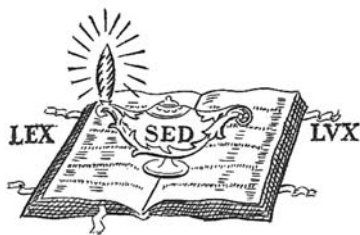


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA  
AÑO LXV - NÚMERO 58  
2020



BUENOS AIRES

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva  
responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la  
opinión de dicha publicación, ni de la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723  
Todos los derechos reservados  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel/fax: 4812-9327 y 4815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina  
[academiaderecho.org](http://academiaderecho.org)

PUBLICACIONES DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 – 7 de octubre – 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I – ANUARIOS

*Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 58.*

SERIE II – OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
6. *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
7. *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
11. *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
13. *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
17. *Primeros Académicos de Derecho – 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
19. *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
20. *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
21. *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
25. *Victorino de La Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
26. *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.

27. *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
28. *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
29. *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
30. *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
31. *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
32. *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
33. *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
34. *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
35. *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?* XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III – COMUNICACIONES

*Comunicaciones – N° 1.*

### SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios sobre Derecho Civil.*
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
4. *Estudios sobre derecho ambiental.*
5. *Estudios sobre daño moral.*
6. *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
7. *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
8. *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
9. *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*
10. *Los vicios de la voluntad.*
11. *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
12. *Capacidad civil de las personas.*
13. *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
14. *Sociedad Conyugal.*
15. *Teoría y práctica de los contratos.*
16. *Código Civil y Comercial.*
17. *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*
18. *Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en homenaje al académico Santos Cifuentes.*
19. *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*
20. *Las nuevas tecnologías y el Derecho.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL  
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1. *Estudios de Derecho Civil.*
2. *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*
3. *Estudios de Derecho Civil. Año 2020.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL  
SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL  
SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

#### INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

#### INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*
- *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.*

#### INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

#### INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2017.*

#### INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

#### INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

**Presidente**

*Académico Dr. ROBERTO E. LUQUI*

**Vicepresidente**

*Académico Dr. EMILIO P. GNECCO*

**Secretarios**

*Académico Dr. JOSÉ W. TOBIÁS*  
*Académico Dr. EDUARDO A. SAMBRIZZI*

**Tesorero**

*Académico Dr. ALBERTO B. BIANCHI*

## COMISIÓN DE PUBLICACIONES

### **Director Honorario**

*Académico Dr. JAIME L. ANAYA*

### **Director de Publicaciones**

*Académico Dr. GREGORIO BADENI*

### **Vocales**

*Académico Dr. JOSÉ W. TOBIAS*

*Académico Dr. ALBERTO B. BIANCHI*



ACADÉMICOS DE NÚMERO  
*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibilioni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Ángel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	Colombia	8 agosto 2019

## ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7-10-1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Salvador Fornieles
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Juan Agustín García
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Juan M. Garro
Dr. Jorge H. Alterini	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Juan Álvarez	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dra. Margarita Argúas	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. Roberto Guyer
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Hilario Largaía
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Ricardo Levene
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Mario Justo López
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Francisco Canale	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Hugo Caminos	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. José O. Casás	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. José N. Matienzo
Dr. Santos Cifuentes	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. José Luis Murature
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel María Diez	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Luis M. Drago	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Adolfo Orma
Dr. Horacio P. Fargosi	Dr. Julio César Otaegui

Dr. Alberto G. Padilla  
Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. José D. Ray  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Alberto Rodríguez Galán  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)

Dr. Alejandro Ruzo  
Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Félix A. Trigo Represas  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos



# I

## COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS





# EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO INSTRUMENTOS USADOS POR LA JURISPRUDENCIA PARA DECIDIR CUESTIONES PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL.

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>1</sup>

## 1. Límite de estas reflexiones.

Estas páginas no son un estudio sistemático de la unión convivencial<sup>2</sup> ni de todos sus posibles efectos patrimoniales; mi propósito es muy limitado: informar cómo dos figuras jurídicas reguladas en el CCyC –el enriquecimiento sin causa y la compensación económica– están siendo usados

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 13 de agosto de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

<sup>2</sup> La doctrina argentina ha destinado importantes esfuerzos al estudio de la normativa. Los artículos publicados en las revistas especializadas son numerosos. Me limito a citar, como obras completas que analizan sistemáticamente la figura, LLOVERAS, Nora y otros, *Uniones convivenciales*, Santa Fe, Rubinzal, 2015; PELLEGRINI, María Victoria, *Las Uniones Convivenciales. Regulación en el Código Civil y Comercial y su impacto en el ordenamiento jurídico*, Erreius, 2017; CAPPARELLI, Julio César, *Uniones no matrimoniales*, ed. El Derecho, 2016. Ver también PELLEGRINI, María V y DE LA TORRE, Natalia, capítulo *Uniones convivenciales*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI-LLOVERAS-HERRERA, *Tratado de derecho de familia*” Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. V.

por los jueces, con posterioridad a agosto de 2015, para dar respuesta razonable a cuestiones patrimoniales emergente de esas uniones.

## 2. Breves nociones previas.

La noción jurídicamente tradicional de familia, estática, casi inmutable, dio paso a una más dinámica, cambiante, menos estable y plural<sup>3</sup>; hubo un pasaje de *la* familia (modelo único, tipo) a *las* familias y, de este modo, ingresó a la juridicidad “lo que ya existía, aunque omitido, silenciado o negado”<sup>4</sup>.

En esta línea, reiteradamente, la Corte IDH afirma que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo el modelo ‘tradicional’”. “El concepto de *vida familiar* no está reducido únicamente al matrimonio y abarca otros lazos familiares en los que las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. “Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”<sup>5</sup>. En esas mismas decisiones, el prestigioso tribunal reconoce las bondades del pluralismo: “En el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, que en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad”.

Por su parte, el 8/12/2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Muñoz Díaz*, condenó a España por no reconocer el matrimonio celebrado según el culto gitano a los efectos de la pensión de una mujer que había tenido seis hijos con el trabajador, que había convivido con él más de treinta años, y a quien el Estado le había reconocido el subsidio por familia

---

<sup>3</sup> El fenómeno es de la mayoría de los países occidentales; ver D'ANGELO, Angela, *La famiglia nel XXI Secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, en Amram, D., y D'Ángelo, A., (a cura di) *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, pág. 13 (en este artículo puede compulsarse una buena síntesis de derecho comparado, aunque algunos países referidos ya cambiaron su legislación, por ej., Italia). ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales*, en Díez Picazo Giménez, Gema (coordinadora), *Derecho de Familia*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2012, pág. 167.

<sup>4</sup> Giberti, Eva, *La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?*, en Rev. Derecho de Familia, n° 55, Julio 2012, pág. 159.

numerosa. El tribunal dijo que aunque en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene un amplio margen de apreciación, y la pertenencia a una minoría no dispensa a la persona de respetar las leyes que rigen el matrimonio, esa pertenencia puede influir en el modo de aplicar las leyes, en tanto la vulnerabilidad de los gitanos implica que se deba prestar una atención especial a sus necesidades al momento de aplicar las reglas a los casos particulares<sup>6</sup>.

