 141-180.

La regulación ambiental en Cuba se erige a través de la plataforma que establece la Ley Ambiental cubana, producto de los convencionalismos jurídicos del último decenio del siglo XX. Proteger desde la sede constitucional aun es un paradigma para Cuba, sin embargo, la formulación ambiental se integra por un ordenamiento progresivo.

Se incoa a la revisión por parte del máximo órgano de poder de las categorías que sustentan el derecho al ambiente sano, en la Ley 81, la cual adolecía en el momento de su refrendación de apoyo constitucional. La Constitución cubana de 1976 reformada en 1992, no preceptuaba el derecho al ambiente sino un deber general de preservar el ambiente.

A continuación se realiza un acercamiento primario al orden jurídico ambiental en Cuba desde la perspectiva constitucional-ambiental. Se analizan las tipicidades del derecho fundamental al ambiente sano, los mecanismos de regulación ambiental a partir de la Ley de Ambiente cubana actual así como las dimensiones de Desarrollo Sostenible y calidad de vida insertadas en el texto constitucional.

2.2. El derecho al ambiente sano en la Constitución de la República de Cuba de 2019.

La Constitución de la República de Cuba de 2019 abre un nuevo ámbito de realización de los derechos fundamentales. Concebir el reconocimiento del derecho constitucional al Ambiente cual estuario jurídico para la modificación del ordenamiento jurídico ambiental cubano constituye un reto.

La conceptualización del derecho al Ambiente en la recién promulgada Constitución cubana no se puede ceñir al artículo 86 y 87 de la Constitución de la República, donde se reconoce de forma taxativa el derecho humano al ambiente sano. La protección al ambiente en el texto constitucional parte del contenido esencial de este derecho; se puede catalogar de forma restrictiva al establecer el derecho a vivir, en un medio ambiente sano y equilibrado, obviando el artículo 86 de Constitución de 2019, la facultad de disfrute, situación jurídica que legitima tanto al ciudadano como a la colectividad para interponer una futura acción de protección como parte de las garantías jurisdiccionales a este derecho. Tomando en consideración la naturaleza de este derecho, cuando se hace referencia a que a todas las personas les asiste este derecho –no solo a los ciudadanos individualmente–, permite a los ciudadanos reunidos en organizaciones, instituciones de diversa índole, instar a la

protección del ambiente. Igualmente, el contenido negativo del derecho impide que mediante la actitud libérrima del legislador se modifiquen la universalidad del amparo a la sanidad ambiental y el equilibrio en el Desarrollo.

Al realizar un análisis histórico-jurídico podemos colegir que el derecho al ambiente no se incorpora al catálogo de derechos fundamentales en la Constitución cubana de 1976. Existen incongruencias técnicas y teórico-jurídicas sobre el Medio Ambiente en la primera Constitución socialista en Cuba y sus dimensiones. Se aprecia la parquedad del artículo 27 de la Constitución de la República y posteriormente *prima facie* se reserva a la Ley 81 de Medio Ambiente los derechos que tienen como estuario el derecho al Ambiente sano. Aunque no es nuestro objetivo el estudio comparativo nacional, resulta prudente resaltar el avance cualitativo y cuantitativo en la esencia de la protección integral al Ambiente.

Cabe señalar el enfoque con que se estructura al Ambiente, como objeto, reservorio del derecho, y no como sujeto de derechos. Si el proyecto constitucional, como la Constitución aprobada en febrero de 2019 en Cuba, hubiesen establecido la conservación al Ambiente con mayúsculas (no es semántica) ante el derecho a vivir en un medio ambiente sano, estaríamos en presencia del reconocimiento, de una parte, de ese Medio Ambiente, que es la Naturaleza, titular plena de derechos de modo similar al hombre.

Se aprecia en la Constitución vigente, e incluso en su proyecto, elementos que sustentan la progresividad del derecho; se consagra el emergente derecho al agua en el artículo 87 y el derecho a la salud en el artículo 88. Existe en la Carta Magna cubana del 2019 un sistema de protección que se enfoca hacia el mandato de protección y el deber de conservación. Se instituye como fin del Estado en el artículo 13 la protección del patrimonio natural, histórico y cultural, de conjunto con la promoción al desarrollo que asegure la prosperidad individual y colectiva. Aunque se hilvane como fundamento principista en el actual texto constitucional este fin del Estado, no podemos cejar en el empeño de convertir a Cuba en un Estado Socialista de Derecho, en el entendido de las tendencias más contemporáneas un Estado Socialista y Ambiental de Derecho, independientemente que no exista una alusión expresa en el artículo 1 de la propuesta constitucional a estos efectos.

Una inserción relevante en la Constitución se encuentra en la enumeración de los deberes de los ciudadanos para con el medio ambiente. El artículo 92 establece la obligación de conservar el ambiente, la higiene ambiental, así como el patrimonio natural e histórico.

La protección, conservación y restauración del Ambiente se especifica en el novísimo texto constitucional cubano de 2019 como principio de las relaciones internacionales en su artículo 16f).⁴³ Precisamente, al positivizar el derecho al Ambiente sano, se establece la política internacional del país en favor del Ambiente, así como el enfrentamiento al cambio climático. Debe denotarse como la esencia de este derecho su naturaleza como derecho colectivo y de intereses difusos, la solidaridad no solo entre conciudadanos, sino en la cooperación entre Estados y los ciudadanos, es reforzada en la propuesta constituyente que fue sometida a consulta popular. Igualmente se constata la coherencia del constituyente al honrar lo pactado en el Protocolo de Kyoto y en el Acuerdo de París sobre el cambio climático en 2015.

Cada uno de los derechos y deberes puede ser estudiado con sus propias tipicidades, pero la génesis, a partir de la progresividad socio-jurídica reconocida, se encuentra en la protección integral al Ambiente. El texto constitucional que se propone a la ciudadanía cubana para 2019 adolece de un sistema de garantías y acciones, que permitan por vía constitucional defender, conservar, restaurar y disfrutar la plenitud del derecho al Ambiente. Sin embargo, bajo el entendido de la Constitución como norma de aplicación directa, se podrá acudir a los tribunales a la búsqueda del amparo constitucional, a pesar de los inconvenientes que señalan los artículos 64 y 99 de la Constitución cubana de 2019.

Por la amplitud de este derecho al Ambiente sano, el constituyente debió prever en sede constitucional acciones propias para el amparo de este derecho, así como la posibilidad de consultar a la ciudadanía decisiones gubernamentales, políticas estatales y otras donde se afecte equilibrio del Ambiente y el goce de este derecho.

43. Cfr. Constitución de la República de Cuba de 2019. Capítulo II Relaciones Internacionales. artículo 16: La República de Cuba basa las relaciones internacionales en el ejercicio de su soberanía y los principios antiimperialistas e internacionalistas, en función de los intereses del pueblo y, en consecuencia: f) promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Número 5, Extraordinaria, 10 de abril de 2019.

2.3. La regulación orgánica en materia ambiental en Cuba a partir de la proyección constitucional. La gestión ambiental en la práctica jurídica cubana

En el ámbito normativo ordinario encontramos la base jurídica para la protección ambiental y denotamos conceptos sobre gestión ambiental. En el caso cubano la definición de Gestión Ambiental la encontramos en el artículo 8 de la ley ambiental cubana (Ley N°81, del Medio Ambiente), la que nos parece bastante completa. De conformidad con dicho precepto se entiende como tal el “conjunto de actividades, mecanismos, acciones e instrumentos, dirigidos a garantizar la administración y uso racional de los recursos naturales mediante la conservación, mejoramiento, rehabilitación y monitoreo del medio ambiente y el control de la actividad del hombre en esta esfera. La gestión aplica la política ambiental establecida mediante un enfoque multidisciplinario, teniendo en cuenta el acervo cultural, la experiencia acumulada y la participación ciudadana”.⁴⁴

La sistematización de los conceptos anteriores nos permite identificar como elementos comunes en la normativa ambiental: la noción de acción, el carácter estatal y la finalidad específica en función de la protección ambiental; en menor medida encontramos la referencia a la participación ciudadana y la multidisciplinariedad de las acciones que se ejecuten.

No caben dudas de que esta acción corresponde en primer término al Estado, quien posee los principales medios y carga también con la mayor responsabilidad. Es también importante destacar que la gestión ambiental no puede ocurrir a nivel exclusivo de un área de la administración pública por el carácter holístico del medio ambiente. Conlleva un proceso de toma de decisiones, partiendo de los distintos niveles de planificación.

Resulta evidente que la Gestión Ambiental tiene como finalidad equilibrar la acción humana y la protección del medio ambiente. Busca la modulación de actuación humana en relación con los componentes ambientales para evitar o mitigar los efectos negativos del desarrollo de nuestra especie como el daño ambiental.

El daño ambiental es definido por la Ley 81, de 11 de julio de 1997, como “toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo,

44. Ley 81, del Medio Ambiente, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Número 7, Extraordinaria, 11 de julio de 1997.

inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica” (artículo 8). De esa forma, para que se produzca un daño ambiental en Cuba, según el texto de la ley, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) pérdida o deterioro del medio ambiente o de uno de sus elementos.
- b) Impacto ambientalmente negativo y significativo, pues no toda pérdida o deterioro será considerada daño, sino aquella que desde la valoración del estado actual de la ciencia, se considere como tal.
- c) Antijuridicidad, o sea, el daño ha de producirse en contra de la ley, en infracción de un precepto legal concreto.

Este concepto dañoso se encuentra en la frontera del régimen de las contravenciones y la tutela penológica; sin embargo, analizar los mecanismos que los previenen resulta menester, ya que a su vez redundan en los marcos de los instrumentos jurídicos que lo mitigan. Observaremos cómo los principios y técnicas jurídicas sustentan la Ley Ambiental cubana, al menos desde una percepción primaria de las disposiciones normativas al efecto.

El primero de los instrumentos que se establece en el inciso a) del artículo 18 de la Ley 81/ 1997 es la Estrategia Ambiental Nacional que constituye el documento rector de la política ambiental cubana, formulada para alcanzar las metas del desarrollo económico y social sostenible. La primera versión de la Estrategia se aprobó en el año 1997 y hasta la actualidad ha tenido tres ciclos encontrándose en fase de preparación. Estará vigente hasta el 2020.⁴⁵

La Estrategia Ambiental Nacional tiene como finalidad: a) alcanzar un estadio superior en la protección y uso racional de los recursos, b) elevar la calidad del ambiente, asegurando el enfrentamiento a los efectos del cambio climático, y, c) elevar la conciencia ciudadana y la calidad de vida de la población. Constituye un instrumento dinámico, que se ha ido adecuando a las necesidades ambientales y de desarrollo del país así como a los cambios institucionales que han tenido lugar.⁴⁶

45. Los ciclos de la Estrategia Ambiental Nacional desde su primera versión hasta la actualidad han sido: 1997-2005, 2007-2010, 2011-2015.

46. En la Estrategia Ambiental Nacional del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente, al respecto: <http://repositorio.geotech.cu/jspui/bitstream/1234/2727/1/estrategia%20ambiental%20nacional%202016-2020.pdf>. (acceso el 12 de mayo de 2019).

Asimismo, constituye un referente para la delimitación de las líneas y proyectos de trabajo sectorial y territorial. No puede perderse de vista que desde su segunda versión se ha tenido en cuenta la situación internacional en materia ambiental, así como los compromisos internacionales del país, al ser Cuba parte de la mayoría de los acuerdos y convenios internacionales ambientales. Igualmente, todos los ciclos de la Estrategia Ambiental Nacional contienen una valoración de los principales problemas ambientales, lo que permite establecer las necesidades reales con vista al futuro.⁴⁷

Junto a la Estrategia Nacional Ambiental, se reconocen como instrumentos de Planificación el Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo y los demás programas, planes y proyectos de desarrollo económico y social. El Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo contiene la proyección de la política ambiental de Cuba; fue aprobado en 1993 dando así respuesta a los compromisos asumidos en la Cumbre de Río, siendo el elemento básico para la gestión ambiental en el país. También se tienen como instrumento otros programas y planes que de manera más específica contribuyen al manejo de algunos de los problemas ambientales del país.⁴⁸

En materia de legislación, además de la norma ambiental antes citada, existe un conjunto de normas complementarias, como la Ley de Aguas, Ley Minera,⁴⁹ entre Decretos Leyes que requieren de una aguda actualización en consonancia con el nuevo orden constitucional. Así se encuentran vigentes regulaciones especiales en materia forestal, minera, de pesca, de contravenciones especiales, para la zona costera, las áreas protegidas, entre

47. Entre los principales problemas ambientales que se expresan en la Estrategia para el nuevo ciclo están: la degradación de los suelos, las afectaciones a la cobertura forestal, la pérdida de la diversidad biológica y deterioro de los ecosistemas, la carencia y dificultades con el manejo, la disponibilidad y calidad del agua, los impactos del cambio climático y el deterioro de la condición higiénica sanitaria en los asentamientos humanos.

48. Entre estos instrumentos se destacan el Programa de Mejoramiento y Conservación de Suelos, el Programa Nacional Forestal, Programa de Lucha contra la Contaminación y la Estrategia de Educación Ambiental.

49. Ley 124 del 2017, "De las Aguas Terrestres", Gaceta Oficial de la República de Cuba, Número 51 Extraordinaria, 2017 y el Decreto N°337 del 2017 su reglamento. Ley de Minas. Número 76. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria. Número 5 de 1994. Decreto 222. Reglamento de Minas. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria. Número 32. 19 de septiembre de 1997.

otras. Es importante comentar que algunas de estas normas son anteriores a la entrada en vigor de la Ley del Medio Ambiente, requiriendo algunas de ellas de una revisión dinámica, atendiendo a los cambios estructurales e institucionales del país, los avances a nivel internacional, las adecuaciones en las legislaciones sectoriales y el empoderamiento de los gobiernos locales.

El ordenamiento ambiental, de conformidad con la norma ambiental, busca asegurar el desarrollo ambientalmente sostenible del territorio, sobre la base del análisis integral de diversos factores con la finalidad de armonizar las relaciones entre la sociedad y la naturaleza.⁵⁰ La ordenación ambiental también está encaminada a conseguir el desarrollo igualitario entre los distintos territorios. En el contexto cubano encontramos regulaciones especiales para el ordenamiento territorial ambiental que ha sido concebido en un sentido más restringido y sin que diera una respuesta en el sentido ambiental con el que se ha concebido el ordenamiento ambiental en la Ley N°81.

La Licencia Ambiental es un documento oficial que habilita para ejercer una determinada actividad. Contiene una serie de requisitos en relación con la prevención, mitigación, corrección y compensación de efectos ambientales. La licencia puede obtenerse luego de un proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, pero no en todos los casos esta evaluación se realiza.

50. Cfr. Artículo 21 de Ley 81, del Medio Ambiente, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria Número 7, de 11 de julio de 1997. El ordenamiento ambiental tendrá como objetivo principal asegurar el desarrollo sostenible del territorio, sobre la base de considerar integralmente, los aspectos ambientales y su vínculo con los factores económicos, demográficos y sociales, a fin de alcanzar la máxima armonía posible en las interrelaciones de la sociedad con la naturaleza, incluyendo:

- a) La naturaleza y las características de los diferentes ecosistemas.
- b) Las condiciones de cada región y la delimitación de sus áreas en función de sus recursos naturales.
- c) Los desequilibrios ecológicos existentes por efecto de las actividades que se desarrollan, las características de los asentamientos humanos y los fenómenos naturales.
- d) El equilibrio indispensable entre las actividades humanas y sus condiciones ambientales.
- e) Las áreas protegidas y sus zonas de amortiguamiento.
- f) La interdependencia del hombre con su entorno.
- g) El impacto ambiental de los nuevos asentamientos humanos, las obras de infraestructura y otras actividades conexas.
- h) Los requerimientos de la defensa nacional.

La Evaluación de Impacto Ambiental constituye un instrumento independiente. Las bases de su desarrollo se encuentran en la Ley N°81, complementándose por las disposiciones de la Resolución 132/09⁵¹ del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. En sentido general, ambas normas establecen las actividades que se deben someter a este proceso, siendo significativo el hecho de que pueden ser objeto de evaluación tanto las actividades nuevas como las ya existentes que sean objeto de expansión o modificación o que por su naturaleza puedan generar un impacto ambiental negativo de significación. El proceso de evaluación comprende cuatro etapas: la solicitud de la licencia ambiental, el estudio de impacto ambiental en los casos que proceda, la evaluación propiamente dicho y el otorgamiento o no de la licencia.

Como instrumentos de fomento se regulan en la ley marco ambiental el sistema de información ambiental, la educación ambiental, la investigación científica, generalización y la innovación tecnológica. A cada uno de ellos la Ley 81/1997 le dedica varios artículos estableciendo sus objetivos y marco institucional.

En el caso de los instrumentos económicos la regulación de la Ley 81/1997 reconoce como tal a las regulaciones económicas, que debe articularse conforme a la norma ambiental “sobre la base del empleo, entre otras, de políticas tributarias, arancelarias o de precios diferenciados, para el desarrollo de actividades que incidan sobre el medio ambiente”. En el contexto nacional en el año 2013 se promulgó el Ley N°113,⁵² del Sistema Tributario, que incluye cinco tributos que propenden a la conservación de los ecosistemas y recursos naturales; los tributos aprobados –configurados todos como impuestos– fueron: Impuesto por el uso o explotación de las playas, Impuesto por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas, Impuesto por el uso y explotación de bahías, Impuesto por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre, y el Impuesto por el derecho de uso de las aguas terrestres.

El otro instrumento económico vigente en nuestro ordenamiento es el Fondo Nacional del Medio Ambiente, cuyo fin primordial es el de financiar

51. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, Número 37, de 28 de septiembre de 2009.

52. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, Número 52, de 21 de noviembre de 2012.

total o parcialmente los proyectos o actividades dirigidas a la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos, siendo los organismos rectores los Ministerios de Finanzas y Precios y el de Economía y Planificación. La articulación del Fondo se encuentra en la Resolución Conjunta N°1/2008,⁵³ que dispone las fuentes de ingreso, el destino de los recursos financieros que lo integran, así como las instancias de administración y ejecución.

Por último, como instrumento de gestión tenemos los de Comando y Control. Dentro de estos podemos identificar en nuestro ordenamiento, además de la legislación, el sistema de inspección ambiental estatal y los regímenes de responsabilidad.

En el caso del Sistema de Inspección Ambiental Estatal su regulación se encuentra en la Resolución 103/08⁵⁴ del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. La inspección ambiental es la actividad de control, fiscalización y supervisión del cumplimiento de las disposiciones y normas jurídicas vigentes en materia de protección del medio ambiente, con el objetivo de evaluar y determinar la adopción de las medidas pertinentes para garantizar la preservación del ambiente.

El Sistema de Inspección se integra por la Inspección Estatal Ambiental, la Inspección Estatal Ambiental de Seguridad Biológica, la Inspección Estatal de Seguridad Nuclear y Radiológica, la Inspección Estatal para el Control de Sustancias Químicas y la Inspección Estatal de Salvaguardia. La autoridad responsable de la Inspección varía según el tipo de Inspección de que se trate, siendo las reconocidas: el Centro de Inspección y Control Ambiental, el Centro Nacional de Seguridad Biológica, el Centro Nacional de Seguridad Nuclear, el Centro Ejecutivo de la Autoridad Nacional para la Prohibición de Armas Químicas y las Delegaciones Territoriales del Ministerio de Tecnología y Medio Ambiente. Pueden ser objeto de inspección tanto las personas naturales y jurídicas.

En la ley ambiental se regula en los artículos 67 al 75 donde se establecen las normas básicas de los regímenes de responsabilidad, distinguiendo la administrativa, la penal y la civil. En materia administrativa la norma ambiental establece en primera instancia la aplicación de sanciones administrativas tanto

53. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, Número 12, de 10 de marzo de 2008.

54. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria Número 41, de 2 de julio de 2008.

para las personas naturales como para las jurídicas que cometan alguna de las contravenciones que estén previstas en las disposiciones vigentes.⁵⁵ El siguiente precepto reconoce la multa como sanción principal dejando la determinación de las accesorias a las normas complementarias de la ley ambiental.⁵⁶ Finalmente, se establece que la denuncia se puede realizar a instancia de parte o de oficio.⁵⁷

La denuncia a instancia de parte debe entenderse como una forma de manifestarse el acceso a la justicia en esta materia. Al prever que cualquier persona que conozca de una infracción pueda establecer la denuncia correspondiente y con ello activar el sistema de responsabilidad administrativa. En correspondencia con lo preceptuado en la Ley N°81, el Decreto Ley N°200, de las Contravenciones en materia de medio ambiente,⁵⁸ dispone en su artículo 17.1 la actuación de las autoridades correspondientes a partir de una denuncia. En este sentido es significativo el hecho de que el denunciante no queda obligado a demostrar que tiene un interés legítimo respecto a la violación, sino que basta el hecho de conocer de la existencia de la infracción.

En cuanto a la tutela penal del derecho en estudio, debemos partir del hecho de que nuestro Código Penal, Ley N°62 de 29 de diciembre de 1987,⁵⁹ al que nos remite la Ley N°81,⁶⁰ no prevé la penalización del llamado delito

55. Artículo 67: El régimen de sanciones administrativas en materia de protección del medio ambiente incluye a las personas naturales y jurídicas que incurran en las contravenciones establecida en la legislación complementaria a la presente ley. Cfr. Resolución 103/08. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ordinaria Número, 41, de 2 de julio de 2008.

56. Artículo 68: Las contravenciones se sancionarán con multas cuyas cuantías se fijan para cada caso, sin perjuicio de las demás sanciones accesorias aplicables de conformidad con la legislación vigente. Cfr. Resolución 103/2008. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ordinaria, Número 41, de 2 de julio de 2008.

57. Artículo 69: El que conozca de la comisión de cualquiera de las contravenciones establecidas en la legislación complementaria a la presente ley lo pondrá en conocimiento de la autoridad competente, la que estará en la obligación de informarle sobre las medidas dispuestas y su cumplimiento, cuando así lo interese dicha persona. Cfr. Resolución 103/08. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ordinaria Número, 41, de 2 de julio de 2008.

58. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria Número 83, de 22 de diciembre de 1999.

59. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria, Número 3, de 30 de diciembre de 1987.

60. Artículo 75: Las acciones u omisiones socialmente peligrosas prohibidas por la ley bajo conminación de una sanción penal, que atenten contra la protección del medio ambiente,

ambiental, solo regula algunas conductas antijurídicas lesionadoras de algunos componentes del medio ambiente; es decir, no se reconoce el Medio Ambiente como un bien jurídico independiente. La protección penal ambiental en Cuba se encuentra dispersa en el Código vigente. Se presenta asociada a la protección de la salud, la vida, los bienes de las personas y la economía nacional.

En materia penal en nuestro ordenamiento jurídico la mayoría de los delitos son de acción pública correspondiéndole al Ministerio Fiscal ejercitar ante el órgano jurisdiccional la acción penal, pero cualquier persona puede denunciar el hecho delictivo de que se trate. Las figuras que pueden identificarse como delitos ambientales no escapan de la regla general. Asimismo, le son aplicables las disposiciones relativas al deber de denunciar, cuyo incumplimiento genera para quien conoce la comisión del hecho la imposición de una sanción penal; esto constituye una manifestación del deber de conservación y protección del medio ambiente que se establece tanto en nuestra Constitución como en la Ley N^o81.

En cuanto a la responsabilidad civil las regulaciones aparecen en la norma ambiental en el Capítulo XII del Título Tercero. En sentido general, las disposiciones sobre el tema son escuetas y su contenido en lo que al alcance de la responsabilidad se refiere es limitado. La obligación de reparar el daño la encontramos en el artículo 70⁶¹ y las personas legitimadas para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios se reconocen en el artículo 71,⁶² pero en ninguno de los preceptos encontramos referencia a las acciones que pueden ejercitar y los Tribunales competentes.

serán tipificadas y sancionadas a tenor de lo que dispone la legislación penal vigente.

61. Artículo 70: Toda persona natural o jurídica que por su acción u omisión dañe el medio ambiente está obligada a cesar en su conducta y a reparar los daños y perjuicios que ocasione.

62. Artículo 71: Están facultados para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios:

- a) La Fiscalía General de la República;
- b) El Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente;
- c) Quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio.

Los sujetos expresados en los incisos a) y b) del presente artículo podrán actuar en defensa del interés social en la protección del medio ambiente.

Ley 81, del Medio Ambiente, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria Número 7, de 11 de julio de 1997.

2.4. Conclusiones

Aunque el orden constitucional cubano desconozca la categoría dominio natural, existe, en la nueva Carta Magna, un espacio de protección de los derechos constitucionales ambientales, incluso por encima de la vaguedad de la actual Ley 81 del Ambiente. La regulación ambiental impera actualizarse bajo la égida de un nuevo período constitucional, hacia el Estado Ambiental o Ecológico de Derecho que requiere las nuevas concepciones. Los mecanismos de regulación ambiental también deben asumir la ponderación de los mecanismos participativos en materia ambiental en sede constitucional. Los mecanismos de regulación ambiental diseminados en la normativa orgánica deben vertebrar los instrumentos jurídicos que cumplan con los Objetivos de Desarrollo del Milenio que Cuba en el concierto internacional de naciones se ha propuesto. Resulta un imperativo una nueva Ley de Recursos Naturales y de Biodiversidad en aras de la integralidad de la regulación ambiental cubana. La ley vigente, a tenor del deber estatal establecido, fue el primer intento por actualizar los compromisos en la dinámica ambiental, sin embargo, no es funcional ante las matrices jurídicas contemporáneas, acentuando lo precautorio, sobre la restauración del estado de cosas anterior ante un daño ambiental, o la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones ambientales a través de consultas que la administración local o la autoridad ambiental puede sugerir.

El panorama ambiental en Cuba es propicio para la refundación de la normativa orgánica en materia ambiental, en pos de la protección de la casa común. La contribución de nuestra Red Justicia, Sostenibilidad y Territorio-Sistemas de Infraestructuras de Datos Espaciales (JUST-SIDE), tiene en Cuba como propósitos trazar las pautas para el perfeccionamiento de nuestras herramientas al amparo de la nueva Constitución de la República. Los amplios debates sobre la Ley de Pesca, la Ley Forestal, y la Ley de Costas deben incorporar la multidisciplinariedad que nutre nuestras investigaciones en función de una nueva Ley Ambiental que sostenga en *plus ultra* los desafíos locales y nacionales.

3. México

Por Raúl García⁶³

3.1. Protección constitucional del ambiente

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce en su artículo 4. párrafo quinto: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.

Esta disposición jurídica es interpretada en el marco establecido por el artículo 1. de la Constitución (*Reformado DOF 10-06-2011*), que establece de manera explícita que todos los mexicanos gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, por lo que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.⁶⁴

63. Investigador Titular C del Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la UNAM. Recibió formación profesional en biología y economía, y cuenta con un doctorado de la UC Berkeley en Economía Agrícola y de Recursos Naturales. Ha dirigido numerosos grupos interdisciplinarios dedicados a la investigación en temas de teoría económica, desarrollo comunitario, biología de la conservación, restauración ecológica y defensora ambiental. Ha trabajado como experto asesor en las actividades de restauración fluvial y defensa ambiental de numerosos grupos civiles y académicos mexicanos. En el presente es el Coordinador de la Comisión de Ciencia y Tecnología del Tribunal Latinoamericano del Agua, Coordinador Académico del Programa de Sustentabilidad del Campus Morelos de la UNAM y miembro del Comité Ejecutivo del Programa Nacional Estratégico de Investigación sobre el Agua del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México.

64. La Constitución mexicana reconoce como íntimamente asociados el derecho al ambiente sano y adecuado, el derecho a la protección de la salud y el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado deberá garantizar integralmente estos derechos y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Por razones históricas, la protección del medioambiente en México se arraiga profundamente en el concepto de la propiedad territorial de la Nación que establece el artículo 27 de la carta magna:

“...la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. La nación tendrá *en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación...* En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques... para preservar y restaurar el equilibrio ecológico... y para evitar la destrucción de los elementos naturales...”

La Constitución mexicana deposita en el Estado los poderes de la Nación sobre sus recursos naturales, lo establece como rector del desarrollo nacional y lo obliga a dar directrices, fomentar y apoyar el desarrollo sustentable. Siguiendo una tradición jurídico-política de largo cuño, en los primeros setenta años post revolucionarios se depositaron en pleno *en el gobierno federal* estos poderes, pero desde el final de la década de los 1980s y hasta la fecha fue establecido que, para cumplir con sus obligaciones con el medio ambiente, el Estado garantizará un proceso de cooperación social gobernado por los principios de descentralización, subsidiaridad, concurrencia, participación, valorización y corresponsabilidad.⁶⁵

65. Los cambios fueron forzados en todas las economías emergentes bajo la teoría neoliberal de la gobernanza, que incluye la gestión y administración de las relaciones de cooperación estratégica público-privadas-comunitarias, el uso de los mecanismos del mercado para asignar recursos y productos y los métodos descentralizados de organización del poder público y la burocracia. Por ser parte de esta teoría, los instrumentos de la política ambiental están sujetos a sus supuestos. Uno de ellos es que su correcta aplicación depende de la intervención del Estado o la acción colectiva para resolver diferentes dilemas de cooperación y coordinación entre sectores, autores y actores, pues de otro modo no se alcanzará la convergencia negociada de sus intereses y voluntades para generar los beneficios totales esperados y negociar su distribución.

3.2. Legislación secundaria

La legislación secundaria en materia ambiental en México es muy extensa. La conforman las siguientes leyes, todas ellas con reglamentos y normas asociadas:

3.2.1. Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA)⁶⁶

Provee el marco general de la normatividad ambiental mexicana. Su objeto es propiciar el desarrollo sustentable⁶⁷ y establecer las bases para:

- I. Garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar;
- II. Definir los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación;
- III. La preservación, la restauración y el mejoramiento del ambiente;
- IV. La preservación y protección de la biodiversidad, así como el establecimiento y administración de las áreas naturales protegidas;
- V. El aprovechamiento sustentable, la preservación y, en su caso, la restauración del suelo, el agua y los demás recursos naturales, de manera que sean compatibles la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas;
- VI. La prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo...

Para alcanzar estos objetivos, la LGEEPA establece un conjunto de instrumentos de política ambiental (ver cuadro 1). De especial interés para este

66. La responsabilidad del Estado mexicano de garantizar el medioambiente adecuado quedó establecida desde hace casi tres décadas en los acuerdos internacionales firmados por el gobierno federal y en la LGEEPA. Sin embargo, solo desde el 10 de junio de 2011 la Constitución mexicana reconoció esta obligación con la reforma del artículo 1º de la Constitución Mexicana, que elevó a rango supra-constitucional todos los derechos humanos reconocidos en la misma Constitución y los Tratados Internacionales.

67. La LGEEPA define el Desarrollo Sustentable como el proceso evaluable mediante criterios e indicadores del carácter ambiental, económico y social que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, que se funda en medidas apropiadas de preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de recursos naturales.

ensayo es que la LGEEPA establece el Ordenamiento Ecológico como el cimiento de la política ambiental mexicana.

3.2.2. Ley de Aguas Nacionales (LAN)⁶⁸

Comprende la totalidad de la administración gubernamental del agua y sus bienes asociados que son propiedad de la Nación. Establece la “Gestión Integrada de los Recursos Hídricos”, proceso que promueve la gestión coordinada del agua, la atmósfera, el suelo, el subsuelo y los recursos relacionados con estos y el ambiente (p. ej., los bosques), y establece los mecanismos necesarios para preservar y dar sustentabilidad a los recursos hídricos en cantidad y calidad, considerando los daños que la actividad humana puede causar al ciclo natural del agua y con ello a los ecosistemas vitales y al medio ambiente.

3.2.3. Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable⁶⁹

Su objeto es regular y fomentar el manejo integral y sustentable de los territorios forestales, la conservación, protección, restauración, producción, ordenación, el cultivo, manejo y aprovechamiento de los ecosistemas forestales del país y sus recursos; así como distribuir las competencias que en materia forestal correspondan a la federación, las entidades federativas, los municipios y la Ciudad de México, bajo el principio de concurrencia, con el fin de propiciar el desarrollo forestal sustentable.

3.2.4. Ley General de Vida Silvestre⁷⁰

Establece el marco jurídico de la política nacional en materia de vida silvestre y su hábitat, para su conservación mediante la aplicación del conocimiento científico, técnico y tradicional disponibles, la adopción y sanción de medidas precautorias y de conservación, y la exigencia de niveles óptimos de aprovechamiento sustentable, de modo que se logre mantener y promover la restauración de la diversidad genética y la integridad ecológica y evolutiva de las poblaciones y los ecosistemas, y simultáneamente incrementar el bienestar de los habitantes del país.

68. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16_240316.pdf

69. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDFS_050618.pdf

70. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/146_190118.pdf

3.2.5. Ley de Desarrollo Rural Sustentable⁷¹

Promueve el desarrollo rural sustentable del país, reconociendo la vulnerabilidad del sector y la diversidad regional, y la necesidad de mantener un medioambiente adecuado y garantizar la rectoría del Estado y su papel en la promoción de la equidad en el medio rural. Incluye la planeación y organización de la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización, y de los demás bienes y servicios producidos en el ámbito rural, y todas aquellas acciones tendientes a la elevación de la calidad de vida de la población rural, bajo los preceptos de propiedad, libertad y cooperación económica y social establecidos por la Constitución.

3.2.6. Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos⁷²

Garantiza el derecho de toda persona al medio ambiente sano, protege la salud y propicia el desarrollo sustentable a través de: clasificar los residuos; definir las (co)responsabilidades de los distintos elementos del gobierno y los actores privados y sociales en la gestión de los residuos en función de dicha clasificación; prevenir su generación; establecer mecanismos para promover su valorización; prevenir la contaminación de sitios con estos residuos; remediar los sitios contaminados.

3.2.7. Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados⁷³

Define los principios, la política nacional, los procedimientos de gestión y permiso, y los organismos encargados en materia de bioseguridad, para regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente y a la diversidad biológica o a la sanidad animal, vegetal y acuícola.

71. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/235_120419.pdf

72. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/263_190118.pdf

73. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LBOGM.pdf>

3.2.8. Ley de Productos Orgánicos⁷⁴

Promueve y regula los criterios y/o requisitos para la conversión, producción, procesamiento, elaboración, preparación, acondicionamiento, almacenamiento, identificación, empaque, etiquetado, distribución, transporte, comercialización, verificación y certificación de productos producidos orgánicamente, bajo principios de justicia social, respeto a los ecosistemas y al medio ambiente y cumpliendo con criterios de sustentabilidad.

3.2.9. Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables⁷⁵

Regula, fomenta y administra la ordenación, conservación, protección, repoblación y aprovechamiento de los recursos pesqueros y acuícolas en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción, en medios o ambientes seleccionados, controlados, naturales, acondicionados o artificiales, ya sea que realicen el ciclo biológico parcial o completo, en aguas marinas, continentales o salobres, así como en terrenos del dominio público o de propiedad privada, con el fin de propiciar el desarrollo integral y sustentable de la pesca y la acuicultura y promover el mejoramiento de la calidad de vida de los pescadores y acuicultores del país, procurando en especial el derecho al acceso, uso y disfrute preferente de los recursos pesqueros y acuícolas de las comunidades y pueblos indígenas.

3.2.10. Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos⁷⁶

Promueve la producción, comercialización y uso eficiente de los Bioenergéticos a partir de las actividades agropecuarias y forestales, la producción de algas y los procesos biotecnológicos y enzimáticos, con el fin de coadyuvar a la diversificación energética, la reactivación del sector rural – generando empleo y una mejor calidad de vida para su población, particular las de alta y muy alta marginalidad– sin poner en riesgo la seguridad y soberanía alimentaria del país, y la reducción de emisiones contaminantes a la atmósfera y gases de efecto de invernadero.

74. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPO.pdf>

75. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPAS_240418.pdf

76. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPDB.pdf>

3.2.11. Ley Federal de Responsabilidad Ambiental⁷⁷

Regula la responsabilidad ambiental que nace de los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños cuando sea exigible a través de los procesos judiciales federales, los mecanismos alternativos de solución de controversias, los procedimientos administrativos y aquellos que correspondan a la comisión de delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.

3.2.12. Ley General de Cambio Climático⁷⁸

Elabora las políticas públicas para promover la transición hacia una economía de bajas emisiones de carbono y resiliente a los fenómenos hidrometeorológicos extremos asociados al cambio climático; reducir la vulnerabilidad de la población y los ecosistemas del país frente a los efectos adversos del cambio climático; fortalecer la capacidad de respuesta y adaptación al cambio climático; y mitigar las emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero para que México contribuya a lograr el cumplimiento del Acuerdo de París y con ello a la estabilización de sus concentraciones en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático.

3.4. Distribución de competencias

Las leyes ambientales mexicanas distribuyen competencias entre la federación, las entidades federativas y los municipios, y establecen la normativa para promover la participación, concurrencia y coordinación entre los niveles de gobierno y con la ciudadanía.

En algunos casos, la distribución de competencias busca optimizar la gestión de distintos componentes (subsistemas) de una problemática mayor. Por ejemplo, la ley clasifica los residuos sólidos en tres tipos: residuos peligrosos, residuos de manejo especial y residuos municipales, y distribuye su gestión entre la federación, los gobiernos de los estados y los gobiernos municipales, respectivamente, en función de sus capacidades técnicas y presupuestales históricas.

77. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA.pdf>

78. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC_130718.pdf

En otros casos, la ley distribuye las competencias para optimizar la funcionalidad de un sistema multinivel de instrumentos. En el caso del suministro del agua potable o el tratamiento de aguas residuales, por ejemplo, la LAN establece competencias fiscales, de asignación de propiedad o usufructo y de regulación en la federación, competencias mediadoras y precautorias en el estado, y competencias operativas y económicas en el municipio. Estos criterios no son excluyentes y las distintas leyes los combinan en la asignación de facultades y competencias.

La necesidad de motivar la cooperación social (*sensu* el paradigma neoliberal) está claramente reflejada en la forma y contenido de los instrumentos de política ambiental, sobre todo los que involucran la gestión territorial. Por ejemplo, el programa de ordenamiento ecológico del territorio (POET) es un instrumento de planeación, proyección y regulación de la normatividad mexicana diseñado explícitamente para satisfacer en pleno el derecho cooperativo al medio ambiente adecuado a través de la regulación de la propiedad establecida por el Art. 27 constitucional.

Esto sucede a través del reconocimiento de cuatro tipos de POET: nacional, regional, local y comunitario. Los POET nacional y regional son ordenados por el gobierno federal y los gobiernos estatales, respectivamente, y su valor es solo indicativo de la política ambiental que han adoptado. El POET local, en cambio, es ordenado por el gobierno municipal y sus disposiciones son vinculantes para todos los usuarios involucrados. Por último, el POET comunitario puede adoptar un carácter indicativo o vinculante en función de los acuerdos y contratos adoptados por los propietarios privados o colectivos reconocidos legalmente.

En México las áreas naturales protegidas (ANPs) también pueden ser federales, estatales o municipales. En cualquier escala, el uso de este instrumento de conservación de la biodiversidad debe considerar las tensiones –más o menos complejas e intensas– que emergen de la superposición territorial de la protección de la biodiversidad con los regímenes de propiedad contemplados por la Constitución mexicana.

La Ley pone a disposición de los tres niveles de gobierno diversos recursos jurídicos para manejar dichas tensiones a través de comando y control, incentivos económicos o apropiación pública. Por ejemplo, mientras que el artículo 44 párrafo II señala que los propietarios, poseedores o titulares de otros derechos sobre tierras, aguas y bosques comprendidos dentro de áreas naturales protegidas deberán sujetarse a las modalidades que esta-

blezcan los decretos por los que se constituyan dichas áreas, así como a las demás previsiones contenidas en el programa de manejo y en los programas de ordenamiento ecológico que correspondan.

Por su parte, el artículo 45 bis de la LGEEPA señala que las autoridades competentes garantizarán el otorgamiento de estímulos fiscales y retribuciones económicas, con la aplicación de los instrumentos económicos referidos en el presente ordenamiento, a los propietarios, poseedores o titulares de otros derechos sobre tierras, aguas y bosques comprendidos dentro de áreas naturales protegidas.

Además, la LGEEPA también considera la necesidad de motivar la cooperación social; el carácter cooperativo de este instrumento es plenamente reconocido por la LGEEPA en su artículo 77 bis, que establece las condiciones para que los pueblos indígenas, organizaciones sociales, personas morales, públicas o privadas, y demás personas interesadas en destinar voluntariamente a la conservación predios de su propiedad, puedan establecerlas, administrarlas y manejarlas en su provecho y para el interés público. La LGEEPA reconoce diversas modalidades de ANPs en función de los valores de la biodiversidad que se desean proteger y de la combinación de instrumentos que se desee adoptar.

3.5. Estado de situación en materia normativo-ambiental en México

En la actualidad el modelo de gobernanza neoliberal está sujeto en México a una severa crítica y se prevé una profunda reforma de las leyes ambientales en los próximos años para mejorar su efectividad. A partir de lo que hemos descrito en los apartados anteriores, podría haberse esperado en México una transmisión de los poderes y recursos del Estado desde el gobierno federal hacia los gobiernos estatales y de ahí hacia los gobiernos municipales y la ciudadanía.

En la práctica, sin embargo, este flujo ha sido limitado y condicionado, y el proceso de gobernanza ambiental ha devenido en una estructura institucional abundante y al mismo tiempo incompleta,⁷⁹ en general descoordinada y muy heterogénea en cuanto a su eficacia y eficiencia. La sustentabilidad está presente en las leyes mexicanas más de manera discursiva que operativa.

79. A pesar de que muchas leyes ambientales tienen como objeto explícito la promoción de la investigación científica y tecnológica, en la mayoría de los casos la autoridad competente no es obligada a tomar en cuenta suficientemente los datos técnicos y científicos —y mucho menos los conocimientos sociales— relevantes, y en muchos casos carece parcial o completamente de recursos para aplicar la normatividad de manera oportuna y efectiva.

En general, los gobiernos de los estados han aumentado su papel de mediadores de los procesos de coordinación pública entre los municipios y la federación, permitiendo a esta última “adelgazar” su estructura y concentrarse en sus funciones fiscales y normativas.

La descentralización ha sido, sin embargo, limitada e inestable, pues los gobiernos estatales y municipales carecen de autonomía fiscal para construir sus presupuestos ambientales, que dependen casi en su totalidad de las transferencias de recursos desde el gobierno federal y están mediadas por variables caracterizadas por una gran incertidumbre, entre ellas de manera dominante la variable política.

Los municipios, en los que recaen competencias ambientales fundamentales, como es el manejo integral de fracciones importantes de los residuos sólidos y las aguas residuales, se ven obligados a negociar, en general en términos desfavorables para el interés público, con los estados o con las empresas privadas para (medio)cumplir con sus funciones, y estas negociaciones pueden o no concluir en acuerdos propicios de coordinación y desarrollo de estudios, proyectos y obras. Además, como parte de su “adelgazamiento”, el gobierno federal ha abandonado sus instrumentos de comando y control a favor de una política de intervención “blanda” o incluso “de voltear la mirada” ante la falta de cumplimiento.

Cabrero (1999) ha señalado que el federalismo mexicano ha significado la subordinación de ámbitos locales de gobierno al plano federal, la obstaculización de iniciativas regionales, la ausencia de recursos económicos en los estados y municipios, y por todo ello, el retraso de una maduración con unidad nacional, como sistema democrático, como sistema de equilibrios, de instituciones, y de pesos y contrapesos.

El problema, sin embargo, es más profundo. Las definiciones de lo socialmente exigible y de los riesgos jurídicamente permitidos en materia ambiental han sido construidas a partir de las necesidades abstractas del proceso de acumulación de capital en su modo neoliberal.

El Estado neoliberal mexicano persiguió hasta recientemente la estrategia de establecer leyes (y sistemas de leyes) que le permiten instaurar campos de formación y negociación de intereses económicos y políticos muy amplios y flexibles, y simultáneamente distribuir desigualmente, entre los distintos participantes de esos mismos campos, la información y recursos públicos relevantes, con lo que puede afectar sus expectativas de ganancias y costos –y estimular o disuadir sus preferencias y acciones– en términos favorables a los grandes intereses políticos y corporativos.

De esta manera, las leyes ambientales en México permiten abrir o cerrar espacios de negociación de los derechos y capacidades de gestión de los bienes y servicios ambientales y simultáneamente manipular la relación de poderes de los usuarios para atender el objetivo de la estrategia global de crecimiento económico adoptada.

En México no sorprende, por lo mismo, que los poderes económicos, con anuencia de las autoridades mexicanas, violen una o varias normas jurídicas, sino que cada vez con mayor frecuencia, puedan violar los derechos de las personas vulnerables basados en normas jurídicas que previamente se han modificado o establecido a espaldas de la sociedad o contrariando los principios sustanciales del Estado de derecho. “La observancia del marco jurídico creado por los gobiernos neoliberales muestra que los derechos también pueden violarse cuando se aplica con todo rigor la ley, y precisamente porque se aplica” (Espinoza, 2019, p. 298).

El resultado es que en México, a pesar de sus abundantes leyes e instituciones, existe una crisis ecológica y ambiental de grandes proporciones y un creciente reclamo de justicia por parte de las víctimas.

4. Uruguay

*Por Yuri Resnichenko⁸⁰
y Virginia Fernández⁸¹*

4.1. Organización institucional ambiental. Antecedentes

En el año 1971 la Ley 14.053⁸² creó el Instituto Nacional para la Preservación del Medio Ambiente, que funcionó en la órbita del Ministerio de Educación y Cultura. Su objetivo fue “atender todo lo que se refiere a la conservación del medio ambiente humano, a la preservación de los recursos

80. Docente Asistente del Laboratorio de Técnicas Aplicadas al Análisis del Territorio, Departamento de Geografía, Facultad de Ciencias, Universidad de la República, Uruguay.

81. Profesora Adjunta del Laboratorio de Técnicas Aplicadas al Análisis del Territorio, Departamento de Geografía, Facultad de Ciencias, Universidad de la República, Uruguay.

82. Ley N°14.053 - Ministerio de Educación y Cultura, Creación del Instituto Nacional para la Preservación del Medio Ambiente, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4820614.htm>.

naturales y a la promoción del aumento de los mismos”.

Entre sus cometidos se encontraba promover la investigación sobre las consecuencias del desarrollo tecnológico sobre el medio ambiente, proponer normas generales o específicas, promover fórmulas para el crecimiento de los recursos naturales, asesorar organismos públicos, privados e internacionales, entre otros.

Este Instituto no tuvo un rol fundamental en el campo de las políticas ambientales ya que su posicionamiento se vio opacado por la amplia presencia de unidades ambientales en distintos organismos públicos, cada una de las cuales seguía su propio camino en la materia. En estos tiempos los temas ambientales estaban recién incorporándose a la agenda política (Valla, 2016).

En el año 1990, el tema ambiental comienza a aparecer modestamente en la agenda; el Poder Ejecutivo presentó ante el Parlamento un proyecto de ley para crear el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA). Este proyecto llegó al Parlamento acompañado de un breve mensaje en donde se transmitía que mediante la creación de este ministerio se pretendía mejorar la calidad de vida de los ciudadanos a través de un medio ambiente sano, una vivienda decorosa y un territorio protegido de la contaminación.

Se destacaba también que era importante armonizar el desarrollo con la preservación del ambiente. Finalmente, en mayo de 1990 se promulga la ley y el ministerio es creado (Ley 16.112 del 30/05/1990).⁸³ La misma contó con diecisiete artículos siendo el artículo 3 donde se enumeran las funciones que el Ministerio debe llevar adelante; específicamente menciona que este organismo debe: formular, ejecutar, supervisar y evaluar los planes nacionales de protección del ambiente e instrumentar la política nacional en esta materia (art. 3 inc. 7).

Asimismo esta ley le asignaba al MVOTMA la tarea de controlar que tanto las actividades públicas como las privadas cumplieran con la protección del medio ambiente (art. 6). Mediante el artículo 10 creó la Comisión Técnica Asesora de Protección del Medio Ambiente (COTAMA), integrada por distintos organismos públicos y privados, la Universidad de la

83. Ley N°16.112 - Creación del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente y fija sus competencias, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7799260.htm>.

República y el Congreso de Intendentes.

4.2. Normativas territoriales y ambientales

Las primeras acciones en la legislación ambiental uruguaya comprendieron aspectos parciales como la protección de los bosques nacionales, de la fauna nacional y ya en la década del 1980 se regula sobre agua, suelos y forestación. Con la creación de organismos e instituciones dedicadas a la temática, se avanzó en legislación general y al mismo tiempo más específica en otras materias.

4.2.1. Evaluación de Impacto Ambiental

Durante los primeros 5 años posteriores el trabajo en medio ambiente del MVOTMA se centró en la aprobación de la Ley de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley 16.466 del 19/01/1994)⁸⁴ que declaró de interés general la protección del ambiente reglamentada por el Decreto N°435/994 del 21/09/1994.⁸⁵

El énfasis de esta normativa está puesto en la evaluación de impacto ambiental, concepto tomado de la legislación de otros países considerados como avanzados en el tema, y reconocido como uno de los instrumentos más adecuados para preservar los recursos naturales y defender el ambiente. Anteriormente a la aprobación de esa ley el Ministerio no tenía ningún instrumento que le permitiera gestionar de forma adecuada este tema; previo a la promulgación de esta normativa, si la temática lo ameritaba, se acudía al Código de Aguas (Decreto Ley N°14859 del 15/12/1978)⁸⁶ como recurso legal vigente.

La Ley de Evaluación del Impacto Ambiental fue aprobada luego de un intenso debate que llevó a realizar algunos cambios. Entre los más significativos se mencionan la definición de que el Ministerio no se encargaría de tomar medidas para mitigar o reducir los daños causados al ambiente, pero sí sería de su competencia el hecho de llevar un registro de los estudios

84. Ley N°16466 - Ley de Evaluación del Impacto Ambiental, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16466-1994>.

85. Decreto N°435/994 - Aprobación del Reglamento de evaluación del Impacto Ambiental, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/435-1994>.

86. Decreto Ley N°14859 - Aprobación del Código de Aguas.

de evaluación de impacto ambiental. Asimismo, se destaca la importancia de incluir un artículo que haga referencia a la posibilidad de realizar una audiencia pública en los casos en que existieran repercusiones graves de orden cultural, social o ambiental. El Senado destacó que la sociedad civil había participado activamente de la discusión de este proyecto en la Comisión Medio Ambiente y que distintas ONG ambientales le hicieron llegar la solicitud de que este artículo no fuera dejado de lado (Valla, 2016).

La Ley N°16.466 en el artículo 6 establece las actividades, construcciones u obras, públicas o privadas sometidas a la realización previa de un estudio de impacto ambiental. A su vez en lo referente al requerimiento de información se observa que el artículo 10 menciona los requisitos mínimos que deberá contener la solicitud de autorización; entre ellos la descripción detallada de su contenido, del espacio físico y entorno donde el mismo se reemplazará, junto con todos los detalles que posibiliten su consideración integral. En tanto las informaciones que puedan configurar secreto industrial o comercial del responsable del proyecto serán mantenidas en reserva por la Administración según el artículo 15. En tanto su reglamentación se focaliza en el ámbito de aplicación de la ley clasificando las actividades, construcciones u obras en 29 ítems. Define el procedimiento para el dictado de la Autorización Ambiental Previa y etapas que conlleva obtenerla.

4.2.2. Ley Forestal

Un tema que ocupó un lugar relevante en la agenda ambiental nacional de este período de gobierno fue la actividad forestal. Fue emitido un Decreto (N°154/005⁸⁷ del 2005 el cual deroga el 333/990 del año 1990)⁸⁸ en torno a este tema, el cual fue bastante polémico. En lo referente a leyes específicas, en 1968 se aprobó la primera ley forestal en Uruguay, y a partir de esta el país comenzó a establecer una política nacional en la materia, en un principio de escasa incidencia en la economía del país.

Dos décadas después se generan nuevos mecanismos para la promoción de esta actividad, entre ellos la exoneración tributaria. En 1987, al mis-

87. Decreto N°154/005 - Forestación. Bosques de Rendimiento, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/154-2005/2>.

88. Decreto N°333/990 - Medio Ambiente. Forestación, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/333-1990>.

mo tiempo que se comienzan a realizar las primeras exportaciones de madera, Uruguay aprueba una nueva ley forestal, esta vez intentando ajustarla a los parámetros internacionales. Este cambio en la reglamentación y el panorama internacional promovieron las inversiones en este rubro (Anuario OPYPA 2012).

El Decreto del año 2005 modificó un artículo de la ley de forestación, específicamente, el que hacía referencia al tipo de suelo que se podía dedicar a esta actividad, ampliando el espectro y provocando que se comenzaran a forestar suelos que eran productivos para otro tipo de actividades como la agricultura o la ganadería. Con esta legislación se promovió la forestación en consonancia con una estrategia forestal internacional en la que la deslocalización es parte de la actividad productiva.

4.2.3. Reforma Constitucional de 1996

En el año 1996 se aprueba una Reforma Constitucional (plebiscitada el 10 de diciembre de 1996) que incluyó, por primera vez, un artículo relacionado directamente con el tema medioambiental. Concederle esta categoría significó un avance. El artículo 47 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establecía:

La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La Ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

El Poder Ejecutivo presentó públicamente el 5 de abril de 1998 el proyecto de ley mediante el cual se pretendía reglamentar lo establecido en el artículo de la Constitución recientemente incorporado. Sin embargo, el proyecto ingresó al Parlamento recién en agosto de 1999 y teniendo en cuenta que el período legislativo estaba por terminar, no llegó a aprobarse.

4.2.4. Áreas Protegidas

El 22 de febrero de 2000 fue aprobada la ley de creación del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, como instrumento de aplicación de las

políticas y planes nacionales de protección ambiental (Ley N°17.234).⁸⁹ Si bien Uruguay ya contaba con determinadas áreas protegidas a nivel local, lo que se estaba buscando era dejar de lado esos conjuntos aislados para crear un sistema. El mismo tendría como objetivos específicos la conservación de la biodiversidad, evitar el deterioro de las cuencas hidrográficas, proteger sitios históricos y arqueológicos y promover la educación ambiental, entre otros tantos.

En el proyecto, presentado cinco años antes de su aprobación, se introdujeron cuatro categorías con objetivos de manejo. El debate que prolongó su sanción no se centró en temas netamente ambientales sino en dos temas de corte político-administrativo: por un lado, la potestad que se da al Poder Ejecutivo para ampliar las áreas y a los Gobiernos Departamentales la de declarar áreas de conservación o reserva, las cuales posteriormente podrían llegar a formar parte del SNAP.

Por otro lado, se habilita la posibilidad de que el Estado pueda expropiar áreas que cuenten con las condiciones establecidas en la ley para las cuales los titulares no presenten consentimiento de incorporación de estas al sistema. Las responsabilidades y competencias respecto al SNAP se otorgaron al MVOTMA, pero sin excluir la participación de otros organismos, principalmente la Dirección de Recursos Naturales del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca.

Las discusiones en torno a los temas ambientales son esencialmente políticas; el rol de los técnicos queda relegado a la elaboración de los proyectos, y no se le otorga a los mismos un espacio en el ámbito de discusión. La sociedad civil organizada, por su parte, sigue sin ser un actor político de peso, teniendo muy poca visibilidad y capacidad de presión.

4.2.5. Ley de protección del medio ambiente

El artículo 47, incorporado recientemente en la Constitución de la República, declara al Medio Ambiente de interés general y establece que la protección del mismo y la sanción en caso de daños serían reglamentadas por ley; esta es la Ley General de protección del Medio Ambiente promulgada el 28 de noviembre de 2000 (Ley N°17.283).⁹⁰

89. Ley N°17.234 - Creación y Gestión de un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7769610.htm>.

90. Ley N°17.283 - Ley de Protección del Medio Ambiente, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17283-2000/12>.

A grandes rasgos, pretende ser una normativa marco que declara el interés general por el ambiente, su protección, la conservación de la diversidad biológica, la prevención y mitigación de impactos ambientales negativos; y la cooperación ambiental regional e internacional. La misma define lo que se consideraría desde ese momento en adelante como desarrollo sostenible acorde a las recomendaciones internacionales.

Establece los derechos y deberes de los ciudadanos en cuanto a la preservación y protección del ambiente. Contiene definiciones de Uruguay como un “País Natural”, desde una perspectiva económica, cultural, social y de desarrollo sostenible; define que es el Poder Ejecutivo a través del MVOTMA el encargado de coordinar la gestión ambiental y de realizar anualmente un Informe Ambiental. Presenta un espacio para disposiciones especiales que tienen que ver con la capa de ozono, cambio climático, sustancias químicas, residuos y bioseguridad.

Si bien esta ley se presenta tres años después de la inclusión del artículo en la Constitución que le da origen, su discusión en el parlamento es breve, y se focalizó en dos temas: el acceso a la información y aspectos referentes al Informe Ambiental Anual. Sin embargo, existen dos aspectos que llaman la atención. Uno tiene que ver con la ausencia de una discusión profunda sobre los contenidos de la ley, y el otro con la fuerte oposición de algunos legisladores a que la sociedad civil pudiera acceder a determinada información ambiental.

4.2.6. Reforma de la Constitución de 2004 - Reforma del Agua

Junto a las elecciones nacionales de octubre de 2004 se plebiscitó una nueva la reforma constitucional conocida como “Reforma del Agua” que obtuvo el 65% de los votos. La misma estableció que el agua era un derecho humano fundamental y que el Estado sería el que se encargaría exclusivamente de la gestión y administración del agua potable y el saneamiento.

Estos cambios se hicieron sobre el artículo 47 al que se agregaron otros incisos, lo que trajo aparejada la necesidad de sancionar nuevas leyes para poder reglamentar lo que se estaba estableciendo en la Constitución. Los incisos que se agregaron hacían referencia a que la política nacional en materia de agua tendría que estar basada en el ordenamiento del territorio, la conservación y protección del ambiente, la gestión sustentable de los

recursos, y la participación de la sociedad civil en varias fases de la política, entre otros aspectos.

4.2.7. Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible

La Ley N°18.308⁹¹ de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible fue promulgada el 18 de junio de 2008. El proyecto de ley entró al Parlamento en junio de 2006 y la ley fue sancionada dos años después. El mensaje del Poder Ejecutivo que lo acompañó destacó los aspectos que lo convertían en un proyecto importante atendiendo a la relevancia de legislar en la materia y la necesidad de democratizar el tema.

La ley fue presentada como una normativa marco, que venía a regular en forma general el ordenamiento territorial y el desarrollo sostenible, cumpliendo con lo establecido en la ley 16.112 que creó el MVOTMA. Se debe tener en cuenta que Estado se encontraba en una situación de omisión respecto a este tema, ya que en la última Reforma Constitucional se habían incluido aspectos referidos al ordenamiento territorial y al desarrollo sostenible, los cuales a esa fecha aún no se encontraban legislados.

Este proyecto de ley fue cuestionado en contenido, por ejemplo en lo referente a la expropiación, y en forma, por desprolijidad legislativa, y culminó siendo la primera ley ambiental que se aprobó sin el consenso de todos los partidos políticos (Valla, 2016).

Un aspecto puntual a resaltar es que en esta norma, en su artículo 79, se hace mención por primera vez a la creación de una IDE dentro del Estado (“Cométese al Poder Ejecutivo la estructuración de un sistema nacional de infraestructura de datos espaciales e información geográfica y literal asociada, como servicio público, para obtener, disponer y difundir información sobre la situación física del territorio, el paisaje, el patrimonio natural, riesgos y aptitudes, modos de asentamiento, vivienda, grados de ocupación, distribución espacial de actividades, afectaciones y cualesquiera otras circunstancias de interés con cobertura en el territorio nacional y su mar territorial, mediante la coordinación de las actuaciones de todas las entidades públicas con competencia o capacidad al respecto”).

91. Ley N°18.308 - Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18308-2008/65>.

4.2.8. Bioseguridad de vegetales genéticamente modificados

El 21 de julio de 2008 es promulgado el Decreto de Bioseguridad Vegetales Genéticamente Modificados (Nº353/008).⁹² Uno de los objetivos de este decreto es evaluar y gestionar el riesgo de la aplicación de los cultivos sobre el ambiente. Mediante el mismo también se creó el Gabinete Nacional de Bioseguridad que se encontraba integrado por muchos organismos, entre ellos el MVOTMA.

Además, creó otras estructuras que se encargarían de evaluar el riesgo de la bioseguridad, las que estaban integradas también por diversos organismos, no solo políticos sino también técnicos. Lo que finalmente sucedió fue que estas estructuras creadas no contaron con la participación que estaba prevista en el Decreto y las decisiones en torno a estos temas fueron más políticas que técnicas.

En el año 2008 Uruguay contaba con más de 500.000 hectáreas dedicadas a la producción de soja, lo que para algunos significaba una gran oportunidad comercial, mientras que otros se veían alarmados por cómo este cultivo afectaba el suelo; para el año agrícola 2014/2015 se llegó un máximo de 1.334 miles de hectáreas de soja (Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, 2018).

4.2.9. Política Nacional de Aguas

Dando cumplimiento al segundo inciso del artículo 47 de la Constitución de la República, se establece la Ley de Política Nacional de Aguas de 2009 (Ley Nº18.610).⁹³ Esta comprende la gestión de los recursos hídricos así como los servicios y usos vinculados al agua, siendo que corresponde al MVOTMA proponer al Poder Ejecutivo la Política Nacional de Aguas.

El Plan Nacional de Aguas es el instrumento técnico político que se elabora para la planificación y gestión de las aguas considerando los diversos usos del recurso. Fue aprobado por decreto del Poder Ejecutivo 205/017⁹⁴ el 31 de julio de 2017. El plan se ordena en torno a tres grandes objetivos: el

92. Decreto Nº353/008 - Bioseguridad. Vegetales Genéticamente Modificados, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/353-2008>.

93. Ley Nº18.610 - Política Nacional de Aguas. Principios Rectores, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18610-2009/26>.

94. Decreto Nº205/017 - Aprobación Plan Nacional de Aguas, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/205-2017>.

agua para un desarrollo sostenible, el acceso al agua y el saneamiento como derecho humano, y la gestión del riesgo de inundaciones y sequías. Contiene un diagnóstico completo de la situación de los recursos hídricos, posibles escenarios a futuro, identificación de los aspectos críticos y líneas de acción que orientan 10 programas y 30 proyectos.

Otra figura nueva dentro de la administración pública uruguaya son las Comisiones de cuenca y de acuíferos; estos son ámbitos tripartitos, integrados por representantes del gobierno, los usuarios del agua y la sociedad civil. Son asesoras de los Consejos Regionales de Recursos Hídricos y tienen como objetivo dar sustentabilidad a la gestión de los recursos naturales en cada cuenca y administrar los potenciales conflictos por su uso. El proceso de formación, integración y competencias se encuentra regulado por el Decreto N°258/013⁹⁵ del 21 de agosto de 2013. En la actualidad existen 11 Comisiones de Cuenca en funcionamiento.

4.2.10. Cambio climático

A partir del año 2009 se hace explícita la inclusión de la temática del Cambio Climático en las políticas públicas, con la promulgación del Decreto N°238/009⁹⁶ de Creación del Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático y Variabilidad. Su objetivo es coordinar y planificar las acciones públicas y privadas necesarias para la prevención de los riesgos, la mitigación y la adaptación al cambio climático. Dicho sistema está a cargo del MVOTMA. Poco después y a través del Decreto N°79/010⁹⁷ se incluye al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en el Sistema.

La Política Nacional de Cambio Climático (PNCC) es un instrumento que ofrece el marco estratégico de largo plazo, para guiar las transformaciones que Uruguay viene transitando para hacer frente a los desafíos del cambio climático y la variabilidad.

95. Decreto N°258/013 - Creación de Comisiones de Cuenca o Acuíferos como Órganos Asesores de los Consejos Regionales de Recursos Hídricos, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/258-2013/12>.

96. Decreto N°238/009 - Creación del Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático y Variabilidad, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/238-2009>.

97. Decreto N°79/010 - Grupo de Coordinación del Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático y Variabilidad. Inclusión al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/79-2010/2>.

Pretende además, atender las obligaciones internacionales asumidas con la ratificación del Acuerdo de París. Fue elaborada de forma participativa entre febrero y agosto de 2016, y aprobada mediante el Decreto del Poder Ejecutivo 310/017.⁹⁸

Expresa la necesidad de profundizar en todo el territorio nacional las acciones en materia de adaptación y mitigación del cambio climático en el marco de las diversas políticas nacionales de carácter económico, social y ambiental vinculadas a la temática y de las obligaciones contraídas por la República al respecto en tratados internacionales en la materia ratificados por el país.

Asume que el cambio climático es el mayor desafío ambiental que enfrenta la humanidad para su supervivencia y para el desarrollo sostenible de las comunidades, tanto a nivel global, como nacional y local.

4.2.11. Información Ambiental

El 18 de octubre de 2013 es promulgada la Ley N°19.147⁹⁹ por la cual se crea el Observatorio Ambiental Nacional (OAN), en el ámbito de la Dirección Nacional de Medio Ambiente del MVOTMA. El cometido de esta ley es la centralización y actualización de la información nacional del estado del ambiente. Indica proceder a la más amplia difusión de la información recopilada, a través de un Sistema de Información como herramienta de comunicación y especialmente por intermedio de la página web oficial del MVOTMA. El 5 de junio de 2017, el OAN se publica en línea (<https://www.dinama.gub.uy/oan/>).

4.2.12. Actividad Minera de Gran Porte

En un período signado por la discusión referente a la propuesta de un proyecto para la extracción de hierro y la exportación de concentrado con 68% hierro, el 11 de septiembre de 2013 se promulga la Ley N°19.126¹⁰⁰ Actividad Minera de Gran Porte. En ella se afirma que este tipo de actividad minera es de utilidad pública y genera procesos de desarrollo sostenible del

98. Decreto N°310/017 - Política Nacional de Cambio Climático y de la Primera Contribución Determinada a Nivel Nacional de la República, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/310-2017>.

99. Ley N°19.147 - Observatorio Ambiental Nacional, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3461171.htm>.

100. Ley N°19.126 - Regulación de la Actividad Minera de Gran Porte <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4523708.htm>.

país si respeta las reglas y garantías rigurosas de gestión ambiental durante todo su proceso, incluyendo el cierre y el post cierre de minas.

En su texto se hace explícito el concepto de desarrollo sostenible como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras de atender las suyas propias.

Afirma que las prácticas mineras sostenibles, además de sustentarse en los pilares clásicos de crecimiento económico, alta calidad ambiental y equidad social, deben basarse en la seguridad y en la eficiencia y eficacia en el manejo y extracción de recursos naturales no renovables y en el ordenamiento territorial.

4.2.13. Sistema Nacional Ambiental

Más adelante, buscando dar una visión más estratégica al tema ambiental, se creó el Sistema Nacional Ambiental (SNA), según Decreto N°172/016,¹⁰¹ promulgado en junio de 2016 con órbita de funcionamiento en Presidencia de la República. En dicho decreto se menciona que el sistema estará encabezado por el Presidente de la República y cuyo cometido será fortalecer, articular y coordinar las políticas públicas de Uruguay para proteger los bienes y servicios que brindan los ecosistemas.

Esta nueva institucionalidad incluirá a la Secretaría Nacional de Ambiente, Agua y Cambio Climático, aprobada en diciembre. Entre los cometidos del SNA se encuentra el diseño de políticas públicas que protejan los bienes y servicios que brindan los ecosistemas, promuevan la conservación y el uso racional de las aguas y den respuestas incrementando la adaptación al cambio climático.

Asimismo, este decreto crea el “Gabinete Nacional Ambiental”, que tendrá por cometido proponer al Poder Ejecutivo una política ambiental integrada y equitativa del Estado para un desarrollo nacional sostenible y territorialmente equilibrado. Uno de los cometidos de este grupo de organismos es aprobar un Plan Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible de carácter estratégico que guíe y articule las visiones y líneas de acción de los distintos actores claves de ámbito nacional, departamental y municipal.

101. Decreto N°172/016 - Creación del Sistema Nacional Ambiental y Reglamentación del Art. 33 de la Ley 19.355 relativo a la creación de la “Secretaría Nacional de Ambiente, Agua y Cambio climático”, <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/172-2016>.

4.2.14. Plan Ambiental Nacional para un Desarrollo Sostenible

El Plan Ambiental Nacional para un Desarrollo Sostenible recibió la aprobación del Gabinete Ambiental el 20 de diciembre de 2018, luego de ser discutido en diversos ámbitos. Dentro de este Plan, el objetivo 3.2., Generar e incorporar información y conocimiento para la gestión ambiental, menciona lo siguiente:

El acceso a información de calidad sobre el estado del ambiente y los procesos que lo afectan es necesario para la toma de decisiones y la participación efectiva en todos los sectores de la sociedad y a todos los niveles, además de constituir un derecho fundamental de las personas. El Plan avanzará en la integración, gobernanza, disponibilidad y transparencia de la información.

Adaptarse a los cambios ambientales y reducir el riesgo ambiental en contextos de incertidumbre requiere nuevas tecnologías y marcos de abordaje de los problemas. Se debe considerar la resiliencia de los sistemas socioecológicos, modelos de manejo adaptativo basados en la evaluación de políticas y formas efectivas de incorporar ciencia, tecnología y conocimiento local en la gestión ambiental. El Plan potenciará las iniciativas ciudadanas y del sector privado y la innovación en sus diferentes formas.

4.2.15. Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible del Espacio Costero

En el 2019 aparece un nuevo instrumento de política pública para el cuidado y la gestión planificada de las costas que fue aprobada por el Parlamento en el día 3 de julio como complementaria del conjunto de leyes vigentes que intervienen sobre la costa, en especial, la Ley N°18.308, de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible, y la ley N°16.466, de evaluación de impacto ambiental y su reglamentación, y el Código de Aguas.

La Directriz Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible del Espacio Costero del Océano Atlántico y del Río de la Plata supone un salto cualitativo en la protección de las costas uruguayas, estimulando la coordinación y cooperación público-privada para promover un modelo de desarrollo costero sostenible, democrático y participativo. La Ley también determina la accesibilidad y uso público de las playas y costas, legislando sobre esta característica tan valorada por todos, que es parte de nuestra identidad nacional, las playas y su acceso es libre para todos por igual.

Atendiendo a una situación de disminución en la calidad de algunos cursos y espejos de agua de importancia nacional, han aparecido planes de acción para preservar la calidad de algunas cuencas que se traducen en normativas a nivel ministerial. Actualmente existen dos planes de acción: el de la cuenca del río Santa Lucía, que es donde se localiza la fuente que provee de agua potable a Montevideo y parte del área metropolitana, y para la laguna del Sauce, que provee de agua potable a las ciudades de Maldonado y Punta del Este. En tanto actualmente se están implementando mejoras para las medidas de acción para la primera mencionada y para la cuenca del río Negro, de superficie importante y que ocupa el centro del país.

Focalizándose sucintamente en el Plan de Acción para la Protección del Agua en la Cuenca del Santa Lucía, se observa que comprende 11 medidas acompañadas de resoluciones ministeriales y declaraciones, algunas de ellas involucrando definiciones que se apoyan en la información geográfica; un ejemplo es la medida 8 que resuelve “instaurar una zona de amortiguación o buffer en la cuenca hidrográfica declarada sin laboreo de la tierra y uso de agroquímicos (para la conservación y restitución del monte ribereño como forma de restablecer la condición hidromorfológica del río)”.

Bibliografía

- Cabrero, *Gerencia Pública*, Ed. Porrúa-CIDE, 1999.
- Cánovas González, Daimar, *Estudio sobre Derecho del Ambiente*, Editorial Vadell, Valencia, 2011.
- CEPAL, Instrumentos económicos para la regulación de la contaminación del agua (versión preliminar), 2000. Documento de Trabajo, Dist. Int, LC./IN 137.
- Espinoza Hernández, R., “Despropósitos normativos y estrategias jurídicas para la reivindicación colectiva de derechos”, en A. Barreda Marín, L. Enríquez Valencia y R. Espinoza Hernández (coordinadores), *Economía política de la devastación ambiental y conflictos socioambientales en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Estrategia Ambiental Nacional del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente al respecto: <http://repositorio.geotech.cu/jspui/bitstream/1234/2727/1/estrategia%20ambiental%20nacional%202016-2020.pdf>

- Ferreira de Carvalho, Edson, “La contribución del derecho humano internacional a la protección ambiental: integrar para mejor cuidar la tierra y la humanidad”, en *American University International Law Review*, número 1, 2008.
- Jordano Fraga, Jesús, “La Administración en el Estado Ambiental de Derecho”, en *Revista de la Administración Pública*, Número 73, mayo-agosto, Madrid, 2001.
- McCormack Bécquer, Maritza de la Caridad (coordinadora), *Temas de Derecho Agrario cubano*, 1ra. edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 506-540.
- Myres Gallardo, Alfonso *et al.*, *Democracia, Constitución y Derechos Humanos*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- Nonna, Silvia, *Derecho Ambiental en América Latina*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, 1996.
- *Normativa Ambiental en la Ciudad de Buenos Aires*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.
- “Just Side. Justicia, sostenibilidad y territorio. Sistemas de infraestructuras de datos espaciales”, en *Pensar en Derecho*, Número 12, año 5, Eudeba, Buenos Aires, 2018.
- Peces Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría de los Fundamentales*, Editorial Guadiana, Madrid, 1973.
- Pérez Sola, Nelson, “El derecho-deber de Protección del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho Político*, Número 100, septiembre-diciembre, UNED, Jaén, 2017.
- Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Número 62, Madrid, 2001.
- Troconis Parilli, Nelson, *Tutela Ambiental - Revisión del paradigma ético jurídico sobre el ambiente*, 1ra edición, Ediciones Paredes, Caracas, 2005.
- Valla, M., *Evolución de la institucionalidad ambiental en el Uruguay 1990-2015*. Tesis de Licenciatura en Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales, 2016.
- Viamonte Guibeaux, Eulalia *et al.*, *Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Félix Varela. Habana, 2007.
- Yarza Simón, Fernando, *Medio Ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

El derecho animal dentro del nuevo paradigma del derecho ambiental

*Dr. Jorge A. Franza**

Resumen

El presente trabajo aborda el tema del Derecho Animal desde una perspectiva doble. En primer lugar, se reflejan, por un lado, las inconsistencias legislativas dentro del derecho argentino en cuanto al estatus jurídico del animal, al que se lo considera principalmente un objeto, y se muestra, por otro lado, el desarrollo jurisprudencial nacional y local que reconocen al animal como un sujeto de derecho no humano. En segundo lugar, se describen las características del Derecho Animal que permiten su incorporación como un capítulo del nuevo paradigma del Derecho Ambiental.

Palabras clave: derecho animal, derecho ambiental, estatus jurídico, interdisciplinariedad, transdisciplinariedad, nuevo paradigma ambiental.

Animal Law Within the New Paradigm of Environmental Law

Abstract

This paper addresses the issue of Animal Law from a double perspective. Firstly, it reflects the legislative inconsistencies within the Argentine

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1985). Profesor Titular Consulto de la materia Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Juez de Cámara en lo Penal Contravencional y de Faltas Sala III de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ha publicado más de 63 libros, capítulos de libros y artículos sobre la materia; jorfranza@gmail.com.

law regarding the legal status of the animal, which is mainly considered an object, on the one hand; and it exhibits the national and local jurisprudential development that recognizes the animal as a legal person –not human–, on the other hand. Secondly, this paper describes the characteristics of Animal Law that allows its incorporation as a chapter of the new paradigm of Environmental Law.

Keywords: Animal Law, Environmental Law, Legal status, Interdisciplinarity, Transdisciplinarity, New environmental paradigm.

I.

Para comenzar con este trabajo resulta menester destacar las principales inconsistencias legislativas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico en lo relativo a la tutela del derecho de los animales.

En primer lugar, cabe mencionar que el Título VI, Delitos contra la Propiedad, Capítulo VII, Daños: art. 183 del CPN establece: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o *un animal*, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado” (el destacado es propio).

En este sentido, el art. 184 inc. 2 del CPN establece una modalidad agravada del delito previsto por el citado art. 183, en cuanto expresa: “La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes: 2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos”.

A su vez, no debe soslayarse que por medio de la Ley 25.890 se incorporó al Código Penal argentino el delito de Abigeato –vinculado con el derecho penal agrario ambiental– previsto por el art. 167 ter. que reprime

...con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto. La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más

cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.

Por otra parte, se encuentra vigente la Ley 14.346 de 1954 –que complementó a la ley Sarmiento N°2.876–, la cual establece penas para los casos de maltrato y actos de crueldad animal. Al respecto, su art. 1 prevé que “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere *víctima* de actos de crueldad a los animales” (el destacado me pertenece). Luego, sus artículos 2 y 3 enumeran qué será considerado acto de maltrato y acto de crueldad, respectivamente.

Lo expresado anteriormente evidencia un trato diferenciado respecto de un mismo tema dentro de un mismo ordenamiento jurídico –en este caso el penal–. En tal sentido, el citado art. 183 del CPN –así como también el art. 184 inc. 2 y el art. 167 ter.–, que establece y reprime el delito de daños, equipara los animales a las cosas muebles e inmuebles. Por su parte, la Ley 14.346 postula un aspecto muy relevante para la materia, la consideración del animal como una víctima y, por ende, como se verá más adelante en este trabajo, como un sujeto –no humano– de derecho.

Asimismo, es importante remarcar que han existido algunos intentos de reforma de la Ley 14.346 pero que al día de la fecha no han logrado atravesar las instancias legislativas pertinentes. El primer ensayo fue en 1989 a partir del trabajo realizado por el Dr. Antonio J. Benítez –autor de la Ley 14.346– en colaboración con la Sra. Martha Gutiérrez, Presidente de Asociación para la Defensa de los Derechos del Animal (ADDA). El proyecto más reciente, de 2014, fue presentado por la Diputada de San Luis Ivana María Bianchi, acompañado por cinco diputados/as. Lleva el número de expediente 0953-D-2014. Uno de los aspectos relevantes de este proyecto es la ampliación de los casos de maltrato y de crueldad.

Sin embargo, al día de la fecha no se cuenta en la Argentina con una norma que considere a los animales como sujetos –no humanos– de derechos y con la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico penal a tal calidad, lo que implicaría dejar de considerar a un animal como un objeto al que puede dañarse.

Finalmente, con relación a este análisis normativo, no debe dejarse de lado que en el Código Civil y Comercial de la Nación los animales también son considerados como objetos. Un ejemplo de ello es el artículo 2.130 que establece que “El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una

parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: [...] c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales”.

A su vez, el mencionado Código sigue planteando el reconocimiento para nuestro ordenamiento jurídico de cosas y de personas –sean estas últimas físicas o jurídicas–, no dejando lugar para el animal. Ello, toda vez que su art. 227 expresa que “Son cosas muebles las que *pueden desplazarse por sí mismas* o por una fuerza externa” (el destacado es propio). En este sentido, es clara la alusión a que aquella cosa mueble que puede desplazarse por sí misma es, para el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, un animal.

Ahora bien, el panorama descrito anteriormente no se condice con la situación vigente a nivel internacional. En este sentido, en 1977 se sancionó la Declaración Universal de los Derechos de los Animales. Aquella fue adoptada por La Liga Internacional de los Derechos del Animal, que la proclamó al año siguiente. Posteriormente, fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Este instrumento internacional reconoce una serie de derechos fundamentales a los animales. Algunos ejemplos de ello son los consagrados por el art. 1 en cuanto refiere que “Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia”; y por el art. 2 que prevé “...Todo animal tiene derecho al respeto [...] Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre”.

De tal modo, puede advertirse que el interés de tutelar los derechos de estos particulares sujetos de derecho no se encuentra limitado a algunos ámbitos territoriales sino que responde a una preocupación global.

A su vez, a nivel regional, el Consejo de Europa estableció una gran cantidad de convenios relativos a la protección de los animales o la preservación de las especies, que forman parte del derecho comunitario. Algunos de ellos son el Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992 del que se desprende una “Declaración relativa a la protección de los animales”; el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997 incluye un “Protocolo de acuerdo sobre la protección y el bienestar de los animales”; y el Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007 cuyo artículo 13 consagra el “respeto del bienestar de los animales, *seres sintientes*” (el destacado es propio).

Algunas legislaciones europeas –como los casos de Austria, Alemania, Suiza, Cataluña y Francia– se erigen como ejemplos en la materia con

códigos civiles internos que comienzan a reconocer el estatuto del animal no como un objeto apropiable sino como un ser sensible o sintiente.

En este sentido, el Código civil francés vigente establece en el Libro II, art. 515-14 “Les animaux sont des êtres vivants, doués de sensibilité” (Los animales son seres vivos, dotados de sensibilidad) (la traducción es propia). Sin embargo, ese mismo artículo finaliza estableciendo que, más allá de las reservas efectuadas por las leyes que protegen a los animales, los mismos son sometidos al régimen de los bienes. De tal modo, el primer avance en esa legislación es el reconocimiento del animal como un ser sintiente. Asimismo, la legislación penal francesa ha evolucionado notablemente en aquel reconocimiento. En este sentido, la doctrina considera que “El código penal, al sancionar severamente el maltrato infligido al animal, rechaza implícitamente su asimilación a un bien mueble inanimado como lo hace el código civil. Él lo trata como ser vivo, sensible al sufrimiento e impone su respeto”¹ (la traducción del original en francés es propia).

En esta inteligencia, se destaca que “El reconocimiento de la sensibilidad del animal, propuesta a la iniciativa de Roland Nungesser en el marco de la ley sobre la protección de la naturaleza del 10 de julio de 1976, fue una etapa importante en la evolución de la condición jurídica del animal, evolución debida esencialmente a las reflexiones realizadas al momento de la elaboración de las grandes conferencias internacionales de la posguerra. El artículo 9 de aquella ley, devenido el art. L. 214-1 del código rural, es uno de los elementos esenciales de un estatuto renovado del animal doméstico: “Art. L. 214-1. – Todo animal siendo un ser sintiente debe ser colocado por su propietario en las condiciones compatibles con los imperativos biológicos de su especie”. Se constata que en 1976 y por primera vez la ley ha definido al animal como un ser viviente y sintiente, y establece obligaciones a su propietario”² (la traducción del original en francés es propia).

No obstante el desarrollo crítico efectuado anteriormente en relación con las inconsistencias internas del derecho positivo argentino vinculado a la tutela jurídica de los animales, y el reflejo de las mismas a partir de la normativa internacional referida al tema en cuestión, como también los

1. J. C. Nouët y J. M. Coulon, *Les droits de l'animal*, Francia, Dalloz, 2^a édition 2019, p. 111.

2. *Idem*, pp. 112-113.

ejemplos de la Unión Europea y de Francia en particular, han existido en nuestro país algunos avances jurisprudenciales que deben ser mencionados.

En lo que atañe al reconocimiento de derechos a un sujeto de derecho no humano, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal tramitó un *habeas corpus* interpuesto por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los derechos de los animales (AFADA) en relación con la conocida orangutana “Sandra”. Es importante destacar el hecho de que haya sido un *habeas corpus* –dirigido principalmente a las personas humanas– y no un amparo. En la decisión de aquel tribunal, que declinó la competencia en favor de la Justicia Penal, Contravencional y Faltas, los Jueces Dr. Alejandro Slokar y Ángela Ledesma expresaron que “...a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente”.³

En esta misma inteligencia se expidió la titular del Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario N° 4 de la CABA, Dra. Elena Liberatori, en el marco de un amparo también promovido por la AFDA. En esa oportunidad, la magistrada resolvió “Reconocer a la orangutana Sandra como un sujeto de derecho, conforme a lo dispuesto por la ley 14.346 y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en cuanto al ejercicio no abusivo de los derechos por parte de sus responsables –el concesionario del Zoológico porteño y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–”.⁴ Uno de los argumentos principales que empleó la jueza para llegar a esa decisión fue el plasmado por la Sala II de la Cámara de Casación Penal en el caso mencionado anteriormente. En este sentido, la Jueza de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires expresó:

De conformidad con el precedente jurisprudencial mencionado, no se advierte impedimento jurídico alguno para concluir de igual manera en este expediente, es decir, que la orangutana Sandra es

3. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Habeas Corpus, 18 de diciembre de 2014, *Orangutana Sandra s/recurso de casación s/HABEAS CORPUS, Causa N° CCC 68831/2014*.

4. Juzgado CAyT N°4 CABA, Acción de Amparo, 21 de octubre de 2015, *Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre amparo, Expte. A2174-2015/0*.

una persona no humana, y por ende, sujeto de derechos y consecuentes obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas. Cabe adentrarse en la interpretación dinámica y no estática que dieron los jueces con relación a este expediente y teniendo presente quien suscribe lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil en relación al deber de interpretar la ley teniendo en cuenta “sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.⁵

A su vez, la Dra. Liberatori refirió que se trata de reconocerle a Sandra “sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y de su dignidad de *ser sintiente*, novedosa categorización que ha introducido la reforma de enero de 2015 del Código Civil en Francia”⁶ (el destacado me pertenece).

A mayor abundamiento, con posterioridad a aquella jurisprudencia, el Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza reconoció a la “mona Cecilia” como un sujeto de derecho y autorizó su traslado al santuario de Sorocaba, en San Pablo, Brasil. La doctrina emanada de la referida sentencia es que los animales son sujetos de derecho no humanos, en tanto señaló que

...es una regla de la sana crítica-racional que los animales son seres sintientes en tanto les comprenden las emociones básicas. Los expertos en la materia coinciden de forma unánime y agregan que estos tienen capacidad de razonar, son inteligentes, tienen conciencia de sí mismos, diversidad de culturas, expresiones de juegos mentales, manifestaciones de duelo, uso y fabricación de herramientas para acceder a los alimentos o resolver problemas sencillos de la vida cotidiana, capacidad de abstracción, habilidad para manejar símbolos en la comunicación, conciencia para expresar emociones tales como la alegría, frustraciones, deseos o engaños, organización planificada para batallas intra-específica y

5. *Ibidem*.

6. *Ibidem*.

emboscada de caza, poseen habilidades metacognitivas; poseen estatus moral, psíquico y físico; poseen cultura propia, poseen sentimientos de afecto (se acarician y se acicalan), son capaces de engañar, usan símbolos para el lenguaje humano y utilizan herramientas.⁷

No debe dejar de mencionarse que también se han dictado fallos muy relevantes en la materia provenientes de las ciudades de Río Cuarto y Santa Rosa, de la Provincia de Córdoba.⁸

Finalmente, en mi carácter de Juez de la Sala III de la Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y Faltas de la CABA he debido fallar en expedientes en los que se encontraba involucrado el derecho animal. En este sentido, en el marco de la tramitación de la denuncia efectuada contra el Zoológico de Buenos Aires respecto a las conductas tipificadas por la Ley Nacional 14.346 –casos de maltrato y actos de crueldad animal– contra la Orangutana “Sandra” emití un *Obiter Dictum* en el que efectué un análisis sobre el carácter de sujeto de derecho como seres sintientes de los animales. Asimismo, en aquella decisión expresé:

...no puede soslayarse que nos encontramos frente a una situación particular, la presunta lesión a los derechos de un sujeto de derecho no humano, el cual por motivos obvios no tiene capacidad para expresarse y por lo que requiere de una representación humana necesaria. En este contexto, es dable destacar que la ley 14.346 consagró un verdadero estatus de víctima en cabeza del animal no humano, más allá de la afectación de los sentimientos de ninguna otra persona, ni de la privacidad de los actos de maltrato o crueldad, ni de quien denuncie sin ser dueño, con lo que

7. Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza, Habeas Corpus, 3 de noviembre de 2016, *Presentación efectuada por A.F.D.A. respecto del Chimpancé “Cecilia” –sujeto no humano–*, Expte. N° P-72.254/15.

8. Sentencia N°86 de la Cámara de Apelaciones de lo Civil y Comercial y en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de Río Cuarto de 26 de octubre de 2012 (disponible en <http://www.derechoanimal.info/bbdd/1015.pdf>); y Sentencia 1/2012 del Juez de Instrucción y Correccional de Santa Rosa (disponible en <http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1208.pdf>).

el bien jurídico protegido es precisamente la vida y la integridad física y emocional de ese animal que está siendo objeto de hechos delictivos que lesionan sus derechos. Así, tener por desistida tácitamente a la querrela, por haber superado por unos días una disposición legal extremadamente rigorista, aun habiendo expresado la clara voluntad de continuar con la acción, conllevaría al archivo de las actuaciones en detrimento de los derechos de una “persona” que precisamente nunca tendrá la posibilidad de expresarse –la orangutana Sandra–.⁹

En aquella oportunidad, llegué a la conclusión de que “...habiendo la querrela demostrado voluntad suficiente de seguir impulsando la acción, y estando en pugna *derechos básicos de una persona no humana*, corresponde revocar lo resuelto por el Magistrado de grado y ordenar la continuación de las actuaciones”.¹⁰

Asimismo, me he expedido con relación a otro caso de maltrato animal en el que se ventilaban, entre otras cuestiones, el establecimiento de un régimen de visitas con relación a unos canes respecto de quienes se había dispuesto el secuestro cautelar por haber sido presuntamente maltratados. En esa ocasión, y siguiendo la línea trazada en mi intervención a la que aludí precedentemente, expresé que “...considero que los animales deben ser alcanzados por los derechos previstos en el ordenamiento jurídico con la misma extensión que la aplicable a los seres humanos, precisamente por su carácter de “personas no humanas”.¹¹ De tal modo, confirmé el régimen de visitas respecto de los animales al considerar:

...entiendo acertada la solución propuesta por mi colega en tanto protege los derechos de las víctimas de los presentes hechos: los animales. Si la investigación encausada por el MPF tiene como base la presunción del maltrato que [...] les habría provocado,

9. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y Faltas de la CABA, Sala III, *Responsable Zoológico de Buenos Aires s/inf. Art. 14.346 LN, Causa N° 18491-00/14*.

10. *Ibidem*.

11. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y Faltas de la CABA, Sala III, *Liceran, Pablo Daniel y otros s/inf. Ley 14.346, Causa N° 5709-01/16*.

deviene lógica la sustracción de aquellos del entorno en el cual habitaban. Al mismo tiempo, también considero razonable el régimen de visitas instaurado en tanto rige sobre el encausado la presunción de inocencia, por lo que no debe coartársele el derecho de ver a caninos con los cuales puede haber entablado un vínculo afectivo.¹²

Como último dato relacionado a la creciente relevancia del tema desarrollado y del reconocimiento de la importancia de los animales y del rol que desempeñan en nuestra sociedad, cabe mencionar que la Asesoría Tutelar General de la CABA, por medio de la Resolución AGT N°307/2019, cuenta con un “perro de terapia para asistencia judicial” llamado “Titán” que acompaña a los/las menores víctimas de algún delito y que deben brindar testimonio. Según especialistas la presencia de “Titán” en ese contexto contribuye a la reducción del nivel de estrés y mejora la calidad del relato.

Para concluir este trabajo, considero acertada la cita del Dr. Pedro David en cuanto señaló que

Pues bien, nunca el hombre se ha encontrado hasta aquí con una encrucijada histórica, donde su forma de vida en las sociedades más avanzadas económica y tecnológicamente está destruyendo el planeta, y con ello pone en riesgo su propia vida y las aguas, el clima, y la supervivencia de las especies. Por ese motivo, hoy, a través de valores de solidaridad y cuidados con la creación, ellos son extendidos, de manera imperativa, legalista y judicialmente, desde el plano internacional y en muchos países, a la mejor protección jurídica de aquellas especies como los orangutanes y bonobos, y delfines, y otras especies protegidas a las que hay que cuidar efectivamente desde las garantías de derechos propias de las personas. No en su totalidad de protección, sino en el modo y forma más efectivos de su propio cuidado y supervivencia.¹³

12. *Ibidem*.

13. P. David, “Nota sobre el caso de Sandra, sujeto de derecho no humano”, en revista *El Derecho Penal, El Derecho*, ISSN 1667-1805.

Por otra parte, debe repararse en que el derecho animal presenta algunas características propias, a saber, “i) Es un derecho nuevo; ii) Es autónomo, distinto del derecho tradicional; iii) Está compuesto por normas tanto de Derecho Privado como de Derecho Público; iv) Posee como objetivo principal el amparar y proteger el animal en su relación con el ser humano, protección manifestada en sus distintas formas y áreas; v) Es universal, pues sus principios generales son los mismos en todo el orbe, existiendo directrices tanto internacionales como nacionales”.¹⁴

En base a dichas características, resulta menester destacar que el ámbito del Derecho Animal “Permea y afecta áreas de derecho tradicional –incluyendo la responsabilidad contractual y extracontractual– y del Derecho Civil, Penal, Medioambiental, Administrativo, e incluso, el Constitucional”.¹⁵ Es decir, el Derecho Animal requiere un abordaje interdisciplinario, integral y complejo a partir de la interacción de diferentes ordenamientos jurídicos internos –distintas ramas dentro de un mismo sistema jurídico– y en constante relación con el derecho internacional aplicable a la materia.

Sin embargo, cabe aclarar que el Derecho Animal no resulta ser solamente interdisciplinario –en lo que respecta al derecho–, sino que es a su vez transdisciplinario. En este sentido, la doctrina plantea:

La ética, la historia cultural, la etología y la ciencia jurídica han generado una bibliografía de gran interés académico [...] Las deliberaciones sobre el deber moral, la evolución de los valores que rigen la visión del mundo en cada época, la investigación del comportamiento animal y las disposiciones acogidas por el ordenamiento legal, conforman un *corpus* de saberes cuya comprensión es imprescindible a los profesionales implicados en el desarrollo de nuevas formas de actuación institucional.¹⁶

14. M. J. Chible Villadangos, “Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho”, en *Ius et Praxis versión online*, ISSN 0718-0012, 2016, Vol. 22, N°2, pp. 3-4.

15. *Idem*, p. 13.

16. B. Baltasar (coord.), *El Derecho de los animales*, Madrid, Marcial Pons - Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, 2015, p. 18.

Además no deben dejarse de lado la zoología, las ciencias biológicas, incluso la teología. Todo lo cual demuestra el amplio espectro que abarca el estudio del Derecho Animal.

De tal modo, la legislación argentina en materia de Derecho Animal debe superar los escollos que fueron evidenciados durante este desarrollo y avanzar hacia el reconocimiento del animal como un sujeto –no humano– de derecho, por tratarse de un ser vivo sintiente y al que debe respetarse, y la consecuente garantía de sus derechos fundamentales –existencia, respecto, protección, etc.–. A tal fin, debe homogeneizarse la tutela del animal en todos los ordenamientos jurídicos internos y eliminar toda referencia al animal como un bien mueble, como un objeto, y comenzar a referirse a ellos como lo que realmente son, seres vivos y sintientes que merecen el mismo trato digno y respetuoso que cualquier otro ser vivo que habita esta tierra. Así pues, teniendo en cuenta que se trata de una materia que involucra diversas ramas del derecho, se debe efectuar un trabajo coordinado que logre regularizar la situación actual de incertidumbre e inconsistencia. Los avances en el derecho internacional y el derecho comunitario mencionados anteriormente se muestran como nortes a seguir e imponen la pronta respuesta de los Estados en la adaptación de sus ordenamientos internos.

Asimismo, esta propuesta puede llevar a la reflexión en torno a la posibilidad de que esta temática sea un nuevo capítulo del Derecho Ambiental como instrumento del desarrollo sustentable. Ello, toda vez que tanto los animales como los hombres forman parte de la naturaleza y ambos se relacionan en un contexto de biodiversidad. En esta inteligencia, debe repararse en la conservación de la diversidad biológica tal como surge del artículo 6 del Convenio sobre la Diversidad Biológica en cuanto establece:

Cada Parte Contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares: a) Elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes, que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en el presente Convenio que sean pertinentes para la Parte Contratante interesada; y b) Integrará, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la

utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales.

Es en esta dirección a la que apunta el artículo 41 de la Constitución Nacional argentina en cuanto establece que:

Todos 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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. *Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales* (el destacado es propio).

En esta misma inteligencia, el artículo 26 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé que “El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras”. Por su parte, el artículo 27 inc. 5) de la Carta Magna local expresa:

La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana. Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve: [...] 5. *La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos* (el destacado es propio).