Adviértase que mucho tiempo antes, el 11/12/1992, Tribunal Constitucional español afirmó que la Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la familia que tiene su origen en el matrimonio<sup>7</sup>. Esta doctrina fue ratificada en 1999 al decidir un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, hoy sustituida: “Es evidente que no existe ninguna restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea esa modalidad de vida familiar en nuestra cultura, en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural”<sup>8</sup>.

Obviamente, el ingreso de las nuevas formas familiares al escenario de la juridicidad no satisface a todos; como dice Frank Rainer, “Antes de quejarnos de los defectos del moderno derecho de familia, convendría preguntarnos de dónde viene la escala de valores que utilizamos para estar de acuerdo o para ser escépticos frente a las nuevas disposiciones legislativas. Nuestras ideas y nuestros sentimientos están influenciados por experiencias diversas, resultantes de vivencias en nuestras familias, en nuestro medio social, en nuestra vida escolar y profesional; de nuestras convicciones religiosas y de nuestra concepción del mundo; frecuentemente, también de nuestras experiencias traumatizantes. Además, la escala de valores sobre la cual descansan nuestras decisiones, frecuentemente de modo inconsciente,

<sup>5</sup> Ver *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24-2-2012; *Forneron e hija vs. Argentina*, 27-4-2012; *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, 28-11-2012, entre otros.

<sup>6</sup> En opinión de algunos autores, los gitanos son grupos especialmente discriminados en Europa (Ver MANCINI, Letizia, *Diritti umani e forme della discriminazione: il caso dei rom*, en Casadei, Thomas (a cura di) *Diritti umani e soggetti vulnerabili*, ed. Giappichelli, Torino, 2012, pág. 187.

<sup>7</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, *Las uniones de hecho*, en Diez Picazo Giménez, Gema (coord.), *Derecho de Familia*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2012, pág. 1479.

<sup>8</sup> STC 116/1999, 17 de julio, FJ 13º (recurso de inconstitucionalidad núm. 376/1989). BOE núm. 162, 8 de julio 1999.

no es inmutable. Esa modificación, a veces se impone, también inconscientemente, a través de los medios de prensa, de la opinión pública, de un proceso de transformación social”<sup>9</sup>.

Independientemente de la reacción de cada uno, estoy convencida de que los cambios fueron posibles, en su mayoría, gracias al proceso de secularización del derecho que modificó pautas culturales muy arraigadas. Véanse las diferentes reacciones judiciales frente a las hoy llamadas uniones convivenciales a través de dos sentencias, dictadas con una diferencia cercana a 25 años:

(a) La primera es una decisión que la mayoría de la Corte Suprema de Justicia se negó a revisar en 1996<sup>10</sup>.

Los hechos eran los siguientes: un señor que había convivido con una señora durante quince años se presentó al proceso sucesorio de quien había sido su pareja, en el que había sido declarada heredera la hermana, y solicitó la restitución de los gastos de última enfermedad. La pretensión fue rechazada en las instancias de grado con este argumento: “El actor pagó una obligación natural. La irrepetibilidad de ese pago se da no sólo entre los propios concubinos, sino también entre uno de ellos y los herederos del otro, porque el carácter *natural* de la obligación pasa, por causa de muerte, a los últimos. Una solución contraria *repugna a la conciencia recta y a la moral media, ya que no es concebible que el aparente esposo afligido por la salud de su también aparente esposa, intente luego de fallecida, repetir contra los herederos de ella, lo que gastó para subvenir elementales normas de sentimiento, amor y comunidad de vida*”.

La mayoría de la Corte Suprema rechazó el recurso con base en el art. 280 del CPCCN. Por el contrario, el voto disidente del Dr. Vázquez contiene razonamientos muy interesantes que evidencian cómo las pautas culturales personales de los jueces son poderosos instrumentos para impedir la solución correcta. De los argumentos que sintetizo me interesa especialmente el último:

---

<sup>9</sup> FRANK, Rainer, *Mariage et concubinage. Réflexions sur le couple et la famille*, en *Études offertes à Rubellin Devichi*, Paris, ed. Litec, 2002, pág. 3.

<sup>10</sup> CSN, 17/9/1996, DJ1997-2, 587, Cita Online: AR/JUR/543/1996; LA LEY 1997-C, 434, con nota aprobatoria de Marcelo Urbano Salerno, *Unión de hecho: la obligación de pagar los gastos de enfermedad del concubino*, Cita Online: AR/DOC/15625/2001.

(i) El conviviente no pagó una obligación propia sino de la persona enferma. Ante el fallecimiento, por efecto de la subrogación, quien pagó puede reclamar la devolución de lo pagado a quienes han recibido los bienes del causante; más aún, si se trata de una sucesión insolvente, quien pagó cuenta, además, con el privilegio que la ley confiere (antes, arts. 771 y 3880, inc. 2º, del Código Civil; hoy arts. 918 y 2580, que remite al 246 inc. 3 LCQ).

(ii) El hecho de que ese pago también respondiese al cumplimiento de la obligación natural de asistir económicamente a su pareja en la delicada situación que atravesaba, ninguna influencia proyecta tratándose del reclamo de repetición de lo pagado a *los herederos*.

(iii) El juicio de valor de la sentencia de grado (el reclamo intentado *repugna a la conciencia recta y a la moral media*) es inadmisibles en el marco de un estado constitucional, toda vez que no es propio de las decisiones judiciales expedirse sobre el contenido ético de las demandas, sino sobre la admisibilidad de ellas conforme al derecho vigente. Lo contrario, importa reemplazar la opción ética personal realizada por el justiciable a la hora de decidir el contenido del reclamo que incoa, selección que se encuentra amparada por el ámbito de privacidad que garantiza el art. 19 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 308: 1160).

En mi opinión, el tribunal de grado utilizó la moral para negar la restitución del pago y, con esa negativa que parece respetuosa de la unión convivencial, en realidad, la privó de todo efecto jurídico.

(b) Por el contrario, en agosto de 2020, una sentencia reconoció claramente que hay vida familiar con efectos jurídicos aunque la pareja no haya celebrado matrimonio; ante el pedido de reunificación, impedida por el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 de “*Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio*” que determinó la obligación de todas las personas de permanecer en sus residencias habituales, el tribunal rechazó la excepción de falta de legitimación activa interpuesto por la demandada, en tanto “una unión convivencial entre los interesados implica que asiste al amparista un interés jurídico suficiente para instar la jurisdicción requiriendo que se autorice a su pareja ingresar al territorio nacional por razones de reunificación familiar”<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Juzgado Federal Nro. 2 de Mar del Plata, 26/08/2020, Cita Online: AR/JUR/34861/2020. Un caso similar fue resuelto por la Cám. Fed. Apel., Paraná, 21/07/2020, Rubinzal Online RC J 4879/20 (ordenó tramitar el amparo que había sido rechazado in limine).

(c) La cuestión planteada tiene efectos, incluso, en materia procesal. En efecto, quienes niegan derecho a la vida familiar en la unión convivencial entienden que el conflicto generado al momento del cese debe ser resuelto por el juez civil, no por el juez de familia. Al inicio, esta posición fue asumida por jueces conservadores de distintas provincias argentina, pero hoy prevalece ampliamente la opinión de quienes atribuyen la competencia al juez de familia, aún cuando la norma procesal local presente dudas<sup>12</sup>.

(d) En definitiva, el CCyC subió al escenario de la jurisdicción diferentes formas familiares; son, pues, aplicables las palabras del juez William Brennan, quien en su disidencia en la sentencia recaída en *Michael H c/ Gerald*, de 1987, dijo: “No somos una sociedad asimiladora, homogénea, sino una facilitadora, pluralista, en la que debemos estar dispuestos a respetar a alguien desconocido o incluso una práctica repelente, porque el mismo impulso tolerante protege nuestra propia idiosincrasia”.

### 3. Breve presentación de la regulación de las uniones convivenciales en el CCyC.

El reconocimiento del derecho humano a la vida familiar construida dentro o fuera del matrimonio impuso la incorporación de la unión convivencial en el código civil y comercial.

Por eso, el libro II (destinado a las relaciones familiares) la regula en el título III (inmediatamente después del matrimonio y de sus efectos patrimoniales, arts. 509/528), en cuatro capítulos cuyo contenido versa sobre: Constitución y prueba (arts. 509-512); Pactos de convivencia (arts. 513-517); Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia (arts. 518-522) y Cese de la convivencia. Efectos (arts. 523-528).

La mejor comprensión de la jurisprudencia que comento exige tener presente, entre otros artículos, los siguientes:

*Art. 510. Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo*

<sup>12</sup> En esta línea, ver, Superior tribunal de Córdoba, 10/5/2018, JA 2018-IV- fasc. 10 5/12/2018 p. 73; Cám. 2ª CC Sala I, La Plata, Buenos Aires; 03/12/2019; Rubinzal Online; 126088 RC J 13184/19; Citar: elDial.com - AAB9DE publicado el 12/02/2020.

grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Art. 518. *Relaciones patrimoniales. Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella*".

#### 4. La dificultad de regular las uniones convivenciales.

La escueta normativa no ha satisfecho a todos. Algunas voces críticas no advierten que en la Argentina, regular las uniones convivenciales no es tarea fácil dada la gran variedad que presenta la realidad: grupos sociales vulnerables y no vulnerables, con mayor y menor formación cultural, etc.

Las normas mencionadas parten de las siguientes bases:

a) La carencia de todo efecto genera situaciones de notoria injusticia. Diez Picazo afirma: "Por lo general, las pretensiones que se formulan en las llamadas uniones de hecho al momento de la liquidación son *justas y atendibles*"<sup>13</sup>.

b) Existe derecho a casarse y a no casarse; o sea, al lado de la libertad positiva (casarse) se ubica la libertad negativa (no casarse). "La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir, *contra su voluntad*, el estado civil de casado ni las radicales consecuencias jurídicas que conlleva. En otras palabras, el ordenamiento no puede imponer a los particulares la celebración de un matrimonio, del mismo modo que no puede prohibirlo"<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> DIEZ PICAZO, Luis, Prólogo al libro de Roca, Encarna, *Familia y cambio social. (De la "casa" a la persona)*, ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 19.

<sup>14</sup> GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús, *El derecho a no contraer matrimonio*, en A.V., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, pág. 516.

c) Resulta contradictorio que los integrantes de una pareja exijan solidaridad al Estado (por ej., en el régimen de la seguridad social, al pretender cobertura por pensiones) y responsabilidad de las demás personas (por ej., al reclamar legitimación para ser sucesores en los vínculos contractuales locativos) pero, al mismo tiempo, pretendan vivir sin ningún tipo de obligaciones internas.

d) Dado que la pareja no casada tiene derecho a no casarse y, al mismo tiempo, obligaciones derivadas de la vida familiar constituida, el legislador:

(i) no puede aplicar a la unión convivencial todos y los mismos efectos del matrimonio, porque esa solución implica eliminar la opción, en tanto cualquiera sea, se producen los mismos efectos.

(ii) no puede privar de todo efecto jurídico a la unión.

Por lo tanto, y conforme a su propia realidad, el legislador debe decidir qué efectos jurídicos corresponde atribuir a esta unión. El argentino consideró que para respetar la autonomía (libertad de casarse o no) y también la solidaridad y responsabilidad familiar, independientemente de los pactos que los integrantes puedan celebrar, debía regular el deber de asistencia, la protección de la vivienda familiar y el régimen de las compensaciones económicas. La reforma implica, así, una solución transaccional para poder cubrir las distintas modalidades existentes en la sociedad argentina<sup>15</sup>.

Las críticas formuladas a la *transacción legislativa*, denominada *espíritu de moderación* por los franceses, y *law of compromise* por los anglosajones, son conocidas; se afirma que dos semi-justicias no hacen una justicia. Sin embargo, como dice Carbonnier, soluciones semi-satisfactorias pueden hacer la vida común tolerable, y representar un paso importante en la evolución del derecho hacia soluciones más justas. Por lo demás, nadie puede negar el avance que supone pasar de un régimen que nada protege, a otro que abre el camino de la protección; puede ocurrir que el tiempo muestre que sea necesaria mayor amparo al previsto o, por el contrario, que se acredite que debe dar más juego a la autonomía. “Las legislaciones están ex-

---

<sup>15</sup> LAMM, Eleonora, MOLINA DE JUAN, Mariel F., *Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014- 3, Uniones convivenciales, Rubinzal-Culzoni, p. 299.



puestas a reveses porque pueden quedar más o menos inefectivas. Las reformas del derecho de familia han tenido a veces la humildad de integrar la previsión del fracaso con la espera del éxito”<sup>16</sup>.

### **5. Un requisito relevante para la existencia de la unión convivencial y, consecuentemente, para la generación de los efectos legalmente previstos.**

Conforme el art. 509, el presupuesto para la aplicación de esta figura legal es que dos personas *convivan* y compartan un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo. Además, según el art. 510 inc. e) esa convivencia debe haber durado como mínimo dos años.

Algunos detractores del CCyC han sostenido que resulta contradictorio que se haya eliminado el deber de convivencia en el matrimonio y que, en cambio, esa convivencia se exija en la unión convivencial. Esa crítica no comprende la verdadera sustancia de la figura regulada; justamente, como el propio nombre lo indica, el presupuesto de su existencia es la convivencia, que no se da en otras situaciones de pareja, como por ej., el noviazgo si cada uno sigue viviendo en su casa.

Véase el siguiente caso, dudoso por cierto, resuelto por un tribunal del interior de la provincia de Córdoba<sup>17</sup>:

La peticionante es médica; el demandado es un abogado periodista. Ella reclama compensaciones económicas y distribución del 50 % de los bienes; él se defiende afirmando que tuvo con la actora una relación de noviazgo, que nunca se concretó en una convivencia real, ni mucho menos, que haya durado dos años.

En el expediente se incorporó la siguiente prueba: (i) un certificado de convivencia del año anterior; (ii) testimonial que declara que un hijo de la actora, menor de edad tenía su centro de vida en la localidad de Carlos Paz; (iii) mails enviados entre las partes; en uno de ellos, la actora dice: “...*re-cién llego de Jesús María... me vine así me pongo al día con la casa...*”.

---

<sup>16</sup> CARBONNIER, Jean, *A cada uno su familia y a cada uno su derecho*, en *Ensayo sobre las leyes*, trad., de Luis Diez Picazo, ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 147 y 149.

<sup>17</sup> Juzgado Civil, comercial y de Familia, 1º nominación, Sec 1, Alta Gracia, Córdoba, 16/4/2018, Protocolo de Sentencias, Resolución 38, Año 2018 Tomo 1 Folio: 146-154.