Se han evidenciado algunos avances legislativos en este sentido en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el primer caso, la Ley 13.879/08 (Pcia. de Buenos Aires) que prohíbe la práctica de sacrificio de perros y gatos en todas las dependencias oficiales de todo el ámbito de la provincia, ello en sintonía con la mencionada Ley Nacional

14.346 –maltrato animal– y el citado art. 27 inc. 5 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el segundo caso, se encuentran en vigor las Leyes 1.446/04 (CABA) y 2.148/08 (CABA) que prohíben, respectivamente, la utilización de animales de todas las especies en circos y espectáculos similares, y la tracción a sangre en todo el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por lo tanto, el Derecho Animal involucra no solamente al derecho –y sus distintas ramas– sino que requiere de una actitud proactiva de parte de los Estados en términos de política ambiental. La tutela de los animales se extiende desde su consideración como sujetos de derecho y, por ende, el reconocimiento de derechos fundamentales referidos a ellos –muchos de los cuales coinciden con los reconocidos a los seres humanos–, hasta su identificación como parte indispensable de nuestra biodiversidad y del desarrollo sustentable.

Frente a esta situación se impone un cambio de paradigma a partir de la toma de conciencia de la relevancia de esta materia que exige esfuerzos mancomunados. En este sentido se expresa el maestro del derecho ambiental, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo L. Lorenzetti, cuando se refiere al “paradigma ambiental” como un metavalor. Al respecto, el jurista señala:

...lo que está cambiando es el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura. No es solo una nueva disciplina, como se suponía con las etapas anteriores, puesto que estamos ante una cuestión que incide en la etapa de planteamiento de las hipótesis, y es, fundamentalmente una mudanza epistemológica. Desde este punto de vista podemos decir que surge un problema descodificante porque impacta sobre el orden existente, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y es, por ello, profundamente herético. Se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia: abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición de que adopten nuevas características.¹⁷

17. R. L. Lorenzetti, *Teoría del Derecho Ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 1ª edición, 2008, p. 2.

De tal modo, la relación entre el Derecho Animal y el Derecho Ambiental no solo se presenta como evidente, sino también como necesaria. Al respecto, la doctrina considera que “Dentro la Constitución argentina de 1994, los animales se entienden incluidos dentro del concepto de medio ambiente así como dentro del concepto de patrimonio natural y evidentemente dentro del concepto de diversidad biológica [...] el medio ambiente es aquel que compartimos con los animales, y al ser beneficioso para nosotros su protección, lo es de igual forma para ellos”.¹⁸

Por lo tanto, ante este cambio de paradigma se impone una nueva perspectiva transversal a distintas áreas del derecho –interdisciplinariedad– y a diversas disciplinas y áreas del conocimiento –transdisciplinariedad– con el objeto de dar un abordaje acabado a las problemáticas que involucran al Derecho Ambiental y, en este contexto, el Derecho Animal, que comparte gran parte de las características enunciadas anteriormente, se consagra como un nuevo capítulo paradigmático del Derecho Ambiental.

Para cerrar este trabajo, resulta pertinente reflexionar en torno a que más allá de todas las dificultades que todavía deben superarse comparto la idea de que “...existen personas sensibles que están tomando conciencia y quieren contribuir a mejorar las leyes por los derechos de los animales no humanos en tanto *seres vivos y con capacidad de sentir y no meros productos de consumo*”.¹⁹

Bibliografía

- Baltasar, B. (coord.), *El derecho de los animales*, Madrid, Marcial Pons - Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, 2015.
- Basterra, M. (directora), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Edición Comentada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Jusbaire, 2016.

18. B. Baltasar (coord.), *El Derecho de los animales*, Madrid, Marcial Pons - Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, 2015, p. 207.

19. J. I. Sierra, “Derecho animal en la legislación de la República Argentina”, en *DA derecho ANIMAL*, p. 8 (disponible www.derechoanimal.info).

- Chible Villadangos, M. J., “Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho”, en *Ius et Praxis versión online*, ISSN 0718-0012, 2016, Vol. 22, N°2.
- David, P., “Nota sobre el caso de Sandra, sujeto de derecho no humano”, en revista *El Derecho Penal, El Derecho*, ISSN 1667-1805.
- Lorenzetti, R. L., *Teoría del Derecho Ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 1ª edición, 2008.
- Maraniello, P. (director), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- Nouët, J. C. y Coulon, J. M., *Les droits de l’animal*, Francia, Dalloz, 2º édition 2019.
- Sierra, J. I., “Derecho animal en la legislación de la República Argentina”, en *dA derecho ANIMAL*, p. 8 (disponible www.derechoanimal.info).

El Protocolo de Nagoya. La experiencia argentina

*Dra. Leila Devia**

Resumen

En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (CMDS) celebrada en 2002 en Johannesburgo, Sudáfrica, fue adoptado el “Plan de Implementación de Johannesburgo”, incluyendo diferentes referencias al acceso y participación en los beneficios de la diversidad biológica (ABS). Entre otras, la comunidad internacional llamó a la acción para negociar un régimen internacional para promover y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos¹ en el marco de la Convención de Diversidad Biológica (CDB), tomando en consideración las Directrices de Bonn.

El Protocolo de Nagoya es un acuerdo internacional adoptado en el marco de la Convención de Diversidad Biológica, que tiene como objetivo brindar un marco jurídico para la aplicación efectiva de uno de los tres objetivos que tiene dicho acuerdo.

* Doctora UBA; abogada especialista en régimen jurídico de los recursos naturales de la UBA, Doctora en Ciencias Jurídicas del Universidad del Salvador, docente de grado y posgrado de Derecho Ambiental (UBA), Universidad de Belgrano, UADE, USAL, UNSAM, ITBA, UCEMA; docente del Doctorado de la UBA y de la USAL; Titular de la cátedra de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente (UBA); Titular de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales de la carrera Franco Argentina de la USAL; profesora Titular de la Universidad de Belgrano; Profesora Visitante de la Universidad de Toulouse y Universidad París X. Realizó estudios de posgrado en Estados Unidos, Japón y Holanda. Directora del Centro Regional de Capacitación y Transferencia de Tecnología dependiente del Convenio de Basilea; coordinadora de Regulaciones Ambientales del Instituto Nacional de Tecnología Industrial; autora de numerosas publicaciones; experta revisora del Panel Intergubernamental de Cambio Climático de Naciones Unidas; leiladevia@derecho.uba.ar.

Se analizarán los temas de consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas, que por la entidad de los mismos suscitan un gran debate en cuanto a su naturaleza y su aplicación al derecho ambiental.

El Protocolo de Nagoya se aprobó mediante la Ley 27.246 y fue ratificado el 9 de diciembre de 2016.

En América Latina, se encuentran algunos de los precursores en la elaboración y puesta en práctica de medidas sobre ABS.

Recientemente, Argentina dictó la Resolución 410/2019. En dicha Resolución se establecen los requerimientos que deberán cumplirse para obtener la autorización de acceso a los recursos genéticos existentes.

La oportunidad para hacer frente al desafío de implementar el ABS a través de la Resolución 410/2019 es una primera aproximación para demostrar que el ABS no es solo un concepto abstracto sino un sistema que funciona y que realmente constituye un incentivo al uso sostenible de la biodiversidad y al desarrollo de capacidades y medios de vida en países en vías de desarrollo.

Palabras clave: Convenio de Diversidad Biológica, Protocolo de Nagoya, recursos genéticos y distribución de beneficios, consentimiento fundamentado previo, condiciones mutuamente acordadas, resol. 410/2019.

The Nagoya Protocol. The Argentine Experience

Abstract

The Nagoya Protocol on access to genetic resources and fair and equitable sharing of benefits United Nations World Summit on Sustainable Development (WSSD) was held in 2002 in Johannesburg, South Africa. “Johannesburg Implementation Plan” was adopted, including different references to access and sharing of benefits of biological diversity (ABS). Among others, the international community called for action to negotiate an international regime to promote fair and equitable sharing of the benefits derived from the use of genetic resources, within the framework of the Convention on Biological Diversity (CBD)

The Nagoya Protocol is an international agreement adopted within the Convention on Biological Diversity, which aims to provide a legal framework for the effective application of one of the three objectives of this

agreement. The issues of prior informed consent and mutually agreed terms will be analyzed.

The Nagoya Protocol was approved by Law 27.246 and it was ratified on December 9, 2016.

Recently, Argentina issued Resolution 410/2019. It establishes the requirements to obtain authorization on access to genetic resources. The challenge of implementing ABS through Resolution 410/2019 is an approach to show that ABS is not only an abstract concept, but a system that works and really constitutes an incentive to sustainable use of biodiversity and the development of capacities in developing countries.

Keywords: Nagoya Protocol, Biologic Diversity, Genetic Resources, Resol. 410/2019, Fundamented Consent.

I. Régimen internacional para el acceso y participación en los beneficios de la diversidad biológica (ABS)

En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (CMDS) celebrada en el 2002 en Johannesburgo, Sudáfrica, el “Plan de Implementación de Johannesburgo” fue adoptado, incluyendo diferentes referencias al acceso y participación en los beneficios de la diversidad biológica (ABS). Entre otras, la comunidad internacional llamó a la acción para negociar un régimen internacional para promover y salvaguardar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos¹ en el marco de la Convención de Diversidad Biológica (CDB), tomando en consideración las Directrices de Bonn.

La COP 7 del CDB (2004, Kuala Lumpur, Malasia) continuó esta convocatoria y dio el mandato al AHWG “con la colaboración del Grupo de Trabajo Especial de composición abierta sobre el Artículo 8 (j) y disposiciones conexas, el mandato de asegurar la plena participación de las comunidades indígenas y locales, de las organizaciones no gubernamentales, de la industria y de las instituciones científicas y académicas, así como de las organizaciones intergubernamentales para elaborar y negociar un régimen

1. Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Capítulo IV, párrafo 44 (o).

internacional sobre acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios con el fin de adoptar un instrumento/instrumentos con el fin de aplicar efectivamente las disposiciones del Artículo 15 y del Artículo 8 (j) del Convenio y los tres objetivos del Convenio”.²

De este modo, la COP 7 interpretó la llamada a la acción del CMDS en el contexto del CDB y amplió el mandato del AHWG enfocándose no solo en la participación en los beneficios, sino también en el tema de acceso. Además, la COP7 del CDB adoptó los términos de referencia del AHWG para la negociación del régimen internacional,³ los cuales se habían discutido durante la segunda reunión del AHWG (2003, Montreal). (Ver cuadro 1: Comprendiendo el Ámbito del Mandato).

Cuadro 1: Comprendiendo el Ámbito del Mandato

Según el Diccionario *Black's Law*, el término "régimen internacional" se puede definir como un conjunto de normas de conducta, reglas y políticas que cubren los asuntos internacionales y que facilita arreglos sustantivos o de procedimiento entre los países.

El mandato al AHWG para negociar un régimen internacional concedió a las Partes Contratantes la flexibilidad para explorar y negociar las diferentes opciones de ABS y componentes, incluyendo, pero no limitado, al desarrollo de:

- uno o más instrumentos;
- compuesto por medidas prácticas de política y legales;
- incluyendo un conjunto de medidas nuevas o un conjunto de nuevos elementos, en combinación con medidas existentes anteriormente;
- de carácter obligatorio o voluntario, o una mezcla de ambos;
- incluyendo disposiciones vinculantes o no vinculantes, o una combinación de ambos; y
- utilizando diversos enfoques y herramientas de ABS.

Fuente: Publicación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y UICN.

II. El Proceso de Negociación del Protocolo de Nagoya

El proceso de negociación en sí se inició con la tercera reunión (2005,

2. Véase el CDB COP 7 Decisión VII/19, Acceso y participación en los beneficios provenientes de los recursos genéticos (Artículo 15), D. 1.

3. *Idem*, Anexo.

Bangkok, Tailandia) y la cuarta (2006, Granada, España) del AHWG, donde las compilaciones del texto borrador se produjeron como base para futuras negociaciones. En la siguiente: Conferencia de las Partes del CDB, COP 8 (2006, Curitiba, Brasil), el AHWG recibió instrucciones de continuar con la elaboración y negociación del régimen internacional. Timothy Hodges de Canadá y Fernando Casas de Colombia fueron designados como co-presidentes del AHWG y se creó un grupo de expertos técnicos para explorar y elaborar la idea de un certificado de origen internacionalmente reconocido, certificado de fuente, o certificado de procedencia legal. Por otra parte, se le solicitó al AHWG que completara su trabajo lo antes posible antes de la COP 10.⁴ El establecer un plazo concreto para la finalización del proceso de negociación fue de importancia estratégica por varias razones: en primer lugar, proporcionó al AHWG una meta final hacia la cual estaba trabajando; en segundo lugar, aumentó la presión sobre las Partes Contratantes para avanzar en sus negociaciones; y, en tercer lugar, era importante ya que el Plan Estratégico para el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Plan Estratégico 2002-2010) llegaba a su finalización en ese momento.

En su quinta (2007, Montreal, Canadá) y sexta (2008, Ginebra, Suiza) reunión el AHWG se enfocó en los componentes principales del régimen internacional de ABS. Durante la reunión de Ginebra, se formó un grupo de contacto e hizo progresos, gracias a un procedimiento que separaba lo que los delegados acordaron que debería formar parte del régimen (los llamados ladrillos) y los elementos sobre los cuales sus acuerdos quedaron pendientes (llamados viñetas). Este método ayudó a tranquilizar a muchos de los delegados indicándoles que sus opiniones estaban siendo tomadas en cuenta, ayudó a edificar la confianza y permitió al grupo seguir adelante con su mandato general. Si bien las cuestiones claves como la naturaleza del régimen y su ámbito aún estaban pendientes de acuerdo, la sexta reunión del AHWG se consideró un paso importante hacia adelante en el proceso. El resultado fue un borrador de decisión para la COP 9 y un documento breve y conciso sobre el régimen internacional.

El documento de trabajo consistió en una compilación de propuestas sobre el objetivo, ámbito y la naturaleza del régimen, así como una lista de los componentes sobre los temas de participación justa y equitativa en los

4. Ver el CDB COP 8 decisión VIII/4, Acceso y participación en los beneficios, A.

beneficios, acceso a los recursos genéticos, la observancia, el conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos y la creación de capacidad. Los componentes correspondientes a cada tema se dividieron posteriormente en dos categorías: aquellos que “deberían seguir desarrollándose a fin de incorporarlos en el régimen internacional” (los ladrillos, acordados en un principio) y aquellos “para ser considerados” (las viñetas, no acordados o con necesidad de mayor clarificación).⁵

La COP 9 del CDB (2008, Bonn, Alemania) encomendó al AHWG “finalizar el régimen internacional y someterlo a la consideración y adopción de la Conferencia de las Partes en su décima reunión como un instrumento/instrumentos para aplicar efectivamente las disposiciones del Artículo 15 y el Artículo 8(j) del Convenio y sus tres objetivos”.⁶ Por otra parte, se adoptó el llamado Mandato de Bonn, un plan de trabajo de COP 9 a COP 10, que previó:

- a) Tres reuniones del AHWG, precedidas por reuniones regionales e inter-regionales.
- b) Instrucciones claras sobre las cuestiones en las que el texto operativo iba a ser desarrollado y negociado en cada reunión del AHWG.
- c) El establecimiento de grupos de expertos sobre a) cumplimiento; b) conceptos, términos, definiciones funcionales y enfoques sectoriales; y c) los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos con el fin de proporcionar asesoramiento jurídico y técnico.

De acuerdo con la Decisión IX/12, la séptima reunión del AHWG (2009, París, Francia) recibió el mandato de negociar un texto operativo sobre objetivo, ámbito, cumplimiento, participación justa y equitativa en los beneficios y acceso. Al final de la reunión, se desarrolló un texto con muchos corchetes, el “Anexo de París”, proporcionando el lenguaje borrador sobre la mayoría de los asuntos y estableció las preferencias de las Partes y puntos de divergencia. La reunión estuvo marcada por las disputas entre varios grupos regionales de negociación, que se acusaron mutuamente de convertir viñetas en ladrillos. Al final, estas discusiones llevaron a que el AHWG aboliera

5. Ver el Boletín de Negociaciones de la Tierra, el resumen del reporte del AHWG 6, en www.iisd.ca/download/pdf/enbo9416e.pdf.

6. Ver el CDB COP 9 Decisión IX/12, Acceso y participación en los beneficios, 3.

el enfoque de los ladrillos y viñetas.

La octava reunión del AHWG (2009, Montreal, Canadá) abordó las cuestiones relativas al conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos, creación de capacidad, cumplimiento, participación justa y equitativa en los beneficios y el acceso a los recursos genéticos. Se llevó a cabo consecuentemente con la sexta reunión del Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 (j), que adoptó y transmitió recomendaciones sobre el régimen internacional de ABS. Al final de la octava reunión del AHWG, se dio un importante paso hacia adelante en el proceso de negociación al adoptarse el “Anexo de Montreal”. Este Anexo incluyó por primera vez el borrador completo del régimen internacional incorporando un texto operativo sobre todos los elementos. Además, incluyó un segundo Anexo con puntos de discusión abierta del régimen para la siguiente reunión del AHWG.

A pesar de los considerables progresos realizados, el Anexo de Montreal contenía muchos corchetes. Con ello, se referencia que aún quedaban cuestiones importantes que debían ser trabajadas en posteriores reuniones.

Con menos de un año para la COP 10 del CDB, la presión sobre los negociadores aumentó. A fin de acelerar el proceso de negociación antes de la siguiente reunión del AHWG, se decidió convocar dos reuniones informales entre períodos de sesiones: la reunión de los Amigos de los co-presidentes de ABS, en Montreal, Canadá, en enero de 2010, y la Consulta Informal Inter-regional de los Copresidentes (CIIC) en Cali, Colombia, en marzo de 2010. Además, consultas regionales para Asia, países de América Latina y el Caribe, países de Europa Central y Oriental, el Pacífico y África se llevaron a cabo en colaboración con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Secretaría del CDB.

La novena reunión del AHWG se inició en Cali, Colombia, inmediatamente después del CIIC. Por primera vez en el proceso, un borrador de protocolo se presentó por los co-presidentes y fue adoptado por el AHWG como base para futuras negociaciones. Con solo siete meses para la COP 10 del CDB, esto se consideró necesario por razones de procedimiento. De acuerdo con el Artículo 28(3) del CDB, toda propuesta de protocolo al Convenio tiene que ser comunicada a las Partes Contratantes por la Secretaría, por lo menos seis meses antes de una reunión de la Conferencia de las Partes.

La adopción de este borrador de texto como base para las negociaciones futuras marcó el siguiente paso crucial en el camino hacia Nagoya, en el que se hizo una decisión implícita con respecto a la forma del acuerdo internacional: un protocolo bajo el CDB. Por otra parte, los co-presidentes

tes tomaron la decisión estratégica de establecer un Grupo de Negociación Interregional (ING), que trabajó en un formato de mesa redonda y consistía en un pequeño número de negociadores y observadores: cinco representantes por cada región de las Naciones Unidas; dos representantes de cada una de las comunidades indígenas y locales, la sociedad civil, la industria y la investigación pública; así como representantes de las Presidencias en curso (Alemania) y futura (Japón) de la COP. En formato y función, este método fue descrito como “el Ajuste Modificado de Viena”.⁷ Al final de la reunión en Cali, se hicieron varios avances sobre la participación en los beneficios sobre los derivados, así como sobre el establecimiento de un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente. Sin embargo, como las negociaciones basadas en textos no habían finalizado aún, se decidió suspender la novena reunión del AHWG y reanudar la reunión en julio en Montreal.

En la reanudación de la reunión, continuaron las negociaciones en el formato de ING. El resultado de varios días y sesiones nocturnas de discusiones y negociaciones fue un borrador de protocolo más avanzado con un entendimiento común sobre asuntos importantes relacionados con el cumplimiento, el acceso y participación en los beneficios, incluidos los derivados, así como sobre la relación con otros instrumentos internacionales. Sin embargo, eran necesarias consultas adicionales para el desarrollo de un borrador de protocolo a ser presentado en la COP 10. Esto llevó al AHWG a volver a convocar al ING en septiembre en Montreal, Canadá y en octubre en Nagoya, Japón. Dos días antes de la apertura de la COP 10, la reanudación de la novena reunión del AHWG aprobó un borrador de protocolo que no se había finalizado todavía, pero que estaba listo para ser transmitido a la Conferencia de las Partes para su consideración.

Las negociaciones continuaron a lo largo de las dos semanas de la COP 10 del CDB en Nagoya, Japón. Con el fin de facilitar las negociaciones de ABS, se estableció un Grupo Abierto de Consultas Oficiosas sobre ABS (ICG) en la primera sesión plenaria de la COP 10. El ICG fue presidido por los co-presidentes de AHWG, con el encargo de ofrecer los últimos detalles al texto

7. El término “ajuste de Viena” se remonta a las negociaciones del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del CDB. Aquí se introdujo para describir la disposición de una mesa de negociación hexagonal, con capacidad para el Presidente y los representantes de los cinco grupos de negociación, con otras delegaciones sentadas detrás.

del protocolo. Cuestiones claves sobre las que se requería un compromiso incluían la utilización y los derivados, el ámbito, el acceso a los recursos genéticos en situaciones de emergencia, la relación con otros instrumentos internacionales, puntos de control y requisitos de divulgación obligatoria, pero también temas relacionados con el conocimiento tradicional. Cuando se hizo evidente que el ICG no llegaría a un acuerdo sobre un texto final, un texto de compromiso fue presentado por la Presidencia japonesa de la COP como base de consultas oficiosas ministeriales. El “enfoque de puertas cerradas” se puso en contraste con el “enfoque basado en la propiedad”, el cual se tomó durante todo el proceso de negociación. Sin embargo, probó ser exitoso al final, por lo que el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica fue adoptado por la Decisión X/1 de la COP 10 el 29 de octubre de 2010.

Como el Protocolo de Nagoya fue parte de un paquete de negociación que comprende el Plan estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020, incluyendo la Metas de Aichi⁸ y la Estrategia para la Movilización de Recursos,⁹ su aprobación final no solo fue un logro importante para facilitar la futura implementación de ABS, sino también un paso necesario para salvaguardar la COP 10 del CDB y en general los procesos del CDB del fracaso. Además, el acuerdo sobre el Protocolo de Nagoya envió un mensaje importante a la comunidad internacional. Se demostró que a pesar del fracaso continuo en otros foros políticos (tal como el proceso de negociación bajo la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático), el multilateralismo internacional todavía puede funcionar.

III. Consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas. Sus efectos en el derecho ambiental

En este punto se analizarán los temas de consentimiento fundamenta-

8. Véase el CDB COP 10 Decisión X / 2, el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y las Metas de Aichi para la Diversidad Biológica.

9. Véase CDB COP 9 Decisión IX/11, Examen de la implementación de los Artículos 20 y 21, y el CDB COP 10 Decisión X/3, Estrategia para la movilización de recursos en apoyo del logro de los tres objetivos del Convenio.

do previo y condiciones mutuamente acordadas, que por la entidad de los mismos suscitan un gran debate en cuanto a su naturaleza y su aplicación al derecho ambiental.

1. Condiciones Mutuamente Acordadas

El Artículo 5(1) confirma que la participación en los beneficios se basa en condiciones mutuamente acordadas (CMA), según lo establecido en el CDB.

Las CMA constituyen el acuerdo alcanzado entre los proveedores y usuarios de recursos genéticos sobre las condiciones de utilización de los recursos y la forma como se hará la participación en los beneficios. Por ejemplo, las CMA pueden abarcar las condiciones, obligaciones, procedimientos, tipos, plazos, distribución y mecanismos para compartir los beneficios, con las Directrices de Bonn y el Protocolo de Nagoya conteniendo orientación a este respecto. En general, las negociaciones para CMA se han concebido como procesos que se llevan a cabo conjuntamente con el proceso del CFP, aunque este no es necesariamente el caso. Las CMA pueden ser negociadas más adelante, incluyendo la utilización prevista o efectiva de los recursos genéticos o el logro de ciertas investigaciones, desarrollos o hitos de la comercialización.

Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.

El Párrafo 2 del Artículo 5 se centra en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos que están en manos de comunidades indígenas y locales. El reconocimiento explícito de que las comunidades indígenas y locales pueden ser titulares de derechos en lo que respecta a los recursos genéticos se ha considerado progresista en el contexto del Protocolo de Nagoya (Bavikatte y Robinson, 2011, p. 35). Las comunidades indígenas y locales han criticado mucho el CDB por reconocer solo a los Estados como soberanos sobre los recursos genéticos, haciendo caso omiso de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas en los mismos territorios

(Harry y Kanehe, 2005). Las Directrices de Bonn llegaron tan solo a pedir el respeto de los derechos legítimos de las comunidades “asociados a los recursos genéticos a los que se gana el acceso” (Párrafo 31). Sin embargo, la referencia en las Directrices de Bonn sobre la necesidad de respetar “los derechos legítimos de las comunidades indígenas y locales” proporcionó el reconocimiento de que esos derechos existen, allanando el camino para un lenguaje más fuerte en el Protocolo de Nagoya. Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (adoptada en el 2007) reconoce los “derechos inherentes” de los pueblos indígenas, en particular en relación a sus tierras, territorios y recursos. Integrar estos derechos en el Protocolo de Nagoya y proporcionar substancia y significado a las disposiciones del CDB sobre estos temas, sigue este espíritu.¹⁰

Sin embargo, el texto del Artículo 5(2) tiene menos fortaleza que el Artículo 5(1). El Artículo 5(1) obliga a la participación en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. El Artículo 5(2) se refiere a “medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar” la participación justa y equitativa en los beneficios. Además, el Artículo 5(2) se refiere a los recursos genéticos conservados por las comunidades indígenas y locales “de conformidad con las leyes nacionales” con respecto a los “derechos establecidos” de estas comunidades sobre los recursos genéticos. Los requisitos para la participación en los beneficios, en el caso de los recursos genéticos conservados por comunidades indígenas y locales, se vinculan con la legislación interna y el reconocimiento de sus derechos sobre los recursos genéticos. La cuestión que se plantea, sin embargo, es si en este contexto, la referencia a “de conformidad con las leyes nacionales” sugiere un enfoque del papel facilitador del Estado implementando los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre los recursos genéticos, y no en su determinación de estos derechos. Un argumento a favor de la primera interpretación podría ser que, durante las negociaciones del Protocolo de Nagoya, el término “de conformidad con las leyes nacionales” fue visto como menos restrictivo que “con sujeción a la legislación

10. Buck y Hamilton también anotaron que el reconocimiento en el Protocolo de Nagoya de que las comunidades indígenas y locales tienen derechos sobre los recursos genéticos es el resultado de los acontecimientos recientes en el discurso de los derechos de los pueblos indígenas. Véase Buck y Hamilton, 2011: 48.

nacional”, una fórmula utilizada en el Artículo 8(j) del CDB.

El Párrafo 3 del Artículo 5 reanuda la discusión de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos de manera más general, incorporando referencias a medidas legislativas, administrativas o de política como posibles enfoques para la implementación de las obligaciones establecidas en el Párrafo 1. Al igual que en el Artículo 15(7) del CDB, que exige a todas las Partes tomar medidas con el objeto de la participación justa y equitativa en los beneficios, la obligación establecida en el Artículo 5(3) del Protocolo de Nagoya se extiende no solo a los países que dan acceso a los recursos genéticos, sino también a los países donde se lleva a cabo la investigación relacionada con la biodiversidad, el desarrollo y comercialización. Como resultado de lo anterior, el Artículo 5(3) está estrechamente vinculado con otras disposiciones del Protocolo de Nagoya sobre el avance del cumplimiento de los requisitos de ABS, incluidos los Artículos 15, 16 y 17.

El Artículo 5 contiene referencias sobre “según proceda” en los Párrafos 2, 3 y 5. El uso del término era una fuente de discordia en las negociaciones del Protocolo de Nagoya, ya que algunos países lo entienden en el sentido de que las obligaciones de los Estados de adoptar medidas para garantizar la participación en los beneficios no son obligatorias. En los tres casos, “según proceda” se refiere a las obligaciones de las Partes a tomar medidas. Vale la pena subrayarlo, en particular en relación con el Artículo 5(5), ya que no hay posibilidad de que tal calificación pueda afectar el reconocimiento de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y locales. Sin embargo, la interpretación más verosímil es que el término no se refiere al carácter opcional de las medidas de participación en los beneficios, lo que sería extraño en un documento jurídicamente vinculante con la participación justa y equitativa en los beneficios como su objetivo.

Más bien, la referencia a “según proceda” implica que las Partes tienen la libertad de elegir las medidas, es decir, para escoger las “apropiadas”, para la implementación de la participación en los beneficios.

El Protocolo de Nagoya, a través del Artículo 5(4), reconoce expresamente que puede haber tanto beneficios monetarios como no monetarios derivados de la utilización de los recursos genéticos. El Párrafo 4 también hace referencia al Anexo del Protocolo, el cual contiene una lista indicativa de los beneficios monetarios y no monetarios, tomado del Apéndice II de las Directrices de Bonn. El Artículo 15 del CDB cubre los beneficios monetarios y no monetarios. En particular, tomó nota de los beneficios a ser compar-

tidos como los resultados de la investigación y el desarrollo, y los que se derivan de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos. El Artículo 15 también hace referencia a los Artículos 16 y 19 del CDB, sobre la transferencia de la tecnología y los beneficios derivados de la utilización biotecnológica de los recursos genéticos. La referencia a los beneficios monetarios y no monetarios en este Párrafo, así como la lista extensa y diversa de posibles beneficios en el Anexo sobre el tema, se destacan en las diferentes formas en que la investigación, el desarrollo y la comercialización relacionada con los recursos genéticos puede ser negociada y estructurada para la participación justa y equitativa en los beneficios. Es importante tomar nota de que muchos de los beneficios no financieros que figuran en el Anexo son más directos y disponibles de inmediato, a largo plazo, y –lo que es importante– adecuados para contribuir con la conservación. En este sentido, el Párrafo 4 del Artículo 5 también está estrechamente relacionado con el Artículo 9 del Protocolo, que hace hincapié en la relación entre los beneficios y la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de sus componentes. Además, los beneficios no monetarios son importantes para tratar de definir escenarios en los que “todos ganan”. Ellos son particularmente adecuados para la aplicación del principio de “alto valor para el proveedor, bajo costo marginal para el usuario”. Por ejemplo, el intercambio de información sobre cuestiones tales como la presencia de especies invasoras o la pesca ilegal en áreas remotas de una reserva marina, fácil de evaluar para los investigadores, pueden ser de gran utilidad para las autoridades locales que supervisan esa evolución.

Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

Junto con el Artículo 7, el Artículo 5(5) constituye la disposición principal del Protocolo de Nagoya sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Las dos disposiciones, por lo tanto, deben ser consideradas e interpretadas en forma conjunta. El Artículo 5(5) aborda la obligación de las Partes de garantizar la participación en los beneficios con comunidades indígenas y locales, en base a CMA, cuando se utiliza el conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos en su poder.

El Artículo 5(5) –junto con el Artículo 7– confirma indirectamente que, bajo el Protocolo, el conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos resta en las comunidades indígenas y locales que han generado dichos conocimientos. Esta conclusión se desprende del Protocolo solo tomando en cuenta la participación en los beneficios con las comunidades indígenas y locales en el contexto de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, y no con las Partes. Aunque el Preámbulo reconoce “circunstancias únicas” en las que se perciben los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos como un amplio patrimonio nacional, tales circunstancias no están contempladas en las disposiciones operativas del Protocolo de Nagoya, incluidas aquellas relacionadas con los requisitos de acceso y la participación en los beneficios. Por lo tanto, parece que el Artículo 5(5) del Protocolo solo se refiere a los conocimientos tradicionales que pueden ser identificados como pertenecientes a una o más comunidades indígenas y locales identificadas.

Al igual que en el Artículo 5(1), este párrafo confirma que la participación en los beneficios se basa en CMA. Es decir, las condiciones, obligaciones, procedimientos, tipos, plazos, distribución y mecanismos de participación de beneficios deben ser acordados conjuntamente por los proveedores y usuarios de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Generalmente, estas negociaciones se llevan a cabo junto con el proceso de CFP, pero –como en el caso de la utilización de recursos genéticos– esto no es siempre o necesariamente el caso.

De hecho, el grado en que los requisitos de acceso y participación en los beneficios se conectan es un problema, especialmente en lo que respecta a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos relacionados con el ámbito temporal del Protocolo de Nagoya. Se ha señalado que las disposiciones de acceso en el Protocolo se formulan de una manera que sugieren que solo se aplican a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos accedidos desde la entrada en vigor del Protocolo. También se ha argumentado, sin embargo, que a partir de esta conclusión se deduce naturalmente que lo mismo se aplica a las disposiciones de participación en los beneficios (Buck y Hamilton, 2011: 57). Sin embargo, ese no es necesariamente el caso. Es cierto que en ausencia de una disposición expresa en este sentido, el Protocolo no se puede interpretar como que tiene un efecto retroactivo, en cuanto a que ha de haber beneficios también en relación con el uso pasado. Sin embargo, es un asunto diferente

si los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos han sido accedidos antes del Protocolo de Nagoya, pero su utilización sigue después de que el Protocolo ha entrado en vigor. Nada en el texto del Artículo 5(5) sugiere que la disposición no se aplicará en estos casos.

2. Beneficios Monetarios y No Monetarios

Finalmente, vale la pena anotar que, a pesar de la secuencia de los párrafos, tanto los beneficios monetarios como los no monetarios son relevantes en situaciones que incluyen los derechos, el conocimiento y las prácticas de comunidades indígenas y locales. De manera similar, existe una serie de medidas que las Partes, tanto proveedoras como usuarias de recursos genéticos, pueden adoptar para la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

3. Los términos “conocimientos tradicionales” y “Comunidades Indígenas Locales”

“El conocimiento tradicional” no es un término técnico. Actualmente no existe una definición formal legal del término, de igual modo que tampoco está contemplado en el CDB. En las negociaciones sobre el Protocolo de Nagoya, algunas delegaciones argumentaron que debería incluir una definición formal de los conocimientos tradicionales con el fin de definir claramente los límites del objeto de la protección. Otros sostenían que el término se explicaba por sí mismo suficientemente a los efectos del Protocolo, en particular en el contexto del Artículo 8(j) del CDB. Esta última posición prevaleció. Dada la falta de una definición del término “conocimientos tradicionales” en el Protocolo, se debe entender bajo la luz del Artículo 8(j) del CDB.

Esto sugiere que el Protocolo, en términos generales, se refiere a los conocimientos asociados a los recursos genéticos desarrollados por comunidades indígenas y locales en un contexto cultural a través de sus estilos de vida tradicionales (véanse también las propuestas para una definición de los conocimientos tradicionales realizados en las negociaciones sobre el Instrumento Borrador de los Conocimientos Tradicionales de la OMPI). Por otra parte, cabe destacar que el conocimiento no tiene por qué ser viejo para calificar como tradicional. En cambio, el término “tradicional” se refiere al

contexto en el que se generó el conocimiento y no cuándo se generó.

Al igual que en el propio CDB, el Protocolo de Nagoya, incluido el Artículo 5(5), une “pueblos indígenas” y “comunidades locales” bajo el título “comunidades indígenas y locales”. Aunque el uso del término “comunidades indígenas y locales” se ajusta a la práctica habitual del CDB, el hacerlo puede no necesariamente estar exento de complicaciones. Si bien en el derecho internacional parte de la doctrina reconoce a los pueblos indígenas como sujetos diferentes de derecho y, por ende, los pueblos indígenas gozan de ciertos derechos a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos internacionales originados en fuentes jurídicas distintas del Protocolo de Nagoya, existen en curso debates sobre la naturaleza exacta y el alcance de esos derechos. Las “comunidades locales”, por otro lado, no están sujetas al derecho internacional para fines legales y, por lo tanto, no pueden beneficiarse de las obligaciones jurídicas internacionales. Por consiguiente, en relación con las comunidades locales, el Protocolo de Nagoya debe llevarse a cabo sin consideración de fuentes internacionales legales pertinentes para los pueblos indígenas. El Protocolo debe, por supuesto, tener interacción con las constituciones y leyes nacionales que reconocen y adjudican los derechos a las comunidades locales. Sin embargo, como los pueblos indígenas tienen derechos subyacentes a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en virtud del derecho internacional, mientras que las comunidades locales tienen tales derechos únicamente en lo que corresponde al derecho interno, las disposiciones del Protocolo de Nagoya que se refieren a las comunidades indígenas y locales se pueden aplicar de forma diferente para los pueblos indígenas y las comunidades locales.¹¹

El artículo 6 del Protocolo contempla el concepto de consentimiento fundamentado previo estableciendo el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, y sujeto a la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios, el acceso a los recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos ge-

11. COP Decisión VII/19 D, Régimen Internacional sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación en los Beneficios. Véase Buck y Hamilton 2011, 48-55.

néticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.

Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos.

De conformidad con el párrafo 1 *supra*, cada Parte que requiera consentimiento fundamentado previo adoptará las medidas legislativas, administrativas o de políticas necesarias, según proceda, para:

- (a) Proporcionar seguridad jurídica, claridad y transparencia en su legislación o requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios.
- (b) Proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos.
- (c) Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo.
- (d) Conceder una decisión por escrito clara y transparente de una autoridad nacional competente, de manera eficiente en relación con los costos y dentro de un plazo razonable.
- (e) Disponer que se emita al momento del acceso un permiso o su equivalente como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas, y notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios.
- (f) Según proceda y sujeto a la legislación nacional, establecer criterios y/o procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos.
- (g) Establecer normas y procedimientos claros para requerir y establecer condiciones mutuamente acordadas.

Dichas condiciones se establecerán por escrito y pueden incluir, entre otros elementos:

- (i) Una cláusula sobre resolución de controversias.
- (ii) Condiciones sobre participación en los beneficios, incluso en relación

con los derechos de propiedad intelectual.

- (iii) Condiciones para la utilización subsiguiente por un tercero, si la hubiera.
- (iv) Condiciones sobre cambio en la intención, cuando proceda.

Antes del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), los recursos genéticos eran considerados de libre acceso, sin la obligación por parte de los usuarios de compartir los beneficios con los países proveedores. El CDB cambió esa percepción mediante la confirmación de que estos recursos se encontraban bajo la soberanía territorial de los distintos países donde fueron encontrados (Preámbulo y Artículos 3 y 15(1) del CDB). Esto implica que los Estados tienen el derecho de determinar las normas y condiciones para el acceso a los recursos genéticos de acuerdo con sus leyes nacionales, incluyendo, si existe, la legislación de acceso y la participación en los beneficios (ABS). El CDB también restringió el acceso a los recursos genéticos con el consentimiento fundamentado previo (CFP) de la Parte que proporciona los recursos, a menos que esa Parte determine lo contrario, Artículo 15(5), y las condiciones mutuamente acordadas (CMA), Artículo 15(4). Esto requiere que los Estados que aportan recursos genéticos faciliten el acceso y no impongan restricciones contrarias a sus objetivos, Artículo 15(2). A cambio del acceso, los usuarios de los recursos genéticos tienen la obligación de compartir los beneficios con los proveedores, Artículo 15(7). Los recursos genéticos dentro del ámbito del CDB no pueden ser tratados *per se* como de libre acceso. El CDB define su ámbito de aplicación en el Artículo 15(3) a los recursos genéticos proporcionados por una Parte Contratante que sea un país de origen de esos recursos, o una Parte que ha adquirido esos recursos de conformidad con el CDB.

El CDB se convirtió así en el primer instrumento internacional que: reconoció los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos genéticos dentro de sus jurisdicciones; reconoció la autoridad de los Estados derivada de los derechos de soberanía para regular y controlar el acceso; aclaró el vínculo entre los derechos soberanos y el acceso a los recursos genéticos; y estableció el principio de la participación en los beneficios.

El Artículo 6 del Protocolo de Nagoya sobre todo se basa en los distintos elementos del Artículo 15 del CDB (en los Párrafos 1, 2, 3 y 5) que tienen que ver con el estado de los recursos genéticos y las condiciones/requisitos de acceso. El Artículo 6 es la disposición fundamental que aborda el acceso a los recursos genéticos en el Protocolo. Estipula los derechos y obligaciones

de los proveedores al momento de regular el acceso a los recursos genéticos.

El Párrafo 1 reafirma el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales y, por consiguiente, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos de acuerdo con las legislaciones nacionales de ABS y los requisitos reglamentarios, y sujeto al CFP de la Parte que proporciona los recursos. En el Párrafo 2 se introduce un nuevo escenario, que no existía en el derecho internacional de acceso antes del Protocolo de Nagoya: el derecho de las comunidades indígenas y locales a determinar el acceso a los recursos genéticos, donde ellas tengan establecido el derecho para permitir el acceso a dichos recursos. Por último, el Párrafo 3, que contiene siete apartados, presenta una lista de medidas que las Partes que proporcionan los recursos genéticos deben tomar, sujetos a los requisitos del CFP. En el marco del CDB, no se previeron medidas concretas para facilitar el acceso a los recursos genéticos para impedir la imposición de restricciones contrarias a los objetivos, según lo previsto en el Artículo 15(2) del CDB. Las medidas previstas en el Artículo 6(3) del Protocolo de Nagoya pueden ser vistas como una manera de hacer más concreto el Artículo 15(2) del CDB.¹²

En el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, y sujeto a la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios, el acceso a los recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.

El Párrafo 1 reafirma los derechos soberanos de los Estados sobre los recursos naturales. Sobre la base de estos derechos, los Estados tienen la autoridad para regular y controlar el acceso a los recursos genéticos sujetos a sus legislaciones nacionales de ABS o los requisitos reglamentarios.

4. Consentimiento Fundamentado Previo

El Artículo 6(1) del Protocolo de Nagoya establece que el acceso a los recursos genéticos para su utilización está sujeto al CFP de la Parte que proporciona los recursos, a menos que esa Parte determine lo contrario. La

12. Ver CDB COP 7 Decisión VII/19, Documento UNEP/CBD/COP/DEC/VII/19.

formulación “sujeto al consentimiento fundamentado previo” parece dar a entender que el acceso requiere CFP, que es el permiso otorgado por la Parte que proporciona los recursos genéticos a un usuario antes del acceso.

El concepto de CFP se originó en la década de 1980 cuando la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura promovió el Código Internacional de Conducta para la Participación y Utilización de Pesticidas.¹³ Este se basa en el principio de que antes de una actividad de riesgo, los afectados y los autorizados para tomar decisiones deben estar informados en detalle sobre los riesgos potenciales, a fin de poder tomar una decisión plenamente informada. En este sentido, se utiliza para proteger a los Estados importadores de los peligros ambientales y de salud. En el marco del CDB, el concepto ha sido utilizado de manera diferente. En primer lugar, está destinado a proteger a la Parte que proporciona los recursos genéticos y no al que los adquiere. En otras palabras, el riesgo abordado por el CFP en el contexto del CDB es la inseguridad jurídica. En segundo lugar, precede el consentimiento para el acceso a los recursos genéticos y su posterior exportación por la Parte proveedora. Para ello, el país proveedor (representado por su autoridad nacional competente) debe ser informado de antemano y en detalle sobre la investigación planificada o actividad de bioprospección (es decir, la actividad de acceso). Es sobre la base de la información que un usuario potencial aporta sobre la que la Parte proveedora toma una decisión sobre si se debe o no permitir el acceso.

En la práctica, la Parte proveedora certifica su CFP mediante la expedición de un permiso de acceso. La expedición de un permiso o su equivalente se convierte en un requisito obligatorio en virtud del Protocolo de Nagoya, donde el acceso está sujeto al CFP, Artículo 6(3) (e). La forma, extensión y procedimiento en el cual se debe obtener el CFP se rige por las normas nacionales de acceso. Esto puede requerir que el CFP se pueda obtener también de otras partes interesadas, por ejemplo, las comunidades indígenas y locales, si se solicita el acceso a los recursos genéticos de los cuales las comunidades indígenas y locales tienen el derecho establecido para permitir el acceso a los recursos genéticos –véase el Artículo 6(2)– o al conocimiento tradicional asociado con los recursos genéticos –véase el Artículo 7–. En el

13. Ver. www.pan-uk.org/archive/Internat/IPMinDC/pmn5.pdf (Documento electrónico en línea, fecha de acceso. 15-03-15).

año 2002 las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización (Directrices de Bonn) listan y elaboran posibles elementos para el CFP en los Párrafos 27 a 40.

5. La “condicionalidad” del CFP

Sin embargo, es importante señalar que el Párrafo 1 deja en manos de la Parte proveedora el decidir si se requerirá o no el CFP. De conformidad con el Artículo 15(5) del CDB, el Artículo 6(1) del Protocolo de Nagoya establece: “...el acceso está sujeto al consentimiento fundamentado previo [...] a menos que se determine lo contrario por esa Parte”. Esto le da al Estado varias opciones:

5.1. Exigir el CFP en todos los casos de acceso.

5.2. Exigir el CFP para el acceso de ciertos tipos de recursos genéticos.

5.3. Exigir el CFP para el acceso a los recursos genéticos para fines particulares.

5.4. Eximir totalmente del CFP a todos los casos de acceso (una de las Partes podría renunciar al CFP, pero requiere de una notificación de acceso).

La dificultad surge cuando el Estado es silencioso en lo que respecta a los requisitos de acceso –es decir, cuando no se indica expresamente si el CFP del Estado se requiere–. Una lectura del Párrafo 1 sugiere que el CFP es obligatorio, salvo exoneración por la Parte pertinente. De hecho, en un momento del proceso de negociación, la opción para esta cláusula era “al menos que una Parte renuncie a su derecho soberano a través de una decisión nacional publicada en el Centro de Intercambio de Información de ABS”. En base a esto, hay una indicación que la intención de los negociadores era llegar a la conclusión de que mientras un país no declara claramente que el CFP no es necesario, se debe suponer que el CFP se requiere. Sin embargo, algunos países –comúnmente los países industrializados– tradicionalmente no han regulado el acceso a los recursos genéticos. La suposición general de

que se puede acceder a los recursos genéticos en dichos países sin necesidad de consultar a las autoridades del Estado es arriesgada. De hecho, puede que no sea claro por qué un determinado país no regula el acceso. Por ejemplo, el silencio sobre este tema podría indicar que el país aún no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Artículo 6 (Koester, 2012). En cualquier caso, la entidad que requiera el acceso a los recursos genéticos debería adoptar un enfoque cauteloso similar a los casos de silencio, es decir, se debe suponer que el CFP es necesario, a menos que la Parte que lo proporcione claramente ha renunciado a su derecho de CFP bajo el Artículo 6(1) del Protocolo. Algunos usuarios, como la industria pesquera, incluso consideran prudente confirmar con el punto focal nacional donde el CFP ha sido objeto de renuncia (Asociación para la Comercialización Acuática Ornamental Ltd., 2011).

IV. Implementación en Argentina

El Protocolo de Nagoya es un acuerdo internacional adoptado en el marco de la Convención de Diversidad Biológica, que tiene como objetivo brindar un marco jurídico para la aplicación efectiva de uno de los tres objetivos que tiene dicho acuerdo, “la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven en la utilización de recursos genéticos”.

El conjunto de principios y obligaciones básicas en materias de ABS debe ser implementado por los países a través de leyes, decretos o reglamentos. Es decir, son estas normas nacionales las que definen, sobre la base del Protocolo de Nagoya, la puesta en marcha del sistema de ABS.

En el caso de la República Argentina, el artículo 41 de la Constitución Nacional consagra que las autoridades deberán proveer a la utilización racional de los recursos naturales y a la preservación de la diversidad biológica.

La República Argentina es Parte desde el 20 de febrero de 1995 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado mediante la Ley N°24.375 y ratificado el 22 de noviembre de 1994.

Nuestro país es Parte desde el 15 de agosto de 2016 del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, aprobado mediante la Ley N°27.182 y ratificado el 13 de mayo de 2016, el que tiene por objetivos la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía

con el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Asimismo, es Parte desde el 9 de marzo de 2017 del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en adelante el Protocolo de Nagoya, aprobado mediante la Ley 27.246 y ratificado el 9 de diciembre de 2016.

En América Latina, se encuentran algunos de los precursores en la elaboración y puesta en práctica de medidas sobre ABS.

Recientemente, Argentina dictó la Resolución 410/2019. En dicha Resolución se establecen los requerimientos que deberán cumplirse para obtener la autorización de acceso a los recursos genéticos existentes. Se designa a la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable como autoridad de aplicación de la norma y como punto de verificación para recibir información pertinente relacionada con las autorizaciones de acceso, el consentimiento fundamentado previo, con la fuente del recurso genético, con el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas y/o con la utilización de recursos genéticos, según corresponda.

Se crea, en el ámbito de la autoridad de aplicación, la Mesa Nacional de Monitoreo de Recursos Genéticos, que será un ámbito de coordinación y articulación interinstitucional para apoyar el cumplimiento y aumentar la transparencia.

La oportunidad para hacer frente al desafío de implementar el ABS a través de la Resolución 410/2019 es una primera aproximación para demostrar que el ABS no es solo un concepto abstracto sino un sistema que funciona y que realmente constituye un incentivo al uso sostenible de la biodiversidad y al desarrollo de capacidades y medios de vida en países en vías de desarrollo.

Bibliografía

- Andersen, R., M. W. Tvedt, O. K. Fauchald, T. Winge, K. Rosendal, y P. J. Schei, *International Agreements and Processes Affecting an International Regime on Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity: Implications for its Scope and Possibilities of a Sectoral Approach*. Lysaker, Norway, Fridjof Nansen Institute, 2010.
- Bavikatte, K., y D. F. Robinson, “Towards a People’s History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing”, en *Law, Environment and Development Journal* 7 (1):

35-51, 2011.

Cabrera Medaglia, J., F. Perron-Welch, y O. Rukundo, *Overview of National and Regional Measures on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing: Challenges and Opportunities in Implementing the Nagoya Protocol*. Montreal, Centre for International Sustainable Development Law, 2011.

IUCN (International Union for Conservation of Nature), *Access and Benefit Sharing, Position Paper for the Tenth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity*. Gland, Switzerland, 2010.

UNEP (United Nations Environment Programme), *UNEP Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*. Nairobi, Division of Environmental Conventions. Chapter II: Enforcement of MEAs, 2006.

El Acuerdo de París. Fortalezas y desafíos de la acción climática

María Eugenia Di Paola *

Resumen

El Acuerdo de París significó un hito de importancia a fines del año 2015. En los años subsiguientes diversos ámbitos formales e informales han continuado la ruta hacia su implementación. No obstante, los esfuerzos existentes no resultan aún suficientes para evitar que la temperatura aumente más de 1,5 °C. El presente artículo se propone tratar algunas herramientas presentes en diversas fuentes internacionales y regionales, para poder contribuir a la aceleración de la acción climática, elevar su ambición y responder al llamado concreto de implementación de la agenda intergeneracional que hoy se plasma en la voz de los y las jóvenes del mundo.

Palabras clave: Acuerdo de París, Agenda 2030, multilateralismo inclusivo, IPCC, CIDH, Relator de Derechos Humanos y Ambiente.

* Coordinadora de Ambiente y Desarrollo Sostenible - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en Argentina. Profesora Adjunta Facultad de Derecho, UBA; mariadipaola@derecho.uba.ar. Agradezco a Melisa Ciurciolo, Carolina Robles y Daniel Ryan sus contribuciones en la revisión del presente artículo. El análisis y las recomendaciones de políticas de esta publicación no reflejan necesariamente las opiniones del Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), de su Junta Directiva o de sus Estados miembros.

The Paris Agreement. Strengths and Challenges for Climate Action

Abstract

The Paris Agreement was an important milestone at the end of 2015. After its signature, different formal and informal mechanisms have been working on its implementation. Nevertheless, current commitments are not enough to avoid the raising of temperature more than 1.5 °C. This article analyzes some existing tools from international and regional sources, in order to contribute to accelerate climate action, raise its ambition and respond to the call for an inter-generational agenda that is being expressed by youth movements.

Keywords: Paris Agreement, 2030 Agenda, Inclusive Multilateralism, IPCC, IPBES, IACHR, Rapporteur on Human Rights and Environment, Youth.

I. Introducción

El Acuerdo de París significó un hito de importancia a fines del año 2015, cuando su concreción fue parte del eco del *Momentum* clave de ese año en el cual se adoptó el Marco de Sendai para la Reducción de Riesgos de Desastres, el papa Francisco presentó la Encíclica *Laudato Si'* para el cuidado de la casa común, se realizó la cumbre de Addis Abeba para el financiamiento del Desarrollo Sostenible y se aprobó en la Asamblea General de Naciones Unidas la llamada Agenda 2030, que congrega diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible en pos de las personas, el planeta, la paz, la prosperidad y las alianzas intersectoriales.

En los años subsiguientes diversos ámbitos formales e informales han continuado la ruta hacia la implementación del Acuerdo de París, ya sea a través de las Contribuciones Nacionales Determinadas presentadas por sus Estados parte, como también mediante los compromisos de carbono-neutralidad de diversas ciudades en el mundo, y los aportes realizados por sectores no gubernamentales o empresas en tal sentido. Asimismo, tanto el IPCC como el IPBES han presentado a lo largo de los últimos años diversos informes que alertan y señalan la necesidad de promover un cambio de paradigma hacia el desarrollo sostenible, teniendo en cuenta que los escenarios que superen el 1,5

°C conllevarían impactos de señalada magnitud, así como también que resulta necesario trabajar en soluciones basadas en la naturaleza para hacer frente al desafío actual. En este contexto de necesidad de actuar en forma adecuada, a tiempo y con la profundidad requerida, la situación interpela a todos, estados, empresas, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, instituciones educativas, y a cada uno de los ciudadanos y ciudadanas del mundo, en cada una de sus capacidades, a generar un cambio paradigmático. El presente artículo se propone tratar algunas herramientas presentes en diversas fuentes del derecho internacional y regional, como también aportes específicos del ámbito de la comunidad científica para poder contribuir a la aceleración de la acción climática, elevar su ambición y acompañar y responder al llamado concreto de implementación de la agenda intergeneracional que hoy se plasma en la voz de los y las jóvenes del mundo.

II. El Acuerdo de París y la Agenda 2030

La Agenda 2030 tiene como objetivo hacer real la lucha contra la pobreza y la construcción del desarrollo sostenible considerando la inclusión social, la protección ambiental y el crecimiento económico. Consta de diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y ciento sesenta y nueve metas asociadas, y ha sido construida teniendo en cuenta la experiencia forjada en relación con los previos Objetivos de Desarrollo del Milenio, planteando una versión integral y universal.

OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE



En relación a la política climática, es importante señalar que el Objetivo de Desarrollo Sostenible 13, de Acción por el Clima, plantea especialmente en su texto “...adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos”, y, en tal sentido, reconoce que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), que fue celebrada en el año 1992, es el principal foro intergubernamental internacional para negociar la respuesta mundial al cambio climático. En este contexto se inscribe entonces el Acuerdo de París (AP) que estableció en el año 2015 en sus objetivos muy claramente la meta de limitar el calentamiento global muy por debajo de 2 °C en relación a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento al 1,5 °C. Asimismo, de la mano de este tope en el aumento de la temperatura, el AP establece la consideración de medidas para aumentar la adaptación a los efectos adversos al cambio climático, la resiliencia, un desarrollo bajo en emisiones para no comprometer la producción de alimentos, y la compatibilidad de los flujos financieros en este sentido.

III. Aportes desde la Ciencia, la Política y los Derechos Humanos

En el año 1988, esto es, con anterioridad a la CMNUCC, fue creado el IPCC, que es el Panel Intergubernamental de Cambio Climático, por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y por el Programa de Naciones

Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) con el objetivo de brindar a los gobiernos información científica que pueda guiar el desarrollo de políticas climáticas. Los informes del IPCC son insumos clave para las negociaciones internacionales acerca de la temática, siendo su rol el de *facilitar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta*.¹

Teniendo en cuenta el rol que juega el IPCC para el desarrollo de políticas climáticas basadas en evidencia, sus informes revisten singular importancia. Es por esta causa que el informe especial realizado por este panel sobre *la limitación del calentamiento global de 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero en el contexto de reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza*, presenta información de relevancia para la toma de decisiones. Se destaca una serie de impactos relevantes que podrían evitarse si el calentamiento se limitara a 1,5 °C en lugar de a 2 °C, en los ecosistemas, la salud humana y el bienestar. Asimismo, señala que a tales efectos se necesitaría de transiciones rápidas y de gran alcance, en materia de uso de la tierra, la energía, la industria, los edificios, el transporte y las ciudades. Sería necesario que las emisiones netas globales de dióxido de carbono de origen humano disminuyan en 2030 alrededor de un 45% respecto de los niveles de 2010 y sigan disminuyendo hasta alcanzar el cero neto aproximadamente en 2050.²

El informe mencionado fue un importante insumo tanto para la Declaración del G20 en el 2018 así como para la Conferencia de las Partes (COP) 24 celebrada en Katowice, Polonia, en el mismo año en el cual se realizó la Cumbre Mundial de Cambio Climático de San Francisco, donde actores no estatales, gobiernos subnacionales, organizaciones, representantes de distintos sectores, incluso de organizaciones basadas en la fe, trabajaron en conjunto y presentaron sus compromisos en la materia, en planes de acción concretos. Cabe en este sentido tener en cuenta el concepto de *Multilateralismo inclusivo* que Patricia Espinosa consideró como fundamental para

1. Ver sitio web del IPCC: <https://www.ipcc.ch/spanish/>

2. IPCC Special Report: Global Warming of 1.5 °C, <https://www.ipcc.ch/sr15/>

poder pensar y actuar una agenda que nos requiere juntos y coordinados.

De la COP 24 surge como principal producto el Manual de implementación efectiva del Acuerdo de París, en el cual los representantes lograron incluir aspectos del financiamiento, transparencia y adaptación.

Por su parte el IPBES es la Plataforma Científico-Política en materia de Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos, un organismo establecido en 2012, cuya Secretaría está a cargo del Programa Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización de Agricultura y Alimentos (FAO), la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Su objetivo es fortalecer la relación entre política y ciencia en materia de biodiversidad y servicios ecosistémicos para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, el bienestar humano a largo plazo y el desarrollo sostenible. Los informes del IPBES revisten una gran relevancia en un momento clave para la supervivencia del planeta y han alertado a la comunidad internacional y doméstica acerca de la necesidad de actuar, y responden al mandato del Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado y abierto a la firma en 1992, coetáneo con la Convención Marco de Cambio Climático. Es menester destacar la Evaluación general realizada por dicho organismo en marzo de 2019, en la cual el Cambio Climático es considerado en tercer lugar como una de las causas directas de la pérdida de Biodiversidad, junto con otros factores tales como los cambios de uso de la tierra y los océanos, la explotación directa de organismos, la contaminación, las especies exóticas invasoras y en combinación con otras causas indirectas, tales como el crecimiento demográfico, los conflictos y las epidemias.³ Existe una directa vinculación de causa y efecto recíprocamente entre ambos bienes globales, el Clima y la Biodiversidad, la cual no puede ser desconocida en el marco de la visión integral del desarrollo sostenible; por esta razón será de importancia tener en cuenta especialmente, de la mano del ODS 13, los ODS 14 y 15 que respectivamente tratan la Conservación y el Uso Sostenible de la Vida Submarina y de los Ecosistemas Terrestres.

Por otro lado, y en atención a la alta incidencia de la energía y el uso de

3. IPBES, “Summary for Policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services”, March 2019, https://www.ipbes.net/system/tdf/ipbes_7_10_add.1_en_1.pdf?file=1&type=node&id=35329

combustibles fósiles en la matriz global de carbono, si bien esta cifra disminuye en América Latina y el Caribe debido a su caracterización en materia de agricultura, ganadería, deforestación y cambios de uso del suelo, lo cierto es que la energía posee una importante presencia en el inventario de gases de efecto invernadero a nivel global y regional.⁴ Por esta razón, el Objetivo de Desarrollo Sostenible 7 que congrega el acceso a la energía, el desarrollo de las energías renovables y la eficiencia energética, cobra mucha relevancia en vinculación a los cambios necesarios para una acción climática eficaz.

Justamente el andamiaje conceptual de la Agenda 2030 nos brinda un horizonte muy concreto para tratar la acción climática en el marco del desarrollo sostenible con una piedra angular en el Sistema de Derechos Humanos y asimismo en el derecho internacional ambiental, y posee una serie de obligaciones y herramientas que no pueden desconocerse al momento de considerar su implementación, sino que refuerzan y enfatizan su importancia y alcance. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva de noviembre de 2017, reconoce el derecho humano al ambiente así como también su basamento en el *corpus iuris internacional* considerando en forma integrada los aportes del marco internacional e interamericano de Derechos Humanos, los principios del Derecho Internacional Ambiental como también el Principio 10 de Río 92 que refiere al acceso a la información, la participación y la justicia en materia ambiental,⁵ abordados posteriormente a nivel regional por el Acuerdo de Escazú, firmado en Costa Rica en marzo de 2018.⁶

El reciente Informe del Relator Especial en Derechos Humanos y Ambiente publicado en octubre de 2019 presenta la situación de emergencia climática

4. El 71% de incidencia de la Energía en la matriz global pasa a ser de 46% en América Latina y el Caribe. Ver IND T.4.1 World regions: share of world GHG emissions, 2014 (Megatons of CO₂ equivalent (MtCO₂eq) and percentages) Source: Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), on the basis of World Resources Institute (WRI), Climate Analysis Indicators Tool (CAIT) version 2.0, Washington, D.C., 2014 [online] <http://cait2.wri.org>

5. Ver CIDH, Opinión Consultiva OC- 23/2017 de 15 de noviembre de 2017. *Solicitada por la República de Colombia*. Medio Ambiente y Derechos Humanos.

6. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe de Escazú adoptado en Escazú, Costa Rica, y abierto a la firma de los países el 27 de septiembre de 2018 en la ONU.

global, los efectos del cambio climático en el goce de los derechos humanos, las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas al cambio climático, y realiza una serie de conclusiones y recomendaciones en la materia.⁷

El Relator analiza los efectos directos e indirectos del cambio climático en el derecho a la vida, a la salud, al agua y saneamiento, los derechos de los niños y niñas, y el derecho al ambiente sano, enfatizando la situación de las poblaciones que están social, económica, cultural, política e institucionalmente marginalizadas, incluyendo aquellas personas o comunidades cuya vulnerabilidad es causada por la pobreza, el género, la edad, las discapacidades, la geografía o el contexto cultural o étnico. Reconoce asimismo el efecto desproporcionado de los desastres en las mujeres, niños y niñas y considera las recomendaciones del Comité sobre la Eliminación de la discriminación contra las mujeres y especialmente la importancia de adoptar un abordaje basado en derechos para las decisiones relativas a la adaptación, mitigación, reducción de riesgos de desastres y financiamiento climático, señala especialmente el rol de las mujeres como agentes de cambio. La situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas es también considerada especialmente, teniendo en cuenta su conexión ínsita con la naturaleza y su dependencia en relación a los ecosistemas para alimentación, y necesidades culturales y medicinales, más aún considerando la capacidad de los mismos de brindar contribuciones a las soluciones a través de sus conocimientos tradicionales. En este contexto vale la pena traer a colación el concepto de *justicia climática*, el cual plantea el abordaje de la crisis climática sobre la base del enfoque de los derechos humanos, teniendo en cuenta los impactos mayores del cambio climático en las personas y comunidades más vulnerables. La Justicia Climática es concretamente un reclamo de los jóvenes en la reciente Cumbre Mundial Climática.⁸

El informe del Relator también señala las obligaciones que en materia de derechos humanos y acción climática corresponden a los Estados y al sector empresarial. En sus conclusiones resalta cuatro categorías de accio-

7. Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, “Safe Climate. A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment”, Octubre 2019 A/74/161.

8. Ver <https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2019/05/climate-justice/> Ver también Stallworthy, Mark (2009), “Environmental Justice Imperatives for an Era of Climate Change”, en *Journal of Law and Society*. Volume 36 Number 1. Cardiff University Law School.

nes que se necesitan: abordar la adicción de la sociedad a los combustibles fósiles, acelerar otras acciones de mitigación, proteger a las poblaciones vulnerables de los impactos del cambio climático y proveer niveles sin precedente de apoyo financiero, incluyendo especialmente el financiamiento de pérdidas y daños y el relativo a los países menos desarrollados y a los pequeños estados insulares. También introduce una conclusión dirigida a los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, para que introduzcan proactivamente en sus acciones la promoción de la acción climática y la protección de los derechos humanos frente a los impactos climáticos. También recomienda a la CMNUCC que en suma a los puntos focales en género y pueblos indígenas considere la posibilidad de sumar un punto focal en derechos humanos que asegure el enfoque de derechos en las acciones de negociación, implementación y acciones de monitoreo de conformidad con el Acuerdo de París.⁹

IV. Hacia la COP de Chile en Madrid

En este contexto y teniendo en cuenta que la suma de las Contribuciones Nacionalmente Determinadas presentadas por los países en el marco del Acuerdo de París no alcanzan para cumplir con el límite de aumento de la temperatura de 1,5 °C referido, el Secretario General de Naciones Unidas llamó a una Cumbre en septiembre de 2019. La misma tuvo como principales objetivos acelerar la implementación de lo ya comprometido, elevar la ambición de las contribuciones referidas y canalizar la expresión y manifestación de los y las jóvenes en tal sentido. En el marco de dicho llamado se realizó, por un lado, la Cumbre específica de Jóvenes y por otro, la Cumbre de mandatarios y representantes de los Estados.¹⁰ En la misma se dieron a conocer los logros y resultados de la *Coalición de mitigación*, liderada por Chile a pedido del Secretario General de Naciones Unidas y con el apoyo de la CMNUCC y el PNUD. En este contexto, cincuenta y nueve naciones han expresado su intención de suscribir un plan de acción climática reforzado

9. El Documento del Relator está acompañado por un documento que lista y explica buenas prácticas para la acción climática. UN General Assembly 74th Session. *A safe climate: Good practices*. 26 September 2019. A/74/161 Annex.

10. Ver <https://unclimatesummit.org>

en sus Contribuciones Nacionalmente Determinadas y once naciones ya han comenzado un proceso más ambicioso y reflejado en sus planes nacionales para el 2020. Asimismo, resulta oportuno considerar como una expresión del *Multilateralismo inclusivo* a la *Alianza de Ambición Climática 2050* que une a países, empresas, inversores, ciudades y regiones que están trabajando para lograr neutralidad de emisiones de carbono para 2050.¹¹ La República Argentina forma parte tanto de la Coalición de Mitigación como de la Alianza de Ambición Climática 2050, y la Ciudad de Buenos Aires forma parte de esta última.¹²

En preparación a la próxima Conferencia de las Partes (COP) 25 que se celebrará en diciembre 2019, la ruta de la acción climática ofrece inmensos desafíos y oportunidades. En esa línea se inscribe el cumplimiento de la Agenda del Desarrollo Sostenible y las consiguientes obligaciones de derechos humanos, incluyendo la lucha contra la pobreza y la desigualdad, adoptando medidas de mitigación y adaptación con un abordaje integral,

11. Ver <https://unfccc.int/es/news/chile-lidera-la-coalicion-de-mitigacion-de-cara-a-la-cumbre-de-accion-climatica-de-la-onu>. Ver listado de países e instituciones de ambas coaliciones en <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=102012>
Ver también Campaña Nuestro Único Futuro: <https://www.unglobalcompact.org/take-action/events/climate-action-summit-2019/business-ambition> &
Ver campaña para estados subnacionales y ciudades <https://www.under2coalition.org/project/policy-action>

12. La República Argentina, en suma a su INDC (Contribución inicial planificada) presentada en el 2015 en ocasión del Acuerdo de París, ha revisado y aumentado la ambición de su Contribución Nacional Determinada en el año 2016, comprometiéndose a no exceder la emisión neta de 483 millones de toneladas de dióxido de carbono equivalente al año 2030. En el caso de que pudiera acceder a financiamiento e intercambio de tecnología ese valor será de 369 MtCO₂ eq. Lo anterior representa un 18% de reducción sobre el escenario tendencial, implementando medidas incondicionales y 37% aplicando medidas incondicionales y condicionales. La meta propuesta se alcanzará mediante la implementación de planes sectoriales que dividen su participación en las emisiones evitadas del siguiente modo, Energía 77 MtCO₂eq, Transporte 5,9 MtCO₂eq, Bosques 27 MtCO₂eq, industria 6,4 MtCO₂eq y Agro 25,74 MtCO₂eq Ver <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/sustentabilidad/cambioclimatico/contribuciones>. Ver asimismo información sobre el Gabinete Nacional de Cambio Climático y los planes sectoriales respectivos en <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/sustentabilidad/cambioclimatico/gabinetenacional>. Ver también antecedentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en <https://www.buenosaires.gob.ar/noticias/buenos-aires-se-comprometio-ser-carbono-neutral-para-2050> <https://www.c40.org/cities/buenos-aires>

hacia modos de consumo y producción sostenibles y generando beneficios de carácter social, ambiental y económico. La solidaridad intergeneracional, que se planteó inicialmente “a futuro” en el marco del concepto de desarrollo sostenible, hoy nos interpela en las voces de los y las jóvenes. El tiempo de actuar es ahora, porque como lo señaló el Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres, “combatir con urgencia el cambio climático es algo que podemos –y debemos– hacer”.¹³

Bibliografía

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe de Escazú adoptado en Escazú, Costa Rica y abierto a la firma de los países el 27 de septiembre de 2018 en la ONU.

CEPAL, on the basis of World Resources Institute (WRI), Climate Analysis Indicators Tool (CAIT) version 2.0, Washington, D.C., 2014 [online] <http://cait2.wri.org>

CIDH, Opinión Consultiva OC-23/2017 de 15 de noviembre de 2017. *Solicitada por la República de Colombia*. Medio Ambiente y Derechos Humanos.

IPBES, “Summary for Policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services”, March 2019,

IPCC Special Report: Global Warming of 1.5 °C, <https://www.ipcc.ch/sr15/>
Relator Especial sobre Derechos Humanos y Ambiente: Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, “Safe Climate. A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment”, & Annex of Good Practices, October 2019 A/74/161.

Stallworthy, Mark (2009), “Environmental Justice Imperatives for an Era of Climate Change”, en *Journal of Law and Society*. Volume 36 Number 1. Cardiff University Law School.

13. Ver: <https://www.un.org/sg/es/content/sg/articles/2019-05-29/urgent-climate-action-choice-we-can-and-must-make>.

El derecho fundamental al ambiente sano

*Marcelo Alberto López Alfonsín**

Resumen

La incorporación de la cláusula constitucional del derecho al ambiente sano ha evolucionado en la consagración de la noción de “desarrollo humano”, entendido como un reconocimiento a los “derechos humanos de tercera generación”, con titulares de naturaleza colectiva e incluso intergeneracional. En este sentido, el derecho al ambiente sano debe leerse desde una perspectiva integral y sistematizada que examine la norma legal y los principios que la interpretan, para así comprender las particularidades del daño ambiental y la consecuente inversión de la regla general en materia de recomposición. Para completar la mirada global de la protección ambiental, resulta necesario comprender la idoneidad de la acción de amparo y demás acciones tuitivas como medios adecuados para garantizar el respeto al derecho fundamental al ambiente sano.

* Juez Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Doctor en Derecho con orientación en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires; Magister en Ambiente Humano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Adjunto Regular de las asignaturas: “Elementos de Derecho Constitucional”, “Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente” y “Derechos Humanos y Garantías”, UBA; Docente de Posgrado de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional, de la Carrera de Especialización en Derecho de los Recursos Naturales, de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental, de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional y de la Carrera de Especialización de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho, UBA; autor de numerosas publicaciones sobre temas de derecho constitucional, derechos humanos, derecho de los consumidores y usuarios y derecho ambiental; mlalfonsin@jusbaires.gov.ar.

Palabras clave: Protección constitucional del ambiente, derechos fundamentales, política ambiental, Ley General de Ambiente, daño ambiental, amparo ambiental.

The Fundamental Right to a Healthy Environment

Abstract

The incorporation of the constitutional article regarding the right to a healthy environment has evolved in the consecration of the notion of “human development”, understood as recognition of “human rights of third generation”, with holders of a collective and even intergenerational nature. In this sense, the right to a healthy environment must be read from an integral and systematized perspective that examines the legal norm and the principles that interpret it, in order to understand the particularities of environmental damage and the consequent reversal of the general rule in the matter of recomposition. To complete the global view of environmental protection, it is necessary to understand the suitability of the legal actions as adequate means to ensure respect for the fundamental right to a healthy environment.

Keywords: Constitutional Protection of the Environment, Fundamental Rights, Environmental Policy, General Environmental Law, Environmental damage, Environmental Protection.

I. Introducción

Desde hace más de cuarenta años, la cuestión ambiental se instaló en la agenda pública mundial contemporánea, a la vez que se reflejó también en los sistemas jurídicos de todo el mundo. En efecto, hoy en día es usual que las instituciones internacionales, los líderes políticos, las organizaciones sociales, los medios de comunicación e incluso los ciudadanos debatan sobre problemas ambientales. Sin embargo, es poco común que se discuta sobre los modelos de justicia que fundamentan las normas y las estrategias políticas que pretenden proteger el medio ambiente. En estas coordenadas, el derecho ambiental se transforma en un conjunto de legislaciones analizadas

sin tener en cuenta el contexto en el que se aplican, ni su eficacia. Las exigencias actuales hacen que lo urgente tenga prioridad frente a lo que en apariencia puede relegar, como es la fundamentación teórica de las acciones y de la normativa vigente.¹

El desarrollo del derecho ambiental, a partir de 1972 con la Declaración de Estocolmo, fue aumentado a un ritmo verdaderamente vertiginoso. Es de vital importancia destacar que nuestra cláusula constitucional es la más avanzada dentro del derecho comparado en materia ambiental y de calidad de vida, pues ha evolucionado en la consagración de la noción de “desarrollo humano”. Este concepto se ha venido perfilando en los últimos años en los documentos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD–, específicamente en los informes correspondientes a los años 1990 a 1994. En los debates de la Convención Constituyente, fue el convencional Antonio Cafiero el más destacado impulsor de esta categoría en el texto reformado de la Ley Fundamental.

En el informe del PNUD sobre desarrollo humano de 1990, se define a este como: “[...] el proceso mediante el cual se amplían las oportunidades del ser humano. En principio, estas oportunidades pueden ser infinitas y pueden variar con el tiempo. Sin embargo, las tres vías más esenciales son: a) disfrutar de una vida prolongada y saludable; b) adquirir conocimientos y c) tener acceso a los recursos necesarios para una vida decente”. Nadie puede garantizar la felicidad humana y las alternativas individuales que tienen carácter estrictamente personal. No obstante, el proceso debe por lo menos crear un ambiente propicio para que los sujetos, tanto individual como colectivamente, puedan desarrollar todo su potencial y contar con oportunidades razonables de llevar una vida productiva conforme a sus necesidades e intereses. El desarrollo humano tiene dos aspectos: 1) la formación de capacidades humanas tales como mejor estado de salud, conocimientos y destrezas; y 2) la forma, el uso con que los hombres emplean las capacidades adquiridas para el trabajo, y el descanso o las actividades culturales, sociales y políticas. Esta manera de enfocar el desarrollo humano no es nueva. El mundo contempla, desde hace algunos años, cómo las fuerzas poderosas e

1. D. Bonilla Maldonado, “Justicia ambiental, normas jurídicas y acción política”, en AA.VV., G. Hardin, C. Stone, C. Rose, *Derecho ambiental y justicia social*, Bogotá, Comp. Colin Crawford, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009, pp. 11-12.

innovadoras de la tecnología se han convertido en el principal impacto que afecta y también perjudica a la sociedad en su conjunto, descubriendo que el concepto de desarrollo proporcionado por la ciencia económica adolece de una radical simplificación que se abstrae de la realidad, ignorando reiteradamente al hombre y a su medio.

El desarrollo del derecho al ambiente sano como categoría constitucional tiene su punto de partida con una fuente primaria en el derecho internacional público y su creciente influencia en el derecho comparado. La constitucionalización del mismo viene de la mano del reconocimiento de los “derechos humanos de tercera generación”, en donde juega un papel preponderante la consolidación del valor “solidaridad” como criterio axiológico. Esta impronta genera un fuerte impacto en el Estado de Derecho, por cuanto los titulares de este nuevo derecho fundamental tienen una naturaleza colectiva e incluso intergeneracional. El derecho al ambiente sano es un derecho humano fundamental. Al respecto, la ya citada Declaración de Estocolmo de 1972 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano señalaba que: “[...] el hombre tiene derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”.

Así es que se torna necesario estudiar el derecho al ambiente sano de una manera global y sistematizada, teniéndose en cuenta los efectos que produce la acción humana sobre este, y no solo el accionar individual de cada uno, sino que es trascendental además examinar cuáles son las consecuencias que traerá aparejada la sumatoria de acciones individuales.

En el presente trabajo, me propongo estudiar el derecho a un ambiente sano desde una perspectiva integral. Para lo cual, en primer término analizaré la cláusula constitucional ambiental, para luego detenerme en los principios jurídicos propios de esta materia que sin duda adquieren un papel protagónico al momento de interpretar aquella. Con este marco teórico, me detendré en las particularidades del daño ambiental, es decir en esas características propias que justifican la inversión de la regla general en materia de recomposición, ya que cuando hablamos de perjuicios ambientales no solo resulta idónea la indemnización en dinero sino que lo que se exige es, si fuera posible, la recomposición de las cosas al estado anterior en el que se encontraban.

Por último, me ocuparé de la acción de amparo como la garantía constitucional idónea que permite tutelar el derecho al ambiente sano, como también de las distintas acciones tuitivas que prevé nuestro ordenamiento.

II. La cláusula constitucional ambiental

Tomando como punto de partida el respeto hacia la problemática ambiental, los ordenamientos jurídicos han tratado de reglamentarla desde diversos ángulos. Argentina incorporó como se ha señalado una cláusula ambiental en su reforma constitucional de 1994. La propia Ley Suprema ha definido una determinada situación jurídica, en términos que lo hacen identificable o discernible para el intérprete que a su vez ha contemplado —o no ha excluido— la consideración de esta como un derecho, a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia, la propia Constitución. En consecuencia, el derecho que preexiste a la ley no podrá ser desnaturalizado por esta, sin incurrir en una inconstitucionalidad, toda vez que implica quebrar su núcleo esencial.² La constitucionalización del ambiente es, sin duda, producto de un proceso de culturización, es decir, la consagración de valores relevantes de la sociedad de forma tal que puedan ser proyectados por los órganos del Estado como políticas y planes de la administración, además de garantizar su reconocimiento como derecho y, como corolario, su protección. Se trató de un nuevo paso, la conquista de los denominados “derechos de tercera generación”, en una operación que no difiere sustancialmente de la que acaeció tiempo atrás con la recepción de los derechos sociales.³

El artículo 41 de la Constitución Nacional dispone:

Todos 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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de

2. J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 24-25.

3. A. M. Guevara Palacios, “Algunos aspectos del medio ambiente en el derecho constitucional comparado”, en *El Dial*, DC333, p. 3.

recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

El constituyente de 1994 previó expresamente dos cualidades que deben exigírsele al ambiente: la sanidad y el equilibrio. La primera calidad acompaña desde sus orígenes a la corriente ecologista. El término “sano” no está exclusivamente ligado a la preservación y no contaminación de los elementos que integran el ambiente. En sentido contrario, el concepto es utilizado de una manera más abarcativa, tal como surge de los debates de la propia Convención Constituyente. En efecto, este deber se extiende a que los ámbitos construidos por el hombre cumplieren determinados requisitos mínimos de bienestar.

Con relación a la proclamación del ambiente en la Ley Fundamental como un derecho-deber, es dable reseñar que el diseño constitucional clásico del demoliberalismo se caracteriza, principalmente, por la organización del poder dividido y limitado, como también por las declaraciones de derechos. Ello explica por qué en las constituciones sancionadas bajo esta corriente se encuentra ausente el factor coactivo. Sirva de ejemplo nuestra Constitución histórica, que no obstante contemplar varios delitos, tales como el artículo 29 y el antiguo artículo 103 –actual artículo 119–, en lo concerniente a las sanciones remite a la legislación reglamentaria.

Por consiguiente, tampoco es usual advertir en los textos constitucionales deberes positivos, aunque puede mencionarse como una excepción la obligación de todos los ciudadanos de armarse en defensa de la patria y de la Constitución –artículo 21–. Ello por cuanto el fin último del constitucionalismo demoliberal del siglo XIX era garantizar la libertad de los habitantes, lo que era susceptible de alcanzarse mediante declaraciones y reconocimiento de derechos que, en definitiva, funcionaban como restricciones al poder estatal. Así, la textura de la Constitución se definía claramente por la división del poder y la declaración de derechos.

La reforma constitucional de 1994 se aparta de esta tradición e incorpora deberes constitucionales. Por supuesto, estos debían adicionarse a las obligaciones explícitas que se encontraban establecidas como contracara de los derechos reconocidos en el texto anterior. Específicamente, en materia ambiental se dispuso que todos los habitantes de la Nación tienen el deber de preservar el ambiente, sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Otra particularidad relevante es la inclusión del daño ambiental dentro del texto constitucional. Expresamente, la última parte del primer párrafo establece que el daño ambiental conllevará prioritariamente la obligación de “recomponer”, es decir que una vez que se produce el perjuicio aparecerá el deber de recomposición, lo que significa que las cosas deberán volver al estado anterior en el que se encontraban, siempre que resultare posible. Lo cual, en modo alguno, implica excluir la reparación del menoscabo causado.

En igual sentido, la Ley General del Ambiente⁴ en principio exige recomponer, no obstante puntualizar que, si no fuera técnicamente factible, se aplicará una indemnización sustitutiva, determinada por la justicia ordinaria y depositada en el Fondo de Compensación Ambiental creado por la misma norma. En una primera aproximación, puede afirmarse que el daño ambiental se relaciona con el principio organizativo del sistema ambiental y existe cuando esa afectación es apta para impactar sobre la vida. Por tanto no puede identificarse el daño ambiental con cualquier lesión a un recurso ambiental. En forma genérica, daño al ambiente es toda disfunción ambiental que se traduce en una lesión o menoscabo al derecho colectivo a que no se altere en modo perjudicial la calidad de vida o el equilibrio ambiental.

Se trata de una nueva concepción del daño, por lo que la normativa aplicable a la reparación de los perjuicios ocasionados sobre los derechos subjetivos no resulta eficaz. Es el rol del tradicional derecho de daños, es la función de la responsabilidad civil la que debe transformarse y dirigirse a evitar la lesión. Aceptado y adoptado este estándar, deben articularse los medios idóneos para obtener –dentro de límites racionales y compatibles con los intereses involucrados– el cese de los procesos que conlleven en sí mismos el peligro de generar un perjuicio, a efectos de frustrar la amenaza de daño que potencialmente implican.

4. Ley N°25.675, publicada en el B.O. del 28/11/2002.

Es indispensable recordar que la degradación ocasionada al ambiente proviene fundamentalmente de la utilización de los modernos procedimientos industriales y tecnológicos, como una consecuencia difícilmente evitable de la sociedad actual. Pero, al mismo tiempo, la adaptación de las estructuras sociales a la vertiginosa y constante dinámica de la evolución científica reporta amplios beneficios.

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 41 establece una obligación de amplio alcance: la de “proveer” a la protección de este derecho por parte de “las autoridades”.

Es preciso mencionar que la misma se encuentra contemplada por la Ley General del Ambiente como uno de los objetivos de la política ambiental; al respecto el artículo 2° prescribe: “La política ambiental nacional deberá cumplir con los siguientes objetivos: [...] h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal [...]”. Asimismo, el artículo 8° de la misma normativa menciona a la educación en la materia como un instrumento de la política y gestión ambiental, al igual que el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, entre otros. En el artículo 14 se establece categóricamente la importancia de la educación ambiental como una herramienta idónea para transmitir valores, comportamientos y actividades acordes con un ambiente sano entre los ciudadanos, orientando sus conductas hacia la conservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, de forma tal que redunde en beneficio de una mejora en la calidad de vida a nivel general.

Finalmente, el artículo 15 dispone que: “La educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental [...]”. A su vez, ordena a las autoridades la coordinación con el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) de los programas para la implementación en los sistemas de educación, teniendo posteriormente las distintas jurisdicciones el deber de instrumentar los programas básicos consensuados mediante las normas correspondientes. Sin duda esta norma, que es considerada una ley marco en materia de principios mínimos de protección ambiental, reconoce la importancia de la educación en el diseño de la política ambiental y su función esencial para poder ejercer otras dos herramientas básicas de la misma

como son el acceso a la información pública y la participación ciudadana. Para que la población pueda cumplir en forma adecuada con sus funciones de control respecto de las gestiones de gobierno, requiere como *conditio sine qua non* estar previamente educada, solo aquellas comunidades que cuentan con programas educativos serios y eficaces están aptas para participar activamente en los asuntos públicos.

En este segmento se encuentra otra novedad: la inclusión de la protección de la diversidad biológica, por primera vez con jerarquía constitucional en el derecho comparado. Lo que está en perfecta sincronía con la Ley N°24.375⁵ que aprobó el Convenio sobre Diversidad Biológica adoptado y abierto a la firma de los países miembros de la ONU, en la Conferencia de Río de 1992. El instrumento parte de reconocer el valor intrínseco de la diversidad biológica como también de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la misma. Por consiguiente, pone de manifiesto la importancia que reviste su protección para la evolución y mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biósfera. Además, se afirma que la conservación de la diversidad biológica es de interés de toda la humanidad y, que son los propios Estados los responsables de su preservación así como de la utilización sostenible de sus recursos biológicos. El constituyente de 1994, siguiendo esta línea de pensamiento, decidió plasmar la obligación de las autoridades en tal sentido en el propio texto de la Ley Suprema, es decir, con la mayor jerarquía normativa.

En el tercer párrafo del artículo 41, se consagra la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia legisferante, con la finalidad de implantar las bases de un auténtico “federalismo de concertación”, por el que ya se había pronunciado la doctrina. En el cuarto párrafo, se establece una prohibición constitucional: introducir en el territorio nacional residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos. La redacción fue impulsada por varias organizaciones no gubernamentales. No obstante, vale aclarar que dicha prohibición desde el ámbito legislativo ya estaba prevista a través de la Ley N°24.051 de residuos peligrosos, anterior a la reforma constitucional, como bien lo señalara el convencional Natale en su disidencia, por lo cual implica una tarea adicional de interpretación que sin

5. Ley N°24.375, publicada en el B.O. del 06/10/1994.

duda menoscaba el objetivo primordial de la misma, que es el de resguardar al ser humano así como a su entorno ambiental de los peligros que generan los residuos radiactivos tanto en lo inmediato como en el futuro. Por último, a fin de abordar con profundidad el tema, resulta adecuado integrarlo con el resto del plexo normativo y axiológico de la Constitución. La reforma expandió considerablemente los deberes del Estado, imponiéndole obligaciones de no hacer como así también de hacer. Ciertamente, la incorporación de acciones positivas a su cargo lo convierte en sujeto obligado. La igualdad formal del artículo 16 ha sido complementada por una igualdad sustancial, materializada en la siguiente expresión: “igualdad real de oportunidades”.

Todo ello en el marco del artículo 75, inciso 22, que otorgó jerarquía constitucional a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos allí enumerados y los que se incorporen en un futuro a través del procedimiento específico que contempla la cláusula constitucional. En suma, el derecho al ambiente sano conlleva la defensa de numerosos derechos fundamentales de carácter individual o plural, pero de incidencia colectiva y de interés general, los que no tendrán vigencia efectiva hasta tanto el control de la autoridad administrativa como también judicial, sienta las bases para construir la conciencia social a través de la voluntad política de hacer. Teniendo en cuenta los derechos de las generaciones futuras y la responsabilidad que les cabe a las generaciones presentes, estamos obligados a repensar el impacto que las opciones colectivas y políticas pueden tener en el desarrollo de estas cuestiones. En estas coordenadas, la protección ambiental en el sentido amplio que tanto la doctrina como la jurisprudencia le asignan se inserta en el plexo axiológico constitucional, tal como ha quedado diseñado a partir de la reforma de 1994.⁶

III. Los principios de la política ambiental

1. Los principios fundamentales del derecho ambiental

Consideramos que los principios generales del derecho –o “principios rectores”– son los postulados fundamentales y universales que la razón

6. S. G. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina -Comentada-*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006, p. 194.

especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones específicas que se obtienen a partir de los conceptos de justicia y equidad social; atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas o a directas indicaciones normativas –según si se adopta una visión de tinte iusnaturalista o más positivista–. Asimismo, pueden ser considerados como ideas directrices que sirven de justificación del ordenamiento jurídico, esto es pautas generales de valoración jurídica. Son cánones generales y abstractos, dado que se obtienen inductivamente extrayendo lo esencial de las normas particulares, o bien como una regla general preexistente.

Las funciones principales pueden ser sintetizadas de la siguiente manera: 1) interpretativa: permite subsumir el supuesto en un enunciado, facilitando al intérprete adecuarlo a valores fundamentales; 2) finalista: orientan la interpretación hacia fines más amplios de políticas legislativas; 3) delimitativa: marca la competencia legislativa, judicial y negocial; y 4) fundante: otorga un parámetro para legitimar internamente al ordenamiento, dando lugar a creaciones pretorianas. A su vez, estructuran un patrón orientador del derecho para los operadores jurídicos, a saber: 1) para el legislador, porque las leyes que se dicten deberán ajustarse a estos principios; 2) para el juez, pues fortalecen el valor de seguridad jurídica de todo el sistema, toda vez que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los magistrados para sentenciar un caso en un determinado sentido, reduciendo de esta manera el ámbito de discrecionalidad y recurriendo a estos para resolver cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres como fuentes del derecho; y 3) para el funcionario, al proporcionarle criterios para su actuar.

Sentado ello, los principios generales en cuanto estándares propios de una rama determinada del derecho –principios específicos–, son de utilidad cuando se presenta una contienda entre estos y la legislación que pretende aplicarse a dicha materia. Así, resultan de vital importancia tanto para evitar el avance disfuncional de la normativa correspondiente a otra temática, como también coadyuvan a alcanzar el desarrollo y consolidación de la reglamentación propia, delimitando, de esta manera, las fronteras de la especialidad.

En consecuencia, teniendo en cuenta la juventud de la regulación jurídica del ambiente si consideramos su nacimiento a principios de los años 70, y la convivencia de normas directamente protectoras del entorno con otras anteriores a dicha problemática, estos principios rectores resultarán a veces, más vinculados al mundo ideal del deber ser jurídico, que al real

de lo que en la actualidad es el ordenamiento ambiental. Sin embargo, esta convivencia de lo ideal y lo real en la formulación de los mismos no obsta a su solidez. Con el devenir del tiempo, se fueron consolidando una serie de pautas fundamentales de protección al ambiente que, pese a su generalidad, se constituyeron en parámetros jurídicos a los que deben ajustarse los comportamientos de los individuos.⁷ El surgimiento de los mismos ha de correlacionarse con la intensa labor doctrinaria, como también de tribunales internacionales y los instrumentos de derecho internacional público, principalmente de carácter declarativo.

Por su parte, los principios generales del derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias de este, que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas en su raíz a los principios generales del derecho. Se originaron en el ámbito del derecho internacional ambiental, y fueron receptados por los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes en la materia, para finalmente ser incorporados en el derecho interno de cada Estado. Es de vital importancia la consagración expresa de tales principios en el ordenamiento positivo, ya que permite otorgarles certeza como instrumentos necesarios de interpretación. Lo cierto fue que la codificación de “principios de derecho ambiental” se ha plasmado en convenciones internacionales, en decisiones de organismos internacionales y posteriormente en la legislación nacional. La mayoría de estos “principios de derecho ambiental” no son nuevos, sino que han sido aceptados anteriormente en diversos instrumentos internacionales considerados *soft law*, tales como declaraciones, recomendaciones de organizaciones internacionales y, del mismo modo, en las convenciones en diversas regiones del mundo.

La ya citada declaración final de la Conferencia de la ONU sobre Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro (1992) situó tales “principios de derecho ambiental” en el ámbito de las relaciones internacionales. En el caso del legislador nacional, que pretende implementarlos, es importante conocer el verdadero sentido de los mismos, estableciendo si los “principios de derecho internacional” aceptados e incorporados en los “principios de derecho ambiental” son solo “principios de derecho” o, a la vez, “principios de política pública”. Del mismo modo y, desde otra perspectiva, el legislador de cada

7. J. Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1999, p. 63.

país definirá si tales “principios de derecho ambiental” deben ser aplicados de manera general o específica.

2. Los principios rectores de la Ley General del Ambiente aplicables a la política ambiental nacional

En el sistema jurídico argentino, la Ley General del Ambiente N°25.675 establece expresamente que la política ambiental deberá ajustarse a los principios ambientales que se mencionan en el artículo 4º. A modo de afirmación preliminar, corresponde subrayar que estos principios fundamentales, en su totalidad, deben aplicarse no en un ámbito determinado, sino en todos aquellos donde se involucre la cuestión ambiental, reconociendo como límite los principios específicos de cada rama particular.⁸ Ello por cuanto, la normativa de referencia tiene una esencial envergadura en el régimen jurídico ambiental argentino. Se trata de una ley marco en materia de presupuestos mínimos de protección del ambiente dado que conviven en su texto aspectos básicos de la comunidad jurídica y de la sociedad en su conjunto.⁹

En estas coordenadas, es importante destacar que el artículo 5º de dicha legislación es categórico al disponer que “Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”. Esto pone de manifiesto la importancia que tienen estas pautas básicas en toda la política ambiental, dado que deben ser observadas en la totalidad de las decisiones que versen sobre esta materia.

En este marco se ha entendido¹⁰ que el Poder Ejecutivo es el Jefe de Gobierno y responsable político de la administración del país lo que incluye

8. G. García Minella, “Ley General del Ambiente”, en AA.VV., E. P. Jiménez (coord.), *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2004, pp. 19-123.

9. M. E. Di Paola, D. Sabsay, “Coordinación y armonización de las normas ambientales en la República Argentina”, en *Revista de Derecho de Daños 2008-3*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, 1ª edición, pp. 137-162.

10. J. P. Mas Vélez, “Reflexiones sobre los objetivos de política ambiental nacional y los instrumentos de política y gestión de la ley 25.675 desde la perspectiva del desarrollo sustentable”, en AA.VV., G. González Acosta (coord.), *Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1ª edición, 2015, pp. 285 y 296.

la responsabilidad política de administrar el ambiente a nivel nacional. Además, si la Ley General del Ambiente es un instrumento de la política y si los objetivos de la política están incorporados a la misma norma, correspondería al responsable de la misma el cumplimiento efectivo de ello. He aquí la conjunción en materia ambiental de principios jurídicos rectores con los lineamientos constitucionales de política ambiental.

IV. El daño ambiental en perspectiva constitucional¹¹

El artículo 41 de la Ley Fundamental introduce en el marco constitucional la noción de “daño ambiental” y lo hace desde una lógica novedosa para nuestro ordenamiento jurídico interno. Adviértase que en este, todo el régimen de daños fue pensando desde sus orígenes a partir de la idea de reparación. Sin embargo, el dispositivo constitucional establece que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Es decir que dejando a un lado la lógica reparativa, se postula la recomposición de los perjuicios como una obligación primaria: esto es, que una vez acaecido el daño ambiental, aparece el deber de volver las cosas al estado anterior en el que se encontraban. La cuestión no se agota aquí, muy por el contrario; los constituyentes dejaron la puerta abierta para que el legislador profundizara aún más esta idea. En este contexto tiene un rol protagónico la Ley General del Ambiente. Esta se trata de una normativa mixta¹² que aparte de establecer los presupuestos mínimos de la política ambiental, donde aparece fuertemente la idea de prevención y precaución, regula algunas cuestiones de derecho de fondo, tal es el caso del

11. Puede ampliarse en M. A. López Alfonsín, “El derecho ambiental en el CCCN”, en AA.VV, P. Manili (coord.), *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Hammurabi, 1ª edición, 2015, p. 49 y ss.

12. M. E. Di Paola, D. Sabsay, *op. cit.* Los autores entienden que corresponde calificar a la Ley General del Ambiente como “una ley mixta”, ya que regula aspectos relativos a los presupuestos mínimos sobre protección ambiental, así como también vinculados al daño ambiental. Esto significa que el Congreso Nacional ha sancionado normas de diversa índole en función de las categorías que el artículo 41 establece en sus distintos párrafos, y que en consecuencia en un caso constituyen normas de presupuestos mínimos, pasibles de complementación por parte de las provincias, y en el otro, normativa en materia de responsabilidad por daño ambiental, de competencia nacional.

daño ambiental. Sobre este último dispone la Ley N°25.675: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción” (artículo 28).