El tribunal decidió que la prueba rendida era insuficiente para acreditar los dos años de convivencia en Jesús María (ciudad donde residía el demandado) y, por lo tanto, rechazó la demanda, porque: (A) Es poco probable que el niño quedara a cargo de una tercera persona en otra ciudad, dada su edad (entre 11 y 12 años); (B) las expresiones del mail deben entenderse como que alude a su casa en Carlos Paz, con lo cual no podría sostenerse que ese año residía en Jesús María con el demandado; (C) No hay otras pruebas; (D) Es propio de cualquier relación de pareja compartir salidas, esparcimiento y reuniones sociales con amigos y familiares de la otra parte; hasta incluso vacaciones en forma conjunta; pero no puede sostenerse que, por ello, se haya iniciado un proyecto de vida en común.

## **6. Un punto de partida respecto a las consecuencias económicas al cese de la unión convivencial.**

El art. 518 del CCyC antes transcripto configura un punto de partida para decidir las cuestiones patrimoniales al cese de la unión convivencial. En primer lugar, se aplica el pacto<sup>18</sup>; si no existe, o no tiene previsiones, la unión convivencial no da derecho a la mitad de los bienes adquiridos por el otro. En este sentido, jurisprudencia anterior y posterior a 2015 coincide en que “Resulta objetivamente inadmisibles una demanda que peticiona la liquidación por partes iguales de bienes adquiridos por cada uno de los convivientes durante la existencia de la unión convivencial *con sustento en la mera existencia y cese de esa unión convivencial*”<sup>19</sup>. Las consecuencias económicas se canalizan, entonces, según las circunstancias del caso, por diversas vías, entre otras: disolución de una sociedad irregular; división de condominio sobre cosas; simulación; interposición de personas; atribución del uso de la vivienda; compensaciones económicas, enriquecimiento sin

<sup>18</sup> Compulsar MOLINA DE JUAN, Mariel F. *Forma de los pactos convivenciales y consentimiento informado*, Cita: RC D 1405/2019; de la misma autora, *Pactos convivenciales y muerte: el fantasma de las legítimas*, en Rev. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Bs. As., Erreius, vol. 10, 2019, p. 711; MEDINA, Graciela *Pactos en previsión de la ruptura y compensación económica*, DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, p. 3, Cita Online: AR/DOC/2999/2017.

<sup>19</sup> CCCL, Curuzú Cuatiá, Corrientes; 19/06/2019; Rubinzal Online; 15327/2017 RC J 6853/19; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, sala I, 27/07/2017 Rubinzal Online Cita: RC J 5704/17 y en Derecho de familia y de las personas, febrero 2018, año X, n° 1, p. 65, con nota de IZARRUALDE, Horacio, *División de bienes entre convivientes ante la inexistencia de pactos*.

causa, etc.<sup>20</sup>. Este trabajo, insisto, se refiere sólo a la reacción jurisprudencial respecto a las dos últimas figuras mencionadas (compensaciones económicas y enriquecimiento sin causa).

## **7. Las compensaciones económicas.**

### **7.1. Aclaración inicial**

No pretendo hacer un estudio exhaustivo de esta figura, incorporada en la legislación argentina en 2015<sup>21</sup>; mi propósito es mostrar cómo está siendo usada por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales generadas entre personas que desarrollan su vida familiar bajo la forma de una unión convivencial.

No obstante, para la mejor comprensión de los casos que comento, cabe recordar el art. 524:

*“Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.*

*Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.*

### **7.2. La compensación económica como instrumento para obtener derecho sobre la vivienda en la unión convivencial**

Un abogado planteó una petición compensatoria en un proceso sucesorio contra los herederos denunciados (hijos de un matrimonio anterior del causante); la pretensión fue acogida por un tribunal del interior de la provincia de Corrientes después de sortear varias barreras gracias a una interpretación sistemática, como paso a relatar<sup>22</sup>.

a) La situación fáctica era la siguiente: La actora invocó una convivencia de 25 años, con un hijo en común. Relató que antes de la convivencia tra-

<sup>20</sup> Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y Familia de San Rafael, Mendoza, 05/07/2016, Rubinzal Online Cita: RC J 4532/16.

<sup>21</sup> La bibliografía sobre el tema es muy extensa. Véase, por todos, MOLINA DE JUAN, Mariel, *Compensación económica. Teoría y práctica*, Bs As., ed. Rubinzal, 2018.

<sup>22</sup> Juzgado Civil y Comercial Nro. 1 - OBERÁ, Misiones, 0/08/2017 (inédito).

bajaba como modista y solventaba sola todos sus gastos pero, cuando nació el hijo, renunció a esa actividad para dedicarse a los quehaceres del hogar y al cuidado de su hijo y su pareja. La unión convivencial cesó por fallecimiento del causante.

b) La conviviente solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 510 inc. d (impedimento de ligamen) del CCyC., dado que el causante, aunque estuvo separado de hecho por más de 25 años de su cónyuge, no tenía a su favor sentencia de divorcio de la primera unión.

El juez hizo lugar a la inconstitucionalidad planteada con estos argumentos:

(i) No hay motivos para estigmatizar un acto que en sí mismo no es irreligioso, ni inmoral, ni opuesto a las buenas costumbres, ni antijurídico. La relación comprometida, continua, prolongada con neta vocación de permanencia no puede resultar indiferente a la comunidad.

(ii) Creer que nuevas figuras paralelas al matrimonio pueden llegar a afectar la institución configura una paranoia social auto defensiva de resistencia al cambio.

(iii) En el caso, sostener que la situación creada no encuadra en la figura regulada con sus respectivas consecuencias jurídicas desconoce la verdad real, es decir, la situación de hecho realmente producida.

(iv) Probada que esta unión tuvo al menos 18 años de permanencia, desconocerle derechos sería discriminatorio, en tanto castiga a las partes por el modelo de familia elegido; desproteger esa opción es contrario a la Constitución Nacional en tanto implica ignorar que durante esa convivencia la pareja construyó el hogar en que la familia convivió; tuvo un hijo, que a la fecha es mayor de edad, pero que desarrolló toda su infancia en el seno de un hogar donde los roles estaban divididos (mientras el padre aportaba con el trabajo diario la madre contribuía con las tareas domésticas y la crianza del niño).

(v) La actora no pretende derechos sucesorios (o sea, no pide se la declare heredera y recibir bienes de la masa), sino un crédito nacido de la unión convivencial (compensación).

(vi) A los efectos de fijar la compensación económica cabe considerar que, al inicio de la convivencia, la pareja vivía en un departamento sobre

el que recaían deudas; al momento del fallecimiento, gracias al esfuerzo común, lo hacía en una casa libre de deudas y de hipotecas. Por lo tanto, la compensación económica debe consistir en un derecho de usufructo sobre esa vivienda, por el término de 17 años, duración que tuvo la unión conforme la prueba incorporada.

(c) Esta interesante decisión genera las siguientes reflexiones:

(i) El juez no necesitaba declarar la inconstitucionalidad del art. 510 inc. d (*no tener impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea*); bastaba una interpretación sistémica y finalista (art. 2)<sup>23</sup>. Explicaré por qué:

– muy frecuentemente, a partir que los cónyuges interrumpen su convivencia, aun sin haberse divorciado, forman una unión de hecho con una tercera persona. No se trata de dos uniones simultáneas; solo una se muestra en la realidad porque la primera, aunque formalmente no se ha disuelto, no tiene respaldo fáctico. En el caso, el causante estuvo separado de hecho de su esposa, como mínimo, 17 años durante los cuales convivió con la peticionante sin vínculos de ningún tipo con la cónyuge quien, por otra parte, nada reclamó en el juicio sucesorio.

(ii) El juez fijó la compensación mediante un derecho real de usufructo sobre la vivienda. Esta determinación está expresamente autorizada por el art. 524 que dispone “Puede pagarse . . . . con *el usufructo* de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez”.

(iii) Esta inteligente determinación benefició a la conviviente y a los herederos.

–A la peticionante, porque tiene un derecho real sobre la vivienda (con todas las implicancias que la casa tiene para la dignidad de la vida) por un tiempo muy superior al previsto en el art. 527 (dos años); además, a diferencia de los supuestos en los que la compensación se fija en una suma de dinero, no corre el riesgo de la insolvencia del deudor.

<sup>23</sup> Para otras sentencias que no exigen cumplimiento simultáneo de todos los requisitos, ver Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 07/11/2017, Cita Online: AR/JUR/77859/2017, RCCyC 2018 (febrero), 02/02/2018, p. 189 - LA LEY 2018-A-312, con nota de SAMBRIZZI, Eduardo A, *Uniones convivenciales: la necesidad del cumplimiento simultáneo de los requisitos del Código Civil y Comercial*, Cita Online: AR/DOC/237/2018.

—A los herederos, pues si bien se ven privados del uso de la vivienda por un tiempo prolongado, no tienen que afrontar pagos de sumas de dinero.

(iv) Independientemente de algunos argumentos que pueden o no ser compartidos, el juez ha mostrado una gran comprensión del nuevo sistema jurídico y una enorme sensibilidad ante la problemática planteada. Advierto que se trata de un juez del interior de una provincia que no es juez de familia, sino el juez civil encargado del juicio sucesorio.

### **7.3. La compensación económica como remedio para paliar los efectos de la violencia familiar en la unión convivencial**

Una señora relató al juez los siguientes hechos:

Mantuvo con el demandado una unión afectiva, singular, pública, notoria, estable y permanente de más de seis años compartiendo un proyecto de vida común. Con anterioridad, vivía con sus dos hijos menores de edad y trabajaba como empleada en casas particulares realizando tareas de limpieza. Cuando conoció al demandado, abandonó su trabajo para dedicarse por completo al cuidado de la vivienda rural a donde se trasladó con sus hijos; allí, por expreso pedido del demandado, se dedicó a la cría de cerdos, gallinas y conejos para vender y para consumo. Esa actividad significó un importante aporte económico para los gastos del núcleo familiar y el alimento diario para todos sus integrantes. El demandado es propietario de tres autos remises, dos trabajados por choferes. Después de un par de años, se produjo una grave situación de violencia; decidieron mudarse a zona urbana, pensando que la relación mejoraría, pero los hechos de violencia siguieron hasta que se produjo la ruptura. Ese hecho “la dejó en soledad, al cuidado de sus dos hijos, sin trabajo, fuera del mercado laboral durante más de seis años, incapacidad manifiesta de producir bienes u obtener ingresos, con 50 años, y habiendo perdido experiencia. Carece de beneficios previsionales, dado que durante la convivencia y rol desempeñado en la pareja no se le efectuaron aportes jubilatorios; el demandado sigue desarrollando su actividad económica y arrendando el campo”.

b) El tribunal hizo lugar a la demanda<sup>24</sup>. Para llegar a esta solución tuvo en consideración:

---

<sup>24</sup> Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario 05/04/2019, Cita Online: AR/JUR/8483/2019 y en Cita: MJ-JU-M-118177-AR | MJJ118177.

(i) El demandado no contestó la demanda y no compareció a la audiencia en la que se rindió prueba confesional.

(ii) Los hechos relatados por la actora han sido acreditados por prueba testimonial y por la documental en la que constan las denuncias por violencia.

(iii) La equidad debe impedir que la ruptura deje desamparado al conviviente que invirtió su tiempo en tareas que no le produjeron ningún rédito económico. En la causa se advierte, como mínimo, la pérdida de chance de tener más ingresos frustrada por la circunstancia de unirse al demandado.

(iv) La conducta del accionado encuadra en el estereotipo del art. 5 inc. c) de ley 26.485 (violencia económica) esto es, la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna. La violencia de género pone el eje en las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Esto implica reconocer que no se da como un fenómeno aislado, sino que responde al sostenimiento de patrones socioculturales arraigados que promueven y asignan en forma estereotipada y dicotómica características, roles, funciones, aptitudes diferentes para hombres y mujeres, colocando a estas últimas en una situación de subordinación e inferioridad.

(v) Para determinar el monto, el juez dio prioridad a la pauta prevista en el art. 442 inc. d) (capacitación laboral y posibilidad de acceder al empleo del cónyuge que solicita la compensación económica) y fijó una suma final que calculó sobre la base de las remuneraciones del servicio doméstico, otorgando al demandado la posibilidad de pagarlo en tres cuotas.

c) La sentencia merece las siguientes reflexiones:

(i) El modo de cálculo no termina de convencer. Es cierto que el razonamiento judicial comienza calificando el crédito de “chance”, pero como bien se ha señalado, la noción de “desequilibrio” va más allá de aquello que se ha dejado de percibir; la conviviente no es una simple “dependiente laboral” y, por eso, la pretensión deducida no es equivalente al lucro cesante<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Ver PELLEGRINI, María Victoria, *Una vez más, sobre cuantificación de la compensación económica*, LL 2019-C-325, Cita Online: AR/DOC/1622/2019; de la misma autora, *Dos preguntas inquietantes en la compensación económica*, RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, p. 28, Cita Online: AR/DOC/356/2017.

(ii) En cambio, resulta adecuada la invocación de la violencia económica, desde que de los hechos relatados y no negados por el demandado surge que, no obstante que la actora colaboró en una actividad rentable mientras vivieron en zona rural, se vio privada de toda posibilidad de disposición de dinero, a punto tal que, al cese de la unión convivencial, quedó desprovista de bienes y de la posibilidad de adquirirlos.

#### **7.4. Una reflexión de cierre sobre las prestaciones compensatorias**

La incorporación de las prestaciones compensatorias al régimen jurídico argentino ha sido vista como un elemento de apoyo a la mujer a quien, normalmente, los estereotipos sociales hunden en una situación de inferioridad. La pregunta es si ese instrumento es válido para el cambio social o no.

El interrogante me recuerda un diálogo entre dos de las feministas más influyentes del siglo XX, Simone de Beauvoir y Betty Friedan, durante un encuentro entre ambas. Cuando la psicóloga norteamericana le comentó que había organizado un programa para establecer un salario mínimo para la mujer de forma tal que pudiese computar económicamente para las pensiones, Simone de Beauvoir replicó: no se trata de eso; esa solución condena a la mujer a la casa y santifica la segregación. De lo que se trata es de destruir el sistema, de aniquilar el mito de la maternidad en la que se educa a las mujeres. “Ninguna mujer debe tener esa opción. A ninguna mujer se le debe permitir quedarse en casa a cuidar de sus hijos. La sociedad debe ser totalmente distinta. Las mujeres no deben tener esa opción, precisamente porque si la tienen, demasiadas mujeres la escogerán. Es una manera de forzar a las mujeres en una dirección determinada”<sup>26</sup>.