Por ello, los contornos definitivos que alcance la responsabilidad por daño ambiental tienen que inexorablemente partir de esta matriz. Las visiones o los abordajes a esta temática que no se encuadran en este presupuesto lógico están condenados a ser tachados de inconstitucionales.

Con base en lo expuesto, se pueden distinguir claramente dos especies de daños ambientales: a) Daño al ambiente: Las disfunciones ambientales pueden producir un perjuicio al ambiente, como el ya definido “macro bien”, sin que medie daño inmediato a personas determinadas o a su patrimonio. Aquí existe un daño al ambiente como bien jurídico autónomo. b) Daño a la persona: las disfunciones ambientales pueden traducirse en un perjuicio a un “micro bien” –en los términos ya señalados– que integra el patrimonio de una persona o en perjuicio de su salud. En este sentido se considera daño ambiental a aquel sufrido por una o varias personas determinadas, en su propia persona como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental, o en sus bienes cuando estos forman parte del ambiente, o bien cuando estos resultan dañados como consecuencia de la agresión al ambiente.

Como correlato de lo mencionado, y atendiendo a la clasificación de los daños en directos e indirectos, puede también señalarse dos tipos: a) Daño ambiental directo: cualquier degradación física, química o biológica relevante del ambiente, sin confundir con la lesión a bienes particulares. Es del daño al bien colectivo, no resarcible en la concepción tradicional. b) Daño ambiental indirecto: son las consecuencias que el menoscabo al bien ambiente irradia sobre la persona y su patrimonio.

En este sentido, nos parece muy adecuado el encuadre del tema que hace el caso “*Sagarduy, Alberto Omar c/ COPETRO s/ Daños y Perjuicios*”, que marca la evolución normativa en la materia hasta la actualidad:

Las normas que presidieron la subsunción normativa en la causa “Almada” fueron las contenidas en los artículos 2.618 y 1.113, segundo párrafo, segunda parte, amén de los textos constitucionales en juego –anteriores a 1994– y una serie de normas dispersas en el orden nacional, provincial y municipal que tenían por objeto la tutela de alguno de los elementos del ambiente. En ausencia de un régimen normativo autónomo y especial que regulara esos nuevos

problemas, hubo que recurrir a las normas prealudidas. A partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 han quedado plasmados en ella los hoy denominados derechos humanos de tercera generación, entre los cuales se enmarca el derecho al ambiente sano. A partir de la mentada jerarquización es que nos encontramos, no ya con una protección indirecta del medio ambiente a través del derecho de propiedad, entre otros, sino con que el mismo resulta protegido en sí, por imperio de lo dispuesto en el artículo 41 de nuestra Ley Fundamental. [...] Al hablar de responsabilidad ambiental, no se considera la respuesta o reparación de perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria que se han causado a determinadas personas, sino por el contrario se está atendiendo a la reparación del daño que sufre el ambiente en sí mismo. Nuestra legislación se refiere concretamente a la responsabilidad ambiental que aquí consideramos en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente N°25.675 [...] La Constitución Nacional se refiere al tema en el artículo 41 en el que expresa que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Vemos que la obligación establecida en la Constitución quedaba subordinada al dictado de una ley que abordara específicamente el tema. Es así entonces que la Ley N°25.675, en el capítulo de daño ambiental, complementa lo dispuesto en la Constitución Nacional, a través de los artículos 28, 29 y 31.

Coincidimos plenamente con esta posición, aun después de sancionado el nuevo Código Civil y Comercial, en lo referido al daño ambiental colectivo.

El Título V – Otras fuentes de las obligaciones del Libro Tercero– Derechos Personales, del nuevo Código Civil y Comercial establece el régimen general de la responsabilidad civil. Corresponde señalar cómo incide la nueva normativa respecto de cada una de las especies de daño ambiental. Para nosotros, el sistema jurídico sustantivo de responsabilidad por daño ambiental está sometido a un cuádruple régimen normativo: 1) El régimen de responsabilidad especial por daño ambiental de incidencia colectiva de la Ley N°25.675, que mantiene toda su vigencia como régimen especial. 2) El régimen de responsabilidad especial por daño ambiental por utilización de residuos (Leyes N°24.051, 25.612 y 25.670), que completa el régimen especial de responsabilidad por daño ambiental en dicha materia. 3) El

régimen de responsabilidad civil por daño indirecto, en especial con eje y soporte en el artículo 1.757¹³ (responsabilidad objetiva por actividades riesgosas). 4) El régimen de responsabilidad civil por daño indirecto en relaciones de vecindad, conforme el artículo 1.973¹⁴ (inmisiones).

Entendemos que este cuádruple abordaje cumple con la manda constitucional y se encuadra en la obligación de recomponer el daño ambiental con carácter prioritario, conforme la voluntad del constituyente de 1994 al constitucionalizar este deber y derivarlo al régimen especial que tuvo que completar el Congreso de la Nación como legislador ordinario a partir de año 2002 con la sanción de las leyes de presupuestos mínimos, entre ellas la Ley General del Ambiente.

A los fundamentos expuestos, sumamos que no existe oposición entre los lineamientos establecidos por el nuevo régimen de responsabilidad civil y la Ley General del Ambiente. En efecto, partiendo de las funciones de la responsabilidad establecidas en el artículo 1708 –prevención y reparación–, tanto la prelación de normas –indisponibles o no– establecida por el artículo 1.709,¹⁵ la imposición del deber de evitar causar daño y la adopción de medidas tendientes a la evitación de que se produzca y/o agravar el daño ya

13. CCCN. Artículo 1.757. Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

14. CCCN. Artículo 1.973. Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

15. CCCN. Artículo 1.709. Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código.

producido –artículo 1.710–,¹⁶ en confluencia con la extensión de las disposiciones sobre responsabilidad a la prevención del daño –1.710 y 1.711–,¹⁷ a su reparación –artículos 1.716¹⁸ y 1.736–¹⁹ y a la sanción pecuniaria disuasiva –1.714²⁰ y 1.715–,²¹ así como la amplitud y nitidez del concepto de daño –artículo 1.737–²² constituyen un marco adecuado para la articulación del sistema general de la responsabilidad civil con el especial de la responsabilidad por daño ambiental, coadyuvando a dar adecuada cobertura a las variadas implicancias de la reparación y la recomposición de ambas especies de daño.

Por último, merece ser repetido que este cuádruple régimen de responsabilidad tiene su anclaje constitucional, además del primer párrafo de la cláusula ambiental constitucional, en el artículo 75, inciso 12 de la Ley Fundamental, por cuanto estamos ante una facultad delegada por las provincias

16. CCCN. Artículo 1.710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

17. CCCN. Artículo 1.711. Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

18. CCCN. Artículo 1.716. Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

19. CCCN. Artículo 1.736. Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

20. CCCN. Artículo 1.714. Punicción excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

21. CCCN. Artículo 1.715. Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

22. CCCN. Artículo 1.737. Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

al Congreso de la Nación en una materia de fondo. Estamos persuadidos de que los caracteres de la responsabilidad por daño ambiental colectivo nunca podrán ser regulados en una norma de presupuestos mínimos²³ con los alcances que ya señalamos en el punto anterior, pues se estaría violentado el esquema competencial de nuestro federalismo.²⁴

Hemos pretendido abordar este complejo tema de la responsabilidad por daño ambiental desde una visión innovadora, por ello marcamos desde un principio que lo hacíamos con una mirada desde la obligación constitucional de recomponer el ambiente. En este sentido, no caben dudas que la Ley General del Ambiente ha establecido un régimen normativo autónomo y especial que regula la recomposición del daño ambiental directo y del daño ambiental colectivo o de incidencia colectiva.

Asimismo, no puede dejar de advertirse que cuando se encuentran lesionados o amenazados derechos de incidencia colectiva, la tutela judicial efectiva no puede hallarse en un clásico proceso individual. Los derechos colectivos son el punto de inflexión que modifica sustancialmente las figuras procesales tradicionales, poniendo de manifiesto una nueva realidad jurídica basada en el fenómeno de lo transindividual.

El daño ambiental propiamente dicho es definido por el artículo 27 de la Ley General del Ambiente en los siguientes términos: “El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. El legislador utilizó la expresión “alteración negativa relevante” como requisito determinante para que quede configurado el daño al ambiente. Esto implica que no toda alteración que se produzca sobre el ambiente puede ser considerada dañina, sino que se exigen dos condiciones: que sea “negativa” y que sea “relevante”. De esto se

23. Más allá de la denominación que el legislador les otorgue a estas normas de desarrollo constitucional, muchas de ellas tienen el carácter “mixto” ya señalado, esto es porque contienen normas que se encuadran en los alcances de los presupuestos mínimos y otras de carácter formal e incluso a veces procedimental.

24. Para ampliar: M. A. López Alfonsín, “Federalismo y gobernabilidad ambiental”, en revista *Debates de actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXV, N°203, julio 2010/junio 2011.

desprende que no toda acción u omisión que modifique el ambiente es considerada antijurídica, ello por cuanto el derecho a un ambiente sano como todos los restantes derechos que componen el plexo normativo deben ser interpretados en forma armónica. Es decir que esta prerrogativa fundamental no reviste carácter de absoluta sino que tiene que ser compatibilizada con otros derechos de igual jerarquía.

En estas coordenadas, constituye “daño ambiental”, en principio, toda disfunción ambiental, que se traduce en una lesión o menoscabo al derecho o interés individual o colectivo a que no se alteren de modo perjudicial las condiciones de vida: que no se altere el equilibrio ecológico. El punto neurálgico es determinar que se entiende por modificación negativa del ambiente, a tal efecto la razonabilidad ocupa un rol protagónico. La transformación negativa está relacionada con la alteración de la capacidad de mantener una calidad de vida aceptable y un equilibrio biológico adecuado, excluyéndose entonces aquellos daños que no poseen un efecto sustantivo. Para que el daño sea “relevante” es necesario que tenga cierta gravedad; por el contrario cuando el perjuicio es insignificante no acarrea ningún tipo de responsabilidad. Esto está íntimamente vinculado con el principio constitucional de razonabilidad y la regla general de la tolerancia, basada en la percepción social y los límites de aceptación. Según Peña Chacón,²⁵ “el daño ambiental jurídicamente relevante es aquel que entra en la categoría de intolerable, por lo tanto no es cualquier daño el que interesa al derecho ambiental, sino únicamente aquel cuya magnitud, importancia o relevancia es tal que llega a afectar necesariamente su objeto de tutela, sea la vida, la salud y el equilibrio ecológico”.

Por otra parte el artículo 28 de la Ley General del Ambiente textualmente prescribe: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”. El legislador ordinario, siguiendo los mismos lineamientos que el constituyente de 1994, incorporó en esta ley de

25. M. Peña Chacón, *Responsabilidad y reparación ambiental*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2005.

desarrollo constitucional la “recomposición” como obligación primaria respecto del daño ambiental. Una vez que el perjuicio se encuentra materializado, aparece el consecuente deber de recomponer las cosas al estado anterior en el que se encontraban. Por supuesto siempre que exista la posibilidad efectiva de llevarlo a cabo, en caso contrario, si no fuera técnicamente posible la recomposición, se postula la compensación económica. Por consiguiente, queda claro que la recomposición es la regla y la indemnización ocupa un lugar excepcional o subsidiario.

A su vez, el dispositivo legal señala que la indemnización deberá ser depositada en el Fondo de Compensación Ambiental que la misma norma crea. Se trata de una derivación lógica del carácter difuso del daño ambiental que impide identificar un único titular y un patrimonio concreto que se torne beneficiario de la compensación económica, como ocurre en el tradicional daño individual. La Ley General del Ambiente crea el mencionado fondo en el artículo 34,²⁶ donde expresamente puntualiza que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y la finalidad principal será garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos, la atención de emergencias ambientales, como también la protección y conservación de los sistemas ecológicos.

V. El amparo en materia ambiental y otras acciones ambientales

En el artículo 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional se consagra el amparo colectivo en materia ambiental. La cláusula constitucional amplía los contornos del amparo individual o clásico y, en consonancia con los derechos consagrados en los artículos 41 y 42 de la Ley Suprema, ensancha el ámbito de esta garantía para que puede ser utilizada en defensa de

26. Ley N°25.675, artículo 34.- “Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial”.

los derechos de usuarios y consumidores, como también para los relativos al ambiente. Además, considera la problemática de la discriminación y la defensa de la competencia como causales pasibles de ser invocadas para el acceso a la jurisdicción, dejando incluso abierta la posibilidad de interponer esta acción en resguardo de otros derechos de incidencia colectiva.²⁷

Conforme lo establecido expresamente por el segundo párrafo del artículo 43, se encuentran legitimados para iniciar acción de amparo colectivo en resguardo del derecho a un ambiente sano: 1) el afectado, 2) el Defensor del Pueblo y 3) las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección ambiental. El término “afectado” resultaba totalmente extraño a la terminología jurídica clásica utilizada en materia de amparo. Inmediatamente después de producida la reforma constitucional, comenzaron los debates doctrinarios, en torno a la interpretación del significado de dicho concepto.²⁸

Actualmente y zanjada esa vieja discusión, se está en grado de afirmar que el propósito de los constituyentes no fue abarcar, en el segundo párrafo del artículo 43, la lesión sobre derechos subjetivos, toda vez que está comprendida en el primer párrafo de la norma constitucional. Por otro lado, tampoco resulta claro que se haya querido consagrar una acción popular como sostiene alguna doctrina minoritaria, ya que si ese hubiera sido el objetivo así se habría estipulado. Sin duda el segundo párrafo hace referencia a los derechos colectivos y, en consecuencia, reconoce que para revestir el carácter de afectado no hace falta sufrir un perjuicio directo, por el contrario, basta con acreditar un interés suficiente y razonable, con base en la relación de causalidad ya señalada. La propuesta de reconocer la figura del amparo colectivo –con las correcciones que sean necesarias a la particular naturaleza fragmentada de los intereses difusos– como vía expedita para la tutela efectiva para la cuestión planteada, puede constituirse en una canalización operativa que acuerde concretamente la mayor operatividad que se pregona para la protección del ambiente. Los diversos modelos alternativos que ofrece la experiencia comparada despiertan

27. D. A. Sabsay, P. L. Manili, “El amparo colectivo”, en AA.VV, D. A. Sabsay (dir.), P. L. Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, T. II, 2010, pp. 561-575.

28. M. Basterra, “El Amparo Colectivo, Las Acciones de Clase, La Acción Popular y la legitimación del artículo 43, 2ª parte de la Constitución Nacional”, en AA.VV., N. Sagüés (dir.), M. G. Ábalos (coord.), *Garantías y Procesos Constitucionales*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 199-241.

ciertos recelos de trasplantar instituciones ajenas a nuestros hábitos, más allá de los positivos resultados alcanzados en sus sociedades de origen.

Es conveniente, pues, abreviar en la larga tradición que el régimen amparístico tiene en nuestro medio, sin remontarse a una discusión que llevaría a apartarse del eje fundamental de la cuestión que no es otro que la necesaria tutela jurisdiccional de este derecho humano fundamental.²⁹ Las tres categorías indicadas en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional –afectado, defensor del pueblo y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección ambiental–, implican un abanico protectorio que debe ser tenido en cuenta en cada caso concreto a fin de dar una respuesta jurisdiccional efectiva acorde con la garantía constitucional consagrada en la norma indicada.³⁰

Resta, entonces, considerar cuáles son los efectos de las sentencias en este tipo de litigios. Justamente, teniendo en cuenta las características de los procesos colectivos, surge con absoluta claridad que las resoluciones que se dicten en estos deben tener efectos *ultra partes* y carácter *erga omnes* respecto de todos los sujetos que se encuentren en condiciones de ejercer el derecho colectivo que se pretende proteger con la interposición de la acción. No obstante, es importante realizar algunas consideraciones específicas sobre este tema. En primer término, corresponde aclarar que los efectos del fallo se confunden, en determinadas oportunidades, con los del propio juicio. La figura sub examine debe ser vista –a estos fines– como la influencia que ejerce cierta providencia sobre las posibles declaraciones posteriores de cualquier otro órgano, y es factible definirla como la inatacabilidad de una sentencia jurisdiccional una vez que ha quedado firme. No se trata solo de una mera repercusión negativa del pronunciamiento, esto es, la imposibilidad de abrir un nuevo juicio sobre lo mismo, sino también de una verdadera función positiva de este, es decir, la prohibición que en otro pleito se decida en forma contraria a lo ya fallado.³¹

29. El principio por el cual no hay derecho constitucional sin su garantía, entendiendo a esta en la clásica definición de Joaquín V. González como el “remedio procesal para la protección de un derecho”, es la razón por la cual nos explayamos en este punto.

30. M. A. López Alfonsín, “Las acciones ambientales”, en AA.VV, P. L. Manili (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005, pp. 209-228.

31. J. C. Hitters, “Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2005-F, p. 751.

En segundo lugar, es trascendental apuntar que el pronunciamiento dictado en los procesos colectivos tiene que ser coherente con las pretensiones deducidas en el pleito, y es disímil del que recae en un proceso constitucional como el amparo colectivo, ya que en este el primer deber jurisdiccional es controlar la supremacía constitucional y la defensa efectiva de los derechos humanos. En este contexto, mientras las acciones colectivas se dirigen a la tutela de los grupos, y se extienden a la protección de los intereses difusos, los procesos constitucionales reducen el marco de su deliberación a los problemas de inaplicación o violación de normas constitucionales y supranacionales. Aunque exista entre ellos concurrencia –como en los casos de amparos colectivos deducidos por afectación de derechos de incidencia general–, la premisa mayor es: en uno, reparar el daño causado, y, en el otro, restablecer el orden constitucional vulnerado.

Finalmente, es importante resaltar que la eficacia de la sentencia está subordinada al resultado del fallo. A tal efecto, hay que hacer una distinción basada en el resultado del pleito para determinar en qué casos los pronunciamientos afectan a todos al colectivo de personas legitimadas para promover la acción, independientemente de la intervención en el proceso, y en qué supuestos las decisiones dictadas solamente afectarán a las partes que intervinieron en el litigio.

En consecuencia, si la pretensión colectiva es desestimada los efectos solamente se limitan a los sujetos accionantes, quedando expedita la vía judicial para otros titulares que invoquen nuevos argumentos o elementos de prueba en relación los aportados en la causa fenecida. Por el contrario, si la pretensión colectiva es favorable, el efecto es *erga omnes*, aun en aquellos casos en los que se haya verificado una colisión de derechos colectivos.³²

En consonancia, la Ley General del Ambiente, en su artículo 30, establece:

Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo,

32. A. Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2005, p. 229.

quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo.

A nuestro entender, el legislador ordinario confunde en su labor reglamentaria los alcances de cada una de las normas constitucionales en juego. Esta confusión se origina en pretender torcer la voluntad del constituyente impulsando un amparo ambiental en razón de la materia, desconociendo que los parámetros del amparo colectivo consagrado en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional ya lo incluyeron entre sus límites procesales junto con el amparo de los consumidores y usuarios. Esto es: se pretende reglamentar el artículo 41 –alterando la noción de “presupuestos mínimos”–, lo cual es absolutamente legítimo en lo atinente al daño ambiental, pero a través del artículo 43, creando una multiplicidad de interpretaciones cruzadas que, en lugar de fortalecer y promover la participación ciudadana, complican inútilmente el panorama de los operadores jurídicos. Efectivamente, hoy coexisten diferentes acciones ambientales, según sean de jerarquía constitucional o infraconstitucional: a) La acción de amparo colectivo. b) La acción de recomposición del ambiente. c) La acción indemnizatoria civil. El juego de las cláusulas constitucionales –artículos 41 y 43– con la Ley N°25.675 abre un abanico de acciones que dificultan una razonable labor judicial. Es de desear que el futuro desarrollo jurisprudencial pueda fijar adecuadamente los límites de estas acciones, superando lo que Mario Valls³³ llama “una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”.

Resulta pertinente delimitar el alcance y contenido del artículo 30 y preceptos complementarios de la LGA. En principio es importante poner de resalto, que la normativa define el daño ambiental colectivo en el artículo 27

33. M. Valls, “La ley 25.675 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III-1301.

in fine como “[...] toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos”. Lo que significa que la LGA regula todo lo concerniente al daño al ambiente *per se*; sin embargo, no debe soslayarse que existe otra modalidad de generación de daño a los individuos a través del ambiente que se denomina “daño por contaminación” o “daño a la salud”.

Es claro que no necesariamente deberá efectivizarse un daño concreto a los individuos o a sus bienes para que se configure el daño ambiental. Efectivamente, puede suceder que el perjuicio al ambiente y a las personas coexista. No obstante, el daño ambiental propiamente dicho presenta características disímiles del daño individual a través del ambiente, lo que en última instancia justifica su tratamiento diferenciado.

Este proceso especial por daño ambiental de incidencia colectiva se regula por la conjunción de los artículos 27 a 34 de la LGA y está orientado primordialmente a obtener la recomposición del daño ambiental, en perfecta sincronía con la norma constitucional que dispone: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Este ha sido un reconocimiento de gran importancia que obligó a nuestro derecho a virar su mirada en relación a este tema, debiendo considerarlo en forma explícita, mediante la sanción de legislación específica. Se evidencia la necesidad de analizar un concepto que requiere de una mirada renovada de parte de nuestra comunidad, frente a un daño que demanda nuevas herramientas y perspectivas.³⁴

En consonancia, el artículo 28 de la LGA prescribe: “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder”. Se consagra así el principio objetivo de responsabilidad de conformidad con la regla de responsabilidad estipulada en el artículo 4°: “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas

34. M. E. Di Paola, D. A. Sabsay, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, en *LLADLA 2003-D*, p. 4865.

y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”. Comprobándose el rol de destacada importancia que tienen los principios ambientales reglados, a fin de delinear los contornos de este proceso. En forma complementaria, el artículo 29 de la LGA señala: “La exención de responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder [...]”. El factor de atribución no requiere, en el contexto de la responsabilidad objetiva, aspectos subjetivos. En otro orden de ideas corresponde aclarar, que dentro del proceso de daño ambiental de incidencia colectiva, al que hacíamos referencia, se distinguen diferentes acciones ambientales. Básicamente las siguientes; 1) de prevención, 2) de reparación en especie y, 3) indemnizatoria.

Otro aspecto de notable trascendencia es el de la legitimación. La LGA desarrolla un esquema diferenciado según la petición que se quiera iniciar. Por consiguiente, cuando la acción se dirige simplemente a restablecer la legalidad constitucional –cese del daño ambiental– y en el marco de un proceso constitucional como es el amparo, donde el agravio aparece de manera arbitraria y manifiesta, la legitimación resulta ser amplísima –tercer párrafo artículo 30–. Por ello se elige la fórmula “toda persona”, ya sean de existencia ideal, de derecho público o privado, las municipalidades, gobiernos provinciales o nacionales, reparticiones administrativas, las sociedades del estado, las restantes personas jurídicas o los habitantes del lugar.³⁵

La redacción utilizada por el legislador ha dado lugar a que parte de la doctrina viera consagrada una verdadera acción popular, criterio con el que discrepamos en el entendimiento de que la legitimación deviene de la titularidad, no de la habilitación para ejercer acciones si no se es titular del bien, como ocurre con la acción popular. Si se produce un daño ambiental cualquier persona está sufriendo directa o indirectamente una afectación. Todos somos los afectados, por lo que todos o cualquiera legitimados para acción por vía del amparo a que de inmediato se cese en la actividad generadora del daño. En consecuencia, no se desprende del artículo 30 *in fine* una acción popular sino una acción colectiva extendida a todos los titulares del derecho al ambiente sano.

35. J. Esain, “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, en *DJ 03/05/2006*, pp. 20-21.

Por otro lado, la acción de recomposición del ambiente lleva implícita la obligación de reparación en especie, esto es, recomponer las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad al menoscabo ecológico. En este ámbito, la legitimación es más restrictiva, y siguiendo al constituyente el legislador optó por legitimar en este sentido, al afectado, el defensor del pueblo, las asociaciones no gubernamentales de defensa del ambiente, aunque agregando, además, las administraciones nacional, provincial o municipal como sujetos habilitados para solicitar el restablecimiento de la situación de afectación del bien colectivo. Finalmente, se establece la acción indemnizatoria para los casos en que la recomposición no sea viable. En estos supuestos, se torna indispensable reemplazarla por una indemnización sustitutiva del valor del sistema ambiental no reparable, como bien lo dispone el ya citado artículo 28 de la LGA. La legitimación en esta hipótesis se reduce únicamente al damnificado por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Aún resta abordar el tema de los procedimientos, es de subrayar que LGA no indica que todas estas acciones deban tramitar por el proceso de amparo, circunstancia que expresamente dispone el último párrafo del artículo 30 respecto de la acción de cese. Sin embargo, ello no es óbice para que la petición por recomposición se lleve adelante por vía del proceso de amparo; siempre, claro está, se cumplan los requisitos exigidos para este a nivel constitucional. Por último, el artículo 33 de la LGA categóricamente determina que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, salvo que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

VI. Conclusiones

El orden público ambiental se ha constituido –en los últimos años– en el núcleo duro del derecho ambiental a la luz de la doctrina judicial, que lo interpreta como un orden público de coordinación, en tanto las leyes ambientales armonizan las acciones individuales con ciertos valores esenciales que el ordenamiento jurídico decide proteger. Este nuevo orden público apunta al conjunto de normas imperativas que controla la licitud del ejercicio de los derechos individuales para hacer posible la vida social.³⁶

36. A. Petrella, “La justicia ambiental a la luz del constitucionalismo social”, en *LL 2011-B*, p. 19.

La internacionalización de los derechos humanos con la reforma constitucional de 1994 cobra en materia ambiental un papel protagónico. Efectivamente no es posible desconocer el rol expansivo que ocupa el derecho humano a un ambiente sano como eje cardinal del sistema constitucional, lo que justifica su rol de fuente principal en la temática abordada.

Es a partir de la reforma constitucional que se consolida la idea de que el hombre es parte del ambiente y, en consecuencia, se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental, independientemente de la afección individual que cada persona pueda sufrir. Una de las finalidades primordiales del artículo 41 de la Carta Magna es tutelar el ambiente en su relación con la calidad de vida de sus habitantes, subrayando la vinculación entre el resguardo de la salud y la protección ambiental. Sin embargo, la tutela constitucional del ambiente es amplia e integradora, dado que no se limita exclusivamente a la preservación del patrimonio natural sino que incluye los valores culturales e históricos. El derecho a un ambiente sano, que junto con el derecho a la paz, a la libre determinación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad conforman el núcleo de derechos humanos de tercera generación, impacta directamente sobre el sistema jurídico en su totalidad, instaurando una nueva concepción político-filosófica: el Estado Social, Económico y Ambiental de Derecho.

La reforma constitucional de 1994 incorpora la posibilidad de prevenir y reparar el daño ambiental, independientemente del grado de afectación individual que cada individuo pueda padecer. Además, expresamente se establece que una vez producido se genera la obligación de recomposición, lo que implica una nueva concepción del derecho de daños. Este nuevo derecho es reconocido contemporáneamente con la consagración de una nueva garantía constitucional, el amparo colectivo, con características particulares en relación con los procesos desde el punto de vista de la legitimación y del acceso a la justicia.

Asimismo, los diez principios recogidos en la Ley de presupuestos mínimos para la política ambiental nacional juegan este doble papel: como principios rectores en cuanto directivas de contenido jurídico, a la vez que estándares básicos para la elaboración de una política pública en la materia. Entre estos, el principio más consolidado a partir de la doctrina y del desarrollo jurisprudencial, y el que mayor perfil propio ha adquirido, es el principio precautorio. El operador jurídico no puede desconocer sus alcances, y menos aún los responsables de los poderes públicos. Este mandamiento no

es aplicable solamente a la cuestión ambiental en general, sino a cada política sectorial, como es la propia conservación de la naturaleza.

La importancia de estos principios radica en que sirven de base para la legislación, como metas a alcanzar y como pautas de interpretación frente a conductas individuales. En otras palabras, las políticas públicas en la materia, guiadas por los principios rectores, tiendan a construir situaciones jurídicas individuales que coadyuven a reforzar el contenido del derecho al ambiente sano.

Los principios rectores del derecho ambiental cumplen importantes funciones de integración y sistematización en una rama jurídica que es caracterizada por la transversalidad de su objeto y su *vis* expansiva, lo que evidencia su alta probabilidad de fragmentación. Se estructuran en principios generales y principios sectoriales. Los primeros tienen por objeto garantizar la unicidad frente a la heterogeneidad. Los segundos, se originan en contextos particulares, derivados de subsistemas que integran las reglas especiales del derecho ambiental. En suma, el concepto de sustentabilidad recogido por el constituyente de 1994 a partir de la noción de solidaridad intergeneracional se robustece así con estos principios rectores, que fortalecen la condición de derecho fundamental que le atribuimos al derecho al ambiente sano.

En efecto, la reforma constitucional trajo como novedad, además de los mandatos constitucionales a las autoridades ya señalados, la adopción de un nuevo paradigma que surge de la íntima relación entre la sociedad, el desarrollo y los derechos humanos. Este paradigma del desarrollo humano, con recepción en diversos artículos del nuevo texto reformado además de la cláusula constitucional ambiental incorporada en el capítulo de “Nuevos derechos y garantías”, se define como “el desarrollo del hombre, por el hombre y para el hombre”. El desarrollo del derecho constitucional ambiental debe tener a este nuevo paradigma como eje, como lo fue para la Constitución histórica de 1853/60 la cláusula del progreso, y marcar así el perfil de un nuevo “Estado ecológico de derecho”. Todo el ordenamiento jurídico argentino debe repensarse a partir del modelo propuesto por la constitucionalización del ambiente y la recepción de este nuevo paradigma.

Bibliografía

M. Basterra, “El Amparo Colectivo, Las Acciones de Clase, La Acción Popular y la legitimación del artículo 43, 2ª parte de la Constitución Nacional”, en AA.VV., N. Sagüés (dir.), M. G. Ábalos (coord.), *Garantías y*

- Procesos Constitucionales*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 199-241.
- D. Bonilla Maldonado, “Justicia ambiental, normas jurídicas y acción política”, en AA.VV. G. Hardin, C. Stone, C. Rose, *Derecho ambiental y justicia social*, Bogotá, Comp. Colin Crawford - Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.
- S. G. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina -Comentada-*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006.
- M. E. Di Paola, D. A. Sabsay, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, en *LL ADLA 2003-D*.
- “Coordinación y armonización de las normas ambientales en la República Argentina”, en *Revista de Derecho de Daños 2008-3*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, 1ª edición, pp. 137-162.
- J. Esain, “El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva”, en *DJ 03/05/2006*.
- G. García Minella, “Ley General del Ambiente”, en AA.VV., E. P. Jiménez (coord.), *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2004, pp. 19-123.
- A. Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2005.
- A. M. Guevara Palacios, “Algunos aspectos del medio ambiente en el derecho constitucional comparado”, en *El Dial*, DC333.
- J. C. Hitters, “Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2005-F.
- J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- J. Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 1999.
- M. A. López Alfonsín, “El derecho ambiental en el CCCN”, en AA.VV., P. Manili (coord.), *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Hammurabi, 1ª edición, 2015.
- “Federalismo y gobernabilidad ambiental”, en revista *Debates de actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXV, N°203, julio 2010/junio 2011.
- “Las acciones ambientales”, en AA.VV., P. L. Manili (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005, pp. 209-228.

- J. P. Mas Vélez, “Reflexiones sobre los objetivos de política ambiental nacional y los instrumentos de política y gestión de la ley 25.675 desde la perspectiva del desarrollo sustentable”, en AA.VV., G. González Acosta (coord.), *Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1ª edición, 2015.
- M. Peña Chacón, *Responsabilidad y reparación ambiental*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2005.
- A. Petrella, “La justicia ambiental a la luz del constitucionalismo social”, en *LL 2011-B*.
- D. A. Sabsay, P. L. Manili, “El amparo colectivo”, en AA.VV, D. A. Sabsay (dir.), P. L. Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, T. II, 2010, p. 561/575.
- M. Valls, “La ley 25.675 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III-1301.

El ingreso de la Argentina en el Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)

*Beatriz Silvia Krom**

Resumen

Este trabajo analiza el nuevo paradigma, en tanto estándar global para la buena gobernanza del petróleo, gas y los recursos naturales.

Palabras clave: EITI.

Argentina's Entry in the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)

Abstract

This paper analyzes the new paradigm, as a global standard for good governance of oil, gas and natural resources.

Keywords: EITI.

I. Introducción

El presente trabajo describe las funciones, como herramientas, que el EITI aporta en información para generar un mejor gobierno de los sectores, que se traduce en transparencia y buenas prácticas de cada actividad.

* Abogada y Dra. (UBA), Docente Regular Titular (UBA); Directora de la Carrera de especialización de Derecho y Política de los Recursos Naturales y del Ambiente; Vicedirectora del Departamento Económico Empresarial de la Facultad de Derecho (UBA); bkrom@ciudad.com.ar

En el nuevo contexto político y social de la Argentina, los sectores económicos que son y serán potenciales exportadores de materia prima cumplirán un rol preponderante en la planificación de las políticas de Estado a delinearse en la futura administración.

Las industrias extractivas cumplirán un rol destacado, enfrentando nuevos desafíos, como son los espacios de integración regional, la preservación de su desarrollo sustentable, la biodiversidad biológica y otras cuestiones, que la involucran en un pacto social cuyo fundamento es la ética.

Esto refleja y es indicativo de que las nuevas formas de productividad solo podrán desarrollarse mediante la interacción de grupos multipartícipes que procuren alcanzar un común denominador que se traduzca en una nueva conducta cultural que supere los meros beneficios económicos.¹

De hecho, la cuestión de la sostenibilidad representa el conflicto entre dos aspiraciones simultáneas del mundo: mejorar la calidad de vida, mientras se promueve el desarrollo económico.

Estos objetivos se tornan muy difíciles de alcanzar por cuanto las industrias extractivas son en su esencia actividades modificadoras o alteradoras del ambiente e impactan de forma negativa en la opinión pública que, generalmente desconoce sus caracteres y su economía.

Asimismo, la gobernanza inadecuada de los recursos naturales, motivo de extracción, provocan conflictos en los cuales los ciudadanos perciben no beneficiarse con la explotación de estos bienes que, en definitiva, les pertenecen.

Argentina intenta superar estos escollos que entorpecen un desarrollo social proveniente de la extracción de dichos recursos naturales, promoviendo acciones que faciliten la comprensión y la transparencia sobre el modo de utilización y de gestión del sector extractivo.²

Entre los años 2017 y 2018, el gobierno argentino anuncia su compromiso de implementar el EITI. El EITI es un estándar global que proporciona un marco para que gobiernos y empresas asuman y cumplan compromisos de revelar públicamente información sobre la cadena de valor de las actividades extractivas (hidrocarburos y minería).

En el año 2018 se envía la candidatura a EITI y la misma es aprobada. A principios del 2019 la Argentina es aceptada en EITI. El consejo del EITI

1. Beatriz S. Krom, *La nueva minería sustentable*, Editorial Estudio, 2009, pp. 11-12.

2. Beatriz S. Krom, *La minería sustentable del milenio*, capítulo 1, Editorial Estudio, 2009.

aprueba la solicitud de Argentina en su reunión de Kiev, Ucrania. Argentina se convierte así en el país número 52 del EITI.

El estándar EITI exige la divulgación de la información a lo largo de la cadena de valor de la industria extractiva, desde el punto de extracción hasta el modo en que los ingresos se distribuyen en el gobierno y benefician al público en general. De acuerdo con el estándar EITI se requiere que la Argentina publique su primer informe EITI dentro de los dieciocho meses de haberse convertido en candidato, es decir antes del 20 de agosto del 2020.³

Este estándar comienza a develarse desde el inicio de todo el ciclo de producción, comenzando en el momento en que se adjudican y registran las licencias o concesiones hasta la última etapa en donde el producto de los recursos naturales extraídos se convierte en ingresos que entran en el ciclo económico.

En definitiva, el objetivo del EITI es aportar información fidedigna y transparente, como se hizo en su momento en el “Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo” (PNUD) para establecer redes nacionales e informáticas en muchos países en desarrollo. Estas redes de desarrollo sostenible constituyeron un medio oportuno para compartir información y experiencias referentes al ambiente en general y al desarrollo.⁴

La introducción de este estándar global es, sin duda, un gran aporte para el logro de la Licencia Social, ya que al ampliar y mejorar los mecanismos de difusión, información y comunicación, las actividades extractivas son conocidas por toda la comunidad y ello mejora su nivel de aceptación y aprobación, disminuyendo de manera notable la conflictividad social que es recurrente cuando las empresas extractivas comienzan sus operaciones.⁵

La iniciativa de transparencia de las industrias extractivas entró en vigencia hace aproximadamente doce años. Durante ese período, el EITI se ha expandido por todas las regiones del mundo. Perú fue el primer país en Latinoamérica (año 2007) y se ha destacado por ser el primer país en llevar el EITI a nivel subnacional.

3. Aída Aamot y Juan Cruz Vieyra, “Una mirada al futuro de EITI desde Latinoamérica” (<http://blog.iadb.org>).

4. Cámara Argentina de Empresarios Mineros, power point ilustrado.

5. Beatriz s. Krom, *La nueva minería sustentable*, Editorial Estudio, 2009, p. 481.

Desde el año 2013 el Estándar del EITI se ha ido actualizando y su impacto se ha profundizado en cada uno de los eslabones de la cadena de valor del sector extractivo.

De acuerdo con este enfoque, cubre hoy en día desde los contratos y licencias hasta las transferencias nacionales y el gasto público. Un ejemplo de ello es el impacto sobre los gastos sociales y ambientales que las empresas extractivas deben realizar y son significativos. Estos gastos, ya sea que provengan de obligaciones impuestas en una ley o de un contrato con el gobierno, deberán divulgarse y someterse a una rendición de cuentas que se traducirá en una gobernanza más transparente de los países sobre sus recursos naturales.

Son requisitos del funcionamiento del EITI:

1. Grupo Multipartícipe.
2. Marco legal e institucional.
3. Exploración y producción.
4. Recaudación de ingresos.
5. Distribución de los ingresos.
6. Gasto social y económico.
7. Resultados e impacto.
8. Cumplimiento.

En la Argentina el grupo Multipartícipe cuenta con el respaldo del gobierno, empresas y Sociedad Civil. Seguramente la parte gubernamental deberá adaptarse a la nueva ley de Ministerios que se dictará con la asunción de la nueva administración. Hasta el momento, intervenían por la parte gubernamental la Secretaría de Energía, la Secretaría de Política Minera, la Secretaría de Ingresos Públicos y la Jefatura de Gabinete.

La industria interviniente son el Instituto Argentino del Petróleo y del Gas (IAPG), YPF, la Cámara Argentina de Empresarios Mineros (CAEM) y la Cámara de Empresas Productoras de Hidrocarburos (CEPH). Por la Sociedad Civil, el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) y algunas universidades.

El EITI está gobernado por un Consejo Internacional. Este consejo toma decisiones sobre el estado de los países conforme al Estándar EITI y también desarrolla sus políticas. El Consejo tiene comités que preparan los documentos de trabajo y proporcionan una recomendación no vinculante sobre las próximas decisiones a adoptar.

La Secretaría Internacional del EITI apoya a los países en la implementación del estándar y tiene su sede en Oslo, Noruega. Organiza la Conferencia EITI, que tiene lugar cada dos o tres años, juntamente con los países que implementan el estándar.

En la Argentina, el grupo Multipartícipe sancionó un reglamento en cuyo articulado se han descripto definiciones tales como “significado del EITI”, “Estándar EITI”, “Principios EITI”, “Plan de acción nacional” y “Líder EITI”. Asimismo, se ha definido qué es el “Informe EITI”, “Informe de progreso anual”, “Proceso de validación de los informes EITI” y “Código de Conducta EITI”.⁶

Por último, se han definido términos como “Sesión” “Términos de referencia” y “Conflicto de interés”.

En los países de Latinoamérica, hay iniciativas en la forma de divulgar el informe correspondiente. Por ejemplo, en la República Dominicana se ha implementado un Portal de transparencia donde se publica información sobre la manera en que se gestiona el sector minero dominicano a lo largo de la cadena de valor del sector.

En definitiva, todas estas informaciones transparentes apuntan por un lado a mejorar la calidad institucional de los países y restaurar la confianza en sus gobernantes. También producen una serie de datos confiables que permiten diagramar políticas públicas que convaliden las ya existentes o que permitan reformularlas, apuntado siempre a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Esta iniciativa se agrega a otra importante acción por parte del gobierno, en la que Argentina es el primer país en América Latina en sumarse: me estoy refiriendo a la adhesión al programa que tuvo origen en la Cámara Minera Canadiense y al que la Argentina se integró en el año 2016, denominado “Hacia una Minería Sustentable”. La Cámara Argentina de Empresarios Mineros adhirió en el año 2016 a este programa que representa las mejores prácticas y principios de la industria minera a nivel global. El programa es una condición de membresía para los asociados de la Cámara y consiste en una autoevaluación que hacen las empresas, de acuerdo con importantes protocolos, donde son observados por un panel de expertos que controlan la veracidad de sus autoevaluaciones.

6. http://www.energia.gob.ar/plan_de_accion_al_EITI_argentina.pdf

Es de esperar que la implementación de estas importantes novedades redunde en una mayor confiabilidad, conocimiento y aceptación por parte de las comunidades hacia los operadores y gobiernos que intervienen en las actividades extractivas de los recursos minerales.

Bibliografía

Krom, Beatriz S., *La nueva minería sustentable*, Editorial Estudio, 2009, pp. 11-12.

— *La minería sustentable del milenio*, Capítulo 1, Editorial Estudio, 2009. Cámara Argentina de Empresarios Mineros.

http://www.energia.gob.ar/plan_de_accion_al_EITI_argentina.pdf

<https://www.argentina.gob.ar>

info@caem.com.ar

Instituto Argentino del Petróleo y del Gas

Secretaría de Energía

www.iapg.org.ar

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Estado y religión en la Argentina. Un panorama desde el Derecho Constitucional

Diego A. Dolabjian y Leandro A. Martínez***

Resumen

La presente contribución pretende indagar, desde una perspectiva histórica, acerca del tratamiento de la cuestión religiosa en el derecho argentino. A tales fines, identificamos los siguientes ciclos fundamentales: 1) La etapa preconstituyente (1810-1853); 2) Desde la “Constitución histórica” hasta el “Primer golpe de Estado” (1853-1930); 3) Desde el “Primer golpe de Estado” hasta la “Recuperación democrática” (1930-1983); 4) Desde la “Recuperación democrática” hasta la actualidad (1983-2019). El análisis formulado también hace hincapié en la descripción de los factores políticos y sociales que se dieron en los períodos señalados. Asimismo, se realiza un estudio de la recepción del tema religioso en las provincias argentinas.

Palabras clave: Estado y religión, sostenimiento del culto católico, libertad religiosa, neutralidad, la religión en las constituciones provinciales.

* Abogado (Facultad de Derecho, UBA). Profesor adjunto (i) de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). Profesor de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación); ddolabjian@derecho.uba.ar.

** Abogado (Facultad de Derecho, UBA). Profesor adjunto (i) de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). Especialista en Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA); lamartinez@derecho.uba.ar.

State and Religion in Argentina. An overview of Constitutional Law

Abstract

The present contribution is intended to explore, from a historical point of view, the way religion is considered under Argentine law. Therefore, the following key cycles were identified: 1) the pre-constitutional stage (1810-1853); 2) from the “historical Constitution” to the “First Coup d’État” (1853-1930); 3) from the “First Coup d’État” to the “Return to the democratic process” (1930-1983); 4) from the “Return to the democratic process” up to date (1983-2019). The prepared analysis also emphasizes the description of the political and social aspects that took place in the mentioned periods. In addition, a research is made about the reception of the religious matter by the Argentine provinces.

Keywords: State and Religion, Sustainability of the Catholic Cult, Freedom of Religion, Neutrality, Religion in Provincial Constitutions.

I. Notas introductorias

1. Preliminar

En este trabajo intentaremos ofrecer un análisis de las relaciones entre el Estado y la religión bajo el sistema constitucional argentino, con la vocación de desarrollar una exposición exhaustiva acerca de la cuestión en nuestro medio. Con tal horizonte, conviene mencionar de entrada ciertas complejidades que se presentan en el estudio de nuestro régimen. Por un lado, la Constitución federal vigente (1994) contiene varias disposiciones referidas a la cuestión religiosa que responden a visiones diversas y a épocas diferentes. Junto a ellas, desde “adentro” y desde “afuera”, concurren distintas normas alojadas en las Constituciones locales y en ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que incorporan directrices relevantes. Por otro lado, nuestro medio revela una persistente tensión entre las previsiones normativas y las prácticas efectivas, tanto a nivel institucional como social. Esta distancia entre el “deber ser” y “ser” se proyecta también, como no podía ser de otra manera, en el despliegue de las relaciones entre el Estado y

las religiones. Advertidas tales dificultades normativas y extranormativas, en las líneas que siguen se describen no solo las disposiciones del sistema normativo de la Constitución federal, sino también otras marcas (jurídicas, históricas, sociales, políticas) que, entendemos, permiten trazar un cuadro acabado acerca de la posición del Estado respecto del culto católico y de los demás credos religiosos en las esferas “privada” y “pública”, tanto “estatal” como “no estatal”.¹

2. Las creencias religiosas en la Argentina

Si bien no es este el lugar para profundizar en el mundo de las creencias y cultos religiosos observados en la sociedad argentina, resulta conveniente reseñar alguna información básica como marco de referencia.²

En la Argentina, como en muchos países de Latinoamérica, la Iglesia católica ha ejercido –y ejerce– una posición dominante en el campo religioso, sin perjuicio de la presencia de otras creencias divergentes (religiosas o de otra índole). Así, durante el siglo XIX, tanto la expansión del liberalismo y la masonería entre las elites intelectuales y políticas como la posterior aparición de ideas socialistas y anarquistas a nivel popular desarrollaron un marcado sesgo anticlerical. A su vez, el proceso inmigratorio iniciado

1. Acerca de la distinción entre las esferas privada, pública estatal y pública no estatal para el análisis de las relaciones entre el Estado y la religión, véase Fernando Arlettaz, *Religión, esfera pública, mundo privado. La libertad religiosa y la neutralidad del Estado en las sociedades secularizadas*, Zaragoza, Pressas de la Universidad de Zaragoza, 2015.

2. Para un panorama sobre las organizaciones y creencias religiosas en la Argentina, véase Aldo R. Ameigeiras, *Religiosidad popular. Creencias religiosas populares en la sociedad argentina*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento y Biblioteca Nacional, 2008; Susana Bianchi, *Historia de las religiones en la Argentina. Las minorías religiosas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2012; Roberto Di Stéfano y Loris Zanatta, *Historia de la Iglesia argentina. Desde la Conquista hasta fines del siglo xx*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009; Fortunato Mallimaci *et al.*, *Primera encuesta sobre creencias y actitudes religiosas en Argentina*. 2008, <http://www.ceil-conicet.gov.ar/wp-content/uploads/2013/02/encuesta1.pdf>; *idem*, *Atlas de las creencias religiosas en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2013; Alfredo Silletta, *Shopping espiritual. Las sectas al desnudo*, Buenos Aires, Planeta, 2007; y los trabajos reunidos en el número especial del Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación (AA. VV., *Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación*, N°124, “Creencias, política y sociedad”, Biblioteca de la Nación, Buenos Aires, 2008 <https://bcn.gob.ar/la-biblioteca/publicaciones/boletin-de-la-bcn>).

en nuestro país en el siglo XIX, y continuado en la primera mitad del siglo XX, acrecentó el arribo de comunidades religiosas no católicas (de confesión protestante, judía, musulmana, entre otras). Sin embargo, estas no plantearon un cuestionamiento al predominio católico, en tanto configuraban grupos nacionales cerrados que no buscaban extenderse al resto de la población; en el mismo sentido que se verifica hoy con la inmigración más reciente. En cambio, la instalación en el país de las Iglesias evangélicas misioneras y pentecostales tuvo una impronta diferente, mucho más inclinada hacia su expansión. También deben mencionarse algunos movimientos religiosos como el espiritismo, el mormonismo y los testigos de Jehová, que tienen larga data en el país, al igual que ciertos cultos populares bastante extendidos (*v. gr.*, “Ceferino Namuncurá”, “Difunta Correa”, “Gauchito Gil”, entre otros) junto a curanderos y manosantas. A su vez, puede señalarse algunas manifestaciones de cultos afrobrasileños y del *new age* que aparecieron en la década de los setenta, como también la cuestión de las “sectas”, cuyo debate se instaló en la década de los ochenta, y el fenómeno de la Iglesia Universal, y otras semejantes, que se expandieron desde los años noventa. En la actualidad, el espacio del culto católico aparece con nuevos bríos, especialmente desde la llegada al Vaticano del cardenal Jorge M. Bergoglio y su consagración como papa.

En cuanto a las cifras de la religión, solo caben aquí algunas aproximaciones. Así, siguiendo a Mallimaci *et al.*,³ lo primero que cabe destacar es que la sociedad argentina es una comunidad creyente, pues nueve de cada

3. *Op. cit.* Otros estudios ofrecen datos un poco diferentes respecto de las creencias en la Argentina, ya sea en más o en menos. Así, Francisco Díez de Velasco detalla el siguiente inventario: 85% cristianos católicos; 6% cristianos protestantes; 0,5% cristianos ortodoxos; 1% iglesias cristianas independientes; 1,4% musulmanes; 0,7% judíos; 1% cultos sincréticos diversos; aunque, a la vez, indica que entre un 20% y un 30% de la población se reconoce como ateos o no religiosos (*cf. Introducción a la historia de las religiones*, Madrid, Trotta, 2002, p. 578). Más recientemente, la encuesta de *Latinobarómetro (El papa Francisco y la religión en Chile y América Latina, 2017*, <http://www.latinobarometro.org>) muestra la siguiente composición: 66% católicos; 10% evangélicos; 21% ninguna, ateos o agnósticos; 3% otras religiones. Respecto de la información cuantitativa, cabe señalar que “[en la] Argentina, a diferencia de la mayoría de los países de América Latina, los censos nacionales no preguntan sobre la religión de los habitantes. En el siglo XX, solo el Censo Nacional de 1947 y el de 1960 preguntaron sobre la religión de los que vivían en nuestro país” (Fortunato Mallimaci *et al.*, *op. cit.*, 2013, p. 22).

diez habitantes creen en Dios, en tanto que el resto se divide entre quienes dudan y entre quienes no creen (agnósticos, ateos, indiferentes). Ahora bien, si es cierto que la gran mayoría de los argentinos se definen como creyentes, también es verdad que aparecen múltiples universos simbólicos en cuanto al Dios de esas creencias. En efecto, la mayoría sigue siendo católica (más del 76,5%), aunque el espacio de otras confesiones –cristianas y no cristianas– se ha ampliado y diversificado (*v. gr.*, 9% evangélicos; 1,2% testigos de Jehová; 0,9% mormones; 1,1% otras religiones –judíos, musulmanes, umbandas, africanistas, budistas, spiritistas, etc.–). Precisamente, en las últimas décadas se ha producido un mayor despliegue del mapa religioso, en parte por la disminución del costo de la disidencia respecto del culto mayoritario. Por lo demás, si bien prevalece la tradición cristiana, se verifican diversas expresiones en cuanto a las figuras en las que se centran las creencias (*v. gr.*, 91,8% Jesucristo; 84,8% Espíritu Santo; 80,1% la Virgen; 78,2% ángeles; 76,2% santos; 64,5% energías; 38,8% curanderos). Finalmente, cabe tener presente que, así como es plural la idea de Dios, también son muy diversas las prácticas religiosas (*v. gr.*, rezar en casa, leer textos, mirar TV, concurrir a santuarios, etc.) y los momentos en las cuales las personas recurren a la divinidad, pues no todos observan su religión de manera habitual y constante, sino que muchos acuden a ella solo ante situaciones puntuales y específicas (*v. gr.*, sufrimiento, necesidad, reflexión, felicidad, festividad, solidaridad, agradecimiento, etc.).⁴

3. Las relaciones entre el Estado y la religión según la dogmática constitucional argentina

Antes de comenzar con el estudio de las reglas particulares de nuestro régimen constitucional, vale la pena reseñar ciertas sistematizaciones

4. El fenómeno trasciende la sociedad argentina y abarca muchas comunidades occidentales. En tal sentido, se ha dicho que “La modernidad, con la consolidación de las sociedades laicas, despojó al catolicismo de su categoría de religión oficial en muchos países, creando un nuevo modelo de fe basado, sobre todo en Occidente, en grupos muy extensos de fieles que, aun conservando una vinculación ideológica (aunque vaga) con el catolicismo (lo que podríamos llamar católicos culturales o sociológicos), desarrollan una práctica religiosa muy esporádica o incluso nula (o limitada exclusivamente a los ritos bautismal, funerario y en menor medida matrimonial)” (*cf.* Francisco Díez de Velasco, *op. cit.*, p. 467).

generales que suelen encontrarse en nuestra dogmática constitucional.⁵ Así, por ejemplo, Horacio Ortiz⁶ y Manuel A. Montes de Oca⁷ señalaban cuatro maneras principales de armonizar los intereses de la Iglesia y del Estado: 1) *El Estado dominado por la religión*; 2) *La Iglesia dominada por el Estado*; 3) *La separación de la Iglesia y el Estado*; 4) *La protección del Estado a la Iglesia*.⁸ A su vez, Ramella⁹ indicaba cinco sistemas diferentes, citando a Capello: 1) *Alianza perfecta*; 2) *Alianza menos perfecta*; 3) *Cesarismo*; 4) *Relación amigable o concordataria*; 5) *Separación*. Sin perjuicio de tales esquemas, la propuesta más seguida en nuestra dogmática es la elaborada por Germán Bidart Campos,¹⁰ quien distinguió tres alternativas básicas: 1) *Sacralidad*: el Estado adopta una religión oficial y asume importantes aspectos del bien religioso, hasta convertirse casi en un instrumento de lo

5. Dentro de la bibliografía específica que, desde el Derecho Constitucional, aborda la cuestión de las relaciones entre el Estado y la religión, véase Juan Casiello, *Iglesia y Estado en la Argentina. Régimen de sus relaciones*, Buenos Aires, Poblet, 1948; Faustino J. Legón, *Iglesia y Estado. Independencia recíproca*, Buenos Aires, Amorrortu, 1949; Germán J. Bidart Campos, *Doctrina social de la Iglesia y Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2003; Alfonso Santiago, *Religión y política. Sus relaciones en el actual magisterio de la Iglesia Católica a través de la historia constitucional argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008; Ignacio J. Mendizábal, *Relación Estado-Iglesia en la Argentina. Aportes para el análisis y la discusión en el marco de una perspectiva constitucional*, Buenos Aires, UDESA, 2012 (tesis); Juan M. Vives, *Régimen constitucional de las minorías religiosas en Argentina*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015 (tesis); Mariana G. Catanzaro Román, *Relaciones entre Iglesia y Estado argentino: un análisis desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015 (tesis); entre otros.

6. *Relaciones del Estado con la Iglesia*, Buenos Aires, Imp. P. Gadola, 1901 (tesis), pp. 49 y ss.

7. *Lecciones de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Imp. La Buenos Aires, 1917, pp. 120 y ss.

8. En una línea semejante, en la obra dirigida por Jorge Sarmiento García (*Derecho público. Teoría del Estado y de la Constitución. Derecho constitucional. Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pp. 174-175) se mencionan otras cuatro opciones: 1) *Iglesia subordinada al Estado*; 2) *Estado subordinado a la Iglesia*; 3) *Separación entre Iglesia y Estado*; y 4) *Sistema de colaboración armónica*.

9. Pablo A. Ramella, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 195.

10. *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1966, p. 7; y, del mismo autor, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. I-B, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 23.

espiritual; 2) *Secularidad*: el Estado reconoce el valor de la religiosidad y establece relaciones de cooperación con uno o varios cultos, pero sin sumir lo espiritual como una tarea propia; 3) *Laicidad*: el Estado adopta una actitud de indiferencia o neutralidad ante el fenómeno religioso, separando tajantemente sus funciones del campo espiritual.¹¹ Más recientemente, Paulina Chiacchiera Castro¹² reseñó cinco modelos, siguiendo a Cliteur: 1) *El ateísmo político*; 2) *El Estado aconfesional*; 3) *El Estado multirreligioso o multicultural*; 4) *El Estado con Iglesia oficial*; 5) *La teocracia*.¹³

II. Estado y religión en la Constitución federal de la Argentina

Expuesto lo anterior y a fin de ingresar ya en la exposición del régimen de las relaciones entre el Estado y la religión en nuestro Derecho

11. En sentido semejante, véase Helio J. Zarini, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 387 y ss.; Carlos M. Bidegain *et al.*, *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, pp. 97 y ss.; Mario A. R. Midón, *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 191; María C. Serrano, “La Iglesia y el Estado”, en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 217 y ss.; Adolfo G. Ziulu, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pp. 201-202; entre otros.

12. Paulina Chiacchiera Castro, “La sociedad y el Estado argentino” y “Derechos humanos (segunda parte)”, en Antonio M. Hernández (dir.), *Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 392-393.

13. Con mayor detalle, en la bibliografía extranjera se han distinguido ocho modelos de relaciones entre el Estado y la religión que aquí se describen con leves ajustes en las denominaciones para unificar la terminología: 1) *Laicismo fuerte (ateísmo estatal)*; 2) *Secularismo asertivo*; 3) *Secularismo indiferente*; 4) *Separación con reconocimiento formal a una religión*; 5) *Separación formal con preeminencia real de una religión*; 6) *Separación formal con alojamiento de diversas religiones*; 7) *Separación formal con enclaves religiosos*; 8) *Sacralidad fuerte (religión oficial)* (cfr. Ran Hirschl, “Comparative constitutional law and religion”, en Tom Ginsburg y Rosalind Dixon (eds.), *Comparative Constitutional law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 422 y ss.). Para un recorrido sobre la cuestión religiosa en las Constituciones del mundo, véase Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, “El relieve constitucional de la identidad religiosa (Un ensayo de derecho constitucional comparado)”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N°N°96, 2018 <https://www.racmyp.es/docs/anales/A95-26.pdf>.

Constitucional, distinguimos cuatro ciclos elementales, a saber:¹⁴ 1) *La etapa preconstituyente (1810-1853)*, período que abarca los primeros ensayos constitucionales anteriores a la sanción de la Constitución histórica de 1853/60 y que se caracterizaron en general por el reconocimiento del catolicismo como religión oficial; 2) *Desde la “Constitución histórica” hasta el “Primer golpe de Estado” (1853-1930)*, etapa que se inicia con la vigencia de Constitución histórica y la ejecución de su programa liberal y se cierra con la ruptura del régimen constitucional y el surgimiento del mito de la “nación católica” hacia 1930; 3) *Desde el “Primer golpe de Estado” hasta la*

14. Al respecto, corresponde formular algunas aclaraciones metodológicas. En cuanto a la periodización efectuada, nuestra propuesta se basa en dos premisas: a) el estudio se dirige a las relaciones entre el Estado y las religiones en general, sin perjuicio de reparar en la especial posición de la Iglesia católica y b) el análisis se enfoca en las reglas constitucionales vigentes en cada momento, sin perjuicio de reparar en las prácticas efectivamente observadas en cada momento. En cambio, otros esquemas que se centran en la Iglesia católica proponen períodos distintos: a) 1853-1966, libertad de cultos sin igualdad de cultos definida en la Constitución; b) 1966-1994: reforzamiento del estatus de la Iglesia católica mediante el concordato; c) 1994-actualidad: reforzamiento de la neutralidad religiosa en virtud de la reforma constitucional (cfr. Paulina Chiacchiera Castro, *op. cit.*, p. 393; Alfonso Santiago, *op. cit.*, p. 229 y ss.; *idem*, “El estatus de la religión y de la Iglesia católica en la Constitución Nacional”, en Julio C. Rivera [h.] et al. [dirs.], *Tratado de los derechos constitucionales*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pp. 620 y ss.; Horacio R. Bermúdez, “La libertad religiosa en la Constitución Nacional”, en *La libertad religiosa en el Derecho argentino*, Buenos Aires, Calir - Konrad Adenauer Stiftung, 2007, pp. 5 y ss.). A su vez, otras alternativas que enfatizan las prácticas institucionales diferencian ciclos distintos: a) 1853: predominio liberal en la Constitución; b) 1853-1930: desarrollo de la visión secular; c) 1930-1983: secularismo con imposiciones religiosas determinadas; d) 1983-1994: retorno al predominio secular; e) 1994: consolidación de la visión secular; f) Actualidad: secularismo con injerencias religiosas (cfr. Nahuel Maisley, “La libertad religiosa en la Argentina”, en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi [coords.], *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 27). En cuanto a la normativa y jurisprudencia que se reseña en cada etapa, nuestro planteo se centra en aquellas que versan sobre las organizaciones o las prácticas religiosas, o que tratan otros temas sobre los cuales pesaron argumentos religiosos de manera considerable, dejando de lado referencias a cuestiones más generales que no tienen tales características, aunque puedan ser relevantes en las agendas de los respectivos credos (*v. gr.*, relaciones familiares, identidad sexual, prácticas médicas, consumo de estupefacientes, etc.). En cambio, otras visiones citan normas y sentencias a la luz de las posturas de la Iglesia católica, aunque aquellas no versen sobre cuestiones estrictamente religiosas (cfr. Alfonso Santiago, *op. cit.*, 2008, p. 311 y ss.).

“*Recuperación democrática*” (1930-1983), lapso de marcada inestabilidad expresada en una sucesión de gobiernos *de iure* y *de facto*, con recurrentes apariciones del mito de la “nación católica” y diversos conflictos religiosos, en el cual se destacan la reforma constitucional de 1949 y el acuerdo con la Santa Sede de 1966; 4) *Desde la “Recuperación democrática” hasta la actualidad* (1983-2019), fase que comienza con el restablecimiento del Estado constitucional en 1983 y en la que se destaca la reforma constitucional de 1994, y que continúa su desenvolvimiento hasta la fecha.¹⁵

1. La etapa preconstituyente (1810-1853)

Bajo la dominación española, el culto católico fue la religión oficial en el Río de la Plata –como en las demás colonias– con prohibición absoluta de cualquier otro credo.¹⁶ Tal régimen subsistió durante los primeros tiempos posteriores a la independencia de la Argentina, conforme se observa en los distintos proyectos constitucionales que se elaboraron en la época.¹⁷ Básica-

15. Para ampliar acerca de las relaciones entre el Estado y la Iglesia en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, véase Bernd Marquardt, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina, 1810-2010. Historia constitucional comparada*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011; y Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.

16. En rigor, podría decirse que en el ámbito colonial no existía un deslinde entre Estado e Iglesia, pues no había un sujeto autónomo de las estructuras estatales al que se pueda dar el título de la Iglesia. Es recién a partir del proceso de secularización, especialmente a partir del siglo XIX, que pueden distinguirse dos entidades diferentes, con sus respectivas esferas e instituciones —la política y la religiosa— más allá de la conservación de estrechos vínculos entre sí (*cf.* Roberto Di Stéfano y Loris Zanatta, *op. cit.*, p. 10 y ss.).

17. *Cfr.* Proyecto de Constitución para las Provincias del Río de la Plata, redactado por la comisión oficial nombrada en 1812; Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata de la Sociedad Patriótica de 1813; Proyecto de Constitución, de carácter federal para las Provincias Unidas de la América del Sud de 1813; Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1813; Estatuto Provisional de 1816; Reglamento Provisional de 1817; Constitución de 1819; Constitución de 1826; Proyecto de Constitución para la República Argentina de Pedro de Angelis de 1852; Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina de Juan B. Alberdi de 1852. Los respectivos textos pueden consultarse en Helio J. Zarini, *Análisis de la Constitución Nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 25 y ss.

mente, en ellos se reconocía a la religión católica apostólica romana como religión oficial del Estado, única y preponderante; se imponía al Gobierno el deber de protección y sostenimiento de la Iglesia católica, pero a la vez que se suprimían las contribuciones forzosas a los habitantes con objeto de religión; se consagraba el derecho individual a no ser perseguido por las opiniones religiosas privadas, pero se imponía a todos el deber de respetar el culto católico, cuyo incumplimiento se equiparaba a vulnerar la Constitución y las leyes fundamentales; y se recogía el patronato como atribución del Poder Ejecutivo. Es importante tener en cuenta que el catolicismo ocupó un lugar relevante durante el proceso emancipatorio y de organización nacional. Frente al prelado español, el clero criollo adhirió con entusiasmo a la causa revolucionaria e independentista, con una activa participación en las tareas gubernativas, especialmente en asambleas y congresos constituyentes.¹⁸

Sin embargo, ya entre 1821 y 1822 surgieron en Buenos Aires tensiones entre las autoridades civiles y la Iglesia local a raíz de las denominadas “refor-

18. En efecto, durante la Revolución de Mayo participaron 24 clérigos en el Cabildo Abierto, entre un total de 251 asistentes. De allí surgió el primer gobierno patrio, la “Primera Junta” encabezada por Cornelio Saavedra y otros ocho miembros, entre quienes había un sacerdote (Manuel Alberti). Uno de los primeros actos del gobierno fue la celebración del Tedeum en la Catedral de Buenos Aires, inaugurando una tradición que ha sido observada por todos gobiernos hasta hoy en los festejos del “Día de la Patria” (25 de Mayo). En la Asamblea General Constituyente y Soberana de 1813 participaron también varios religiosos, así como también en el Congreso Soberano de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1816, que se instaló en San Miguel de Tucumán en la fecha “que consagra nuestra madre la Iglesia a la memoria del adorable misterio de la Encarnación del Hijo de Dios”. Allí, previo juramento de “conservar y defender la Religión Católica, Apostólica y Romana, promover todos los medios de conservar íntegro el territorio de las Provincias Unidas contra toda invasión enemiga, y desempeñar los demás cargos anexos a su alto empleo”, se adoptó la Declaración de Independencia respecto de España, en la que se invocó “al Eterno que preside el universo” y se protestó “al Cielo, a las naciones y a los hombres” la justicia de su votación, con la rúbrica de 29 diputados, de los cuales 11 eran clérigos (Manuel A. Acevedo, Pedro M. Araújo, José E. Colombes, Pedro I. de Castro Barros, Pedro F. de Uriarte, Pedro L. Gallo, José A. Pacheco de Melo, Cayetano J. Rodríguez, Antonio M. N. Sáenz, Justo Santa María de Oro, José I. Thames) (cfr. Emilio Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas. Seguidas de los textos constitucionales legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, t. I, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Peuser, 1937, p. 181, <http://www.ravignanidigital.com.ar>).

mas rivadavianas” que avanzaron en una política regalista.¹⁹ A su vez, en 1825 se produjo un giro relevante, pues lo que hasta entonces aparecía como una mera tolerancia hacia los credos no católicos se fue abriendo hacia una expresa garantía de la libertad de cultos, aunque siempre pensada para los súbditos británicos.²⁰ Más tarde, en 1832, se presentó otro grave conflicto con el catolicismo —esta vez, con la Santa Sede— en relación con el ejercicio del patronato.²¹

Frente a tal reformismo, Juan M. de Rosas (1835-1852) se alzó como el restaurador de las leyes, no solo civiles sino también religiosas, aunque siempre al servicio de su régimen. Así, la Iglesia católica recuperó su lugar aunque como instrumento de legitimación y bajo control de su gobierno personalista. Al margen, permitió el reingreso de los Jesuitas, pero luego fueron expulsados nuevamente.

En las antípodas se encontraba la “generación del 37”. Muchos integrantes, que bregaban por el abandono de los modos monárquicos heredados de la colonia y la instauración de una democracia fundada en derechos, debieron exiliarse para recién retornar con la caída del régimen rosista. La obra de Esteban Echeverría²² sintetizaba la opinión de ese movimiento. En

19. Tal reforma fue impulsada por Bernardino Rivadavia, ministro del gobernador Martín Rodríguez, e implicaron suprimir el fuero eclesiástico, eliminar el diezmo, asumir el costo del culto por el Estado, reformar el cabildo eclesiástico, imponer reglas a los clérigos, suprimir conventos y expropiar sus bienes y rentas, etc. Medidas parecidas se implementaron también en Cuyo.

20. Tal avance se dio con el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado con Gran Bretaña, con una ley dictada en la Provincia de Buenos Aires y con la efímera “Carta de Mayo” dictada en la Provincia de San Juan (cfr. Horacio R. Bermúdez, *Libertad e igualdad religiosas en el Estado de Derecho. Una actualización de su formulación constitucional para una sociedad plural*, Buenos Aires, Eudeba, 2017, p. 8 y ss.). La legislación y el tratado impulsados desde Buenos Aires suscitaban diversas resistencias en los sectores tradicionales, pudiendo mencionarse como ilustrativa la bandera que por entonces enarbó el caudillo riojano Juan Facundo Quiroga en defensa del catolicismo bajo el lema “Religión o Muerte”.

21. Ello, dado que el papa Gregorio XVI decidió nombrar a Mariano Medrano como obispo de Buenos Aires sin la presentación del gobierno bonaerense. Este tipo de disputas que planteaba el ejercicio del patronato fueron sorteadas pragmáticamente a través de un *modus vivendi* al margen de las reglas constitucionales vigentes.

22. *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*, recogido en *Obras Completas de D. Esteban Echeverría*, t. IV, Buenos Aires, Imp. y Lib. de Mayo, 1946 [1873].

materia de cultos, reconocía las virtudes moralizadoras del cristianismo, pero criticaba la conducta observada por el clero; rechazaba el reconocimiento de una religión oficial, pero consideraba que la Iglesia debía servir a la elevación de las masas populares; bregaba por la libertad y la igualdad de cultos, por respeto a la conciencia individual y como forma de estimular la inmigración extranjera; sostenía que ningún culto debía tener privilegios, pero todos debían ser respetados y protegidos, salvo que atentasen contra el orden social. En una lógica afín se manifestaba Juan B. Alberdi,²³ cuya obra incidiría directamente en la Constitución histórica de 1853/60:

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. Esto es verdadero a la letra: excluir los cultos disidentes de la América del Sur, es excluir a los ingleses, a los alemanes, a los suizos, a los norteamericanos, que no son católicos; es decir, a los pobladores de que más necesita este continente. Traerlos sin su culto es traerlos sin el agente que los hace ser lo que son [...]. [En el tema de la religión,] como en otros muchos, nuestro derecho constitucional moderno debe separarse del derecho indiano o colonial, y del derecho constitucional de la primera época de la revolución. El derecho colonial era exclusivo en materia de religión, como lo era en materia de comercio, de población, de industria, etc. [...]. Pero nuestra política moderna americana, que en vez de excluir debe propender a atraer, a conceder, no podrá ratificar y restablecer el sistema colonial, sobre exclusión de cultos, sin dañar los fines y propósitos del nuevo ré-

23. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1852.

gimen americano. Ella debe mantener y proteger la religión de nuestros padres, como la primera necesidad de nuestro orden social y político; pero debe protegerla por la libertad, por la tolerancia y por todos los medios que son peculiares y propios del régimen democrático y liberal, y no como el antiguo derecho indiano por exclusiones y prohibiciones de otros cultos cristianos [...]. Será necesario, pues, consagrar el 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 religión católica. Lejos de ser inconciliables, se necesitan y completan mutuamente. La libertad religiosa es el medio de poblar estos países. La religión católica es el medio de educar esas poblaciones...²⁴

2. Desde la “Constitución histórica” hasta el “Primer golpe de Estado” (1853-1930)

2.1. La discusión en la Convención Constituyente de 1853

La relación entre el Estado y la religión fue ampliamente discutida en la Convención Constituyente de 1853.²⁵ Al respecto, vale la pena destacar que, de los veinticinco constituyentes, tres eran clérigos (Pedro Zenteno, Manuel Pérez y Benjamín Lavaysse), quienes tuvieron una activa intervención en los debates sobre las cláusulas religiosas, a veces con posturas enfrentadas.²⁶ Una de las discusiones más importantes se presentó en torno al artículo 2º del

24. En función de tales ideas, el proyecto de Constitución alberdiano invocaba a Dios (preámbulo) y señalaba que la Confederación adopta y sostiene el culto católico y garantiza la libertad de los demás (art. 3º). A la par, aseguraba a todos los habitantes la libertad de profesar todo culto (art. 16), lo cual se reafirmaba respecto de los extranjeros (art. 21). Además, la fórmula del juramento presidencial incluía el mantenimiento de la religión del Estado y la tolerancia de las otras (art. 84) y aludía al patronato, el pase y a los concordatos entre las atribuciones del Poder Ejecutivo (art. 85, incs. 10, 11 y 16).

25. Al respecto, véase Emilio Ravignani, *op. cit.*, t. IV, p. 488 y ss.

26. *Cfr.* Santiago Alfonso, *op. cit.*, 2014, p. 623. En general, Zenteno y Pérez sostenían posturas más conservadoras acerca de la vinculación del Estado y la Iglesia católica, en tanto que Lavaysse planteaba posiciones de menor compromiso entre ellas.

proyecto constitucional. Allí quedaron plasmadas dos posiciones principales: 1) *una visión conservadora*, que se inclinaba a favor de la consagración de la fe católica como religión oficial, y en contra del reconocimiento de la libertad de cultos (Zenteno, M. Pérez, Leiva, Díaz Colodrero y Ferré);²⁷ y 2) *una visión liberal*, que se inclinaba a favor del sostenimiento económico del credo católico y del reconocimiento de la libertad religiosa (Gorostiaga, Lavaysse, Zapata, Seguí, Gutiérrez, Zuviría). También hubo algunos otros debates interesantes en la materia, al tratarse y votarse otras disposiciones constitucionales: así, el artículo 14, que reconocía el derecho de profesar libremente el culto; el artículo 16, que establecía la supresión de los fueros especiales y la igualdad para el acceso a los cargos públicos;²⁸ el artículo 65, que prohibía a los eclesiásticos regulares ser miembros del Congreso; el artículo 67, inciso 15, que reglaba el trato con los indígenas;²⁹ el artículo 67, inciso 20, que aludía a la admisión de otras órdenes religiosas; el artículo 76, que exigía el culto católico para ser Presidente y Vicepresidente; el artículo 86, incisos 8º y 9º, que fijaban el patronato nacional y el pase de los documentos pontificios.³⁰

27. Al discutirse este artículo, el convencional Zenteno propuso el siguiente texto: “La Religión Católica Apostólica Romana, como única y sola verdadera, es exclusivamente la del Estado. El Gobierno federal la acata, sostiene y protege, particularmente para el libre ejercicio de su Culto público. Y todos los habitantes de la Confederación le tributan respeto, sumisión y obediencia”. Roque Pérez propuso: “El Gobierno Federal profesa y sostiene el Culto Apostólico Romano”. Leiva propuso: “La Religión Católica Apostólica Romana (única verdadera) es la Religión del Estado. Las Autoridades le deben toda protección y los habitantes veneración y respeto”. Tales propuestas fueron rechazadas.

28. Al discutirse este artículo, el convencional Leiva propuso el siguiente texto: “Las personas que componen el Gobierno Federal de la Confederación han de pertenecer a la Comunión Católica Apostólica Romana”, lo cual no fue aceptado.

29. Al discutirse este artículo, el convencional Lavaysse propuso: “...invocando la caridad evangélica y sus deberes como sacerdote, que no solo se conserve el trato pacífico con los indios sino que se procure su conversión”. En cambio, Seguí “pedía explicaciones sobre el modo como se pensaba conservar ese trato pacífico y los esfuerzos que habían de hacerse para atraerlos y civilizarlos, porque si estos habían de ser ineficaces, él votaría su exterminio sin comprometer sus sentimientos de caridad”. Finalmente, la redacción aprobada fue aportada por Gorostiaga.

30. Al discutirse este artículo, el convencional Zenteno planteó, respecto del ejercicio del patronato, que debía agregarse el siguiente inciso: “previo para ello un Concordato con la Santa Sede”, lo cual no fue incorporado.

La sanción de la Constitución generó opiniones diversas en las filas del catolicismo. Así, con motivo de la jura de la Constitución sancionada, fray Mamerto Esquiú pronunció un conocido sermón en favor de su acatamiento: “Yo confieso, señores, que sería para nosotros, de indecible satisfacción, si la Religión, tal cual es en la Confederación Argentina, hubiera sido considerada con los respetos que merece [pero] a nombre de esta Religión sublime y eterna os digo, católicos, obedeced, someteos, dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios”. En cambio, otros sectores rechazaron el texto constitucional por considerar que “se ofenden los sentimientos católicos y se hiere de muerte a la religión de nuestros padres”.³¹

2.2. *El sistema normativo de la Constitución histórica de 1853/60*

En definitiva, el sistema adoptado en la Constitución histórica de 1853/60 invocaba la protección de Dios (Preámbulo) y asignaba al Gobierno federal el sostenimiento del culto católico (art. 2º). No obstante, a la vez, reconocía a todos los habitantes el derecho de profesar libremente su culto (art. 14), vedaba la injerencia estatal en las acciones privadas de las personas que quedaban reservadas a Dios (art. 19) y detallaba que los extranjeros tenían derecho a ejercer libremente su culto (art. 20). Asimismo, prohibía que los eclesiásticos regulares fueran miembros del Congreso (art. 65) y encomendaba al Congreso la admisión de otras órdenes religiosas además de las existentes (art. 67, inc. 20), con la prohibición de que las provincias ejercieran esa atribución (art. 108). No obstante, al mismo tiempo, atribuía al Congreso la competencia de promover la conversión de los indígenas al catolicismo (art. 67, inc. 15) y de aprobar los concordatos con la Silla Apostólica y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación (art. 67, inc. 19). A la par, exigía que el presidente y el vicepresidente pertenecieran a la comunión católica apostólica romana (art. 76), que juraran por Dios y los Santos Evangelios al tomar posesión de sus cargos (art. 80), y atribuía al presidente el ejercicio del patronato en representación de las iglesias catedrales, a propuesta del senado (art. 67, inc. 7º), así como la facultad de conceder el pase

31. *Cfr.* Santiago Alfonso, *op. cit.*, 2014, p. 629. Para ampliar véase Néstor T. Auza, “La Constitución de 1853 cuestionada por eclesiásticos de la Confederación”, en *Universitas*, Nº54, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1980, pp. 5 y ss.

o retener los decretos de concilios, bulas y demás documentos papales, con acuerdo de la Corte Suprema (art. 67, inc. 9º).

La mayoría de nuestra dogmática constitucional explica que, como en tantos otros puntos, allí se articulaba una receta constitucional mixta o transaccional que intentaba compatibilizar posturas contrapuestas.³² A su vez, en cuanto a la interpretación de tal régimen normativo, existe un extendido acuerdo respecto de lo que no significa, esto es, que allí no se adopta una religión oficial para el Estado argentino.³³ En cambio, se observa un profundo desacuerdo respecto de lo que sí significa, pues la regla que impone el “sostenimiento” al culto católico y sus otras alusiones ha dado lugar –en su origen y hasta ahora– a dos grandes interpretaciones, una amplia y otra limitada, cada una con importantes matices.

Para la *visión amplia*, el sostenimiento del culto católico significaría el reconocimiento oficial de una posición jurídica y moral especial a la Iglesia católica y a su doctrina, más allá del solo apoyo económico:

32. Así, a modo de síntesis, se ha explicado que “[la posición de la Constitución] no es ni la del extremo teocrático que atribuye al Estado una religión [...] ni la del extremo opuesto, el Estado laico, que lo desata en absoluto de toda vinculación con la Iglesia católica [...]. En la Argentina, la Iglesia católica tiene preferencias declaradas por la Constitución, a la vez que libertad de ejercicio de las demás” (Rodolfo Rivarola, *La Constitución argentina y sus principios de ética política*, Rosario, Ed. Rosario, 1944, pp. 211-212). Sin embargo, Marcelo Alegre sostiene que entre la postura conservadora y liberal “no parece [...] que haya existido ninguna transacción en la regulación de la religión” (cfr. “La relectura laicista del artículo 2º de la Constitución”, en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi [coords.], *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 218).

33. Sin embargo, con cierta paradoja, algunos constitucionalistas de impronta laica afirmaron precisamente que la Constitución histórica suponía la adopción del culto católico como religión del Estado (cfr. Lucio V. López, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Sud-Americana de Billetes de Banco, 1891, p. 77 y ss.; Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1959, pp. 109-110). Otros, de estirpe católica, la criticaban justamente porque ella no reconocía al catolicismo como religión oficial (cfr. José M. Estrada, *Curso de Derecho Constitucional, federal y administrativo*, Buenos Aires, Sud-Americana de Billetes de Banco, 1895, pp. 49 y ss.; Juan Casiello, *op. cit.*, pp. 81 y ss.). En la actualidad, Gregorio Badeni pareciera ser el único autor que tangencialmente alude al catolicismo como “la religión oficial del Estado” (cfr. *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 1658).

El alcance del precepto, a pesar de que no satisface a la conciencia católica del país, no debe, sin embargo, limitarse a la obligación del gobierno federal de ayudar económicamente a la Iglesia: “sostener” no significa, simplemente, costear o subvencionar, sino también, ayudar y fomentar [...]. Y es cabalmente porque se interpretó a la Constitución con este sentido amplio que le atribuimos, que al sancionarse las constituciones provinciales, inmediatamente después de aquella y de “acuerdo con los principios, declaraciones y garantías” de la nacional –según reza su artículo 5–, aparecieron fórmulas que consagraban categóricamente a la Religión Católica como Religión del Estado y nadie pretendía, por cierto, impugnarlas, ni aún el Congreso de la Nación que tuvo el derecho de revisarlas hasta la reforma de 1860.³⁴ Cuando la Constitución habla de “sostener el culto” la frase no puede reducirse a un mero apoyo de carácter económico, sino también a una decidida protección moral, pues sería un verdadero contrasentido que por un lado se ayudase pecuniariamente a la Iglesia y por otro se la hostilizase o se pretendiese aplicar leyes contrarias al espíritu y preceptos de la religión católica.³⁵

El verbo “sostener”, empleado en el texto del art. 2º, no se refiere exclusivamente al apoyo material representado por recursos financieros. Significa, además, una adhesión espiritual al catolicismo, la consagración constitucional de un sentimiento histórico que, a su vez, es el de la mayoría del pueblo argentino, y la vinculación moral existente entre el Estado y la Iglesia Católica [...], ello no significa que la Iglesia Católica sea oficial, ni que el catolicismo sea una religión del Estado. El art. 2º tampoco afecta la libertad de cultos que expresamente consagran los arts. 14 y 20.³⁶ [El sostenimiento significa] una adhesión espiritual al catolicismo, la consagración constitucional de un sentimiento histórico y la vinculación moral existente entre el Estado y la Iglesia.³⁷

34. Juan Casiello, *Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1954, pp. 234-235.

35. Pablo A. Ramella, *op. cit.*, p. 196.

36. Helio J. Zarini, *op. cit.*, 1999, p. 393.

37. Laura San Martino de Dromi, *Historia de las relaciones institucionales entre Iglesia y Estado en Argentina*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 7.

La Constitución confiere a la Iglesia Católica un status constitucional propio y una relación especial con el Estado. Dicho status consiste en reconocer a la Iglesia como una persona jurídica de derecho público (no estatal) [...] y que aquella relación se define como de unión moral entre el Estado y la misma Iglesia. Esta unión moral significa solamente que entre la Iglesia Católica y el Estado debe existir una relación de cooperación, con autonomía de una y otro en el ámbito de sus competencias respectivas, y con reconocimiento estatal de la órbita del poder espiritual propio de la Iglesia [...]. No llegamos a advertir que la Iglesia Católica sea una iglesia oficial, ni que la religión católica sea una religión de Estado [...]. El art. 2º tampoco tiene el alcance de establecer como una obligación del gobierno federal la de subsidiar al culto católico [...]. ‘Sostener’, en cambio, quiere decir dos cosas, que ya hemos adelantado: a) la unión moral del Estado con la Iglesia, y b) el reconocimiento de esta como persona jurídica de derecho público.³⁸

El art. 2º de la Constitución Nacional [...] adopta una tesitura intermedia, según la cual no se otorga a la Iglesia Católica Romana el rol de religión oficial del Estado, pero se le reconoce un status de privilegio, es decir, una posición preferente a la de los demás cultos, sin que ello implique coartar la libertad religiosa [...]. En tal sentido, la Iglesia tiene una personalidad jurídica reconocida y garantizada por la propia Constitución, situación, esta, que no se aplica a ningún otro culto religioso [...]. Se deja claramente establecido que ni el Estado ni la Nación asumen una religión oficial [...] el verbo “sostener”, en primer lugar, significa el reconocimiento de que la Católica es la religión que profesa la mayoría del pueblo argentino. En segundo término implica la protección que el gobierno debe brindarle, sin detrimento de la libertad de cultos y, fundamentalmente, el otorgamiento de un subsidio financiero para los gastos de la Iglesia Católica en nuestro país.³⁹

38. Germán J. Bidart Campos, *op. cit.*, t. I-B, 2001, pp. 25-26.

39. Miguel Á. Ekmekdjian, *Tratado de Derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, t. I. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 192 y ss.

[Las normas constitucionales] ponen de resalto la ponderación valiosa que efectúa nuestra Constitución respecto de la Iglesia Católica. Ellas, de por sí, nos dicen que la decisión política que enmarca el artículo 2º, no se refiere al mero sustento material o presupuestario, sino que comprende un decidido apoyo a su doctrina y a sus enseñanzas, aun respetando la libertad de los otros cultos.⁴⁰

Para la *visión limitada*, el sostenimiento del culto católico solo importaría la contribución económica del Estado a la Iglesia católica, al margen de su naturaleza (como subsidio o retribución), su vigencia y su equiparación a otros credos:

... la Constitución declara que “el Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano”. No quiso con esto significar que era esa la religión del Estado, “porque no todos los habitantes del país, ni todos los ciudadanos eran católicos, ni el hecho de pertenecer a la comunión católica, había sido jamás por nuestras leyes un requisito para obtener la ciudadanía”, sino que los gastos del culto serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso.⁴¹

El gobierno sostiene el culto, pero no hace manifestación de profesarlo, porque la conciencia está fuera de su dominio, reservada solo a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados (art. 19). Ese sostenimiento se hace efectivo cubriendo los presupuestos del arzobispado, obispados, curias, cabildos, vicariatos y seminarios conciliares; acordando subvenciones para los templos, etc.⁴² El 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 [...]. El espíritu de la mayoría de los convencionales, al sancionar los artículos de la constitución vigente, ha sido el de

40. Carlos M. Bidegain *et al.*, *op. cit.*, p. 114.

41. Joaquín V. González, *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires Ángel Estrada, 1983 [1897], p. 154.

42. Agustín de Vedia, *Constitución argentina*, Buenos Aires, Coni Hnos., 1907, p. 43.

excluir toda religión de Estado, y establecer solamente que la Nación costea la religión católica.⁴³

No hay religión de Estado. Así debe entenderse el artículo, conforme a las categóricas palabras de Gorostiaga en la sesión del Congreso del 27 de abril: “El sostenimiento del culto consiste en que se cubran los presupuestos que presenten los obispos y cabildos eclesiásticos [...]”. [...] El Estado argentino no se ha impuesto el deber de propagar la religión católica más que para un solo caso, valiéndose de ella como instrumento de civilización y de gobierno: cuando trata con los indígenas que existen en algunos lugares de su territorio, promoviendo la conversión de ellos al catolicismo (art. 67, inc. 15).⁴⁴

La cláusula del “sostenimiento” del art. 2º debería restringirse [...] al mantenimiento económico del culto, nunca a la afirmación de una verdad teológica que no compete al Estado y que ninguna religión necesita. En segundo lugar, la prescripción de sostenimiento financiero por parte de la Constitución no impide que la ley sostenga también los otros cultos y prácticas no religiosas sustitutivas, lo que se debería imperiosamente hacer en aras del principio de igualdad. En tercer lugar, también es posible implementar un sistema impositivo que haga compatible el sostenimiento financiero del culto católico prescripto constitucionalmente con facilidades para los no católicos de no contribuir a ese sostenimiento sino al de su propio culto...⁴⁵

[...] esta atribución del Congreso [...] significa que el Estado concurre a sostener económicamente ese culto –a cuyo fin deberá incluir en el presupuesto de gastos de la Nación el ítem respectivo–. A criterio de los constituyentes de 1853, se quiso brindar asistencia al culto que consideraban el más arraigado en las tradiciones de nuestro pueblo, de allí su tratamiento desigualitario frente a

43. Manuel A. Montes de Oca, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

44. Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, t. II, Buenos Aires, J. Lajoune & Cía, 1923, pp. 58-59.

45. Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 288.

los demás, pero sin llegar a constituir ni una Iglesia ni un culto de Estado.⁴⁶

[...] la citada cláusula constitucional solo debe interpretarse como estableciendo la obligación del Gobierno federal de sostener económicamente a la religión católica [...]. Toda otra distinción entre personas, fundada en sus creencias religiosas o en la carencia de ellas, es inconstitucional en tanto viola el derecho a las personas a ser tratadas igualitariamente.⁴⁷

[...] resulta pertinente reconstruir el alcance actual del art. 2º inspirándonos en el ideario liberal contemporáneo [de modo que] el rango de interpretaciones aceptables del art. 2º debe reformularse considerablemente, por un lado, incluyendo alternativas que no deriven de ese artículo una obligación de financiamiento; y por el otro lado excluyendo cualquier propuesta de financiamiento desigualitario o de endoso oficial de un dogma de religión determinado.⁴⁸

Al margen de tal discordancia central, hay una expresión bastante aceptada –acuñada por Bidart Campos– según la cual el modelo de la Constitución de 1853/60 se explica como un régimen de “libertad de cultos sin igualdad de cultos”:

La fórmula de la secularidad en que se enrola la Constitución argentina está dada por la libertad de cultos sin igualdad de cultos, en cuanto hay un culto y una Iglesia que tienen preeminencia sobre las demás confesiones y obtienen un reconocimiento preferente. Se trata del culto católico y de la Iglesia respectiva [...]. La “no igualdad” de cultos y de iglesias, sin cercenar el derecho a la libertad religiosa en estricto pie de igualdad para todas las personas y comunidades, significa únicamente que la relación de la

46. Humberto Quiroga Lavié *et al.*, *Derecho Constitucional argentino*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 949.

47. Hernán V. Gullco, “La cuestión de la neutralidad religiosa del Estado”, en Julio C. Rivera (h.) *et al.* (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, p. 589.

48. Marcelo Alegre, *op. cit.*, p. 225.

República Argentina con la Iglesia Católica Romana es diferente a la que mantiene con los demás cultos e iglesias, porque cuenta con un reconocimiento especial. Por eso hemos hablado antes de “preeminencia”.⁴⁹

Sin embargo, es claro que esta comprensión no alcanza a explicar la evangelización compulsiva de las poblaciones indígenas asumida como tarea estatal por el artículo 67, inciso 15, de la Constitución histórica,⁵⁰ que, ciertamente, no encaja en la igualdad ni en la libertad de cultos, sino más bien en una actitud de discriminación e imposición religiosa.⁵¹

49. Germán J. Bidart Campos, *op. cit.*, t. I-B, 2001, p. 24. En sentido análogo, véase Miguel Á. Ekmekdjian, *op. cit.*, p. 193; María C. Serrano, *op. cit.*, pp. 219 y 239; Paulina Chiacchiera Castro, *op. cit.*, p. 393; Alfonso Santiago, *op. cit.*, 2014, p. 621; Adolfo G. Ziulu, *op. cit.*, p. 203. Otros autores se refieren a la “situación especial” de la Iglesia católica en nuestro sistema constitucional (*cf.* Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, t. IV, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, p. 538; Gregorio Badeni, *op. cit.*, p. 534). Desde otro punto de vista, se ha advertido que la libertad religiosa prevista en la Constitución histórica estaba dirigida en su significado originario a los cultos cristianos no católicos, pero no a favor de judíos, musulmanes, budistas ni, menos aún, de ateos y agnósticos; de modo que la inclusión de tales creencias respondería a un concepto moderno dirigido más bien a asegurar la libertad de conciencia (*cf.* Hernán V. Gullo, *Libertad religiosa: aspectos jurídicos*, Buenos Aires, Didot, 2016).

50. En tal sentido, resulta ilustrativa la opinión de Juan B. Alberdi (*op. cit.*): “Todo en la civilización de nuestro suelo es europeo [...]. Hoy mismo, bajo la independencia, el indígena no figura ni compone mundo en nuestra sociedad política y civil [...]. Nuestra religión cristiana ha sido traída a América por los extranjeros. A no ser por Europa, hoy América estaría adorando al sol, a los árboles, a las bestias, quemando hombres en sacrificio y no conocería el matrimonio. La mano de Europa plantó la cruz de Jesucristo en la América antes gentil. ¡Bendita sea por esto solo la mano de Europa! [...]. En América todo lo que no es europeo es bárbaro: no hay más división que esta: 1º, el indígena, es decir, el salvaje; 2º, el europeo, es decir, nosotros, los que hemos nacido en América y hablamos español, los que creemos en Jesucristo y no en Pillán (Dios de los indígenas)”.

51. De hecho, en el fragmento citado *supra*, Juan A. González Calderón (*op. cit.*, pp. 58-59) reconocía explícitamente –y no con sentido crítico– que el Estado argentino, que no había adoptado al catolicismo como religión oficial, se había impuesto “propagar la religión católica” sobre los pueblos originarios. Y hasta el propio Germán J. Bidart Campos (*op. cit.*, 1966, p. 50) pudo afirmar en la primera edición de su obra que “[e]l Estado no adopta la indiferencia ni la neutralidad, sino muy al contrario acoge un culto y hasta postula conversiones a él”. En este punto, resaltando la notable disparidad del trato a los

Dicho ello, y en cuanto a la religión como derecho individual, la mayoría de nuestra dogmática constitucional suele distinguir –con base en los arts. 14, 19, 20 y 33 de la Constitución histórica– dos ámbitos reconocidos a todos los habitantes, sean argentinos o extranjeros: 1) *La libertad de conciencia*, que es la libertad de pensamiento en materia religiosa o de otra índole; y 2) *la libertad de culto*, que es la libertad de exteriorizar y divulgar las creencias a través de expresiones y prácticas religiosas.⁵² A su vez, cabe detallar aquí que la *libertad religiosa* constitucionalmente garantizada incluye una multiplicidad de contenidos: 1) *respeto de las personas individuales*: los derechos a no padecer discriminaciones arbitrarias, a no observar determinados

ciudadanos extranjeros y a los indígenas argentinos, se ha señalado que mientras aquellos estaban facultados para ejercer libremente su culto, los últimos debían ser objeto de conversión al catolicismo (Víctor Bazán, “De ‘indios’ a ‘pueblos indígenas’; de la ‘asimilación’ al ‘pluralismo cultural’”, en *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquincentenario de su sanción*, t. I, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, p. 175). En este punto, cabe recordar que, ya bajo el dominio español, “los colonizadores procuraron reemplazar deidades autóctonas por santos católicos: el culto a la Virgen de Guadalupe reemplazó la extendida veneración a la tierra, la madre Tonantzin de los náhuatl; el Dios cristiano reemplazó a Ñanderé o Tupa de los guaraníes; y el demonio católico a los wekufé mapuche”, de modo que podría decirse que “[f]iel resabio de este concepto fue el artículo 67, inciso 15, de la Constitución Nacional de 1853” (Marina G. Catanzaro Román, *op. cit.*, p. 26). Respecto del trato hacia las poblaciones indígenas bajo la Constitución histórica de 1853/60 y la Constitución reformada de 1994, véase Horacio D. Rosatti, “Status constitucional de los pueblos indígenas argentinos”, en *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la comisión de redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pp. 191 y ss.; Julio C. García *et al.*, *Derecho constitucional indígena*, Resistencia, ConTexto, 2012; Eduardo R. Hualpa, *Derechos constitucionales de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014; Silvina Ramírez, *Matriz constitucional, estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

52. Cfr. Miguel M. Padilla, *Lecciones de derechos humanos y garantías*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 63 y ss.; Alberto R. Dalla Vía, *La conciencia y el Derecho*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1998, pp. 102 y ss.; Germán J. Bidart Campos, *op. cit.*, t. I-B, 2001, pp. 34-35; Miguel Á. Ekmekdjian, *op. cit.*, pp. 649 y ss.; Mario A. R. Midón, *op. cit.*, pp. 195 y ss.; Gregorio Badeni, *op. cit.*, p. 532; Néstor P. Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 723 y ss.; María C. Serrano, *op. cit.*, pp. 241 y ss.; Horacio D. Rosatti, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 429 y ss.; Paulina Chiacchiera Castro, *op. cit.*, pp. 671 y ss. Con un enfoque apenas distinto, Segundo V. Linares Quintana (*op. cit.*, p. 515) distinguía entre la libertad de conciencia, la libertad de expresión en materia religiosa y la libertad de culto.

deberes legales, a no participar en actos o ceremonias, a no prestar juramentos, a no recibir educación religiosa, contra las creencias de cada uno; y el derecho a adherir a un culto o no, a recibir asistencia espiritual, a contraer matrimonio, a educar a los hijos menores, según las creencias de cada uno; y 2) *respecto de las organizaciones religiosas*: a organizarse jurídicamente, a desarrollar los actos de su culto, a brindar asistencia espiritual a sus fieles, a formar a los ministros, etcétera.⁵³

El sistema adoptado en la Constitución histórica fue objeto de propuestas de enmienda en varias oportunidades, algunas para afianzar el apoyo del Estado a la Iglesia católica, aunque en su gran mayoría para afianzar su separación, sin que ninguna resultara formalmente aprobada.⁵⁴ De tal forma, dejando de lado el impacto que el Acuerdo de 1966 tuvo sobre el diseño constitucional,⁵⁵ lo cierto es que tal régimen constitucional permaneció vigente hasta la reforma de 1994 que, si bien implicó una enmienda parcial, produjo importantes innovaciones en la materia.

53. *Cfr.* Miguel M. Padilla, *op. cit.*, p. 64; Germán J. Bidart Campos, *op. cit.*, t. I-B, 2001, pp. 34 y ss.; Horacio D. Rosatti, *op. cit.*, 2010, pp. 430-431. Dentro del Derecho comparado, véase José F. Palomino Manchego y Dante M. Paiva Goyburu, “La interpretación del derecho fundamental a la libertad religiosa y sus derechos conexos, realizada por el Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 3, N°2, Santiago de Chile, 2017, <http://www.revistalatederechoyreligion.com>; y José M. Porras Ramírez (coord.), *Derecho de la libertad religiosa*, Madrid, Tecnos, 2018; entre otros. Al respecto, bien se ha observado que “la libertad religiosa es, por su naturaleza, en esencia, un derecho de libertad, y no un derecho de prestación, aunque en ocasiones, incorpore una faceta prestacional, que, en todo caso, no forma parte de su contenido esencial. La misma constituye, ante todo, un derecho de autonomía y defensa, que exige de los poderes públicos la no intervención, en garantía de su pacífico goce y disfrute, por individuos y comunidades. De ahí que la dimensión prestacional aludida se haga excepcionalmente presente cuando se requieran hacer efectivas sus condiciones reales de ejercicio, contrarrestando las circunstancias de desigualdad material en que se encuentra, inicialmente, sus concretos titulares” (*idem.*, p. 100).

54. Para una síntesis de tales proyectos, véase Horacio R. Bermúdez, *op. cit.*, 2017, pp. 56 y ss.

55. Al respecto se ha sostenido que, “[l]uego de la sanción de la CN de 1853/60, el segundo hito fundamental en el régimen constitucional de las relaciones entre el Estado argentino y la Iglesia católica, está dado por la firma del Acuerdo de 1966 que pone fin a desacuerdos de más de un siglo, sobre la existencia y modo de ejercer los presuntos derechos de patronato” (*cfr.* Alfonso Santiago, *op. cit.*, 2014, p. 656).

2.3. El desarrollo de las relaciones entre el Estado y la religión desde 1853/60 hasta 1930

En sus primeros tiempos, la Constitución de 1853/60 gozó de una envidiable lozanía, salvo por cuestiones de detalle, aunque el tema de los vínculos entre el Estado y la Iglesia católica seguía generando cierta preocupación.⁵⁶ Bajo la flamante Constitución, el gobierno de Justo J. de Urquiza se ocupó de la organización y afianzamiento del Estado, pero también de la reorganización de la Iglesia y su fortalecimiento. En efecto, bajo su gobierno se realizó un censo sobre el clero (1854), se dotó de importantes recursos presupuestarios a la Iglesia y se restablecieron las relaciones con la Santa Sede (1858).⁵⁷

56. Cfr. Alberto D. Leiva y Ezequiel Abásolo, *El constitucionalismo argentino en el siglo XX*, Buenos Aires, Dunken, 1997, p. 18 y ss. En tal sentido, vale la pena mencionar la llamativa cantidad de tesis doctorales dedicadas al tema en los primeros años de vida de la Constitución histórica. Muchas de ellas bregaban por la reforma de su artículo 2 en aras de avanzar hacia la separación del Estado y la Iglesia, a tono con la célebre frase pronunciada por Cavour en 1861: “*Libera Chiesa in libero Stato*” (cfr. Benjamín Aceval, *Libertad religiosa*, Buenos Aires, Imp. Pablo E. Coni, 1873; Virgilio M. Tedín, *La Iglesia y el Estado. Art. 7 de la Constitución Provincial*, Buenos Aires, Imp. de Pablo E. Coni, 1874; Víctor S. Guiñazú, *Separación de la Iglesia del Estado*, Buenos Aires, Imp. Mariano Moreno, 1889, cuya tesis fue rechazada por considerarse “propaganda religiosa”; Juan A. Velázquez, *El Estado y la Iglesia. Breve estudio de la materia ante nuestro Derecho*, Buenos Aires, Imp. M. Biedma e hijo, 1897; Horacio Ortiz, *op. cit.*). Téngase presente que, para entonces, José M. Estrada también criticaba el régimen constitucional, pero por considerarlo contrario al reconocimiento que merecía la Iglesia católica (*op. cit.*). Finalmente, y en línea con la posición asumida por Joaquín V. González (*op. cit.*), otras tesis defendieron la conveniencia del sistema de la Constitución (cfr. Javier E. Arias, *Relaciones entre la Iglesia y el Estado. Breve comentario al artículo II de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Sud-americana de Billetes de Banco, 1898; Carlos Zabala, *Las relaciones del Estado con la Iglesia*, Buenos Aires, Imp. Biedma e hijo, 1898, quien –precisamente– resumía el estado del debate señalando que “la legislación que hemos examinado ha sido y es constantemente atacada, por unos, como contraria a la libertad de la Iglesia católica, y por otros, como opuesta a los principios liberales y a la igualdad de cultos ante la ley”).

57. Cfr. Néstor T. Auza, “La política religiosa de la Confederación. El censo de 1854”, en *Revista Histórica*, separata N°3, Buenos Aires, Instituto Histórico de la Organización Nacional, 1979; Miranda Lida, “El presupuesto de culto en la Argentina y sus debates. Estado y sociedad ante el proceso de construcción de la Iglesia (1853-1880)”, en *Revista Andes*, N°18, Salta, Universidad Nacional de Salta, 2007. En 1854, en su mensaje presidencial

A su vez, durante la revisión constitucional para la unificación de la Confederación y Buenos Aires (1860), Félix Frías propuso modificar el artículo 2º del texto constitucional para restablecer al culto católico como religión del Estado, lo cual fue desechado.⁵⁸ No obstante, bajo la Constitución de 1853/60, los primeros Códigos se inclinaron hacia una visión comprometida con el catolicismo.⁵⁹ Paralelamente, hacia 1865 se consolida el *modus vivendi* como forma práctica de sortear las tensiones entre el Estado y la Iglesia por el ejercicio del patronato.

Se llega así a la década de 1880-1890, en que las relaciones cordiales entre el Estado y la Iglesia católica alcanzaron un punto crítico, con el

al abrir las sesiones del primer Congreso de la Confederación, Urquiza dejó explícita su vocación de “restablecer el buen orden en el gobierno de las Iglesias de la Confederación y propender al aumento e instrucción de su clero, reparación de sus templos, decencia y esplendor en el servicio del culto”. Respecto del sostenimiento económico de la Iglesia, se ha explicado que en la Confederación se siguió el modelo francés –según el cual el clero debía ser solventado mayormente por el Estado–, mientras que en Buenos Aires se siguió el modelo anglosajón –según el cual el clero debía ser solventado mayormente por los propios fieles–: “En la Confederación, nos encontramos ante un presupuesto sumamente generoso con el clero, y más si lo comparamos con el porteño: tal es así que en 1855, por ejemplo, el presupuesto de culto comprendía el 13% del presupuesto total del Estado; en Buenos Aires en cambio apenas rondaba el 2%” (Miranda Lida, *op. cit.*).

58. El proyecto de enmienda en cuestión decía: “La religión católica apostólica romana es la religión de la República Argentina, cuyo gobierno costea su culto. El gobierno le debe la más eficaz protección, y sus habitantes el mayor respeto y la más profunda veneración” (*cf.* Horacio R. Bermúdez, *op. cit.*, 2017, p. 57 y ss.). La propuesta mereció el apoyo de Anchorena, pero la oposición de Sarmiento, Roque Pérez, Gutiérrez y Vélez Sarsfield (quien luego, sin embargo, observó otro tenor al redactar el Código Civil).

59. Así, el proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor (1865) sancionaba a quien incurriera en “la tentativa para abolir o variar la religión católica, apostólica, romana” y también a quien “fuera de los casos permitidos por tratados, celebre actos públicos de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica romana” (*cf.* José M. Díaz Couselo, “Delitos contra la religión y el culto en la codificación penal argentina [1853-1941]”, en *Revista de Historia del Derecho*, N°48, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014). A su vez, el Código Civil de Vélez Sarsfield (1869) aludía a la “religión del Estado” para hacer inaplicables las leyes extranjeras contrarias al catolicismo, designaba a la Iglesia Católica como una persona de derecho público e imponía a los católicos la forma canónica para la celebración de sus matrimonios, conservaba los registros parroquiales, etc. (*cf.* Abelardo Levaggi, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho eclesiástico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969).

predominio de las corrientes laicistas que avanzaron en el dictado de la Ley 1.420 (1884), que estableció la educación laica, gratuita y obligatoria; la Ley 1.565 (1884), que reemplazó los registros parroquiales del estado de las personas por registros civiles a cargo del Estado; la Ley 1.893 (1886), que consagró la apelación ante los tribunales ordinarios contra las decisiones de los tribunales eclesiásticos; y la Ley 2.393 (1888), que impuso que los matrimonios debían celebrarse en todos los casos ante un oficial público a cargo del registro civil, sin perjuicio de que luego los cónyuges hagan bendecir su unión ante un ministro de su culto, además de secularizarse los cementerios y admitirse la apelación a los tribunales civiles de las sentencias de los eclesiásticos. Estas normas fueron vividas por la Iglesia como una agresión que fracturaba el equilibrio entre las autoridades seculares y espirituales. Posteriormente, la Encíclica *Rerum Novarum* promulgada por León XIII (1891) condujo a un renovado involucramiento de la Iglesia en la política bajo el prisma de la cuestión social, a la vez que la Ley 8.871 (1912) –conocida como “Ley Sáenz Peña”– aumentó la participación política, permitió la representación de nuevas ideas y la discusión de la influencia clerical.⁶⁰

En todo este período, la aceleración del fenómeno inmigratorio auspiciada por el Gobierno federal impactó en la configuración social de la Argentina y en la diversificación del campo religioso, tanto por la llegada de nuevas sensibilidades católicas como –más aún– por el arribo de contingentes con otras religiones, en especial, del mundo protestante.⁶¹

Ya en las primeras páginas de la colección de sentencias de la Corte Suprema se encuentra el caso *Sobre breves pontificios*⁶² relativo a la designación de monseñor Marini como delegado apostólico en nuestro país por parte del papa Pío IX, en el que se advierten las tensiones entre las autoridades civiles y eclesiásticas. En el caso *Correa*,⁶³ se rechazó el planteo de

60. Así, por ejemplo, el partido socialista alzó la bandera de la separación de la Iglesia y el Estado (*cf.* Antonio De Tomaso, *El Estado y la Iglesia*, Buenos Aires, Imp. Lotito y Barberis, 1915).

61. Sin embargo, pese a mantener siempre una política abierta a la inmigración, tras la primera posguerra comenzaron a imponerse algunas restricciones–aunque sin demasiado rigor– que, en ciertos casos, supusieron dosis de xenofobia (*cf.* Susana Bianchi, *op. cit.*, p. 195).

62. CSJN, 1863, *Fallos*, 1: 180.

63. CSJN, 1893, *Fallos*, 53: 188.

inconstitucionalidad formulado por un párroco respecto de la ley de matrimonio civil afirmando que, aunque era innegable la preeminencia consignada por la Constitución federal a favor del culto católico, la Iglesia no era un poder político con potestad de dictar leyes de carácter civil para los habitantes del país. En el caso *Rosa Melo de Cané*,⁶⁴ señaló que el sostenimiento del culto católico no impide que la Iglesia pueda ser sometida al pago de contribuciones comunes. En el caso *Boneo*,⁶⁵ reivindicó el ejercicio del patronato según toda la tradición política, judicial y administrativa del país e, incluso, el propio *modus vivendi* observado hasta la fecha. En el caso *Didier Desparats*,⁶⁶ rechazó un pedido de exención impositiva efectuado por el arzobispado de Buenos Aires, expresando que la Constitución obliga a sostener al culto católico en respuesta a las costumbres y tradiciones, pero no lo erige como religión oficial o verdadera, pues no todos los habitantes del país eran católicos: el artículo 2º es una “solución transaccional” que implica que los gastos de dicho culto serán pagados por el tesoro nacional, pero la Iglesia no puede pretender otras exenciones o privilegios que aquellos que le hayan sido expresamente acordados.

3. Desde el “Primer golpe de Estado” hasta la “Recuperación democrática” (1930-1983)

Frente al declive del individualismo liberal y contra la amenaza del colectivismo comunista, irrumpió una corriente de nacionalismo católico como “tercera vía” que prometía restablecer la armonía y justicia social mediante un régimen corporativo centrado en la defensa de la identidad nacional –de raíz católica e hispánica– ante otras influencias extranjeras. Así, con el golpe de Estado de 1930, los espacios de la democracia representativa se redujeron a la par que creció la influencia de los actores corporativos, como la Iglesia y el ejército, que suplían con su apoyo el déficit de legitimidad del gobierno *de facto*:

...hermanados por la aversión hacia las fuerzas políticas que, en su opinión, amenazaban el orden social y la cohesión nacional, her-

64. CSJN, 1911, *Fallos*, 115: 111.

65. CSJN, 1922, *Fallos*, 142: 342.

66. CSJN, 1928, *Fallos*, 151: 403.

manados también por un mismo imaginario corporativo, Iglesia y ejército fueron entablando progresivamente un estrecho vínculo que a comienzos de los años cuarenta había no solo adquirido ya todos los rasgos de una simbiosis, sino que se configuraba como el embrión del “nuevo orden cristiano”.⁶⁷

Surgía así el mito de la “nación católica” como mezcla de argentinismo y catolicismo, y una alianza entre la Iglesia católica y las fuerzas armadas que, en los años siguientes, se presentarían de manera recurrente. Tras el golpe de 1943 y el posterior ascenso de Juan D. Perón, las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica se estrecharon considerablemente, a tal punto que se retornó a la educación religiosa en las escuelas públicas a través del Decreto 18.411/43,⁶⁸ ratificado luego por la Ley 12.978 (1947). A su vez, aumentó el apoyo material y simbólico del Estado hacia la Iglesia católica, a la par que se ciñó el accionar de las otras religiones.⁶⁹ De hecho, durante la Convención Constituyente de 1949 se presentaron varios proyectos sobre reformas en materia religiosa que, en general, tendían hacia un tratamiento más favorable a la Iglesia católica que el previsto en la Constitución de

67. Roberto Di Stefano y Loris Zanatta, *op. cit.*, p. 441. En otra lectura, se ha dicho que la aparición de las Fuerzas Armadas y el renacimiento del catolicismo se dio “sin un necesario vínculo causal” (Alfonso Santiago, *op. cit.*, 2008, p. 350).

68. El art. 1º del mencionado decreto establecía: “En todas las escuelas públicas de enseñanza primaria, post primaria, secundaria y especial, la enseñanza de la Religión Católica será impartida como materia ordinaria de los respectivos planes de estudio. Quedan excluidos de esta enseñanza aquellos educandos cuyos padres manifiesten expresa oposición por pertenecer a otra religión, respetándose así la libertad de conciencia. A esos alumnos se les dará Instrucción Moral”. A su vez, disponía que tanto los docentes como los programas oficiales debían ser validados por la autoridad eclesiástica.

69. Por ejemplo, mediante el Decreto 11.609/43 se prohibió el uso de nombres que no fueran expresados en idioma nacional, o que no correspondieran a próceres de nuestra independencia, o que no figurasen en el calendario (que respondía al santoral católico). A su vez, mediante Decreto 11.576/46 se creó el Fichero Oficial del Culto Apostólico Romano, y mediante el Decreto 15.829/46 se creó el Registro Nacional de Cultos, en el que debían inscribirse todos los cultos que se profesaran que fueran distintos al católico, invocando en sus fundamentos “la acción de proselitismo desarrollada en los últimos años en todo el territorio de la República por cultos distintos de la religión sostenida por el Estado” (reinstalado luego como “Fichero Nacional de Cultos” mediante el Decreto 31.814/48 y renovado como “Registro Nacional de Cultos” mediante la Ley 21.745 de 1978, actualmente vigente).

1853/60 e, incluso, se pretendió introducir allí el registro, fiscalización e intervención estatal sobre los cultos no católicos cuyo libre ejercicio quedaba asegurado “en sus templos”. Sin embargo, tales propuestas no fueron aprobadas y, en lo sustancial, la Constitución de 1949 mantuvo las disposiciones de la anterior en la materia.⁷⁰ En este marco, vale la pena señalar que en la época peronista, la Argentina tenía una población cercana a los 15 millones de habitantes, de los cuales el 93,6% se declaró católico en el censo de 1947.⁷¹ A su vez, la actividad de los testigos de Jehová comenzó a ser proscripita⁷² y se verificaron algunas manifestaciones de “antisemitismo estatal”.

En el caso *Moxey*,⁷³ la Corte reconoció el derecho de los padres de dar a sus hijos nombres no pertenecientes al santoral católico como derivación de la libertad de cultos; pero luego, en los casos *Taylor*⁷⁴ y *Apaolaza*,⁷⁵ consideró que la indicación de tales nombres tiene razón de ser “en la estirpe y en la formalidad espiritual de la Nación” y no vulneraba la libertad de cultos. En el caso *Agüero*,⁷⁶ rechazó el pedido de una persona de credo evangélico para ser eximido de prestar juramento en el acto de entrega de un diploma universitario.

Sin embargo, esta política de intenso acercamiento entre el peronismo y el catolicismo no satisfacía a todos los involucrados. De hecho, hacia 1954

70. Cfr. Alfonso Santiago, *op. cit.*, 2014, pp. 651-652. Al respecto, se ha explicado que la reforma constitucional de 1949 “marcó un decisivo punto de inflexión en las relaciones entre la Iglesia y el régimen peronista” por cuanto la Iglesia tenía expectativas de que la nueva Constitución consagrara asuntos de su interés –enseñanza religiosa, abolición del patronato, indisolubilidad del matrimonio y hasta declaración del catolicismo como religión oficial–, pero aquellas no fueron satisfechas. En efecto, “se trataba de una Constitución impregnada de espíritu católico, pero que, además de conservar el sello regalista de la de 1853, reafirmaba la naturaleza secular del catolicismo peronista”. De tal modo, aunque la reforma fue recibida con júbilo por el catolicismo, no sorprende que al poco tiempo se desencadenara el conflicto con el peronismo (cfr. Roberto Di Stéfano y Loris Zanatta, *op. cit.*, pp. 463 y ss.).

71. Cfr. Lila Caimari, *Perón y la Iglesia católica. Religión, Estado y sociedad en la Argentina (1943-1955)*, Buenos Aires, Emecé, 2010.

72. Dicho credo fue objeto de prohibiciones en 1950, en 1969 y en 1976, recuperan su reconocimiento en 1980 (cfr. Miguel M. Padilla, *op. cit.*, p. 66).

73. CSJN, 1945, *Fallos*, 201: 406.

74. CSJN, 1948, *Fallos*, 210: 58.

75. CSJN, 1953, *Fallos*, 226: 60.

76. CSJN, 1949, *Fallos*, 214: 139.

estalló un conflicto radicalizado entre ambos bandos que incluyó, por el sector peronista, desde modificaciones legislativas hasta persecución de sacerdotes y quema de iglesias y, por el sector católico, desde la excomunión de Perón hasta declaraciones y apoyos políticos a favor de la oposición. La profundidad de tal crisis se observa ya en los giros normativos adoptados rápidamente:

Ante el estupor de los diputados opositores, que habían tenido que defender el laicismo frente a sus adversarios peronistas de 1947, los legisladores justicialistas pasaron del debate sobre la igualdad de los derechos de los niños “legítimos” e “ilegítimos” (septiembre de 1954) a la legalización del divorcio (diciembre de 1954), la supresión de la enseñanza religiosa (mayo de 1955) y, finalmente, un proyecto de reforma constitucional destinado a separar la Iglesia y el Estado (mayo de 1955).⁷⁷

El gobierno de Perón fue derrocado por la autodenominada “Revolución Libertadora” (1955) encabezada por sectores del ejército, de la Iglesia católica y de la sociedad civil con un marcado sesgo antiperonista. Se dejó sin efecto la Constitución de 1949 y se volvió a la Constitución histórica de 1853/60, para luego convocarse a una reforma constitucional (1957) que, básicamente, solo alcanzó a introducir una nueva disposición sobre derechos sociales (art. 14 bis). En materia religiosa, en consonancia con los intereses de la Iglesia, se restablecieron las exenciones impositivas mediante el Decreto 317/55, se suspendió la ley de divorcio vincular mediante el Decreto 4070/56, se celebró un acuerdo con la Santa Sede sobre jurisdicción castrense y asistencia religiosa de las fuerzas armadas (aprobado mediante el Decreto 7623/57) y se dictó la Ley 14.557 (1958) de universidades privadas que permitió extender títulos oficiales, entre otras, a las universidades católicas.⁷⁸

77. Lila Caimari, *op. cit.* Cfr. Leyes 14.394, 14.367, 14.401 y 14.404. Además, se suprimieron varios feriados religiosos, se dejó sin efecto la exención de impuestos a las instituciones religiosas, se prohibieron ciertas manifestaciones y exhibiciones religiosas, y hasta se autorizó el ejercicio de la prostitución (Decreto 4633/55), todo en el marco de la disputa con la Iglesia católica.

78. En el caso *Benvenuto* (1929, *Fallos*, 154: 119), la Corte Suprema había denegado el reconocimiento oficial a los títulos expedidos por la Universidad Católica de Buenos Aires, independientemente de su valor científico.

En el caso *Barrera y Otero Torres*,⁷⁹ la Corte dejó sin efecto una decisión anterior suya por la que había confirmado la sanción impuesta a dos secretarios judiciales que habían sido removidos por exhibir distintivos católicos, lo cual se había considerado como una falta hacia el gobierno peronista. En el caso *Sánchez*,⁸⁰ reconoció valor jurídico, para otorgar un beneficio previsional, a un matrimonio celebrado solo por iglesia sin ajustarse a la forma civil. En el caso *King*,⁸¹ reiteró que las limitaciones relativas a la elección de los nombres de las personas eran razonables sin afectación a la libertad de cultos.⁸²

Al poco tiempo, en un contexto de confrontación ya radicalizado, irrumpió la autodenominada “Revolución Argentina”, nuevamente encabezada por las fuerzas armadas apoyadas por la Iglesia, con retorno del mito de la “nación católica”.⁸³ En este marco, un hecho trascendente fue la celebración del “Acuerdo de Buenos Aires” entre la Santa Sede y la Argentina, aprobado por la Ley 17.032 (1966), por el que se reafirmó la posición de la Iglesia católica y se mutaron ciertas reglas constitucionales:

... la vigencia del Acuerdo hizo decaer la vigencia sociológica de las normas de la Constitución que regulaban la misma materia [...] el Gobierno argentino no pudo ejercitar (y no ejerció) ninguna de las competencias que la Constitución formal le atribuía en orden al patronato, pase, admisión de órdenes religiosas, etcétera.⁸⁴

79. CSJN, 1955, *Fallos*, 233: 17.

80. CSJN, 1957, *Fallos*, 239: 429.

81. CSJN, 1958, *Fallos*, 242: 321.

82. El Decreto 11.609/43 fue posteriormente derogado por la Ley 18.248 (1969) que se encuentra actualmente vigente con modificaciones.

83. La década de 1960-1970 estuvo marcada por profundas tensiones, tanto en el ámbito del Estado (por las orientaciones de los Gobiernos ante los efluvios de la “guerra fría”) como en el campo de la Iglesia (por las definiciones del Concilio Vaticano II de 1861/62 y las conclusiones del Consejo Episcopal Latinoamericano de 1968). Ante tal confrontación ideológica, que se manifestó “en términos de una cruzada para la defensa de la ‘civilización cristiana y occidental’ frente a la amenaza del comunismo”, no resultaba para nada sorprendente que las autoridades del Estado y de la Iglesia tendieran a sumar sus esfuerzos para contrarrestar planteos que amenazan a ambas (*cf.* Roberto Di Stéfano y Loris Zanatta, *op. cit.*, p. 523 y ss.).

84. Germán J. Bidart Campos, *op. cit.*, t. I-B, 2001, p. 32. En tal sentido, era discutible si los términos acordados exigían una reforma constitucional. Respecto del “Acuerdo de

A su vez, se dictó la Ley 17.531 (1966) que excluyó del servicio militar obligatorio a los clérigos, seminaristas y religiosos católicos y de otras religiones.⁸⁵ De suma relevancia fue la reforma al Código Civil mediante la Ley 17.711 (1968) que, según Guillermo A. Borda, se efectuó bajo una impronta “social y cristiana”.⁸⁶

Posteriormente, tras un breve retorno del peronismo, y en un clima de mayor hostilidad, irrumpió un nuevo golpe militar que instauró el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” (1976-1983), que se desarrolló como una feroz dictadura y que, una vez más, se apoyó en el mito de la “nación católica”:

[...] el hecho de que los nuevos dirigentes del país invocaran una vez más como fundamento de su propia legitimidad la necesidad de defender el “ser nacional”, “occidental y cristiano”, contra quienes profesaban “ideas extrañas” a él, y el que lo fueran las cúpulas naturales de ese “partido católico de la Nación” que desde hacía decenios eran las Fuerzas Armadas, concedía a la Iglesia una función activa y crucial en el nuevo orden político

Buenos Aires”, véase Miguel Á. Zavala Ortiz, *Negociaciones para el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Buenos Aires, Guadalupe, 1966; y Pedro J. Frías, *El acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1975. Con fundamento en dicho Acuerdo, en el caso *Lastra* (1991, *Fallos*, 314: 1324) la Corte Suprema sostuvo que la sede de un obispado era inembargable, imprescriptible e inalienable y que toda interferencia jurisdiccional sobre su disponibilidad estaba limitada por el ordenamiento canónico. Asimismo, en el caso *Rybar* (1992, *Fallos*, 315: 1294), consideró que no debía intervenir respecto de las sanciones impuestas por la Iglesia católica a un sacerdote en el ámbito de sus competencias.

85. En el caso *Glaser* (1966, *Fallos*, 265: 336), la Corte Suprema consideró que debía admitirse la excepción al servicio militar –rechazada por las autoridades militares– respecto de un seminarista del culto judaico, pues la normativa aplicable expresamente la otorgaba tanto para el clero regular y secular como para los seminaristas y ministros de todas las religiones.

86. El mencionado jurista indicó expresamente que “que era necesario insuflarle al Código Civil un nuevo espíritu. Su filosofía era la del siglo XIX: liberal, individual y positiva. La reforma cambia esa filosofía por la social y cristiana propia de nuestra época, la época de la *Populorum Progressio*” (cfr. Guillermo A. Borda, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971).

[...]. Efectivamente, desde el golpe de Estado fue evidente que las Fuerzas Armadas habrían aludido abundantemente al mito de la “nación católica” para legitimar la “reorganización nacional” que proponían, y que buena parte del episcopado y de la institución eclesiástica habría, como ya en el pasado, concedido su aval a tal profesión de fe [...]. En suma, se trata de la antigua y orgánica unión entre Iglesia y Fuerzas Armadas y de su representación recíproca como pilares de la “nacionalidad”.⁸⁷

En este contexto, “la discriminación por razones religiosas gan[ó] un mayor espacio”.⁸⁸ Así, entre otras medidas, se dictó el Decreto 1867/76, que institucionalizó la prohibición al despliegue de las doctrinas y actividades de los testigos de Jehová;⁸⁹ se le retiró la personería a los Hare Krishna y, en ciertos niveles, hubo muestras de “antisemitismo estatal”. A su vez, mediante la Ley 21.329 (1976) se fijaron días feriados y no laborales –muchos de los cuales respondían a festividades católicas–; se dictó la Ley 21.745 (1978), que reglamentó el Registro Nacional de Cultos, en el cual debían inscribirse todas las organizaciones religiosas que no integrasen la Iglesia católica⁹⁰ y

87. Roberto Di Stéfano y Loris Zanatta, *op. cit.*, p. 549 y ss.

88. Susana Bianchi, *op. cit.*, p. 236.

89. Tal tratamiento fue denunciado ante la Comisión IDH que resolvió: “1. Declarar que el Gobierno de Argentina violó el derecho a la seguridad e integridad de la persona (Artículo I), el derecho de libertad religiosa y de culto (Artículo V), el derecho a la educación (Artículo XII), el derecho de asociación (Artículo XXI) y el derecho de protección contra la detención arbitraria (Artículo XXV), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 2. Recomendar al Gobierno de Argentina: a) que restablezca la vigencia de la libertad religiosa y de cultos; b) que derogue el Decreto N°1867 de 31 de agosto de 1976 por atentar contra los derechos fundamentales arriba consignados; c) que adopte las providencias necesarias a efecto de que cese la persecución en perjuicio de la congregación testigos de Jehová; d) que informe a la Comisión, dentro de un plazo de 60 días, sobre las medidas tomadas para poner en práctica las recomendaciones consignadas en la presente Resolución” (caso N°2137, *Testigos de Jehová*, 18/11/1978). Finalmente, el Decreto 1867/76 fue luego derogado por el Decreto 2683/80.

90. Al respecto, señaló que la citada ley “restringe inconstitucionalmente la libertad de cultos” en tanto, prácticamente, deja librada a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la prohibición del ejercicio de los cultos y aun la privación de la personería a las organizaciones religiosas (*cfr.* Segundo V. Linares Quintana, *op. cit.*, pp. 528-529). Con otra visión se sostuvo que supe-

se adoptaron varias normas que establecieron distintas asignaciones económicas a favor del clero integrante del culto católico.⁹¹

Desde entonces, el sostenimiento económico del Estado a la religión se expresa por dos vías: 1) *los aportes directos*, que solamente se otorgan a la Iglesia católica e implican partidas presupuestarias para la Conferencia Episcopal Argentina y el pago de asignaciones a obispos, sacerdotes, seminaristas, etcétera; y 2) *los aportes indirectos*, que se refieren a exenciones o desgravaciones impositivas, que alcanzan tanto a la Iglesia católica como a los demás cultos reconocidos.⁹²

En el caso *Loiterstein de Kravetz*,⁹³ la Corte volvió a reconocer valor jurídico, para efectos previsionales, a un matrimonio que no se ajustaba a la forma civil en tanto solo había sido celebrado bajo el rito hebreo. En el caso *Watch Tower Bible and Track Society (testigos de Jehová)*,⁹⁴ declaró inadmisibile un amparo contra el Decreto 1867/76, porque entendió que no

ditar el reconocimiento estatal de las comunidades religiosas a una “razonable registración” no es inconstitucional, pero sí imponerles la adopción las formas de las asociaciones civiles (cfr. Germán J. Bidart Campos, *op. cit.*, t. I-B, 2001, p. 37 y ss.). También se ha dicho que, si bien es el Estado el que debe reconocer qué es un culto y que no a través del Registro de Cultos –para lo cual la Ley 21.745 deja “un amplio margen de arbitrio al Poder Ejecutivo”–, es posible hacer una distinción entre una religión y una secta conforme a ciertas bases determinadas (cfr. Horacio D. Rosatti, *op. cit.*, 2010, p. 431 y ss.). La cuestión resulta realmente trascendente pues, aunque la Constitución encomiende la reglamentación de los derechos fundamentales al Poder Legislativo, lo cierto es que “cada vez con mayor frecuencia es la Administración la que de alguna manera procede a dibujar el alcance de los derechos fundamentales” (cfr. Alejandra Boto Álvarez, “La determinación administrativa de derechos fundamentales: autoridades independientes y órganos de resolución de recursos especiales”, en Ramón Punset Blanco y Leonardo Álvarez [coords.], *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española*, Navarra, Civitas, 2018, p. 477).

91. Cfr. Decretos-leyes 21.540 (1977), 21.950 (1979), 22.162 (1980), 22.552 (1982), 22.950 (1983) y Decretos 1928/80, 1991/80, 22.430/81, entre otros.

92. Cfr. Juan G. Navarro Floria, “El financiamiento de las confesiones religiosas en la República Argentina”, 2007, <http://www.calir.org.ar/articulos.htm>; y María C. Serrano, *op. cit.*, p. 225 y ss. Actualmente, el aporte del Estado a la Iglesia católica sería de un poco más de 130 millones de pesos (equivalentes al 7% del presupuesto eclesiástico) y se habrían iniciado tratativas para su gradual eliminación (cfr. Diario *Clarín*, “Negociación histórica: la Iglesia inició tratativas para renunciar al aporte del Estado”, 23/8/2018).

93. CSJN, 1976, *Fallos*, 294: 91.

94. CSJN, 1977, *Fallos*, 299: 352.

había arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, sin que ello implicara juzgar sobre el fondo del asunto. En el caso *Hidalgo de Feltan*,⁹⁵ señaló que el Decreto 1867/76 prohibía las actividades de los testigos de Jehová, pero no autorizaba a expulsar de una escuela a una alumna de ese credo. En el caso *Asociación Dúo o La Misión de la Luz Divina o Asociación Mundial de Ayuda Social*,⁹⁶ consideró que era válida la prohibición de actividades de las actoras porque —aunque ellas lo negaran— lo cierto es que constituían un culto no católico y no se encontraban registradas. En los casos *Barrios*,⁹⁷ *Santa Cruz*⁹⁸ y *Ascencio*,⁹⁹ decidió que no era válida la decisión de las autoridades escolares de separar a alumnos que, pasiva y respetuosamente, se habían negado a reverenciar símbolos patrios por razones religiosas. En el caso *Carrizo Coito*,¹⁰⁰ hizo lugar a un amparo contra una resolución que había rechazado la radicación de una persona en el país por ser testigo de Jehová, señalando que el Decreto 1867/76 recaía sobre la asociación religiosa y se extendía sobre las personas. En el caso *Gorlier de D'Alessandro*,¹⁰¹ confirmó la indemnización a una empleada de una empresa pública que, siendo testigo de Jehová, resultó despedida al negarse a usar una escarapela. En el caso *Carbonell*,¹⁰² negó que un matrimonio canónico celebrado *in articulo mortis* pudiera tener valor a efectos previsionales, rechazando la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil y reiterando que la preeminencia del culto católico no implica más que su sostenimiento económico. En los casos *Lopardo*,¹⁰³ y *Falcón*,¹⁰⁴ confirmó una condena contra un testigo de Jehová que se había opuesto a cumplir con el servicio militar obligatorio, considerando que su negativa no estaba avalada por las excepciones previstas para los clérigos ni por su libertad de conciencia

95. CSJN, 1977, *Fallos*, 299: 358.

96. CSJN, 1978, *Fallos*, 300: 1263.

97. CSJN, 1979, *Fallos*, 301: 151.

98. CSJN, 1981, *Fallos*, 303: 1366.

99. CSJN, 1982, *Fallos*, 304: 1293.

100. CSJN, 1980, *Fallos*, 302: 604.

101. CSJN, 10/3/1981.

102. CSJN, 1982, *Fallos*, 304: 1139.

103. CSJN, 1982, *Fallos*, 304: 1524.

104. CSJN, 1983, *Fallos*, 305: 809.

y de cultos que resultaban contrarios al deber de prepararse y armarse para la guerra. En el caso *Sette*,¹⁰⁵ revocó una sentencia que había dado al padre la tenencia de sus hijos, quitándosela a la madre por ser testigo de Jehová.

4. Desde la “Recuperación democrática” hasta la actualidad (1983-2019)

4.1. La restauración del sistema constitucional

Tras el anterior interregno de profunda oscuridad, se convocó a elecciones en las que resultó electo presidente Raúl R. Alfonsín, quien veló por el restablecimiento de los derechos humanos y del régimen democrático.¹⁰⁶ El nuevo entorno impactó también, como no podía ser de otra manera, en el campo religioso:

Después de la apertura democrática, en 1984, el clima social y político permitió una mayor apertura religiosa [...]. En síntesis, las actitudes gubernamentales frente a las minorías religiosas parecían modificarse. Sin embargo, hay que esperar unos años más para que una reforma de la Constitución de una mayor cabida, en relación con el Estado, a temas vinculados con la libertad religiosa [...] la reforma constitucional de 1994, en la medida que, aún muy moderadamente, limitaba el monopolio católico sobre el Estado, significó un avance ya no hacia la libertad sino hacia la “igualdad religiosa”, es decir hacia un sistema en donde todas las religiones compartan el mismo status legal.¹⁰⁷

4.2. La discusión sobre la necesidad y el alcance de la reforma

A poco de restablecido el sistema constitucional, se puso en marcha el “Consejo para la Consolidación de la Democracia” mediante el Decreto

105. CSJN, 1983, *Fallos*, 305: 1627.

106. Como detalle notable, cabe recordar que en sus discursos durante la campaña presidencial de 1983, el Dr. Alfonsín recitaba el preámbulo de la Constitución federal definiéndolo como “un rezo laico y una oración patriótica” (véase <https://www.youtube.com/watch?v=9bEx5Dkfbko>).

107. Susana Bianchi, *op. cit.*, pp. 242-243.

2446/85 que, entre otros temas, debatió la cuestión de las relaciones entre la Iglesia y el Estado en su primer *Dictamen Preliminar*.¹⁰⁸ Allí se recomendaron importantes reformas al régimen de la Constitución histórica, que no lograron concretarse en ese momento, pero sirvieron de insumos para el posterior proceso reformador.¹⁰⁹

Luego del traspaso del gobierno al presidente electo Carlos S. Menem (1989), e impulsado por su aspiración reeleccionista, se celebró el denominado “Pacto de Olivos” que derivó en la Ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional (1993) y la posterior aprobación de la Constitución reformada actualmente vigente (1994).¹¹⁰

108. Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1986.

109. Dicho Consejo fue creado como órgano asesor de la flamante presidencia. Su actividad se plasmó en diferentes dictámenes con propuestas que, empero, no lograron cristalizarse en una reforma constitucional. Respecto a las relaciones entre el Estado y la Iglesia, la propuesta mayoritaria recomendó que se avanzara en una enmienda de la Constitución que consagrara un tratamiento igualitario a todos los cultos y que determinara una efectiva independencia de la Iglesia y el Estado, mediante la derogación de varias disposiciones constitucionales y la inclusión de un artículo que estableciera la libertad de culto sin ninguna mención adicional.

110. La Ley 24.309 incluyó la siguiente directriz: “Coincidentemente con el principio de libertad de cultos se eliminará el requisito confesional para ser presidente de la Nación. Se propone modificar el art. 76 de la CN en el párrafo pertinente; y el art. 80 en cuanto a los términos del juramento”. Se ha dicho que tal propuesta fue efectuada por el entonces presidente Carlos S. Menem (cfr. Alfonso Santiago, *op. cit.*, 2014, p. 662), quien efectivamente pudo ser presidente en 1989 porque había abandonado el culto islámico de su familia para adoptar la religión católica que por entonces exigía la Constitución. A su vez, entre los temas habilitados para su tratamiento por la Convención Constituyente, se señalaba: “actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los arts. 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional”, lo cual respondía a la mutación verificada sobre tales disposición a raíz de la firma del Acuerdo de 1966. En cambio, debido a que estaba excluida toda modificación de la primera parte de la CN, el constituyente no estaba habilitado a tratar, ni a modificar los artículos 2º, 14 y 20 de la Constitución histórica. En cuanto a la posición de la Iglesia se afirma que “no expresó ningún reparo respecto de las modificaciones que, en relación a la materia religiosa, incorporó la reforma constitucional de 1994. Compartía plenamente la eliminación de todas aquellas normas referidas al patronato y no tenía dificultad en aceptar la supresión del requisito de confesionalidad del Presidente, ni la variación en la fórmula de juramento, ni la alusión a la conversión de los

4.3. El sistema normativo de la Constitución reformada de 1994

En la actualidad, la Constitución reformada de 1994 mantiene la invocación de Dios (Preámbulo), el sostenimiento del culto católico (art. 2º), el derecho de libertad de culto para todos los habitantes –nacionales y extranjeros– (arts. 14 y 20), la reserva de las acciones privadas a Dios (art. 19), la prohibición de que los eclesiásticos integren el Congreso (art. 73) y la competencia del Congreso para aprobar los concordatos con la Santa Sede (art. 75, inc. 22). En cambio, ha suprimido las exigencias religiosas entre las condiciones para ser presidente y vicepresidente de la Nación (art. 89) y en la fórmula para su juramento, el cual debe hacerse respetando sus creencias religiosas (art. 93). Asimismo, se han eliminado las referencias al patronato, a los documentos eclesiásticos y a la admisión de nuevas órdenes religiosas. Por otra parte, la competencia del Congreso respecto de los pueblos indígenas viró hacia el reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural (art. 75, inc. 17), además de incorporarse una genérica referencia a la protección de la identidad y pluralidad cultural (art. 75, inc. 19).

Paralelamente, se ha otorgado jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22)¹¹¹ que

indios al catolicismo” (*cf.* Alfonso Santiago, *op. cit.*, 2014, p. 667). Sin embargo, la Iglesia expresaba allí mismo que, en una eventual reforma del artículo 2º de la Constitución, debía seguirse un texto como el de la Provincia de Córdoba, según el cual “[l]a Nación Argentina, de acuerdo a su tradición cultural, reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y público ejercicio de su culto. Las relaciones de esta y el Estado federal se basan en los principios de autonomía y de cooperación. Igualmente garantiza a los demás cultos su libre y público ejercicio, sin más limitaciones que las que prescriben la moral, las buenas costumbres y el orden público [...]. Son inviolables la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Su ejercicio queda sujeto a las prescripciones de la sana moral y el orden público. Nadie será obligado a declarar la religión que profesa”. Para ampliar acerca de los debates constituyentes, véase Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1994, <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>); y, respecto de la posición de la Iglesia, véanse los siguiente documentos redactados por la Conferencia Episcopal Argentina: “Aporte de la Conferencia Episcopal Argentina para la reforma de la Constitución Nacional”, *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, vol. I, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 1994; y *La Iglesia católica y la reforma constitucional*, Buenos Aires, Oficina del Libro, 1994.

111. En función del citado art. 75, inc. 22, la jerarquía constitucional alcanza actualmente a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración

incorporan contenidos con diversa gravitación sobre las creencias y prácticas religiosas, a saber: derecho individual de libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho individual de conservar y cambiar creencias religiosas; derecho de profesar, practicar y divulgar creencias religiosas, individual o colectivamente, tanto en privado como en público; derecho de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos reciban educación religiosa que esté de acuerdo a sus convicciones; deber del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos sin discriminaciones por motivos de religión.

4.4. *El desarrollo de las relaciones entre el Estado y la religión desde 1983 hasta la actualidad*

Con la restauración de los derechos y la democracia, se afianzó la libertad y la igualdad en materia religiosa. Algunos grupos (como los testigos de Jehová) que habían sido prohibidos durante la dictadura militar fueron autorizados, mientras que otros (como los pentecostales y umbandas) que habían sido estigmatizados salieron de las sombras; a su vez, se propagaron diversas expresiones de los “nuevos movimientos religiosos”.¹¹² Tanto es así que las estadísticas muestran que, a partir de 1990, se sumó un nuevo culto cada seis días en el Registro Nacional de Cultos.¹¹³ Sin embargo, esta etapa

Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; con más la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Acerca del significado de la mencionada disposición constitucional, véase Diego A. Dolabjian, *Derecho Constitucional profundizado*, Buenos Aires, Ediar, 2017, p. 353 y ss.

112. Cfr. Susana Bianchi, *op. cit.*, p. 242 y ss.

113. Cfr. Diario *Clarín*, “La fe de los argentinos: el explosivo aumento de la diversidad religiosa. En los últimos 15 años se registraron 900 nuevos cultos”, 10/6/2010 https://www.clarin.com/entremujeres/900-cultos-nuevos_o_H1_iIjcwmg.html.

aparece manchada por los graves atentados a la Embajada de Israel (1992) y a la Asociación Mutual Israelita Argentina –AMIA– (1994), cuyas causas y responsables aún no han sido esclarecidos. Al margen de lo expuesto, la Iglesia católica siguió ocupando una posición de preeminencia en las relaciones con el Estado (ciertamente con puntos de encuentro y desencuentro), aunque también se ha verificado cierto avance del credo evangélico en el mundo de la política.¹¹⁴

En esta etapa, con vinculación directa a la religión, se dictaron diversas normas de relevancia. La Resolución 1818/84 del Ministerio de Educación y Justicia autorizó a los alumnos de cualquier culto reconocido a abstenerse respetuosamente de reverenciar los símbolos patrios; la Ley 23.298 (1985) de Partidos Políticos estableció que los nombres de las agrupaciones políticas no podían exteriorizar o incitar antagonismos religiosos; Ley 23.592 (1988) de Antidiscriminación estableció medidas contra los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos religiosos –entre otros; la Ley 24.195 (1993) de Educación –al igual que la Ley 26.206 (2006) actualmente vigente– reconoció a la Iglesia católica y a las demás confesiones religiosas oficialmente reconocidas como agentes del sistema, a la vez que consagró el derecho de los educandos a ser respetados en sus creencias y de los padres a elegir la institución que respondiera a sus convicciones; las Leyes 24.571 (1995) y 24.757 (1996) fijaron días no laborales para los habitantes que profesen la religión judía e islámica, lo cual fue recogido en el Decreto 1584/10 y en la actual Ley 27.399 (2017);¹¹⁵ la Ley 24.660 (1996) sobre Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad aseguró el derecho a que se respete la libertad de conciencia y religión de todo interno garantizando su asistencia espiritual –aunque con cierta deferencia hacia el culto católico–; la Ley 25.164 (1999) de Empleo Público Nacional prohibió a los agentes estatales desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de religión, entre otras (art. 24, inc. h); la Ley 25.390 (2001) aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional que trata sobre diversos crímenes graves dirigidos contra grupos religiosos, entre

114. Cfr. Revista *Noticias*, “Influir en nombre de Dios: el crecimiento de los evangélicos en Argentina”, 8/10/2018, <https://noticias.perfil.com/2018/10/08/influir-en-nombre-de-dios-el-crecimiento-de-los-evangelicos-en-argentina>.

115. En este punto cabe mencionar también que, a partir de 2010, el feriado del día 12 de octubre que se denominaba “Día de la Raza” pasó a resignificarse como “Día del Respeto a la Diversidad Cultural”.

otros; la Ley 25.871 (2004) de Migraciones vedó las discriminaciones por motivos de religión y contempló la promoción de iniciativas de integración de los inmigrantes a través del conocimiento y valoración de sus expresiones religiosas, entre otras; la Ley 26.165 (2006) de Reconocimiento y Protección al Refugiado admitió tal estatus para quien tuviera temor de ser perseguido por motivos religiosos; la Ley 26.061 (2005) de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes reiteró la prohibición de discriminación por motivos religiosos y les aseguró el derecho a tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y a ejercerlo bajo la orientación de sus padres o encargados, además de asociarse libremente con fines religiosos; el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2015), si bien mantuvo a la Iglesia católica como persona de derecho público y a las demás confesiones como personas de derecho privado, avanzó en remozar sus regulaciones a la luz de los derechos fundamentales.¹¹⁶ De tal modo, así como poco tiempo después de la reforma constitucional de 1994 se afirmó que la libertad religiosa no cuenta en la Argentina con una reglamentación específica u orgánica, sino que su regulación surge de normas fragmentarias y dispersas que se encuentran tanto en los Códigos de fondo como en textos legales diversos,¹¹⁷ verificamos que tal situación se mantiene a la fecha.¹¹⁸

116. Asimismo, en esta etapa el Congreso Nacional sancionó distintas leyes que, si bien suscitaban discusiones en términos de creencias, no regulaban cuestiones estrictamente religiosas: *v. gr.*, la Ley 25.673 (2002) de salud reproductiva, la Ley 26.130 (2006) de intervenciones de contracepción quirúrgica, la Ley 26.150 (2006) del programa nacional de educación sexual, la Ley 26.618 (2010) de matrimonio igualitario, la Ley 26.742 (2012) sobre el derecho de todo paciente a aceptar o rechazar terapias o procedimientos médicos o biológicos, entre otras. En 2018 fue especialmente intenso el debate en torno a un proyecto destinado a regular el aborto (no logró ser aprobado), el cual profundizó el antagonismo en torno a la separación del Estado y las religiones.

117. *Cfr.* Miguel M. Padilla, *op. cit.*, p. 65 y ss.

118. En el año 2001, se elaboró un importante “Proyecto de Ley de Cultos para la República Argentina” que, sin embargo, no logró ser aprobado (al respecto, véase Roberto Bosca *et al.*, *La libertad religiosa en la Argentina. Aportes para una legislación*, Buenos Aires, Calir - Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 255 y ss.). En 2017 se presentó un nuevo proyecto de ley que, a la fecha, tampoco ha sido aprobado (*cfr.* Diario *La Nación*, “El Gobierno impulsa una ley de libertad religiosa y regulará la objeción de conciencia”, 17/6/2017, <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-impulsa-una-ley-de-libertad-religiosa-y-regulara-la-objecion-de-conciencia-nid2034472>).

En el caso *Wilms*,¹¹⁹ la Corte afirmó que la circunstancia de haberse reconocido oficialmente un culto religioso no incidía en el deber de prestar el servicio militar obligatorio. En el caso *Sejean*,¹²⁰ declaró la inconstitucionalidad de la legislación sobre matrimonio civil que, si bien permitía el divorcio, no restablecía la aptitud nupcial de los divorciados, efectuándose diversos razonamientos sobre la religión tanto en los votos de la mayoría como de la disidencia.¹²¹ En el caso *Villacampa*,¹²² rechazó la inconstitucionalidad de la Ley 23.515 –que había consagrado el divorcio vincular– reiterando que las normas constitucionales que privilegian al culto católico no implican que sea la religión oficial del Estado ni que sus pautas confesionales deban ser consagradas por la legislación positiva, sino solo su sostenimiento económico. En el caso *Portillo*,¹²³ confirmó la condena a quien, con fundamento en su pertenencia al culto católico y en el mandamiento de “no matarás”, pretendió ser excluido del servicio militar obligatorio, considerando que – en tiempos de paz– ese deber podía ser prestado sin armas como una modalidad compatible con su libertad religiosa.¹²⁴ En el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*,¹²⁵ operativizó el derecho de réplica previsto en la CADH a favor de un jurista católico que se había sentido agraviado en sus sentimientos religiosos por ciertas expresiones relativas a Jesucristo y a la Virgen María que fueron efectuadas por un escritor durante un programa televisivo. En

119. CSJN, 1986, *Fallos*, 308: 610.

120. CSJN, 1986, *Fallos*, 308: 2268.

121. Al poco tiempo, la Ley 23.515 (1987) avanzó en la modificación del Código Civil en cuanto al régimen del matrimonio civil incorporando el divorcio vincular.

122. CSJN, 1989, *Fallos*, 312: 122.

123. CSJN, 1989, *Fallos*, 312: 496.

124. En esa línea, la Ley 24.429 (1995), que derogó el Servicio Militar Obligatorio y lo reemplazó por el Servicio Militar Voluntario –actualmente vigente–, consagró el derecho a prestar un servicio sustitutivo a quien, en caso de ser convocado por falta de voluntarios, se opusiera al uso de armas o a integrar cuerpos militares en razón de sus convicciones religiosas, filosóficas o morales. Otro caso interesante en materia de objeción de conciencia fue resuelto por la Cámara Nacional Electoral en la causa *Pieroni y otros* (21/3/1991), en que se rechazó el planteo de los actores quienes pretendían justificar la no emisión de su voto en las elecciones de 1989 con sustento en que sus creencias religiosas “no les permitirían participar en la elección de autoridades, porque solo Dios puede establecerlas”.

125. CSJN, 1992, *Fallos*, 315: 1492.

el caso *Sisto*,¹²⁶ rechazó la inconstitucionalidad del artículo 230 del Código Civil –que impedía renunciar a la posibilidad de pedir un divorcio vincular– señalando que el establecimiento de un “modelo único matrimonial” para el orden civil no violaba las reglas constitucionales sobre la libertad de cultos y el sostenimiento a la Iglesia católica. En el caso *Asociación de los Derechos Civiles*,¹²⁷ ratificó su decisión de retirar –a pedido de la actora– la imagen de una Virgen que el propio tribunal había aceptado colocar pocos años antes en el *hall* de entrada de su sede. En el caso *Partido Nuevo Triunfo*,¹²⁸ afirmó que el Derecho Constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos tales como la religión –entre otros– y que el Estado debe desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, por lo que confirmó la decisión de negar reconocimiento a una agrupación política que se proyectaba en esas líneas prohibidas. En el caso *Albarracini Nieves*,¹²⁹ relativo a la transfusión de sangre de un testigo de Jehová, consideró que no podía someterse a una persona adulta a un tratamiento sanitario contra su voluntad, en tanto no afectaba a terceros. En el caso *N. N. o U., V.*,¹³⁰ señaló que la Constitución no avalaba a los progenitores de un menor que, en función de sus creencias ayurvédicas, pretendían

126. CSJN, 1998, *Fallos*, 321: 92.

127. Al respecto, véase Roberto Saba, *Laicidad y símbolos religiosos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013. Para ampliar acerca de la discusión europea sobre el uso de símbolos religiosos en los espacios públicos, con referencia a los conocidos casos sobre los crucifijos y los velos, véase Miguel Revenga Sánchez, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz *et al.*, *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011; y Benito Aláez Corral, “Neutralidad del Estado y símbolos religiosos en el espacio público”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, N°33, Madrid, Instituto para el Estudio de la Libertad Religiosa, 2017, pp. 217-256.

128. CSJN, 2009, *Fallos*, 332: 433.

129. CSJN, 2012, *Fallos*, 335: 799. Anteriormente, se planteó una cuestión semejante en el caso *Bahamondez* (1993, *Fallos*, 316: 479), pero la mayoría del tribunal consideró que la causa se había tornado abstracta.

130. CSJN, 2012, *Fallos*, 335: 888.

sustraerlo del régimen oficial de vacunación. En el caso *Castillo*,¹³¹ afirmó que el término “sostenimiento” del artículo 2º de la Constitución federal debe entenderse limitado al “sostenimiento económico” del culto católico en el contexto de una posición en todo otro aspecto neutral del Estado frente a las religiones, y, con invocación del “principio de neutralidad religiosa”, declaró la inconstitucionalidad del sistema educativo de la Provincia de Salta que contemplaba la educación religiosa en las escuelas públicas dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios, por considerarla una norma irrazonable que conducía a una práctica discriminatoria encubierta.¹³²

III. La cuestión en las Constituciones locales

1. Preliminar

Según el artículo 1º de la Constitución federal y sus concordantes, el Estado argentino adoptó la forma de organización federal en función de la cual se distingue, por un lado, el Gobierno federal y, por el otro, veinticuatro Gobiernos locales (veintitrés Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).¹³³ Entre ellos se organiza un complejo sistema de distribución de competencias en virtud del que, básicamente, determinadas atribuciones son exclusivas de uno, otras son propias de los otros, algunas resultan concurrentes y otras excepcionalmente ejercitables por cada cual.¹³⁴ En tal

131. CSJN, 2017, *Fallos*, 340: 1795.

132. Asimismo, en este período, la Corte Suprema dictó diversas sentencias que, si bien generaron debates en términos de creencias, no decidieron cuestiones específicamente religiosas: *v. gr.*, casos *Comunidad Homosexual Argentina* (1991, *Fallos*, 314: 1531) y *Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual* (2006, *Fallos*, 329: 5266) sobre diversidad sexual; casos *T., S.* (2001, *Fallos*, 324: 5) y *B., A.* (2001, *Fallos*, 324: 4061) sobre inducción al parto; caso *Portal de Belén* (2002, *Fallos*, 325: 292) sobre remedios abortivos; caso *F., A. L.* (2012, *Fallos*, 335: 197) sobre aborto no punible; caso *D., M. A.* (2015, *Fallos*, 338: 556) sobre muerte digna; entre otros.

133. Además, dentro de cada una de las provincias, deben asegurarse los gobiernos municipales (*cf.* arts. 5º y 123, Constitución federal).

134. *Cfr.* art. 1º, Constitución federal. La regla madre declama que los Estados locales “conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal” (art. 121) e, inversamente, que “no ejercen el poder delegado a la Nación” (art. 126).

esquema, cada Gobierno local se da su propia Constitución –con su particular declaración de derechos y organización del poder– siempre bajo los parámetros de la Constitución federal.¹³⁵

2. Los sistemas normativos de las Constituciones locales

Expuesto lo anterior, ofrecemos un recorrido mínimo por las Constituciones de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹³⁶ Tal como puede observarse, el resultado es un panorama variopinto.¹³⁷ La mayoría –salvo Chubut, Misiones y Entre Ríos– inicia con un preámbulo, al igual que la Constitución federal, donde se observan invocaciones diferentes: 1) *A la protección de Dios y de la conciencia*: Ciudad Autónoma de

135. En este punto cabe señalar que la Corte Suprema, en el caso *Procurador Fiscal de la Provincia de San Juan c/ el Prior del Convento de Santo Domingo* (1871, Fallos, 10: 380), afirmó que la facultad de reconocer o suprimir las órdenes religiosas era una atribución exclusiva del Estado federal y, por lo tanto, no podía ser ejercida por una Provincia. Más recientemente, en el caso *Castillo* (2017, Fallos, 340: 1795), ya mencionado *supra*, también se refirió a la necesidad de que las normas locales se ajusten a las directrices de la Constitución federal.

136. Para ampliar sobre los Estados locales y la religión, véase Jorge H. Gentile, “La libertad religiosa en las Provincias y en la Ciudad de Buenos Aires”, en *La libertad religiosa en el Derecho argentino*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung - Calir, 2007, p. 119 y ss.; María C. Serrano, *op. cit.*, p. 234 y ss.; Horacio R. Bermúdez, *op. cit.*, 2017, p. 12, 82 y ss.). Como información de contexto, cabe mencionar que, antes de 1853 y mientras en Buenos Aires ya asomaba un espíritu más liberal, en la mayoría de las demás provincias se conservaba el catolicismo como religión del Estado y se rechazaba la libertad de cultos. Aún hoy se observan profundas raíces cristianas en los propios nombres de algunas Provincias (Santa Cruz, Santa Fe, San Luis, San Juan) y de varias capitales provinciales (Santa Fe de la Vera Cruz, San Fernando del Valle de Catamarca, San Miguel de Tucumán, Santa Rosa de la Pampa, San Salvador de Jujuy), entre muchísimas otras localidades. Para un mapeo de las religiones en las distintas regiones de nuestro país, véase Fortunato Mallimaci *et al.*, *op. cit.*, 2013).

137. Frente a tal diversidad, se ha advertido que –en función de las reglas que ordenan nuestro federalismo– las Constituciones locales que asumen la laicidad y no se ajustan a la confesionalidad que surge del art. 2 de la Constitución federal resultarían inconstitucionales (*cf.* Germán J. Bidart Campos, *op. cit.*, t. I-B, 2001, pp. 33-34; María C. Serrano, *op. cit.*, p. 234). En contra, se ha señalado que la obligación de sostenimiento económico de la Iglesia católica pesa sobre el Estado federal, por lo que las Constituciones provinciales bien pueden establecer la paridad o neutralidad religiosa respecto de los Gobiernos locales (*cf.* Mario A. R. Midón, *op. cit.*, pp. 194-195; Hernán V. Gullco, *op. cit.*, 2014, p. 565).

Buenos Aires, Jujuy y Tucumán; 2) *A la responsabilidad ante Dios y los hombres*: San Juan; 3) *A la protección de Dios como fuente de toda razón y justicia*: Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Córdoba, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Salta, Santa Fe y San Luis; 4) *A la concepción humanista y cristiana con la protección de Dios como fuente de toda razón y justicia*: Formosa; 5) *A la protección de Dios como fuente de toda razón y justicia y de su Virgen patrona*: Santiago del Estero; 6) *A la protección de Dios sin utilizar la expresión fuente de toda razón y justicia*: Corrientes, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

En cuanto al articulado, los textos de las Constituciones locales exhiben también modalidades e intensidades dispares respecto de la regulación de las relaciones entre los Estados locales y la religión. Así, puede observarse desde la adopción del catolicismo como religión oficial (Santa Fe) hasta la declaración de laicidad estatal (Neuquén), con una mayoría de fórmulas intermedias que, en cada caso, responden a la diversidad de tradiciones, cultura e historia de las respectivas regiones de nuestro extenso país. De tal manera, una somera clasificación sobre los textos constitucionales locales permite observar las siguientes reglas fundamentales: 1) *Constituciones que otorgan una protección preferencial al catolicismo*: Santa Fe (art. 3º) y Catamarca (art. 4º); 2) *Constituciones que de acuerdo a su tradición cultural reconocen al catolicismo y basan sus relaciones en los principios de autonomía y cooperación*: Córdoba (art. 6º) y Formosa (art. 34); 3) *Constituciones que contribuyen al sostenimiento del catolicismo en términos semejantes al artículo 2º de la Constitución federal*: Buenos Aires (art. 9º), La Rioja (art. 11), Salta (art. 11), San Luis (art. 7º), Santiago del Estero (art. 17) y Tucumán (art. 26); 4) *Constituciones que reconocen los derechos o existencia de la Iglesia católica o la tradición cultural del catolicismo, pero no la sostienen*: Santa Cruz (art. 4º), Jujuy (art. 30) y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 60); 5) *Constitución que reconoce la tradición del catolicismo, pero impide la protección especial de culto alguno*: Río Negro (art. 28); 6) *Constituciones de matriz pluralista que impiden la protección especial de culto alguno*: Chaco (art. 16), Entre Ríos (art. 9º), Misiones (art. 10), San Juan (art. 21); 7) *Constitución de matriz pluralista que se declara laica y que impide la protección especial de culto alguno*: Neuquén (arts. 3º y 26); y 8) *Constituciones de matriz pluralista que no regulan las relaciones entre el Estado y la Iglesia*: Chubut (art. 8º), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 12), Corrientes (art. 205) y La Pampa (art. 22).

IV. Comentarios finales

A fin de cerrar este panorama sobre el Estado y la religión en el régimen constitucional argentino, resulta útil retomar la distinción entre las esferas “privada” y “pública”, tanto “estatal” como “no estatal”, en relación con cada uno de los ciclos estudiados. *La etapa preconstituyente (1810-1853)* mostró una intensa presencia de la Iglesia católica en las tres esferas, aun con ciertas tensiones entre las autoridades civiles y eclesiásticas. *Desde la “Constitución histórica” hasta el “Primer golpe de Estado” (1853-1930)* se exhibió una apertura en el ámbito privado y una relativa disociación en los otros dos campos. *Desde el “Primer golpe de Estado” hasta la “Recuperación democrática” (1930-1983)* resurgió el peso de la Iglesia católica en la esfera pública (estatal y no estatal) y emergieron conflictos con otras creencias incluso en el ámbito privado. *Desde la “Recuperación democrática” hasta la actualidad (1983-2019)* se marchó en la senda de una mayor neutralidad en los tres campos, sin que se haya alcanzado la consagración de ese principio de manera general. Sin dudas, al margen de los avances legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios que puedan desarrollarse bajo la Constitución vigente y en respuesta a las demandas sociales,¹³⁸ parece claro que la cuestión de las relaciones entre el Estado y la religión es una materia pendiente de revisión en una futura reforma constitucional en la Argentina.¹³⁹

138. En la actualidad, una imagen cotidiana en las calles de Buenos Aires y de otras ciudades del país es la aparición de pañuelos de determinados colores que identifican el apoyo a ciertas políticas públicas; así, entre otros, se encuentran pañuelos naranjas que responden a la campaña a favor de un Estado laico bajo el eslogan “Iglesia y Estado, asuntos separados” (cfr. Diario *La Nación*, “Diccionario de pañuelos militantes: a los verdes y celestes se sumaron el rosa, azul y rayado”, 9/1/2019, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/panuelos-militantes-verdes-celestes-se-sumaron-rosa-nid2209379>).

139. En esta cuestión, Germán J. Bidart Campos (*Historia e ideología de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969, p. 152; y *Tratado elemental...*, op. cit., t. I-A, 2000, p. 322 y ss.) afirmaba que la confesionalidad del Estado, que reconoce a la Iglesia católica como persona jurídica de derecho público, configuraba un “contenido pétreo” de la Constitución que eventualmente podía ser reformado, pero nunca suprimido, mientras no cambiase la fisonomía y estructura social que le sirve de base (en igual sentido, véase María C. Serrano, op. cit., p. 227). Disentimos de tal opinión, pues la Constitución expresamente prevé que ella “puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes” (art. 30). Al respecto, véase Jorge R. Vanossi, *Teoría constitucional*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 183 y ss.; Raúl

Bibliografía

- AA.VV., *Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación*, N°124, “Creencias, política y sociedad”, Biblioteca el Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2008. <<https://bcn.gob.ar/la-biblioteca/publicaciones/boletin-de-la-bcn>>.
- Aceval, Benjamín, *Libertad religiosa*, Buenos Aires, Imp. Pablo E. Coni, 1873 (tesis).
- Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- “Neutralidad del Estado y símbolos religiosos en el espacio público”, *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, N°33, Madrid, Instituto para el Estudio de la Libertad Religiosa, 2017, pp. 217-256.
- Ameigeiras, Aldo R., *Religiosidad popular. Creencias religiosas populares en la sociedad argentina*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento y Biblioteca Nacional, 2008.
- Arias, Javier E., *Relaciones entre la Iglesia y el Estado. Breve comentario al artículo II de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Sud-americana de Billetes de Banco, 1898 (tesis).
- Auza, Néstor T., “La Constitución de 1853 cuestionada por eclesiásticos de la Confederación”, en *Universitas*, N°54, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1980, pp. 5 y ss.
- “La política religiosa de la Confederación. El censo de 1854”, en *Revista Histórica*, separata N°3, Buenos Aires, Instituto Histórico de la Organización Nacional, 1979.
- Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política*

G. Ferreyra, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007; Ignacio Colombo Murúa, *Límites a las reformas constitucionales*, Buenos Aires, Astrea, 2011; y —desde la dogmática europea— Benito Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. Con miras a pensar una posible reforma constitucional que consagre la laicidad del Estado, es útil repasar los modelos en el Derecho comparado. Al respecto, véase Ana Valero Heredia, *La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2008; Víctor J. Vázquez Alonso, *Laicidad y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012; y Sergio Díaz Rendón, *Laicidad. Concepto, origen y perspectivas histórica y contemporánea en México*, México, Tirant lo Blanch, 2016.

- de la República Argentina*, Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1852.
- Alegre, Marcelo, “La relectura laicista del artículo 2º de la Constitución”, en Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (coords.), *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 217 y ss.
- Arlettaz, Fernando, *Religión, esfera pública, mundo privado. La libertad religiosa y la neutralidad del Estado en las sociedades secularizadas*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2015.
- Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- Bazán, Víctor, “De ‘indios’ a ‘pueblos indígenas’; de la ‘asimilación’ al ‘pluralismo cultural’”, en *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, t. I, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, pp. 171 y ss.
- Bermúdez, Horacio R., “La libertad religiosa en la Constitución Nacional”, en *La libertad religiosa en el Derecho argentino*, Buenos Aires, CALIR - Konrad Adenauer Stiftung, 2007.
- *Libertad e igualdad religiosas en el Estado de Derecho. Una actualización de su formulación constitucional para una sociedad plural*, Buenos Aires, Eudeba, 2017.
- Bianchi, Susana, *Historia de las religiones en la Argentina. Las minorías religiosas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2012.
- Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1966.
- *Doctrina social de la Iglesia y Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- *Historia e ideología de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969.
- *Historia política y constitucional argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1976-1977 (3 ts.).
- *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, ts. I-A y I-B, Buenos Aires, Ediar, 2000-2001.
- Bidegain, Carlos M. et al., *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.
- Borda, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971.
- Bosca, Roberto et al., *La libertad religiosa en la Argentina. Aportes para una legislación*, Buenos Aires, CALIR - Konrad Adenauer Stiftung,

2003.

- Boto Álvarez, Alejandra, “La determinación administrativa de derechos fundamentales: autoridades independientes y órganos de resolución de recursos especiales”, en Punset Blanco, Ramón y Álvarez Álvarez, Leonardo (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española*, Navarra, Civitas, 2018, pp. 477 y ss.
- Bruno, Cayetano, *El Derecho Público de la Iglesia en la Argentina*, Buenos Aires, Escuelas Gráficas Pío IX, 1956.
- Caimari, Lila, *Perón y la Iglesia católica. Religión, Estado y sociedad en la Argentina (1943-1955)*, Buenos Aires, Emecé, 2010.
- Casiello, Juan, *Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1954. — *Iglesia y Estado en la Argentina. Régimen de sus relaciones*, Buenos Aires, Poblet, 1948.
- Catanzaro Román, Mariana G., *Relaciones entre Iglesia y Estado argentino: un análisis desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015 (tesis).
- Clarín, “La fe de los argentinos: el explosivo aumento de la diversidad religiosa. En los últimos 15 años se registraron 900 nuevos cultos”, 10/6/2010. <https://www.clarin.com/entremujeres/900-cultos-nuevos_o_H1_iIJcwmg.html>.
- “Negociación histórica: la Iglesia inició tratativas para renunciar al aporte del Estado”, 23/8/2018.
- Colombo Murúa, Ignacio, *Límites a las reformas constitucionales*, Buenos Aires, Astrea, 2011.
- Conferencia Episcopal Argentina, “Aporte de la Conferencia Episcopal Argentina para la reforma de la Constitución Nacional”, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, vol. I, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 1994, pp. 253 y ss.
- *La Iglesia católica y la reforma constitucional*, Buenos Aires, Oficina del Libro, 1994.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1986.
- Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1994 (4 ts.). <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>.

- Chiacchiera Castro, Paulina, “La sociedad y el Estado argentino” y “Derechos humanos (segunda parte)”, en Hernández, Antonio M. (dir.), *Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 369, 663 y ss.
- Dalla Vía, Alberto R., *La conciencia y el Derecho*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1998.
- De Tomaso, Antonio, *El Estado y la Iglesia*, Buenos Aires, Imp. Lotito y Barberis, 1915.
- De Vedia, Agustín, *Constitución argentina*, Buenos Aires, Coni Hnos., 1907.
- Di Stéfano, Roberto y Zanatta, Loris, *Historia de la Iglesia argentina. Desde la Conquista hasta fines del siglo XX*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009.
- Díaz Couselo, José M., “Delitos contra la religión y el culto en la codificación penal argentina (1853-1941)”, *Revista de Historia del Derecho*, N°48, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, pp. 33 y ss.
- Díaz Rendón, Sergio, *Laicidad. Concepto, origen y perspectivas histórica y contemporánea en México*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- Díez de Velasco, Francisco, *Introducción a la historia de las religiones*, Madrid, Trotta, 2002.
- Dolabjian, Diego A., *Derecho Constitucional profundizado*, Buenos Aires, Ediar, 2017.
- Echeverría, Esteban, *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*, recogido en *Obras Completas de D. Esteban Echeverría*, t. IV, Buenos Aires, Imp. y Lib. de Mayo, 1946 [1873].
- Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de Derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, t. I. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- Estrada, José M., *Curso de Derecho Constitucional, federal y administrativo*, Buenos Aires, Sud-Americana de Billetes de Banco, 1895.
- Ferreyra, Raúl G., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- Frías, Pedro J., *El acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1975.
- García, Julio C. et al., *Derecho constitucional indígena*, Resistencia, Contexto, 2012.
- Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de cons-*

- titucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.
- Gentile, Jorge H., “La libertad religiosa en las Provincias y en la Ciudad de Buenos Aires”, en *La libertad religiosa en el Derecho argentino*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung - CALIR, 2007.
- González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada, 1983 [1897].
- González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, t. II, Buenos Aires, J. La-joune & Cía, 1923.
- Guiñazú, Víctor S., *Separación de la Iglesia del Estado*, Buenos Aires, Imp. Mariano Moreno, 1889 (tesis).
- Gullco, Hernán V., “La cuestión de la neutralidad religiosa del Estado”, en Rivera, Julio C. (h.) et al. (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, p. 561 y ss.
- *Libertad religiosa: aspectos jurídicos*, Buenos Aires, Didot, 2016.
- Hernández, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel, “El relieve constitucional de la identidad religiosa (Un ensayo de derecho constitucional comparado)”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N°96, 2018, <https://www.racmyp.es/docs/anales/A95-26.pdf>.
- Hirschl, Ran, “Comparative constitutional law and religion”, en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 422 y ss.
- Hualpa, Eduardo R., *Derechos constitucionales de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.
- La Nación*, “Diccionario de pañuelos militantes: a los verdes y celestes se sumaron el rosa, azul y rayado”, 9/1/2019. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/panuelos-militantes-verdes-celestes-se-sumaron-rosa-nid2209379>.
- “El Gobierno impulsa una ley de libertad religiosa y regulará la objeción de conciencia”, 17/6/2017. <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-impulsa-una-ley-de-libertad-religiosa-y-regulara-la-objeccion-de-conciencia-nid2034472>.
- Latinobarómetro, El papa Francisco y la religión en Chile y América Latina*, 2017. <http://www.latinobarometro.org>.
- Legón, Faustino J., *Iglesia y Estado. Independencia recíproca*, Buenos Aires, Amorrortu, 1949.

- Levaggi, Abelardo, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho eclesiástico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.
- Leiva, Alberto D. y Abásolo, Ezequiel, *El constitucionalismo argentino en el siglo XX*, Buenos Aires, Dunken, 1997.
- Lida, Miranda, “El presupuesto de culto en la Argentina y sus debates. Estado y sociedad ante el proceso de construcción de la Iglesia (1853-1880)”, en *Revista Andes*, Nº18, Salta, Universidad Nacional de Salta, 2007.
- Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, t. IV, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978.
- López Rosas, José R., *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- López, Lucio V., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Sud-Americana de Billetes de Banco, 1891.
- Maisley, Nahuel, “La libertad religiosa en la Argentina”, en Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (coords.), *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 23 y ss.
- Mallimaci, Fortunato *et al.*, *Atlas de las creencias religiosas en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2013.
- *Primera encuesta sobre creencias y actitudes religiosas en Argentina*. 2008. <http://www.ceil-conicet.gov.ar/wp-content/uploads/2013/02/encuesta1.pdf>.
- Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina, 1810-2010. Historia constitucional comparada*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011 (2 ts.).
- 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, UDESA, 2012 (tesis).
- Midón, Mario A. R., *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- Montes de Oca, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Imp. La Buenos Aires, 1917.
- Navarro Floria, Juan G., “El financiamiento de las confesiones religiosas en la República Argentina”, 2007. <http://www.calir.org.ar/articulos.htm>.
- Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

- Noticias, “Influir en nombre de Dios: el crecimiento de los evangélicos en Argentina”, 8/10/2018. <https://noticias.perfil.com/2018/10/08/influir-en-nombre-de-dios-el-crecimiento-de-los-evangelicos-en-argentina>.
- Ochandio, Manuel S., *Laicismo y clericalismo. Inclusión o dogmatismo en la cultura y la política*, Buenos Aires, IML, 2011.
- Ortiz, Horacio, *Relaciones del Estado con la Iglesia*, Buenos Aires, Imp. P. Gadola, 1901 (tesis).
- Padilla, Miguel M., *Lecciones de derechos humanos y garantías*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- Palomino Manchego, José F. y Paiva Goyburu, Dante M., “La interpretación del derecho fundamental a la libertad religiosa y sus derechos conexos, realizada por el Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 3, N°2, Santiago de Chile, 2017. <http://www.revistalatderechoyreligion.com>.
- Porrás Ramírez, José M. (coord.), *Derecho de la libertad religiosa*, Madrid, Tecnos, 2018.
- Quiroga Lavié, Humberto *et al.*, *Derecho Constitucional argentino*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- Ramella, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- Ramírez, Silvina, *Matriz constitucional, estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.
- Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas. Seguidas de los textos constitucionales legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, ts. I y IV, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Peuser, 1937. <http://www.ravignanidigital.com.ar>.
- Revenga Sánchez, Miguel; Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo *et al.*, *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Rivarola, Rodolfo, *La Constitución argentina y sus principios de ética política*, Rosario, Ed. Rosario, 1944.
- Rosatti, Horacio D., “Status constitucional de los pueblos indígenas argentinos”, en *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la comisión de redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pp. 191 y ss.
- *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.

- Saba, Roberto, *Laicidad y símbolos religiosos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Sagüés, Néstor P., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- San Martino de Dromi, Laura, *Historia de las relaciones institucionales entre Iglesia y Estado en Argentina*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.
- Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1959.
- Santiago, Alfonso, “El estatus de la religión y de la Iglesia católica en la Constitución Nacional”, en Rivera, Julio C. (h.) *et al.* (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pp. 620 y ss.
- *Religión y política. Sus relaciones en el actual magisterio de la Iglesia Católica a través de la historia constitucional argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
- Sarmiento García, Jorge (dir.), *Derecho público. Teoría del Estado y de la Constitución. Derecho constitucional. Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.
- Serrano, María C., “La Iglesia y el Estado”, en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 217 y ss.
- Silleta, Alfredo, *Shopping espiritual. Las sectas al desnudo*, Buenos Aires, Planeta, 2007.
- Tau Anzoátegui, Víctor y Martiré, Eduardo, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2012.
- Tedín, Virgilio M., *La Iglesia y el Estado. Art. 7 de la Constitución Provincial*, Buenos Aires, Imp. de Pablo E. Coni, 1874 (tesis).
- Valero Heredia, Ana, *La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2008.
- Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 183 y ss.
- Velázquez, Juan A., *El Estado y la Iglesia. Breve estudio de la materia ante nuestro Derecho*, Buenos Aires, Imp. M. Biedma e hijo, 1897 (tesis).
- Vázquez Alonso, Víctor J., *Laicidad y Constitución*, Madrid, Centro de Estu-

- dios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Verbitsky, Horacio, *Historia política de la Iglesia Católica*, Buenos Aires, Sudamericana, 2007-2010 (4 ts.).
- Vives, Juan M., *Régimen constitucional de las minorías religiosas en Argentina*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015 (tesis).
- Zarini, Helio J., *Análisis de la Constitución Nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- Zabala, Carlos, *Las relaciones del Estado con la Iglesia*, Buenos Aires, Imp. Biedma e hijo, 1898 (tesis).
- Zavala OrtizOrtiz, Miguel Á., *Negociaciones para el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Buenos Aires, Guadalupe, 1966.
- Ziulu, Adolfo G., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.

Los principios de derechos humanos como límites a las políticas migratorias: avances y retrocesos en la legislación argentina

*Guillermo F. Treacy**

Resumen

En este artículo nos proponemos examinar algunos principios de Derechos Humanos provenientes del bloque de constitucionalidad federal y el modo en que podrían ser aplicados en materia migratoria. En primer lugar se realiza un examen de dos paradigmas legislativos en esta área (el de derechos humanos y el de seguridad) y cómo han sido recogidos en la legislación argentina a lo largo de nuestra historia. A continuación se repasan los principios más relevantes que deben ser tenidos en cuenta, como exigencia emanada del artículo 75.22 de la Constitución Nacional, tanto por la autoridad administrativa como por los tribunales judiciales que revisan sus decisiones. Tales principios influyen tanto en los procedimientos relacionados con la expulsión de extranjeros como en el contenido de las decisiones que se adopten al respecto. Se postula que más allá de contingentes políticas legislativas en materia migratoria, existe un corpus de derechos fundamentales, que provienen tanto de la Constitución Nacional como de los instrumentos

* Abogado (UBA), Master of Laws (Harvard Law School), Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA), Profesor Titular de Derecho Administrativo (UNPAZ y UNDAV), Profesor Adjunto de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA). En lo profesional, se desempeña como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; guillermotreacy@derecho.uba.ar.

El presente artículo se basa en las presentaciones realizadas por el autor en las III Jornadas sobre Migraciones de la Universidad Nacional de José C. Paz en el panel Migraciones y Derechos Humanos el 24 de mayo de 2019 y en la Jornada sobre Derecho Administrativo y Derecho Migratorio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 26 de agosto de 2019. Agradezco a Mariana Pucciarello y a Matías Pascual por la lectura y comentarios a este artículo. Desde luego, los errores son míos.

internacionales de derechos humanos, que limitan la capacidad del Estado de introducir una perspectiva securitaria en nuestra legislación.

Palabras clave: migraciones, derechos humanos, bloque de constitucionalidad, expulsión de migrantes, procedimiento migratorio, debido proceso.

Human Rights Principles as Limits to Migratory Policies: Progress and Setbacks in Argentine Legislation

Abstract

In this paper we discuss some Human Rights principles embodied in the federal constitutionality block and how they could be applied in regard to migrations. First we describe two paradigms that can be found in this area (the human rights paradigm and the security paradigm) and their reception in Argentine laws. Then we revise the more relevant principles that must be considered both by administrative authorities and judicial courts, as required by article 75.22 of the National Constitution. These principles are relevant in procedures leading to the expulsion of aliens and in the substantive decisions adopted in these matters. We finally argue that whatever the migratory policy is, there is a body of fundamental rights contained in the Constitution and in international instruments of human rights that limit the ability of the State to introduce a national security perspective in our legislation.

Keywords: Migrations, Human Rights, Constitutionality Block, Deportation of Migrants, Migratory Procedure, Due Process.

I. Introducción

El propósito de este artículo es examinar el modo en que los instrumentos internacionales de derechos humanos impactan –o deberían impactar– en las normas sobre migraciones y en la interpretación que de ellas haga la autoridad migratoria y, eventualmente, los tribunales judiciales que revisan sus decisiones.

Es sabido que la Constitución Nacional ha incorporado una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, apertura que ha tenido un efecto expansivo hacia todas las normas del ordenamiento jurídico. Estas normas internacionales, algunas de las cuales poseen jerarquía constitucional (art. 75.22 CN), constituyen en primer lugar un freno para el legislador. De este modo, el principio de razonabilidad adquiere nuevos sentidos a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que impiden que se regule la materia migratoria siguiendo un paradigma de seguridad, desconociendo las directrices que emergen de los tratados internacionales en la materia.¹

En un contexto en que prevalece una visión oficial más propensa a ver al migrante como un problema de seguridad estatal, la situación precaria de estos –en tanto “personas sin derechos”, como las llama Ferrajoli–² hace que la aplicación de principios provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos adquiera particular relevancia.

II. Dos paradigmas en la legislación migratoria

Como anticipamos en la sección anterior, existen dos paradigmas o modelos que pueden hallarse en la legislación migratoria. Por un lado, podemos mencionar el *paradigma de derechos humanos* y, por otro, el *paradigma securitario o de seguridad interior*. En el estado actual de nuestra legislación migratoria, en especial luego de las reformas introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017 en la Ley N°25.871, puede decirse que estas visiones antitéticas coexisten, que en lo judicial se traducen en dificultades interpretativas frecuentes.

Ahora bien, el paradigma de derechos humanos posee las siguientes características:

1. La contraposición de estos dos paradigmas puede verse en el caso de la Ley N°25.871, norma que puede enrolarse en un paradigma de derechos humanos, y la modificación realizada por conducto del Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017, cuya motivación enfatiza aspectos vinculados con los delitos que cometan los extranjeros que ingresan al país, incluso mediante la invocación de estadísticas sesgadas, que exageran la intervención de extranjeros en hechos delictivos.

2. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*. Bari, Laterza, 2018. Ver especialmente Capítulo 7, p. 196 y ss.

- Se reconoce la migración como derecho humano.
- Se reconocen los derechos de las personas migrantes en un pie de igualdad con los nacionales, sin distinciones en razón de su “origen nacional”.
- Se tiende a que las personas puedan regularizar su situación migratoria, facilitándose la realización de los trámites necesarios a tal fin.

Desde la perspectiva securitaria, la cuestión migratoria es vista como un tema de seguridad interior, de modo que las políticas públicas en la materia asumen los siguientes perfiles:

- Se asigna un valor primordial a la seguridad interior, lo que lleva a que el Estado ejerza en forma intensa sus funciones de policía migratoria, a través del control del ingreso y permanencia de personas extranjeras.
- Se utiliza el control policial como herramienta central del control migratorio.
- Se criminaliza la situación migratoria irregular.
- La detención de personas en situación irregular constituye un elemento central en la política migratoria.

Creemos que puede sostenerse con buenas razones que en nuestro país la Constitución recoge el paradigma de derechos humanos, el cual se ha visto reforzado luego de la reforma de 1994 (en materia migratoria como en tantos otros ámbitos), al atribuir jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en el artículo 75 inciso 22 CN. En este sentido, ya desde el Preámbulo de la Constitución histórica se menciona a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. Pero además, el artículo 25 se refiere al fomento de la inmigración,³ norma que debe ser complementada con los artículos 75 inciso 18 y 125, en tanto establecen que la promoción de la inmigración constituye un instrumento de la política de progreso del país, tanto en el ámbito federal como provincial, respectivamente.

3. Para ello se prevé que el Gobierno federal “no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y ensañar las ciencias y las artes”. La norma se refiere a la inmigración *europa*, pero una interpretación dinámica permite relativizar tal recaudo.

A este marco deben añadirse los artículos 14, 16, 17, 18 y 19 de la Ley Fundamental, en tanto consagran derechos para “todo habitante”, mientras que el artículo 20 refuerza estos principios, al establecer explícitamente la equiparación de nacionales y extranjeros en el goce de los derechos civiles. Esta universalidad de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución se complementa con las normas internacionales de derechos humanos integrantes del bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN), en tanto colocan como sujeto de derecho a “toda persona”, sin discriminación.⁴ En definitiva, este plexo de normas permite postular que en Argentina la política migratoria debe ser inclusiva y favorable a la recepción de migrantes, sin perjuicio de las restricciones *razonables* que el Estado puede sin duda establecer. Es decir, la legislación migratoria debe estar en consonancia con el paradigma de derechos humanos.

III. El derecho humano a migrar

¿Existe un derecho humano a migrar? Desde el punto de vista del derecho internacional, los tratados de derechos humanos no parecen reconocerlo, aunque ello no significa que en los contextos de movilidad las personas carezcan de protección. Como hemos señalado precedentemente, en nuestro país, ya desde la Constitución se promueve la incorporación de personas extranjeras a la vida nacional, por medio de una serie de normas protectoras de sus derechos.

Sin embargo, en el ámbito internacional no existe un reconocimiento del derecho de una persona a *establecerse* en un país de su elección, distinto del de su nacionalidad. A lo sumo, las normas prevén la libertad de circulación, que no necesariamente implica el derecho a escoger el lugar de residencia. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda

4. Es cierto que algunas disposiciones aluden a los *ciudadanos* como titulares de ciertos derechos, como lo hacen el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con los derechos políticos. Pero aun en ese caso, la Corte Suprema ha sostenido que tales normas restrictivas no pueden prevalecer, en tanto el artículo 16 CN consagra el derecho de acceder al empleo público con mayor amplitud, pues lo pone en cabeza de “cualquier habitante”, siempre que cumpla los requisitos de idoneidad que se establezcan (Fallos 329:2986 - *Gottschau*, considerando 10).

persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un país” (art. 13), lo cierto es que el sentido de esta disposición debe armonizarse con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual “toda persona *que se halle legalmente* en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular por él y a escoger libremente en él su residencia” (lo destacado no es del original). En el ámbito interamericano, el Pacto de San José de Costa Rica regula este derecho de un modo análogo, aunque establece límites a las facultades de los Estados de restringir este derecho.⁵ Por lo tanto, la clave reside en establecer quién define la legalidad de la permanencia de una persona extranjera dentro de un Estado. La respuesta es que, por ahora, los Estados no han renunciado a su potestad de definir quiénes pueden ingresar y residir en su territorio.

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de los Estados de fijar sus políticas migratorias, y en consecuencia, de establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, aunque lo ha hecho con una importante modulación: ello es así, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En ese sentido, se recordó que, si bien los Estados conservan un ámbito de discrecionalidad en cuanto a la fijación de tales políticas, ellas deben ser compatibles con los derechos humanos de las personas migrantes.⁶

Por lo tanto, es posible adelantar que, aun cuando no se haya configurado nítidamente un derecho humano a migrar en los instrumentos

5. Así, admite la restricción del derecho de circulación y de residencia “en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral y la salud públicas o los derechos y libertades de los demás” (art. 22.3), así como la restricción de esos derechos en determinadas zonas, con base en ley y “por razones de interés público” (art. 22.4). Específicamente en relación con los extranjeros, se admite la posibilidad de expulsarlos, aun hallándose legalmente en el territorio de un Estado, “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” (art. 22.6), aunque con el límite de que esa expulsión no puede realizarse a un país en el que “su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (art. 22.8). Asimismo, se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros (art. 22.9).

6. CtIDH, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97.

internacionales de derechos humanos, quienes por una razón u otra se encuentran en un Estado del que no son nacionales, tienen derecho a que se respeten sus derechos humanos, lo cual implica un límite al derecho de los Estados a expulsar personas extranjeras.

IV. Observaciones preliminares acerca de la legislación migratoria argentina

El programa constitucional fue implementado por la Ley de Inmigración y Colonización N°817 dictada en 1876 bajo la presidencia de Avellaneda. En ella se facilitaba la instalación de extranjeros, con disposiciones acerca del alojamiento, manutención y traslado dentro del país; se creaban además oficinas de empleo para proporcionarles trabajo y evitar que se abusara de ellos. También establecía las condiciones que debían cumplir los buques de altamar para trasladar inmigrantes y el procedimiento de desembarco, incluyendo la verificación de la documentación y sanitaria. Por otra parte, se creaba y organizaba un sistema de agentes y comisiones en el exterior, para promover la inmigración al país.

Las normas de esta ley, sin ser derogadas, sufrieron los embates de otras concepciones, que empezaban a ver en la inmigración un “problema”. Tal fue el caso de la llamada Ley de Residencia de 1902, que legitimó el accionar discrecional del Poder Ejecutivo en esta materia, permitiéndole la detención o expulsión de extranjeros sin control judicial. La Ley de Defensa Social de 1910 fue concebida para combatir la ideología anarquista y tuvo un carácter fuertemente represivo hacia la población migrante. También fueron dictándose a lo largo del pasado siglo una serie de reglamentos por el Poder Ejecutivo que fueron restringiendo la admisión de extranjeros, a medida que disminuía la migración de origen europeo y aumentaba la procedente de países limítrofes.⁷ Este período alcanza su punto culminante con el dictado en 1981 de la Ley N°22.439 (denominada “Ley Videla”), que derogó la legislación preexistente y sistematizó las normas en esta materia. Puede decirse que constituyó la norma más representativa del paradigma securi-

7. Al respecto, pueden mencionarse los Decretos-leyes N°4805/63 y 17.292/67 (de “Represión de la Inmigración Clandestina”).

tario que había ido desarrollándose a lo largo del siglo pasado.⁸ Esta norma estaría destinada a regir durante buena parte del período democrático posterior a la finalización de la última dictadura en 1983.

La Ley N°25.871, dictada en 2004, incorpora principios de derechos humanos en la normativa migratoria.⁹ En particular, considera el derecho a la migración como un derecho humano –lo cual, como hemos visto, no está garantizado por las normas internacionales–, se consagra el derecho de personas procedentes del exterior y sus familias a acceder, en igualdad con los nacionales, a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. La norma aclara que la irregularidad migratoria no es impedimento para ingresar a un establecimiento educativo, de cualquier jurisdicción y nivel de enseñanza. También se establece que no se puede negar o restringir el acceso al derecho a la salud, a la asistencia social o a la asistencia sanitaria, cualquiera fuera la situación migratoria de la persona. Asimismo, la ley promueve que las personas regularicen su situación migratoria y que las autoridades les proporcionen asesoramiento legal a tal fin.¹⁰

8. En tal sentido la ley asignaba amplias facultades a la Dirección Nacional de Migraciones para controlar el ingreso, egreso y permanencia de extranjeros, pudiendo expulsarlos; también podía disponer el allanamiento de lugares donde se sospechara la presencia de inmigrantes ilegales, detenerlos y expulsarlos. La ley obligaba a médicos, escribanos, maestros, comerciantes u oficinas públicas a denunciar a los inmigrantes ilegales, prohibía a los particulares darles alojamiento. También impedía admitir como alumnos de enseñanza media o superior a alumnos que no acreditaran su condición de residentes permanentes o temporarios. Asimismo, prohibía dar a los inmigrantes en situación irregular darles trabajo u ocupación remunerada.

9. Sobre los antecedentes de la ley, cabe remitirse a los fundamentos del proyecto, publicados en R. Giustiniani, *Migración, un derecho humano: Ley de Migraciones N°25.871*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2004, pp. 19 y ss. En la misma publicación, acerca de la génesis de la ley, puede verse S. Novick, “Una nueva ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso”, p. 67. El cambio de perspectiva que significó la ley y la influencia de distintas organizaciones no gubernamentales en su elaboración puede verse en: P. Ceriani Cernadas y D. Morales, *Argentina: Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los Derechos Humanos*, s/l, Federación Internacional de Derechos Humanos - Centro de Estudios Legales y Sociales, 2011, pp. 8, 26 y ss.; disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/02/Argentina.-Avances-y-asignaturas-pendientes-en-la-consolidacion.pdf>; consultado en noviembre de 2019.

10. No obstante, la norma no ha estado exenta de críticas, tanto en algunos de sus contenidos como en aspectos de técnica legislativa. En tal sentido, véase A. Gordillo, “El

El último eslabón que debemos mencionar en este rápido examen de la evolución legislativa en esta materia está dado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017.¹¹ Si bien no se deroga la ley en su totalidad, se suprimen o modifican algunas de sus disposiciones. Entre otros aspectos, se simplifica el sistema recursivo administrativo (pues se establece una única instancia recursiva), se abrevian plazos y se regula un procedimiento sumarisimo a los fines de revisar en sede judicial los actos administrativos de expulsión. Ello implica una sustancial limitación en el derecho de defensa (por ej., se establecen plazos fugaces de tres días para recurrir en sede administrativa y, eventualmente, en sede judicial). También se restringen las facultades de control judicial sobre esos actos de la autoridad migratoria. Otro aspecto es que se amplían las causales que permiten revocar la permanencia de personas extranjeras en el país. La norma invoca en su motivación explícitamente estadísticas que vinculan a los extranjeros con la comisión de delitos, aunque la interpretación que se realiza de esos datos presenta debilidades y no aparece debidamente justificada. No obstante la urgencia invocada para dictar el decreto, derivada de una alegada “emergencia de seguridad”, el Congreso aún no le ha dado tratamiento a fin de examinar su validez, como lo prescribe la Ley N°26.122.¹²

inmigrante irregular de la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino”, en *La Ley*, 2004-B, p. 1123.

11. Una comparación entre los contenidos de la ley y del decreto de necesidad y urgencia que la modificó puede verse en A. P. Penchaszadeh y L. E. García, “Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque?”, en *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 2018, N°23, esp. pp. 100-104; disponible en: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/3554/2444>; consultado en noviembre de 2019.