Quien adhiera al pensamiento de la filósofa francesa puede pensar que las compensaciones económicas facilitan la opción de la mujer por conservar los roles domésticos. Por mi parte, pienso que toda persona, mujer u hombre, tiene autonomía para decidir su proyecto de vida. Obviamente, el ideal es que el desequilibrio económico no se produzca porque hombre y mujeres han aprendido a distribuir roles, ganancias y pérdidas, pero mientras ello no ocurra, el sistema legal debe brindar instrumentos para compensar los desequilibrios.

---

<sup>26</sup> Relatado por DE LORA, Pablo, *Lo sexual es político y jurídico*, Madrid, ed Alianza, 2019, p. 15.



## **8. El enriquecimiento sin causa como instrumento para luchar contra los desequilibrios patrimoniales en la unión convivencial<sup>27</sup>.**

### **8.1. Breve presentación de la regulación del enriquecimiento sin causa en el CCyC**

El Código Civil redactado por Vélez Sarsfield contenía artículos que se fundaban en el enriquecimiento sin causa (por ej., pago de las mejoras en el régimen de restitución de las cosas a su dueño, indemnización de daños causados involuntariamente), pero no regulaba esta figura jurídica en forma sistemática.

El legislador del nuevo milenio decidió incorporar un sistema básico, de solo dos artículos, que se transcriben.

*ARTÍCULO 1794.- Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.*

*ARTÍCULO 1795.- Improcedencia de la acción. La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.*

### **8.2. Pagos hechos por uno de los convivientes para adquirir bienes que son transmitidos a los herederos del conviviente fallecido**

El enriquecimiento sin causa, al igual que las compensaciones económicas, ha sido usado contra los herederos del conviviente en casos en los que la unión convivencial ha cesado por muerte de uno de sus integrantes.

(a) Ante un tribunal de Mendoza, una mujer invocó haber convivido con un hombre que estaba casado pero separado de hecho. Relató haber pagado 39 cuotas de un automotor, que el hombre prometió compraría en condominio, pero finalmente registró sólo a su nombre. El vehículo fue comprado

---

<sup>27</sup> El enriquecimiento sin causa también ha sido usado en España, a esos mismos fines. Ver FARIÑA FARIÑA, Rebeca, *Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes*, Actualidad jurídica iberoamericana, ISSN 2386-4567, N°. Extra 8, 2, 2018, págs. 275-288.

para ser afectado a una actividad (transporte de elementos sanitarios) que ella desarrollaba. Demandó por enriquecimiento sin causa a los herederos declarados (dos hijos y la cónyuge). El Juez de primera instancia rechazó la demanda fundado en que los recibos estaban expedidos a nombre del hombre y no había prueba fehaciente de que los pagos hubiesen sido hechos por la mujer.

(b) Apelada la sentencia, la Cámara<sup>28</sup> la revocó parcialmente e hizo lugar a la demanda, con estos fundamentos:

(i) La actora no ha invocado una sociedad de hecho, ni un supuesto de simulación o interposición de personas. Por lo tanto, no existe otra acción, por lo que la demanda no afecta el carácter subsidiario de la “*actio in rem verso*”

(ii) La unión convivencial y la separación de hecho han sido probadas con: el reconocimiento de la cónyuge ante el sistema de seguridad social, por lo que la pensión fue otorgada a la conviviente; las declaraciones de las hermanas del causante; el certificado de defunción, que indica como último domicilio del causante el lugar donde residía con su compañera.

(iii) El impedimento de ligamen, nudo de la controversia entre las partes a los efectos de poder establecer si existió o no una unión convivencial, es ajeno al tema que aquí debe decidirse. Interpretar que mientras perdure una unión matrimonial no es posible sostener la existencia de una convivencia de hecho en los términos del art. 509 del CCCN, resulta contrario a cualquier tipo de interpretación a favor de la protección de las nuevas formas familiares que, en los hechos, se integran por personas que no están legalmente divorciadas. No puede negarse, como dato evidente de la realidad, que desde que los cónyuges interrumpen su convivencia, aun cuando lo sea de hecho, sin haberse divorciado, forman posteriormente una unión de hecho.

(iv) Las pruebas rendidas, analizadas conforme a las reglas de la sana crítica y desde una perspectiva de género (convenciones internacionales incorporadas a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22), permiten tener por acreditada la existencia de aportes mancomunados a través de presunciones serias, precisas y concordantes, como son: el hombre cobraba una jubilación por discapacidad cuyo monto no alcanzaba para pagar la cuota;

<sup>28</sup> Cám. 4° CC Mendoza, 6/12/2019 Rubinzal Online; RC J 2504/20.

como mujer y sujeto vulnerable dentro de esa unión de hecho, se le debe otorgar una protección especial al momento de dilucidar aspectos que tienen que ver con el reconocimiento de aportes económicos, en la mayoría de los casos, muy difíciles de acreditar dentro de una sociedad con eminente sentido patriarcal, en la que el varón es quien toma las decisiones sin dar mayores explicaciones, ni posibilidades de confrontación a su pareja, lo que permite entender, sin necesidad de mayores pruebas o explicaciones, por qué el vehículo en cuestión fue registrado solamente a nombre del causante.

(d) La sentencia concluye con las conocidas frases de Morello “El Derecho no puede debilitarse en continua lucha con la realidad de los hechos” y “Los jueces no son fugitivos de la realidad”.

(e) Me parece interesante señalar estos aspectos:

(i) A diferencia de otra sentencia antes reseñada, el tribunal mendocino no declara la inconstitucionalidad del art. 510 inc. d (impedimento de ligamen). Afirma que la cuestión es ajena al proceso (quizás porque no fue planteada específicamente) e invoca un argumento de la realidad: muchas parejas estables, donde se realizan proyectos comunes, se conforman sin que el vínculo anterior se haya disuelto por sentencia de divorcio.

(ii) Analiza coherentemente<sup>29</sup>, desde una perspectiva de género, la prueba relativa a los pagos realizados y a la inscripción del automotor a nombre exclusivo del causante.

(iii) No se dejó atrapar por el carácter subsidiario de la acción aferrándose, adecuadamente, a los términos de la demanda.

---

<sup>29</sup> Digo “coherentemente”, porque algunas sentencias presentan ciertas contradicciones. Es lo que ocurre, en mi criterio, con la dictada por Cámara de Apelaciones de Esquel, 11/08/2020, LA LEY 13/10/2020 p. 5, Cita Online: AR/JUR/32308/2020, que declara la inconstitucionalidad del plazo de caducidad en cuanto empieza a correr con el cese de la unión, haciendo un erróneo paralelismo con el matrimonio y no especificando a partir de cuándo comienza a computarse en la unión convivencial.

### **8.3. El enriquecimiento sin causa como instrumento a favor de una mujer en especial situación de vulnerabilidad, que no ha probado el desequilibrio requerido por las compensaciones económicas**

(a) La perspectiva de género adquiere relevancia cuando se trata de persona en especial situación de vulnerabilidad. Véase el siguiente caso<sup>30</sup>:

Una mujer interpuso una demanda en la que solicitó una compensación económica, la atribución del uso de la vivienda y la reparación de daños extrapatrimoniales. Manifestó que convivió con el demandado durante nueve años; que juntos adquirieron un lote que se escrituró sólo a nombre del hombre porque ella es de nacionalidad dominicana y no contaba con documento de identidad argentino; que la construcción en ese lote fue el producto del esfuerzo de los dos.