12. Cabe consignar que en su momento la Comisión Bicameral Permanente se reunió a fin de examinar el decreto en dos oportunidades, en que fueron escuchadas las entidades de la sociedad civil, entre otras, pero no se produjo ningún dictamen. Tampoco se abocaron las Cámaras del Congreso a fin de darle tratamiento, al punto que, luego tres períodos legislativos completos, no se ha tratado el tema. En virtud de lo que dispone la Ley N°26.122, al no existir un rechazo expreso de ambas Cámaras, el decreto se mantiene en vigencia.

V. Las normas sancionadoras en la legislación migratoria

La legislación migratoria argentina contiene disposiciones que conforman un sistema de sanciones de carácter administrativo. Ellas son decididas por una autoridad administrativa en primer lugar (en nuestro país, la Dirección Nacional de Migraciones y, eventualmente el Ministerio del Interior), pero dichas decisiones son revisables en sede judicial.

Al detectar a una persona extranjera en situación irregular,¹³ la autoridad migratoria puede decidir su *expulsión*, medida que por lo general viene acompañada por la *prohibición temporal o permanente de reingreso* al país. De este modo, nos hallamos frente a dos sanciones administrativas, que traducen en cierta medida el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. A estas dos medidas deben agregarse medidas de coerción personal: a fin de ejecutar la orden de expulsión, la autoridad administrativa puede solicitar a un juez que ordene su *retención* hasta que pueda materializarse la expulsión del país. Incluso, la reforma realizada en 2017 permite solicitar esta medida con carácter preventivo antes de que la decisión de expulsión se encuentre firme. Es decir, se trata de una especie de medida cautelar mientras se sigue el procedimiento administrativo. Desde luego, dado que la retención (ya sea preventiva o ejecutiva) implica una afectación de la libertad física del extranjero, en todos los casos resulta necesaria la previa orden judicial para ser válida.

Cabe aclarar que las mencionadas no agotan el elenco de sanciones administrativas que contempla la legislación migratoria, pero acotaremos nuestro análisis a ellas, por ser las específicamente aplicables a personas migrantes.¹⁴

13. La ley 25.871, en su texto actualmente vigente, establece en su artículo 29 las “causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros”. Ante la configuración de alguna de esas causales, la autoridad migratoria podría impedir el ingreso o, en su caso, cancelar la residencia y disponer la expulsión de la persona extranjera del país, con prohibición de reingreso.

14. La ley se refiere además a los responsables de los medios de transporte de personas, que transporten a pasajeros o tripulantes en condiciones no reglamentarias, previendo multas para el caso de incumplimiento de sus obligaciones y la eventual obligación de transportarlos a su cargo fuera del país (arts. 38-50). También se refiere a las personas que dieran trabajo o alojamiento a personas que residan irregularmente en el país, y prevé

Ahora bien, se ha postulado que en materia de sanciones administrativas resultan de aplicación los principios que rigen en materia penal. Al respecto, se ha dicho en general que dicha aplicación puede realizarse, pero *con matices*, como forma de atenuar una aplicación irrestricta de tales principios.¹⁵ Tal modulación, que puede ser razonable en contextos disciplinarios o de aplicación de multas por la Administración,¹⁶ debe ser juzgada con mayor estrictez en el caso de medidas que limitan con intensidad la libertad personal de las personas involucradas.¹⁷

VI. Algunos principios aplicables en materia de expulsión de personas extranjeras

Ante la inexistencia de un derecho a migrar reconocido en sede internacional, es necesario mirar las legislaciones nacionales a fin de determinar si tal derecho existe. En nuestro país la ley 25.871, que comenzó a regir en 2004, reflejaba un paradigma orientado hacia el reconocimiento de los derechos humanos de los extranjeros migrantes y específicamente estableciendo que “[e]l derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Ar-

a su respecto sanciones de multa (v. arts. 55-60). Por otra parte, tipifica delitos al orden migratorio (arts. 116-121), normas que son complementarias del Código Penal y ajenas del Derecho Administrativo Sancionador.

15. A. Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 2005. Según este autor “lo difícil [...] es graduar con precisión la diferente intensidad de tales matices, para lo que no parece existir un criterio general” (p. 171).

16. La Corte Interamericana ha observado que “*cualquier* actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”, con los contenidos que le dan los arts. 8.1 y 8.2 de la Convención Americana (caso *Baena, Ricardo y otros v. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 124; lo destacado no es del original).

17. Tal es el caso en que se solicita la retención del migrante con miras a su expulsión, o en forma cautelar durante el proceso migratorio (art. 70 de la Ley N°25.871, según la modificación introducida por el Decreto N°70/2017). En esas hipótesis la autoridad judicial –única que puede disponer esa medida–, debe realizar un control estricto de los supuestos que la habilitan. En tal sentido, el principio de proporcionalidad, al que luego nos referiremos, constituye una herramienta importante para evaluar la razonabilidad de la medida.

gentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad” (art. 4º). Si bien esta disposición formalmente no fue alterada, la ley fue modificada en aspectos sustanciales en 2017 por un decreto de necesidad y urgencia que procuró facilitar las expulsiones de extranjeros, a quienes se vinculaba con la comisión de delitos.¹⁸ Ello implicó el pasaje hacia un paradigma que podríamos denominar “de seguridad interior”, en el que el valor prevalente no es la integración del extranjero, facilitando la regularización de su situación migratoria, sino –en los hechos– su erradicación de la sociedad nacional, en tanto se lo vincula con un percibido incremento en la inseguridad ciudadana.

Ahora bien, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen una serie de principios que impactan transversalmente en nuestro ordenamiento jurídico y, en cuanto aquí interesa, también lo hacen en materia migratoria. Ellos constituyen orientaciones insoslayables para el intérprete, tanto en sede administrativa como judicial, con valor vinculante, atento a la jerarquía constitucional que poseen varios de esos instrumentos (art. 75.22 CN).

Como veremos seguidamente, los principios cuya aplicación en esta materia postulamos son tanto de orden procedimental y de fondo. Unos y otros derivan de las normas que consagran derechos en el marco de la Constitución y de las normas internacionales de jerarquía equiparable.¹⁹

18. La modificación se realizó por conducto del Decreto N°70/2017, caracterizado como de necesidad y urgencia. Como se dijo anteriormente, el mencionado decreto nunca fue aprobado por la Comisión Bicameral Permanente ni tratado por el Congreso. Si bien fue declarado inconstitucional por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala V, dicha declaración no se encuentra firme, pues a la fecha se encuentra pendiente de resolver el recurso extraordinario interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

19. Alexy desarrolla el modelo regla/principios, al referirse a las normas iusfundamentales. Creemos que los derechos que consagran las normas superiores del ordenamiento tienen *en general* la configuración de principios, entendidos como mandatos de optimización que deben hacerse efectivos en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades jurídicas y fácticas. De tales normas derivamos los principios a veces explícitos, a veces razonablemente implícitos, cuya aplicación resulta relevante en esta materia. Sobre la distinción entre principios y reglas, v. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 y ss. Sin embargo, no todos los principios juegan en el mismo plano: algunos pueden funcionar como principios de segundo grado (o incluso como reglas), que proporcionan argumentos para decidir entre otros principios que tienen incidencia en un caso. Tal es el caso del principio pro persona o el principio de razonabilidad.

Los primeros se vinculan con ciertas garantías procesales que deben respetarse en los procedimientos de expulsión de extranjeros. Los principios de fondo apuntan a aspectos sustantivos que deben tomarse en cuenta en las decisiones administrativas y judiciales que se adopten como resultado de la tramitación de tales procedimientos.

1. Principios con relevancia procesal aplicables en materia migratoria

Es oportuno recordar que la regulación ahora vigente establece un procedimiento judicial sumarísimo para la revisión de las decisiones en materia migratoria. Por sus características (brevedad de los plazos, ficciones en lo concerniente al domicilio para las notificaciones, etc.), entraña ciertas dificultades para el ejercicio del derecho de defensa en juicio de las personas afectadas. Enunciaremos algunos principios que, en rigor, pueden derivarse de uno solo, que es el derecho de defensa en juicio, que también tiene raíz constitucional (art. 18 CN). Nos referiremos brevemente a algunos de ellos.

1.1. El derecho a la tutela administrativa efectiva

Dado que las decisiones en materia migratoria las adopta una autoridad administrativa, es obvio que las garantías propias del procedimiento administrativo deben regir en plenitud. Entre ellas cobra relevancia el debido proceso adjetivo (que incluye el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y a una decisión fundada), expresamente consagrado en el art. 1º inc. f) de la Ley N°19.549, que resulta aplicable en este ámbito.

La Corte Suprema se ha referido a la “tutela administrativa y judicial efectiva” en el precedente de Fallos 327:4185, y –además del art. 18 CN– la ha vinculado con diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En este punto interesa enfatizar el aspecto relativo a la tutela administrativa efectiva, que el Alto Tribunal enfoca en forma simétrica al derecho a la tutela judicial efectiva.²⁰ Concretamente indica que este derecho (la Corte lo denomina “garantía”)

20. Así, en el mencionado precedente, se señala que este derecho se basa en los arts. XVI-II y XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 2º inc. 3º aps. a y b y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, *ante las autoridades administrativas competentes*– y obtener de ellos sentencia o *decisión* útil relativa a los *derechos de los particulares* o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran asistirle sino por medio de un proceso –o *procedimiento*– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o *decisión*– fundada (Fallos 310:1819).²¹

En este punto, la legislación migratoria contempla un sistema recursivo, que fue simplificado por el Decreto N°70/2017, estableciendo plazos breves para interponer recursos y limitando las posibilidades recursivas. Ello, en tanto se establece un plazo de tres días para interponer el recurso, se suprimen los recursos de reconsideración y de alzada, dejándose subsistente solo el recurso jerárquico (arts. 69 quinquies y 69 decies). Esta eliminación de recursos no es necesariamente incompatible con la tutela administrativa efectiva, aunque la brevedad de plazos podría serlo en determinados contextos, en especial si la persona migrante no ha tenido oportunidad de contar con los elementos de juicio para preparar su impugnación. En definitiva, el *test* radica en establecer si el recurso administrativo es efectivo para permitir al interesado defender adecuadamente sus derechos, lo cual es una cuestión fáctica. Nos referiremos a esta cuestión seguidamente, pues limitaciones semejantes también se verifican en el recurso judicial.

1.2. *El acceso a la justicia*

En materia administrativa, las normas consagran un trámite previo para poder cuestionar en sede judicial una decisión de la Administración. El particular debe, ya sea por medio de recursos o reclamos administrativos,

21. Hemos destacado en cursiva los aspectos que se refieren a la tutela de los derechos ante la Administración. Adviértase que esta equiparación –en cuanto a los contenidos exigibles– entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo implica una revalorización de este último, que no debe ser un mero trámite para llegar a la instancia judicial, sino una oportunidad para que sean reparadas en forma efectiva las lesiones a los derechos antes de llegar a los tribunales.

agotar previamente la instancia administrativa, como requisito para acceder a los tribunales. El proceso migratorio judicial también contiene normas acerca de la habilitación de la instancia (art. 69 quinquies y septies).

Correlativamente los Estados deben garantizar las condiciones de acceso a los tribunales. A diferencia de otros procesos judiciales, los que involucran a personas migrantes siempre se relacionan con integrantes de un colectivo vulnerable. Esta condición aparece reconocida en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y en la interpretación realizada por órganos internacionales. Así, los migrantes en situación irregular han sido caracterizados como un grupo vulnerable, por estar expuestos a violaciones reales o potenciales a sus derechos.²²

Si bien ello se proyecta en la interpretación de todos los derechos, nos interesa aquí enfatizar que el derecho de acceso a la justicia resulta particularmente relevante para las personas vulnerables, ya que constituye un instrumento para la defensa de sus derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adherido a las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”, estableciendo que ellas “deben ser seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren”.²³ Entre los grupos vulnerables las Reglas mencionan específicamente a las personas migrantes.

En las Reglas se destaca la relevancia de que las personas pertenecientes a grupos vulnerables cuenten con asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita para defender sus derechos, lo que supone el derecho a contar con un/a abogado/a. Este derecho aparece cubierto como un aspecto de las *debidas garantías* a que hace referencia el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos exigibles en los procesos migratorios.²⁴ En principio, la ley migratoria da cumplimiento a esta

22. Ver: CtIDH, caso Vélez Loor, cit., pár. 98 y sus citas.

23. Ver: CSJN, Acordada 5/2009 del 24/02/2009.

24. Más específicamente, el art. 8.2. de la Convención Americana se refiere al derecho de toda persona a contar con un abogado de su elección o a que el Estado le proporcione uno (incs. d y e). Si bien este inciso se refiere al proceso penal, su aplicación en procesos de otra índole no resulta dudosa, máxime en los procesos de carácter sancionador. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana de Derechos Humanos)” del 10 de agosto de 1990, pár. 28.

obligación, en tanto prevé la intervención del Ministerio Público de la Defensa en este tipo de procesos. Sin embargo, lo hace con un criterio restrictivo, toda vez que –al menos en la letra de la ley– parece exigir que la persona migrante *demuestre fehacientemente* ante la autoridad administrativa que carece de recursos económicos para procurarse un abogado (arg. art. 86 segundo y tercer párrafos).²⁵

Otra disposición legal relevante en este ámbito es la relativa al derecho a contar con un traductor o intérprete (arg. art. 86), habida cuenta de que muchas personas migrantes no conocen el idioma castellano, lo que supone un factor de vulnerabilidad adicional.²⁶

1.3. *El control judicial suficiente*

En nuestro país, las decisiones administrativas siempre son susceptibles de revisión judicial, para lo cual las normas habilitan algún medio procesal para acceder a los tribunales de justicia. Ello resulta por un lado de la prohibición de que el Presidente ejerza “funciones judiciales” (art. 109 CN) y de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN). Es habitual referirse hoy, en consonancia con el lenguaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la “tutela judicial efectiva”. En tal sentido, la Convención

25. La disposición es algo ambigua, pues –luego de la reforma del Decreto N°70/2017– prevé que el extranjero *solicite* la asistencia jurídica o bien que *acredite de forma fehaciente* la carencia de medios económicos, lo cual aparece como restrictivo del derecho de acceso a un abogado. Es probable que la interpretación en sede administrativa no sea tan exigente, sobre todo a la luz de lo que dispone la reglamentación del art. 86, que establece que debe darse *inmediata intervención* al Ministerio Público de la Defensa (v. Decreto N°616/2010). Cabe aclarar que esta reglamentación no fue modificada luego del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017.

26. El derecho a contar con un traductor o intérprete forma parte del elenco de garantías mínimas del proceso penal (art. 8.2.a) de la Convención Americana) y es otra muestra de la fuerza expansiva que cabe reconocer a tales garantías en los procedimientos y procesos administrativos de carácter sancionador. Al respecto se ha declarado la nulidad del procedimiento seguido ante la autoridad administrativa en un caso en que la persona extranjera declaró no conocer el idioma castellano y el acta de declaración migratoria no estaba suscripta por el intérprete (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, in re “*Zheng, Meimei c/ EN-M° INTERIOR OP Y V-DNM s/ recurso directo DNM*”, Expte. N°4741/2018, sentencia del 16/08/18).

Americana de Derechos Humanos se refiere a la obligación de los Estados de proveer de un “recurso efectivo” ante actos lesivos de sus derechos fundamentales (art. 25).²⁷

Ahora bien, un aspecto posible de la *efectividad* de los remedios judiciales que las normas internacionales exigen puede conectarse con el principio del control judicial suficiente, sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *Fernández Arias* (Fallos 247:646). Dicho principio exige, además de la posibilidad de disponer de recursos para acceder a los tribunales judiciales, que se asegure una revisión plena de los hechos y el derecho controvertido. Al menos en esta materia, es necesaria una revisión judicial plena para satisfacer una efectiva protección judicial.

Ahora bien, la ley migratoria parece en cierto modo restringir los alcances de la revisión judicial. Concretamente, establece que el control judicial se *limitará* al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación (art. 89).²⁸ Sin embargo, creemos que en estos tres aspectos se subsumen adecuadamente todos los aspectos que puede controlar un tribunal judicial.²⁹ De tal modo, la aparente limitación al control judicial en realidad no parece tener mayor operatividad, en tanto no obsta a realizar un control judicial pleno.

Más concreta es la prohibición de un control judicial sobre la existencia de razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en supuestos de delitos contra el orden migratorio; tales causales

27. Dicho “recurso” tiene un sentido más amplio que el de “recurso judicial”, ya que comprende cualquier vía (incluso administrativa) que permita revisar la validez de un acto lesivo de derechos fundamentales, siempre que dicho remedio sea *efectivo*.

28. La redacción del texto ha llevado a algunos tribunales a sostener que solo correspondía realizar un control limitado sobre las decisiones de la autoridad migratoria, pero la literalidad de la norma en nuestra opinión no proporciona justificación alguna para no realizar un control de razonabilidad de aquéllos, controlando específicamente su objeto, su causa y su finalidad, como se haría respecto de cualquier acto administrativo.

29. Se podría suponer que el legislador quiso evitar el control de actos discrecionales, pero la técnica legislativa es deficiente. Si realmente se pretendió excluir tal control, lo cierto es que la referencia al principio de razonabilidad abre la puerta a que el control sea posible también sobre tales actos. En definitiva, un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales (suponiendo que los actos dictados por aplicación de la ley migratoria lo fueran, lo que dista de ser evidente), también debe ser razonable (Fallos 298:223; 305:1489; 306:400, considerando 6º; entre otros).

permiten dispensar a la persona migrante en situación irregular de ser expulsada del país. Aquí la norma establece que ello es una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente (art. 62 bis). Tal limitación resulta reñida con el principio de control judicial suficiente³⁰ y podría ser reputada inconstitucional.³¹

Por lo demás, la referencia al control de legalidad de las decisiones en materia migratoria a que alude el art. 89 antes mencionado torna aplicables las normas de la Ley N°19.549 en punto a los requisitos de validez de los actos administrativos. En este campo, asume particular relevancia el análisis de la motivación del acto, sobre todo cuando la persona migrante invoca motivos para ser dispensada de la expulsión del país y la autoridad migratoria no ha examinado esos motivos.

Pero también es controlable si la denegatoria de un pedido de dispensa es razonable, pues está previsto en la ley migratoria, en el ya citado artículo 89. El sentido del artículo 62 bis antes citado no puede ser otro que, en caso de invalidarse el acto en sede judicial, corresponde devolver la decisión a la instancia administrativa para que evalúe nuevamente la situación del

30. Debe señalarse que aquí la jurisprudencia federal no es uniforme, ya que algunos tribunales consideran que el análisis de si se configura alguno de esos motivos de dispensa es discrecional para la autoridad migratoria por ser un órgano especializado (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Granados Poma Héctor c/ EN- DNM- Resol 104574/09 (Expte. 2293077/07) s/ amparo ley 16.986*, del 2/11/10; *Uriarte Cubas Ygnacio de Loyola y otro c/ EN - M° Interior- DNM - DISP 716-(Expte 209905/99) y otro s/ recurso directo*, del 21/9/15; Sala IV, *Hernández Julio César y otro c/ EN- M° Interior -Resol. 341/11- DNM Disp. 24407/08 8218247/03 s/ recurso directo para juzgados*, del 9/6/15. Desde otra perspectiva, se ha considerado que el control judicial de la denegatoria de la dispensa no debe ser excepcional, pues ello hace a la causa del acto, y si ha sido invocada la causal, la autoridad administrativa debe expedirse motivadamente, lo cual es materia de control judicial ulterior (v.gr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *He, Yanzhu c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/recurso directo DNM*, Expte. N°17.970/2018, sentencia del 13/09/18; en el que se declaró la nulidad de las disposiciones administrativas por vicios en su causa porque la DNM no valoró los elementos de prueba acompañados por la migrante que podían justificar la dispensa). Sin embargo, las distintas Salas del fuero discrepan en torno a la intensidad de ese control de razonabilidad.

31. V. en tal sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, in re *Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN - DNM s/ amparo ley 16.986*, Expte. N°3061/2017, sentencia del 22/03/2018. A la fecha, dicha decisión judicial no se encuentra firme.

migrante y se expida motivadamente acerca de ese punto, pues ello resulta esencial para la validez de tal acto. Por lo tanto, creemos que el control judicial siempre puede considerar si la denegatoria está motivada y si es razonable una eventual denegatoria por parte de la Administración, sin que ello implique reemplazar el criterio de esta.

1.4. La participación de los niños en el proceso migratorio

El derecho a la reunificación familiar, reconocido y asegurado por nuestra legislación interna, a menudo se entrecruza con el derecho de los niños a su protección como integrantes de una familia.³² En cuanto atañe a los aspectos procesales, el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho de estos a ser escuchados “en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Esta disposición de carácter general asume especial relieve en materia migratoria, donde el niño puede ser separado de uno o ambos padres como resultado de una decisión expulsiva de estos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la exigibilidad de las garantías del debido proceso en el caso de niños en contextos de migración, precisando en qué deben consistir las garantías mínimas que deben asegurarse en favor de estos.³³ Además, debe tenerse en cuenta el caso de niños nacidos en nuestro país hijos de padres migrantes. Esta situación es particular porque esos niños no son migrantes, sino argentinos nativos, que no pueden ser expulsados.

32. La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes aparece ya en el artículo 75 inciso 23 CN. Pero diversas normas con jerarquía constitucional la refuerzan: con carácter general puede mencionarse el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en particular, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra como principio rector el “interés superior del niño”. Desde luego, esto trasciende lo exclusivamente procesal, pero nos interesa ahora remarcar este aspecto, sin perjuicio de volver luego sobre otras implicancias que hacen al aspecto sustantivo de las decisiones que se adopten.

33. El tema es ampliamente desarrollado en la Opinión Consultiva OC-21/14. La Corte Interamericana se refiere allí a las garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucren a niñas y niños (párrafos 108-143); o las garantías aplicables en caso de restricciones o privaciones a la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias (párrafos 185-206); entre otros aspectos.

En cualquiera de estas circunstancias –esto es, se trate de un niño o niña migrante o de nacionalidad argentina, hijo/a de padres migrantes– debe asegurarse su efectiva participación en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial ulterior a través de personal idóneo. Al respecto, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares ha considerado “muy grave” que en nuestro país no se asegure el patrocinio y representación legal independiente de los niños y niñas argentinos en particular y menores de edad de otras nacionalidades, que se ven involucrados en las expulsiones forzosas de sus padres o tutores.³⁴

Reforzando las normas internacionales en la materia, la Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes también se refiere al derecho de estos a ser oídos, en especial en los procedimientos judiciales y administrativos que les afecten.³⁵

En tal sentido, el Ministerio Público de la Defensa cuenta con Defensores Públicos de Menores e Incapaces que pueden asumir las funciones de representación y asistencia si se verifican los recaudos para su intervención.³⁶ Cabe observar que no existen criterios uniformes en la jurisprudencia federal respecto de la intervención de los menores en procesos que afecten a sus progenitores sometidos a un procedimiento o proceso migratorio.³⁷

34. Véase de dicho Comité, las *Observaciones sobre el Segundo informe periódico de la Argentina*, aprobadas en el 31° período de sesiones (2 al 11 de septiembre de 2019), disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/CMW_C_ARG_CO_2_37078_S.pdf; versión no editada consultada en noviembre de 2019; párr. 22.

35. Así el artículo 24 se refiere al derecho de estos a opinar y ser oídos, mientras que –más específicamente– el artículo 27, al desarrollar las garantías procesales mínimas, consagra el derecho “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. [...]” (v. inciso c).

36. Véase el artículo 43 de la Ley N°27.149.

37. En contra de la admisión de los menores en el proceso migratorio, a través de un representante legal, pueden mencionarse las siguientes decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal: Sala II: *Mestre Soto, David Fernando c/ E.N.* - M° Interior O.P. y V. - *Dnm s/ recurso directo DNM*, Expte. N°63.666/17, sentencia del 27/02/2018; *Meza Contreras, Luis Manuel c/ E.N.* - M° Interior O.P. y V. - *DNM s/ recurso directo DNM*, Expte N°14.604/17, sentencia del 26/04/2018; *Monges, Manuel Enrique c/ E.N.* - M° Interior O.P. y V. - *DNM s/ recurso directo DNM*, Expte. N°6.093/18, sentencia del 5/07/2018; Sala IV: *Chávez Ruiz Digma Félix c/ E.N.* - M° Interior - *Resol. n° 311/12 - DNM - Expte. n° 2291578/07 y otro s/ recurso directo DNM*, Expte. N°25.164/12,

1.5. La doble instancia judicial en el proceso migratorio

En principio, el criterio jurisprudencial es que, salvo en materia penal, la doble instancia no es una exigencia del debido proceso (doctrina Fallos 238:305; 244:480; etc.). En el caso de la Ley N°25.871 se prevé un “recurso judicial” (art. 84), que tramita ante los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país (art. 98).

El hecho de que la norma previera un “recurso” generó alguna duda respecto de si se estaba creando una vía de instancia judicial única ante los tribunales de primera instancia. Sin perjuicio de que los recursos judiciales directos no importan una restricción a las facultades de conocimiento del juez o a la posibilidad de ofrecer y producir prueba,³⁸ la interpretación más adecuada parece ser que esta vía procesal intenta ser un mecanismo más rápido que una impugnación de actos administrativos, pero no constituye una limitación del acceso a la segunda instancia. La Corte Suprema tuvo oportunidad de referirse al tema en el caso “Ojeda Hernández”,³⁹ donde sostuvo que la ley no prevé específicamente la inapelabilidad de las sentencias de los jueces de primera instancia. Ante ese silencio, entendió que debía acudir al principio general del artículo 242 del CPCCN que establece como regla general la posibilidad de apelar las sentencias definitivas dictadas en primera instancia, mientras que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo tiene una competencia genérica para conocer

resolución del 1º/12/2016; *Ojeda Hernández, Luis Alberto c/ E.N. - Mº Interior - Resol. nº 1546/10 - DNM - Disp. nº 184.765/09 y otros s/ recurso directo para juzgados*, Expte. Nº6.816/11, sentencia del 29/12/2016; *Contreras Trujillo, Edward Rafael c/ E.N. - Mº Interior - Resol. nº 1237/11 - DNM - Disp. nº 140.388/09 - Expte. nº 2.412.125 s/ recurso directo para juzgados*, Expte. Nº47.748/11, sentencia del 4/05/2017.

38. Observa Hutchinson que el recurso judicial contencioso administrativo, al igual que la demanda ordinaria, constituyen formas procesales de ejercicio de la acción. Más allá de la denominación como recurso, a través de él se instrumenta una primera instancia judicial, en la que es posible producir prueba si no existe conformidad en los hechos y también invocar fundamentos jurídicos que no hayan sido previamente expuestos ante la Administración (T. Hutchinson, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 679).

39. CSJN, in re *Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ causa* N°2739/12, O.113.XLVIII, sentencia del 10/07/2014 (no posee cita en la colección Fallos).

en apelaciones contra sentencias de los jueces de primera instancia de ese fuero (art. 4° de la Ley N°21.628).

De este modo, ha quedado establecido que en el procedimiento migratorio debe existir una doble instancia judicial, si bien se ha alcanzado esa conclusión a partir de la interpretación de normas procesales, y no como una exigencia de rango constitucional.⁴⁰

1.6. Otros derechos procesales

Sin la pretensión de agotar el elenco de los derechos que pueden hacerse valer en materia procedimental (o procesal), hay algunos que tienen particular relevancia en casos en que se trata de la aplicación de la legislación migratoria.

Uno de ellos consiste en que la persona migrante debe contar con tiempo suficiente y con los medios adecuados para interponer recursos que permitan revisar la orden de expulsión. Este derecho emana sin dudas del de defensa en juicio (art. 18 CN) y tiene su formulación más precisa en el art. 8.2.c) de la Convención Americana, que entendemos debe formar parte de un proceso con las “debidas garantías” que exige dicho instrumento internacional, en concordancia con la Constitución Nacional. Al respecto, el Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo prevé plazos breves (de tres días) para interponer recursos administrativos y judiciales que permitan revisar una orden de expulsión. No es posible decir en abstracto si este plazo es o no compatible con el derecho a defensa en juicio.⁴¹ Ello dependerá de la situación concreta en que se encuentre la persona migrante, su efectivo acceso a asistencia jurídica en forma inmediata, la posibilidad de ofrecer pruebas, etc. Sin embargo, se ha cuestionado la razonabilidad de este plazo, ya que su brevedad parece más orientada a restringir el ejercicio del derecho

40. Cabe aquí plantear si, en caso de que el legislador decidiera suprimir expresamente el recurso de apelación contra decisiones judiciales de primera instancia en materia migratoria, ello no podría ser violatorio de las “debidas garantías” a que alude el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular habida cuenta de la naturaleza represiva de la expulsión del país y la gravitación que pudiera tener en estos procesos lo previsto en el artículo 8.2.h) de la Convención, relativo a la doble instancia.

41. En diversas leyes se prevén plazos breves para la interposición de recursos. Así la Ley de Amparo 16.986 prevé plazos de 48 horas o la Ley de Procedimientos de Habeas Corpus prevé plazos de 24 horas, sin que ello hubiera merecido tachas a su validez constitucional.

de defensa (y, eventualmente, facilitar la ejecución de la orden de expulsión) que a una regulación racional del sistema.

Otro derecho relevante se refiere a la información sobre la asistencia consular del país de nacionalidad del extranjero. Al respecto, la Corte Interamericana sostuvo que este derecho debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas para brindar a personas extranjeras la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo, y añadió que “constituye un medio para la defensa del inculcado que repercute –y en ocasiones decisivamente– en el respeto de sus otros derechos procesales”.⁴² Si bien se refiere a los casos de imputación penal, creemos que el principio es trasladable al ámbito de las sanciones administrativas en materia migratoria.

2. Los principios sustantivos

Las decisiones de expulsión de no nacionales deben respetar ciertos principios de derechos humanos sustantivos. Estos principios apuntan al contenido de tales decisiones, aunque algunos de ellos también se refieren a las garantías formales que deben respetarse en los procedimientos respectivos.

2.1. El principio pro persona

Presente en todas las cuestiones en que se debaten los alcances o la vigencia de normas de derechos humanos, este principio juega, en realidad, en forma transversal, en tanto exige al intérprete considerar todas las normas que inciden en la cuestión a decidir, y acudir a la más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁴³

42. Este derecho proviene del Derecho internacional general (la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) y ha sido abordada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de fecha 1/10/1999 “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso”. La cita del texto corresponde al párrafo 122.

43. Puede verse en general, para lo relativo a este principio: M. Pinto, “El principio ‘pro homine’. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”,

Un ejemplo de aplicación de este principio lo vemos en el caso *Apaza* (Fallos 341:500) donde –frente a dos interpretaciones posibles de la ley migratoria (concretamente, de una de las disposiciones que permiten a la autoridad administrativa decidir acerca del ingreso y la permanencia de las personas en el país)– la Corte Suprema se inclinó por la interpretación más estricta, esto es, la que acotaba más las facultades de aquella. Si bien el Tribunal no invocó expresamente el principio *pro persona* (o *pro homine*), sino que se basó en una interpretación sistemática de la ley, lo cierto es que su decisión fue coherente con la aplicación de ese principio hermenéutico.⁴⁴ De este modo, invalidó la interpretación sostenida en sede administrativa y se decantó por la más favorable a la no expulsión de la persona.

2.2. *El principio de no devolución (non refoulement)*

A partir del Derecho internacional de los Refugiados, donde se reconoce el principio de no devolución o *non refoulement*,⁴⁵ se puede postular la

en M. Abregú (comp.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2004, pp. 163-171.

44. El principio fue invocado explícitamente en el dictamen de la Procuración General de la Nación (apartado IV). Específicamente señaló que dicho principio “obliga a preferir, entre diversas interpretaciones posibles, el significado de la norma que resulta más acotado en cuanto al alcance de la facultad administrativa de impedir el ingreso y la permanencia, y que asegura correlativamente una esfera más amplia para el ejercicio de la libertad de circular y residir [citas omitidas]”. Por su parte, el Ministro Rosatti, que votó en concurrencia, señaló que había dos interpretaciones igualmente posibles de la ley. Tras señalar la necesidad de que el legislador adopte disposiciones claras, precisas y previsibles, concurrió con su voto en la solución adoptada por los restantes miembros del Tribunal, aceptando también los fundamentos del Procurador Fiscal.

45. La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados se refiere a la expulsión (art. 33) y a la prohibición de expulsión y devolución (art. 34). Al respecto, establece límites a la facultad de los Estados de expulsar refugiados cuando ello pueda implicar un peligro para la vida o la libertad de estos por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. En su Opinión Consultiva OC-21/14 la Corte Interamericana se refirió al principio de no devolución aplicable en materia migratoria, cuando están involucrados niñas, niños o adolescentes (v. párrafos 207-242). Sin embargo, varias de las consideraciones que fundan este principio en el ámbito interamericano pueden perfectamente aplicarse a los casos de personas adultas en situación de ser expulsadas.

existencia de este principio también en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con específica incidencia en materia migratoria.⁴⁶

En esa línea, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (art. 24.8).

Otros tratados internacionales, de los que nuestro país es parte, imponen en forma explícita o implícita limitaciones a la posibilidad de expulsar a no nacionales. En tal sentido se ha mencionado la Convención sobre la Tortura, cuyo art. 3 prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que será sometida a tortura. Del mismo modo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece análoga prohibición cuando haya razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada (art. 16). Otras limitaciones surgen en forma implícita de tratados internacionales de derechos humanos.⁴⁷

Es decir, aun cuando la expulsión de una persona extranjera pudiera hallarse en alguna de las causales previstas en la legislación, la facultad esta-

46. Así lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se refiere a la complementariedad entre el Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, observando que este principio se aplica en forma más amplia en ambos. Dicho órgano afirma que se trata de una norma consuetudinaria del Derecho Internacional, que se refuerza por el reconocimiento del derecho de buscar y recibir asilo; v. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2015), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf> (consultado en noviembre de 2019).

47. Pérez González se refiere a la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Derechos del Niño, cuyos respectivos órganos de aplicación han emitido recomendaciones u observaciones generales en las que señalan límites a la facultad de los Estados de expulsar personas (C. Pérez González, *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012).

tal encuentra un límite si, en caso de ejecutarse la decisión, aquella pudiera sufrir un riesgo de violación de sus derechos humanos.

2.3. *El principio de no discriminación*

Este principio tiene un campo de aplicación que va más allá de la situación de las personas migrantes, pues está consagrado en diversas normas internacionales de derechos humanos, en especial las que se refieren a grupos vulnerables.⁴⁸ La Corte Interamericana ha señalado que dicho principio, junto con los de igualdad ante la ley e igual protección ante la ley pertenecen al *ius cogens*, esto es, una norma imperativa que ha ingresado en el Derecho Internacional general y permea el ordenamiento jurídico nacional e internacional.⁴⁹ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas define este principio como

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁵⁰

48. En tal sentido pueden mencionarse la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2, 3, 5 a 16); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. 1.2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5); la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de Personas Mayores (art. 5); el Convenio N°111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (arts. 1 a 3). Entre las específicamente referidas a personas migrantes ratificadas por nuestro país, cabe mencionar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (arts. 1 y 7).

49. CtIDH, Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

50. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N°18 (37° período de sesiones, 1989), párr. 7.

De este modo, el principio de igualdad y no discriminación incide en el ejercicio de los derechos de las personas, cualquiera fuera su situación migratoria, en tanto los Estados no podrían poner barreras para el acceso a la educación, a la salud u otros derechos, distinguiendo entre nacionales y extranjeros.⁵¹ La Corte Suprema de nuestro país ha sido particularmente estricta al examinar estas distinciones, llegando a aplicar un test intensivo que presumía la inconstitucionalidad de las normas que las realizaban, a menos que se presentara una justificación razonable.⁵²

Debe agregarse que los migrantes se encuentran por lo general en una situación de desigualdad estructural para el ejercicio de sus derechos, no solo ante la autoridad migratoria. A menudo se entrecruzan en los contextos de migración factores como el género y la pobreza, características que tienden a reforzar estereotipos⁵³ y a reforzar sus desventajas para integrarse a

51. Un examen de la situación de las personas migrantes en nuestro país bajo la óptica de las obligaciones asumidas en virtud de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial puede verse en el informe elaborado por diversas organizaciones no gubernamentales: ANDHES - CELS - CAREF *et al.*, *Informe sobre la Argentina. Situación de los derechos humanos de las personas migrantes*, s.l., 2016; disponible en <https://www.cels.org.ar/common/InformeDerechosMigrantes.pdf> consultado en noviembre de 2019.

52. Se trata del test diseñado en los casos *Hooft* (Fallos 336:381) y *Gottschau* (Fallos 339:2986). Es interesante observar que este tipo de análisis fue también utilizado en relación con derechos de la seguridad social, aunque en ese caso los jueces introdujeron matices particulares: mientras Petracchi y Argibay aplicaron un escrutinio estricto para juzgar diferencias consagradas normativamente entre nacionales y extranjeros para concederles una pensión por invalidez, Maqueda sostuvo la validez de tales distinciones en principio, aunque consideró que no estaban justificadas en el caso concreto (Fallos 330:3853 - *Reyes Aguilera*).

53. Al respecto puede verse en: A. P. González, “La construcción de la ‘peligrosidad’ del migrante: un análisis sobre las representaciones sociales de miembros del sistema judicial en la Ciudad de Buenos Aires”, en *Estudios Socio-Jurídicos* [S.l.], v. 19, n. 2, pp. 63-95, jun. 2017. ISSN 2145-4531. Disponible en: doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5423>; consultado en septiembre de 2019. A propósito del dictado del Decreto N°70/2017, y con un enfoque también sociológico, puede verse: T. Basok, “Regional Migration and Argentina’s ‘hospitality’ in Crisis” en: C. Menjivar, M. Ruiz, I. Ness, *The Oxford Handbook of Migration Crises*, 2019 (disponible en: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190856908.001.0001/oxfordhb-9780190856908-e-25>; consultado en septiembre de 2019.

la sociedad. También el hecho de ser víctimas de delitos (como el de trata de personas), sumados a la introducción de visiones prejuiciosas a su respecto en el discurso público,⁵⁴ o las dificultades para la regularización de su situación migratoria, no hacen sino acrecentar su vulnerabilidad en cuanto el ejercicio de sus derechos y a la posibilidad de ser colocados en situación de expulsión.

Ahora bien, el principio de igualdad y no discriminación constituye otro límite a la facultad estatal de expulsar migrantes en situación irregular⁵⁵ y exige una particular atención por parte de los órganos de aplicación de la normativa migratoria, sobre todo para reconocer situaciones de discriminación.

Las disposiciones de la Ley N°25.871 –en aspectos que el Decreto N°70/2017 no ha modificado– garantizan el acceso a los derechos en condiciones de igualdad con los nacionales. En tal sentido, el origen nacional es una condición personal que está expresamente prohibida como motivo de discriminación en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, las decisiones de la autoridad migratoria que pudieran ser discriminatorias en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social,⁵⁶ están sujetas a un exigente escrutinio judicial para justificar su validez.⁵⁷

54. En los considerandos del Decreto N°70/2017 se utilizan estadísticas a fin de reforzar el argumento de que existe una vinculación entre migrantes y la comisión de delitos. Sin embargo, las estadísticas son utilizadas de un modo discutible y no necesariamente dan sustento a las consecuencias que de ello intenta extraer el decreto. Un examen del uso de tales estadísticas aparece en la sentencia *CELS c/ EN - DNM s/amparo*, cit.

55. Pérez González, *op. cit.*, p. 114.

56. Hemos enunciado los motivos específicamente prohibidos de discriminación contemplados en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero dicha enumeración no es taxativa. La Corte Interamericana ha entendido que supuestos como la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género, también debían considerarse motivos prohibidos, aclarando que ello no agotaba los supuestos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Rifo v. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, pár. 85; asimismo, Opinión Consultiva OC-24/17 *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, del 24 de noviembre de 2017, pár. 67 y 68.

57. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado criterios de interpretación más exigentes cuando se trataba de discriminaciones de iure, de conformidad

2.4. *El principio de unidad familiar*

La realización de este principio constituye uno de los objetivos de la Ley de Migraciones (v. art. 3 inc. d), que de este modo se entronca con diversas disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El derecho a la protección de la vida privada y familiar aparece en diversos instrumentos internacionales obligatorios para nuestro país.⁵⁸

Por otra parte, ante la invocación de razones de reunificación familiar en casos de expulsión de migrantes, la autoridad administrativa (y eventualmente, los tribunales judiciales) deben evaluar la situación y explicar fundadamente las razones de una denegatoria de esta causal. No resulta suficiente indicar que la persona ingresó al territorio nacional por un lugar no permitido, o que ha cometido delitos que impiden su permanencia en el país: si se invocan circunstancias que pueden constituir una afectación de este derecho, la autoridad migratoria debe justificar la razón por la cual no es procedente la aplicación de esta dispensa, ponderando por un lado las razones de seguridad que el Estado puede invocar y por otro los daños que una expulsión puede ocasionar desde el punto de vista del derecho a la reunificación familiar.

Cabe añadir que no existe un modelo único de familia, y así lo han reconocido órganos internacionales de protección. La normativa interamericana garantiza la protección de todas las familias, cualquiera fuera su composición.⁵⁹ En cualquier caso, será la motivación de la decisión expulsiva lo que

con los precedentes *Hooft* (Fallos 327:5118) y *Gottschau* (Fallos 329:2986). En los casos de discriminación indirecta –sin duda más complejos, sobre todo desde el punto de vista probatorio– el precedente *Sisnero* (Fallos 337:611) aporta criterios más específicos para dar una respuesta judicial. En todos los supuestos se exige que quien realiza un tratamiento desigual debe proporcionar una justificación suficiente de su accionar.

58. En tal sentido, el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y muy especialmente, el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

59. Ver: CtIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, del 19 de agosto de 2014, especialmente párr. 272 y sus citas, donde se señala un concepto más amplio que el de los padres biológicos y sus hijos, pues puede incluir a la familia extensa,

permitirá establecer si la ponderación efectuada por la autoridad migratoria es razonable.

2.5. El principio del interés superior del niño

A menudo se verifica, en las decisiones de migración, que hay niños, niñas y adolescentes cuyos derechos pueden verse afectados por las decisiones de las autoridades administrativas. Cabe aquí recordar que aquellos, con prescindencia de su situación migratoria, son sujetos de protección y el Estado debe tener especialmente en cuenta el contexto de vulnerabilidad en cuanto al respeto a sus derechos. Por un lado, la propia Constitución Nacional se refiere, en términos generales, a los niños como destinatarios de medidas de protección por el Estado (art. 75 inc. 23 CN). Por otro lado, el principio del interés superior del niño, a través del artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuenta con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Una situación frecuente se verifica cuando se expulsa a una persona extranjera que es progenitor/a de un niño o niña nacido en el país. Aquí adquiere relevancia el principio del interés superior del niño, receptado en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para tales supuestos existen una serie de directrices elaboradas por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. En particular, en el ámbito regional americano la Opinión Consultiva OC-21/14 establece lineamientos en esta materia, en la inteligencia de que siempre debe prevalecer dicho interés, así como la necesaria participación del niño en el procedimiento migratorio (a la que ya nos hemos referido), a fin de asegurar que sea oída

integrada por otros parientes con los que existan lazos afectivos e incluso personas que jurídicamente no son parientes. Asimismo, incluye como destinatarios de tutela a las familias monoparentales. El concepto de “familia” es elaborado con mayores precisiones en la Opinión Consultiva OC-24/17, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* de fecha 24 de noviembre de 2017, cit., donde se desarrolla lo relativo a la familia que pueden conformar personas del mismo sexo (v. Capítulo VIII), y que es acreedora a la misma protección que las parejas heterosexuales, sin discriminación. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a distintas formas de familia, lo que incluye las parejas no casadas y sus hijos y las familias monoparentales y sus hijos (Observación General N°19, párr. 2).

su opinión y de este modo, la autoridad de aplicación pueda adoptar una decisión.⁶⁰

2.6. *El principio de proporcionalidad*

Este principio juega en un plano distinto, en la medida en que en las decisiones en materia migratoria se debe ponderar entre distintos derechos o principios. Así, aunque la seguridad interior o la defensa frente al delito puede ser una consideración atendible y puede incidir en la adopción de determinada política migratoria, ello debe sopesarse con los derechos que legítimamente puede invocar la persona migrante.

En párrafos anteriores hemos mencionado el peso que puede tener el principio de unidad familiar (del que deriva el derecho a la reunificación familiar) que puede entrar en colisión con el derecho que tiene el Estado de salvaguardar la seguridad y el orden público y puede *prima facie* hacer procedente la expulsión. Del mismo modo, las medidas de expulsión –cuando hay niños, niñas o adolescentes de por medio– deben ser examinadas a la luz del principio del interés superior del niño, el cual debe operar como contrapeso de las razones del Estado para disponer la expulsión de la madre o del padre de una persona menor de edad.

En cuanto a las órdenes de retención de un extranjero, que deben ser dispuestas por un juez, deben respetar el principio de proporcionalidad. En tal caso, el magistrado interviniente debe ponderar la necesidad de la medida, para lo cual deberá evaluar estrictamente las razones que invoque la autoridad administrativa.

Ahora bien, este principio se relaciona con el de razonabilidad (art. 28 CN). En el caso de actos administrativos (como lo son los que disponen la expulsión de un extranjero), debe recordarse que las medidas que estos involucren deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad, esto es, a los fines que justifican su dictado, su causa y su objeto (art. 7º inc. f) de la Ley N°19.549), lo cual abre la puerta al control de juridicidad de los actos administrativos que deben realizar los tribunales (y antes que ellos, la propia administración a través de su servicio jurídico).

60. CtIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, cit. La hipótesis de expulsión de los progenitores del niño es abordada en los párrafos 263-282.

Aquí es preciso advertir que la Ley N°25.871 –modificada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017– prevé en determinados casos la expulsión como medida. Ello podría hacer pensar que el legislador ha ponderado que, ante la configuración de alguna de las causales impeditivas del ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional,⁶¹ la

61. Las causales impeditivas del ingreso y permanencia en el país están previstas en el artículo 29 de la ley. La modificación introducida por el Decreto N°70/2017 ha incluido nuevas causales que no estaban en el texto original. El texto vigente prevé las siguientes: a) La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada, o la omisión de informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas y/o requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de CINCO (5) años; b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto; c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad; d) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas; e) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional; f) Tener antecedentes o haber incurrido o haber participado en actividades terroristas o pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por la Corte Penal Internacional o por la Ley N°23.077 de Defensa de la Democracia; g) Haber sido condenado en la REPÚBLICA ARGENTINA o haber incurrido o participado en la promoción o facilitación, con fines de lucro, en el ingreso o la permanencia o en el egreso ilegal de extranjeros en el territorio nacional; h) Haber sido condenado en la REPÚBLICA ARGENTINA o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; i) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o haber incurrido o participado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior en la promoción de la prostitución, por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas; j) Haber sido condenado o tener antecedentes, en la REPÚBLICA ARGENTINA y/o en el exterior, respecto de delitos de corrupción conforme las conductas descriptas en el Título XI del Libro Segundo, Capítulos IV, VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del Código Penal de la Nación Argentina; k) Intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo los controles migratorios, o por lugar o

sanción expulsiva es *siempre* proporcionada por una valoración del legislador. Es decir, podría pensarse que en tales casos existe una regla, conforme a la cual debe expulsarse al extranjero ante la configuración de alguna de las causales impeditivas de la permanencia en el territorio argentino. Sin embargo, la cuestión es algo más compleja: la expulsión no es siempre proporcionada (o razonable) aunque se configure alguna de aquellas causales, ya que el legislador ha previsto la dispensa por razones de reunificación familiar, por razones humanitarias o por haber contribuido en la detección de un delito contra el orden migratorio. Además de estos supuestos, deben tenerse en consideración ciertos principios supranacionales, como el interés superior del niño, el respeto de la vida familiar (que en cierta medida puede converger con el principio de reunificación familiar que menciona la ley), la no discriminación, el riesgo que la persona pueda sufrir si es deportada a otro país, etc. Todos estos principios deben ingresar en el análisis de proporcionalidad y deben ser ponderados por el intérprete, a fin de determinar si la sanción expulsiva (o si la retención preventiva) de la persona migrante está justificada.

Con arreglo a la jurisprudencia interamericana, la decisión de expulsión (o de retención) de una persona debe ser dispuesta conforme a la ley y, además, debe ser: a) idónea; b) necesaria; c) proporcional en sentido estricto.⁶²

La idoneidad de la medida se relaciona con el cumplimiento de un fin estatal legítimo, esto es, acorde con la Convención, pero que además satisfaga un interés público imperativo. En el lenguaje de la Corte Suprema argentina, puede decirse que lo que se exige es que se trate de fines *sustanciales*, y no meramente convenientes para el Estado.

en horario no habilitados al efecto; l) La constatación de la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente Ley; m) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley.

62. Este esquema de análisis ha sido desarrollado por la Corte Interamericana en otros ámbitos, pero tiene una validez más general, aplicable a otros supuestos de restricciones a derechos. En lo que hace específicamente al contexto migratorio, lo aborda en la Opinión Consultiva OC-21/14, ya citada, párrafos 275-280, y lo refiere al análisis del conflicto entre el derecho del Estado de implementar su política migratoria (que puede llevar a disponer la expulsión de un progenitor) y el derecho del niño a la protección de la familia y a la unidad familiar.

Por otra parte, la necesidad de la medida apunta a que esta sea, entre todas las alternativas posibles, la única posible para lograr ese fin legítimo. En tal sentido, debe procurarse la vía menos restrictiva posible del derecho.

Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, esto es, debe ser una medida que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo. En la ponderación de las circunstancias relevantes, la jurisprudencia ha mencionado la naturaleza y gravedad del delito cometido, la extensión de estadía en el país, el tiempo transcurrido entre el momento en que fue cometido el delito y la conducta del apelante desde entonces, la nacionalidad de las personas involucradas; en caso de tratarse de una persona casada, el tiempo de duración del matrimonio, si ha tenido hijos y de qué edad, el bienestar de los niños y las dificultades que podrían encontrar en el país al que es deportado, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares que hubiera construido en el país, etc.; ello a fin de sopesar si la permanencia de la persona en el país constituye una amenaza para la seguridad de la población o si, a pesar de ella, debe prevalecer el derecho a la protección de la vida familiar u otro derecho fundamental,⁶³ en las circunstancias del caso concreto.

VII. Conclusiones

En la legislación migratoria se entrelazan complejos problemas de políticas públicas y de derechos humanos. Aun reconociendo el derecho del Estado a expulsar extranjeros por razones de orden público, siempre con base en causas previstas por la ley, este derecho se encuentra limitado por los principios de derechos humanos contenidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales en la materia, que conforman el bloque de constitucionalidad (art. 75.22 CN).

63. Sobre estos criterios, pueden verse: *Frometa Ulloa, Marco Doroteo c/ EN- M. Interior OP y V - DNM* (Expte. 72924/2017, sent. del 7/5/2019); *González Castillo, Cristian Maximiliano y otro c/ EN- M. Interior OP y V - DNM* (Expte. 73312/17, sentencia del 23/4/2019); *Franco, Antonio José c/ EN- M. Interior OP y V - DNM* (Expte. N°29572/10, sentencia del 23/4/2019), entre otros, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala V, en los que se citan precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia.

La legislación que actualmente rige en nuestro país, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/2017, ha retrocedido hacia un paradigma en el que prevalece un enfoque securitario y represivo, conforme al cual se criminaliza al extranjero en situación irregular (al que se tilda de “ilegal”), se desconoce su condición vulnerable, se dificulta la regularización de su situación migratoria y se propicia, como primera medida, su expulsión del territorio nacional.

Sin embargo, diversos principios, que nacen ya del texto de la Constitución histórica, reforzados en la reforma de 1994 y por diversos tratados internacionales, se erigen como una valla frente a decisiones legislativas regresivas en materia de derechos humanos. En este trabajo hemos querido subrayar tales principios, porque revelan la inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) de varias normas contenidas en la legislación migratoria vigente y creemos que la práctica jurisprudencial puede contribuir a tomar en serio los derechos humanos de las personas migrantes.

Bibliografía

- ANDHES - CELS - CAREF *et al.*, *Informe sobre la Argentina. Situación de los derechos humanos de las personas migrantes*, s.l., 2016; disponible en: <https://www.cels.org.ar/common/InformeDerechosMigrantes.pdf>.
- R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- F. Arlettaz, “Admisión y expulsión de extranjeros en el derecho argentino”, en *Estudios Constitucionales*, Año 16, N°1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2018.
- T. Basok, “Regional Migration and Argentina’s ‘hospitality’ in Crisis”, en C. Menjivar, M. Ruiz, I. Ness, *The Oxford Handbook of Migration Crises*, 2019 (disponible en: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190856908.001.0001/oxfordhb-9780190856908-e-25>).
- P. Ceriani Cernadas y D. Morales, *Argentina: Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los Derechos Humanos*, s/l, Federación Internacional de Derechos Humanos, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2011, pp. 8; 26 y ss.; disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/02/Argentina.-Avances-y-asignaturas-pendientes-en-la-consolidacion.pdf>.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Movilidad Humana. Estándares Interamericanos*, 2016; disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.
- European Union Agency for Fundamental Rights - Council of Europe, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2014; disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_en.pdf.
- L. Ferrajoli, *Manifiesto per l'uguaglianza*, Bari, Laterza, 2018.
- R. Giustiniani, *Migración, un derecho humano. Ley de Migraciones 25.871*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2004.
- A. P. González, "La construcción de la 'peligrosidad' del migrante: un análisis sobre las representaciones sociales de miembros del sistema judicial en la Ciudad de Buenos Aires", en *Estudios Socio-Jurídicos*, [S.l.], v. 19, n. 2, pp. 63-95, jun. 2017. Disponible en: doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5423>.
- A. Gordillo, "El migrante irregular de la Ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino", en *La Ley*, 2004-B.
- T. Hutchinson, *Derecho Procesal Administrativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Naciones Unidas, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, disponible en: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf.
- A. Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 2005.
- S. Novick, "Una nueva ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso", en R. Giustiniani, citado supra.
- A. P. Penchaszadeh y L. E. García, "Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque?", en *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 2018, N°23, esp. pp. 100-104; disponible en: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/3554/2444>.
- C. Pérez González, *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- M. Pinto, "El principio 'pro homine'. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos", en M. Abregú (comp.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, CELS, 2004.

La jurisprudencia citada en el texto se encuentra en los siguientes sitios web:

Corte Suprema de Justicia de la Nación: www.csjn.gov.ar en el enlace “Sentencias de la Corte Suprema”.

Otros tribunales nacionales: www.cij.gov.ar en el enlace “Búsqueda de sentencias”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.or.cr en el enlace “Jurisprudencia”.

La interpretación de la exención religiosa en la perspectiva de la situación subjetiva de derecho privado. Efectos irreflejos de la carencia conceptual y desplazamiento normativo en la libertad de religión de los Estados Unidos de América*

*Salvatore Tolone Azzariti***

Resumen

El presente artículo parte de la premisa de que la *interpretación* y la *aplicación* de los derechos constitucionales en el derecho privado, en un sistema pluralista de Estado de Derecho, se desarrollan mediante su reconocimiento según formas de ejercicio igualmente plurales. Asimismo,

* Se agradece a instituciones universitarias y a colegas que han permitido que este trabajo se realice. A la Universidad de Buenos Aires, por la nueva y honrosa experiencia académica. A la Codrington Library y la Bodleian Library, por la amabilidad, gentileza y comprensión con que acompañan la investigación y a sus protagonistas. Al Dr. Gabriel Gotlib, por la primera revisión de la versión en español, y a Pablo Ali, *editor princeps*. *Postremo autem maxime*, al Maestro profesor Leandro Vergara, quien fue decisivo para señalar ciertos límites del trabajo en el curso de su desarrollo. Sin sus objeciones, el principio de los efectos irreflejos de la interpretación no hubiese resurgido, así como su *clair lien* genético con la escuela austríaca del derecho. Lo que queda impreciso u incorrecto es claramente responsabilidad del autor. Las traducciones de los textos originales corresponden también al autor.

** M. Jur., D. Phil. Se ha formado entre Italia, Alemania e Inglaterra. Enseña Derecho Civil en el Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Civil, Instituciones de Derecho Privado, Derecho Comercial y Derecho Privado de la Economía, en Nápoles, Oxford, Pavia y Buenos Aires. Autor de numerosos artículos y monografías sobre derecho de los contratos, derecho de daños, derechos reales y derechos fundamentales; s.toloneazzariti@hotmail.com

se evidencia cómo, bajo un perfil metodológico, la estructuración de las reglas depende de los procesos formativos jurisprudenciales y de qué modo, desde un perfil sistemático, la *igualdad en la aplicación –tratamiento igual de lo que es igual–* asume naturaleza constituyente. Los elementos teóricos, normativos y materiales son sujetos a un régimen de coesencialidad para la formación y concretización de los conceptos y la constante redefinición de sus elementos constitutivos. Este trabajo muestra cómo la *aplicación* posee una naturaleza lógica autónoma con respecto a la *interpretación* en sí, e implica una doble función simultánea: la concretización de las normas y el control de coherencia de la decisión adoptada con el sistema normativo. Simétricamente, desde la perspectiva iusprivatística, las situaciones subjetivas solo concretizadas en las *fattispecie* son reconocidas según un régimen de existencia, configuración conceptual precisa y eficacia correlativa. A partir de este marco teórico, el objetivo del presente artículo es examinar la institución de la *exención religiosa* en los Estados Unidos desde la perspectiva de la situación subjetiva de derecho privado, y abordar de qué modo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se identifican, de manera privilegiada, áreas de contraste entre tal institución y el Estado de Derecho. En estas líneas se aborda la carencia de un concepto reconocido de religión como consecuencia de la autorrestricción en sede judicial, principalmente por parte de la Corte Suprema, y la consecuente indeterminación taxonómica en la *aplicación*. En este sentido, se refuta la posibilidad de su fundación doctrinal a través del método analógico o, como hipótesis, a partir del *pensamiento por tipo*. Asimismo, se focaliza la secuencia de efectos que conduce al desplazamiento conceptual de la *libertad de conciencia* por parte de la *libertad de religión* en la interpretación de la Primera Enmienda.

Palabras clave: Estado de Derecho, exención religiosa, situación subjetiva, efectos irreflejos, carencia conceptual, desplazamiento normativo, aplicación de los derechos fundamentales al derecho privado, formación jurisprudencial del derecho, igualdad aplicativa, pluralismo de valores, libertad de conciencia, taxonomía.

The Interpretation of Religious Exemption in the Perspective of Private Law Subjective Situation. Unintended Effects of Lack of Concept and Normative Displacement in the Freedom of Religion in United States of America

Abstract

This article build on the premise that the *interpretation* and *application* of constitutional rights in private law, in a pluralistic Rule of Law system, are developed through their recognition according to equally plural forms of exercise. It also shows how, under a methodological perspective, the structuring of the rules depends on the building processes of jurisprudence and how, from a systematic perspective, *equality in the application* – equal treatment of what is equal – assumes a constitutive task. The theoretical, normative and material elements are subject to a co-essentiality regime for the formation and concretization of concepts and constant redefinition of their constituent elements. This work shows how *application* has an autonomous logical nature with respect to *interpretation* itself and implies a simultaneous double function: the culmination of the norms and the *coherence* control of the decision adopted with normative system. Symmetrically, from the private law perspective, subjective situations exist only when concretized in tokens are recognized according to a regime of existence, precise conceptual configuration and correlated efficacy. By this theoretical framework, the objective of this article is to examine the institution of *religious exemption* in United States from the perspective of subjective private law and to address how, both in doctrine and jurisprudence, areas of contrast between such an institution and the Rule of Law are identifiable in a distinctive way. These lines address the lack of a recognized concept of religion as a result of judicial self-restraint, mainly by the Supreme Court, and the consequent taxonomic indeterminacy in the *application* of rules. In this sense, the possibility of its doctrinal foundation is refuted through the analogical method or, as a hypothesis, based on *thinking-by-type*. Likewise, if focused the sequence of effects that leads to the conceptual displacement of *freedom of conscience* by *freedom of religion* in the interpretation of the First Amendment.

Keywords: Rule of Law, Religious Exemption, Subjective Situation, Unintended Effects, Normative Displacement, Fundamental Rights in

Private Law, Development of Law by Jurisprudence, Equality of Norms Application, Value Pluralism, Freedom of Conscience, Taxonomy.

Antagonismo entre exención religiosa y Estado de Derecho: naturaleza y contenido. Aplicación de los derechos fundamentales al Derecho privado

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contiene la siguiente fórmula: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”. A partir de las proposiciones relativas a la libertad de religión, se irradian una multiplicidad de cuestiones, convencionalmente clasificadas de acuerdo con dos áreas reguladoras: *Cláusula de Libre Ejercicio (Free Exercise Clause)* y *Cláusula de Establecimiento (Establishment Clause)*. Entre los principales problemas se encuentra el reconocimiento de la exención a la aplicación de las normas generales otorgado a personas o grupos sobre la base de una pertenencia de naturaleza religiosa, cuando tal aplicación produce efectos sobre la creencia o su ejercicio. Dado que este reconocimiento tiene una aplicabilidad con respecto a cada tipo de ley, es apto para generar hipótesis concretas de extrema heterogeneidad desde un punto de vista jurídico.

El examen de la exención normalmente comienza desde el proceso de reconocimiento concedido a esta institución y desde las características que asuma en sus aplicaciones, cuando se reconoce en principio¹ la interferencia de la ley general o de normativas particulares con el libre ejercicio de la religión.² En este contexto, entre los intérpretes suele registrarse el examen de

1. C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 57 y ss.

2. J. R. Stoner Jr., “Religious Liberty & Common Law: Free Exercise Exemptions & American Courts”, en *Polity*, vol. XXVI, N°1, 1993, p. 1 y ss.; F. M. Gedicks, “An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious Exemptions”, en *20 U. Ark. Little Rock L. Rev.*, 1998, p. 555 y ss.; M. Schwartzman, “What If Religion Is Not Special?”, en *79 U. Chi. L. Rev.*, 2012, p. 1351. Por el concepto de *Prinzip*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, p. 135 y ss.

justificaciones de naturaleza histórica y textual.³ Asimismo, ocurre cuando el análisis cubre las *fattispecie* adoptadas en casos especiales, como pueden ser fuentes de carácter legislativo, administrativo o judicial, que hagan emerger con mayor claridad la cuestión sobre la posición jurídica otorgada a la persona o al grupo en las decisiones de las Cortes o en el acto normativo. Ello así, sobre todo en el orden de la extensión –o no– a *fattispecie* similares calificadas por otros principios constitucionales, según la regla de que “los principios no pretenden exclusividad”, para la cual las mismas consecuencias jurídicas que provienen por un principio pueden también provenir por otro.⁴ A este nivel, entonces, la autorización a ser exonerado de las normas generales afecta directamente la cuestión de compatibilidad con el Estado de Derecho y su fundamento en el principio de igualdad, ya que genera reglas que implican –por el contrario– la diferencia de trato entre los sujetos.⁵

El debate sobre el tema que aquí se discute surge al detectar la existencia de un antagonismo entre el instituto de la exención religiosa y el Estado de Derecho como principio, reconocido fundamento del sistema jurídico estadounidense,⁶ y se diversifica para diferentes opiniones en cuanto a la magnitud que este antagonismo posee en el sistema: es decir, si representa –o no– un *vulnus* permanente, que por lo tanto requiere la búsqueda de

3. P. A. Hamburger, “A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective”, en *60 Geo. Wash. L. Rev.*, 1992, p. 915 y ss.; M. W. McConnell, “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion”, en *103 Harv. L. Rev.*, 1990, p. 1409 y ss.

4. C. W. Canaris, *Systemdenken*, cit., p. 53, para la regla según la cual “los principios no tienen pretensión de exclusividad”; K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, *Establishment and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. 298 y ss.; cfr. también Justice Scalia, Opinion, en *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, pp. 881 y 884 y ss.

5. K. Greenawalt, *op. cit.*, p. 304: “...permite que alguien haga lo que otros no pueden hacer. Esta diferencia de tratamiento requiere ser justificada”. Sobre el conflicto con el Estado de Derecho debido a la falta de igualdad, cfr. R. H. Fallon Jr., “The ‘Rule of Law’ as a Concept in Constitutional Discourse”, en *97 Colum. L. Rev.*, 1997, p. 8 y nota 26.

6. Sobre el Estado de Derecho como concepto amplio, cfr. R. Bill Chavez, “The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes”, en AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by K. E. Whittington, R. D. Kelemen, G. A. Caldeira, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 64.

legitimación alternativa.⁷ En este trabajo se ilustra cómo este *vulnus* es precisamente de esta naturaleza (amplio y radical), tratando de demostrar la forma en que no puede reducirse solo a las cuestiones que se remontan, en sí, al principio de igualdad.

Al limitar el interés a la fuente judicial (las decisiones de las Cortes) y asumiendo en un sentido problemático el Estado de Derecho como idea directiva, es necesario proporcionar preliminarmente breves detalles –aunque fundamentales– en torno a las tres áreas conceptuales esenciales en la interpretación y el debate: la relación entre la producción jurisprudencial de las normas y el sistema jurídico, en la síntesis de la *formación del Derecho por medio de la jurisprudencia*;⁸ la naturaleza del pluralismo de los valores y los efectos sobre la interpretación y el orden legal que este principio produce; y el empleo del concepto de *situación jurídica* que se requiere para este tipo de examen en el derecho privado. Todo esto configura un contexto en el cual un principio como la *libertad de religión*, en su sentido más amplio –incluso ético–, opera principalmente como un criterio de interpretación, manteniendo el carácter de un *modelo directivo de normación* que justifica las soluciones legales derivadas a causa de su especial vinculatividad, además de estar expresado por una norma de rango constitucional.⁹

I. Estado de Derecho y formación jurisprudencial del derecho con respecto a los grados de concretización de los principios

En estos primeros apartados destacamos algunos elementos fundamentales relacionados con la interpretación en el sistema regido por el principio del Estado de Derecho desde la perspectiva del derecho privado. Para esta investigación resulta fundamental fijar algunos elementos estructurales

7. T. R. S. Allan, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 283 y ss.

8. Sobre el concepto de *Rechtsfortbildung* como desarrollo del derecho o, como lo entendemos en este ensayo, *formación jurisprudencial del Derecho*, cfr. G. Orrù, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 1989, p. 27 y ss.

9. Sobre el concepto de *pautas directivas* en la normación jurídica que con su propia fuerza de convicción justifican las soluciones jurídicas, cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 458.

y funcionales a partir de los cuales se forman las reglas en el proceso interpretativo, así como sintetizar para el lector la fisonomía y la dinámica de los efectos irreflejos como un elemento característico de la interpretación histórico-evolutiva.

Tal como se argumenta a continuación, se puede afirmar que una *decision* que incorpora y da actuación a un valor constitucional, como sucede en los casos de exención religiosa, interviene en un sistema pluralista de valores jurídicos regido por el *Estado de Derecho* como *idea directiva*.¹⁰ En tal sistema ningún valor tiene una preeminencia jerárquica, y el tipo de situación reconocida en una *decision*, es decir, examinando los valores en las reglas concretas que derivan de su ejercicio, debe coligarse en términos de *coherencia*¹¹ con situaciones preexistentes y disciplinas relacionadas con ellas. En este sentido, para cada regla establecida en las soluciones judiciales se dispone su vinculatividad con el resto del sistema, según algunos principios determinados, tales como la *ausencia de contradicción lógica*, la *compatibilidad objetiva* y la *concordancia de las valoraciones*.

Por ejemplo, sobre la base del esquema clasificatorio autorización/prohibición,¹² la interpretación reconocida en una *decision*, dando aplicación concreta a un principio determinado, normalmente no puede autorizar en una cierta situación lo que está prohibido en la generalidad de situaciones *semejantes*, del mismo modo que tampoco puede prohibir lo que tiene autorizado para la generalidad de estas. Por el contrario, dicha interpretación se justifica en virtud de su alineación con los principios generales del sistema.¹³

En cambio, desarrollando las reglas del sistema, si la *decision* autoriza o prohíbe lo que está prohibido o permitido en general, activa la transposición

10. T. Gutmann, "Säkularisierung und Normenbegründung", en AA.VV., *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, herausgegeben von N. Jansen - P. Oestmann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 245.

11. Sobre el concepto de *consistency*, v. J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford University Press, Stanford, 1968, p. 284.

12. Sobre la "estructura lógica de la norma jurídica", cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 232 y ss.

13. *Idem*, p. 350. Se integra la *semejanza* cuando la similitud de dos distintas *fattispecie* es tal que no se configure *ratio regulae* para un tratamiento diferente entre ellas; más bien, tienen que ser disciplinadas igualmente. El carácter se atribuye cuando se averigua la concordancia en algunos de los elementos esenciales, aunque no en todos, precisamente en los elementos que resulten esenciales para la evaluación jurídica, cfr. *Idem*, p. 366.

sistemática de la disciplina de la situación de acuerdo a la nueva conformación como actuación de la *formación jurisprudencial del derecho*¹⁴ según la regla recién formulada, ya que el ordenamiento en su totalidad, para la *igualdad en la aplicación* (tratamiento igual de lo que es igual), reconoce la regla y extiende su vigencia para todas las situaciones en las que es extensible según el carácter de *semejanza*, es decir, los *casos futuros comparables*.¹⁵ En este sentido, debido a que la coherencia sistemática tiene una función ordenadora preeminente en el contexto de la interpretación, se postula que la regla expresada en una decisión judicial debe cumplir con los criterios que logren realizarla, cuando el intérprete evalúa según los siguientes cánones como elementos puramente ideales en el proceso interpretativo: a) la compatibilidad de la regla con el resto del sistema, b) el tipo de evolución que ha aportado como efecto irreflejo al resto de las reglas, c) el tipo de orden entre ellas que posiblemente ha constituido, y d) el marco de integridad de la estructura lógica-jurídica que se ha elaborado.¹⁶

14. *Idem*, p. 350.

15. Sobre los conceptos de *igualdad* como *Gleichbehandlung des Gleichartigen* y sobre la *aplicación* como *Anwendung des Maßstabes in künftigen, vergleichbaren Fällen*, cfr. *Idem*, p. 204.

16. En la actividad interpretativa de sir E. Coke, cfr. el principio *Interpretare & concordare leges legibus est optimus interpretandi modus*, en el “Paris Stoughter’s Case”, 1610, 8 Co. 169, en J. H. Thomas - J. F. Fraser, *The Reports of sir Edward Coke*, J. Butterworth & Son, London, 1826, vol. IV, p. 477. La condición previa sustancial que lleva al principio se encuentra en el ámbito de una actividad de recuperación de deudas debidas a la Corona y, en particular, el *writ of melius inquirendum* en circunstancias de actividades cognitivas cuyos *findings* tengan contenidos divergentes; cfr. G. S. Robertson, *The Law and Practice of Civil Proceedings by and against the Crown and Departments of the Government*, Steven & Sons, London, 1908, p. 198 y ss. Sobre los conceptos de *Ausgleichung* y *Zusammenpassung* en función de la *igualdad en la aplicación*, cfr. P. Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, en *AcP*, Bd. 112, 1914, p. 179: “El ideal de la jurisprudencia exige la implementación uniforme de los juicios de valor normativos, la decisión uniforme sobre todos los intereses en conflicto de acuerdo con estas ideas de valor. Pero ni un sistema unificado de mandamientos ni un sistema unificado de valores son realidades históricas. Los que llevan a cabo los juicios son hombres con una visión limitada, y son hombres diferentes que en diferentes ocasiones y momentos forman los mandamientos que luego serán empleados en una aplicación uniforme y armoniosa. La actividad de armonización (*Zusammenpassung*) de los mandamientos en una totalidad armónica es el objeto de la formación jurisprudencial del derecho (*Rechtsfortbildung*)”. También cfr.

Desde la perspectiva interna, se observa que la *doctrine* que se va formando y la regla que se va constituyendo en un caso concreto normalmente son caracterizadas con un nivel solo prodrómico de coherencia, según los diversos grados de concretización para los cuales están elaboradas, la cual se cumple solo con la etapa fundamental de la *aplicación*.¹⁷ Por consiguiente, se habla de la coherencia del sistema como *resultado de una actividad interpretativa* orientada a ella, y no como algo que corresponde a un programa preexistente y realizado simultáneamente con la *decision* según la *ratio* que ella conlleva.¹⁸

En la perspectiva externa, la *coherencia* se convierte en el criterio para el control de una *doctrine* en cuanto a su compatibilidad con las normas ya existentes y operativas en el sistema en una doble dirección. Por un lado, el control vertical que conecta el principio y la *fattispecie* concreta, de acuerdo con una orientación dirigida a la mutua clarificación. Por otro lado, el control orientado a la no contradicción del sistema, que une los diferentes principios de acuerdo con los respectivos grados de concretización, en cuyo caso estos podrán incorporar un sentido concreto solo en un marco orgánico

K. Larenz, *op. cit.*, p. 461 y ss.; A. Lüderitz, *Auslegung von Rechtsgeschäften. Vergleiche Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Verlag Müller, Karlsruhe, 1966, p. 330 ss. Sobre el concepto homólogo de *Universalization* (o de *universalizability of the rule*), cfr. F. A. Hayek, "The Mirage of Social Justice", en *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, volume 2, Routledge, London, 1998, p. 27 y ss.; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II ed., Giuffrè, Milano, 1971, p. 31 y ss., y 112 y ss.

17. K. Larenz, *op. cit.*, p. 190 y ss., con referencia a Gadamer sobre la naturaleza esencial que asume en este sentido la *aplicación* de la norma en el proceso hermenéutico, en primer plano como elemento autónomo y asimismo como elemento constituyente, a la par de la *comprensión* y la *intepretación* ("La aplicación es elemento integrante del proceso hermenéutico tanto como lo son la comprensión y la intepretación").

18. Sobre el concepto de *vorprogrammierte Zusammenspiel*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 458 y ss. Cfr. *Idem*, p. 334: "En la concretización actuada por el legislador o por el juez –si interpreta 'en conformidad a la Constitución'–, se tiene siempre que respetar la armonía de los principios constitucionales, que se pueden complementar y a la misma manera limitar recíprocamente". Cfr. C.W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 46 ss.; K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Universitätsverlag Carl Winter, Heidelberg, 1953, p. 50 y ss.

regido por la mutua integración y limitación orientada a la complementariedad de las reglas.¹⁹

Por ende, cabe tener en cuenta que ningún concepto –si integra tanto un principio como una norma– puede ser connotado como *evidente*, más allá de los elementos que eventualmente refieran a cantidades (por ej., cardinales, ordinales). El concepto, al ser fundado sobre elementos casi exclusivamente cualitativos, es siempre objeto de interpretación, valoración y reconstrucción en vía interpretativa.²⁰ Entonces, la *ratio decidendi* y –más en general– las motivaciones que apoyan una *decision* contienen a nivel factual²¹ tanto los reflejos interpretativos del texto normativo preexistente –una norma o la *ratio* de un precedente que conlleva una *authoritative interpretation (stare decisis)*–²² como los elementos pertinentes a la *fattispecie* concreta –*materialidad*– por la cual se formó la *doctrine*.²³

19. Como es sabido, sobre este tema, C. W. Canaris, *op. ult. cit.*, p. 55, expresa la fórmula según la cual “Los principios demuestran plenamente su verdadero significado solo a través de su integración y limitación mutua” (*proceso de recíproco esclarecimiento*). Al respecto, también cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 460. Resulta necesario recordar en forma sintética la diferencia que reitera Canaris con respecto a la tesis del “sistema móvil” de Wilburg (*beweglichen Systems*), especialmente expresada en W. Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Kienreich, Graz, 1950. Canaris hace hincapié en la diferencia entre *Offenheit* y *Beweglichkeit* del sistema, es decir, entre “sistema móvil” y “sistema abierto”. C. Fried, *Saying what the Law Is. The Constitution in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2004, p. 2; W. Twining, *Globalisation & Legal Theory*, Butterworths, London, 2000, p. 242.

20. Sobre la *Begriffsbildung*, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, pp. 192 y 194 y ss., en particular, p. 195, sobre conceptos como el de *supuesto de hecho*, donde los elementos esenciales constituyentes de las nociones necesitan siempre ser interpretados sistemáticamente.

21. J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, cit., p. 126.

22. H. Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing, St. Paul, 1911, p. 44.

23. *Idem*, p. 284; R. A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010; F. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991; K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 1, *Free Exercise and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2006, p. 15; E. West, “The case against a right to religion-based exemptions”, en *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y*, 4, N°3, 1990, p. 591 ss.; A. W. B. Simpson, “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, en AA.VV., *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. G. Guest, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 155 ss.;

II. Efectos irreflejos en la formación jurisprudencial del derecho como producto de la interpretación sistemático-evolutiva

Como se ha planteado, las actividades decisionales y sus resultados en términos de regulación están ligados a la coherencia con respecto al conjunto de reglas preexistentes, más allá de la *fattispecie* en la cual se ha establecido el caso.²⁴ Por lo tanto, es evidente que estos datos se combinan simultáneamente con una perspectiva que posee naturaleza sistémica. Además de prevenir las contradicciones del sistema antes mencionadas, la actividad de *armonización* de las *decision* y de las *doctrine* que la sostienen funda su valor constitutivo también como supuesto de eficiencia,²⁵ ya que establece como *eficacia irrefleja*,²⁶ como *efecto heterogenético*, la adaptación *pro futuro* a las evoluciones de las prácticas. El sistema garantiza la continuidad regulativa protegiendo las expectativas y reduciendo las incertidumbres en las mutaciones sociales.²⁷

P. Horwitz, “Three Faces of Deference”, en 83 *Notre Dame L. Rev.*, 2008, p. 1061 y ss.; F. Moretti, “Il precedente giudiziario nel sistema inglese”, en AA.VV., *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 9. Sobre este punto en general y sobre la carencia de fuerza vinculante de las *decision* adoptadas para las *lower Courts*, cfr. S. Estreicher - R. L. Revesz, “Nonacquiescence by Federal Administrative Agency”, en 98 *Yale L. J.*, 1989, p. 679; L. A. Kornhauser, “The Analysis of Courts in the Economic Analysis of Law”, en AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, cit., p. 703.

24. J. Stone, *Legal System and Lawyers’ Reasoning*, cit., p. 284.

25. G. Postema, “Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World”, en AA.VV., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, edited by E. Pat-taro, vol. 11, Springer, Dordrecht - Heidelberg, 2011, p. 190 y ss.

26. Sobre la *eficacia irrefleja (unreflektierte Wirkung)*, cfr. C. Menger, *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883, p. 153 y ss.; F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, p. 58 y ss.

27. *Ibidem*; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 107 y ss.; F. Schauer, “Introduction”, en K. N. Llewellyn, *The Theory of the Rules*, University of Chicago Press, Chicago, 2011, p. 17 y ss.; A. Donati, *Rule of Law. Common Law. Lineamenti*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 17; U. Mattei, “*Stare decisis* negli Stati Uniti”, en AA.VV., *Atlante di diritto privato comparato*, cit., p. 16.

En consecuencia, como elemento del proceso constitutivo de las reglas generales de origen jurisprudencial,²⁸ esta actividad de armonización es un elemento esencial del valor normativo cardenal de los sistemas de Estado de Derecho, que se define por la *igualdad aplicativa* o, en rigor, por la igualdad de todos los sujetos ante la ley.²⁹ La relevancia de los efectos irreflejos o *heterogénicos*³⁰ generados por el estatuto interpretativo que actualmente reglamenta la *libertad de religión* en los Estados Unidos constituye uno de los temas relevantes de la fenomenología que se procura poner de relieve en este ensayo. A tal fin, parece adecuado un análisis conceptual sobre este tema.

Se denomina *efecto irreflejo* de la interpretación al resultado de un proceso³¹ que normalmente comienza con la evaluación de reconocimiento

28. F. A. Hayek, "The Mirage of Social Justice", cit., *loco*: "...which are equally applicable to all responsible human beings".

29. K. Larenz, *op. cit.*, p. 359, donde se asume que el "tratamiento igual de lo que es igual" es un principio inmanente a toda la ley, si pretende ser Derecho. Cfr. también T. R. S. Allan, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; F. A. Hayek, *op. ult. cit.*, p. 209 y ss.; C. Fried, *Saying what the Law Is. The Constitution in the Supreme Court*, cit., p. 208: "Equality of application is indeed a necessary entailment of recognizing a constitutional, or any, legal right"; J. Waldron, "One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation", en *59 Wash. & Lee L. Rev.*, 3, 2002, p. 3 y ss.; N. Harris, *Law in a Complex State. Complexity in the Law & Structure of Welfare*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 76 y ss.; J. R. Lucas, *The Principles of Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 256 y ss.; C. L. Eisgruber - L. G. Sager, *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2007; A. W. B. Simpson, *op. cit.*, p. 163 y ss. Sobre la aplicación de los derechos constitucionales en su conjunto, a través de la actividad judicial, cfr. A. Barak, "Constitutional Human Rights and Private Law", en AA.VV., *Human Rights in Private Law*, edited by D. Friedmann and D. Barak-Erez, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, p. 25.

30. E. Betti, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Diritto, metodo, ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 526. Sobre el concepto de *Secuencia de efectos conexos (Wirkungszusammenhang)*, cfr. W. Dilthey, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, en *Gesammelte Schriften*, VII Band, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1992, p. 120 y ss., especialmente p. 152 y ss. Cfr., asimismo, E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 107 y ss.

31. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, J. Guttentag, Berlin, 1907, p. 62 y ss.

de la *ratio iuris* de la norma y con su proyección evolutiva para la cual se aplica en condiciones sociales y normativas mutadas³² con respecto al *tempus promulgationis*. Así se cumple una fase interpretativa dirigida a la actualización en el contexto orgánico del sistema normativo y se conecta diacrónicamente la estabilidad y la seguridad de la disciplina con las instancias de adaptación.

Este tipo de actividad, que ya se ha indicado anteriormente, puede colegir que el precepto, aunque formalmente en vigor, ha tenido un posicionamiento distinto en el marco regulador que lo contiene, por ejemplo, un *desplazamiento disciplinario*.³³ Esto sucede cuando este marco, concretamente, ha sido atraído en el ámbito disciplinario de otras normas que reflejan formalmente evaluaciones o conceptos distintos, como por ejemplo a través de la legislación posterior en el tiempo o concurrente, o ya sea por una tipología de actividad interpretativa en las Cortes que ha producido tal resultado. En este sentido, la interpretación del precepto produce un *efecto irreflejo*: recuperando la *ratio*, lo actualiza adaptando el perfil disciplinar a las exigencias mutadas. Al hacerlo, en forma *irrefleja*, *inintencional* con respecto a la *voluntas legis* original o con respecto a la *voluntas* del mismo intérprete, genera un efecto *heterogenético*: la disciplina de un área problemática adicional y distinta en comparación con la original.³⁴

La interpretación, por lo tanto, produce una *secuencia de efectos conexos*: a la vez que identifica la *ratio iuris* original de la norma y el perfil teleológico que la calificaba,³⁵ también identifica, en la perspectiva evolutiva, cuáles cambios de *ratio* o nuevos contenidos se pueden atribuir a la norma en las condiciones sociales y normativas mutadas, y por cuáles otras *fattispecie* concretas. Entonces el dispositivo pasa a ser aplicable en el complejo normativo actual, incluso más allá de la clase de aplicación prevista

32. Sobre el concepto de *Wandel der Normsituation*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 338.

33. Acerca del concepto de *Verdrängung*, cfr. K. Larenz - M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Beck, München, 2004, p. 320 y ss.

34. L. Brütt, cit., p. 64.

35. Sobre este concepto de *ratio* (*Vernünftigkeit*), que incluye no solo el sentido formal, la conexión lógica de los conceptos, sino también un sentido material, una *teleología inmanente* como racionalidad de los fines, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 36.

originalmente,³⁶ lo que se define *heterogénesis de los sentidos*.³⁷ Esto produce el *efecto irreflejo*, inintencional, de concurrir a la composición y a la modificación del marco normativo, incluso de las normas actuales y anteriores, hacia un nuevo orden productivo de efectos interconectados.³⁸

III. Exención vs. igualdad. La institución de la exención entre libertad y derecho. *Ratio* por la adopción sistemática del concepto de situación jurídica

Además de su propio valor en el contexto hermenéutico, la *igualdad en la aplicación* posee un valor sistémico en el derecho privado, que es la demarcación de los ámbitos de aplicación de las reglas producidas por la interpretación. Por el contrario, la *exención* produce reglas naturalmente orientadas a la especialidad, independientes de los ámbitos aplicativos generales. Sobre esta área especial, por lo tanto, el concepto de *situación jurídica* permite reorganizar los casos concretos, clasificarlos de acuerdo con categorías subjetivas generales y reconducirlos a un examen según los cánones ordinarios del sistema.

36. L. Brütt, *op. cit.*, *ivi*.

37. P. Heck, "Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", *cit.*, p. 38 y ss. En el ámbito de la "interpretación histórica", orientada a la búsqueda conceptual y funcional, así como L. Brütt, también P. Heck, con la fórmula *Heterogonie der Bedeutungen*, se refiere al Principio de Wundt y pone de relieve la incidencia necesaria de múltiples factores exógenos sobre la evolución de la interpretación histórica del texto, destacando cómo ella asume una diferente perspectiva evolutiva a través del filtro de las nuevas instancias hermenéuticas, y entonces incorpora un nuevo sentido como punto de partida histórico del pensamiento dogmático. Es así que la *fattispecie* concreta contemporánea opera en forma selectiva sobre las posibles y alternativas interpretaciones históricas, por ejemplo, de acuerdo con un parámetro de adecuación al caso concreto o poniendo de relieve cómo un sentido interpretativo particular se puede confirmar todavía reconocido o privado de su "valor dogmático histórico" por *desuetudo* o *ope auctoritatis*. Por lo tanto, se identifican dos niveles de éxitos interpretativos: el nivel histórico y el nivel práctico actual, que asume la función dogmática, y este último resultado tiene que ser considerado a nivel dogmático entre las hipótesis de interpretación objetiva.

38. Cfr. C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff*, *cit.*, p. 90, sobre la influencia recíproca entre el conocimiento del objeto de que se trata y su calificación sistemática (parte de una totalidad), no en forma aislada, por lo cual solo sobre la base de este tipo de clasificación es posible la comprensión plena de una norma y de su *ratio*.

Las breves menciones realizadas en los apartados anteriores obedecen a la necesidad de identificar un primer aspecto problemático: más allá de los conflictos comúnmente detectados y discutidos en términos de principios fundamentales, es preciso determinar de qué modo el antagonismo planteado entre la *exención* y la *igualdad en la aplicación* en su extensión sistémica, a través del debilitamiento de su vinculatividad en el ámbito normativo e interpretativo, afecta al orden jurídico en su conjunto³⁹ y, en consecuencia, a los fundamentos del Estado de Derecho.⁴⁰ Los aspectos concretos de este problema ocupan un gran espacio en este trabajo. Por lo pronto, debe tenerse en cuenta que ya se observan en los elementos primarios del análisis.

En primera instancia, este antagonismo resulta de la carencia del carácter de generalidad de las reglas que las exenciones religiosas postulan.⁴¹ Esta carencia es aún más evidente en el nivel de los corolarios obligatorios del principio de igualdad, entendido como un régimen sobre lo que la norma *debe ser*,⁴² como un vínculo de contenido material de justicia de normas, instituciones, *ratio decidendi*,⁴³ y, por ende, también en el área de los criterios que rigen las actividades interpretativa y decisional, pensando precisamente a las *ratio* de las motivaciones en apoyo de las diferentes *opinions*.⁴⁴ Además, por su propia naturaleza, el análisis de la exención basada en una fenomenología como la religiosa afecta todos los ámbitos jurídicos y cruza

39. Cfr. la conexión entre *coherencia (Folgerichtigkeit)*, *unidad (Einheit)* y *principio de igualdad (Gleichheitssatz)*, *ivi*, p. 16.

40. K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 304.

41. M. A. Hamilton, “Religious Institutions, the No - Harm Doctrine, and the Public Good”, en 4 *BYU L. Rev.*, 2004, p. 1099 y ss.

42. Sobre el Estado de Derecho en tanto “reglas concernientes a lo que el Derecho tiene que ser”, cfr. J. C. W. Touchie, *Hayek and Human rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law*, Edgar Elgar, Cheltenham-Northampton, 2005, p. 77. Cfr., asimismo, D. J. Solove, “The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights”, en 84 *Iowa L. Rev.*, 1999, p. 947 y ss.

43. Acerca de la vinculación de la jurisprudencia a las decisiones fundamentales del Derecho vigente, se postula un tipo de conocimiento no solo en el sentido de la “estructura formal”, sino también del “contenido material de justicia” de las normas, de los institutos jurídicos y de las “máximas de decisión” que emerjan en la actividad de los tribunales, en K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 225.

44. C. Fried, *Saying what the Law Is*, cit., p. 2.

las distintas configuraciones que el ordenamiento establece para regular las posiciones específicas, tanto colectivas como individuales, tanto de los derechos dominicales como de los derechos personales.⁴⁵

Desde esta perspectiva, como se ilustra luego, destacando la recurrencia de esta carencia y la proliferación de motivaciones de base extrajurídica —o, en cualquier caso, no controlables bajo un perfil jurídico—, puede ponerse de manifiesto cómo la exención no constituye una *doctrine* particular que se desarrolló en el tiempo, ni configura una situación jurídica precisa con su relativo valor taxonómico.⁴⁶ Por el contrario, resulta una institución que ha conseguido su grado de abstracción⁴⁷ a través de distintas *doctrine* elaboradas en distintos sectores normativos. Así refleja, en el nivel más general, las características de esta heterogeneidad.

Tal heterogeneidad lleva, desde la perspectiva de derecho civil, a algunas observaciones de carácter general. La comparación entre *exenciones* sobre una base religiosa o hipótesis basadas en otros derechos fundamentales no parece fundada metodológicamente.⁴⁸ Más adelante veremos cómo algunas propuestas presentes en la doctrina no resultan aceptables.

La perspectiva taxonómica del análisis jurisprudencial, que sigue la evolución histórica de la Primera Enmienda, refuta, por ejemplo, lo que debería ser la relación normal de generalidad entre la *libertad de conciencia* y la *libertad de religión*. Como veremos, por el contrario, debido a una serie de factores relacionados con la interpretación jurisprudencial, la última *fattispecie* ha evolucionado, ocupando un *spatium iuris* claramente perteneciente a la primera, con el mismo nivel de generalidad. La evolución jurisprudencial también atestigua que la falta de desarrollo de esta relación

45. L. Raiser, “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht”, en *JZ*, n. 15/16, 1961, p. 467.

46. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 2005. Cfr. también R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Baden Baden, 1994, p. 163 y ss., especialmente para la distinción entre posición y derecho subjetivo, y la bibliografía relacionada a este tema.

47. F. A. Hayek, “Rules and Order”, in *Law, Legislation and Liberty*, cit., vol. 1, p. 88 y ss.; S. G. Gey, “Reconciling the Supreme Court’s Four Establishment Clauses”, en *8 U. Pa. J. Const. L.*, 2006, p. 725.

48. A nivel general, cfr. AA.VV., *Religious Exemptions*, edited by K. Vallier - M. Weber, New York, 2018.

teórica entre generalidad y especialidad y la consiguiente constitución en tal sentido de una relación de equivalencia han permitido que la Primera Enmienda se extienda normativamente alcanzando una mayor abstracción con respecto a sus propios campos de aplicación.

En este ensayo se reitera que, a excepción de casos concretos en los que esta comparación puede tener una lógica específica, un modelo formal de comparación entre *exenciones*, habiendo superado la apariencia generada por el *idem nomen*, no tiene base metodológica. La llamada *exención* no posee un valor normativo formal sino solo descriptivo, para indicar un estado de excepción y privilegio que el sistema otorga en ciertas situaciones. Estas, en ocasiones, se encuentran marcadas por una aparente pertenencia a un mismo *genus*, ya que están relacionadas con las mismas normas (por ejemplo, la exención otorgada a la obligación del servicio militar), por lo tanto motivadas no solo sobre una base religiosa sino también sobre la base de otra fuente, como puede ser la *libertad de conciencia*.⁴⁹

De ello se deduce que la clasificación por abstracción dentro de la noción *right of exemption* (*derecho de exención*) carece de valor heurístico, ya que designa una posición genérica para obtener una exención, en principio un derecho subjetivo con efecto impeditivo (negativo) con respecto a la eficacia general de una norma, pero no designa las situaciones subjetivas que se configuran como *efecto del reconocimiento*. Estas, en cambio, dependen de la regla concreta, de la norma de la cual emanan y de su naturaleza, de la fisonomía de la situación constituida, del sistema normativo particular en el que tiene lugar la interpretación y a la vez delimitan los ámbitos donde las diferentes situaciones subjetivas toman forma.

Se destacan estos argumentos derivados de la inexistencia de valor conceptual de la *exención* o del llamado *derecho de exención* (sin recurrir al derecho subjetivo en forma de extrema abstracción y *exclusivamente* por el mencionado elemento común del efecto impeditivo) ya que en la doctrina, por el contrario, no siempre se advierte esta evidencia. Por lo tanto, a menudo parece que este efecto impeditivo-negativo es suficiente para una

49. S. Shetreet, "The Model of State and its Impact on the Protection of Freedom of Conscience and Religion: A Comparative Analysis and a Case Study of Israel Church Relations", en AA.VV., *Religion in the Public Sphere: a Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, editado por W. Brugger - M. Karayanni, Berlin, Heidelberg, New York, 2007, p. 87 ss., specie p. 103 ss.

percepción conceptual —errónea— y la creación artificial de una clase unitaria con caracteres semejantes igualmente artificiales. Esta debería conceptualizar, bajo el *nomen exención*, situaciones generadas bajo diferentes principios fundamentales por el simple hecho de su reconocimiento, o como mucho sobre la base de la homogeneidad del elemento objetivo de referencia, el ámbito normativo (ej., la exención de la aplicación de la misma norma) o de la hipótesis de elaboración de un elemento subjetivo caracterizado por mayor generalidad, como sería el caso de la *conciencia* con respecto a la *religión*.

Para arribar a dicha conclusión se tiene que privar de relieve constitutivo a la situación en la que, en cambio, de manera esencial, el reconocimiento tiene lugar y se estructura recibiendo el estado de excepción, definiendo la situación subjetiva final que lo incorpora y la fisonomía por la cual es tutelada. Lo que constituye la peculiaridad aquí examinada pretende ir en la dirección opuesta. Esto se debe a la necesidad general de proporcionar relieve a los elementos *proprios* del proceso de concretización y aplicación de las normas que reflejen —en las expectativas— racionalidad intrínseca y concordancia práctica.⁵⁰ Estos criterios requieren un enfoque peculiar y exclusivo, necesitado en términos de *abstracción*⁵¹ del ámbito aplicativo, únicamente proporcionado a la *exención* por motivos religiosos de acuerdo con la Primera Enmienda.

Entre las razones de esta singularidad, cabe anticipar los elementos esenciales de la *fattispecie* normativa a través de los cuales la evolución jurisprudencial ha configurado los casos que se generan por el principio en cuestión y la indefinición conceptual de estos elementos. Asimismo, vale destacar su extensión a la totalidad del derecho civil y de sus sistemas normativos particulares, para aspectos de relevancia como situaciones tanto privadas como públicas, donde recibe desde la aplicación concreta, por parte de la jurisprudencia desarrollada en el ámbito, elementos que concurren a estratificaciones peculiares por cada *contextum traditum*.⁵²

50. A. Röthel, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968, p. 162 y ss.

51. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 439 y ss.

52. E. Schulev-Steindl, *Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts*, Springer Verlag, Wien - New York, 2008, p.

Proporcionar relieve preciso a un ámbito de aplicación tan extenso como lo que concierne a la *exención religiosa* obedece al deber metodológico de responder con congruencia a la necesidad de un proceso interpretativo adecuado en este campo. Como se puede confirmar en particular en la jurisprudencia interesada con respecto a los conceptos o a las *fattispecie*, este proceso, por necesidad, no tiene lugar de forma lineal o de acuerdo con una secuencia lógica de consecuencias y conclusiones, sino según “pasos alternos” connotados por esclarecimiento recíproco y conexión mutua, a través de los cuales cada elemento de la *fattispecie* concreta concurre a una específica conexión de sentido de la regla del caso.⁵³

Como es evidente, esto resalta, desde otra perspectiva, el papel esencial de la fundación conceptual de la jurisprudencia y su valor sistemático o, por el contrario, la esencialidad de la carencia de una actividad de este tipo. El enfoque particularista de este ensayo obedece, entonces, a que la perspectiva del derecho civil, para desempeñar un papel autónomo en este campo, debe contener en el mismo espectro analítico la configuración de las situaciones subjetivas que son el efecto del reconocimiento de las exenciones, las estructuras que las caracterizan desde la perspectiva del derecho civil y en consecuencia, con valor constitutivo, las diferentes formas de concretización a través de las cuales los principios tienen aplicación.

Por lo tanto, debe abarcar la fundación jurisprudencial no solo para el reconocimiento que ha recibido el efecto impositivo mencionado –*exención*, genéricamente clasificada– sino también y particularmente la actividad fundacional que con ello coexiste y contribuye en la definición del ámbito aplicativo. Sobre esta base, remitiendo más adelante a los argumentos de este ensayo, esta perspectiva debe tomar la aplicación de la exención de la Primera Enmienda en términos de abstracción solo en su sector normativo, a pesar del recurso genérico al mismo término, debido a los ámbitos incomparablemente más extensos donde se aplica y, por ende, debido a la autonomía de los sistemas reflejados en su aplicación.

Volviendo a los perfiles generales, esto obedece a que la taxonomía en la formación jurisprudencial del derecho individúa un valor normativo no

163 y ss.; para el concepto de *Überlieferungszusammenhang* en la jurisprudencia cfr. K. Larenz, cit., p. 209. ss.

53. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 206 y ss.

solo descriptivo, es decir, la idoneidad que el intérprete, a través de la aplicación, confiere a las normas para identificar y disciplinar su ámbito según las reglas que de ella promanan, así como también para estratificar en su desarrollo reglas que garanticen efectividad a la disciplina y para demarcar el ámbito aplicativo desde otros regidos por otras normas. Así, depende de la norma que el sujeto evoca como fundamento de su tutela y de la fuente autoritativa que la emana, y también de su “vigencia fáctica o efectividad”.

Mediante todos estos elementos, el principio mantiene su función esencial: el grado de certidumbre manifestado por la guía del intérprete en la evaluación de los casos y en la selección de las reglas aplicables. El último elemento (*efectividad*) depende esencialmente de la constancia de la interpretación y de la aplicación de la norma a las *fattispecie* concretas dotadas de *semejanza* en el ámbito de aplicación. Por lo tanto, el principio de taxonomía de las reglas que se quiere valorizar en este ensayo refleja la clasificación y la diferenciación de ellas según una *determinación de contenido*⁵⁴ que resulta por el desarrollo de su respectiva aplicación.

Por esto, cualquier norma, desde la perspectiva taxonómica, determina una decisión futura no exclusivamente por su vigencia formal, en razón de la autoridad desde la cual promana según el texto que la constituye, sino también por su efectividad en la aplicación, que la refleja según reglas compuestas por elementos cuya fisonomía depende del contenido que la evolución applicativa le ha conferido.⁵⁵ El principio se termina reflejando sobre los elementos que constituyen la *determinación de contenido* en cuanto la regla resulte también aplicable en los casos futuros (*grado de abstracción*), abarcándolos en su área applicativa y pudiendo así regular sus consecuencias jurídicas.

El legislador es la fuente propia de las normas; mientras que las Cortes, como autores principales de la interpretación y aplicación, son fuente según un sentido diferente de acuerdo con el sistema de que se trate. Según

54. En cuanto al concepto de *Grad von inhaltlicher Bestimmtheit*, cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 189 y ss.

55. R. Heß, *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 18 y ss.; E. Sherwin, “Legal Positivism and the Taxonomy of Private Law”, en AA.VV., *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*, ed. C. Rickett & R. Grantham, Hart, Oxford-Portland, 2008, p. 105 y ss.

la clasificación tradicional, las Cortes tienen la autoridad de concurrir a establecer las normas en los sistemas que aceptan la *doctrine of precedent*, como en el *common law*; mientras que en un sistema de *Civil Law* las Cortes concurren exclusivamente proporcionando *concepciones jurídicas* dotadas de una autoridad diferente. Si bien este no es el espacio para analizar en forma general el valor del “precedente” en los sistemas de *Civil Law* (que además presentan diferencias entre ellos en cuanto a este principio), cabe señalar el factor común, el *minimum*, de ambos sistemas: en el proceso de *formación jurisprudencial del derecho*, también en el *Civil Law*, los precedentes y el llamado *Derecho judicial* consiguen vigencia fáctica o efectividad cuando establemente otras decisiones judiciales y la circulación jurídica resulten orientadas por ellos.⁵⁶

Con esta base, en este estudio se recurre al concepto de *situación jurídica*. Esto se debe a que cuando se examinan los elementos de la fenomenología de la *exención* y sus aplicaciones, asumiendo los diferentes grados de concretización, este concepto parece apto para asegurar la conexión entre los formantes concretos de la *fattispecie* del caso particular, derivados de la práctica judicial, y las *fattispecie* abstractas de diferente naturaleza donde se aplica la institución. Así se permite poner de manifiesto la complejidad que cada caso conlleva en adherencia a la hipótesis particular, identificando la *ratio decidendi* específica según –por ejemplo– que la exención opere con respecto a una norma imperativa, indisponible o dispositiva, de acuerdo con la interpretación del texto,⁵⁷ y en cuanto a los conflictos entre posiciones subjetivas que pueda acarrear cada hipótesis aplicativa.

En cuanto a las posiciones específicas de los sujetos a los que se reconoce la titularidad, el concepto de *situación jurídica* permite que se adhiera a las peculiaridades de los casos concretos quitando, al mismo tiempo, la necesidad sistemática de conexión entre los diferentes contenidos y una única *fattispecie* abstracta denominada por la institución de la *exención*, que resultaría, como se puede comprender, privada de abstracción aplicativa. Contrariamente a la reiterada utilización por parte de la doctrina del concepto de derecho (*right*), identificando entonces la fenomenología como

56. K. Larenz, *op. cit.*, p. 421 y ss.

57. J. Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, *Allgemeiner Teil*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1906, p. 125.

derecho de exención (right of exemption), una atención más precisa a las situaciones subjetivas específicas y a sus diferenciaciones (derecho subjetivo, poder, facultad o potestad –como, por ejemplo, en el caso *Yoder*–) parece presentar en forma más congruente el análisis del fenómeno y sus aspectos problemáticos.

Una línea de razonamiento similar, desde la perspectiva de la taxonomía, se necesita aún más para comprender el fundamento de esta institución. Siguiendo los *grados de concretización* y la solución aquí propuesta del concepto de *situación jurídica*, es posible examinar la instancia taxonómica en la relación entre el concepto de *libertad (freedom)* –que normalmente se evoca en cuanto que la exención representa una hipóstasis de la libertad de religión– y el concepto de *derecho (right)*.⁵⁸ De acuerdo con un nivel primario de diferenciación, las libertades contienen prerrogativas que no están sujetas a condiciones. Tales prerrogativas no son definidas ni orientadas hacia un fin último; pueden dar lugar en forma también incondicional a la génesis de situaciones jurídicas que le correspondan. Al contrario, los derechos contienen prerrogativas condicionadas, por lo que si una situación jurídica conduce a su configuración como *derecho*, es debido a que desde esta situación abstracta hacia una forma más concreta se terminan integrando las condiciones de *existencia* y *validez* que corresponden a una figura jurídica de esta naturaleza.

Por consiguiente, el proceso identificativo de la naturaleza del caso específico debe tener en cuenta la secuencia de esta progresión concéntrica de acuerdo con los diferentes grados de concretización; lo que corresponde, asimismo, progresivamente, a la emergencia prevista por el Derecho (*Law*) de las condiciones que afectan a la *configuración* y *protección* de las diferentes figuras jurídicas. Al tiempo que las libertades intervienen en la misma construcción de la situación jurídica y preceden a su formación estructural, las diferentes concretizaciones a las cuales ellas dan lugar producen, en el plano de los *efectos*, distintas posiciones subjetivas –y entre ellas también se encuentra el derecho (*right*)–, diferenciadas de acuerdo con las condiciones de existencia y validez que las connotan.

La misma fisonomía se puede observar en la perspectiva funcional de la relación entre libertad y derecho. La libertad no tiene una orientación te-

58. P. Roubier, *op. ult. cit.*, p. 145 y ss.

leológica precisa así como la tiene el derecho, ni tampoco tiene un fin último concretamente establecido. Puede contener múltiples fines, también total o parcialmente alternativos e incompatibles entre ellos, tanto de tipo positivo como negativo. En cambio, el derecho contiene una taxonomía definida para los elementos que constituyen su estructura, guían su función –aunque de acuerdo con diferentes grados de concretización– y hacen que sea identificable y distinguible como tal de otras posiciones jurídicas, sean homogéneas (otros derechos) o heterogéneas (poder, facultad, potestad, etc.). Sobre esta base, la institución de la *exención* ya puede ser presentada, a partir de aquí, como el resultado de técnicas decisionales distintas, no sistemáticas, y utilizadas en varios contextos concretos que, aunque tratando de responder a la *coherencia* del sistema, a menudo producen reglas fragmentarias que atienden solo a las peculiaridades de *privilegium*⁵⁹ fundadas en la Primera Enmienda.⁶⁰

IV. Efectos del pluralismo objetivo. Interpretación y metodología en la aplicación de los principios

Un sistema basado en el pluralismo de valores, y que como tal se reconoce después de una larga y articulada trayectoria histórico-institucional como en el caso de los Estados Unidos, promueve características que connotan de forma vinculante los elementos de la interpretación y, en particular, de la aplicación. Dentro del sistema pluralista, el reconocimiento del multiculturalismo puede operar en el nivel abstracto de los principios, mientras que la interpretación de derecho privado rige su concretización y la producción jurisprudencial de las reglas.

La necesidad de especificar el contenido que debe asignarse al concepto de *pluralismo* surge debido a que el estudio sociológico⁶¹ suele conectar

59. M. V. Tushnet, “Marbury v. Madison Around the World”, en *71 Tenn. L. Rev.*, 2004, p. 255. Para la base epistemológica del *degree of universalizability*, cfr. J. R. Lucas, *The Principles of Politics*, cit., p. 126 y ss.

60. R. A. Epstein, *The Classical Liberal Constitution. The Uncertain Quest for Limited Government*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2014.

61. J. Witte Jr. - J. A. Nichols, *Religion and the American Constitutional Experiment*, third edition, Westview Press, Philadelphia, 2011, p. 71 y ss.; T. J. Curry, *The First*

el asunto moderno de la interpretación de la Cláusula de Establecimiento⁶² a la primera etapa de un proceso de aumento de las afiliaciones religiosas en los Estados Unidos, que superó la base del *legislador histórico*⁶³ e hizo actual el problema del pluralismo con respecto a un *establishment* de religión protestante hasta entonces “firmemente atrincherado”. La Corte Suprema, reconociendo que la problemática era de relevancia constitucional,⁶⁴ reiteró la contundencia del “muro de separación entre la Iglesia y el Estado”, según las palabras de William Jefferson, y proporcionó una perspectiva moderna a la presencia de afiliaciones múltiples en diversos cultos. Sesenta años después, detectando aún más extendidas estas premisas, la combinación de esta noción de *pluralismo*⁶⁵ y de una actividad de promoción sustancial a que han dado lugar la misma Corte y la legislación⁶⁶ culminan, en forma casi simbólica, en las expresiones que caracterizan a las *opinion* del caso *McCreary County v. ACLU of Kentucky*.⁶⁷

Para examinar conceptualmente el pluralismo, se puede partir del conocido *dictum* de la Justice O'Connor en este último caso, fundado en una aserción de largo eco en la doctrina: “preservar la libertad religiosa a la mayor extensión posible en una sociedad pluralista”. El reconocimiento del

Freedoms. Church and State in America to the Passage of the First Amendment, Oxford University Press, Oxford-New York, 1986.

62. “Congress shall make no law respecting an establishment of religion...”.

63. Sobre el *legislador histórico*, cfr. K. Larenz, *op. cit.*, p. 315 y ss. Sobre el hecho particular de la pérdida de la tutela de la *freedom of conscience* en la redacción final de la *Constitution*, véase *infra* pto. XIV.

64. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

65. A. C. Carmella, “Exemptions and the Establishment Clause”, en 32 *Cardozo L. Rev.*, 2011, p. 1733 y ss.

66. F. M. Gedicks - T. C. Berg, “Religion”, en AA.VV., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, ed. K. L. Hall, J. W. Ely Jr., J. B. Grossman, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 837 y ss.; N. Feldman, “The Framers’ Church-State Problem - and Ours”, en AA.VV., *The Constitution in 2020*, ed. J. M. Balkin & R. B. Siegel, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 225.

67. 545 U.S. 844 (2005). Cfr. el Justice O'Connor, *Concurring Opinion*: “Pero el objetivo de las Cláusulas es claro: realizar el plan de los Fundadores de preservar la libertad religiosa hasta la máxima extensión posible en una sociedad pluralista” (“...to the fullest extent possible in a pluralistic society”).

fenómeno en la sede jurídica debe, entonces, desarrollar la “sociedad pluralista” –en tanto noción y efectos interpretativos– desde una perspectiva de instancias taxonómicas de distinta naturaleza: tanto abstracta, es decir, que surge de la necesidad de dar forma jurídica a las distintas situaciones derivadas entre “poder de voluntad” e “interés”,⁶⁸ como concreta, si el intérprete está llamado a responder a la necesidad de definir cuáles son “los derechos que las personas pueden realizar en los tribunales”.⁶⁹

Por ende, este *dictum* implica que las situaciones fundadas en las *decision* sean tomadas y armonizadas dentro de un orden jurídico connotado por el *pluralismo de valores* (*value pluralism*), para lo cual es preciso demarcar este último carácter institucional de la confusión conceptual que suele identificarlo con el *multiculturalismo*, a menudo practicando la errónea superposición de las dos perspectivas.⁷⁰

Por lo tanto, el análisis aquí propuesto, de acuerdo con el valor autónomo y esencial de la *aplicación* de los principios, parte de una premisa que contiene al menos dos líneas: la interpretativa y la metodológica. La primera está desde luego relacionada con la interpretación: además de un modelo

68. E. Schulev-Steindl, *Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts*, Springer Verlag, Wien - New York, 2008, p. 9. Cfr., asimismo, K. Larenz, “Zur Struktur ‘subjektiver Rechte’”, en AA.VV., *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 1977, p. 129 y ss.; E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.

69. P. Birks, *Introduction*, in *English Private Law*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. xxxvi. Para el concepto de *taxonomía*, cfr. E. Sherwin, cit., *passim*; *Idem*, “Legal Taxonomy”, en *Legal Theory*, 15, 2009, p. 25 y ss.; H. Dagan, “Legal Realism and the Taxonomy of Private Law”, en AA.VV., *Structure and Justification in Private Law*, cit., p. 147 y ss.

70. Parece identificable un ejemplo en el *normative pluralism* en A. C. Carmella, cit., p. 1742 y ss. Más allá de las soluciones adoptadas, cfr. A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 5; L. Mengoni, “L’argomentazione orientata alle conseguenze”, en AA.VV. *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, ed. M. Bessone, G. Giappichelli, Torino, 1999, p. 183. La demarcación resulta clara en S. R. Smith, *Equality and Diversity. Value incommensurability and the politics of recognition*, Policy Press, Bristol, 2011. Cfr. también S. Tolone, *Diritto privato globale, Objective Pluralism e libertà di religione*, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2006.

hermenéutico general, es menester reconocer que el concepto de *sociedad pluralista* posee elementos directamente eficaces en la formación jurisprudencial del derecho, en las actividades de toma de decisiones de las Cortes, en las *ratio* y en las justificaciones de las motivaciones, como expresión de un pluralismo de los valores entendido como *pluralismo objetivo* (*objective pluralism*), adoptado en las bases institucionales del sistema. En este sentido, se debe destacar que el concepto *sociedad pluralista* no es asimilable al de *sociedad multirreligiosa*,⁷¹ ni es superponible a la lógica de la multitud de grupos.⁷²

La sociedad pluralista basa su esencia en el reconocimiento de una pluralidad de valores de diferente naturaleza y origen, que sus miembros pueden perseguir en formas subjetivas u organizadas como fines jurídicos reconocidos y, por tanto, tutelados. Esto implica, desde el punto de vista objetivo, que haya una pluralidad de bienes jurídicos reconocidos y tutelados como tales. También conlleva que la protección de esta pluralidad de valores los reconoce como múltiples y paritarios (es decir, no organizados de forma jerárquica), de tal manera que ninguno de ellos pueda considerarse “supremo”.⁷³ Entonces, el orden jurídico que rige una sociedad pluralista no los concibe en la forma de una serie cerrada, como elementos normativos alineados según una secuencia y que operan autónomamente el uno del otro, sino que busca sus conexiones relativas y sistémicas en materia normativa e interpretativa, donde ellos resultan siempre complementarios o mutuamente restrictivos.

71. S. H. Shiffrin, “The Pluralistic Foundations of the Religion Clauses”, en *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 1273, 2004, p. 9 y ss.

72. Cfr. el *Justice* Brennan en *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U.S. 664, 1970, 689, sobre el favor hacia los subgrupos sociales, ya que “cada grupo contribuye a la diversidad de asociación, punto de vista y desarrollo esenciales para una sociedad vigorosa y pluralista”.

73. Se definen como engañosos los conceptos de *orden de valores* (*Wertordnung*), así como de *orden jerárquico de valores* (*Wertrangordnung*) en K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 331. Sobre la inexistencia en el derecho privado de un *orden jerárquico interno* (*innere Rangordnung*) y por la existencia, por el contrario, de un principio de *coherencia* (*Zusammenspiel*), *ivi*, p. 460. Cfr. también R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 84 y ss.

El pluralismo entiende que los valores, reconocidos en términos jurídicos –es decir, una vez que han cruzado el límite de relevancia para el derecho (*legal treshold*)–, pueden presentar ciertas características específicas que emergen en su ejercicio concreto. Estas incluyen la mutua conflictividad⁷⁴ y la inconmensurabilidad, presentes también cuando la interpretación recurre a técnicas distinguidas por referencias cuantitativas, como el “ponderar” o el “sopesar”. De hecho, el objeto de la interpretación –la aplicación concreta de los valores en el derecho– no involucra características que sean atribuibles a unidades de cantidad o capacidad mensurables, sino que su función debe orientarse hacia la coherencia de las instancias de concretización que surgen a partir del caso concreto con aquellas de perspectiva general del sistema.⁷⁵

El orden jurídico de una sociedad pluralista reconoce en el ámbito interpretativo la *aptitud a la descomposición*⁷⁶ de los valores como un carácter constitutivo de la interpretación, lo que se refleja con las diferentes hipótesis de

74. C.-W. Canaris, *Systemdenken*, cit., p. 53.

75. Sobre los conceptos de *Abwägen* y de *Gewichten*, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 393; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 111; F. A. Hayek, “The Mirage of Social Justice”, cit., p. 14 ss. Sobre la *Abwägung*, cfr. la crítica en J. Rückert, “Abwägung - die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normstrenge und Abwägung im Funktionswandel”, en AA.VV., *Gewohnheit. Gebot. Gesetz*, cit., p. 196. Sobre los problemas de método frente al pluralismo de los valores, cfr. L. Mengoni, *op. cit.*, *loco*; J. Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, Belknap, Cambridge (Mass.), 2001, p. 2 y ss. Por la repercusión del *Objective Pluralism* y de la *Incommensurability* sobre el razonamiento jurídico en general y, en particular, sobre los perfiles de legitimación de las motivaciones que soportan las *decision*, cfr. J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 321 y ss.; T. A. O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 41; R. Craswell, “Incommensurability, Welfare Economics, and the Law”, en *U. Pa. L. Rev.*, 146, N°5, 1998, p. 1419 y ss.; A. Beever - C. Rickett, “Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer”, en *Modern L. Rev.*, 68 (2), 2005, p. 333, n. 57. Sobre la actividad judicial de *Balancing*, cfr. E. Baker, “Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom”, en *62 Iowa L. Rev.*, 1976, p. 1; S. H. Shiffrin, “The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, en *78 Nw. U. L. Rev.*, 1983, p. 1212; T. A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en *96 Yale L. J.*, 1987, p. 943.

76. Acerca del concepto de *Auflösevermögen*, cfr. N. Luhmann, “System und Umwelt”, in *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, p. 242 y ss.

concretización de un mismo valor.⁷⁷ Entonces, se infiere que las formas de aplicación que los valores tienen en las diversas *fattispecie* también sean plurales, mutuamente, potencialmente conflictivas e igualmente inconmensurables.⁷⁸

Este pluralismo es *objetivo* porque sus elementos inciden sobre la misma epistemología de las *fattispecie* normativas y judiciales –como, en lo que aquí atañe, aquellas que derivan de la libertad de religión–, independientemente de las disposiciones personales de los sujetos y de los intérpretes, pero vinculando de manera esencial las actividades y la interpretación. Por lo tanto, la *decision* se puede examinar en términos de coherencia solo cuando el método asociado al pluralismo reconoce los elementos esenciales que lo identifican en el ámbito hermenéutico, demarcando como reflejo su propia condición ontológica con respecto a fenomenologías que, aunque diferentes, son connotadas con la misma denominación o incorrectamente asimiladas.⁷⁹

Aparte del nivel conceptual en materia de exención, la impropia asimilación puede ser captada en ciertas *decisions* y en sus motivaciones. Algunas de ellas, de hecho, producen una interpretación histórica y diacrónica centrada en la llamada *intención histórica* (*historical intent*), como metodología de interpretación constitucional encuadrada en la teoría pluralística del constitucionalismo,⁸⁰ aunque –como se sugiere en alguna motivación– se trate de un mero “ejercicio académico”.⁸¹ En este sentido, la delimitación

77. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 330, sobre el rol de la jurisprudencia de las Cortes, así como el del legislador en el proceso de concretización de las pautas abstractas contenidas en los principios.

78. M. O. DeGirolami, *The Tragedy of Religious Freedom*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 2013, p. 59 y ss.

79. K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 302. Cfr., también, W. Berns, *Democracy and the Constitution*, AEI Press, Washington, 2006, p. 73 y ss. Al mismo tiempo, cfr. la noción de pluralismo elaborada en J. Witte Jr. - J. A. Nichols, *op. cit.*, p. 46 y ss., e in W. P. Marshall, “The Case against the Constitutionality Compelled Free Exercise Exemption”, en 40 *Cas. W. Res. L. Rev.*, 1989, p. 380 y ss. Asimismo, cfr. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Vierte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 71.

80. S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1996, p. 147 y ss.

81. Sobre la posición subsidiaria de la interpretación según los criterios de la *intención reguladora* (*Regelungsabsicht*) del legislador y del fin (*Zweck*) de la norma, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 333.

y la definición precisas del pluralismo facilitan cierto enfoque relacionado con el legado de las ideas de John Locke y las huellas dejadas por ellas en el pensamiento jurídico.⁸²

Un breve ejemplo de esto se puede encontrar en las conocidas y fuertes reacciones,⁸³ tanto en el ámbito legislativo como judicial, frente al caso *Smith*, la última *decision* de la Corte Suprema que mantuvo una perspectiva lockeana.⁸⁴ Aquí puede observarse la evolución desde la fundación de la *Constitution*, directamente vinculada con el pensamiento lockeano, hasta la actualidad. Entre algunas cuestiones, se evidencia hasta qué punto hoy es lejana la interpretación que asumía el elemento *constituyente* de un “pleno conjunto de libertades, no solo un subgrupo arbitrariamente seleccionado”, en comparación con el desarrollo actual, carente de elementos esenciales como aquel.⁸⁵

En cuanto a la línea metodológica, el pluralismo objetivo con relación a la exención hace emerger los efectos de la falta de clarificación y diferenciación en la perspectiva interpretativa de la *intención histórica*. Así se detecta un valor *deminutus* de la *conciencia individual* como concepto primigenio⁸⁶

82. Cfr. M. A. Hamilton, *God vs. the Gavel. Religion and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 2005, p. 260 y ss.

83. A. Tuckness, *Locke and the Legislative Point of View. Toleration, Contested Principles, and the Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2002, p. 166 y ss.; J. A. Goldstein, “Is There A ‘Religious Question’ Doctrine? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs”, en 54 *Cath. U. L. Rev.*, 2005, p. 498 y ss.

84. M. W. McConnell, “Free Exercise Revisionism and the Smith Decision”, en 57 *U. Chi. L. Rev.*, p. 1109 ss.; *Idem*, “The Problem of Singling Out Religion”, en 50 *DePaul L. Rev.*, 2000, p. 1 y ss.; M. C. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In Defense of America’s Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, 2008, p. 173.

85. M. Tedeschi, *La libertà religiosa nel pensiero di John Locke*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 8 y ss., con especial referencia en la nota 14; R. M. Smith, *Liberalism and American Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, p. 44 y ss. R. A. Epstein, *The Classical Liberal Constitution*, cit., p. 323 y ss.

86. M. C. Nussbaum, *op. cit.*, p. 36; sobre la definición del concepto de *Toleration*, cfr. D. A. J. Richards, *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1986, *Preface*, p. x; *Idem*, *Conscience and the Constitution: History, Theory and Law of Reconstruction of Amendments*, Princeton University Press, Princeton, 1993; L. Underkuffler, “The Separation of the Religious and the Secular: A Foundational Challenge to First Amendment Theory”, en 36 *Wm. & Mary L. Rev.*, 1995, p. 844; N. Feldman, *Divided by*

y, por consiguiente, del elemento básico de la estructura constitucional, es decir, el individuo, y más aún, con respecto a la libertad de religión, el *individuo disidente (dissenting individual)*⁸⁷ o el *buscador solitario (solitary seeker)*, proporcionando en cambio una centralidad a opciones interpretativas que asumen el *collectivum* religioso como elemento esencial.⁸⁸

La diferenciación entre *pluralismo* y *multiculturalismo* –justo por el valor peculiar que asume la *aplicación* en este ensayo– tiene que ser puesta en un particular enfoque para evitar la percepción de antagonismos conceptuales. Estos pueden derivar del empleo de una “noción de contenido variable”, es decir, entre cuanto aquí se indica como *igualdad en la aplicación* en el *proceso de formación jurisprudencial del derecho* y las múltiples formas de igualdad que, solicitadas por instancias sociológicas, estadísticas, políticas y de otra naturaleza,⁸⁹ permean la obra del derecho conformando, según connotaciones específicas, los principios generales del sistema, como ocurre con la Enmienda Decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos de América.⁹⁰

God. America's Church-State Problem and What We Should Do About It, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005. *Contra* D. Laycock, “Religious Liberty as Liberty”, en *7 J. Contem. Legal Issues*, 1996, p. 313 y ss. Véase también E. M. Peñalver, “The Concept of Religion”, en *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 727, 1997, p. 803.

87. B. N. Evans, *Interpreting the Free Exercise of Religion. The Constitution and American Pluralism*, University of North Carolina Press, Chapel Hill-London, 1997, p. 22 y ss., y 47 y ss.

88. M. C. Nussbaum, *op. ult. cit.*, p. 167; B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Belknap Press, Cambridge, (Mass.), 1992, p. 246 y ss.; S. D. Smith, “The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse”, en *140 U. Pa. L. Rev.*, 1991, p. 149 y ss.; K. T. Lash, “The Second Adoption of the Establishment Clause: The Rise of the Non-Establishment Principle”, en *27 Ariz. St. L. J.*, 1995, p. 1085 y ss.; *Idem*, “The Second Adoption of the free Exercise Clause: Religious Exemptions under the Fourteenth Amendment”, en *88 Nw. U. L. Rev.*, 1993-1994, p. 1130.

89. M. Rosenfeld, “Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal”, en *Ohio St. L. J.*, 46, 4, 1985, p. 891 y ss.; K. I. Eisler, “William J. Brennan Jr.: Judicial Architect of Affirmative Action”, en *Journal of Blacks in Higher Education*, 17, 1997, p. 110 y ss.

90. En el sistema de los Estados Unidos de América, para la relevancia de la *State Action*, cfr. T. Giegerich, *Privatwirkung der Grundrechte in den USA. Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bundes*, Heidelberg,

La doctrina argentina más atenta ha individuado algunos perfiles de la relación entre las tipologías de conceptos de este segundo tipo configurando, por ejemplo, una relación formal de continencia antes que de antagonismo.⁹¹ Así, el concepto denominado “igualdad como no discriminación” representa “...el ideal básico de la igualdad de trato ante la ley libre de caprichos, tratos arbitrarios o prejuiciosos [...] lo menos que exigimos como trato igualitario”. En cambio, al externo opera el concepto de igualdad que, una vez que ha sido objeto de reconocimiento y entonces recibido desde las instancias prejurídicas, asume como elemento *a priori* la existencia de “desigualdades estructurales” que merecen tratamiento especial, haciendo que el principio de igualdad –así entendido– desenvuelva la función social de “revertir prácticas sociales de exclusión y ‘perpetuación de situaciones de inferioridad’”.⁹²

A pesar de esta relación de continencia, la diferencia, tanto para esta como para otras hipótesis interpretativas de igualdad, como veremos más adelante también en la experiencia alemana de la *eficacia hacia terceros* de los derechos fundamentales, y particularmente en el fallo *BVerfG* 19/10/1993, se encuentra en la configuración particular, entre las muchas posibles, que asume el reconocimiento *a priori* de la desigualdad estructural y en la forma normativa por la cual tal reconocimiento tiene lugar. Sin embargo, a la luz de la relación elemental entre abstracción y concreción, no parece ímprobo diferenciar e identificar la igualdad aplicativa –aquí delimitada– como técnica del sistema de formación jurisprudencial del derecho, como elemento del proceso hermenéutico consecuente a la *interpretación* y a la *comprensión*, que caracteriza la *aplicación* de las normas presentes en el sistema.

1992; P. E. Quint, “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, en *48 Md. L. Rev.*, 1989, p. 265 y ss.; cfr. También K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 3 y ss.

91. R. Saba, “(Des)igualdad estructural”, en *Revista Derecho y Humanidades*, 11, 2005, p. 123 y ss., véase p. 146; S. Gellman & S. Looper-Friedman, “Thou Shalt Use The Equal Protection Clause For Religion Cases (Not Just The Establishment Clause)”, en *U. Pa. J. Const. L.*, (2008), p. 665 y ss.; R. C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, *88 Cal. L. Rev.*, 2000, p. 1 y ss.; R. Fiss, *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, 1999.

92. R. Saba, “(Des)igualdad estructural”, cit., p. 146.

Para una perspectiva funcional que enfocaremos más adelante, mientras que la cuestión del antagonismo entre igualdad como principio y las reglas que promanan desde la Primera Enmienda se encuentra constantemente bajo la observación crítica de los estudiosos, el tipo de perspectiva asumido sobre la base de la igualdad aplicativa desde el enfoque iusprivatístico focaliza contradicciones sistemáticas aún más evidentes con respecto al Estado de Derecho. Las distintas interpretaciones de igualdad, desenvueltas en torno a los principios del sistema, cuando sean reconocidas, connotan la *génesis*, la *estructura* y la *función* de las normas abstractas que las reconocen. La “igualdad como no discriminación”, la “igualdad como no sometimiento” u otras ideas sobre la igualdad connotan la normación abstracta que las reconoce. En cambio, la igualdad en la aplicación, el “tratamiento igual de lo que es igual”, es una técnica sistemática que coordina a nivel concreto, a lo largo de un proceso dialéctico,⁹³ la relación entre el éxito del proceso hermenéutico –cualquiera sea el contenido de la estructura normativa que active la interpretación– y el resto del sistema existente.⁹⁴

Por ejemplo, siempre en la normal y bien conocida relación entre abstracto y concreto, para evitar “contradicciones de valoración”, la norma que favorece a un grupo de sujetos es aplicada de manera *igual* para todos aquellos que, sobre la base del criterio de *semejanza*, recaigan en la clase reconocida y tutelada abstractamente por la norma misma.⁹⁵ Esta igualdad pertenece al cumplimiento del proceso hermenéutico entre *fattispecie* concreta, sistema existente y normas. Por el contrario, las otras fenomenologías de igualdad, al interponerse entre el principio y la connotación que a ello se entiende atribuir con su reconocimiento legislativo, pertenecen al proceso genético y de estructuración de las normas. La primera se desarrolla teniendo como objeto de referencia institutos del sistema, mientras que la segunda, teniendo como objeto de referencia sujetos como individuos o grupos según los criterios de clasificación que los reconocen.

Con la mirada puesta en las situaciones subjetivas, la igualdad aplicativa, al abarcar a nivel operativo *todo* el sistema, es naturalmente un reflejo del

93. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 211 y ss.

94. Sobre la *conexión traditiva*, ya mencionada *Überlieferungszusammenhang*, en la jurisprudencia cfr. *Ibidem*, p. 209.

95. *Ibidem*, p. 213 y ss y p. 334 y ss.; P. Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, cit., *ivi*.

pluralismo objetivo ya mencionado porque opera a un nivel más concreto de la clasificación por grupos. Opera, por ejemplo, en los conflictos entre situaciones subjetivas endogrupales, es decir, que resulten conflictivas entre ellas aunque generadas por la misma normativa que reconoce el grupo. También, en los conflictos entre situaciones subjetivas calificadas por el reconocimiento de grupos diferentes, a menudo evaluando su extensión con respecto a otras situaciones que resultan conflictivas.⁹⁶ Además opera en los conflictos entre situaciones subjetivas en el ámbito del mismo grupo, pero calificadas como relevantes por ello en diferentes momentos en el transcurso del tiempo.⁹⁷

Siempre a nivel de la interpretación en el derecho privado, otras diferenciaciones —entre muchas— pueden ser evidenciadas con un enfoque sobre el ejercicio de la situación subjetiva. Los reconocimientos normativos de desigualdades estructurales contienen, en forma esencial, una *función normativa*, caracterizada por la relevancia preeminente de los intereses que el legislador quiere promover con respecto a una orientación teleológica, esto es, un *fin normativo*. Por ejemplo, las acciones afirmativas para promover el género femenino o a los estudiantes afroamericanos, con respecto a la educación universitaria o al empleo a través de un sistema de cuotas.⁹⁸

Este tipo de estructuración impone al intérprete un vínculo de naturaleza teleológico-objetiva, de conformidad con la *función* del “sector normativo”⁹⁹ y, con ello, con la definición concreta de la situación del sujeto en este ámbito, con referencia exclusiva a la función normativa y a la evaluación

96. K. Greenawalt, “Individual conscience and how it should be treated”, en *Journal of Law and Religion*, 31, 3, 2016, p. 316 y ss.; O. Crusmac, “A defence of gender-based affirmative action grounded on a comparison of the United States and of the European Union models”, en *Studia Politica: Romanian Political Science Review*, 19, 1, 2019, p. 35 y ss.; S. G. Calabresi - A. Salander, “Religion and the Equal Protection Clause”, en *Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers*, N°213, 2012, p. 118 ss.

97. T. Giegerich, cit., p. 252; J. Gray, *Isaiah Berlin*, Princeton, 1997; S. Veitch, *Moral Conflict and Legal Reasoning*, Oxford, 1999. Sobre el “cambio de la situación normativa” cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 212 y ss. y p. 337.

98. R. Saba, cit., p. 134 y ss. Sobre el concepto de los *objektive Zwecke des Rechts*, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 333 y ss.

99. Sobre el concepto de *Normbereich*, cfr. F. Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, Entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966.

y valoración reconocidas por el legislador. Siempre en el mismo ejemplo, la clase de sujetos debe ser definida con un *status*, mujeres o estudiantes afroamericanos (cuya configuración en cuanto tal, *status* —como veremos adelante—, parece más congruente teóricamente en este ámbito de lo que se propone en materia de religión). Asimismo lo debe ser el fin, educación universitaria o empleo, y el medio reconocido, los sistemas de cuotas.

Al ser una protección caracterizada por *generalidad*, aplicada por *efecto directo* de la norma de carácter constitucional hacia el Estado y el tercero, totalmente distinta es la situación subjetiva cuyo ejercicio es protegido por el reconocimiento que promana desde la Primera Enmienda, que, en consecuencia, no tiene orientación teleológica y, como es sabido, es evocada —con éxito o no— en cualquier tipo de situación, sea personal o patrimonial.

Parece evidente que las relaciones de las distintas disciplinas con respecto al principio de igualdad son prácticamente opuestas. En el ámbito de la Enmienda Decimocuarta, interpretado según estas connotaciones, el principio opera individuando, reconociendo y buscando compensar situaciones de desigualdad relevante; las prerrogativas y el trato preferencial son incorporados en la situación subjetiva *final* del proceso.¹⁰⁰ Por el contrario, en la Primera Enmienda el principio de igualdad opera en sentido crítico, poniendo en luz la contradicción de prerrogativas reconocidas de modo automático y directo, *genéticamente*, en la situación subjetiva, por ser individuada la fenomenología *religión*, y tratando de justificar su extensión a casos semejantes.¹⁰¹

V. Límites de la actividad de armonización y propuesta superadora

El examen del contexto interpretativo, doctrinal y jurisprudencial que se desarrolla alrededor de las reglas de la *exención*, de acuerdo con la perspectiva esbozada hasta aquí, proporciona resultados más evidentes si el criterio de la *coherencia* sistemática de las reglas producidas por la interpretación, que guía todo el proceso hermenéutico desde el exterior, se

100. T. Nagel, "Equal Treatment and Compensatory Discrimination", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, 4, 1973, p. 348 y ss.; J. J. Thomson, "Preferential Hiring", *idem*, p. 364 y ss.

101. K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 1, cit., p. 229 y ss.

utiliza en un sentido crítico. En otras palabras, se trata de detectar las contradicciones entre los propios criterios adoptados en el contexto de la Primera Enmienda y también entre los diversos elementos del sistema en su conjunto y en otros ámbitos normativos.

Por consiguiente, otro aspecto interpretativo y metodológico extremadamente importante para este ensayo se refiere a la contundencia y la base exegética, en cuanto fundada en las reglas,¹⁰² que desarrolla el criterio de *coherencia* con respecto a las *doctrine*.¹⁰³ Un régimen pluralista, como se ha planteado, no refleja según un orden jerárquico los valores que reconoce, protege y a los cuales ofrece aplicación. Entonces, una vez que la concreción de alguno de ellos ha creado una situación jurídica específica, el principio de igualdad aplicativa, que genera el derecho al tratamiento igual de lo que es igual, es título general para evocar el mismo tratamiento donde hay elementos de semejanza, apreciables como tales según el actual sistema de valores.¹⁰⁴ La interpretación que viola el precepto de la igualdad —en el sentido aquí expuesto— genera una antinomia evaluativa que tiene efecto directo sobre la coherencia interna y la unidad del orden jurídico.

102. C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff*, *op. ult. loco cit.* Cfr., asimismo, Justice Scalia, *Dissenting Opinion en McCreary County*: “Lo que distingue al Estado de Derecho de la dictadura de una variable mayoría dentro de la Corte Suprema es el requisito absolutamente indispensable de que las *opinions* judiciales sean fundadas en *consistently applied principle*. Esto es lo impide que el juez decida ora de un modo, ora de otro —pulsar arriba, pulsar abajo— según sus preferencias personales”.

103. C. Fried, *op. cit.*, p. 10: “El Derecho requiere la persistencia de una *doctrine* en el tiempo y la extensión sobre casos y tópicos. La coherencia requiere *consistency* tanto diacrónicamente como sincrónicamente”; L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven and London, 1964, p. 33 y ss. Para una demarcación a nivel operativo entre *coherencia* (*Zusammenspiel*) y carácter de *generalidad* de la norma, cfr. por ejemplo E. Pattaro, “Dualism and Interaction between the Reality that ought to be and the Reality that is: Validity as a Pineal Gland”, en AA.VV., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, ed. E. Pattaro, vol. 1, *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2005, p. 13 y ss., sobre la propuesta de una semejanza entre las dicotomías *Tatbestand-Tatsache*, *fattispecie astratta-fattispecie concreta*, *type-token*, y sobre el juicio de validez fundando sobre la congruencia en la relación *token-type*. Véase especialmente F. Schauer, *Playing by the Rules*, *cit.*, p. 19 y ss.

104. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *cit.*, p. 359.

Al representar una violación de la igualdad de tratamiento, la antinomia evaluativa implica la violación de un deber específico impuesto tanto al legislador como al intérprete.¹⁰⁵ La importancia fundamental de la *actividad de armonización* y su valor constitutivo en cuanto a la metodología requerida en este ámbito pueden ser corroborados también mediante un breve análisis de la doctrina denominada *vaguedad (vagueness)*. Sobre la base de una noción esencial, se habla de *vaguedad* cuando el problema de la *indeterminación conceptual* se refleja en la aplicación, es decir, cuando con respecto a la *fattispecie* concreta la interpretación es tan subordinada a la indeterminación del concepto mismo que, si bien el accertamiento factual relevante es totalmente integrado, las alternativas entre la aplicabilidad y la no aplicabilidad del concepto quedan igualmente legitimadas.¹⁰⁶ Así, la *doctrina de la nulidad por vaguedad (void-for-vagueness doctrine)* releva el contraste de una ley penal y las Cláusulas del Debido Proceso contenidas en las Enmiendas V y XIV.¹⁰⁷ Este factor distingue el supuesto esencial del concepto en cuestión: la ausencia de una noción de *religión* aceptada entre

105. C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff*, cit., p. 116 ss.

106. P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Oxford, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1991, p. 176 y ss.

107. Véase A. E. Goldsmith, "The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited", en *30 Am. J. Crim. L.*, 2002-2003, p. 279 y ss. T. A. O. Endicott, *Vagueness in Law*, cit., p. 31 y ss. La fenomenología de la *Vagueness* es a menudo conexas a la de la *Overbreadth*, en el mismo ámbito del *First Amendment*, pero reconocida en forma particular en materia de *Freedom of Speech/Freedom of Expression*. El juicio de *Overbreadth* resulta cuando una ley tiene efecto de prohibir a nivel sustancial una conducta que, por el contrario, está protegida como libre. Esto puede ser el efecto de una aplicación más extendida de lo legítimo, que a su vez puede tener causa en la *vagueness* de la formulación normativa adoptada en la regla prohibitiva. Sobre la fenomenología en general, cfr. N. Cornell, "Overbreadth and Listeners' Rights", en *Harv. L. Rev.*, 123, 2010, p. 2. Las dos *doctrine, Vagueness* y *Overbreadth*, aunque conexas, no generan automatismo entre ellas, en cuanto una fórmula normativa puede ser *overbroad* sin ser *vague*, y viceversa. Cfr. G. R. Stone - L. M. Seidman - C. R. Sunstein - M. V. Tushnet, *Constitutional Law*, 4th ed., Aspen, Gaithersburg-New York, 2001, p. 1099; A. K. Chen, "Statutory Speech Bubbles, First Amendment Overbreadth, and Improper Legislative Purpose", en *38 Harv. C. R. - C. L. L. Rev.*, 2003, p. 31 y ss. *Contra* cfr. la configuración peculiar de las dos fenomenologías proporcionada por R. H. Fallon Jr., "Making Sense of Overbreadth", en *100 Yale. L. J.*, 1991, p. 903 y ss.

los intérpretes en una forma estable,¹⁰⁸ condición de incertidumbre alimentada por la elección de la Corte Suprema por mantener un límite firme de *autorrestricción* sobre la actividad de fundación del concepto.

Asumiendo conceptualmente la *vaguedad* a la luz de la *actividad de armonización* en función de la coherencia del sistema como resultado de la interpretación, aquí se pretende destacar la ambivalencia del primer nivel del problema. Por una parte, este reside en el ámbito formal del ordenamiento jurídico estadounidense, donde la Corte Suprema ha identificado el contraste entre el carácter de *vaguedad* y el principio del Debido Proceso.¹⁰⁹ Por otra parte, en sentido contrario, el debate actual sobre la exención se encuentra marcado por la aceptación previa de que una situación final de indeterminación jurídica constituya la condición insoluble, de manera tal que la interpretación *in subiecta materia* sea siempre fatalmente concebida como expuesta a la incertidumbre de la regla y a un necesario análisis caso por caso debido a la proliferación de instancias teóricas irresueltas.¹¹⁰

Para desarrollar un intento de signo opuesto y que tenga cierto valor en un sentido normativo, parece necesario abordar algunos elementos metodológicos. Por un lado, es preciso identificar el enfoque de la situación individual definida por la *decision* o por la norma con respecto a la coherencia que se le refiere, aunque siempre en la óptica del derecho subjetivo.¹¹¹ Por otro lado, en cuanto a la estructura de las *doctrine* aquí examinadas, cabe adoptar una inversión del método de empleo de este mismo criterio de coherencia. Por lo tanto, no se lo utiliza como un estándar positivo –aplicado de acuerdo con su abstracta, hipotética verificación para cada caso–, sino por medio de su asunción como *valor negativo (negative value)*,¹¹² apto para

108. D. Laycock, “A Survey of Religious Liberty in the United States”, en 47 *Ohio St. L. J.*, 1986, p. 450: “...it means everything and nothing”. Cfr. D. O. Conkle, *Religion, Law, and the Constitution*, Foundation Press, St. Paul, 2016, p. 60 y ss.

109. *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385, 1926, 391. Aún más cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 1972, 108.

110. G. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century*, cit., p. 111 y ss.; V. Bader, “Taking religious pluralism seriously. Arguing for an institutional turn. Introduction”, en *Ethical Theory Moral Pract.*, 6, 2003, p. 3 y ss.

111. A. W. B. Simpson, *op. cit.*, p. 165.

112. J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 210 y ss.

identificar la *ratio* de la *incoherencia* de una *doctrine* y de la regla que ella contiene, así como los elementos que la generan, para los efectos que produce con respecto a las reglas existentes y operativas en el sistema.¹¹³

Habida cuenta de los conceptos hasta aquí resaltados, este ensayo adopta la perspectiva del derecho privado para examinar la estructura reguladora de la *exención religiosa* en los Estados Unidos, los elementos que la fundan a nivel subjetivo y objetivo, la teoría de la interpretación relacionada a este concepto y los límites que le son propios. Para ello, se identifican algunas áreas disciplinarias de contraste entre tal institución y el Estado de Derecho, que aparecen comúnmente descartadas por otros autores. Desde el perfil de la taxonomía de la situación jurídica orientada a individuar el “derecho” que se considera debe ser protegido, se ponen de relieve los límites que en ocasiones se identifican en la doctrina que postula el fundamento del concepto de *religión* con fines normativos, especialmente cuando al mismo tiempo se afirma que las Cortes se encuentran limitadas a intervenir en el nivel de la cognición de los casos concretos. Asimismo, se pone luz a la secuencia de los efectos que, ante la carencia de una noción, conduce a un *desplazamiento conceptual* anómalo de la *libertad de conciencia*, en comparación a la injustificada expansión aplicativa de la *libertad de religión*.

Las conclusiones ponen de relieve las áreas de una heterogénea incompatibilidad y cómo la perspectiva iusprivatística puede evidenciar que la *exención religiosa* responde a lógicas fundantes basadas en *policy* sociológicas, a menudo no reconocidas en sus formas concretas, para las cuales los principios del Estado de Derecho resultan establemente vulnerados. La relevancia para los sistemas de *Civil Law* puede ser destacada como sigue. La fenomenología interpretativa de la *libertad de religión* en los Estados Unidos resulta de interés general para el derecho civil, incluso entre los sistemas jurídicos de otros países, ya que se caracteriza por específicos elementos metodológicos y de mérito, así como por su amplia área de incidencia en los diversos sectores e instituciones del derecho privado en los cuales se aplica.

113. F. A. Hayek, “The Mirage of Social Justice”, cit., p. 24 ss. e p. 39 ss.; C. Perelman - L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1988, § 46, p. 262.

VI. La experiencia de la eficacia horizontal frente a terceros de los derechos fundamentales en Alemania

En un sentido opuesto a la *autorrestricción*, la experiencia alemana proporciona una perspectiva históricamente útil para examinar la fundación conceptual de los principios protegidos por la Constitución. El marco analítico de la aplicación de los principios constitucionales en el derecho privado está signado por el concepto de *constitucionalización del derecho privado*,¹¹⁴ el cual ofrece un paralelismo entre el sistema estadounidense y los otros sistemas de *Civil Law*. El concepto mencionado engloba el desarrollo de un análisis interpretativo general, en relación con la legislación y la jurisprudencia en el marco de los ordenamientos civilísticos. Su elemento teórico fundamental es el principio de la *eficacia horizontal frente a terceros* –también entonces entre privados– de las normas y de los principios constitucionales, lo que en el ordenamiento alemán se ha definido *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales*.¹¹⁵

Es sabido que la doctrina ha establecido desde el principio un paralelo entre ambos ordenamientos. Para ello, ha reconocido la mayor aptitud conformativa de la *Constitution* sobre el derecho privado en la experiencia estadounidense, resumida de manera icástica en la afirmación de que “la Constitución de los Estados Unidos reemplaza [*supersedes*] el ‘derecho privado’. En contraste, en los casos alemanes que involucran disputas entre individuos, la Ley Fundamental solo ‘influencia’ las reglas del derecho

114. B. Markesinis, “Comparative Law - A Subject in Search of an Audience”, in 53 *Mod. Law Rev.*, 1990, p. 10, donde se señala cómo en el derecho alemán la constitucionalización del derecho privado ha absorbido un campo muy extenso, al incorporar también, por ejemplo, derecho de familia, derecho de daños y derecho laboral. Sobre la *Internationalität der Problematik*, cfr. C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, de Gruyter, Berlin-New York, 1999, p. 9 y ss.; *Idem*, “L’incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco”, en *Studium Juris*, 1999, p. 360: “El recurso a los derechos fundamentales conlleva, por tanto, en el ámbito del derecho privado cuestiones totalmente particulares, que en su estructura presumiblemente son parecidas en la mayoría de los ordenamientos, por razones sistemáticas y de lógica jurídica”.

115. En cuanto al conocido concepto de *Drittwirkung der Grundrechte*, cfr. A. Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, cit., p. 13; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 473 y ss.; A. M. Lengauer, *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Springer, Wien-New York, 2011.

privado”.¹¹⁶ Sin embargo, la doctrina acuerda que el grado de aptitud conformativa depende de la presencia o ausencia de legitimación, a través de la existencia de una *state action* que admite la específica interferencia en el derecho privado por parte del sistema de reglas propias del derecho constitucional.

En este último sentido, cabe recordar que también en algunos ordenamientos de *Civil Law* se reconocen instituciones que permiten la apelación *directa* a la Corte Constitucional sobre la base de los derechos fundamentales. En efecto, en Alemania misma, por el *Art. 93 Abs. 1, n. 4a, GG*, se consagra que la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) tiene jurisdicción sobre cuestiones de inconstitucionalidad que pueden ser promovidas por cualquier sujeto que afirme que una autoridad pública ha violado uno de sus derechos fundamentales “...o cualquiera de los derechos mencionados en el Artículo 20 *Abs. 4, 33, 38, 101, 103 y 104*”; y en las autoridades públicas se incluyen, sin dudas, las Cortes en el ejercicio de la jurisdicción.

Más puntualmente, con respecto a una comparación entre los dos sistemas centrada en la existencia –o no– de la *state action*, ya han sido puestas de manifiesto las asimetrías de la preeminencia de los derechos fundamentales con respecto a la concretización, identificando lo que por reflejo constituye un distinto modelo efectual de constitucionalización y, asimismo, una diferenciación en su naturaleza. Habida cuenta de la normal aplicación vertical de la *Constitution*, cuando en un caso dado hay una *state action*, esta se extiende horizontalmente entre privados. Así se expresan en su totalidad las *doctrine* elaboradas en este nivel y, por ende, se puede argumentar el reemplazo (*superseding*) del derecho privado. Esto pone en evidencia la separación entre los dos sistemas, constitucional y privado, y el modelo alternativo binario gracias al cual se implementa la constitucionalización. Por el contrario, la Constitución alemana (*GG*), si bien lo influencia, no tiene fuerza sustitutiva del derecho privado, cuyas reglas mantienen plenamente su preeminencia en el ámbito interpretativo y decisorio.

La intensidad y la naturaleza de esta relación son, sin embargo, invertidas cuando no hay una *state action*. En Estados Unidos, la implementación

116. P. E. Quint, “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, cit., p. 273.

de la *Constitution* no es reconocida en el caso y, por ende, ella no produce efecto alguno. En cambio, en Alemania permanece la *influencia* de la *GG*, de forma independiente, perfilando así un modelo de constitucionalización que integra un proceso orgánico de *armonización* del sistema en su conjunto.¹¹⁷

La temática, en casi setenta años de su lanzamiento en el marco teórico y jurisprudencial,¹¹⁸ es bien conocida y ampliamente discutida en la doctrina. Su recordatorio en este ensayo pretende resaltar solo algún dato específico prominente de acuerdo a la perspectiva del trabajo, teniendo en claro un asunto incidental aunque necesario: el fundamento jurisdiccional a partir del cual se desarrolla la base teórica relativa a la *eficacia frente a terceros* de los derechos fundamentales en uno de los fallos cardinales para tal doctrina. En concreto, en el caso *Liith*, al parecer se refleja un contenido opuesto al *pluralismo de valores*, por medio de la afirmación de que la *GG* contendría una jerarquía objetiva de valores, a saber, que “los derechos fundamentales son primariamente derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, en cualquier caso las provisiones sobre los derechos fundamentales de la *GG* incorporan un orden objetivo de valores que implica una crucial toma de posición constitucional para todas las áreas del Derecho”. En un sentido opuesto sobre este punto, la doctrina y la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) han dejado en claro que una formulación como esta puede resultar, sin embargo, equivocada.¹¹⁹

Con respecto a los elementos fundamentales de la teoría, ha quedado superado, desde el punto de vista doctrinal, el límite de la *exclusividad* de la *prohibición de interferencia*, es decir, el límite de la eficacia exclusiva de los derechos fundamentales en la relación vertical entre individuo y Estado, concibiendo la eficacia a la *prohibición de interferencia* del segundo sobre

117. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 329 y ss., y 460.

118. H. C. Nipperdey, “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung”, in *RdA*, 1950, p. 121.

119. En cuanto a la adopción de la fórmula de órdenes de valores (*Wertordnung* o *Werttrangordnung*) por parte del *Bundesverfassungsgericht*, sobre las aclaraciones de contenido presentes en múltiples fallos por parte de la misma Corte Constitucional Federal según una *perspectiva unitaria del sistema de valores constitucionales (Einheit dieses grundlegenden Wertsystems)* y el surgimiento de una disposición de los derechos y valores fundamentales no siguiendo una jerarquía sino según un *valor posicional (Stellenwert)*, cfr. más ampliamente K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 330 y ss. Cfr., asimismo, R. Alexy, cit., p. 481 y ss.

el primero. También ha quedado superada, metodológicamente, la teoría del llamado *efecto de irradiación* de los derechos fundamentales, formulada por la Corte Constitucional en el caso *Lüth*.¹²⁰ En consecuencia, se puede destacar, por un lado, cómo la doctrina y la jurisprudencia han elaborado un marco general y funcional de los derechos fundamentales, reflejo de las hipótesis aplicativas en el sentido de protección –*prohibición de interferencia y preceptos de tutela*–, y en el sentido de las reivindicaciones individuales hacia el Estado, en tanto *preceptos de protección* que pesan sobre este; y, por otro lado, cómo han descompuesto el principio metódico en dos lógicas distintas: la de la *eficacia directa* y la de la *eficacia indirecta*.¹²¹

La primera hipótesis, de la *eficacia directa*, trataba de atenerse al modelo aplicativo vertical, de acuerdo con el principio de *prohibición de interferencia*, asumiendo su reconocimiento en las relaciones entre sujetos privados y postulando, en consecuencia, una protección absoluta de las situaciones subjetivas cuando reflejasen derechos fundamentales. Sin embargo, tal protección, a nivel metodológico, presentaba estructuralmente el problema de no poder quedar exenta de la evaluación del caso concreto y de la relativa intensidad de la posible violación, al tener en cuenta la relación con la protección de eventuales situaciones jurídicas, aunque conflictuales, arraigadas también en el sistema de los derechos fundamentales. Así se debía recurrir de modo necesario, por ejemplo, al principio de *ponderación*, con todos los límites que este recurso conlleva.¹²²

120. BVerfG 15.1.1958, in *BVerfGE* 7, p. 198 y ss.

121. Sobre la *unmittelbare Drittwirkung* y la *mittelbare Drittwirkung*, cfr. también C.-W. Canaris, *Grundrechte*, cit., p. 37 y ss.; *Idem*, “L’incidenza dei diritti fondamentali”, cit., p. 365.

122. *Ivi*: “... todos los derechos fundamentales dan lugar sin dudas a prohibición de injerencia en el ámbito del tráfico jurídico privado y a derechos de defensa hacia los otros sujetos de derecho privado. No es más necesario entonces que tales derechos encuentren su trasposición en el sistema normativo de derecho privado. En particular, deviene totalmente superfluo el recurso a las cláusulas generales”. Además L. Khakzadeh-Leiler, *Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs*, Springer, Wien-New York, 2011, p. 36 y ss.; A. Röthel, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968, p. 210 y ss., sobre la naturaleza esencial para la fundación de la *ponderación (Abwägung)* del factor de la *teleología sistemática (Systematisch-teleologischen Begründung)*.

En cambio, la segunda hipótesis, de la *eficacia indirecta*,¹²³ reconoce *a priori*, en general, la centralidad de los principios de autonomía privada y de autorresponsabilidad en el derecho privado sobre la misma base de los derechos fundamentales, es decir, del Art. 2, Abs. 1, GG, donde se protege para *cada individuo* “el desarrollo libre de su personalidad”. Con este medio se reconoce el fundamento por el cual el intérprete debe, de forma permanente e ineludible, adaptar la concretización, es decir, que la asunción de este derecho fundamental especialmente implica la “autodeterminación del individuo en el mundo jurídico” y una relación entre sujetos *pariter* dotados de titularidad de derechos fundamentales. En la situación particular, tales derechos pueden ser conflictivos entre ellos, o entre diferentes formas del mismo derecho; en todo caso, resulta necesario que sea el intérprete de la *fattispecie* quien concrete y defina el conflicto.¹²⁴ Por ello, surge la opción de reconocer, en cambio, en las cláusulas generales un *medium* de aplicación normal, necesario para una eficacia que es solo *indirecta* sobre las situaciones jurídicas individuales,¹²⁵ dentro de una relación entre ellas y los derechos fundamentales formulada de acuerdo con el concepto de la *teoría de la interacción de los efectos o del efecto recíproco*.¹²⁶

123. G. Dürig, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, en AA.VV., *Vom Bonner Grundgesetz zum gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift für Hans Nawiasky zum 75 Geburtstag*, herausgegeben von T. Maunz, Isar, München, 1956, p. 157 y ss.

124. R. Alexy, cit., p. 480: “La relación ciudadano-ciudadano, por otra parte, es una relación entre titulares de derechos fundamentales”.

125. Cfr. BVerfG 19.10.1993. En este fallo muy famoso de la Corte Constitucional Federal se pone el problema de la conexión general entre la norma constitucional y los §§ 138 y 242 BGB, estableciendo que, más allá de las condiciones abstractas de igualdad formal de las partes frente al contrato, el principio de autodeterminación comporta el reconocimiento y la intervención correctiva si las posiciones de los sujetos están *a priori* desequilibradas y tal desequilibrio tiene un reflejo sobre el contenido del contrato, en cuyo caso no basta afirmar que “el contrato es el contrato”. Cfr. D. Medicus - S. Lorenz, *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, Beck, München, 2010, p. 29 y ss., y 34 ss.; C. Heinrich, *Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965, p. 94; L. Khakzadeh-Leiler, *Die Grundrechte in der Judikatur*, cit., p. 45 y ss.

126. Acerca del concepto de *Wechselwirkungslehre*, cfr. V. Epping, *Grundrechte*, Springer, Heidelberg, 2015, p. 121 y ss.; R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., p. 249 y ss. En la p. 250 se aclara: “Esto especializa y generaliza la construcción de la

A la hipótesis de un nexo de concretización entre derechos fundamentales y cláusulas generales se agrega –al menos disputando la exclusividad de tal enlace– la interpretación de algunas normas que identifican un área de referencia concurrente para la *eficacia indirecta* en función de protección. Entre estas, se destacan el § 134 del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, sobre las prohibiciones legales, que prescribe la nulidad de un acto jurídico que viole una prohibición de ley excepto que en la misma ley haya una previsión diferente, posicionando una específica tutela de los derechos fundamentales en la *actividad* y recurriendo a la sanción de nulidad para la hipótesis de contraste con ellos; el § 823, *Absatz I BGB* (rubricado: *Schadensersatzpflicht*), en el cual se prevé la responsabilidad extracontractual en relación con una lista de bienes protegidos: vida, integridad física, salud, libertad, propiedad u otro derecho, sacando partido también en razón de esta última fórmula abierta (“otro derecho”) y de la amplitud aplicativa que consigue; y otras normas más generales como para la *nulidad* prevista en el § 138 *BGB* para la hipótesis de contraste con los *boni mores*.¹²⁷

La prevalencia consolidada de esta última metodología, la *eficacia indirecta* según la fórmula paradigmática extraída desde *Lüth*, establece que en el derecho civil el contenido de los derechos fundamentales se desarrolla en forma indirecta a través de las relaciones de derecho privado, afecta las relaciones obligatorias y es realizable por el juez mediante las cláusulas generales. Al mismo tiempo, proporciona el presupuesto para destacar algunos datos esenciales a la luz de este ensayo, en cuanto son aptos, a su vez, para indicar la perspectiva de la diferencia de funcionamiento de la *formación jurisprudencial del derecho* con respecto al caso estadounidense y el sentido crítico que a este último se pretende asignar.

vinculatividad indirecta de los derechos fundamentales. La especialización consiste en la teoría de la interacción para las leyes generales en el sentido del Art. 5 *Abs. 2 GG*. La generalización radica en el hecho de que la doctrina de la interacción se formula en términos generales, es decir, abarca todas las leyes generales y no solo las de derecho privado”.

127. J. Schapp, *Methodenlehre und System des Rechts. Aufsätze 1992 - 2007*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 83 y ss.

VII. Aplicación indirecta de los derechos fundamentales y derecho general de la personalidad

La *fattispecie* paradigmática por la cual el intérprete debe intervenir en la legislación o en la jurisdicción por el caso de lesiones de los derechos fundamentales, que pueden ser identificadas por ejemplo a través de un exceso de limitación en su ejercicio o por una omisión con respecto a un *deber de protección*, aquí se asume brevemente por el *modus interpretandi* desarrollado en el ámbito de la *personalidad*. Para comprender esta cuestión se analizan las articulaciones del tipo de situación subjetiva que han surgido, primero, a través de una interpretación creativa con respecto a una laguna individuada en el § 823, *Abs. I, BGB*, y luego a través de la conjunción también del § 253 *BGB*, en el cual se ha convertido el § 847 *BGB* original después de la reforma promulgada en el 2002.¹²⁸

La fundación del llamado *derecho general de la personalidad*¹²⁹ transitó primero (en *Bundesgerichtshof –BGH–* de 1954) por el establecimiento de la relación entre el *Art. 1* y el *Art. 2 GG* y el § 823 *BGB*, lo que hizo posible superar el primer obstáculo existente, a saber, dada la preeminencia de los derechos fundamentales, proporcionar la tutela absoluta al derecho en cuestión y no más fragmentada y limitada a ciertos intereses específicos pertenecientes a la personalidad. El derecho a la personalidad –que en el fallo de 1954 se consagraba violado por la publicación en la prensa de una carta privada enviada a un diario– se hizo destinatario de protección extendida a la máxima expansión, pudiendo ser limitado solo en casos prominentes con respecto a una esfera exclusiva contemplada como *inviolable*, casos que deben ser especiales y justificados por razones públicas o privadas.

128. BGH 25.5.1954, BGHZ 13, 334. Cfr. R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 7; G. Neben, *Triviale Personenberichterstattung als Rechtsproblem: ein Beitrag zur Grenzziehung zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001; S. C. Tacke, *Medienpersönlichkeitsrecht. Das System der Rechtsfolgen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Massenmedien*, W. Hopf, Berlin, 2009.

129. Sobre el *Allgemeines Persönlichkeitsrecht*, cfr. *Idem*; BGH 14.2.1958, BGHZ 26, 349 (*Herrenreiter*). Cfr. además C.-W. Canaris, *op. ult. cit.*, p. 368; D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 438 y ss.; G. Christandl, *La risarcibilità del danno esistenziale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 410.

En la órbita de la fundación conceptual, la situación fue estrechamente definida en su relación con el objeto perteneciente a la *fattispecie* concreta: cualquier expresión verbal de un cierto y definido pensamiento es una emanación de la personalidad de su autor, aunque la forma por la cual se expresa no pueda ser protegida por el derecho de autor; solo él tiene título a decidir si y en qué formas sus pensamientos pueden ser comunicados al público, ya que este los entiende como una emanación directa de su voluntad, siempre que resulten atribuibles a él y esté vivo. En este conocido fallo se identificaron las actividades que se consideran perjudiciales para el derecho en el contexto específico de una “publicación no autorizada de grabaciones privadas”, como las publicaciones no autorizadas del pensamiento privado o modificadas por extraños mediante adiciones, publicaciones parciales, ya sean privadas de partes esenciales u accesorias.

El otro fallo (*BGH* de 1958) se generó en cuanto el demandado, una persona jurídica que operaba en la producción farmacéutica, quería hacer publicidad de su propio producto que tenía fama de aumentar la potencia sexual, y utilizó sin autorización carteles que representaban la imagen del sujeto demandante mientras participaba en una competición, imágenes que el demandado había adquirido autónomamente gracias a una agencia de prensa. El *BGH* dictaminó que la *personalidad humana* es un concepto que debía considerarse ya establecido como integrante de los valores fundamentales del ordenamiento, los cuales están por encima del ordenamiento jurídico mismo.

A su vez, estableció que el contenido normativo y su función son la protección de la esfera íntima de la personalidad, que representa el fundamento de una autodeterminación individual libre y responsable, cuya lesión produce principalmente los llamados “daños inmateriales”, que se manifiestan por la degeneración de la personalidad que les sigue. Su protección se basa directamente en las directivas descendientes desde los derechos fundamentales contenidos en los *Art. 1* y *Art. 2* de la *GG*, y se une a la norma, en vigor en el momento, del § 847 *BGB* (como se ha mencionado, actual § 253 sobre los “daños inmateriales”).

El *BGH* hizo hincapié en la lesión (privación) de la libertad actuada por las *fattispecie* como la que se examinaba, sobre la base de un silogismo de tipo analógico. Así se asumió, por un lado, la absorción de la lesión del ejercicio pacífico de la voluntad, entendida como lesión en el ejercicio de la libertad (*ex* § 847 *BGB* en el tiempo antes de la entrada en vigor de la *GG*), y, por otro, la extensión de dicha tutela a la *libertad interior*, actualmente

protegida como expresión del *derecho general de la personalidad*. Ello así, sobre todo, teniendo en cuenta que, al igual que para la libertad física, incluso para la privación de la libertad intelectual, no es posible contar con remedios restitutivos y es precluida la *restitutio in integrum*.¹³⁰

Desde una perspectiva general, que incluye más allá de estos dos fallos la evolución que culmina en el régimen actual del *BGB* después de la reforma del 2002, se puede afirmar que la función de protección asignada al ordenamiento en su conjunto, en la aplicación del principio de *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales* y la conexas obligación de protección, es un factor de una normal expansión de la actividad interpretativa en un sentido evolutivo. Por ende, puede derivar en resultados tanto extensivos como restrictivos, en comparación con el complejo de las normas ya existentes.¹³¹ Así se perfila una controvertida trayectoria de fundación conceptual, que registra fisiológicamente *fattispecie* de colisión entre normas y principios, así como distintas opciones metodológicas sobre la concretización¹³² y diferentes tensiones orientadas a la taxonomía.¹³³

Lo que es importante destacar, incluso a la luz de la mencionada reforma y sentando las bases para una comparación con el *modus operandi* de la Corte Suprema estadounidense, es que a pesar de que se estaba –y se sigue estando– en presencia de un marco no pacífico desde el punto de vista de la fundación conceptual y del cumplimiento de la sistemática, se puede argumentar que la actividad interpretativa –y en particular la jurisprudencial– ha dado lugar –a menudo anticipándolos– a los cambios de sistemas y a los elementos normativos que hoy caracterizan las *fattispecie* en su amplitud y articulación. Un paradigma de ello se encuentra representado por la tutela actual del *daño moral* –*Schmerzensgeld* o *pecunia doloris*– y del *derecho general de la personalidad*. La primera tipología es conformada en

130. M. Gebauer, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 277 y ss.

131. H. Brox - W. D. Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, Carl Heymans Verlag, Köln, 2009, p. 29 y ss.

132. Sobre el *principio de la ponderación de los bienes e intereses (Prinzip der Güter - und Interessenabwägung)*, v. BGHZ, 24, 72, 2.4.1957.

133. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 392 y ss.; A. Röthel, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, cit., p. 29 y ss.

la versión de protección como *daño inmaterial* –ex § 253 *BGB*–; mientras que la segunda, como una regla más general, es decir, parte de los “otros derechos” (según la fórmula *sonstiges Recht*), a los cuales se refiere la responsabilidad extracontractual en virtud del § 823 *BGB*.¹³⁴

Los perfiles sistemáticos indican aún más la posición fundamental que asume el daño inmaterial, que en realidad solo parcialmente se puede resumir con la noción tradicional de *Schmerzensgeld*.¹³⁵ Esto, en cuanto su nueva posición en el sistema del *BGB* (en la parte general de las obligaciones, en el *Titel 1* sobre la obligación de cumplir la prestación) hace que este tipo de indemnización sea aplicable en un sentido uniforme, con una profunda evolución del sistema, también a los daños causados por incumplimiento contractual y a los casos de responsabilidad objetiva.¹³⁶

Si bien en el presente ensayo no es posible delinear en su totalidad la estructura del concepto y la articulación completa de su fisonomía, precisamente debido a la complejidad del asunto, sí se puede poner a la luz –para un examen comparado con la jurisdicción de la Corte Suprema– el efecto final de la interpretación resultante de la perspectiva de largo plazo desde el reconocimiento de la *fattispecie* en cuestión en la jurisprudencia. El objeto de protección –los bienes jurídicos– del daño inmaterial se reflejan en el § 253 *BGB*; la lista tiene naturaleza taxativa: la integridad física, la salud, la libertad de movimiento (debido a una crucial interpretación restrictiva de la noción de *libertad*) y la autodeterminación sexual, que es el bien jurídico agregado en el pasaje desde el antiguo § 847 al nuevo § 253.

La evolución interpretativa ha llevado a superar el genérico silogismo analógico que se refiere al *BGH* de 1958, de tal manera que la protección para las lesiones de las diversas formas de *libertad* recaigan dentro del § 823 *BGB*, excepto la *fattispecie* antes mencionada de la “libertad de movimiento físico”.¹³⁷ Así se evita –operando *ad excludendum*– que la estratificación

134. K. Larenz - M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 22 y ss.

135. C. Grüneberg, “sub § 253”, en AA.VV., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Auflage, C. H. Beck, München, 2012.

136. K. Larenz - M. Wolf, cit., p. 82 y ss.

137. *Ivi*, p. 253 ss. Un análisis sistemático en C. Huber, “Die Neuordnung des Schmerzensgeldanspruchs”, en AA.VV., *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Müller, Heidelberg, 2002, p. 480 y ss.

del concepto de *daño a la libertad*, en sus hipótesis extensivas, *sub* § 253, termine por socavar su eficiencia taxonómica reconociendo *ad libitum* cualquier tipo de lesión asumible a tal *fattispecie* abstracta.¹³⁸ La experiencia de la *eficacia hacia terceros (horizontal)* de los derechos fundamentales emblemata cómo la circulación de las reglas entre distintos sistemas jurídicos se extiende naturalmente a los modelos interpretativos y aplicativos que implementan la respectiva actividad de *fundación jurisprudencial del derecho*, recubriendo la misma relevancia general.¹³⁹

VIII. Ejercicio de la religión vs. interés apremiante: límites metodológicos. Situaciones subjetivas y pluralismo de valores

Los acontecimientos judiciales y legislativos relacionados con el caso *Smith* y las iniciativas que les siguieron, como el RFRA (*Religious Freedom Restoration Act*), de 1993 y el *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, del 2000, han llevado gran parte del debate sobre la exención a nivel institucional valorizando la Cláusula de Libre Ejercicio a tal efecto y apoyando la máxima expansión de su protección donde no haya un *interés apremiante (compelling interest)* del Estado. También en esta perspectiva, tras la identificación de un nivel crítico primario con respecto al principio de igualdad,¹⁴⁰ se debe registrar el debilitamiento del valor justificativo en la prospectiva del pluralismo.¹⁴¹

138. D. Medicus, cit., p. 441, § 1078; V. Emmerich, *BGB - Schuldrecht. Besonderer Teil*, 14. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, p. 280. A. Eckert, "Der Begriff der Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen", en *JuS*, 1994, p. 625 y ss.; W. Leinemann, *Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB*, N. G. Elwert, Marburg, 1969; H. Hammen, "Die Forderung - ein sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB?", en *AcP*, Bd 199, 1999, p. 591 y ss.; E. Wolf, "Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb", en AA.VV., *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von J. Esser - H. Thieme, Mohr, Tübingen, 1967, p. 665. Cfr. también entre otros: BGHZ 35, 363; BVerfG 34, 269; BGHZ 128, 1; BGH NJW 1996, 984.

139. M. J. Horan, "Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships between Individuals", in 25 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1976, p. 857 y ss.

140. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, *Religion and the Constitution*, 4th ed., Wolters Kluwer, New York, 2016, p. 160 ss.; K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 304.

141. C. L. Eisgruber - L. G. Sager, *Religious Freedom and the Constitution*, cit., p. 265: "RFRA trató de aliviar las cargas para los creyentes religiosos sin considerar si estas eran

El texto legislativo (como el RFRA) y los principios que por ello se desarrollaron en las Cortes se basan en la asunción de la voluntad de los Constituyentes de individuar en la religión un *derecho inalienable* (*unalienable right*), y a continuación identificar el límite de su ejercicio en la *justificación apremiante* para su restricción que surja de un interés del Estado. Sin embargo, no proporcionan la *ratio* ordinal en cuanto parte del “sistema interno”¹⁴² por la cual excluyen de la misma protección a cualquier otro derecho inalienable del mismo rango, u otras acciones similares que se encuentran en áreas protegidas por varios valores constitucionales distintos de la libertad de religión y de igual relevancia. Por lo tanto, la mirada iusprivatística debe asumir una metodología diferente, por la vasta área de incompatibilidad con la dimensión institucional.

Para identificar los primeros elementos de interés, cabe destacar que en general se concede la exención por motivos religiosos a causa de un *status*, o más bien, por lo que se plantea más adelante, a causa de lo que se designa como tal, es decir, en virtud de una posición que adquiere un sujeto con respecto a la religión. Igualmente, debido a una *belief* o *modus cogitandi*, es decir, una *creencia*, una *forma mentis* que el sujeto o el grupo hayan derivado de una base cultural y de pensamiento de naturaleza religiosa. Por último, la exención también se concede sobre la base de una *actividad* de cualquier naturaleza relevante debido a la conexión que tiene con una base cultural y de pensamiento religioso.

A efectos de conceder una exención, cada uno de los tres elementos mencionados puede ser relevado de forma autónoma o a través de su curso, es decir, tanto del nivel objetivo de la *actividad* como del nivel subjetivo, incluyendo la relevancia de un *status* con respecto a la religión o de un *modus cogitandi*.¹⁴³ En el área de análisis circunscrita a partir de estos supuestos, por lo tanto, ya a nivel praxeológico, se detecta cómo la extensión de incompatibilidad con respecto al principio de igualdad aplicativa puede ser de mayor o menor grado; este último cuando se conceda el *pri-*

compartidas del mismo modo para otros”; D. Bogen, *Generally Applicable Laws and the First Amendment*, en 26 *SW. U. L. Rev.*, 1997, p. 204.

142. Cfr. K. Greenawalt, “Individual conscience and how it should be treated”, cit., p. 310 ss; sobre el concepto de *vernünftigen Grund*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 326.

143. K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 301.

vilegium por una acción o una actividad en particular, autorizadas cuando estén prohibidas o eximidas si por lo general son obligatorias.¹⁴⁴ Esto se debe a que la exención sobre la base objetiva, emancipada de la preidentificación de las disposiciones subjetivas o de la situación de *status*, implica teóricamente la posibilidad de la extensión del reconocimiento otorgado inicialmente por el tipo de acción que figura sobre una base religiosa a otras situaciones que lo demanden por semejanza pero recaigan en otras bases de justificación.

Esta perspectiva manifiesta contradicciones evidentes en el plan práctico y sistemático, y opera una reducción del marco problemático relacionado con la disciplina en la óptica de las situaciones subjetivas. Ello así, dado que cada *decision* en este campo refleja, asimismo, indirectamente, elementos que traen efectos directos en la relación entre *fattispecie* abstracta y *fattispecie* concreta, los cuales pueden ser identificados como se propone a continuación.

IX. *Status* tradicional y *status religionis*. Características y demarcación. Noción de religión y carencia conceptual: mención introductoria. Posiciones paralelas. Decadencia del elemento de la organización

Aunque en ausencia de una base conceptual para la noción de *religión*, la doctrina propone que entre los criterios de identificación de los sujetos receptores de la tutela de la Primera Enmienda se incluya el *status*, pero naturalmente este concepto también es adoptado con evidente carencia taxonómica. Para acercarse a la identificación del concepto de *status*, advirtiendo acerca de las áreas de superposición con lo que se clasifica como *creencias*, el examen del nivel subjetivo de la fórmula teórica recurrente en la doctrina debe limitar necesariamente su objeto a los elementos que desempeñan naturaleza esencial desde el punto de vista funcional. Para ello se debe poner de relieve, en principio, las características que marcan el elemento *status religionis* en cuanto a su diversificación de la noción tradicional de *status*, cuando resultan aislables en términos de idoneidad identificativa de la *fattispecie*. La primera acepción de

144. *Idem*, p. 302.

status, que se puede definir como “tradicional”, es una “relación jurídica personal por su misma naturaleza no temporal y no resoluble por la mera voluntad de las partes, situación que también afecta a terceros y al Estado”, según la disciplina del *Restatement of the conflict of laws*¹⁴⁵ y, por lo tanto, el *status* resulta un “determinante de la posición en la sociedad de derecho”.

Como se ha subrayado con autoridad, en comparación con la doctrina tradicional,¹⁴⁶ el mundo jurídico anglosajón, de acuerdo con una mirada cercana de la sistemática del *Civil Law*, superando la distinción tradicional público/privado, asume como esenciales ciertos elementos para definir la noción. A saber, la pertenencia del sujeto al grupo o a la clase, el monopolio de la legislación en la configuración, asignación y revocación del *status* en antítesis con la asunción y la abdicación voluntaria, y la naturaleza de posición institucional y duradera “de la cual la creación, la persistencia o el abandono y los hechos relativos constituyen materia de suficiente interés social o público”. Incluso a la luz de las evoluciones doctrinales del concepto de *status*, que en este ensayo no es posible examinar, y de la revisión que tiene como objeto peculiar la esencialidad –o no– de las características de organicidad y bilateralidad con respecto al *collectivum*, la perspectiva relacional de la noción mantiene el valor constitutivo a nivel taxonómico. Esto es así porque el *collectivum* mismo, en cuanto elemento de conexión entre la situación individual y las normas generales, es lo que proporciona la

145. E. G. Lorenzen - R. J. Heilman, “Restatement of the Conflict of Laws”, en 83 *U. Penn. L. Rev.*, 1935, p. 555 y ss.; P. Rescigno, “Situazione e status nell’esperienza del diritto”, en *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 211. Cfr. p. 217: “...el *status* es presupuesto para una serie abierta de poderes y deberes o de relaciones, derechos obligaciones relaciones [sic] susceptibles de variaciones sin que cambie el *status*; las situaciones del individuo son elevadas a *status* en razón de la membresía en un grupo organizado y por la realización necesaria de los fines del grupo; los caracteres de organización del grupo y de necesidad de los fines, indispensables para la traducción en *status* de la situación individual, se encuentran solamente en la colectividad estatual y de la familia”. Cfr. también E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, cit., p. 188 y ss.

146. P. Rescigno, voz “Status”, I) “Teoria generale”, en *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma 1993, p. 1 y ss. Cfr., también, R. H. Graveson, *Status in Common Law*, Athlone Press, London, 1953; W. G. Friedmann, “Some Reflections on Status and Freedom”, en R. A. Newman (ed.), *Essays in jurisprudence in honor of R. Pound*, The Bobs-Merrill Co. Inc., New York-Indianapolis, 1962, p. 222 y ss.

fisonomía concreta de los derechos y los deberes del sujeto en la individuación de su situación *quoad effectum*.¹⁴⁷

Esto lleva al segundo extremo de la demarcación, la noción de *status* que, en un proceso de aproximación, es asimilable al instituto en examen, *status religionis*. Se basa esencialmente en la extensión de la voluntad del sujeto desde la asunción de la posición hasta el poder de gobernar sus efectos,¹⁴⁸ por lo que emergen como caracteres esenciales la fungibilidad, la intercambiabilidad, la acumulatividad, así como la posibilidad de asumir un *status religionis* y de abdicar a este unilateralmente.¹⁴⁹ A causa de esta recurrente fisonomía se torna difícil, desde el plan funcional, individualarlo en su hipotética autonomía con respecto a la operatividad del elemento *creencia*.¹⁵⁰ En este sentido, aparece sin resultado y privada de eficiencia taxonómica la clasificación adoptada por la Corte Suprema basada sobre el *ministerial status*, definido por la concurrencia de “conducta y actividad”, en contraposición a la titularidad de una *creencia*. El *status*, en la versión aproximada actual, se reputa coincidente con la simple membresía (*membership in a group*),¹⁵¹ lo que implicaría plantear la adherencia del concepto a la determinación subjetiva bajo el perfil genético, extintivo y funcional con respecto a los efectos que se remontan a la situación.

En otra hipótesis se considera identificado un *status*, como por ejemplo ateísmo y agnosticismo, cuando –incluso en ausencia de cualquier conexión

147. E. Schulev-Steindl, *Subjektive Rechte*, cit., p. 125 y ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XIII ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 69 y ss.

148. Sobre la función de la voluntad privada en las situaciones subjetivas, cfr. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, cit., p. 60 y ss.

149. F. B. Cross, *Constitutions and Religious Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 17 y ss., con múltiples referencias bibliográficas. Cfr., también, D. O. Conkle, cit., p. 42; H. J. S. Maine, *Ancient Law*, Henry Holt and Company, New York, 1906, p. 164 y ss.; E. Schulev-Steindl, *op. cit.*, *passim*; L. Raiser, “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht”, cit., p. 465 y ss. Sobre el tema de la *necesariedad, indisponibilidad y no acumulatividad* del *status* según el sentido tradicional, cfr. P. Barcellona, “Soggetti e tutele nell’epoca del mercato europeo/mondiale”, en AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, ESI, Napoli, 1998, p. 65 y ss.

150. *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618, 1978, 627.

151. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, vol. 1, cit., p. 301.

orgánica o de membresía— la calificación se funda por una *falta* de condición religiosa en el individuo.¹⁵² También se identifica en presencia de un reconocimiento de exención sobre la única base de una *creencia* totalmente subjetiva, como para el caso de una concesión a un objetor de conciencia: la *fattispecie* se presenta desprovista estructuralmente del elemento relacional de una conexión al *collectivum* y sin tener en forma esencial naturaleza religiosa, sino que refleja la atribución de la calificación *ex auctoritate* y, por lo tanto, una evaluación *ex post* de una condición subjetiva relevante.¹⁵³

El grado de aproximación que lleva este tipo de estatuto ontológico, incluso en los intentos de cognición que le conciernen, depende sobre todo de la opción deliberadamente omisiva de la Corte Suprema en torno al concepto de *religión*.¹⁵⁴ Esto implica que aún se encuentra pendiente la carencia de una noción del elemento relacional con respecto al cual el *status*, aunque en las formas actuales, se puede asumir como elemento definitorio,¹⁵⁵ es decir, como situación del individuo en relación con un colectivo religioso. Tal sintagma puede incluir varias y distintas tipologías de membresías desprovistas de estables elementos constitutivos, en las cuales, por ejemplo, también la creencia genérica en lo divino está privada de un valor definitorio con respecto a la *cuestión del límite (threshold question)* que determina la *ratio* de la exención.¹⁵⁶

Así, en la etapa en la cual se enfrentaba el problema de si el mismo encuadramiento metodológico dirigido a la fijación de una noción no podía ser una violación de la Cláusula de Establecimiento,¹⁵⁷ se sucedieron una

152. *Idem*, p. 147.

153. *Idem*, p. 205 y ss. Sobre la evolución sin coordenadas sistemáticas de la *exemption* basada sobre la *Conscientious Objection*, cfr. M. E. Tigar, “Conscientious Objection”, en AA.VV., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, cit., p. 206 y ss.

154. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 125.

155. J. H. Choper, “Defining Religion in the First Amendment”, en *U. Ill. L. Rev.*, 1982, p. 591.

156. D. O. Conkle, “The Path of American Religious Liberty: From the Original Theology to Formal Neutrality and an Uncertain Future”, en *75 Ind. L. J.*, 1, 2000, p. 1 y ss.

157. J. Weiss, “Privilege, Posture and Protection: ‘Religion’ in the Law”, en *73 Yale L. J.*, 1964, p. 593 y ss.

serie de fallos de especial relevancia. La *decision* surgida en *Torcaso*¹⁵⁸ determina la inconstitucionalidad de una ley estatal que exige al titular de un oficio público declarar creer en Dios. El paradigma *ad includendum* eran religiones como el budismo o el taoísmo y organizaciones como la *Fellowship of Humanity* o la *Ethical Culture Society*, todas las cuales debían –según lo dispuesto en *Torcaso*– considerarse religiones o, en cualquier manera, recayentes en la Primera Enmienda, incluso no estando caracterizadas por la creencia en Dios.

De particular importancia resulta la *decision* de 1965, el conocido caso *Seeger*, a causa de la emergencia de las llamadas *posiciones paralelas* (*parallel position*). La Corte Suprema¹⁵⁹ consagró que los elementos conceptuales referidos a grupos religiosos presentes hasta el momento habían cambiado de naturaleza y las calificaciones que habían caracterizado la Era de los Padres Fundadores –con su propiedad clasificatoria en un marco más estrecho de diversidades entre membresías– aparecían superadas por el cambio de horizontes axiológicos y por la proliferación de prácticas religiosas. El fallo se produjo sobre la exención para sujetos “que por razón de su educación y creencias religiosas resultan por su conciencia opuestos a participar en la guerra en cualquier forma”, teniendo por objeto la ley federal de conscripción (*federal conscription statute*) acerca de la exención del servicio militar obligatorio por razones de naturaleza religiosa. Las excepciones previstas en la legislación eran aplicables para aquellos que resultaban titulares de creencias y educación religiosa, pero al definir lo que se entendía por *religión* –las creencias religiosas– era esencial que la *creencia* del demandante resultara conectada a un Ser Supremo y no simplemente a perspectivas filosóficas, políticas o meramente reflectantes de un código personal.

El *appellant*, aunque actuando sobre la base de la *religion clause*, no recaía en esta categoría, no tenía afiliación religiosa alguna y se declaraba escéptico sobre la existencia de un Ser Supremo. En cambio, declaraba que tenía una *creencia* que reflejaba “devoción hacia la bondad [*goodness*] y la virtud en sí misma, y una fe religiosa según una creencia puramente ética”. La Corte intervino mediante una interpretación creativa (*statutory creative*

158. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, *Religion and the Constitution*, cit., p. 665 y ss.

159. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, 1965.

interpretation), con la intención de evitar que una creencia como la presente, identificable como religiosa en el sentido más amplio, desde allí en adelante atribuible a la Primera Enmienda, resultase perjudicada en cuanto objeto de discriminación (*sectarian discrimination*) debido a la falta de creencia en un Ser Supremo. La medida judicial generó el espacio normativo para incluir en el ámbito destinatario de exención, y como reflejo en la categoría más general de lo que puede considerarse *religión*, las *posiciones paralelas*, es decir, las creencias “sinceras y significativas que ocupan en la vida de su poseedor un lugar paralelo a este llenado por una creencia ortodoxa en Dios de lo que claramente está legitimado por la exención”.

En otras etapas del *excursus* judicial, y en particular en el caso *Welsh*, que se discute más adelante,¹⁶⁰ se confirma que la noción de *religión*, la transposición sobre la base de la Cláusula de Libre Ejercicio, ha superado definitivamente los límites del deísmo como elemento constitutivo y de la misma naturaleza religiosa de las creencias. Por consiguiente, se debe detectar cómo, con respecto a dicha proliferación, corresponde obviamente un correlativo aumento de los límites debidos a la Cláusula de Establecimiento.¹⁶¹

La demarcación evanescente en el plano subjetivo entre la *creencia* y el *status*, así como el reconocimiento judicial de ambos en forma de relevancia paralela, se configuran con índices de diferenciación más nítidos en el caso *Yoder*.¹⁶² El fallo fija una demarcación *ad excludendum* de las hipótesis clasificadas como “formas de vida, aunque virtuosas y admirables [...], basadas sobre valoraciones puramente seculares”. Al mismo tiempo, en la sede definitiva proporciona relevancia a factores tales como la historicidad y la organización en grupo del círculo religioso, identificando los estilos de vida de los Amish como “no meramente una cuestión de preferencia personal, sino de una profunda convicción religiosa, compartida por un grupo organizado”, y

160. Ante del caso *Seeger*, cfr. *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488, 1961 que ya se ha mencionado. Cfr. también *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437, 1971; *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 1970, sobre el cual cfr. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, vol. 1, cit. p. 62.

161. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, cit., p. 228; I. C. Lupu, “Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion”, en 102 *Harv. L. Rev.*, 1989, p. 947 y ss.

162. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 1972.

a la presencia de una orientación dictada por la interpretación de un texto sagrado; en la *fattispecie* concreta, la Epístola de Pablo a los Romanos.

La motivación rechaza la afirmación reconocida en las Cortes inferiores según la cual la protección garantizada por la Primera Enmienda se aplicaría a las creencias religiosas pero no a las *acciones*, aun cuando se basan en la religión. Ella misma excluye, sin embargo, que la misma *acción* o *actividad* (el escapismo en el caso *de quo*) sea protegible si se funda en algo distinto de una base religiosa como, por ejemplo, en una “evaluación subjetiva y un rechazo de valores seculares contemporáneos aceptados por la mayoría”, que llevan a prácticas meramente “filosóficas y personales”.

El resultado normativo, por el contrario, produce una evidente antinomia en cuanto al postulado de autonomía funcional de los elementos en la jurisdicción de exención: se requiere una estructura religiosa para definir un *status* y también se requiere su concurrencia esencial para demarcar *ad excludendam alteram* una “acción fundada sobre base religiosa” (*action religiously grounded*). Esta posición fue superada posteriormente en el caso *Frazee*,¹⁶³ donde la práctica en cuestión era claramente de naturaleza religiosa y se consideró digna de protección en sí misma, aunque el sujeto que solía dar lugar a ella no tenía afiliación a institución alguna.

X. Creencia. Convicción honesta y creencia sincera. Opción de autorrestricción de la Corte Suprema. Carencia conceptual y deferencia. Efectos irreflejos: la cognición como procedimiento integrativo del concepto abstracto

Acerca del otro requisito de naturaleza subjetiva, el elemento psicológico de la *creencia* (*belief*) o *modus cogitandi*, que la doctrina propone para identificar a los sujetos elegibles para la tutela que deriva de la Primera Enmienda, se puede averiguar cómo las contradicciones en el ámbito de la interpretación, derivadas por la carencia de fundación conceptual, resultan aún más contundentes en sus efectos sistemáticos. El sistema estadounidense conoce en otros ámbitos el problema de la indefinición conceptual, como por ejemplo por la *vaguedad*, y su contraste con la Constitución (Cláusula del Debido Proceso), así como los remedios al vacío interpretativo que

163. *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829, 1989.

esto genera con el instituto de la *deferencia* (*deference*). Sin embargo, en el caso de la Primera Enmienda, los procesos que genera por su aplicación en constancia de carencia conceptual tienen la particularidad de que el acertamiento concreto, desarrollado por oficiales públicos, sirve para integrar no solo la aplicación sino el sentido conceptual de una norma que es de rango constitucional y de aplicación directa.

La carencia en el plano conceptual y la falta de propiedades taxonómicas producen un efecto similar sobre la noción material relativa a la *creencia* que, a la luz de una clasificación adecuada, puede o no puede ser reconocida en el campo protegido por la libertad de religión.¹⁶⁴ El caso *Ballard*¹⁶⁵ constituye elementos fundamentales inherentes al método de cognición y sus límites. En resumen, se decretó que un jurado, con el fin de evitar una actividad discriminante, no debe recibir instrucciones que tengan por objeto establecer la responsabilidad de los acusados mediante el control de sus creencias según criterios de examen externos a la fenomenología.

En el caso concreto se trataba de un fraude por parte de personas que reclamaban poderes milagrosos de curación y, con este fin, recogían donaciones por correo. A este caso, al mismo tiempo, debemos las primeras y fundamentales pruebas de las contradicciones normativas que, aunque postuladas en la *decision* y estigmatizadas en las motivaciones, iniciaron con este fallo una ininterrumpida vigencia en el ámbito de la cognición, y que pueden ser resumidas en el *dictum* presente en la *dissenting opinion* del *Justice Jackson*: “Yo no veo cómo podemos separar la cuestión acerca de lo que se cree de las consideraciones sobre lo que es creíble”.¹⁶⁶

En general, por lo tanto, la regla sobre la superación del umbral de relevancia jurídica de una forma de pensar se sitúa en la estrecha área de competencia que la Corte Suprema ha confirmado recientemente en *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*,¹⁶⁷ es decir, en un sedimento que las “afirmadas

164. K. Greenawalt, “Religion as a Concept in Constitutional Law”, en 72 *Cal. L. Rev.*, 1984, p. 753; G. Merel, “The Protection of Individual Choice: A Consistent Understanding of Religion Under the First Amendment”, en 45 *U. Chi. L. Rev.*, 1978, p. 805; D. O. Conkle, *Religion, Law, and the Constitution*, cit., p. 69.

165. *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78, 1944.

166. *Idem*, p. 321 ss.

167. 573 U.S. 2014.

creencias religiosas reflejan una ‘convicción honesta’ [*honest conviction*]” y que pueden presentarse como “creencias sinceras” (*sincere beliefs*).¹⁶⁸

En cuanto a la determinación en la actividad de cognición de la relevancia de una *creencia*, su autonomía desde el requisito de una inteligibilidad ajena se estratificó en el curso del tiempo como elemento esencial:¹⁶⁹ el caso *Ballard* no solo consolida la abdicación a ciertos criterios externos de examen por las Cortes sobre la creencia como la *razonabilidad* (*reasonableness*) o la *veracidad* (*truthfulness*), sino que implícitamente sanciona la inexistencia en sí mismo de un poder judicial de control respecto a las doctrinas y creencias concebidas como religiosas. La asunción en el nivel hermenéutico de caracteres normativos que remiten a la verificación sobre una base individual de cada *fattispecie*, confirmada hasta los tiempos actuales, hace completamente incuestionable la autonomía de la *creencia* subjetiva, excluidos los criterios antes mencionados: esta autonomía no opera solo entre *interno* y *externo* del círculo religioso, sino también entre un individuo y el resto de los miembros de la misma comunidad.¹⁷⁰

Otros límites opuestos a la cognición, que resultan esenciales para el régimen normativo y que caracterizan el proceso de adquisición de información, residen en la prohibición de evaluar la *creencia* con respecto a su función —esencial o no— en el colectivo o en el individuo, y de examinar su *razonabilidad* o *veracidad*.¹⁷¹ A la luz de estos criterios, observando los límites derivados por la actividad de cognición en su conjunto, parece evidente que la carencia de noción produce un efecto irreflejo en la *fattispecie* abstracta consagrada en la Primera Enmienda, y cómo este connota todo el proceso aplicativo desde el momento de la cognición. El efecto irreflejo depende de las modalidades de concretización del ejercicio del poder que las Cortes a menudo remiten a agencias administrativas consideradas titulares de una *autoridad epistémica* privilegiada, y

168. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 762; D. O. Conkle, *op. ult. cit.*, *loco*.