Por separado, ante un tribunal civil, el señor había iniciado una acción de desalojo, que prosperó.

(b) El juez de familia hizo lugar parcialmente a la demanda en una sentencia de algo más de cincuenta páginas, siguiendo esta línea argumental:

(i) La pretensión deducida es una compensación económica pero, en verdad, hay marcado hincapié en el reclamo de resarcimiento con base en el enriquecimiento sin causa.

(ii) Si bien es deseable un mayor rigor técnico en la redacción de las demandas - menguado en el presente, así como la faena probatoria- la acción no se califica por la denominación que le da el accionante sino por los hechos en que la pretensión se sustenta.

(iii) El juez que decidió el desalojo relativizó la contribución que la mujer pudo haber hecho con la construcción de la casa porque, “si bien ella siempre trabajó, esos ingresos eran para mantener a su hija, por lo que difícilmente, haya podido contribuir con su propio peculio para la compra del terreno y para los materiales de construcción del inmueble”.

Esa afirmación, razonable para el proceso en que fue formulada (desalojo), en este juicio, dada la especialidad del fuero, debe ser “mirada con otros ojos”, debiéndose tener en consideración que:

<sup>30</sup> Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia de Villa Constitución, 19-nov-2020, Cita: MJ-JU-M-129300-AR | MJJ129300.

– La hija era una persona menor de edad. Según el art. 520 CCCN, los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos; además, el CCyC incorporó la figura del progenitor afín (art.672 a 676) que, conforme el art. 676, tiene obligación alimentaria (subsidiaria), mientras dure la convivencia, con fundamento en los principios de solidaridad familiar y del interés superior del NNA. Si los ingresos por el trabajo de la señora alcanzaban para mantener a su hija, en correlativa proporción, el señor se vio liberado de sufragar tales gastos y pudo destinar el dinero para invertir en la construcción de la vivienda o la adquisición de vehículos.

– El art. 660 otorga valor económico a los denominados “quehaceres del hogar”; no se trata de una mera declaración, sino que ese valor debe ser reconocido de manera efectiva y palpable.

– Ella es una mujer migrante, pobre, y en algún momento indocumentada, a quien le son aplicables las 100 Reglas de Brasilia. El CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) al participar en el procedimiento que llevó adelante la Opinión Consultiva 18/2003 (OC 18-03) manifestó: “En el continente americano los trabajadores migrantes en situación irregular han sido objeto de numerosas prácticas discriminatorias y abusivas que se observan en su ingreso traumático al Estado receptor, en la discriminación y en los ataques xenófobos que sufren en su vida cotidiana, en los malos tratos que reciben en su trabajo, y en el modo en que son expulsados del Estado receptor”. “La situación de las mujeres migrantes merece una mención especial pues son víctimas de una doble discriminación, primero por ser mujeres y luego por ser migrantes.” Doctrina especializada señala que “en la última década el fenómeno de la movilidad humana experimentó muchos cambios. Por un lado, los flujos migratorios crecieron y se hicieron más dinámicos. Por otro, la migración de ha feminizado a tal punto que en algunos países más del 50 % de quienes migran son mujeres”.

(iv) La unión convivencial no genera los mismos efectos que el matrimonio; por eso, el CCyC no regula un régimen legal supletorio en materia de bienes para las uniones convivenciales sino que, a falta de pacto, la propiedad de los bienes se conserva dentro del patrimonio del conviviente al cual ingresaron. Justamente, por esa razón, la norma deja a salvo la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa u otros.

(v) La prueba rendida en este expediente muestra indubitablemente que la mujer participó personal y activamente en la dura tarea de la construc-

ción. El enriquecimiento sin causa evita el despojo de los aportes de uno de los miembros, que beneficiarían sin causa al otro (o a sus herederos), porque sin el funcionamiento de la figura habría una transmisión desde el patrimonio de uno de los integrantes de la unión hacia el del otro integrante, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico, resultado que no puede merecer amparo ni en la ley ni en la justicia. La demanda, en consecuencia, prospera para evitar ese enriquecimiento (se liquida en el 25 % del valor del inmueble).

(vi) El daño extrapatrimonial causado por la violencia económica ejercida por el demandado sobre la actora también debe ser reconocido.

(vii) Se rechaza la pretensión de atribución de la vivienda, por lo que la sentencia de desalojo dictada en la causa paralela debe ser cumplida.

(c) Esta sentencia emanada de un juez de provincia de primera instancia presenta varios puntos de especial interés:

(i) En una materia en la que el abogado puede perderse entre las diversas vías posibles, el juez reivindica el poder de calificación: mientras no se modifiquen los hechos (y consecuentemente no se viole el derecho de defensa<sup>31</sup>) el juez es quien califica la acción<sup>32</sup>.

(ii) El activismo judicial permite recurrir a la figura del enriquecimiento sin causa cuando se advierte que no se dan los requisitos de la compensación económica.

(iii) Rescata el valor económico de las tareas domésticas regulado en el art. 660 no con carácter declarativo sino con importantes efectos prácticos<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Esta es la razón que invocó el tribunal de Alzada para rechazar la apelación deducida por quien en primera instancia había solicitado la restitución del total de los inmuebles que estaban inscriptos a nombre de su pareja, con el argumento de que habían sido adquiridos con fondos por él aportados y en la apelación solicitó el 50 % argumentando la existencia de una sociedad irregular (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21/11/2017, LA LEY2018-B, 92, Cita Online: AR/JUR/93720/2017).

<sup>32</sup> Conf. Cám. 8° CC de Córdoba, 22/12/2019, Citar: elDial.com - AABA7B, publicado el 06/03/2020. Igual criterio sostuve, siendo jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en una ya vieja sentencia de 15/12/1989, publicada en E.D. 144-114, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, La verdad real y la veracidad judicial (un caso interesante fallado por la Corte de Mendoza); también en L.L. 1991-C-378; DJ 1992-I-256 y en Rev. de Der. Familia, N°5-98.

<sup>33</sup> Una argumentación análoga usó la Cám. 8° CC de Córdoba, 22/12/2019, Citar: elDial.com - AABA7B, publicado el 06/03/2020.

(iv) Más allá del carácter subsidiario, valoriza razonablemente la figura del enriquecimiento sin causa con un argumento simple: si la unión convivencial no presume un régimen de comunidad, pero la realidad muestra que la realización de un proyecto de vida en común implica desplazamientos patrimoniales, entonces, el enriquecimiento sin causa, mencionado en la misma norma, debe ser el instrumento que evite el despojo de las personas en situación de vulnerabilidad.

#### **8.4. El enriquecimiento sin causa invocado, subsidiariamente, para el supuesto que no se acredite la existencia de una sociedad irregular entre convivientes**

(a) La jurisprudencia mayoritaria, anterior y posterior a la vigencia del CCyC, afirma que la unión convivencial no presume la existencia de una sociedad irregular entre sus integrantes; consecuentemente, la carga de la prueba recae sobre quien la invoca. A ese fin, algunas sentencias exigen una “cabal acreditación de la existencia de aportes tendientes a la formación de un capital social, con participación en los beneficios y soporte de las pérdidas; con menor flexibilidad, se sostiene, incluso, que “la parte que invoque haber participado de manera directa (aportando los fondos para la adquisición de bienes) o indirecta (aportando fondos o esfuerzos que hayan contribuido al pago de otros gastos que posibiliten la obtención concreta de bienes), tiene la carga ineludible de acreditar su participación económica durante la convivencia *para la formación de un sujeto distinto de derecho*”.