169. *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. 707, 1981.

170. *Holt v. Hobbs*, 135 S. Ct. 853, 2015.

171. *United States v. Lee*, 455 U.S. 252, 1982; *Hernandez v. Commissioner*, 490 U.S. 680, 1989; *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990; *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595, 1979; *Presbyterian Church in the United States v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church*, 393 U.S. 440, 1969.

como tales encargadas del examen factual del caso específico, el llamado proceso de deferencia.¹⁷²

Esta institución surge, en forma general, para evitar que la evaluación judicial (*judicial judgement*) subrogue en términos de competencia lo estatuído por las autoridades o el legislador y se produce cuando la aplicación y la necesidad de concreción de la regla generan un proceso substitutivo focalizado sobre la *receptividad* del caso concreto, por el cual la “deferencia autoriza a la Corte a traer *receptividad* [*responsiveness*] dentro del derecho con el resultado de colocarse a sí misma fuera de la ecuación”. Funcionalmente el proceso resulta en una actividad delegada pero, *in subiecta materia*, esta no está orientada a identificar en forma factual y concreta los elementos formalizados e incorporados abstractamente en una doctrina o en una norma, en cuanto, sin embargo, puede llegar, a causa de la carencia de noción, a integrar la *fattispecie* abstracta, de rango constitucional, construyendo los elementos normativos.

Caso por caso, la deferencia no solo determina, por ejemplo, “si alguien es un objetor de conciencia”, sino también *si y qué tipo* de *modus cogitandi* o de creencia pueden calificar *ex post* los resultados de un examen praxeológico que substancialmente no está guiado por criterios normativos *ex ante*.¹⁷³ Estos resultados pueden ser asumidos por el concepto de religión y, en su campo normativo, mediante una interpretación que resulta ser tan extensiva hasta el punto de ser crónicamente expuesta a carencia conceptual.¹⁷⁴

172. *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 1984. P. Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law. Basis, Application and Scope*, Cambridge, 2012; D. J. Solove, “The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights”, cit., p. 944 y ss. Cfr. *O’Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987); *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986). Cfr., además, A. Vermeule, “Deference and Due Process”, en *Harv. L. Rev.*, 129, 2016, p. 1890 y ss.; A. A. P. Bruhl, “Hierarchically Variable Deference to Agency Interpretations”, en 89 *Notre Dame L. Rev.*, 2013, p. 727 y ss.; *Fox Television Station, Inc. v. FCC*, 613 F.3d 317 (2nd Cir. 2010), sobre el cual cfr. *Second Circuit strikes down the FCC’s indecency policy as void for vagueness*, en 124 *Harv. L. Rev.*, 2011, p. 835 y ss.

173. W. A. Scheurle, “Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage”, en *AcP*, 157, *Heft* 1, 1958-59, p. 1 y ss.; C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1978.

174. Más en general, cfr. L. Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008, p. 14; *Thomas Jefferson University*

La carencia conceptual demuestra su esencia en el ámbito crítico, en cuanto referencia esencial –*conditio sine qua non*– de la función relacional a la cual subyacen los conceptos de *status* y de *creencia* con respecto a la *fattispecie* abstracta. Así se destacan los ulteriores perfiles problemáticos desde la perspectiva de las situaciones subjetivas y del Estado de Derecho. En la doctrina se ha producido un vigoroso debate. A veces, se minimiza la relevancia del problema;¹⁷⁵ otras, se asume la redacción *acontextual* de la Primera Enmienda y como tal apta a una cierta *excepcionalidad*, según orientaciones interpretativas de la *Constitution* que normalmente oscilan entre *textualismo* y *originalismo*.¹⁷⁶

Frente a esta integración de la norma en forma inductiva, desde la perspectiva epistemológica asumida en este ensayo es posible analizar cómo se desarrolla específicamente el *método de inversión*.¹⁷⁷ Si el *iter* normal de la fundación jurisprudencial del derecho prevé que desde conceptos generales se establezcan lógicamente nuevas normas no expresadas originalmente en el ordenamiento, una vez detectada la carencia conceptual, el análisis debe centrarse sobre las *ratio* y las justificaciones adoptadas en las *decision* y asumidas por la doctrina, así como sobre los *efectos irreflejos* que ellas produzcan.¹⁷⁸

v. Shalala, 114 S. Ct. 2381, 1994, con peculiar atención a la *Dissenting Opinion* del Justice Thomas; J. F. Manning, “Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules”, en 96 *Colum. L. Rev.*, 1996, p. 612 y ss.; K. Greenawalt, *Religion and Constitution*, 2, cit., p. 304. Cfr., además, en términos de exención religiosa con respecto al estado de detención carcelaria, M. B. Mushlin, *Rights of Prisoners*, Thomson Reuters, New York, 2009; I. P. Robbins, “The Prisoners’ Mail Box and the Evolution of Federal Inmate Rights”, en 144 *Federal Rules Decision*, 1993; G. S. Frankel, “Note, Untangling First Amendment Values: The Prisoner’s Dilemma”, en 59 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1991, p. 1614.

175. J. H. Choper, “Defining Religion”, cit., p. 579.

176. D. A. Strauss, “Common Law Constitutional Interpretation”, en 63 *U. Chi. L. Rev.*, 1996, p. 878 y ss.

177. Sobre el concepto de *Inversionsverfahren*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 58 y ss.

178. Por ejemplo en cuanto se supone en M. W. McConnell, “The Problem of Singling Out Religion”, cit., p. 37 y ss., como crítica a C. L. Eisgruber - L. G. Sager, “The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct”, en *U. Chi. L. Rev.*, 1994, 61, 4, p. 1291 y ss.

Reduciendo el campo a la cuestión aquí tratada, la premisa problemática surge desde la extensión conceptual, acaecida en la interpretación, de la *teoría de la autonomía de la iglesia (church autonomy doctrine)* al corolario que postula el límite de la jurisdicción sobre los asuntos internos de las disputas de naturaleza religiosa, y la consiguiente consolidación de un deber general de abstención de todos los actos de cognición relacionados con la religión, desde los elementos integrantes del nivel ontológico definidos como “no accesibles generalmente”.¹⁷⁹

Es meramente consecuencial destacar que son las mismas instituciones religiosas o el sujeto, directa o indirectamente involucrados, los que integran la evaluación con una actividad definida, al borde del oxímoron, como de *autodefinición*. Asimismo, los oficiales públicos operan teniendo que integrar la significancia conceptual de un elemento esencial. Por ejemplo, la *sinceridad* en los casos de soldados que se convirtieron en objetores de conciencia;¹⁸⁰ o la evaluación de cómo repercute la vestimenta religiosa sobre el uniforme militar (y viceversa), como en el célebre caso *Goldman v. Weinberger*;¹⁸¹ o como en *Seeger y Welsh*, por ejemplo, cuando las exenciones eran relacionadas al servicio militar y fue depositario de la evaluación el *Selective Service System*; mientras que en el caso *Africa*, como se ve más adelante, es el mismo *appellant* quien proporciona una descripción de sus creencias, insatisfactoria para su inclusión en la Primera Enmienda. En *Africa* surge paralelamente el asunto de *inequidad (unfairness)*, que está coligado permanentemente a un proceso de tales características, conectado a la diferencia entre personas con capacidad de expresarse adecuadamente y sujetos que, en cambio, son incapaces de representar frente a la autoridad su posición “religiosa”.¹⁸²

179. M. A. Helfand, “Litigating Religion”, en 93 *B.U. L. Rev.*, 2013, p. 493 y ss.; K. Greenawalt, *Private Consciences and Public Reasons*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1995: “...al creyente le faltan las bases para mostrar a los demás la verdad de lo que él cree”.

180. Sobre el proceso que se instaura en el ámbito militar según el 32 *Code of Federal Regulations* 75.1 -75.11, cfr. *Idem, Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 119, y en n. 36.

181. 475 U.S. 503, 1986.

182. M. C. Nussbaum, *op. cit.*, p. 172; R. Michaels, “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, en 51 *Wayne L. Rev.*, 2005, p. 1209 y ss., especialmente p. 1230 y ss.

En general, esta posición consolidada de *autorrestricción* de la Corte se combina con el tipo de poder delegado que recibe una *agencia* llamada a determinar la relación entre una creencia específica y la libertad de religión. Esto da lugar a un proceso que es –al mismo tiempo– connotado por la carencia de la noción en términos de relevancia de la *fattispecie* concreta y por un resultado que recae en el ámbito regulado, como ya se ha visto, por la prohibición de *revisión judicial (judicial review) ex post*.¹⁸³ Por lo tanto, el problema funcional es un *efecto irreflejo* de la carencia aquí examinada. La actividad jurisdiccional, incluso si es orientada a la *coherencia* del sistema, entre expectativas dirigidas a la armonización de la decisión y factuales empíricas dotadas de amplia heterogeneidad, debe dirigirse a una proliferación de creencias, que abstractamente recaen en el ámbito de la Primera Enmienda debido a los delgados límites de relevancia *a priori*.¹⁸⁴ Esto produce la imposibilidad para las Cortes de formular doctrinas dotadas de coherencia y estabilidad.

Como se ha mencionado, normalmente un proceso de deferencia se lleva a cabo cuando una Corte suspende su actividad de cognición sobre la cuestión de hecho delegando su contenido decisorio, parcial o total, a otra entidad, o hace que dependa del juicio de esta última. La entidad puede ser “otra rama del Gobierno, un poder administrativo, un sujeto intitucional privado o un sujeto *quasi-public*”. El dato problemático se ha señalado en el análisis de la *doctrina de la sobredimensión (doctrine of Overbreadth)*, pero –al parecer– no proporcionando adecuada relevancia al fenómeno que consigue en el campo exegético.¹⁸⁵

En abstracto, se puede sintetizar la institución aplicada al tema en cuestión con el proceso de verificación relacionado con las diversas creencias¹⁸⁶ delegado a un órgano de la justicia o de la administración. Sin embargo, cabe señalar que, debido a la carencia conceptual¹⁸⁷ –es decir, ausencia

183. M. Herz, “Deference Running Riot: Separating Interpretation and Lawmaking Under Chevron”, en *6 Admin. L. J. Am. U.*, 1992 - 1993, p. 187 y ss.

184. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 279 y ss.

185. A. K. Chen, “Statutory Speech Bubbles”, cit., p. 42, sobre los efectos del *overbreadth* en el *enforcement*.

186. P. Horwitz, cit., p. 1065; K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 2, cit., p. 304.

187. K. Greenawalt, “Religion as a Concept in Constitutional Law”, cit., p. 761.

de condiciones previas y de límites entre los cuales mantiene vigor la discrecionalidad de la evaluación administrativa—,¹⁸⁸ se asiste a una fenomenología peculiar de implementación y aplicación de la delegación (*selective enforcement*), en la cual el poder delegado ocupa un espacio más amplio de lo que está reconocido normalmente al plan teórico en su “naturaleza transustantiva [*transsubstantive nature*] [...] en el Derecho constitucional”.

La carencia de fundamento normativo se extiende a los estándares evaluativos sobre los elementos factuales, presentes —o no— en la cuestión de hecho, que guían la investigación del caso concreto y así distinguen su naturaleza con respecto a la cuestión de derecho.¹⁸⁹ Se invierte el proceso lógico-reconstructivo, ya que se subroga el habitual esquema deductivo a través de una *practica* “de abajo hacia arriba, inductiva y experimental”. Además, la actividad cognitiva no tiene por objeto —como es normal— hechos relevantes para los propósitos de aplicación (como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso del procedimiento analógico), sino que ella desde lo particular induce lo general:¹⁹⁰ desde los hechos relevantes, de acuerdo con un *proceso selectivo autónomo*, la llamada *autoridad epistemológica* de la *agencia* ineludiblemente se concretiza generando una interpretación *primaria* e *integrativa* de una norma fundamental, radicada en la Primera Enmienda.¹⁹¹

188. Para un análisis de la *Beurteilungsspielraum*, véase K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 282. En general sobre la dicotomía “cuestión de hecho” y “cuestión de derecho” (*Tatfrage/ Rechtsfrage*), véase Cap. 3, p. 262 y ss.

189. *Idem*, p. 295.

190. C. W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Duncker und Humblot, Berlin, 1983.

191. D. J. Solove, “The Darkest Domain”, *cit.*, p. 958: “...la práctica de la *deference* involucra la manera por la cual la Corte evalúa, en un proceso de revisión, instancias factuales hechas por instituciones gubernamentales, oficiales públicos y expertos. La *deference* es practicada como aceptación de estas valoraciones factuales y empíricas sin muchos cuestionamientos ni escepticismo. En una orientación de balance judicial, la incumbencia de una corte es evaluar la prueba sobre la existencia o inexistencia de ciertas condiciones factuales (la importancia del interés del gobierno y la adaptación de medios a fines). Esta evaluación involucra un examen de la cantidad y calidad de las pruebas que soportan una decisión particular. Un método evaluativo menos escéptico afecta directamente la cuestión de si los requerimientos de la fórmula del escrutinio judicial han sido satisfechos. Así, en un tiempo en que las pruebas factuales y empíricas se están convirtiendo más esenciales para la interpretación de

Detectando la carencia conceptual, la ausencia de un texto legal como “portador” de sentido,¹⁹² la *agencia* asume en esta etapa el texto normativo como una orientación con respecto a lo que *ya* ha adquirido a nivel factual. Esta interpretación, como formulación *a priori* del sentido normativo, se refleja en la identificación de los elementos factuales mediante su selección de acuerdo con un criterio de relevancia constituido *autónomamente* en el órgano responsable de la cuestión de hecho.¹⁹³ El mismo órgano, simultáneamente, opera mediante la integración de la *construction* como un efecto práctico de la implementación del sentido.¹⁹⁴

Además de la hipótesis de cualificación inmediata en términos afirmativos o negativos sobre la subsunción, la cuestión de hecho puede producir consecuencias mutuamente alternativas: la norma que en el caso concreto resulta antagonista a la *libertad de religión* puede *coexistir* con ella, o puede ocurrir un *desplazamiento* entre las normas,¹⁹⁵ o una *reubicación* entre ellas,¹⁹⁶ pero siempre por condiciones cuyo establecimiento se lleva a cabo en forma inductiva. En otras palabras, la deferencia no funciona asumiendo los elementos que constituyen el área de la cuestión de hecho al nivel de las factualidades del derecho, sino directamente al rango normativo y valorativo.¹⁹⁷ Para corroborar esta evidencia, cabe focalizar la regla interpretativa

la Constitución, la práctica corriente de la *deference* está manteniendo un efecto profundo sobre los resultados de las decisiones judiciales”. Cfr., además, K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 262 y ss.; C. Perelman - L. Olbrechts-Tyteca, *cit.*, §§ 32-35, p. 169 y ss.

192. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 299.

193. D. J. Solove, “The Darkest Domain”, *cit.*, p. 953 y ss.

194. *Idem*, p. 974 y ss.; P. Horwitz, *op. cit.*, p. 1097 y ss.; R. E. Barnett, “Interpretation and Construction”, en 34 *Harv. L. J. & Pub. Pol’y*, 2011, p. 65; R. H. Hills Jr., “The Pragmatist’s View of Constitutional Implementation and Constitutional Meaning”, en 119 *Harv. L. Rev. F.*, 2005, p. 173; L. A. Cisneros, “The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction”, en 27 *Const. Commentary*, 2010, p. 71, con extensas referencias bibliográficas sobre el tema.

195. Sobre los conceptos de *Nebeneinander*, *Verdrängung* y *Verlegung* cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, *loco*.

196. J. Wach, *Das Verstehen. Grundzüge eine Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*, II Band, Georg Olms, Hildsheim-Zürich-New York, 1984, p. 60 y ss.

197. R. Michaels, *cit.*, p. 1228 y ss., y 1233 y ss.; R. H. Fallon Jr., “The ‘Rule of Law’ as a Concept in Constitutional Discourse”, *cit.*, p. 4: “Si las agencias administrativas pueden

para la cual “en la aplicación del concepto la cuestión sobre la presencia de los elementos conceptuales esenciales sea capaz de sustituirse a la cuestión valorativa”.¹⁹⁸

XI. Actividad eximida y la cuestión de la carencia conceptual. Proceso de identificación analógica. El criterio de la semblanza familiar

El problema de la carencia conceptual manifiesta, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la magnitud de sus contradicciones al analizar la dimensión objetiva, que es la calificación de una acción como religiosa, capaz de delimitar y así justificar el ámbito aplicativo de la exención. La interpretación procura fundar el concepto a través del método analógico sustentado en el paradigma de la denominada *semblanza familiar* (*family resemblance*), y lo desenvuelve según dos opciones: mientras que en la primera el elemento de la extensión analógico-conceptual sería uno solo, en la segunda serían muchos. Sin embargo, paradójicamente, admite desde el principio tener que modificar y adaptar los cánones metodológicos y, por lo tanto, llega a resultados contradictorios.

La transición al examen probatorio de determinadas actividades como expresiones del principio en cuestión se encuentra coligada a la *situación jurídica* en su *ejercicio*, a menudo a sus manifestaciones epifenoménicas (como pueden ser una actividad, una abstención o una práctica) representadas como cumplimiento de una *creencia* o de un *status*. Como se ha tratado de resumir, la elaboración de la *fattispecie* posee la característica de ser independiente de elementos específicos y de constituir una noción identificada

mezclar funciones ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales implementando vagas atribuciones normativas; si las cortes no se encuentran vinculadas al sentido de los textos legales oficiales según su comprensión original o su sentido determinado; y si las reglas no determinan resultados, entonces ¿qué, si hay algo, puede quedar para la *rule of law*?”.

198. La regla supone entonces que cuando no haya una verificación de los elementos esenciales de un concepto, se pierde al mismo tiempo la valoración que se hubiese incorporado en su fijación hacia la *fattispecie*, sustituyéndola por la valoración propia que tiene que dar el intérprete; en D. Leenen, *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht*, Duncker & Humblot, 1971, p. 97.

exclusivamente para caracteres genéricos, lo que no deja de reflejarse también en las técnicas utilizadas para demarcar las conductas y las prácticas que se suponen subsumibles en ella.¹⁹⁹ En otras palabras, entre las posibles alternativas en la doctrina se promociona una metodología de elaboración del concepto de religión definida como *de tipo analógico*.²⁰⁰

Por lo tanto, cabe observar, en principio, que el reconocimiento y la asunción en el sentido problemático de la carencia taxonómica y de las lagunas del sistema emergen no como una prerrogativa de los cultores del Estado de Derecho, sino como un hecho compartido y reconocido como tal, aunque con más énfasis en la vertiente disciplinaria de la Cláusula de Establecimiento.²⁰¹ El procedimiento analógico elaborado en estos casos —y como tal presentado— al parecer sucumbe a una singular remodelación *ad hoc*: “Lo que es distintivo acerca de esta ‘definición por analogía’ no es el razonamiento por analogía”.²⁰² De hecho, esta anomalía en la génesis de la teoría surge porque no se puede atender a la relacionada instancia de completamiento del sistema por vía analógica, en ausencia de elementos que operen *establemente* al menos *ad excludendum* dentro del marco conceptual.

La propuesta de un método de identificación analógica a través de una *estrategia de factor único* se puede resumir como sigue. Primero se propone identificar elementos presentes en algunas *fattispecie* que indiscutiblemente

199. D. O. Conkle, *op. ult. cit.*, p. 95.

200. K. Greenawalt, “Religion as a Concept”, *cit.*, p. 763: “Un método más fructífero para comprender y aplicar el concepto de religión es identificar instancias a las cuales el concepto se aplica sin dudas, y preguntar en situaciones más dudosas cuán cercana es la analogía entre estas y las instancias indisputables. Este método puede aportar aplicaciones del concepto a instancias que no comparten ninguna característica en común, un resultado que está impedido por el *dictionary approach*”. G. C. Freeman, III, “The Misguided Search for the Constitutional Definition of ‘Religion’”, en 71 *Geo. L. J.*, 1983, p. 1519 y ss. Por último, cfr. D. O. Conkle, *op. ult. cit.*, p. 66. En general cfr. J. Stone, *Legal System*, *cit.*, p. 312 y ss. Cfr., además, L. Caiani, voz *Analogia (Teoria generale)*, en *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 348 y ss.; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, *cit.*, p. 163 y ss.; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, Julius Buddeus, Düsseldorf, 1875, § 22 y ss.

201. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, pp. 754 y 769.

202. “What is distinctive about this “definition by analogy” is not the reasoning by analogy”, *Idem*, p. 766. Cfr. la cita en *Idem, Religion and the Constitution*, 1, *cit.*, p. 139.

resultan constituir un fenómeno religioso y luego trasponer su valor constitutivo cuando los elementos sean detectados en otras *fattispecie* que, por su parte, son de naturaleza incierta. Por último, sigue examinar cuán próximas resultan las dos hipótesis según un razonamiento analógico, para así obtener que “este acercamiento pueda generar aplicaciones del concepto a instancias que no comparten alguna característica común”.²⁰³

En general, la premisa que en un sistema de Estado de Derecho pone en marcha el recurso al método analógico se basa en la observación de una laguna reglamentaria y, a continuación, aborda la cuestión de la *extensión* de una norma o de un concepto ya existente con respecto a la *fattispecie* concreta para la cual se ha producido la observación. Para ello asume el principio de que el sistema jurídico en presencia de *vacuum legis* posee procesos de *integración para autocompletamiento* aptos para colmarlos.²⁰⁴

Sin embargo, la hipótesis de *factor único* que aquí se discute tiene una naturaleza de contenido inverso en cuanto a los resultados a los cuales está orientada, ya que es dirigida a la constitución de la *clase primaria* del proceso de integración normativa, desarrollada por inducción selectiva desde los datos praxeológicos: en efecto, se demuestra como un proceso de identificación y no como un proceso integrativo-normativo de tipo analógico. En este sentido, se elaboran elementos derivados desde el molde de la *religión tradicional* e identificados como antes se ha mostrado, pero dando lugar a un *non sequitur* evidente: la asunción de un arquetipo derivado de una clase de creencias a través de ciertos elementos constitutivos seleccionados, que se emplean como criterio discriminatorio en una función analógica sin que, paradójicamente, se considere para esto violada la prohibición de establecimiento.²⁰⁵

Más allá de esta observación, los datos hacen muy distante tal metodología de la integración analógica, dado que la clase y su valor normativo se asumen por supuestos. Por ende, por ejemplo, a los efectos funcionales se observa la adopción de criterios de naturaleza *comparativa* entre distintas *fattispecie* concretas, acomodadas por el concepto de *semejanza*: ya sea

203. Sobre el *single-factor approach*, K. Greenawalt, “Religion as a Concept”, cit., p. 763.

204. E. Zitelmann, *Lücken im Recht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1903; P. Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, cit., p. 157 y ss.

205. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 139 y ss.

asimilables por la *leve diferencia*, por la *semejanza jurídica* o por la *consustancialidad de los casos*.²⁰⁶

Históricamente la emergencia en la doctrina y la jurisprudencia del *método analógico*, reconociendo el problema conexo con la carencia conceptual presente en la disciplina, se ha manifestado en formas preliminares a finales de la década de 1960 con respecto al movimiento llamado *Scientology*, pero se ha desarrollado principalmente en *Malnak v. Yogi*²⁰⁷ en materia de Establecimiento. En este juicio, referido a la escuela pública de New Jersey que ofrecía a los estudiantes un curso llamado “Science of Creative Intelligence/Transcendental Meditation”, se enfrentaba el problema de superar la concepción deísta tradicional y la necesidad de establecer un concepto inclusivo de las *posiciones paralelas*, ya reconocidas en el marco de la Primera Enmienda. Así, mencionando otro precedente,²⁰⁸ se acredita al *Judge Wright* por la *opinion* expresada en el caso por haber “razonado por analogía dando crédito a la instancia de *prima facie* reclamada por *Scientology* en *Founding Church of Scientology*”.²⁰⁹ Luego se procede estableciendo que “el acercamiento moderno entonces mira a las *religiones familiares* como modelos para acertar, por comparación, si un nuevo conjunto de ideas

206. Sobre la *leve diferencia* (*unwesentlich abweichen*), la *semejanza jurídica* (*rechtsähnliche*) y la *consustancialidad de los casos* (*wesensgleiche Fälle*), cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 366, donde se define lo que se entiende por analogía a través del concepto de *semejanza* (*Ähnlichkeit*), como la transposición de una regla existente para una *fattispecie* o casos similares, a otras *fattispecie* semejantes no reguladas por la ley. Cfr., asimismo, para los conceptos de *extensión* como *Ausdehnung*, de *clase primaria* como *Obersatz*. Véase también L. Enneccerus - H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I Teil, Mohr Siebeck, Tübingen, 1952, § 58.

207. 592 F.2d 197 (3d Cir. 1979) (*per curiam*). Cfr., en primer lugar, el mismo A. M. Adams - C. J. Emmmerich, *A Nations Dedicated to Religious Liberty. The Constitutional Heritage of the Religion Clauses*, University of Pennsylvania Press, 1990. Cfr. asimismo S. Chananie, “Belief in God and Transcendental Meditation: The Problem of Defining Religion in the First Amendment”, en 3 *Pace L. Rev.* 147, 1982, p. 147 y ss.

208. Allí donde la estructura argumentativa y decisoria del caso *Torcaso* había sido aplicada plenamente, es decir, en las distintas instancias de *Founding Church of Scientology v. United States*, 133 U.S. App. D.C. 229, 409 F. 2d 1146, (*Certiorari rechazado*), 396 U.S. 963, 90 S. Ct. 434, 24 L. Ed.2d 427 (1969).

209. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 771, atribuye la primacía de la aplicación del método analógico al caso *Malnak*.

o creencias están confrontándose con las mismas problemáticas, o sirviendo a las mismas finalidades, así como hacen las religiones incuestionadas y aceptadas”.

La premisa metodológica, el concepto sobre el que se cree poder iniciar el proceso normativo analógico, en cuanto derivado de las *religiones familiares*, se divide en tres elementos, reputados como “indicios útiles que son básicos en nuestras religiones tradicionales y que son en sí mismos conectados a los valores que soportan la Primera Enmienda”. Debe tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, se aclara que la analogía fundada abstractamente en ellos no constituye la expectativa de un *test* definitivo sobre la cuestión conceptual, y que ellos deben considerarse más bien como tres directrices, tal como se afirma en *Malnak*:²¹⁰ “Definir la religión es un delicado e importante deber legal. Son necesarias la flexibilidad y la consideración cuidadosa de cada uno de los sistemas de creencias. Además, es importante tener algunas guías objetivas para evitar una justicia *ad hoc*”.

El primer indicio se refiere a la naturaleza de las ideas examinadas: para un discernimiento adecuado y para evitar que se asuma a esta clase –por ejemplo– una “empresa comercial”, se plantea un *test de coherencia* (*test of consistency*) del objeto de la temática con la religión definida por parte del sujeto mismo, sin que esto se transforme en una actividad de acierto por parte de los tribunales, los cuales tienen prohibida cualquier *quaestio veritatis* en cuanto a la religión como tal definida. A fines probatorios, la pesquisa debe limitarse a averiguar que el sujeto ponga en práctica el tipo de membresía que define “religiosa” y que exista una congruencia entre esta última y una esencia de religiosidad. En definitiva, se debe comprobar en qué medida las cuestiones tratadas son *fundamentales y definitivas*, pero asumiendo la advertencia de que se está en presencia de un límite dado por un sustrato *profundo e imponderable*, no detectable desde el exterior en una forma objetiva.

En cambio, como elemento identificador se pretende que estas ideas estén dotadas, como las religiones reconocidas, de teorías constituyentes relativas a la naturaleza del Hombre o a su lugar en el Universo. En la definición de este primer indicio se reconoce un elemento que tiene expectativa esencial y que mantiene una relevancia autónoma en la doctrina, la llamada

210. *Malnak v. Yogi*, cit., 210.

preocupación última.²¹¹ Independientemente de sus raíces en la tradición o la modernidad, se consideran *intensamente personales* y, por lo tanto, fundamentales para el creyente temas como el significado de la vida y la muerte, el papel del Hombre en el Universo, un código moral adecuado con respecto de lo que es justo o injusto.

El segundo indicio es la *exhaustividad (comprehensiveness)*. Este implica que una determinada creencia sea clasificable con valor religioso solo en cuanto presente la verdad a la cual está dirigida como última y exhaustiva, no como un asunto o una teoría aislados o meramente morales, sino insertada en un “sistema de creencias opuesto a una enseñanza aislada”.

El tercer indicio se refiere a los aspectos simbólicos. Aquí la analogía opera asumiendo, por ejemplo, “la liturgia, funciones ceremoniales, la existencia de un sacerdocio, estructura y organización, esfuerzos de proselitismo, la observancia de Fiestas y otras manifestaciones similares asociadas con las religiones tradicionales”.²¹² A este último carácter, sin embargo, no se atribuye naturaleza esencial.

El mismo *Circuit*, aplicando dichos cánones, tiempo después enfrenta el caso *Africa v. Commonwealth of Pennsylvania*.²¹³ Un sujeto convicto declaraba su filiación religiosa y, por lo tanto, requería un tipo particular de dieta alimentaria como exención a lo establecido en el régimen de detención carcelaria. El reconocimiento de esta filiación como recayente en la Primera Enmienda fue denegado. El MOVE (así se definía el movimiento al cual el convicto declaraba pertenecer), por cómo fue descrito por el mismo *appellant*, en su esencia no aparecía coligado a ninguna idea trascendental o “una fuerza todopoderosa”, y carecía de adherencia al criterio de *preocupación última*.

En un examen crítico, este caso pone de relieve un uso conceptual taxonómico de lo que, al contrario, se había calificado como criterios-guía, puesto

211. *Ultimate Concern*, Cfr. J. H. Choper, “Defining Religion”, cit., p. 594; B. Clements, “Defining ‘Religion’ in the First Amendment: A Functional Approach”, en 74 *Cornell L. Rev.*, 1989, p. 540 y ss.; J. Sexton, “Note, Toward a Constitutional Definition of Religion”, en 91 *Harv. L. Rev.*, 1978, p. 1056; *Mason v. General Brown Central School District*, 851 F.2d 47 (2d Cir. 1988); *Lewis v. Sobol*, 710 F. Supp. 506 (S.D.N.Y. 1989).

212. *Malnak v. Yogi*, cit., 209.

213. 662 F.2d 1025 (3d Cir. 1981). Cfr. A. M. Adams - C. J. Emmmerich, *op. cit.*, p. 88 y ss.

que los cánones fueron adoptados *ad excludendum* sin ninguna adaptación al caso concreto. Ello así, por la ausencia de una *preocupación fundamental*, la ausencia de una posición valorativa con respecto a la moral personal, por la mortalidad del hombre, por el sentido y el significado de la vida. En el marco de evaluación, proporcionado por el mismo sujeto recurrente, se identificó una especie de grado fundado sobre el arraigado principio analógico. En otras palabras, el texto de la motivación reflejaba una asunción de analogía por grados (“no suficientemente análoga”): “Africa insiste en que él ha descubierto una forma deseable para conducir su vida; él no contesta, de todos modos, que este régimen sea necesario o impuesto. Dado esta carencia de compromiso con principios supremos, la filosofía MOVE no es suficientemente análoga a teologías más tradicionales”.²¹⁴

XII. Evolución del proceso de identificación analógica del concepto. Desde el enfoque de factor único hacia el de multifactores. Incompatibilidad

La doctrina observa cómo, al variar los criterios empleados, las propuestas metodológicas resaltadas hasta aquí resultan *sobreinclusivas* (*overinclusive*) o, al contrario, *poco inclusivas* (*underinclusive*). El método analógico con un *factor único* ha sido criticado destacando las incompatibilidades que produce.²¹⁵ La lógica inductiva constitutiva del enfoque de *factor único* recibe, como crítica fundamental, la refutación al principio de que un único elemento tenga aptitud constitutiva y taxonómica con respecto, por ejemplo, a múltiples afiliaciones religiosas que parecen *a priori* merecer la inclusión en dicho ámbito, a pesar de ser excluidas por enfoques *de factor único*. Esto es así para la actitud demarcante de la creencia en *consecuencias extratemporales*,²¹⁶ para los criterios definidos como *preocupación última*

214. Cfr. también E. M. Peñalver, “The Concept of Religion”, cit., p. 792.

215. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, *passim*; *Idem*, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 129 y ss. Cfr., asimismo, P. Horwitz, “The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond”, en 54 *U. T. Fac. L. Rev.*, 1996, p. 1.

216. J. H. Choper, *Securing Religious Liberty: Principles for Judicial Interpretation of the Religion Clauses*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

y *realidad más alta*.²¹⁷ El mencionado límite impuesto a la actividad cognitiva del intérprete, en relación con la materialidad concreta de la *fattispecie*, inhibe la opción que estaría directamente conexas con el pluralismo de valores (según la hipótesis planteada *supra* de un *test negativo de coherencia*) y que, por lo tanto, no aparece examinada cuando se argumenta sobre las alternativas al “método analógico”.²¹⁸

Al contrario, un primer elemento importante en este proceso, en la versión denominada *estrategia multifactorial*, es la privación del carácter de esencialidad de los elementos que deben constituir el concepto abstracto,²¹⁹ incluso aquellos estratificados por la jurisprudencia, ya resumidos. En dicha variante teórica, a nivel normativo opera *de residuo* un principio de contención que se compone de características variables según la *fattispecie*. El proceso se caracteriza también por una serie de elementos calificados como *suficientes pero no constituyentes*, y está conectado en términos de *esencialidad* a solo uno de entre ellos, aunque no individuado, ya que este elemento puede ser variable.²²⁰ Así se configura un método por el cual “instancias de lo que es indisputablemente religioso”, cuya conexión mutua se define como *semblanza familiar*, constituirían la estructura paradigmática por la cual los exámenes a nivel concreto pueden “considerar algo religioso [...] sobre la base de cuán cercanamente la combinación de los elementos presente una semblanza de las instancias paradigmáticas, juzgado a la luz de la razón particular por la cual se investiga”.²²¹

El carácter de esencialidad no está atribuido a un elemento identificado sino a una especie de *elemento flotante*, dotado con unicidad y extemporaneidad, desprovisto de identificabilidad *ex ante*, incluso en términos de clase; reconocido en razón de una propiedad verificable solo *ex post* y

217. *Idem*, “Defining Religion”, cit., p. 592, y 597 y ss.

218. F. A. Hayek, “Rules and Order”, cit., p. 110; K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 140, n. 58.

219. “Ningún factor considerado individualmente es fundamental” (“...no single factor is essential”). *Idem*, p. 137.

220. *Idem*, “Religion as a Concept in Constitutional Law”, cit., p. 771.

221. Sobre las *beliefs, practices y organizations* sintomáticas de lo que es *indisputably religious*, cfr. *Idem*, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 139. Los llamados *Six Criteria* son mencionados en p. 142 y ss.

que, por tanto, puede variar de acuerdo a la *fattispecie* concreta.²²² Por consiguiente, decae la posibilidad de formular la estructura conceptual sobre la base de elementos constituyentes,²²³ y al mismo tiempo no es posible identificar –al menos– una formación binaria de elementos definientes apta para reducir el *empleo diferenciado* de clases terminológicas identificadas solo nominalmente.²²⁴

El método “analógico” *multifactorial*, aquí brevemente esbozado, en su fundamento epistemológico parece incompatible con respecto al proceso de formación conceptual para el cual está propuesto. Desde el principio abdicar –es forzado a abdicar– a la fundación sobre elementos que sean múltiples e invariantes.²²⁵ Para ello, *a priori* es preciso considerar desprovista de esta función la serie de elementos clasificada sin tal connotación y operante en un plan puramente indicativo: la llamada *semblanza familiar*.²²⁶ Por su parte, la idea de que un elemento único y variable resuma las instancias conceptuales hace que el “proceso analógico” sea desprovisto de cualquier aptitud clasificatoria en cuanto la extensión normativa, como se entiende, puede recurrir *ad libitum*.²²⁷

222. *Idem*, p. 140: “Ninguna característica es indispensable por la religión; y dos cosas pueden ser religiosas sin compartir alguna característica en común”.

223. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 194. Para el proceso analógico en el derecho penal, véase G. Hallevy, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010, p. 147 y ss.

224. Sobre el *terme commun* en la analogía conceptual, cfr. C. Perelman - L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, § 83, p. 505.

225. K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, *loco*: “La definición por analogía también se configura por factores relevantes, pero declina afirmar que una precisa serie de estos es esencial”.

226. R. Nozick, *Invariances. The Structure of Objective World*, Belknap, Cambridge (Mass.), 2001, p. 79. Sobre la aplicación en sentido crítico de la analogía basada sobre la llamada *Family Resemblance*, cfr. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, *cit.*, p. 680 y ss., donde se señala que el concepto podría extenderse, por ejemplo, a la *Washington Ethical Society*, a los *Alcoholics Anonymous*, al *Communist Party*, al *Ku Klux Klan*.

227. Para tratar de superar tal problema, se considera remediar a la carencia de unitariedad en la clase normativa con una llamada *uniform strategy*, que parece ponerse en un nivel descriptivo más abstracto; al respecto, K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 143: “...el enfoque analógico no debería ser unitario en el sentido que cualquier cosa que constituya religión en un contexto automáticamente lo constituya en otro. Pero el enfoque es unitario en el sentido más útil, que las cortes empleen una estrategia uniforme para hacer

XIII. Definición por medio del tipo. Incompatibilidades de los procesos inspirados en la semejanza

Fuera de las hipótesis doctrinales conocidas, parece correcto intentar un enfoque sobre el problema en discusión recurriendo al método tipológico en lugar de la fundación conceptual, debido a algunas de sus propiedades que resultan más compatibles con el fenómeno. Sin embargo, también de este breve experimento se consiguen resultados contradictorios, derivados esencialmente de la ausencia de una serie definible de hechos recurrentes —incluso en su abstracción— adecuados para establecer la *estabilidad* y *recurrencia* de una noción y un fin —aunque considerado en abstracto— jurídicamente relevante.

Dando por cierto que las cuestiones principales relacionadas con la *libertad de religión* se generan como resultado de procesos interpretativos, más que de opciones legislativas, es decir, sobre nociones que “no fueron inventadas sino descubiertas”,²²⁸ cabe considerar —aunque aquí brevemente— la hipótesis de la fundación de una *fattispecie* a través de un proceso que se alinee con los datos teóricos y la *forma de pensamiento* del tipo normativo.²²⁹

Como puede observarse a partir de los enfoques sistemáticos esbozados, más allá del resultado que pueda atribuírseles y de la evaluación en términos de rigor metodológico, lo que la doctrina y la jurisprudencia intentan fundar mediante la interpretación es el perfil abstracto orientado al marco sistémico de una fisonomía compleja y heterogénea de prácticas y factualidades relevantes, surgidas sobre todo en la jurisprudencia de las Cortes y adscritas a la tutela jurídica sobre la base de la Primera Enmienda. El camino interpretativo marcado por la *forma de pensamiento* del tipo normativo, aunque parezca no haber sido corrientemente asumido por la doctrina estadounidense, resulta implícito en la secuencia problemática y en su fisonomía, aspectos repetidamente percibidos por la propia doctrina.

determinaciones concernientes a la religión”. Sin embargo, no parece corroborada la aptitud limitativa a la expansión de la *fattispecie* trazada *Idem*, p. 140 y ss.

228. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 449.

229. J. Braun, *Leitbilder im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984, p. 32 y ss.; K. Larenz, *op. cit.*, *ivi*, sobre los *Typen subjektiver Rechte*.

Esta opción metodológica puede justificarse al relevar la gran variabilidad de las factualidades y, a pesar de esto, las afinidades interocurrentes entre ellas y las relaciones que expresan sintomáticamente sus conexiones. Al mismo tiempo, en la opción del tipo se constata la capacidad de captar los factores relacionados al pluralismo a través del reconocimiento no solo de la importancia de las afinidades, sino también del carácter individual e inconmensurable (*aptitud a la descomposición*) que connota en forma determinante los elementos constitutivos de la fenomenología.²³⁰

El método es apto para mantener unidos los caracteres que se producen con mayor frecuencia, a través del “resumen de las características esenciales de los fenómenos”, y sentar las bases para clasificar las fenomenologías dentro de esquemas unificadores, aunque por medio de grados solo intermedios de abstracción.²³¹ De este modo se llega al resultado final que permite la formulación normativa a través de la interpretación, es decir, la abstracción que sigue a la selección realizada sobre los datos empíricos.²³² Acotando la investigación a las *fattispecie* más relevantes,²³³ el modelo teórico que reviste mayor interés en términos de coherencia para el problema en cuestión parece ser el llamado *tipo integral* o *tipo-forma*. Cuando este se centra en la perspectiva jurídica, a diferencia de la opción del *tipo jurídico-estructural*, es identificado como *tipo real-normativo*, en cuanto su formación se produce por la asociación de elementos normativos y empíricos.²³⁴

230. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, O. Häring Verlag, Berlin, 1914, p. 27 y ss.; especialmente, p. 29.

231. *Idem*, p. 30 y ss.

232. *Idem*, p. 36: “El tipo empírico difiere del tipo ideal principalmente en que no pretende representar una esencia objetiva superior. Es un resumen de las características esenciales de los fenómenos que dependen completamente desde el punto de vista del investigador. Ordena la multiplicidad de las figuras poniendo de relieve lo que es lógicamente común. Por lo tanto, es atraído por una abstracción que tiene lugar en la mente del investigador, para quien la realidad sigue siendo la abundancia ininterrumpida de fenómenos”.

233. H. J. Wolff, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, in *Studium Generale*, 1952, Viertes Heft, p. 14 y ss.; K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, cit., *passim*.

234. Sobre la designación del tipo (*Typenbezeichnung*) y los conceptos mencionados cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 448.

La congruencia teórica parece destacable dado que los problemas puestos de relieve se centran principalmente sobre la hipotética función normativa de elementos caracterizados por la heterogeneidad, y puesto que, en correspondencia, en el ámbito de la *determinación del tipo* los elementos constitutivos del *tipo real-normativo* reciben un tratamiento particular en cuanto a su relevancia. Estructuralmente, de acuerdo con un enfoque sobre estos elementos que sirven para la descripción del tipo, algunos de ellos pueden ser contenidos en forma no esencial, así que pueden faltar sin que sea alterada la legitimidad del recurso a la figura. También la medida de ellos puede ser distinta, y su frecuencia, graduable.²³⁵ Por último, pueden ser, aunque parcialmente, intercambiables, por lo cual se dice que ellos se encuentran, así como en la realidad, sujetos a *transiciones fluidas*.²³⁶

En primer lugar, la pertinencia a la *fattispecie* puede asumir diferentes grados de concretización, por lo que no está metodológicamente sujeta a vínculos de abstracción y generalidad. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando entran en juego designaciones como “sacerdote”, “fiel”, “creyente” o similares. Se trata de hipótesis que conllevan, caso por caso, diferentes grados de pertinencia, que no presentan las mismas notas esenciales, o al menos no en el mismo grado de concreción, y que deben su asociación clasificatoria por pertenecer a la misma *figura fenoménica*.

En segundo lugar, el método empírico-inductivo puede presentar actitud definitoria. Esta *figura (o imagen) fenoménica* resulta como abstracción de la experiencia y puede proporcionar el modelo-base del tipo poniendo en segundo plano la incidencia constitutiva sobre la *fattispecie* de los caracteres específicos.²³⁷ Así, por ejemplo, la noción de “sacerdote” puede ser relevada –aunque con diferentes elementos caracterizantes– por cuanto el titular de esta posición se porte como tal dando sermones para los adeptos y siendo por ellos reconocido en la posición misma por el seguimiento que le dan.

Por último, como resultado de lo antedicho, un *modus eligendi* que prevé que no opere la subsunción sino más bien la selección (“no subsumido, más bien clasificado”) resulta compatible frente a las *fattispecie* que

235. Para este concepto de *gradualidad (abstufbares Merkmal)*, vease Ivi, p. 199.

236. K. Engisch, *Die Idee*, cit., p. 242 y n. 22. para el concepto de *fließende Übergänge*.

237. L. Kuhlen, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 92 y ss., sobre el concepto de *figura (imagen) fenoménica, Erscheinungsbild*.

presentan carácter de unicidad. Sin embargo, el problema de la carencia de noción surge tan pronto como el proceso alcanza la etapa fundamental del reconocimiento normativo. Es decir, cuando es esencial identificar y delimitar ciertas características a un nivel más concreto, tales como las *fenomenologías* más relevantes. También ocurre cuando se procede a la demarcación del tipo de acuerdo con una mayor concretización, a fin de convertir su valor en la sede normativa –abstracta–, según dos perspectivas relevantes simultáneamente: la *abstracción negativa*, como procedimiento de abstracción que separa el objeto concreto para no tenerlo en cuenta, y la *abstracción positiva*, como procedimiento de abstracción que se atiene a cuanto empíricamente es dado en general.²³⁸

La relevancia de una multitud de elementos se inscribe dentro de un marco integralmente abstracto-normativo, incluso si es caracterizado por diferentes grados cualitativos y cuantitativos relativos a los elementos esenciales. Esto es así porque el proceso de formación del tipo a una cierta etapa debe adoptar criterios de esta naturaleza para seleccionar algunos de los elementos y convertirlos en un *fin normativo*. Para ello, es preciso adherir a la *ratio* que gobierna la disciplina concreta y a la *ratio* que preside la disciplina abstracta, en otras palabras, para alcanzar un cierto grado de permanencia y estabilidad de la serie de caracteres constituyentes.²³⁹

Si bien el pensamiento según el *tipo real-normativo* no presupone que haya elementos de la figura en forma esencial, sino que se pueda definir una *imagen total* de esta, siempre se necesitarán, a nivel praxeológico, *hechos recurrentes*, que muchas veces se encuentran en la realidad social. Esto es porque, más allá de la finalidad clasificatoria, el relieve normativo que a

238. Se necesita esta simultaneidad para dar forma a la función antagónica del tipo con respecto al *concepto general abstracto* (*abstrakt-allgemeine Begriff*) y al *Sistema lógico* (*logische System*), y es justificada solo en cuanto el primero esté orientado con mayor eficiencia al reconocimiento de una fenomenología vital o de una conexión de sentido según la plenitud de sus elementos o de sus sentidos. Cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 432. Ivi también para la función indicada en el texto de la *negative Abstraktion* (“*Absehen von dem konkreten Gegenstand*”) y la función de la *positive Abstraktion* (“*Festhalten des im empirisch Gegebenen Allgemeinen*”). Asimismo, sobre la dicotomía *concreto/abstracto*, cfr. K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., p. 24.

239. K. Larenz, *op. ult. cit.*, cit., p. 447 y ss.; C. Beduschi, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Cedam, Padova, 1995, p. 33.

ellos se conecta refleja la *ratio* de una consecuencia jurídica que se tiene que asignar según un *pensamiento de orientación valorial*.²⁴⁰

En síntesis, se puede detectar el relieve del principio de *semblanza* y cómo este está reconocido en la sede interpretativa de la *libertad de religión*, es decir, en orden a la fundación del concepto en sí. Mediante este principio está prospectada la operatividad de la llamada *semblanza familiar* y es propuesta una fundación conceptual a partir de la *extensión* por “analogía” de un reconocimiento existente a *fattispecie* clasificables según tal prospectiva. Siempre sobre la base de la *semblanza*, aunque en presencia de elementos esenciales sometidos a un diferente régimen de relevancia, se clasifican *fattispecie* diferentes entre ellas dentro de la misma *imagen total* que reasume el tipo.²⁴¹

Lo que cabe destacar es la naturaleza de los límites que encuentran los *iter* fundativos aplicados en carencia de la noción cardinal. La recurrencia de elementos en la praxis –como en la aplicación de las normativas sobre la *religión*– no resulta suficiente para alcanzar reconocimiento.²⁴² Es necesario, además, elegir las consecuencias jurídicas que se deben reconducir a tal relevancia. Entonces, tanto el legislador que reconoce el fenómeno como la jurisprudencia que concurre en su fundación conceptual realizan elecciones que garantizan coherencia entre el sistema jurídico existente y estas consecuencias.²⁴³

En otros términos, es preciso asumir el valor de la interpretación jurisprudencial a nivel de *coherencia* con el sistema en su conjunto. Esto ocurre, además, cuando se detecta en vía puramente formal la existencia –o no– de límites a la interpretación dados por el sentido meramente literal de la norma, y se asume que la *fluidez del lenguaje* pueda comportar intervenciones de tipo reductivo sobre la teleología de la regla.²⁴⁴ Asimismo, también cuando se releva que, más allá del *fin normativo*, la interpretación pueda operar

240. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 201, especialmente para el sentido conceptual de *imagen total* (*Gesamtbild*) y de *wertorientiertes Denken*; G. Orrù, *I criteri extralegali*, cit., p. 83 y ss.

241. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 200.

242. *Idem*, p. 201.

243. *Idem*, p. 202 y ss.

244. *Idem*, p. 377 y ss., especialmente por la llamada *fluidez del lenguaje*, *flüssig Grenze*.

en el mismo sentido por la presencia de otros elementos que justifiquen una *reducción*, como otro fin normativo contenido en otra norma concurrente, por la *naturaleza de las cosas* o por la incidencia de otro principio de rango superior.²⁴⁵

Revalidar el valor de la interpretación jurisprudencial (o de la elección del legislador) es reflexionar sobre un principio de orden sistemático reflejado por la *teleología inmanente* del sistema. El reconocimiento de situaciones subjetivas –como se ha repetido– tiene que responder a una *ratio iuris* que refleja no solo una naturaleza lógico-formal sino sobre todo material. Tiene que reflejar un principio de *racionalidad de los fines* reconocidos por el ordenamiento y, por lo tanto, normalmente, asumir en el mismo régimen jurídico *fattispecie* caracterizadas por semejanza.

A tal lógica parece responder, *prima facie*, el “proceso analógico” de la *semblanza familiar*, pero este procedimiento carece, en forma esencial, del elemento comparativo primario. Esto, más allá de ser esencial al fin de la técnica analógica, contiene un valor sistemático en cuanto califica el *fin* reconocido por el ordenamiento, es decir, el concepto normativo desde el cual establecer la *extensión* disciplinaria en vía “analógica”, en aplicación del principio de semejanza a *fattispecie* carentes del mismo reconocimiento.

Valga como dato de cierre sobre el tema comentar que en la argumentación de la doctrina sobre la *semblanza familiar* no se individualizan elementos de un concepto o un concepto en sí, sino que se tiene la necesidad de recurrir a una perífrasis (“instancias de lo que es indisputablemente religioso”). Por lo tanto, la incompatibilidad se produce en relación con el sistema de Estado de Derecho en general, y no solo en cuanto a la elaboración de la técnica analógica.

XIV. Libertad de conciencia. Efectos de la asimetría taxonómica sobre las situaciones subjetivas. Compromiso de conciencia y facultad

La relación entre *religión* y *conciencia* hace emerger algunos datos relevantes a nivel interpretativo. El problema de la carencia surte efectos

245. C. Fischer, *Topoi verdeckter. Rechtsfortbindungen im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 49 y ss.

no previstos en el sistema, ubicados en el contexto de la aplicación y los supuestos de igualdad a los que se dirige. La falta de definición de los ámbitos normativos y la latencia de una fenomenología que puede extenderse indefinidamente en el contexto de interpretación y calificación produce un doble efecto. Por un lado, la absorción de *fattispecie* similares, y por otro, la impropia conformación de estas a través de elementos generados en la *fattispecie* primaria (como el *status*). De este modo, el concepto se modifica en un sentido esencial y es desplazado desde su ámbito teórico. La clasificación de las distintas situaciones subjetivas, de acuerdo con la clara diversidad de sus caracteres, proporciona en este sentido una herramienta interpretativa adecuada para corroborar este asunto crítico.

Algunas recientes *decision* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, relevantes por el tipo de exégesis histórica que proponen, permiten ilustrar otra área problemática asociada con la *actividad eximida*. En los frecuentes recursos a la *comprensión original* se recuerda cómo en los trabajos previos a la compilación y a la promulgación de la Primera Enmienda en el Senado de Estados Unidos se discutió, además de un *ejercicio libre de la religión*, esencialmente vinculado al cristianismo, la protección de los “plenos e iguales derechos de conciencia”, según la propuesta de James Madison.²⁴⁶

Desde el 3 al 9 de septiembre de 1789, tales derechos fueron objeto, al mismo tiempo, de un examen independiente dentro de un *Borrador*, y de un examen conjunto en otro, junto con la libertad religiosa. Este acontecimiento parece dar fe tanto de la demarcación mutua como del igual reconocimiento en el marco axiológico presente ante los Fundadores,²⁴⁷ si bien el reconocimiento a favor de la *conciencia* decayó en la emanación del texto final, mientras que se mantuvo a favor de la *religión*.²⁴⁸ De aquí surge la suposición, en el derecho positivo, de que la relación sistémica de los orígenes pueda desempeñar un valor hermenéutico esencial en la actualidad. El campo problemático sería la composición normativa que cruza otras disciplinas

246. M. C. Nussbaum, *op. cit.*, p. 97 y ss.

247. *Contra* D. Laycock, “Religious Liberty as Liberty”, *cit.*, p. 338 ss., que apoya la tesis de la intercambiabilidad de los dos conceptos.

248. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, *op. cit.*, p. 54.

del *Bill of Rights* a menudo superpuestas a las cuestiones del reconocimiento de la *conciencia*.²⁴⁹

Por lo tanto, se destacan las conclusiones que ubican como efectos de este reconocimiento selectivo a favor de la *conciencia* datos críticos e hipótesis de resolución. Estos evidenciarían, por ejemplo, la falta de igualdad en cuanto resultado de un privilegio en favor del *compromiso religioso*, el supuesto renacimiento de la *libertad de conciencia* en un nivel más general, como concepto primordial, o la confluencia de cuestiones relativas a la misma *conciencia* dentro de las Cláusulas de Libertad de Expresión o de Prensa como demostración de una *especialidad* de la *libertad de religión*.²⁵⁰

Este nivel metodológico no proporciona una relevancia adecuada a la raíz de la actual diferenciación en situaciones subjetivas distintas que los *iter* disciplinarios han trazado, ni tampoco a los cánones arraigados dentro de los respectivos perfiles interpretativos adoptados en la Corte Suprema. Al contrario, parecen ponerse en resalto, al menos, dos áreas críticas de naturaleza estructural.

La primera se refiere a la definición precisa de los límites a las hipótesis de composición. Por consiguiente, se plantea la cuestión de la carencia de protección en el marco de la Cláusula de Libre Ejercicio de los “compromisos de conciencia que no asumen una forma religiosa” en términos de equivalencia disciplinaria. Al mismo tiempo, al detectarse, *sic et simpliciter*, la cuestión de la *igualdad* con respecto a la *conciencia* a nivel de principio, se abarca el dato efectual pero se subestima la naturaleza esencial de la función realizada, en la *aplicación*, por el elemento subjetivo *status* a nivel de reglas concretas.

La segunda se refiere a las amplias diferencias interpretativas de la jurisdicción en relación con asuntos de *conciencia* y *religión*. La simple comparación subestima los efectos que, en cambio, la perspectiva iusprivatística de la situación jurídica focaliza en una taxonomía de contenidos asimétricos, según las dos distintas áreas normativas.²⁵¹ Una mirada conjunta de las dos disciplinas hace emerger niveles de complejidad diferentes y notorias

249. W. P. Marshall, “The Case against the Constitutionality Compelled Free Exercise Exemption”, cit., p. 364 y ss.

250. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, cit., p. 59 y ss.

251. M. C. Nussbaum, *op. cit.*, p. 102.

diferenciaciones de las situaciones subjetivas, en particular al enfocar las *fattispecie* que surgen del reconocimiento autónomo de los derechos de conciencia.

Aparte de la cuestión debatida acerca de poderes creativos de la Corte sobre *derechos fundamentales no enumerados* mediante la adopción de la perspectiva *sustantiva* de la Cláusula del Debido Proceso, las últimas *decision* en materia de libertad personal, de acuerdo con la Decimocuarta Enmienda, han mantenido en la estructura de las motivaciones la fórmula que la Corte Suprema ha proporcionado en *Planned Parenthood v. Casey*.²⁵² En esta *decision* se ha dado énfasis al *dictum* que reconoce áreas tales como la del caso (interrupción del embarazo):

...materias que involucran las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en el curso de la vida, elecciones fundamentales para la dignidad personal y la autonomía, son centrales en la libertad protegida por la Enmienda Decimocuarta. En el corazón de la libertad está el derecho a definir su propio concepto de existencia, de sentido, del universo y del misterio de la vida humana. Las creencias acerca de estas materias no pueden definir los atributos de la personalidad cuando son formadas bajo la compulsión del Estado.

Contrariamente a lo afirmado en la doctrina, parece dudoso que tal reconocida “zona de conciencia y creencia” pueda representar la base para una posible absorción en el plan operativo de la *libertad de religión* por parte de un *derecho de conciencia*, supuestamente “más abarcativo” o que, aunque presentando autonomía conceptual, sea capaz de disciplinar situaciones similares para todos los ámbitos aplicativos de la *libertad de religión*.

La diferente actitud taxonómica de la jurisprudencia genera que el ámbito normativo con estructura conceptual más precisa, *conciencia* —más allá del *intento original* y a pesar de su aplicación en *fattispecie* dotadas de semejanza—, mantenga una relación de equivalencia con la *religión*, aunque con ámbitos aplicativos más estrictos debido a esta asimetría de naturaleza

252. 505 U.S. 833, 1992. Cfr. C. B. Whitman, “Looking Back on Planned Parenthood v. Casey”, en 100 *Mich. L. Rev.*, 7, 2002, p. 1980.

taxonómica. En este sentido, es necesario superar la ilusión sinóptica a que puede dar lugar el uso homogéneo del concepto de *derechos* (*derechos de conciencia, derechos de religión*), y examinar las fisonomías concretas trazadas por la interpretación judicial con referencia a las respectivas situaciones subjetivas al momento de su *ejercicio*.

Concretamente, por ejemplo, la configuración proporcionada por la Corte Suprema de la elección asociada a la interrupción del embarazo es precisa en determinar cómo esta, aunque enraizada en la conciencia individual, es ejercicio de una situación clasificable como *operatio qua est ad alterum*.²⁵³ Se trata de una situación subjetiva cuyos elementos estructurales, ejercicio y efectos son legitimados en cuanto estén fundados en la ley, no por efecto de aplicación directa de un principio constitucional, aunque el hecho constituyente, en este caso en términos de voluntad subjetiva, es decir, la elección de interrumpir el embarazo, pertenezca al individuo.²⁵⁴

Emblemática es la descripción dada por la Corte Suprema al respecto:

...no obstante la decisión de abortar pueda originarse al interior de la zona de conciencia y creencia [*zone of conscience and belief*], ella es más que un ejercicio filosófico. El aborto es un acto único. Es un acto cargado de consecuencias hacia otros: para la mujer que debe vivir con las implicaciones de su decisión; para las personas que lo realizan y asisten al proceso; para el esposo, la familia y la sociedad que debe confrontarse con el conocimiento de que estos procesos existen, procesos que algunos consideran nada menos que un acto de violencia contra una vida humana inocente; y, según las creencias de cada uno, para la vida o la vida poten-

253. F. A. Hayek, *Rules and Order*, cit., p. 101.

254. P. Roubier, *Droits subjectifs*, cit., p. 66 y ss.; S. M. Griffin, *American Constitutionalism*, cit., p. 209: "...la *Casey opinion* ayuda a comprender el rol de la Corte en el constitucionalismo norteamericano contemporáneo. En *Casey* la Corte es agresiva en la protección de su rol institucional, pero vacila cuando viene el momento de implementar los derechos fundamentales según el *Warren Court-style*. La Corte asume una postura firme mientras eviscera el derecho a terminar un embarazo como un derecho *fundamental*, así rompe con la tradición del *substantive due process* en cuanto maniobra para protegerse de un fuerte contrataque político. La Corte en *Casey* no pudo evitar ser influenciada de la tormenta política sobre el aborto, más allá de sus afirmaciones en sentido contrario".

cial que fue abortada. Aunque el aborto es un comportamiento, de ello no se deriva que el Estado tenga título para prohibirlo en todas las circunstancias. Esto es porque la libertad de la mujer está en juego en un sentido único en su condición humana e igualmente único frente al derecho.²⁵⁵

El ámbito relevante de incidencia de los efectos del acto de autonomía constituye un valor de balanceo identificado en su amplitud y demuestra que se reconoce que “el destino de la mujer debe configurarse por una amplia extensión sobre su propia concepción de sus imperativos espirituales y su lugar en la sociedad”, aunque reconociendo la asunción en términos relacionales de la libertad individual como *autonomía*.²⁵⁶ Destacando los ámbitos de incidencia y reconociendo su relevancia, no solo se establece el término comparativo (*degree*),²⁵⁷ sino que también se prefiguran posiciones cuya naturaleza es relativamente distinta: el Estado no tiene derecho a definir los “atributos de la personalidad” ni a prohibir la actividad en cuestión “en todas las circunstancias”, pero es un sujeto que no ha renunciado ni está desprovisto de tal último poder, y el campo de eficacia de la *libertad, como autonomía*, tiene carácter taxativo: por ejemplo, tipologías relacionadas con la vida conyugal, aborto o igualdad de género.²⁵⁸

Desde esta *decision* hacia adelante, evocándola expresamente, se reconoce la misma *autorrestricción* sobre la libertad relativa al “código moral”, como en el caso de conductas homosexuales prohibidas por la ley.²⁵⁹ Sin embargo, al mismo tiempo se reitera cómo se está protegiendo la “autonomía de la persona en tomar estas decisiones”, y dichas opciones son aún, de acuerdo con las bases reguladoras del caso *Casey*,

255. Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, cit., p. 852.

256. T. R. S. Allan, *The Sovereignty of Law*, cit., *passim*. Para el contexto jurídico entre el cual se desenvuelve el aborto desde *Roe v. Wade* en adelante, véase K. Greenawalt, “Individual conscience and how it should be treated”, cit., p. 314 y ss.

257. J. Raz, *The Morality of Freedom*, cit., p. 154 y ss.

258. Sobre las mutaciones desde el caso *Roe v. Wade* (410, U.S. 113, 1973) hasta el caso *Casey*, cfr. D. P. Kommers - J. E. Finn - G. J. Jacobsohn, *American Constitutional Law*, vol. 1, *Governmental Powers and Democracy*, Rowman & Littlefield, Plymouth, 2010, p. 67 y ss.; C. B. Whitman, “Looking Back”, cit., p. 1986.

259. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 574, 2003.

“matrimonio, procreación, anticoncepción, relaciones familiares, crianza de hijos y educación”.

La *libertad de conciencia* basada en la doctrina *Casey* está reconocida recientemente en *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*,²⁶⁰ tomando prestado desde el *precedent* un inciso sobre el control de la reproducción por parte de las mujeres como un factor de facilitación de su participación en la vida económica y social del país. Aunque en un sentido crítico, la naturaleza *sustantiva* de lo que está reconocido en *Casey* se encuentra aún más recientemente reiterada en *Obergefell v. Hodges*,²⁶¹ que formula la conocida *doctrine* sobre la protección constitucional del matrimonio homosexual. El *Justice* Thomas, a quien adhiere el *Justice* Scalia, remarca en su *dissenting opinion* las fuentes de la libertad y de la *innata dignidad humana*, es decir, la Constitución y la *Declaration*, excluyendo de estas fuentes al *Government*, como la mayoría de los Jueces ha fallado. Esto implica la inversión de la relación entre el individuo y el Estado. También denuncia la “ficción peligrosa” inherente a la perspectiva del derecho al *Debido Proceso* como apto para constituir *derechos sustantivos* desconocidos en el contexto de la Carta, destacando críticamente, en este sentido, la continuidad de esta *decision* con la doctrina formulada en *Casey*.

Se puede llegar a la conclusión de que el ámbito reconocido como *sustantivo* de la *descomposición* de la *libertad de conciencia*, siguiendo a *Casey* –más allá de la Cláusula del Debido Proceso y de las formas de reconocimiento vinculadas por la concurrencia de otras disciplinas del *Bill of Rights*–, presenta una concretización relacionada al objeto y a la taxatividad en cuanto al ámbito de eficacia del reconocimiento. Esto constituye un límite que parece insuperable para la doctrina, que al contrario sostiene un valor general de esta configuración.

La calificación de la situación subjetiva demuestra que, aunque el reconocimiento relacionado a la fórmula “zona de conciencia y creencia” conecte el *ejercicio* a un elemento subjetivo desprovisto de la connotación de *status* según la definición actual, en su concretización no es corroborable la supuesta mayor generalidad, debido a los límites existentes en el ámbito apli-

260. 134 S. Ct. 2751, 2014.

261. 135 S. Ct. 2071, 2015.

cativo dados por las diferentes notas distintivas.²⁶² En una mirada conjunta, al contrario que en la Primera Enmienda y al margen de las peculiaridades evocadas por las distintas *fattispecie* (como puede ser el elemento de la edad en las hipótesis aquí ejemplificadas en términos de *conciencia*), la situación subjetiva es calificable en su abstracción como *facultad*, como *prerrogativa condicionada*, y por ende distinta de la *libertad* que califica a la *religión*. En cuanto tal, es sujeta a condiciones de ley que, al variar en función de las circunstancias, conforman la figura de acuerdo con la situación jurídica final. El elemento regulador común es la voluntad subjetiva que se sitúa como principio constitutivo de la situación, pero a la cual son sustraídos las modalidades de ejercicio y sus efectos, cuya evaluación es de pertinencia exclusiva de la ley.²⁶³

XV. Exención y legitimación. Configuración del desplazamiento conceptual. Principio de coherencia y contradicción de los resultados teóricos

La evolución jurisdiccional parece poner en evidencia también, dentro de otro prisma, cómo los casos *Seeger* y posteriormente *Welsh* han constituido en forma irrefleja un modelo normativo que opera con eficacia absorbente con respecto a *fattispecie* conceptualmente externas a la Primera Enmienda. De este modo, se genera una cuestión sistémica en la interpretación de la relación entre diferentes principios del *Bill of Rights*.

En cuanto al perfil subjetivo y a la composición entre el *status* y la *creencia*, la perspectiva probatoria revela una mutua autonomía de los dos elementos. El *status*, insistiendo en este ámbito carente de conceptualización, asume en algunos casos valor constitutivo y, en otros, residual. Mientras con *Seeger* desaparece el elemento del deísmo por la definición de la clase “religiosa” (aunque *hecha por sí mismo*), con *Welsh* se interviene directamente en la estructura normativa y se modifica radicalmente su naturaleza.

262. Sobre la *Gesetzesanwendung*, cfr. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 255 y ss., especialmente a p. 260 en tema de “derivación de la consecuencia jurídica mediante la conclusión”.

263. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, cit., p. 164 y ss.

Además de separar ontológicamente la titularidad de la *libertad de religión* de la raíz religiosa, se confirma la equivalencia funcional de las *creencias* “que resultan puramente éticas o morales en la fuente y el contenido”. En otras palabras, puede argumentarse que estas ordenan, aunque según otro origen, la vida del sujeto *sicut religio*, reconociendo en los procedimientos la configuración deducida por el *appellant* de creencias que resultan “ciertamente religiosas en el sentido ético de la palabra”,²⁶⁴ y luego consagrando en la *decision* que “dichas creencias ciertamente ocupan en la vida de aquel individuo ‘un lugar paralelo a aquello llenado por... Dios’ en las personas religiosas según la tradición”.

A partir de la evolución de los dos principios, el ámbito normativo presenta una composición regida por efectos irreflejos de las respectivas dinámicas regulativas y también opuesta a múltiples hipótesis formuladas en la materia. Al contrario que la *libertad de conciencia*, marcada por un perímetro taxativo de eficacia, el efecto de la carencia taxonómica de la *libertad de religión* es el *desplazamiento* de la primera disciplina, independientemente de cualquier *lógica aplicativa*,²⁶⁵ con respecto a un ámbito de común relevancia práctica que resulta atraído a esta última disciplina como resultado de las opciones interpretativas de la Corte. De acuerdo con esta perspectiva, en la doctrina se pueden constatar elementos críticos adicionales.

Desde la perspectiva horizontal, *rectius* de *efecto horizontal débil*,²⁶⁶ estos se pueden detectar enfocando la cuestión de la *igualdad aplicativa* cuando el análisis excluya sus raíces en el pluralismo de valores. Tal análisis lleva al tema prioritario de la extensibilidad de la exención de acuerdo con la doctrina *Welsh* a *fattispecie* de similar –si no mayor– correspondencia, como por ejemplo –si se quiere– la *libertad de conciencia*, para que la interpretación opere de acuerdo con la *coherencia* de la regla, cuando sea establecida su compatibilidad sistemática.

Una vez excluido el prisma del *pluralismo de valores*, la doctrina sintetiza la cuestión en un llamado “asunto más amplio” (*larger issue*)

264. Cfr. *United States v. Welsh*, cit., p. 339 y ss.

265. Sobre la *Anwendungslogik* y su conexión con la relevancia práctica común como *Gleichartigkeit*, cfr. K. Larenz, *op. ult. cit.*, cit., p. 192 y ss.

266. D. Friedmann - D. Barak-Erez, “Introduction”, en AA.VV., *Human Rights in Private Law*, cit., p. 6, sobre el *weak horizontal effect*.

que tiene lugar integralmente dentro del marco de la *libertad de religión*. Este sintagma –*larger issue*– formula la asunción de tal normativa a *fattispecie* general: “Si los creyentes religiosos son exentos del reclutamiento, ¿esto habilita a Welsh una demanda legitimada en la moral (o en la Constitución) para ser similarmente exento?”.²⁶⁷ Así es que este planteo confluye en el problema de si “una práctica enraizada culturalmente es suficientemente basada en la religión para ser calificada como ‘religiosa’”.²⁶⁸

Una perspectiva pluralista, en cambio, subraya la contradicción interpretativa. Una hipótesis coherente sería la exención de la regla adoptada a otro ámbito connotado por semejanza, aunque correspondiente a otro principio, sobre la base de la *igualdad aplicativa*. Al contrario, dada la carencia taxonómica en materia de *libertad de religión*, se propone interpretar el *mismo principio* según una fisonomía *más amplia*, apta para incluir *fattispecie* concretas normativamente, axiológicamente heterogéneas aunque similares bajo un perfil praxeológico.²⁶⁹

El efecto sistémico emerge más claramente cuando el problema *igualdad aplicativa* se examina con respecto a los sujetos no religiosos, en cuyo caso el método propuesto para la extensión de la regla replica la estructura normativa elaborada en el ámbito de la *religión* y sigue la asunción de

267. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, cit., p. 226. Sobre la extensión de la *exención fundada sobre la acción*, plantea el problema como de mera *equidad*. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 2, cit., p. 304, n. 14.

268. *Idem*, p. 318.

269. M. O. DeGirolami, “The Tragedy of Religious Freedom”, cit., p. 28. Cfr. asimismo el análisis de M. J. Sandel, “Religious Liberty - Freedom of Conscience or Freedom of Choice?”, en 1989 *Utah L. Rev.*, p. 614 ss., sobre una “La tendencia de las cortes de asimilar la libertad de religión a la libertad en general [...] confunde el perseguimiento de preferencias con el ejercicio de deberes y por lo tanto se olvida de la especial preocupación de la libertad religiosa con las demandas de seres gravados concienzudamente”. Cfr. además W. P. Marshall, “What Is the Matter with Equality?: An Assessment of the Equal Treatment of Religion and Nonreligion in First Amendment Jurisprudence”, en 75 *Ind. L. J.*, 2000, p. 197 y ss. El problema está resaltado también en K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, *ivi*: “Una excepción otorgada exclusivamente sobre la base de la actividad no está en tensión con el Estado de Derecho, siempre que cualquier persona pueda participar de la actividad que merece la excepción. Pero las excepciones otorgadas sobre la base de creencias o *status* amenazan la realización de este ideal”.

los elementos subjetivos como en el esquema aquí ilustrado. Así se llega a soluciones parcialmente compatibles cuando, siempre manteniendo el enfoque sobre el elemento *religión*, se hipotetiza configurar o se crea artificialmente un *status* (por ejemplo, el ateísmo, el agnosticismo) de supuesta equivalente relevancia para el derecho. Por el contrario, se llega a soluciones de clara antítesis cuando este supuesto no es identificable y el esquema resulta no aplicable, como ocurre en las *fattispecie* donde, por hipótesis, entre *religión* y *conciencia* haya combinación (*conflation*) o superposición (*overlapping*).²⁷⁰

Desde la perspectiva vertical, los datos críticos emergen cuando la exención debe justificarse con respecto a *ratio legis* connotadas por imperatividad, como en las hipótesis de leyes penales —ámbito en el cual se encuentra prohibida la analogía en la interpretación—. ²⁷¹ Aquí se evoca una calificación *ad excludendum* de las *preferencias fuertes*, advirtiendo a fin de la exención “que las preferencias fuertes en cuestión no sean inmorales, ni autodestructivas ni desarrolladas en una forma que perpetúe la inequidad social”,²⁷² o se establecen criterios, siempre *ad excludendum*, tales como los casos de “abuso y exenciones negligentes”.²⁷³ Sin embargo, al hacerlo se incurre en otra contradicción interpretativa: se asume en el campo constitutivo el tipo de resultado (eventual) de una evaluación *ex post* sobre la *fattispecie* concreta, pero esto es precisamente lo que se da por prohibido a la cognición de las Cortes y protegido por cualquier “interferencia” externa.

270. *Idem*, *Religion and the Constitution*, 1, cit., p. 151 ss. R. Heß, *Grundrechtskonkurrenzen*, cit., p. 30: En el caso de una *conexión entre alternativas* (*Entweder-oder-Verknüpfung*) que tenga naturaleza de técnica normativa, es imposible separar cada norma sobre el lado de las consecuencias jurídicas. La definición de la norma jurídica requiere que haya sido formulado un enunciado vinculante de que una conducta es prohibida u obligatoria. Una regla de derecho debe ser establecida. En cualquier caso, con la conexión de una *fattispecie* abstracta con dos consecuencias de derecho alternativas, no se obtiene una regla jurídicamente vinculante, en cuanto una consecuencia jurídica interviene solo si la otra es excluida.

271. J. Waldron, “One Law for All?”, cit., p. 5 con referencia a *State v. Kargar*, 679 A. 2d 81 (Me. 1996).

272. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 2, cit., p. 307.

273. A. C. Carmella, “Exemptions and the Establishment Clause”, cit., p. 1744.

El nivel horizontal ilustra igualmente la naturaleza anómala de los elementos epistemológicos en el *desplazamiento conceptual* en cuestión.²⁷⁴ La primera anomalía se deriva de la falta de correspondencia entre normas y voluntad expresada por los constituyentes siguiendo el evento histórico de la formación original de la Constitución para los *Framers*. Con respecto a la *intención original* que contenía una relación normal de *especialidad* entre *libertad de conciencia* como *lex generalis* y *libertad de religión* como *lex specialis*, la decadencia dentro de la elaboración textual constitucional de la primera ha dejado a la segunda un *spatium iuris* que, en un ordenamiento dirigido a una sociedad pluralista, no puede ser desempeñado por el principio correlativo, debido a la coesencialidad de sus elementos constitutivos, así como se fueron desarrollando en la jurisprudencia, principalmente pensando en el *status*.

La segunda anomalía se deduce de la primera, y se deriva de la combinación del dato omisivo, la carencia con respecto a la *fundación conceptual* y al tratamiento interpretativo de los casos que se caracterizan por semejanza. Así, la falta de justificación para el tratamiento excepcional garantizado a la *religión* se une al intento de asumir la disciplina a *fattispecie* general, invirtiendo en la interpretación lo que está enraizado en el contexto normativo, al no poder contar con elementos proporcionados con certidumbre clasificatoria y normativa, como sería por ejemplo el concepto de *individuo*. Por lo tanto, se debe asimilar en otras *fattispecie* el elemento constitutivo *status*, además, recurriendo a categorías elaboradas no sin cierta artificialidad.

El punto de observación de las situaciones subjetivas pone de manifiesto que, relevando cómo la “*Supreme Court* [...] ha quedado relativamente en silencio”²⁷⁵ sobre el problema de la fundación conceptual, hay que destacar también que tal omisión crónica produce una combinación de efectos irreverlejos relacionados con distintas hipótesis de *desplazamiento conceptual*, destacando el caso concreto en su anomalía y en su relevancia, aunque debida a una mera identificación factual.

Las hipótesis, en la doctrina y en la jurisprudencia, de inversión del ámbito aplicativo en términos de generalidad, el llamado *asunto más amplio*, y luego la asunción a este grado de la *libertad de religión*, están empleadas no

274. K. Larenz - M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 320.

275. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution*, 2, cit., p. 125.

solo a través de la construcción artificial de los elementos estructurales, sino también sin el examen relativo al elemento funcional que caracteriza normalmente un desplazamiento de este tipo: la función de especialidad cubierta por un concepto está conectada a una *modificación teleológica* restrictiva del sistema normativo, y por lo tanto no legitima la construcción inversa, es decir, que desde la función especial se genere una extensión de la estructura a un ámbito general.²⁷⁶

La misma inversión del ámbito aplicativo, como se mencionaba antes, es incompatible incluso si –por una prosecución lógica– hubiera una elaboración en términos de aplicación para “fines normativos iguales” consecuente con el principio de igualdad aplicado a “formas de vida que aparecen sustancialmente idénticas”, y que, además, justo debido a su carácter cumulativo y no alternativo, esta elaboración no tuviera naturaleza de desplazamiento causado por concurrencia de normas.²⁷⁷ Esa incompatibilidad, de hecho, resulta siempre por el valor de esencialidad del elemento *status* que hace inaplicable la hipótesis teórica.

XVI. Conclusiones. Desplazamiento conceptual como efecto irreflejo de la interpretación. Incompatibilidad con el Estado de Derecho

Una máxima que debería ser compartida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia afirma que “De *concepto* en sentido estricto se puede hablar solo cuando es posible definirlo claramente indicando todos los elementos distintivos que lo caracterizan”.²⁷⁸ Asumiendo esta máxima para examinar el *statu quo*, se destaca que sigue siendo caracterizado por los efectos de la carencia conceptual: incoherencia estructural y terminológica en las decisiones de las Cortes, secuencias de *decision* carentes de *coherencia* con los precedentes, contradicciones de análisis doctrinales, falta de

276. Sobre el *Zweck der verdrängenden Norm* cfr. K. Larenz - M. Wolf, cit., *ivi*, también para la hipótesis paralela, es decir, que “En general, el desplazamiento de una norma por otra puede resultar por el fin (*Zweck*) de la norma que desplaza, sin que esta tenga que ser una *lex specialis*”.

277. Sobre el concepto de *gleiche Anspruchsziele*, cfr. *Ibidem*, p. 322.

278. K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 194.

previsibilidad y estabilidad de la regla, entre otros. Esto es así a tal punto que se puede afirmar que “La Corte ha perdido cualquier predictibilidad, no atenderá sus propios precedentes y está virando desde una posición insostenible a otra”.²⁷⁹

Sin embargo, aquí se desea focalizar otro efecto que ya se ha mencionado, más precisamente un efecto irreflejo, clasificable entre los aspectos críticos generados por las decisiones jurisprudenciales en torno a la Primera Enmienda. Desde la doctrina del caso *Ballard* (que lleva el profético *caveat* del *Justice Jackson*) hasta al caso *Hobby Lobby*, a través del caso *Thomas* y las cuestiones relativas a la interpretación de la *sinceridad de la creencia*,²⁸⁰ se identifica el comienzo de la obsecuente *autorrestricción* que la Corte Suprema impuso en cuanto a la interpretación de la factualidad con respecto a la *libertad de religión*. Así se destaca la paradoja de un accertamiento *sine regulis* ya en el nivel de la interpretación y calificación de las circunstancias de hecho (la *cuestión de hecho*),²⁸¹ actividad a menudo delegada a otros organismos de las propias Cortes, generando que el efecto teórico de este *vacuum* permee en forma esencial el modelo pluralista de la *Constitution*.

El primer elemento constitutivo de este efecto irreflejo es identificable en los procesos de formación del concepto, cuando la relación entre *cuestión de hecho* y *cuestión de derecho*²⁸² es caracterizada por un límite contundente inherente a la cognición del primer elemento, estratificado entonces en el vértice del sistema decisorio. Así se produce un efecto en el proceso complementario y siguiente de reconocimiento, conceptualización y clasificación normativa: es decir, la *alineación conceptual* concebida y consiguientemente asumida como *función fundamental de la comprobación factual*.²⁸³

Otro elemento de igual valor constitutivo es identificable en el efecto adicional de la consolidación del principio de *autorrestricción*, recurrente en los análisis de doctrina y jurisprudencia, entre *libertad de religión* y li-

279. R. Redwood French, “From Yoder to Yoda: Models of Traditional, Modern, and Post-modern Religion in U.S. Constitutional Law”, in 41 *Ariz. L. Rev.*, 1999, p. 54 y ss.

280. M. W. McConnell - T. C. Berg - C. C. Lund, cit., p. 127.

281. J. A. Goldstein, “Is There A ‘Religious Question’ Doctrine?”, cit., p. 503 y ss.

282. K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., p. 294 y ss.

283. Sobre la *begriffliche Angleichung* como *Grundfunktion der Tatbestandsfeststellung* cfr. W. A. Scheurle, “Beiträge zum Problem”, cit., p. 22.

bertad de conciencia, es decir, la aparición de una taxonomía asimétrica en la aplicación de los dos principios normativos. Cuando la *cuestión de hecho* mantiene los límites indicados, los asuntos relacionados con los dos principios y los ámbitos disciplinarios que los contienen demuestran cómo entre ellos hay un *concurso normativo* peculiar, generado por la asimetría que las disciplinas presentan en las respectivas aplicaciones y connotado como resultado de alternativas de consecuencias muy distintas.²⁸⁴

Por ello, es esencial individualar el canon interpretativo en torno a los *efectos directos* –y, por el perfil sistémico, a los *efectos irreflejos*– que el *concurso normativo alternativo, in subiecta materia*, extrae de tal carencia conceptual. Este marco problemático es definido por una configuración de efectos distintos que no se excluyen mutuamente, pero generan el desplazamiento de unos con respecto a los otros en cuanto al perfil teleológico.

Deslindando este *concurso normativo*, la peculiaridad se sitúa en el hecho de que *in limine* de todos los criterios que pueden regular el fenómeno,²⁸⁵ por ejemplo la hipótesis de una relación de especialidad,²⁸⁶ en el régimen de aplicación desarrollado aparece consolidado un desplazamiento disciplinario resultante por su homólogo fenómeno a nivel conceptual,²⁸⁷ no comprobado ni motivado como tal. El efecto de la carencia conceptual es la absorción en el ámbito de la Primera Enmienda, más allá de cualquier lógica aplicativa pluralista, de *fattispecie* que regulan supuestos de hecho en parte o a veces plenamente calificables por semejanza.²⁸⁸ De este *efecto irreflejo*, la perspectiva derivada del *principio de igualdad* solo proporciona una mirada parcial, mientras que las situaciones subjetivas que se pueden delinear bajo el enfoque de la *igualdad aplicativa* son un reflejo más completo.

284. Sobre la *alternative Konkurrenz* cfr. R. HEß, *Grundrechtskonkurrenzen*, cit., p. 29.

285. L. Enneccerus - H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I Teil, cit., § 60; K. Larenz, *op. ult. cit.*, p. 250.

286. V. Epping, *Grundrechte*, cit., p. 126.

287. R. Heß, *Grundrechtskonkurrenzen*, cit., p. 59 y ss.

288. E. M. Peñalver, “The Concept of Religion”, cit., p. 798: “El test de posición paralela, entonces, es más apropiado para una definición de conciencia que de religión. Pese a esta aparente superposición, la Corte reafirmó sustancialmente (o incluso expandió) la definición de *Seeger* en *Welsh v. United States*”.

En los casos *Seeger* y *Welsh*, la dinámica probatoria que han promovido y el reconocimiento de naturaleza casi épica de fenomenologías *paralelas* a la religión,²⁸⁹ se han constituido condiciones para que los términos objetivos de la *exención*, las *actividades*, sean absorbidos por la lógica subjetiva del *status*, conforme a la vaguedad intrínseca de la noción y ante la falta del necesario concepto relacional. Aunque se aparte de la consideración común en términos de *creencia*, a partir del principio de la esencialidad de la calificación de la *creencia* como *religiosa* (siendo *religiosa* el paradigma normativo, por lo que se designa como *paralelismo*),²⁹⁰ se producen inestables e impredecibles motivaciones relacionadas con la cronicidad de la carencia conceptual.

Es posible concluir que no son cumplidos los corolarios de legitimación de las *decision* en un Estado de Derecho pluralista, es decir, la *aplicación* justificada por la *coherencia*, aquí examinada desde la perspectiva de la situación subjetiva.²⁹¹ El desplazamiento analizado demuestra que la *religión* ha absorbido el ámbito que, de acuerdo con un diseño teórico ideal relativo a un concepto primordial, pertenecía a la *conciencia*, siendo la primera una posible fuente entre muchas otras. Además, la *coherencia* de las situaciones que reconoce está imposibilitada por el valor constitutivo del *status*, que no es un elemento conectado exclusivamente a la sede peculiar genético-normativa, sino también esencial a nivel estructural y funcional. Así se contradice la generalidad del elemento *actividad* admitido en el sistema a través de la *exención*.²⁹²

Al colocarse los perfiles de justificación fuera del Estado de Derecho, se deriva la estable, inmanente negación de la *igualdad en la aplicación*, pero no exclusivamente en razón de tal antagonismo. Si bien no se encuentra *decision* que legitime ni motive una posición preeminente de la *libertad de*

289. Cfr. en *Welsh*, *Justice Black, Opinion of the Court*, 340-341, en donde se acuerda en que *Welsh* originariamente caracterizó sus creencias como no religiosas y luego declaró que sus creencias eran “ciertamente religiosas en el sentido ético de la palabras”.

290. E. M. Peñalver, “The Concept of Religion”, cit., p. 797: “Lo que la corte quiso decir con ‘paralelo’ no es enteramente claro, pero ella parece haber tenido en mente la fuerza por la cual un individuo es obligado a su propio sistema de creencia”.

291. F. A. Hayek, “Rules and Order”, cit., p. 94 y ss.; *Idem*, “The Mirage of Social Justice”, cit., p. 15 y ss.

292. *Idem*, *The Constitution of Liberty*, cit., p. 154.

religión entre las disciplinas del *Bill of Rights* relativas a las libertades, es un reconocimiento de hecho que esta posición está asumida en el complejo del ordenamiento. Igualmente, la carencia conceptual, como se demuestra, al mismo tiempo no solo produce una función normativa primaria externa a las fuentes, identificable en el recurso a la *deferencia*, sino también el debilitamiento del principio justificativo en sí.²⁹³ Como tales, las contradicciones en la legitimación de la *exención* de acuerdo con la Primera Enmienda ponen de relieve la incompatibilidad con respecto al Estado de Derecho, hasta los diferentes niveles aquí evidenciados, y la dependencia de la institución *exención* de procesos de otra naturaleza.²⁹⁴

Bibliografía

- AA.VV., *Religious Exemptions*, edited by K. Vallier, M. Weber, New York, 2018.
- Adams, A. M., Emmerich, C. J., *A Nations Dedicated to Religious Liberty. The Constitutional Heritage of the Religion Clauses*, University of Pennsylvania Press, 1990.
- Aleinikoff, T. A., “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en 96 *Yale L. J.*, 1987, p. 943.
- Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Baden Baden, 1994.
- Allan, T. R. S., *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

293. E. Sherwin, “Legal Taxonomy”, cit., p. 29: “Si la prescripción es demasiado vaga o controvertida para ser coherentemente comprendida y aplicada, ella no puede operar como una regla establecida sino solamente como una justificación de fondo para reglas más concretas establecidas por otros”.

294. R. Navarro Valls, “Prólogo”, en J. H. Matlary, *Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2008, p. 13; M. Olson, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) - London, 1965, p. 160, n. 2; A. D. Hertzke, “The globalization of religious advocacy: implication for US foreign policy”, in AA.VV., *The Politics and Practice of Religious Diversity. National contexts, global issues*, ed. A. Dawson, Routledge, Abingdon - New York, 2016, p. 157; G. Macri, “Lobbies”, in *Digesto, Disc. Pubbl., Aggiornamento*, UTET, Torino, 2012, p. 474.

- Bader, V., "Taking religious pluralism seriously. Arguing for an institutional turn. Introduction", en *Ethical Theory Moral Pract.*, 6, 2003, p. 3.
- Bailyn, B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, Belknap Press, Cambridge, (Mass.), 1992.
- Baker, E., "Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom", en *62 Iowa L. Rev.*, 1976, p. 1.
- Barak, A., "Constitutional Human Rights and Private Law", en AA.VV., *Human Rights in Private Law*, edited by D. Friedmann and D. Barak-Erez, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, p. 13.
- Barnett, R. E., "Interpretation and Construction", en *34 Harv. L. J. & Pub. Pol'y*, 2011, p. 65.
- Beduschi, C., *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Cedam, Padova, 1995.
- Beever, A. Rickett, C., "Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer", en *Modern L. Rev.*, 68 (2), 2005, p. 320.
- Berns, W., *Democracy and the Constitution*, AEI Press, Washington, 2006.
- Betti, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II ed., Giuffrè, Milano, 1971.
- "Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva", in *Idem, Diritto, metodo, ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 523.
- Birks, P., *English Private Law*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Bogen, D., "Generally Applicable Laws and the First Amendment", en *26 SW. U. L. Rev.*, 1997, p. 201.
- Bork, R., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- Braun, J., *Leitbilder im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1984.
- Brox, H., Walker, W. D., *Allgemeiner Teil des BGB*, Carl Heymans Verlag, Köln, 2009.
- Bruhl, A. A. P., "Hierarchically Variable Deference to Agency Interpretations", en *89 Notre Dame L. Rev.*, 2013, p. 727.
- Brütt, L., *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, J. Guttentag, Berlin, 1907.
- Bucher, E., *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.
- Caiani, L., voce "Analogia" (Teoria generale), en *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 348.

- Calabresi, S. G., Salander, A., "Religion and the Equal Protection Clause", en *Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers*, n° 213, 2012, p. 118 ss.
- Campbell Black, H., *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing, St. Paul, 1911.
- Canaris, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.
- *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Duncker und Humblot, Berlin, 1983.
- *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, de Gruyter, Berlin, New York, 1999.
- "L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco", en *Studium Juris*, 1999, p. 359.
- Carmella, A. C., "Exemptions and the Establishment Clause", en 32 *Cardozo L. Rev.*, 2011, p. 1731.
- Chananie, S., "Belief in God and Transcendental Meditation: The Problem of Defining Religion in the First Amendment", en 3 *Pace L. Rev.* 147, 1982, p. 147.
- Chavez, R. B., "The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes", en AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by K. E. Whittington, R. D. Kelemen, G. A. Caldeira, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 63.
- Chen, A. K., "Statutory Speech Bubbles, First Amendment Overbreadth, and Improper Legislative Purpose", en 38 *Harv. C. R., C. L. L. Rev.*, 2003, pp. 31-90.
- Choper, J. H., "Defining Religion in the First Amendment", en *U. Ill. L. Rev.*, 1982, pp. 579-613.
- *Securing Religious Liberty: Principles for Judicial Interpretation of the Religion Clauses*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.
- Christandl, G., *La risarcibilità del danno esistenziale*, Giuffrè, Milano, 2007.
- Cisneros, L. A., "The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction", en 27 *Const. Commentary*, 2010, p. 71.
- Clements, B., "Defining 'Religion' in the First Amendment: A Functional Approach", en 74 *Cornell L. Rev.*, 1989, p. 532.
- Conkle, D. O., "The Path of American Religious Liberty: From the Original Theology to Formal Neutrality and an Uncertain Future", en 75 *Ind. L. J.*, 1, 2000, p. 1.

- *Religion, Law, and the Constitution*, Foundation Press, St. Paul, 2016.
- Cornell, N., “Overbreadth and Listeners’ Rights”, en *Harv. L. Rev.*, 123, 2010, p. 1.
- Craswell, R., “Incommensurability, Welfare Economics, and the Law”, en *U. Pa. L. Rev.*, 146, n° 5, 1998, p. 1419.
- Cross, F. B., *Constitutions and Religious Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Curry, T. J., *The First Freedoms. Church and State in America to the Passage of the First Amendment*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1986.
- Crusmac, O., “A defence of gender-based affirmative action grounded on a comparison of the United States and of the European Union models”, en *Studia Politica: Romanian Political Science Review*, 19, 1, 2019, p. 35 y ss.
- Dagan, H., “Legal Realism and the Taxonomy of Private Law”, en AA.VV., *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*, edited by C. Rickett & R. Grantham, Hart, Oxford, Portland, 2008, p. 147.
- Daly, P., *A Theory of Deference in Administrative Law. Basis, Application and Scope*, Cambridge, 2012.
- DeGirolami, M. O., *The Tragedy of Religious Freedom*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 2013.
- Dilthey, W., *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, en *Gesammelte Schriften*, VII Band, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1992.
- Donati, A., *Rule of Law. Common Law. Lineamenti*, Giuffrè, Milano, 2010.
- Dürig, G., “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, en AA.VV., *Vom Bonner Grundgesetz zum gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift für Hans Nawiasky zum 75 Geburtstag*, herausgegeben von T. Maunz, Isar, München, 1956, p. 157.
- Eckert, A., “Der Begriff der Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen”, en *JuS*, 1994, p. 625.
- Eisgruber, C. L., Sager, L. G., “The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct”, en *U. Chi. L. Rev.*, 1994, 61, 4, p. 1245.
- *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2007.

- Eisler, K. I., "William J. Brennan Jr.: Judicial Architect of Affirmative Action", en *Journal of Blacks in Higher Education*, 17, 1997, p. 110.
- Emmerich, V., *BGB, Schuldrecht. Besonderer Teil*, 14. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2015.
- Engisch, K., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Universitätsverlag Carl Winter, Heidelberg, 1953.
- Endicott, T. A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Enneccerus, L., Nipperdey, H. C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I Teil, Mohr Siebeck, Tübingen, 1952.
- Epping, V., *Grundrechte*, Springer, Heidelberg, 2015.
- Epstein, R. A., *The Classical Liberal Constitution. The Uncertain Quest for Limited Government*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2014.
- Estreicher, S., Revesz, R. L., "Nonacquiescence by Federal Administrative Agency", en 98 *Yale L. J.*, 1989, p. 679.
- Evans, B. N., *Interpreting the Free Exercise of Religion. The Constitution and American Pluralism*, University of North Carolina Press, Chapel Hill-London, 1997.
- Fallon Jr., R. H., "Making Sense of Overbreadth", en 100 *Yale. L. J.*, 1991, p. 853.
- "The 'Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse", en 97 *Colum. L. Rev.*, 1997, p. 1.
- Feldman, N., *Divided by God. America's Church-State Problem and What We Should Do About It*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005.
- "The Framers' Church-State Problem, and Ours", en AA.VV., *The Constitution in 2020*, edited by, J. M. Balkin & R. B. Siegel, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 221.
- Fischer, C., *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- Fiss, R., *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, 1999.
- Frankel, G. S., "Note, Untangling First Amendment Values: The Prisoner's Dilemma", en 59 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1991, p. 1614.
- Freeman, III, G. C., "The Misguided Search for the Constitutional Definition of 'Religion'", en 71 *Geo. L. J.*, 1983, p. 1519;
- Fried, C., *Saying what the Law Is. The Constitution in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2004.

- Friedmann, W. G., “Some Reflections on Status and Freedom”, en R. A. Newman (edited), *Essays in jurisprudence in honor of R. Pound*, The Bobs-Merrill Co. Inc., New York-Indianapolis, 1962, p. 222.
- Fuller, L., *The Morality of Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven and London, 1964.
- Gebauer, M., *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- Gedicks, F. M., Berg, T. C., “Religion”, en AA.VV., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, edited by K. L. Hall, J. W. Ely Jr., J. B. Grossman, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 836.
- Gedicks, F. M., “An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious Exemptions”, en 20 *U. Ark. Little Rock L. Rev.*, 1998, p. 555.
- Gey, S. G., “Reconciling the Supreme Court’s Four Establishment Clauses”, en 8 *U. Pa. J. Const. L.*, 2006, p. 725.
- Gellman S. & Looper-Friedman S., “Thou Shalt Use The Equal Protection Clause For Religion Cases (Not Just The Establishment Clause)”, en *U. Pa. J. Const. L.*, (2008), p. 665.
- Giegerich, T., *Privatwirkung der Grundrechte in den USA. Die State Action Doctrine des U.S. Supreme Court und die Bürgerrechtsgesetzgebung des Bundes*, Heidelberg, 1992.
- Goldsmith, A. E., “The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited”, en 30 *Am. J. Crim. L.*, 2002-2003, p. 279.
- Goldstein, J. A., “Is There A ‘Religious Question’ Doctrine? Judicial Authority to Examine Religious Practices and Beliefs”, en 54 *Cath. U. L. Rev.*, 2005, p. 497.
- Gray, J., *Isaiah Berlin*, Princeton, 1997.
- Graveson, R. H., *Status in Common Law*, Athlone Press, London, 1953.
- Greenawalt, K., “Religion as a Concept in Constitutional Law”, en 72 *Cal. L. Rev.*, 1984, p. 753.
- *Private Consciences and Public Reasons*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1995.
 - *Religion and the Constitution*, 1, *Free Exercise and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
 - *Religion and Constitution*, 2, *Establishment and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, 2008.
 - “Individual conscience and how it should be treated”, en *Journal of Law and Religion*, 31, 3, 2016, p. 306.

- Grice, P., *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1991.
- Griffin, S. M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1996.
- Grüneberg, C., “sub § 253”, in AA.VV., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 71. Auflage, C. H. Beck, München, 2012.
- Gutmann, T., “Säkularisierung und Normenbegründung”, en AA.VV., *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, herausgegeben von N. Jansen, P. Oestmann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 221.
- Halleve, G., *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010.
- Hayek (von), F. A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960.
- *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Routledge, London, 1998.
- Hamburger, P. A., “A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective”, en *60 Geo. Wash. L. Rev.*, 1992, p. 915.
- Hamilton, M. A., “Religious Institutions, the No-Harm Doctrine, and the Public Good”, en *4 BYU L. Rev.*, 2004, p. 1099.
- *God vs. the Gavel. Religion and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 2005.
- Hammen, H., “Die Forderung, ein sonstiges Recht nach § 823 Abs. I BGB?”, en *AcP*, Bd. 199, 1999, p. 591.
- Harris, N., *Law in a Complex State. Complexity in the Law & Structure of Welfare*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013.
- Heck, P., “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, en *AcP*, Bd. 112, 1914, p. 1.
- Heinrich, C., *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.
- Helfand, M. A., “Litigating Religion”, en *93 B.U. L. Rev.*, 2013, p. 493.
- Hertzke, A. D., “The globalization of religious advocacy: implication for US foreign policy”, in AA.VV., *The Politics and Practice of Religious Diversity. National contexts, global issues*, edited by A. Dawson, Routledge, Abingdon-New York, 2016, p. 155.

- Herz, M., “Deference Running Riot: Separating Interpretation and Lawmaking Under Chevron”, en 6 *Admin. L. J. Am. U.*, 1992, 1993, p. 187.
- R. Heß, R., *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- Hills Jr., R. H., “The Pragmatist’s View of Constitutional Implementation and Constitutional Meaning”, en 119 *Harv. L. Rev. F.*, 2005, p. 173.
- Horan, M. J., “Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships between Individuals”, in 25 *Int’l & Comp. L.Q.*, 1976, p. 848.
- Horwitz, P., “The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy: Section 2(a) and Beyond”, en 54 *U. T. Fac. L. Rev.*, 1996, p. 1.
- “Three Faces of Deference”, en 83 *Notre Dame L. Rev.*, 2008, p. 1061.
- Huber, C., “Die Neuordnung des Schmerzensgeldanspruchs”, en AA.VV., *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Müller, Heidelberg, 2002, p. 480.
- Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, O. Häring Verlag, Berlin, 1914.
- Khakzadeh-Leiler, L., *Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs*, Springer, Wien-New York, 2011.
- Kohler, J., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, *Allgemeiner Teil*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1906.
- Kommers, D. P., Finn, J. E., Jacobsohn, G. J., *American Constitutional Law*, vol. 1, *Governmental Powers and Democracy*, Rowman & Littlefield, Plymouth, 2010.
- Kornhauser, L. A., “The Analysis of Courts in the Economic Analysis of Law”, en AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by K. E. Whittington, R. D. Kelemen, G. A. Caldeira, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 698.
- Kuhlen, L., *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1975.
- “Zur Struktur ‘subjektiver Rechte’”, en AA.VV., *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 1977, p. 129.
- Larenz K., Wolf M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Beck, München, 2004.
- Lash, K. T., “The Second Adoption of the free Exercise Clause: Religious Exemptions under the Fourteenth Amendment”, en 88 *Nw. U. L. Rev.*, 1993-1994, p. 1106.

- “The Second Adoption of the Establishment Clause: The Rise of the Non-Establishment Principle”, en 27 *Ariz. St. L. J.*, 1995, p. 1085.
- Laycock, D., “A Survey of Religious Liberty in the United States”, en 47 *Ohio St. L. J.*, 1986, p. 409.
- “Religious Liberty as Liberty”, en 7 *J. Contem. Legal Issues*, 1996, p. 313.
- Leenen, D., *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht*, Duncker & Humblot, 1971.
- Leinemann, W., *Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB*, N. G. Elwert, Marburg, 1969.
- Lengauer, A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Springer, Wien-New York, 2011.
- Lorenzen, E. G., Heilman, R. J., “Restatement of the Conflict of Laws”, en 83 *U. Penn. L. Rev.*, 1935, p. 555.
- Lucas, J. R., *The Principles of Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1966.
- Lüderitz, A., *Auslegung von Rechtsgeschäften. Vergleiche Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts*, Verlag Müller, Karlsruhe, 1966.
- Luhmann, N., *System und Umwelt*, in *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991.
- Lupu, I. C., “Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion”, en 102 *Harv. L. Rev.*, 1989, p. 933.
- Macrì, G., “Lobbies”, in *Digesto, Disc. Pubbl., Aggiornamento*, UTET, Torino, 2012, p. 474.
- Maine, H. J. S., *Ancient Law*, Henry Holt and Company, New York, 1906.
- Manning, J. F., “Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules”, en 96 *Colum. L. Rev.*, 1996, p. 612.
- Markesinis, B., “Comparative Law, A Subject in Search of an Audience”, in 53 *Mod. Law Rev.*, 1990, p. 1.
- Marshall, W. P., “The Case against the Constitutionality Compelled Free Exercise Exemption”, en 40 *Cas. W. Res. L. Rev.*, 1989, p. 357.
- “What Is the Matter with Equality?: An Assessment of the Equal Treatment of Religion and Nonreligion in First Amendment Jurisprudence”, en 75 *Ind. L. J.*, 2000, p. 193.
- Mattei, U., “Stare decisis negli Stati Uniti”, en AA.VV., *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 14.

- McConnell, M. W., “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion”, en 103 *Harv. L. Rev.*, 1990, p. 1409.
- “Free Exercise Revisionism and the Smith Decision”, en 57 *U. Chi. L. Rev.*, p. 1109.
- “The Problem of Singling Out Religion”, en 50 *DePaul L. Rev.*, 2000, p. 1.
- McConnell, M. W., Berg, T. C., Lund, C. C., *Religion and the Constitution*, 4th edition, Wolters Kluwer, New York, 2016.
- Medicus, D., *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010.
- Medicus, D., S. Lorenz, S., *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, Beck, München, 2010.
- Menger, C., *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften, und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1883.
- Mengoni, L., “L’argomentazione orientata alle conseguenze”, en AA.VV., *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, a cura di M. Bessone, G. Giappichelli, Torino, 1999, p. 179.
- Merel, G., “The Protection of Individual Choice: A Consistent Understanding of Religion Under the First Amendment”, en 45 *U. Chi. L. Rev.*, 1978, p. 805.
- Michaels, R., “The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, en 51 *Wayne L. Rev.*, 2005, p. 1209.
- Mills, A., *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Moretti, F., “Il precedente giudiziario nel sistema inglese”, en AA.VV., *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 4.
- Müller, F., *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, Entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966.
- Mushlin, M. B., *Rights of Prisoners*, Thomson Reuters, New York, 2009.
- Nagel, T., “Equal Treatment and Compensatory Discrimination”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, 4, 1973, p. 348.
- Navarro Valls, R., “Prólogo”, en Matlary, J. H., *Derechos humanos depre-dados. Hacia una dictadura del relativismo*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2008, p. 11.

- Neben, G., *Triviale Personenberichterstattung als Rechtsproblem: ein Beitrag zur Grenzziehung zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.
- Nipperdey, H. C., “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung”, in *RdA*, 1950, p. 121.
- Nozick, R., *Invariances. The Structure of Objective World*, Belknap, Cambridge (Mass.), 2001.
- Nussbaum, M. C., *Liberty of Conscience. In Defense of America’s Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, 2008.
- Olson, M., *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1965.
- Orrù, G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 1989.
- Pattaro, E., “Dualism and Interaction between the Reality that ought to be and the Reality that is: Validity as a Pineal Gland”, en AA.VV., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, ed. E. Pattaro, vol. 1, *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2005, pp. 13-34.
- Peñalver, E. M., “The Concept of Religion”, en *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 727, 1997, p. 791.
- Perelman, C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1978.
- Perelman, C., Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1988.
- Poscher, R., *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- Posner, R. A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010.
- Post, R. C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, 88 *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 1.
- Postema, G., “Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World”, en AA.VV., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, edited by E. Pattaro, vol. 11, Springer, Dordrecht - Heidelberg, 2011.
- Quint, P. E., “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, en 48 *Md. L. Rev.*, 1989, p. 247.
- Raiser, L., “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht”, en *JZ*, n. 15/16, 1961, p. 465.

- Rawls, J., *Justice as Fairness. A Restatement*, Belknap, Cambridge (Mass.), 2001.
- Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Redwood French, R., “From Yoder to Yoda: Models of Traditional, Modern, and Postmodern Religion in U.S. Constitutional Law”, in 41 *Ariz. L. Rev.*, 1999, p. 49.
- Rescigno, P., “Situazione e status nell’esperienza del diritto”, en *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209.
- Voce “Status”, I) Teoria generale, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 1.
- Richards, D. A. J., *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- *Conscience and the Constitution: History, Theory and Law of Reconstruction of Amendments*, Princeton University Press, Princeton, 1993.
- Robbins, I. P., *The Prisoners’ Mail Box and the Evolution of Federal Inmate Rights*, en 144 *Federal Rules Decision*, 1993.
- Robertson, G. S., *The Law and Practice of Civil Proceedings by and against the Crown and Departments of the Government*, Steven & Sons, London, 1908.
- Rosenfeld, M., “Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal”, en *Ohio St. L. J.*, 46, 4, 1985, p. 845.
- Röthel, A., *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1968.
- Roubier, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 2005.
- Rückert, J., “Abwägung, die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normstrenge und Abwägung im Funktionswandel”, en AA.VV., *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, herausgegeben von N. Jansen, P. Oestmann, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 181.
- Saba, R. “(Des)igualdad structural”, en *Revista Derecho y Humanidades*, 11, 2005, p. 123.
- Sandel, M. J., “Religious Liberty, Freedom of Conscience or Freedom of Choice?”, en 1989 *Utah L. Rev.*, p. 597.
- Schapp, J., *Methodenlehre und System des Rechts. Aufsätze 1992-2007*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

- Schauer, F., *Introduction*, en Llewellyn, K. N., *The Theory of the Rules*, University of Chicago Press, Chicago, 2011.
- *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- Scheurle, W. A., “Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage”, en *AcP*, 157, *Heft* 1, 1958-59, pp. 1-85.
- Schmitt, C., *Der Hüter der Verfassung*, Vierte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Schulev-Steindl, E., *Subjektive Rechte. Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts*, Springer Verlag, Wien, New York, 2008.
- Schwartzman, M., “What If Religion Is Not Special?”, en 79 *U. Chi. L. Rev.*, 2012, p. 1351.
- Sexton, J., Note, “Toward a Constitutional Definition of Religion”, en 91 *Harv. L. Rev.*, 1978, p. 1056.
- Sherwin, E., “Legal Positivism and the Taxonomy of Private Law”, en AA.VV., *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*, edited by C. Rickett & R. Grantham, Hart, Oxford, Portland, 2008, p. 103.
- “Legal Taxonomy”, en *Legal Theory*, 15, 2009, p. 25.
- Shetreet, S., “The Model of State and its Impact on the Protection of Freedom of Conscience and Religion: A Comparative Analysis and a Case Study of Israel Church Relations”, en AA.VV., *Religion in the Public Sphere: a Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, editado por W. Brugger, M. Karayanni, Berlin, Heidelberg, New York, 2007, p. 87.
- Shiffrin, S. H., “The Pluralistic Foundations of the Religion Clauses”, en *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 1273, 2004, p. 9.
- “The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, en 78 *Nw. U. L. Rev.*, 1983, p. 1212.
- Simpson, A. W. B., “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, en AA.VV., *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. G. Guest, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 148-175.
- Smith, R. M., *Liberalism and American Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990.
- Smith, S. D., “The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse”, en 140 *U. Pa. L. Rev.*, 1991, p. 149.

- Smith, S. R., *Equality and Diversity. Value incommensurability and the politics of recognition*, Policy Press, Bristol, 2011.
- Solove, D. J., "The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights", en 84 *Iowa L. Rev.*, 1999, p. 947.
- Stone, J., *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford University Press, Stanford, 1968.
- Stone, G. R., Seidman, L. M., Sunstein, C. R., Tushnet, M. V., *Constitutional Law*, 4th edition, Aspen, Gaithersburg, New York, 2001.
- Stoner Jr., J. R., "Religious Liberty & Common Law: Free Exercise Exemptions & American Courts", en *Polity*, vol. XXVI, n° 1, 1993, p. 1.
- Strauss, D. A., "Common Law Constitutional Interpretation", en 63 *U. Chi. L. Rev.*, 1996, p. 878.
- Tacke, S. C., *Medienpersönlichkeitsrecht. Das System der Rechtsfolgen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Massenmedien*, W. Hopf, Berlin, 2009.
- Tedeschi, M., *La libertà religiosa nel pensiero di John Locke*, Giappichelli, Torino, 1990.
- Thomas, J. H. , Fraser, J. F., *The Reports of sir Edward Coke*, vol. IV, J. Butterworth & Son, London, 1826.
- Thomson, J. J., "Preferential Hiring", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, 4, 1973, p. 364.
- Tigar, M. E., "Conscientious Objection", en AA.VV., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, edited by K. L. Hall, J., W. Ely Jr., J. B. Grossman, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 206.
- Tolone, S., *Diritto privato globale, Objective Pluralism e libertà di religione*, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2006.
- Touchie, J. C. W., *Hayek and Human rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law*, Edgar Elgar, Cheltenham, Northampton, 2005.
- Tuckness, A., *Locke and the Legislative Point of View. Toleration, Contested Principles, and the Law*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2002.
- Tushnet, M. V., "Marbury v. Madison Around the World", en 71 *Tenn. L. Rev.*, 2004, p. 251.
- Twining, W., *Globalisation & Legal Theory*, Butterworths, London, 2000.
- Underkuffler, L., "The Separation of the Religious and the Secular: A Foundational Challenge to First Amendment Theory", en 36 *Wm. & Mary L. Rev.*, 1995, p. 844.

- Veitch, S., *Moral Conflict and Legal Reasoning*, Oxford, 1999.
- Vermeule, A., “Deference and Due Process”, en *Harv. L. Rev.*, 129, 2016, p. 1890.
- Vickers, L., *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2008.
- Wach, J., *Das Verstehen. Grundzüge eine Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*, 3 Bände, Georg Olms, Hildsheim, Zürich, New York, 1984.
- Waldron, J., “One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation”, en *59 Wash. & Lee L. Rev.*, 3, 2002, p. 3.
- West, E., “The case against a right to religion-based exemptions”, en *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y*, 4, no. 3, 1990, p. 591.
- Weiss, J., “Privilege, Posture and Protection: “Religion” in the Law”, en *73 Yale L. J.*, 1964, p. 593.
- Whitman, C. B., “Looking Back on Planned Parenthood v. Casey”, en *100 Mich. L. Rev.*, 7, 2002, p. 1980.
- Wilburg, W., *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Kienreich, Graz, 1950.
- Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Julius Buddeus, Düsseldorf, 1875.
- Witte Jr., J., Nichols, J. A., “Religion and the American Constitutional Experiment”, third edition, Westview Press, Philadelphia, 2011, p. 71.
- Wolf, E., “Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb”, in *AA.VV., Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von J. Esser, H. Thieme, Mohr, Tübingen, 1967, p. 665.
- Wolff, H. J., “Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft”, in *Studium Generale*, 1952, Viertes Heft, p. 14.
- Zitelmann, E., *Lücken im Recht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1903.

El *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado argentino

Luciana B. Scotti* y Leandro Baltar**

Resumen

La determinación de la jurisdicción directa para las relaciones jurídicas con elementos extranjeros relevantes ocupa un reconocido lugar dentro del objeto del Derecho Internacional Privado. Ello puede reflejarse en las disposiciones incluidas en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) donde contamos no solo con normas que instauran principios generales, sino también con disposiciones especiales para cada tema de la llamada Parte Especial.

Al momento de determinar los contactos jurisdiccionales, el legislador selecciona aquellos que contengan una conexión suficiente y razonable con sus autoridades judiciales para así evitar foros exorbitantes.

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA), Magister en Relaciones Internacionales (UBA), Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio "Facultad" (Área Derecho Internacional), Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA), Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho (UBA), Directora de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración, Vicedirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho (UBA), autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad; lucianascotti@derecho.uba.ar

** Abogado, Doctorando en Derecho Internacional (UBA), Docente de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración en la UBA, Coordinador de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", autor de artículos y capítulos de libros; leandrobaltar@derecho.uba.ar

Existe un contacto peculiar, como es el domicilio del actor (*forum actoris*) que conlleva una complejidad innata: en algunos supuestos puede ser considerado como una justa y necesaria alternativa para garantizar un legítimo acceso a la justicia, mientras que en otros casos puede abrir foros exorbitantes.

En el presente trabajo nos proponemos analizar el alcance de este foro dentro del Derecho Internacional Privado argentino desde la vigencia del CCCN.

Palabras clave: Acceso a la justicia, Jurisdicción internacional, *Forum actoris*, Derecho Internacional Privado, Código Civil y Comercial de la Nación.

***Forum Actoris* in Argentina's International Private Law**

Abstract

The determination of direct jurisdiction for legal relations with relevant foreign elements occupies a central place within the object of Private International Law. This can be reflected in the provisions included in the Civil and Commercial Code where we have not only rules that establish general principles, but also special provisions for each subject of the so-called Special Part.

When determining jurisdictional contacts, the legislator selects those which contain a sufficient and reasonable connection with their judicial authorities and thus avoid exorbitant forums.

There is a peculiar contact, such as the domicile of the plaintiff (*forum actoris*) that entails innate complexity: in some cases, it can be considered as a fair and necessary alternative to guarantee legitimate access to justice, while in others it can open to forums exorbitant.

In this paper we propose to analyze the scope of this forum within Argentine Private International Law since the enforcement of the CCCN.

Keywords: Access to Justice; International Jurisdiction; *Forum Actoris*; Private International Law; Civil and Commercial Code.

Palabras introductorias

Cuando las relaciones jurídicas poseen en su estructura un elemento internacional relevante, el Derecho Internacional Privado (DIPr) toma su papel fundamental para, mediante el uso de diversos métodos, responder a los problemas derivados de esta particularidad. Entonces, la determinación del derecho aplicable, de las autoridades competentes y la cooperación jurídica internacional se erigen en el objeto de la disciplina a la vez que constituyen tres sectores con características que los individualizan, sin perjuicio de su pertenencia a un mismo Sistema de Derecho Internacional Privado. La doctrina llamó a este fenómeno “una trilogía de cuestiones que constituyen la base para la construcción de toda la problemática que generan las relaciones jurídico-privadas internacionales”.¹

Como explica Diego Fernández Arroyo, cuando hablamos de jurisdicción internacional “se hace referencia a la potestad que corresponde a los jueces y tribunales de un Estado para conocer y resolver los casos de DIPr, es decir, respecto de las relaciones jurídicas de carácter privado que están vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos”.² La determinación de cuándo las autoridades judiciales de un Estado cuentan con competencia para entender las relaciones jurídicas internacionales tiene una vinculación directa con los Derechos Humanos por ser el reflejo del principio de la defensa en juicio y de la tutela judicial efectiva.

Es obligación de los Estados garantizar, por medio de las normas creadas para tal fin, la posibilidad de todas las personas de acceder de modo efectivo ante las autoridades judiciales para hacer valer sus derechos cuando los consideren conculcados. Ante ello, las disposiciones que determinarán cuándo los magistrados argentinos tienen la potestad para conocer y decidir sobre el fondo del asunto se vuelven fundamentales.

Un error en la norma, una mala interpretación por parte del legislador, la omisión de un adecuado contacto jurisdiccional o una incorporación por

1. P. M. All, “Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna”, en *DeCITA. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, N°4, Buenos Aires, Zavalía, 2006, p. 422.

2. D. Fernández Arroyo, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 137.

demasía pueden ocasionar excesos en la labor de los jueces o, contrariamente, limitarles su actuación y de este modo incurrir en denegación de justicia.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) reemplazó una normativa que sobrevivió durante casi 150 años (con innumerables remiendos y actualizaciones). Es lógico comprender que las soluciones pensadas y creadas por Vélez Sarsfield comenzaban a parecernos injustas, incompletas, retrógradas, vacías o poco protectorias pues respondían a principios y a una base cultural muy distinta a la actual; pertenecían a la concepción de un mundo diferente.

Por primera vez en la historia nacional encontramos una sistematización –incompleta– del DIPr que responde a los nuevos paradigmas respetando la multiculturalidad, el respeto a la internacionalidad y el reconocimiento de los tres sectores de nuestra materia. Esto se debe a que hoy contamos con normas especiales dentro del Libro Sexto, Título IV, que permiten superar en gran medida aquel problema que acontecía con el Código derogado, en tanto nos encontrábamos con disposiciones de DIPr desperdigadas, aisladas en su texto. En este sentido Adriana Dreyzin de Klor, una de las colaboradoras en la redacción de las normas vigentes, señaló:

...en términos generales, y pese a no superar la dispersión normativa que caracterizó durante tanto tiempo a la materia, el fraccionamiento de la asignatura ha disminuido considerablemente [...] En consecuencia, no se logra aún la aspiración de máxima de los jusprivatistas internacionalistas que gira en torno al reconocimiento de la autonomía legislativa de una disciplina que goza de autonomía científica. Empero, el hecho de agrupar buena parte de la materia bajo un único título, aunque dedicado solo a dos de sus tres sectores, es un paso importante en tal dirección.³

En lo que respecta a la jurisdicción internacional, según manifiestan los redactores en los fundamentos del Anteproyecto:

3. A. Dreyzin de Klor, “A propósito de los principios y fuentes de las normas de Derecho Internacional Privado”, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/a-proposito-de-los-principios-y-fuentes-de-las-normas-de-derecho-internacional-privado-por-dreyzin-de-klor/> (06.09.2019).

El derecho internacional privado actual no puede prescindir de una localización jurisdiccional de los conflictos, motivo que ha llevado a prever ciertas normas de jurisdicción internacional. Este sector es de naturaleza federal –tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– pues delimita el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdicción de Estados extranjeros. Esta problemática es abordada en general, enunciando los institutos fundamentales de la materia, y en particular, al tratar cada uno de los sectores especiales.⁴

En efecto, cabe destacar una vez más el carácter federal de las normas atributivas de jurisdicción a las que nos referimos. La doctrina internacionista mantiene una postura casi unánime en considerar que la competencia legislativa en lo atinente a la jurisdicción internacional corresponde a la Nación como poder implícito en virtud del art. 75 inc. 32 de la Constitución Nacional.⁵

En suma, antes de la vigencia del CCCN, contábamos con normas sobre jurisdicción internacional dispersas en la legislación interna⁶ y con algunas disposiciones contenidas en tratados internacionales, jerárquicamente superiores a aquellas (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).⁷

4. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV: Derecho Internacional Privado, 2012. Consultado en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (06.09.2019).

5. P. M. All, “Las normas de jurisdicción internacional...”, *op. cit.*, p. 423. En igual sentido M. E. Uzal, *Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 201, A. Dreyzin de Klor, *El derecho internacional privado actual*, T. 1, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015, p. 104 y W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, Ed. Abeledo Perrot. Décima Edición Actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, 2009, p. 878.

6. Ante la ausencia de normas específicas, la jurisprudencia ha tendido a aplicar analógicamente las normas previstas para los casos internos.

7. El artículo 2601 CCCN establece las fuentes de jurisdicción: “La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”. El artículo 2601 confirma la preeminencia de los tratados internacionales por

Sin embargo, algunos principios que rigen la jurisdicción internacional ya habían alcanzado doctrinaria y jurisprudencialmente un amplio consenso: “La concurrencia de foros como regla general (la exclusividad es una excepción), la exigencia de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez competente) y el respeto de los derechos fundamentales vinculados con la competencia (garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no discriminación de los litigantes)”.⁸

En esta oportunidad, nos detendremos en el análisis de un singular criterio de jurisdicción internacional, como es el denominado *forum actoris*. El abordaje del tema se realizará principalmente a la luz del Sistema de Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna. Seguidamente contextualizaremos la cuestión que nos ocupa y para ello repasaremos algunos aspectos del derecho fundamental al acceso a la justicia, que comprende, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones de vulnerabilidad, la necesidad de admitir que la parte actora reclame por sus derechos ante los jueces de su propio domicilio o residencia habitual.

II. El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino

La garantía y protección de los Derechos Humanos orientan a toda solución que se busque para un caso de derecho privado con elementos extranjeros, ya sea a nivel legislativo, nacional o internacional, o bien a nivel jurisprudencial.

Al decir de Erik Jayme, los Derechos Humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos de leyes propios del Derecho Internacional Privado.⁹

sobre las leyes nacionales que contengan normas atributivas de jurisdicción internacional, en sintonía con el artículo 2594 CCC sobre las fuentes del DIPr y con el art. 75 inc. 22 CN.

8. D. P. Fernández Arroyo, “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”, en E. Picand Albónico y H. Llanos Mansilla (coords.). *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*, vol. 2, Santiago de Chile, Librotecnia. p. 298. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf> (06.09.2019).

9. E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en *Recueil des cours*, 251, 1995, p 49.

Pero también en el sector de la jurisdicción internacional, y principalmente desde la reforma constitucional de 1994, los Derechos Humanos y entre ellos, uno elemental, como es el acceso a la justicia, han cobrado un papel protagónico en el derecho argentino a través de la “constitucionalización” de los más importantes instrumentos internacionales en la materia.

Si bien el acceso a la justicia es un principio que tiene manifestaciones de antigua data,¹⁰ la protección de estos derechos fundamentales es hoy, más que nunca antes en la historia de nuestra civilización, una orientación primordial para el legislador, para el juez y para todo operador jurídico.

En efecto, “el que toda persona, con independencia de su origen, pueda acceder a la justicia supone un salto cualitativo democráticamente hablando, pues si todos somos iguales ante la ley, también iguales debemos ser en la posibilidad de hacer valer nuestros derechos ante la jurisdicción de cualquier Estado”.¹¹

La República Argentina se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales y las garantías procesales establecidas en la Constitución Nacional en los arts. 18 y 75, inc. 22, así como en los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o más conocido como el Pacto de San José de Costa Rica, XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Recordemos, por ejemplo, el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en lo principal expresa: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 8: Garantías judiciales).¹²

10. Recordemos que ya en 1495 bajo el reinado de Enrique VII, el Parlamento de Inglaterra aprobó una ley especial para garantizar el derecho a asistencia jurídica gratuita y eximir de costos judiciales a las personas indigentes, en los procesos civiles ante los tribunales del *Common Law*.

11. A. Durán Ayago, “El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 22, 2011, p. 2, disponible en: www.reei.org (06.09.2019).

12. En el ámbito europeo, encontramos el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. También, la

Asimismo, el art. 25 (Protección judicial) establece que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Además, los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado en numerosas oportunidades los alcances de estas disposiciones. Así, ha sostenido que la tutela judicial efectiva es “la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales” (CIDH “Narciso Palacios vs. Argentina”, de 1999).

En “Cantos vs. Argentina”, de 2002, señaló que “este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales”.

En el Derecho Internacional Privado,

la garantía de acceso a la justicia lleva a desterrar la utilización de foros de competencia exorbitantes [...] Precisamente, la protección de esta garantía conduce en determinadas circunstancias a consagrar lo que se denomina un “foro de necesidad”, que es

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, receptó en su art. 47 el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Actualmente, dicha Carta si bien no forma parte del Tratado de Lisboa, por la remisión en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se torna vinculante para todos los Estados, excepto Polonia y el Reino Unido.

aquel que, pese a no estar taxativamente previsto en las normas vigentes, permite la actuación de un juez con el fin de evitar un supuesto de “denegación de justicia”. También para el trámite procesal las normas de derechos humanos establecen criterios específicos que deben respetarse cualquiera sea la jurisdicción y la correspondiente ley aplicable al proceso.¹³

Recientemente, los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), aprobados por la Asamblea de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, en su reunión celebrada en Buenos Aires, el 12 de noviembre de 2016, establecen en lo que aquí nos interesa en: “En el ámbito de los procesos a que den lugar los litigios transnacionales los jueces y demás autoridades estatales procurarán garantizar, de manera razonable, el cumplimiento de los siguientes principios: a.- Principio de ‘máximo respeto de los derechos humanos y acceso a la justicia’: Cada Estado debe establecer y aplicar sus reglas de procedimiento procurando garantizar al máximo los derechos humanos y en especial el derecho de acceso a la justicia” (art. 1.1).¹⁴

En suma, tal como destaca Eduardo Vescovi sobre la necesidad de acceso a la justicia, “nadie discute que se trata de un Derecho Humano

13. D. P. Fernández Arroyo, “El Derecho Internacional Privado en el inicio del siglo XXI”, en *Caderno da Pós-Graduação em Direito ppgdir./UFRGS*, I (II), 2003, p. 221.

14. Estos Principios ASADIP, de acuerdo con su Preámbulo establecen estándares mínimos para garantizar el acceso a la justicia, sin discriminación por razón de la nacionalidad o residencia y de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos y los principios consagrados por la generalidad de las constituciones modernas.

Podrán aplicarse cuando las partes hayan acordado que los aspectos procesales de su relación jurídica se rijan por ellos, a menos que dicho acuerdo se encuentre expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico del foro. También son aplicables a la interpretación, integración y complementación de reglas que resulten competentes para regir esta materia. Igualmente, estos Principios pueden servir de orientación para la codificación del derecho procesal civil y comercial a nivel estatal e internacional. Por último, están dirigidos a las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los Estados, en tanto los mismos están inspirados y a la vez constituyen aplicaciones específicas de principios de *ius cogens*, en particular del derecho humano de acceso a la justicia. Se encuentran disponibles en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf> (06.09.2019).

fundamental, que pertenece al *ius cogens*, las discusiones van por el lado de los problemas reales (y prácticos) que plantea, sus límites, el equilibrio con otros derechos, y las propuestas acerca de cómo hacerlo realmente efectivo y operante”.¹⁵

Dentro de estos problemas, encontramos el de delimitar adecuadamente los criterios atributivos de jurisdicción internacional, de modo de desplegar foros preferentemente concurrentes, a elección del actor, sin que ello menoscabe los derechos de defensa en juicio del demandado, y en tanto se respete el principio de proximidad entre el caso y el foro competente.

III. Los “contactos jurisdiccionales” para la determinación de la competencia internacional y su razonabilidad

Respecto a la atribución de jurisdicción o competencia,¹⁶ cada Estado adopta sus propios criterios en forma unilateral, o bien en el mejor de los casos, armoniza los foros de jurisdicción internacional a través de normas convencionales, de alcance universal, regional o bilateral.

Como bien afirma Fernández Arroyo,

las normas que atribuyen jurisdicción para los casos de DIPr obligan exclusivamente a los jueces y tribunales del Estado que las elabora –cuando se trata de normas que pertenecen a la dimensión autónoma de los sistemas de DIPr–, o de los Estados que forman parte del sistema convencional o institucional que las contiene. Esto es así porque siendo la jurisdicción una cuestión en la que está implicado el ejercicio de una de las funciones esenciales del Estado, resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de juris-

15. E. Vescovi, “El Derecho de acceso a la Justicia y el Derecho Internacional Privado”, Relato presentado para el XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, AADI, Córdoba, septiembre de 2019, disponible en: <https://aadi.org.ar/index.php?acc=5&opc=2> (06.09.2019).

16. En la República Argentina, usualmente nos referimos a la jurisdicción internacional, dejando el término “competencia” para el ejercicio y distribución de la jurisdicción en el ámbito interno.

dicción vigentes en otros Estados y no en el suyo; cosa bien distinta es que dicho juez pueda tomar en consideración las normas de jurisdicción extranjeras para modular su actividad en determinadas circunstancias, como pueden ser las que se dan cuando se presenta una demanda ante él en un supuesto en el cual un ordenamiento extranjero dispone la jurisdicción exclusiva de sus jueces y tribunales.¹⁷

La determinación de los contactos jurisdiccionales presenta la misma dificultad que la elección del punto de conexión en las normas de derecho aplicable (normas indirectas o de conflicto). El legislador asume un importante papel pues debe analizar con sumo cuidado y recelo los diversos vínculos que existan con el Estado, descartando aquellos considerados superfluos, insuficientes o poco cercanos.

En efecto, cada legislación, ya sea de fuente interna o internacional, define cuáles son los foros razonables y cuáles son los foros exorbitantes, los foros generales y especiales, si son exclusivos o concurrentes, determina en qué casos y bajo qué condiciones se podrá prorrogar esa jurisdicción en virtud del principio de autonomía de la voluntad, como asimismo se ocupa de regular algunos foros particulares como el llamado foro del patrimonio, y los más controvertidos, *forum necessitatis* y *forum non conveniens*.

Sin perjuicio de lo acordado al respecto en tratados internacionales, podemos encontrar diferencias en las legislaciones de los países en cuanto a la determinación de cuáles son los contactos que otorgan competencia. Sin embargo, algunos de ellos gozan de una aceptación de carácter universal, tal es el caso del “domicilio del demandado” categorizado como un foro de carácter universal que, salvo alguna excepción, siempre se recepta como un criterio alternativo o subsidiario, es decir, además del supuesto específico previsto por el legislador (foro especial), también se abre jurisdicción ante las autoridades donde el demandado se domicilie o tenga su residencia habitual. Un claro ejemplo podemos encontrarlo en el artículo 2.608 CCCN según el cual, excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado.

17. D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados...*, op. cit., p. 149 y ss.

Se ha justificado su reconocimiento generalizado en que “se trata de un criterio que, en términos generales, beneficia a ambas partes de la contienda. Al demandado, porque allí es donde se supone que puede ejercitar mejor el derecho de defensa, y al demandante, porque se trata de un lugar en el que probablemente se garantice la efectividad de la sentencia”.¹⁸

Además, hallamos, según la materia, foros especiales, que solo atribuyen competencias para determinadas cuestiones en razón del objeto del litigio y su vinculación con el foro. Entre estos foros particulares, encontramos el del lugar de cumplimiento o ejecución de los contratos, el del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño o donde este produce sus efectos en materia de responsabilidad civil, el del lugar del domicilio de la parte actora en algunos supuestos como alimentos, filiación, contratos de consumo (de los cuales nos ocuparemos en este trabajo más adelante), el lugar del domicilio conyugal o común, entre otros. El Capítulo 3 del Título IV referido establece, para cada sección,¹⁹ los criterios de jurisdicción especial.

Otros supuestos, en cambio, son más polémicos. Sea por cuestiones históricas, culturales o simple política legislativa fundada en un interés estatal, encontramos situaciones donde el o los contactos que brindarán jurisdicción no son similares, compatibles o congruentes entre los Estados. Esta situación lleva a la coexistencia en el derecho comparado de foros razonables y exorbitantes.

Hablar de foros razonables implica la existencia de una “vinculación suficiente con el Estado al que pertenecen los tribunales a los que se atribuye ju-

18. D. P. Fernández Arroyo, “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 2: Jurisdicción internacional”, en J.C. Rivera, J. C. y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 821.

19. El Capítulo 3 del CCCN contiene la Parte Especial (arts. 2613 a 2671), la que está subdividida en dieciséis Secciones, dedicadas a: Personas Humanas (Sección I, arts. 2613 a 2620); Matrimonio (Sección 2^a, arts. 2621 a 2626); Unión convivencial (Sección 3^a, arts. 2627 a 2628); Alimentos (Sección 4^a, arts. 2629 a 2630); Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (Sección 5^a, arts. 2631 a 2634); Adopción (Sección 6^a, arts. 2635 a 2638); Responsabilidad parental e instituciones de protección (Sección 7^a, arts. 2639 a 2641); Restitución Internacional de niños (Sección 8^a, art. 2642); Sucesiones (Sección 9^a, arts. 2643 a 2648); Forma de los actos jurídicos (Sección 10^a, art. 2649); Contratos (Sección 11^a, arts. 2650 a 2653); Contratos de consumo (Sección 12^a, arts. 2654 a 2655); Responsabilidad Civil (Sección 13^a, arts. 2656 a 2657); Títulos valores (Sección 14^a, arts. 2658 a 2662); Derechos Reales (Sección 15^a, arts. 2663 a 2670); y Prescripción (Sección 16^a, art. 2671).

risdicción para juzgar el caso”.²⁰ Por el contrario, receptar un foro exorbitante supone otorgar competencia a las autoridades judiciales de modo excesivo, es decir, sin una estrecha relación entre la autoridad y el caso sometido a su conocimiento. Este contacto, entonces, peca por ser desmesurado porque “atribuye a los tribunales del Estado un volumen de competencia judicial internacional desmesurado a los fines de beneficiar a los nacionales de dicho Estado o la posición del mismo Estado”,²¹ y genera una catarata de efectos indeseables, entre ellos, se destaca la dificultad de la sentencia en producir efectos extraterritoriales.

Son ilustrativos los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS) para orientarnos a distinguir con claridad los foros razonables de los exorbitantes.

El art. 3.2 indica que la jurisdicción de los tribunales de un Estado debe establecerse en función de conexiones sustanciales con el tema en disputa o con las partes de esta, teniendo en cuenta la efectividad del acceso del demandante a la justicia sin menoscabo del derecho de defensa del demandado.

A su turno, el art. 3.6 advierte que los Estados no deberán asumir jurisdicción sobre la base de criterios exorbitantes. Expresamente, establece que “se entienden como criterios exorbitantes aquellos en los que la conexión con el foro carece de relevancia razonable, vulnerando el derecho de defensa o al debido proceso del demandado”.

La misma disposición nos brinda ejemplos de criterios exorbitantes: a. El lugar de citación o notificación del demandado; b. La nacionalidad, el domicilio o residencia del demandante; c. La ubicación o el embargo de bienes de propiedad del demandado, a menos que la causa verse sobre el derecho a ejercer la posesión, tenencia, a disponer de tales bienes; d. El mero desempeño de actividades comerciales del demandado, a menos que la causa verse sobre tales actividades; e. La sumisión al foro ejercida unilateralmente por el demandante, entre otros.

Debemos partir, entonces, de la siguiente consideración: cuando el legislador argentino redactó las normas destinadas a resolver el problema que puede suscitarse en las situaciones jurídicas internacionales en cuanto a

20. L. B. Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 211.

21. A. Calvo Caravaca - J. Carrasco González, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Comares, Granada, 2004, Vol. I, p. 82.

la jurisdicción, recibió criterios generales y especiales basados en su proximidad con nuestros tribunales, es decir que seleccionó contactos que se presuponen cercanos, próximos y previsibles. Todas las conexiones brindadas por el ordenamiento jurídico argentino se esperan como razonables, así lo destacó Milton C. Feuillade, quien expresó años atrás la inexistencia de foros exorbitantes en Argentina al decir:

se constató que no es punto de contacto en las normas de competencia judicial argentinas la nacionalidad del demandante o del demandado, ni la presencia o introducción de bienes del demandado, con excepción de la competencia exclusiva que territorialmente pueda corresponder, ni la mera presencia o residencia ocasional, ya sea del demandante o el demandado en el territorio nacional, ni la presencia comercial del demandado sin que el litigio esté vinculado a la actividad, ni el lugar de firma de los contratos cuya competencia general se basa en el lugar de cumplimiento, ni las designaciones unilaterales de tribunal competente que puedan hacerse, ni cualquier tipo de asignación que el demandado hubiese hecho en el territorio nacional.²²

Cuando el legislador de un Estado redacta sus normas de jurisdicción busca garantizar el acceso a la justicia de manera igualitaria, es decir, no discriminando por la nacionalidad o domicilio de los sujetos pero, en ciertas ocasiones, inclina la balanza en favor de ciertos sujetos jurídicamente débiles o que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente a la contraparte. Todas estas finalidades han de ser tenidas en cuenta cuando se opta por uno u otro contacto jurisdiccional.

Y llegado este punto, nos preguntamos: ¿se encuentra el *forum actoris* admitido en el DIPr argentino? Y, en su caso, ¿puede considerarse como un contacto jurisdiccional que desemboque en un foro exorbitante?

Atribuir competencia a los jueces donde se encuentra el domicilio o residencia habitual del actor no cuenta con una aceptación universal en el DIPr por entenderse, desde una concepción general, que no garantiza el

22. M. C. Feuillade, *Competencia internacional civil y comercial*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004, pp. 317-318.

debido proceso respecto del demandado, en particular sus derechos constitucionales de defensa en juicio. Sin embargo, veremos cómo en algunos supuestos esta tendencia cede en pos de derechos fundamentales que se convierten en pilares suficientemente capaces de justificar el *forum actoris*.

IV. El *forum actoris* en el DIPr argentino

La internacionalidad en las situaciones privadas genera diversos impactos: en algunos casos incrementa o maximiza la vulnerabilidad de ciertos sujetos (como los niños, niñas y adolescentes, los consumidores, los trabajadores, entre otros), potencia la interacción y el contacto entre personas alejadas entre sí (por ejemplo, el incremento del comercio internacional); incluso permite la interacción entre diversas culturas, con sus propios valores y tradiciones.

El DIPr asume el compromiso de brindar las soluciones más justas mediante normas especialmente adaptadas a esta realidad jurídica y social. Es en este punto donde el CCCN toma un papel fundamental: no solo busca responder a un mundo globalizado e hiperconectado mediante disposiciones “modernas”, también se encuentran regulados institutos que carecían de tratamiento normativo en el antiguo Código pudiendo, de este modo, colmar lagunas que tantos dolores de cabeza e interpretaciones divergentes generaron en la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Contar con normas destinadas a poner en orden la jurisdicción y cooperación jurídica internacional es uno de los tantos valiosos aportes del CCCN. Dentro de la parte especial se encuentran regulados una gran cantidad de institutos y para cada uno de ellos el legislador les otorgó su correspondiente tratamiento. De este modo, salvo alguna excepción, cada materia cuenta con una norma destinada a la competencia internacional y, seguidamente, la disposición para la determinación del derecho aplicable.

Pero, antes de analizar la norma de jurisdicción específica para cada materia en particular, debe respetarse lo receptado en el art. 2.601 que responde a una manda constitucional: las normas del Código que atribuyen jurisdicción solo se aplican luego de confirmar la inexistencia de un tratado internacional aplicable y la ausencia de un acuerdo de elección de foro en los casos permitidos.

Dicho ello, ahora pasaremos revista por los distintos casos de *forum actoris* que encontramos, expresa o implícitamente, previstos en nuestra fuente interna.

1. *El forum actoris en materia de filiación*

Durante la vigencia del Código Civil, el DIPr argentino no contaba con normas destinadas a regular la filiación internacional, con excepción de algunas disposiciones puntuales para las adopciones conferidas en el extranjero, introducidas por diversas leyes modificatorias. Es decir, en el derecho doméstico encontrábamos soluciones y regulaciones de materias e institutos que no contaban con su reflejo a nivel internacional.

Este vacío normativo llevó a la doctrina argentina a brindar soluciones que lo colmaran. Destacable fue la propuesta de María Susana Najurieta, quien sugería, a elección del actor, que la competencia debía atribuirse a los jueces del domicilio del demandado al tiempo de la concepción, del nacimiento o de la promoción de la acción; a los jueces del Estado cuyo derecho rige el fondo del asunto; o a los jueces del lugar de residencia habitual del niño al tiempo del nacimiento o de la promoción de la acción. La autora diferenciaba estos criterios cuando se tratase del reconocimiento voluntario o de impugnación de reconocimiento donde la competencia recaería ante los jueces del lugar de otorgamiento del acto, del domicilio del demandado o de la residencia habitual del niño.²³

Otra corriente sostenía la aplicación analógica de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 considerados como pioneros en la regulación de cuestiones internacionales de la minoridad.²⁴ En esta misma línea de pensamiento, Antonio Boggiano también proponía esta solución, pero con un notorio llamado de atención. Bajo una consideración de normas “parcas” se preguntaba si las disposiciones eran adecuadas a las realidades del mundo actual para concluir que no podía llevarse una mecánica y automática aplicación sin examinar previamente su adecuación a las “nuevas orientaciones materiales”.²⁵

Sin dudas, la introducción del *favor filii* en el año 1985 a través de la sanción de la ley 23.264 cambió la situación al orientar materialmente tanto

23. M. S. Najurieta, “El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo”, en *Revista de Derecho Internacional y de la Integración*, N°1, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2000, ps. 91-92.

24. W. Goldschmidt, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 522.

25. A. Boggiano, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Séptima edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 432.

las decisiones jurisprudenciales como las opiniones doctrinarias, poniendo en tela de juicio esta aplicación analógica de la fuente convencional.²⁶

Similar situación se planteó en la República Oriental del Uruguay donde la filiación no fue regulada como categoría autónoma en la fuente interna, lo cual también llevó a la doctrina a sostener que existía un vacío normativo a ser integrado por la solución contenida en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo.²⁷

De una u otra manera se requería una regulación específica junto a soluciones acorde a los Derechos Humanos, a la internacionalización de las relaciones jurídicas y a las nuevas modalidades de filiación. La entrada en vigencia del CCCN significó un avance sustancial y significativo no solo por contar hoy con normas expresas referidas a este instituto sino, también, por buscar situar al derecho local dentro de las tendencias modernas respetuosas tanto de la internacionalidad como del *favor filii*.

La norma de jurisdicción la encontramos en el art. 2631 CCCN.²⁸ Como primer comentario destacable podemos acordar que su tratamiento autónomo es sumamente gratificante. La regulación de la filiación (tanto respecto a la competencia como al derecho aplicable) no está vinculada ni depende de la existencia –o no– de una unión matrimonial, no quedan absorbidas por ese vínculo gozando hoy de una propia e independiente reglamentación.

Teniendo en cuenta la diversidad en la naturaleza de los procedimientos (en un caso se habla de un proceso contencioso mientras que en el otro estaremos en presencia de un acto voluntario y de carácter unilateral), la

26. L. B. Scotti, “La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, en *Ars Juris Salmanticensis*, Vol. 3, junio 2015, p. 87.

27. Q. Alfonsín, *Sistema de derecho civil internacional*, vol. 1, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1961, pp. 721-722C, citado por C. Fresnedo de Aguirre, “El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N°1 2006, p. 157.

28. “Artículo 2631.- Jurisdicción. Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor. En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento”.

norma regula las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación, por un lado y los supuestos de reconocimiento, por el otro.²⁹

Para el primero de los casos, el legislador permite al actor elegir donde quiere entablar la demanda y ello surge de manera expresa en la norma: “a elección del actor”. Entre los criterios receptados de modo concurrente se encuentran los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial, junto a los del domicilio del progenitor o pretendido progenitor. Estamos ante una norma que comprende lo denominado por la doctrina como “dimensión activa y dimensión negativa” pues tanto sea que el reclamo busque la determinación o la impugnación de la paternidad las conexiones son las mismas.³⁰ En los casos de reconocimiento, también encontramos como posible autoridad competente al juez del domicilio de quien efectúa el acto de reconocimiento. De esta manera, el *forum actoris* encuentra su recepción en el derecho local.

En general, la doctrina ha elogiado la incorporación de esta norma: “La técnica legislativa empleada [...] resulta coherente con el principio de *favor filiationis*, porque implanta contactos alternativos a fin de posibilitar al actor iniciar las acciones ante el tribunal del Estado que le resulte más favorable. Al tratarse de foros de protección, su interpretación debe atender a la orientación material que subyace en los criterios elegidos por el legislador”.³¹

Sin embargo, algunas críticas doctrinarias se han focalizado en la ausencia de limitación temporal respecto del contacto “domicilio” junto a la falta de recepción de la residencia habitual como conexión razonable máxima cuando es la tendencia predominante tanto en el derecho comparado

29. L. B. Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, segunda edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 404. En igual sentido, N. Rubaja, “Las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial sobre la triple fuente de filiación: por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción”, en *Revista Código Civil y Comercial*, 2017 (septiembre), Cita Online: AR/DOC/2165/2017.

30. M. D. Iñiguez, “Relaciones de familia en el derecho internacional privado”, en *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación*. Familia 2014 (diciembre), 135, La Ley 2014-F, S/P.

31. A. M. Uriondo de Martinoli, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia*, Ed. Lerner, Córdoba, 2017, p. 187.

como en foros internacionales.³² La falta de temporalidad llevó a interpretar que debía tomarse el domicilio al momento de interposición de la demanda para así garantizar la proximidad del caso con el foro.³³

2. *El forum actoris en materia de alimentos*

Estar frente a una obligación de naturaleza asistencial conlleva a situarnos dentro de uno de los temas más sensibles, tanto en el orden doméstico como en el internacional.

De la misma manera que sucede con la filiación internacional y la responsabilidad parental, estamos ante un tema que carecía de una específica regulación. Es decir, no solo no se encontraba tratado de manera autónoma, sino que la única referencia que el Código derogado disponía se hallaba en el art. 162,³⁴ norma destinada a regular el derecho aplicable a los alimentos dentro del matrimonio. Siendo, entonces, un desprendimiento de los efectos personales, el art. 227 disponía como competentes las autoridades del último domicilio conyugal efectivo o las del domicilio del cónyuge demandado. En definitiva, la petición de alimentos aparecía como un estatuto no autónomo absorbido por la jurisdicción que atiende al problema fundacional: el matrimonio. Similar situación sucede con los Tratados de Montevideo de Derecho Civil (1889 y 1940).³⁵

Hace ya mucho tiempo, se instauró en la doctrina una tendencia inclinada a considerar las obligaciones alimentarias como una categoría jurídica

32. L. B. Scotti, *Manual... op. cit.*, p. 404.

33. N. Rubaja, “Las disposiciones de Derecho Internacional...”, Cita Online: AR/DOC/2165/2017.

34. Art. 162 Código Civil. “Las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de este, se aplicará la ley de la última residencia. El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, permisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario. Las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa”.

35. A. Perugini Zanetti, “Alimentos internacionales”, en *Caderno da Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, vol. I, Número II, setiembre 2003, p. 317. Debe destacarse que desde la entrada en vigencia de la CIDIP IV sobre obligaciones alimentarias, los Tratados de Montevideo en este aspecto quedaron desplazados.

autónoma de la relación de familia de la que provengan, teniendo en miras la protección del acreedor entendido como un sujeto débil. En 1985, Juan Carlos Fernández Rozas se preguntó: “¿Puede darse una respuesta autónoma al régimen de la obligación alimenticia con independencia de la relación jurídica de la que deriva, o debemos incluirla dentro del ámbito de la ley aplicable a esta última?”.³⁶ Cecilia Fresnedo de Aguirre es otra jurista que pregona por esta independencia al decir que, conforme su fundamento y vital necesidad, correspondía abordarla como una categoría independiente de la relación jurídica generante.³⁷

En el mismo sentido, en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional Privado celebrado en la Provincia de Córdoba los primeros días de octubre de 2009 por unanimidad se llegó a la siguiente conclusión: “La obligación alimentaria responde al derecho humano fundamental de la subsistencia y debe ser concebida como una categoría autónoma no solamente en cuanto a merecer una regulación independiente sino también en cuanto al reconocimiento de un fundamento propio que reside en el ‘estado de necesidad’ del acreedor alimentario”.³⁸

El CCCN responde a esta tendencia; en la Sección Cuarta del Capítulo II (Título IV, Libro 6º) nos encontramos con normas específicas destinadas al tratamiento internacional de los alimentos tanto para el sector del derecho aplicable como para la determinación de la jurisdicción internacional.

En efecto, el artículo 2.629 CCCN contiene tres disposiciones de las cuales solo nos detendremos en la primera de ellas.

Al momento de instaurarse el reclamo sobre la prestación alimentaria, el legislador le brindó a la parte actora una amplitud de foros en pos de un real, factible y protectorio acceso a la justicia. La concurrencia entre cinco posibles jueces competentes refleja esta concepción: cuantos más contactos jurisdiccionales brinde la norma, el acceso a una autoridad judicial se vuelve una realidad cierta y concreta. Al mismo tiempo, la amplitud de foros contribuye a un futuro pedido de reconocimiento de sentencias extranjeras. Es

36. J. C. Fernández Rozas, “Las obligaciones alimentarias en el DIPr español”, en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 37, N°1, 1985, p. 77.

37. C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, TII, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004, p. 109 y ss.

38. Disponible en <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4> (06.09.2019).

decir, cuando la decisión judicial se haya dictado en otro Estado y al contar con este abanico de jueces potencialmente competentes, será mucho mas factible poder superar con éxito el control de competencia bilateral que, a la fecha, sigue rigiendo en Argentina por disposición del inc. 1 del art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

En resumen, como señala Adriana Dreyzin de Klor, “dada la protección que requiere el acreedor en este instituto, la jurisdicción es concurrente entre numerosos foros y las opciones priorizan el interés de quien es la parte débil de la relación”.³⁹ Entonces, los contactos jurisdiccionales que la norma brinda son:

- Domicilio del actor (*forum actoris*).
- Residencia habitual del actor (*forum actoris*).
- Domicilio del demandado (foro general).
- Residencia habitual del demandado (foro general);
- Lugar donde el demandado tenga bienes, si fuese razonable (foro del patrimonio).

Un problema no resuelto por la norma, y su inclusión hubiera sido otro gran aporte, se configura en aquellas situaciones cuando, reconocido el deber alimentario, quien instaure el reclamo sea el deudor alimentario, sea que solicite su reducción o cese.⁴⁰

Si la finalidad de la norma es la protección del acreedor alimentario, calificado como un sujeto débil, ¿qué sucede en aquellas situaciones donde el reclamo se presenta ante la justicia a manos del deudor? ¿Podría desvirtuarse esta protección? Señalamos este supuesto pues el *forum actoris* se vuelve un arma de doble filo en esta especial materia. El CCCN no previene esta situación y, al establecer que la elección está en cabeza de quien inicia el reclamo, la acción que entable el deudor cuenta con el mismo alcance que si fuera el acreedor: podrá elegir entre los foros concurrentes permitidos.

Como punto diferencial podemos citar la CIDIP IV sobre Obligaciones Alimentarias celebrada en la ciudad de Montevideo de 1989 y ratificada por

39. A. Dreyzin de Klor, “Título IV. Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, en R. L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo XI, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p. 579.

40. A. P. Perugini Zanetti, “Alimentos internacionales”, *op. cit.*, p. 321.

Argentina. En su art. 8 dispone que la elección entre la multiplicidad de foros está en favor del “acreedor” alimentario, y no “a elección de quien la requiera” como dispone nuestro Código. Al mismo tiempo, establece que cuando lo que se plantee es el cese o la reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido para la fijación son quienes asumen la competencia. Cecilia Fresnedo de Aguirre explica que esta solución busca facilitar al acreedor de alimentos la posibilidad de lograr una mejora en las prestaciones y, por el otro, limitar la posibilidad del deudor de reducirlas o hacerlas cesar.⁴¹ Aquí podemos encontrar una completa protección a los derechos e intereses del alimentado pues, como señala Nieve Rubaja, ofrece un abanico de foros posibles a opción del acreedor alimentario brindándole la posibilidad de un más cómodo acceso a la justicia sin desatender la garantía de defensa en juicio del demandado.⁴²

El Reglamento (CE) N°4/2009 de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, vigente en el ámbito de la Unión Europea, también establece una serie de foros alternativos pero cuando se refiere a los domicilios de las partes, reconoce competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual y el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual.⁴³

41. C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de...*, *op. cit.*, p. 128.

42. N. Rubaja, *Derecho Internacional Privado de Familia*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 566.

43. Artículo 3 del Reglamento (CE) No 4/2009: Disposiciones generales. Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros: a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

3. *El forum actoris en la responsabilidad parental y en otras instituciones de protección*

La regulación de la responsabilidad parental e instituciones de protección con elementos internacionales se encuentra dentro de la Sección 7^a. A diferencia de lo que sucede con el resto de los institutos abordados en la parte especial no vamos a encontrar una norma de jurisdicción internacional, lo cual es –además de llamativo– sumamente negativo.

La misma advertencia realiza la Profesora Uriondo de Martinoli: “Es posible advertir un cambio en la técnica legislativa respecto a las otras instituciones de familia, por cuanto se ha omitido incorporar las correspondientes reglas de jurisdicción internacional”.⁴⁴

Los Estados deben asegurar el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos como forma de garantizar un derecho humano y constitucional fundamental. La falta de una norma que determine la competencia de las autoridades judiciales lleva a tener que extraerla o deducirla de otros medios, disposiciones o principios. Para ello, la doctrina, así como la jurisprudencia, cumplen un importante rol.

Una primera solución posible implicaría acudir a los principios que inspiran el Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (CLH 1996), suscripto en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 19 de octubre de 1996, que han sido fuente de nuestro legislador. Además, la situación de estar “con un pie dentro y uno afuera” de su incorporación al derecho argentino es usada doctrinariamente para traer, por medio de la analogía, sus disposiciones como soluciones para aplicar ante la falta de una norma expresa en el CCCN en materia de jurisdicción internacional,⁴⁵ es decir, recurrir al texto convencional se vuelve factible pese al

44. A. Uriondo de Martinoli, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia*, op. cit., p. 246.

45. L. Baltar y L. B. Scotti, “La jurisdicción internacional directa en un caso de responsabilidad parental. Comentario al fallo ‘H., K.E. c. M.V., A. s/ cuidado personal de los hijos’”, en *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, N°143.685, Año KVII, 7 de agosto de 2019, p. 2.

fallido intento argentino para su aprobación.⁴⁶ De acuerdo con la CLH 1996, las autoridades del Estado donde el niño tiene su residencia habitual son las que asumen competencia. Sin embargo, se admite que cualquier país donde el niño se encuentre tome las medidas necesarias de protección provisionales o de emergencia.

Con similar resultado, se puede acceder de manera analógica a lo dispuesto en el art. 716 del CCCN donde se establece la jurisdicción de los jueces del lugar donde el niño tiene su centro de vida para los casos internos.

Otra posible solución la brinda Nieve Rubaja, quien sostiene la competencia de los jueces argentinos si la residencia habitual del niño estuviera en el país, o concurrentemente si el domicilio o residencia habitual del demandado sea el que se encuentre en el país por aplicación del criterio general del art. 2608 del CCCN.⁴⁷ Apoya esta postura Adriana Dreyzin de Klor, quien manifiesta que el CCCN "...no incluye una norma atributiva de jurisdicción, ya que surge expresamente del artículo en análisis que la competencia de los jueces de la residencia habitual del niño se suma a los foros generales: domicilio o residencia habitual del demandado".⁴⁸

Finalmente, podemos llegar a este mismo resultado mediante el uso del paralelismo y extraer la jurisdicción de lo dispuesto por la norma de conflicto del art. 2639 del CCCN la cual dispone la aplicación del derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto para todo lo atinente a la responsabilidad parental.

En esta inteligencia, se pronuncia Uriondo de Martinoli en los siguientes términos:

46. Con fecha 26 de noviembre de 2015 el Congreso aprobó la Convención, sin embargo a la fecha no se cuenta con la ratificación necesaria y ello impide la entrada en vigor para nuestro país. El problema se presenta porque la ley aprobatoria transcribe un texto que no responde a la traducción oficial del convenio. Cfr. L. B. Scotti, "El Convenio de La Haya sobre Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los Niños. Su ratificación como asignatura pendiente", en LL, 2018-E-668, cita online: AR/DOC/1611/2018.

47. N. Rubaja, "Comentario del art. 2639", en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso (dirs.), Buenos Aires, Infojus, 2015, t. VI, p. 396.

48. A. Dreyzin de Klor, *El Derecho Internacional Privado Actual*, T 2, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2017, p. 58.

Por la teoría del paralelismo, según la cual, será competente el juez del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio (art. 56 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940) será posible deducir que el juez argentino tendrá competencia para entender las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental, si la residencia habitual del hijo estuviera en el país al momento en que suscita el conflicto (CCCN, art. 2639). Esta línea de interpretación favorece la armonización de las normas de jurisdicción y derecho aplicable. Asimismo, en virtud de lo previsto para las acciones personales, estaríamos habilitados para admitir la concurrencia del foro del domicilio o residencia habitual del demandado, si estas conexiones se encuentran en el país (art. 2608 CCCN).⁴⁹

Utilicemos el camino que consideremos más acertado, todos ellos nos conducen a la jurisdicción del juez donde el niño tenga su residencia habitual, lo cual implica poder entablar el reclamo ante las autoridades de su propio país.

Situación similar acontece en materia de tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida dado que no está prevista una norma especial de jurisdicción.⁵⁰ El art. 2640 CCCN se limita a indicar el derecho aplicable: “Se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador”.

Coincidimos en cuanto, “siguiendo el mismo camino de deducción, en el caso de la tutela, curatela y otros institutos equivalentes de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, el juez argentino será competente si el domicilio de la persona de cuya protección se trate se situara en el país (art. 2640). A su vez, a ese domicilio el CCCN lo localiza en el lugar de

49. A. Uriondo de Martinoli, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia*, op. cit., p. 255.

50. El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 disponía: “Para el discernimiento de la tutela y de la curatela tienen jurisdicción los tribunales del domicilio de la persona de cuya protección se trate. Si se trata de persona en estado de abandono tienen jurisdicción los tribunales de su residencia habitual y si esta no se conociere, los del lugar donde se encuentra” (art. 40).

la residencia habitual de los sujetos a curatela u otro instituto de protección (art. 2615)".⁵¹

4. *El forum actoris en las relaciones de consumo*

El único contrato especial que cuenta con normas específicas en las Disposiciones de DIPr es el que regula el vínculo entre el consumidor y el proveedor, el resto quedarán sometidos, cuando el CCCN sea de aplicación, a las normas generales dispuestas entre los arts. 2.650 a 2.653, salvo el contrato de trabajo que, como lo destaca la doctrina, no fue objeto de ninguna norma especial y por ello continúa rigiéndose por la ley 20.744 y demás normas modificatorias.⁵² Contar con normas propias para las relaciones de consumo implica otro de los grandes aportes del CCCN pues le otorga –además de un sistema protectorio– su característica de independiente y específico.⁵³

El estado de hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo⁵⁴ conlleva la necesidad de adoptar normas destinadas a quebrantar, con el mayor grado de probabilidad, ese desequilibrio inherente a este tipo de relaciones, como mecanismo de protección del más débil. La sensibilidad del tema, la búsqueda de soluciones acordes a las diversas y novedosas modalidades de contratación en el ámbito del consumo, la protección de derechos frente a las avasallantes políticas comerciales de los proveedores son todos desafíos al momento de tomar la decisión político-legislativa y redactar la norma especial. Al mismo tiempo, no debe olvidarse la importancia económica de estos contratos y ello implica no poner en peligro la actuación de los proveedores quienes, ante una desmesurada protección, podrían ver afectados sus intereses monetarios y así retrotraer su actuación. La búsqueda

51. A. Uriondo de Martinoli, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia*, op. cit., p. 255.

52. C. D. Iud, “‘Booking.com’ y la jurisdicción internacional en contratos electrónicos concluidos por consumidores”, en *Revista de Derecho Comercial*, 2018 (288), Cita Online: AR/DOC/2896/2018.

53. A. Dreyzin de Klor, *El derecho internacional privado actual*, Tomo II, Ed. Zavallía, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 351.

54. Calificación tomada de L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017.

del equilibrio entre el cuidado del consumidor y el impulso del comercio incrementan la dificultad al momento de su regulación.

La norma de jurisdicción se encuentra en el art. 2654 CCCN⁵⁵ donde vamos a advertir una diferencia según quién sea el actor del reclamo o, desde otra mirada, según el rol del consumidor. Cuando el proveedor decida demandar –consumidor en rol pasivo– como protección la norma solo habilita a iniciar el reclamo en Argentina si el domicilio se encuentra en nuestro país. No obstante, la existencia de un único contacto no debe confundirse con un supuesto de jurisdicción de carácter exclusivo. Este criterio respeta el principio general del “foro razonable” ya que no es otra cosa que demandar ante las autoridades del domicilio del demandado. Tal como lo destaca Paula María All, “atribuir jurisdicción a los jueces del país en que el demandado tiene su domicilio garantiza, para este, que podrá litigar en el país que se supone que cuenta con los elementos para defenderse en juicio...”⁵⁶

Cuando sea el consumidor quien instaure el reclamo –consumidor rol activo– la situación cambia de modo tajante. A diferencia del punto anterior, la norma busca dotarle de una mayor posibilidad de acceder a algún foro y ello se logra mediante una amplitud de posibles jueces competentes. En primer lugar, se establece claramente que la elección es del propio consumidor quien puede demandar en Argentina si alguno de los contactos jurisdiccionales receptados se sitúa en nuestro territorio.

Uriondo de Martinoli sintetiza con claridad el alcance de la disposición analizada: “El CCCN instaure varias conexiones procesales cuando la parte débil actúa como demandante, aunque se abstiene de incorporar el foro del domicilio o residencia habitual del consumidor; a la vez que recoge una solución restrictiva, limitada con carácter general al domicilio del consumidor, cuando la parte débil es la demandada”.⁵⁷

55. Es importante advertir que el art. 2.654 se refiere a una categoría más amplia que la de contrato de consumo. En efecto, “la norma se refiere a la categoría ‘relaciones de consumo’ y a poco que se analicen las calificaciones provistas por los arts. 1092 y 1093 del CCyCN se advierte que el alcance sería más amplio que el de contrato de consumo”. Cfr. C.D. Iud, “Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial argentino 2014”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, N°XXIV, 2015, p. 224.

56. P. M. All, “Las normas de jurisdicción...”, *op. cit.*, pp. 422-444.

57. A. Uriondo de Martinoli y E. Martinoli Uriondo, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Contratos internacionales*, Ed. Lerner, Córdoba, 2019, p. 315.

Dentro del abanico de soluciones presentadas de modo concurrente, y considerados como razonablemente previsibles, a favor del consumidor en calidad de actor, tendientes a garantizar y facilitar su acceso a la justicia,⁵⁸ uno es el que nos llama la atención y por ello merece su análisis. Bajo una técnica legislativa algo confusa, se dispone otorgarles competencia a los jueces del “lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato”.

Si bien expresamente el domicilio del actor no cuenta con una recepción, podemos desprenderlo de este criterio mediante una interpretación y consideración de las situaciones fácticas de cada contrato en particular. Es decir, ¿dónde el consumidor realiza los actos necesarios destinados a la celebración del contrato? Una primera posibilidad sería en el Estado donde se encuentre casualmente al momento de decidir contratar que, potencialmente, puede ser distinto a todos aquellos casos enumerados como foros concurrentes. De interpretar así la norma, estaríamos ante una situación sumamente conflictiva susceptible de rozar la exorbitancia. Como señala Carolina Iud, si un consumidor se encuentra en nuestro país de manera ocasional y realiza tales actos, la competencia en Argentina –si solo este criterio se encuentra territorialmente aquí– devendría exorbitante.⁵⁹

Otro posible supuesto, creyendo que sería el más habitual, es cuando realice esos actos en el Estado en el cual se encuentra domiciliado. Cuando un consumidor decide adquirir un producto o servicio por medio de alguna plataforma electrónica, los actos necesarios para la celebración del contrato los efectúa desde su hogar, en su casa. No es el lugar de celebración aquí lo determinante, y las dificultades que puedan presentarse para determinar ello, pues la norma en este contacto se refiere a todos aquellos pasos realizados para llegar a ese punto.

Entonces, si bien no se incluyó expresamente el *forum actoris*, en la mayoría de los casos concretos se presentará como una alternativa concreta. En su análisis al artículo, Adriana Dreyzin de Klor manifiesta de modo contundente que “de manera exclusiva el Código Civil y Comercial adopta

58. M. E. Uzal - P. Masud, “Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, en J. M. Curá (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 783.

59. C. D. Iud, “‘Booking.com’ y la...”, *op. cit.*

el foro del domicilio del consumidor, con lo cual se intenta conceder a su persona la factibilidad de litigar en el lugar en que tiene todo al alcance de su mano”.⁶⁰

De todos modos, aún nos interrogamos sobre la razón por la cual no se incorporó expresamente este contacto jurisdiccional dado que es una tendencia en el derecho comparado.

De hecho, en un ámbito convencional que nos es propio como el del Mercosur, el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (MERCOSUR/CMC/DEC N°10/96), no vigente, dispone como regla general que tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor (art. 4). Asimismo, incluye soluciones alternativas, excepcionales y por voluntad exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, tales como los jueces del Estado de celebración del contrato; de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; del domicilio del demandado (art. 5).

De estas disposiciones la doctrina extrae el objetivo protectorio al entender que brinda una protección especial por ser la parte más vulnerable de la relación jurídica otorgándole la posibilidad de litigar en su propio país.⁶¹

En el mismo sentido, el Código belga de Derecho Internacional Privado del año 2004 otorga competencia a las autoridades judiciales de su Estado cuando allí esté la residencia habitual del consumidor siempre que él sea quien introduzca el reclamo, entre otras exigencias. Asimismo, el art. 114 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987 dispone que la acción entablada por un consumidor puede ser interpuesta a su elección ante los jueces de su domicilio o residencia habitual o los jueces del domicilio o en su defecto de la residencia habitual del demandado. Además, expresamente establece que el consumidor no puede renunciar por adelantado al foro de su domicilio o de su residencia habitual.

El Reglamento de la Unión Europea N°1215/2012 del 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución

60. A. Dreyzin de Klor, *El derecho internacional...*, op. cit., p. 350.

61. Cfr. A. Uriondo de Martinoli, “El consumidor internacional”, en *SJA*, 2017, (128), Cita Online: AR/DOC/4048/2017.

de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil trata, en el artículo 18, la jurisdicción internacional en los contratos de consumo permitiéndole al consumidor entablar la acción contra el proveedor ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor.

No hace falta irse tan lejos para percibir esta tendencia. En Latinoamérica podemos mencionar la Ley N°544-14 titulada “Ley de Derecho Internacional Privado” aprobada el 15 de octubre de 2014 por la República Dominicana, donde en el inciso 4 al artículo 16 se determina la competencia de las autoridades judiciales locales cuando el consumidor tenga allí su domicilio. El Código de Derecho Internacional Privado de Panamá, vigente desde mayo de 2014, en su artículo 95 permite al consumidor elegir entre la jurisdicción de su domicilio, la del lugar de conclusión del contrato o aquella que le sea más favorable en función del principio del interés superior del consumidor.

El contacto de la residencia habitual del consumidor está previsto también en el Anteproyecto de ley de Defensa del Consumidor que el 6 de diciembre de 2018, la Comisión Redactora para la reforma integral de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor elevó ante los Señores Ministros de Justicia y Derechos Humanos, y de Producción y Trabajo de la Nación.⁶²

En suma, el *favor debilis* es un fundamento, un pilar suficiente para dotar a este foro de toda razonabilidad; su orientación destinada a perseguir una finalidad de justicia mediante el restablecimiento del equilibrio entre las partes del contrato nos lleva a concluir que darle la aptitud al consumidor de demandar antes las autoridades de su propio Estado no implica daño alguno para el proveedor por ser un contacto esperable, conocido y conectado. Obligar al consumidor a tener que litigar en el extranjero es ponerlo en un estado de indefensión y cercenar su acceso a la justicia por los altos costos a los que deba incurrir junto a la incomodidad y complejidad de un proceso internacional, máxime cuando él es quien (presuntamente) salió perjudicado de ese vínculo y pretende acudir a las autoridades en busca de auxilio.

62. Cfr. A. Uriondo de Martinoli y E. Martinoli Uriondo, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Contratos internacionales*, op. cit., p. 313.

Pese a esta consideración, encontramos alguna doctrina que entiende que esta exclusión es en realidad inexistente al manifestar que “aunque no se consagra expresamente el *forum actoris*, puede colegirse que seguramente coincidirá con el lugar de celebración, el lugar de cumplimiento, el lugar de garantía, etc., todos ellos contemplados”.⁶³

En definitiva, ya sea por interpretación, sustentada en el derecho comparado⁶⁴ o por coincidencia de foros, la posibilidad de que el consumidor demande ante las autoridades del país donde tenga su domicilio es factible en nuestro ordenamiento jurídico.

V. Supuestos no receptados en la fuente interna argentina

Sin perjuicio del supuesto de las relaciones de consumo, respecto a las cuales el *forum actoris* no fue incluido expresamente, o de las aparentes omisiones de criterios de jurisdicción especial en materia de responsabilidad parental y otros institutos de protección, casos en los que aquel bien puede deducirse lógicamente, y en consonancia con las tendencias predominantes; encontramos otros casos, en cambio, que, por motivos diversos, no han sido receptados en el Código Civil y Comercial de la Nación, ni se pueden colegir de su texto. Algunos de ellos, sin embargo, gozan de carta de ciudadanía en la fuente convencional, y en otros casos, los podemos encontrar en el derecho comparado.

En primer lugar, cabe mencionar lo dispuesto por el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual de 1994, en vigor entre los cuatro socios originarios del Mercosur, en materia

63. M. Rabino, “El contrato de consumo con elementos internacionales”, en *Revista de Derecho Comercial*, 2016, 280 (485), Ed. La Ley, Buenos Aires, Cita Online: AR/DOC/4820/2016.

64. De acuerdo al art. 1.2 de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), en los litigios transnacionales, la interpretación jurídica atenderá también a los siguientes principios: c.- Principio de “interpretación conforme al derecho comparado”: Los jueces y demás operadores de justicia también procurarán tener en cuenta las tendencias interpretativas y las soluciones del derecho comparado favorables al acceso a la justicia, así como la jurisprudencia de los organismos internacionales en materia de derechos humanos. Disponibles en: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf> (06.09.2019).

de jurisdicción subsidiaria, a falta de acuerdo válido de elección de foro. Según el art. 7, a elección del actor son competentes: a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) Los jueces del domicilio del demandado; c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación.

El último inciso introduce el *forum actoris* en un ámbito en donde no es habitual, como el de los contratos internacionales civiles y comerciales, máxime considerando que el Protocolo excluye expresamente ciertos contratos en los cuales suele tener acogida como los contratos de consumo o de trabajo (art. 2).

En los siguientes términos se refiere Alicia Perugini a esta inclusión: “constituye una innovación que introduce el Protocolo la posibilidad del actor de plantear la controversia ante las autoridades de su propio domicilio cuando demostrare “palmariamente” que cumplió con su prestación. Queda a criterio del juez la valoración de las razones de cumplimiento. En estos casos, no sería justo sancionar al actor con la obligación de interponer la demanda en un Estado que no sea el propio”.⁶⁵

No será siempre sencillo determinar el alcance de “actor cumplidor”, dado que el Protocolo no brinda ninguna calificación ni orientación que pudiera facilitar la tarea del juez ante el caso concreto.

Por otro lado, el Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del Mercosur, en vigor, establece en el art. 7 que serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado Parte: a) donde se produjo el accidente; b) del domicilio del demandado; y c) del domicilio del demandante.⁶⁶

En efecto, encontramos la consagración del *forum actoris* en el último inciso de la norma. Sin embargo, no existe una aceptación generalizada, siquiera mayoritaria en el derecho comparado, de este contacto jurisdiccional en materia de responsabilidad civil.

Nos recuerda María Susana Najurieta que, por el contrario,

65. A. M. Perugini, “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual”, en *Jurisprudencia Argentina*, N°6052, 27 de agosto de 1997, p. 58

66. Este Protocolo del Mercosur está inspirado en el Convenio bilateral de 1991 firmado por la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, en la misma materia.

el derecho comparado nos muestra una búsqueda de equilibrios entre foros accesibles para las víctimas y previsibles para el responsable pues, el mayor beneficio de la víctima no es litigar en el *forum actoris*, sino litigar donde la sentencia pueda tener efectividad, nota generalmente vinculada con el pago del seguro de responsabilidad civil por la aseguradora contratada por el responsable. Eso significa que las normas no se elaboran con fundamento en una suerte de “ideología de la reparación” a favor de la víctima sino que las opciones procuran el equilibrio de intereses en juego (de las víctimas, de acceder a una justicia rápida y efectiva; de las empresas, de organizar y prevenir sus riesgos, de los Estados de organizar la prevención y la sanción de los daños que ocurren en sus respectivas jurisdicciones).⁶⁷

Podemos concluir hasta aquí que la introducción del *forum actoris* en tratados regionales de un espacio integrado como el Mercosur no menoscaba la previsibilidad, y por ende no puede considerarse un foro exorbitante, dado que en caso de que se pretenda la eficacia extraterritorial de una sentencia dictada por los jueces del lugar del domicilio del actor tendrá pleno reconocimiento en cualquiera de los Estados partes del bloque pues es uno de los criterios consensuados por ellos mismos.

En un ámbito que no es objeto de regulación en el Código Civil y Comercial como es el de los contratos de trabajo, advertimos que el *forum actoris* a favor del trabajador tiene una interesante recepción en el derecho comparado.

Por ejemplo, la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987 dispone que los tribunales suizos del domicilio del demandado o del lugar donde el trabajador cumplía habitualmente su trabajo son competentes para conocer de las acciones relativas al contrato de trabajo. Y agrega que la acción de un trabajador puede, además, ser interpuesta ante los jueces de su domicilio o de su residencia habitual en Suiza.

En igual sentido, el art. 58 del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay prevé que los

67. M. S. Najurieta, “Aportes y desafíos de la regulación de la responsabilidad civil no contractual en casos multinacionales”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional* N°XXV, 2016, p. 183.

tribunales locales son competentes en materia de contratos de trabajo, cuando el reclamante es el trabajador y se domicilia en el país.

Dado el desequilibrio negocial innato en un contrato de trabajo, el *forum actoris* debería ser considerado en caso de que se encare una reforma de la legislación laboral que incluya la regulación de las relaciones laborales multinacionales.

Finalmente, cabe señalar la consagración del *forum actoris* en el Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos, del 13 de enero de 2000, de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.⁶⁸ El art. 5 dispone que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de residencia habitual del adulto serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto. Añade que en caso de traslado de la residencia habitual del adulto a otro Estado contratante, serán competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Nuevamente, es sencillo deducir la finalidad del *forum actoris* en estos supuestos: proteger al máximo el acceso a la justicia de aquellos adultos que padecen una disminución o insuficiencia de sus facultades personales.

68. Este Convenio no ha sido aún ratificado por Argentina. Se encuentra en vigor entre otros 12 Estados. Se aplica, en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses. Tiene por objeto: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto; b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la representación del adulto; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio (art. 1). Las medidas pueden referirse, en particular, a: a) la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección; b) la colocación del adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele protección; f) la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; g) la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto (art. 3).

VI. El *forum actoris* como foro de necesidad

El *forum necessitatis* es calificado por la doctrina como

un remedio basado en el derecho de acceso a la justicia que permite otorgar jurisdicción internacional a los jueces que, en principio, carecen de tal potestad para conocer y sentenciar en el supuesto concreto, con la finalidad de evitar supuestos de denegación de justicia a nivel internacional [...] Cuando se presentan casos en los cuales se puede llegar a lesionar de manera grave derechos humanos fundamentales, los Estados pueden decidir de manera unilateral arrogarse jurisdicción y permitir a sus jueces el dictado, por ejemplo, de medidas urgentes; desde esta perspectiva y teniendo fundamentalmente en cuenta el principio de defensa, los tribunales de un país pueden abrir su jurisdicción a fin de que los derechos sustanciales del actor no queden privados de tutela ante la posibilidad de que se produzca una denegación internacional de justicia.⁶⁹

Fernández Rozas, en palabras esclarecedoras, señala que “el derecho de acceso a la justicia implica que no se produzcan supuestos de rechazo a la misma, con lo cual la noción ‘denegación de justicia’ se vincula directamente a la tutela judicial efectiva. Con esta finalidad, y para otorgar a los extranjeros el derecho de acceso a los tribunales locales, se ha ido decantando por el Derecho internacional general un axioma según el cual se habilita a los tribunales de un Estado a su jurisdicción incluso aún cuando carezca de competencia internacional”.⁷⁰

En nuestro país, el reconocimiento del foro de necesidad se remonta al célebre antecedente jurisprudencial “Cavura de Vlasov, E. c. Vlasov, A. s. divorcio y separación de bienes” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del 25 de marzo de 1960. Hoy contamos con su expresa regulación en el art. 2602 CCCN.

69. P. M. All, “Las normas de jurisdicción internacional...”, *op. cit.*, p. 439.

70. J. C. Fernández Rosas, “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia internacional: el *forum necessitatis*”, en V. Rojas Amandi (coord.), *Desarrollos modernos del Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro*, Ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, p. 232.

Asumir competencia con la invocación del foro de necesidad debe ser, tal y como lo pide la norma, de modo excepcional. Nunca deberá ser la regla, pues de suceder ello se caería en foros exorbitantes sin discusión alguna.

Dentro de los requisitos pedidos por la norma, la existencia de algún vínculo en nuestro territorio es necesaria para que el juez pueda analizar su intervención en la causa. Ello implicará que los contactos jurisdiccionales lógicos, próximos y razonables estén en el extranjero, pero que aquel juez no se declare competente y se sitúe de manera local algún contacto que pueda considerarse como “suficiente”, más no mínimo o superfluo.

A esta altura, la pregunta lógica es si uno de estos “contactos suficientes” puede ser el domicilio del actor. Si estamos ante un supuesto donde se pueda demostrar la existencia de una denegación de justicia, justificándose la imposibilidad de iniciar el reclamo en el extranjero, demandar ante nuestras autoridades por tener aquí el domicilio del actor se erige en una posibilidad razonable, caso contrario podríamos estar ante una agresión a la garantía constitucional del debido proceso.

No obstante, ello debe ser analizado con sumo cuidado y con una interpretación restrictiva pues se está ante una línea muy fina que pueda desembocar en una exorbitancia indeseable. Al respecto, la doctrina internaciona- lista española señaló

un sistema que utilice como criterios de conexión la nacionalidad del actor o, incluso, el domicilio del actor, al margen de que pueda ser incompatible con el principio de proximidad de un sistema estatal de competencia judicial internacional y con un proceso con las debidas garantías de defensa, indudablemente es susceptible de contrariar la normativa internacional de derechos del hombre por afectar al principio de la igualdad de las partes en el procedimiento. Las razones de soberanía que instituyen el sustrato de los foros exorbitantes no pueden prevalecer sobre el derecho humano fundamental.⁷¹

En efecto, como advierte Fernández Arroyo,

71. J. C. Fernández Rosas, “Rigidez versus flexibilidad...”, *op. cit.*, p. 233.

bien entendu, le for de nécessité peut et devrait jouer un rôle quand le juge saisi n'est pas compétent et qu'il n'existe véritablement aucune autre juridiction devant laquelle le demandeur peut présenter sa réclamation. On peut douter, en revanche, d'un for de nécessité qui fonctionne en pratique comme un critère général de compétence, disponible pour donner un argument au tribunal quand aucun des fors prévus dans son ordre juridique n'offre la compétence à ce tribunal. Il semble que la finalité essentielle du forum necessitatis n'est pas d'octroyer une justification aux tribunaux pour intervenir dans des affaires où ils ne sont pas compétents, mais pour garantir la jouissance du droit fondamental d'accès à la justice.⁷²

Son nuevamente de interés los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS) que también reconocen el foro de necesidad en su art. 3.10: “Aunque no estén satisfechos los criterios de atribución de jurisdicción del Estado del foro, excepcionalmente este podrá asumir jurisdicción a fin de garantizar el acceso a la justicia, siempre y cuando compruebe, tomando en cuenta los derechos y posibilidades de ambas partes, que el demandante no podrá obtener un acceso efectivo y razonablemente disponible en otra jurisdicción”.

Y agregan una consideración de singular importancia, en tanto indican que esta atribución excepcional de jurisdicción debe ser ejercida especial, aunque no exclusivamente en casos de daños ambientales o daños derivados de relaciones individuales de trabajo, de consumo y de violaciones de derechos humanos, procurando que personas particularmente vulnerables,

72. “Por supuesto, el foro de necesidad puede y debe desempeñar un papel cuando el tribunal no es competente y realmente no hay otra jurisdicción ante la cual el demandante pueda presentar su reclamo. En cambio, corresponde dudar de un foro de necesidad, que en la práctica funciona como un criterio general de jurisdicción, disponible para dar un argumento ante el tribunal cuando ninguno de los tribunales previstos en su sistema legal ofrece jurisdicción a ese tribunal. Parece que el propósito esencial del *forum necessitatis* no es dar una justificación a los tribunales para intervenir en casos en los que no son competentes, sino para garantizar el disfrute del derecho fundamental de acceso a la justicia” (traducción propia). Cfr. D. P. Fernández Arroyo, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, en *Recueil des cours*, 323, 2006, p. 76.

como los niños, los refugiados y los migrantes de escasos recursos, cuenten con un acceso eficaz a la justicia.

Efectivamente, en supuestos como los descriptos por los Principios TRANSJUS se advierte un campo más propicio, aunque siempre excepcional, para que el foro de necesidad encubra un *forum actoris* no receptado expresamente por el legislador.

VII. A modo de cierre

Durante años la doctrina especializada debatió y reclamó la necesidad de contar localmente con normas de DIPr en un cuerpo orgánico que permitan la claridad, eviten la dispersión y respeten la internacionalidad, multiculturalidad y los nuevos paradigmas de la disciplina. Hoy estamos mucho más cerca de este deseado anhelo gracias a las disposiciones del CCCN.

La importancia de analizar las normas de competencia internacional radica en su finalidad misma. No solo debemos pensar como su único destino el de determinar cuándo las autoridades del Estado donde fueron elaboradas pueden o deben asumir competencia, sino que al mismo tiempo, estas reglas sirven para medir la competencia del juez extranjero que la dictó en los casos de reconocimiento y ejecución de sentencias. De allí el problema generado por la disparidad de criterios, la razonabilidad o exorbitancia y el control de competencia bilateral.

Conforme lo dispuesto por el artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sentencias dictadas por autoridades que no sean competentes conforme las normas argentinas de jurisdicción internacional no superan este control y no son susceptibles de producir efectos de manera territorial. Esto se debe a entender que, si ese juez asumió competencia conforme sus propias normas (como corresponde), pero ese contacto jurisdiccional no es el mismo que el impuesto por las nuestras, se estaría ante una falta de proximidad entre el juez y el caso, pues se presupone que los contactos razonables necesariamente son los que están indicados en nuestra normativa.

La idea de la razonabilidad del contacto jurisdiccional fue explicada por Diego Fernández Arroyo, quien, citando a Lagarde, habla de una conexión entre el supuesto y el Estado a cuyos jueces se le atribuye la jurisdicción debiendo existir un índice de proximidad, es decir, el caso regulado presenta

una vinculación suficiente con el foro y no atrae de modo injustificado el caso a su país.⁷³

Si la razonabilidad del juez se pierde por la ruptura en el equilibrio necesario que debe existir entre las partes favoreciendo a una de ellas en el acceso al foro, cuando lo que busca la norma es la protección de algún sujeto jurídicamente vulnerable mediante “foros protectorios” la posible exorbitancia del *forum actoris* perdería fuerza ante la necesidad de garantizar el debido proceso como respeto a los derechos fundamentales.

Como vimos, en materia de filiación internacional, atribuirles competencia a los jueces del domicilio del actor se presenta como una jurisdicción justificada pese a no ser una alternativa habitual en el DIPr.⁷⁴ La importancia de contar con las normas de jurisdicción en cuanto a la filiación internacional cobra más impulso si se comparte el razonamiento que –con gran criterio– esbozó Cecilia Fresnedo de Aguirre. La autora uruguaya menciona que la solución establecida en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 (arts. 16 a 18 y 20 a 22, respectivamente) “regulan la filiación de manera discriminatoria y por tanto contraria a lo establecido por los tratados de derechos humanos y del niño, porque los Tratados de Montevideo son anteriores a estos últimos”.⁷⁵ De esta manera comprende que se encuadraría dentro de lo dispuesto por el art. 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que determina la nulidad de toda norma que esté en oposición a una nueva norma imperativa de derecho internacional general. Entonces, las normas del CCCN que habilitan el foro del actor se aplicarían aún en aquellos casos donde los contactos se sitúen en Estados ratificantes de los textos montevidianos pues, como afirma la prestigiosa profesora, “la consecuencia práctica del criterio expuesto sería que los jueces uruguayos, frente a un caso relativo a la filiación que involucrara a los Estados parte de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, al resultar nulos los artículos correspondientes a dicha materia, deberían recurrir al DIPr de fuente interna”.⁷⁶ Similar situación puede plantearse en materia de responsabilidad parental.

73. D. Fernández Arroyo, *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 153.

74. N. Rubaja, “Las disposiciones de Derecho Internacional”, *op. cit.*, S/P.

75. C. Fresnedo de Aguirre, “El régimen internacional de la filiación...”, *op. cit.* p. 178.

76. C. Fresnedo de Aguirre, “El régimen internacional de la filiación...”, *op. cit.* p. 185.

En materia alimentaria, habilitarle al acreedor la opción de iniciar el reclamo ante las autoridades judiciales del Estado donde se encuentra domiciliado es más que un acierto legislativo, es reconocer normativamente esa consideración de ser el sujeto débil en la relación y protegerlo brindándole el foro más accesible.⁷⁷ Compartimos los fundamentos de Nieve Rubaja, quien señala a este foro como un criterio que toma en consideración la debilidad del alimentado otorgándole un contacto “más accesible a aquel o su representante, y el menos costoso. Sumado a ello, en este ámbito será de más fácil corroboración el nivel de vida, estado de necesidad y las particularidades socio-ambientales relativas al desarrollo del alimentado”.⁷⁸ Sin embargo, destacamos el posible problema que pueda generar la disposición si se interpreta en el sentido de permitir también al deudor elegir sus propias autoridades, ya que puede generar entonces un incremento en el desequilibrio innato entre alimentado y alimentante.

La inclusión del domicilio del actor en los contratos de consumo “entró por la ventana” pues no encontramos una expresa referencia a este criterio, sino que, como vimos anteriormente, llegamos a él por una interpretación de la norma y la realidad en la que se desenvuelve. La crítica específica a esta disposición reside en esta falta de mención expresa,⁷⁹ que quizás responde al temor de receptor un foro exorbitante por lo cual se buscó una redacción un tanto confusa que no ponga a todas luces su incorporación.

En suma, en la fuente interna, el legislador ha reconocido expresamente el *forum actoris* en materia de filiación y obligaciones alimentarias, mientras que además se puede deducir a través de una interpretación sistemática de las disposiciones de DIPr, en materia de responsabilidad parental; tutela, curatela y otras instituciones de protección; así como en lo atinente a las relaciones de consumo.

A su vez, la fuente convencional a nivel regional introduce algunos supuestos adicionales, tal como hemos visto, y finalmente el foro de necesidad,

77. N. Rubaja, *Derecho Internacional Privado de Familia...* p. op. cit., p. 566.

78. N. Rubaja, “La consideración de los elementos extranjeros en casos de alimentos: consecuencias favorables al alimentado”, en *RDF* 78, 09703/2017, 133, Cita Online: AR/DOC/3364/2017.

79. En este sentido A. Uriondo de Martinoli, “El consumidor internacional”, en *Jurisprudencia Argentina*, 128, Cita Online: AR/DOC/4048/2017.

siempre configura un recurso de excepción para resguardar el acceso a la justicia y la tutela efectiva de derechos.

En conclusión, es cierto que otorgar competencia en virtud del domicilio del actor puede desencadenar bajo ciertas circunstancias un foro exorbitante, pero cuando quienes reclaman por sus derechos fundamentales son los acreedores alimentarios, o los niños, niñas y adolescentes, o personas incapaces o con capacidades restringidas, o incluso los consumidores, la búsqueda por restablecer un justo equilibrio puede implicar otorgarles el acceso al foro que le resulte más accesible. En tales casos, entonces, el *forum actoris* se torna un contacto razonable y previsible.

Bibliografía

- All, Paula M., “Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna”, en *DeCITA. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades*, N°4, Buenos Aires, Zavalía, 2006.
- Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, 7ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- Dreyzin de Klor, Adriana, en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* Tomo XI, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.
- *El derecho internacional privado actual*, Tomo I, Ed. Zavalía, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- *El derecho internacional privado actual*, Tomo II, Ed. Zavalía, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.
- Feuillade, Milton C., *Competencia internacional civil y comercial*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004.
- Fernández Arroyo, Diego P., *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Ed. Zavalía. 2003.
- “El Derecho Internacional Privado en el inicio del Siglo XXI”, en *Caderno da Pós-Graduação em Direito ppgdir./UFRGS*, I (II), 2003, pp. 209-227.
- “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una convención interamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado”, en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*. FCU. Montevideo, 2005, pp. 113-155.
- “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, en *Recueil des cours*, 323, 2006, pp. 9-260.

- “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”, en Picand Albónico, E. y Llanos Mansilla, H. (coords.). *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*, vol. 2, Santiago de Chile, Librotecnia, 2008, pp. 293-326. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf>
- “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 2: Jurisdicción internacional”, en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, pp. 799-829.
- Fernández Rosas, José C., “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia internacional: el *forum necessitatis*”, en Rojas Amandi, Víctor M. (coord.), *Desarrollos modernos del Derecho Internacional Privado*. Libro Homenaje al Dr. Leonel Perezniето Castro, Ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, pp. 229-286.
- Fresnedo de Aguirre, Cecilia, “El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N°1 2006, pp. 155-187.
- Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, Décima Edición Actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- Iud, Carolina, “Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial argentino 2014”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, N°XXIV, 2015, pp. 175-232.
- Kaller de Orchansky, Berta, *Nuevo manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, segunda edición, 1993.
- Menicocci, Alejandro Aldo, “Jurisdicción y derecho aplicable en materia de filiación por subrogación. La filiación por contrato”, en *Revista DFyP*, (abril), Ed. La Ley, Buenos Aires, Cita Online: AR/DOC/5705/2012.
- Najurieta, María Susana, “Aportes y desafíos de la regulación de la responsabilidad civil no contractual en casos multinacionales”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional* N°XXV, 2016, pp. 169-238.
- Rabino, Mariela, “El contrato de consumo con elementos internacionales”, en *Revista de Derecho Comercial*, 2016, 280 (485), Ed. La Ley, Buenos Aires, Cita Online: AR/DOC/4820/2016.
- Rubaja, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

- “Comentario del art. 2639”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso (dirs.), Buenos Aires, Infojus, 2015, t. VI.
- “La consideración de los elementos extranjeros en casos de alimentos: consecuencias favorables al alimentado”, en *RDF* 78, 09703/2017, 133, Cita Online: AR/DOC/3364/2017.
- Scotti, Luciana B., “La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 3, junio 2015, pp. 77-104.
- *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019.
- Uriondo de Martinoli, Amalia, “El consumidor internacional”, en *Jurisprudencia Argentina*, 128, Cita Online: AR/DOC/4048/2017.
- *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Relaciones de familia*, Ed. Lerner, Córdoba, 2017.
- Uriondo de Martinoli, Amalia y Martinoli Uriondo, Estefanía, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Contratos internacionales*, Ed. Lerner, Córdoba, 2019.
- Uzal, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.
- Vescovi, Eduardo, “El Derecho de acceso a la Justicia y el Derecho Internacional Privado”, relato presentado para el *XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional*, AADI, Córdoba, septiembre de 2019, disponible en: <https://aadi.org.ar/index.php?acc=5&opc=2>.