Por eso, no es infrecuente, que la parte plantee la acción de enriquecimiento sin causa, en subsidio, para el supuesto que la sociedad irregular no pueda ser acreditada.

Un caso tramitado en la provincia de Neuquén muestra esta situación. Así, el juez de primera instancia hizo lugar a la acción de disolución de una sociedad de hecho; la Cámara<sup>34</sup>, en cambio, entendió que la sociedad no se había acreditado, pero que era procedente la acción de enriquecimiento sin causa. Argumentó de la siguiente manera:

(i) Las partes constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada para la explotación de una veterinaria, pero esto sucedió con posterioridad a la compra de dos lotes, a la constitución de una hipoteca sobre ellos, y a

<sup>34</sup> Cám. Civ. Com. de Neuquén sala III, 15-07-2020.

la posterior construcción de la vivienda en uno de ellos, por lo que “no guarda relación a los fines de determinar que, producto de esa sociedad, las partes con fondos comunes adquirieron los terrenos y con posterioridad construyeron –crédito hipotecario por medio– la casa que la actora pretende dividir en partes iguales”. La prueba de las labores materiales desarrolladas por la actora en la veterinaria y con anterioridad en otro empleo “resulta insuficiente para acreditar que, efectivamente, se han traducido en aportes para la formación de una sociedad”.

(ii) En cambio, la acción de enriquecimiento sin causa interpuesta en subsidio es procedentes por las siguientes razones:

– “La acción tiene una finalidad eminentemente correctora, para equilibrar los patrimonios frente a una sinérgica relación de empobrecimiento de una persona, contrastada con el enriquecimiento de la otra”.

– En el caso, está probado que durante una vida en común de más de diez años, los contendientes formaron un proyecto familiar y distribuyeron roles, en forma consciente o por mandato cultural. “El modelo de familia de base patriarcal que surge del relato de ambas partes (la actora llevaba adelante el hogar y la crianza del hijo en común, y el demandado valoró tales trabajos), constituye un modelo familiar que favorece la acumulación de riqueza del hombre a expensas de la mujer”. En concreto, el trabajo activo de la actora en la veterinaria y sus actividades hogareñas, redundaron en un provecho para el demandado, desde que, aunque no constituyen un aporte societario, no pueden dejar de ser observados como una ventaja patrimonial, consistente en la apropiación de la energía del trabajo de la actora”. En otros términos, la actividad de la accionante, “es y debe ser apreciada en término pecuniarios y evidencia una carga que el demandado no soportó, lo que razonablemente impactó positivamente en el desarrollo de su actividad profesional y comercial”.

(iii) “La energía que la demandante puso a favor del demandado y que representó para éste una ventaja” justipreciada en conjunto (actividades en la veterinaria y en el hogar) equivale a una tercera parte de los ingresos necesarios para adquirir los terrenos y posteriormente edificar”.

(c) Creo oportuno señalar algunos puntos de la sentencia reseñada:

(i) La revocatoria de la sentencia de primera instancia que había reco-



nocido la existencia de la sociedad irregular tiene por base una interpretación carente de flexibilidad desde que, aunque los bienes cuya liquidación se pretende se compraron con anterioridad a la sociedad regularmente constituida, señalan una actividad común generadora de recursos.

(ii) La aceptación de la acción de enriquecimiento sin causa se funda, casi exclusivamente, en una visión de género. No encuentro razones para no aplicar esa misma visión a la acción de disolución de una sociedad irregular delimitando los bienes que se estima se adquirieron durante la vida en común.

(iii) La liquidación sobre la base de un porcentaje de los ingresos necesarios para la adquisición de los inmuebles no responde a una motivación suficientemente convincente.

d) Un caso con algunas similitudes se planteó ante la justicia de la provincia de Córdoba. Con mayor flexibilidad, el tribunal de apelaciones concluyó:

“La demanda debe admitirse, sea porque se encuadre como sociedad de hecho, juzgando con un criterio amplio la existencia de aportes, conforme lo expresado, sea porque *iura novit curia* se aplique la figura del enriquecimiento sin causa”<sup>35</sup>.

### **8.5. Una visión flexible sobre la sociedad irregular que desplaza a la acción de enriquecimiento sin causa**

(a) Al contrario de lo sucedido en el caso anterior, un tribunal provincial revocó la decisión que había hecho lugar a la acción de enriquecimiento sin causa, por entender que es subsidiaria y, en cambio, hizo lugar a la disolución de la sociedad irregular<sup>36</sup> en la cual adjudicó a la actora el 25 % de todos los bienes adquiridos durante 28 años de unión convivencial, por las siguientes razones.

(i) La demanda invocó la existencia de una sociedad de hecho.

<sup>35</sup> Cám. 8° CC de Córdoba, 22/12/2019, Citar: elDial.com - AABA7B, publicado el 06/03/2020.

<sup>36</sup> Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, 17/3/2020

(ii) La prueba debe ser analizada con visión de género y, desde esa perspectiva, se considera probado que ambas partes realizaron aportes. En efecto:

– Los estereotipos socio-culturales fuertemente arraigados deben ser dejados de lado; solo entonces, se visualiza adecuadamente la efectiva contribución que la actora tuvo en la conformación de la empresa familiar (arts. 2, 5, 11, 16 y ccs. de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” —C.E.D.A.W.—, ratificada por ley 23.179; art. 75 inc. 22, C.N.; arts. 1, 3 incs. c y j, 4, 5 inc. 4 y ccs. de la “Ley de Protección Integral a las Mujeres”, n° 26.485). Los precedentes de Corte provincial reconocen que *“la mujer se encuentra dentro del grupo de personas que siguen enfrentando desigualdades económicas, a menudo arraigadas en patrones históricos en los que la distribución de roles dentro de la familia se realizaba en función del género, desigualdad que merece protección para alcanzar una igualdad de iure y de facto, a la cual la prestación alimentaria no puede permanecer ajena”*.

– En el caso, no quedan dudas de la participación preponderante que le cupo al demandado en la génesis y conformación del giro comercial (su vínculo con el mundo del motociclismo arrancó desde muy temprana edad, desde una faceta puramente lúdica o recreativa a la que con el correr del tiempo le agregó una comercial, transformándose así en su principal medio de vida). La demandante recién se asoció cuando comenzaron la convivencia, varios años después.

– La intervención del demandado en el aludido giro comercial, si bien preponderante, no tuvo carácter de única, exclusiva y excluyente pues también la actora hizo su aporte a la empresa común mientras duró la convivencia. La contigüidad y comunicabilidad física interna entre ambos inmuebles, enmarcada en una relación sentimental de más de veinte años de la que nacieron dos hijos en común, constituyen hechos que, debidamente ponderados bajo criterios socioculturales contemporáneos, llevan a concluir que la presencia habitual de la actora en el local comercial realizando diversas tareas representaba su aporte de trabajo personal para con el taller/comercio de motos.

(b) La sentencia utiliza la visión de género para un análisis flexible de la sociedad irregular, y en un claro intento de fijar el porcentaje que corresponde a la actora, utiliza criterios objetivos, como son los años de convi-

vencia, la cercanía entre inmuebles, que facilitaba la posibilidad de que la mujer prestase también asistencia en el negocio, etc.

### **8.6. La visión “ortodoxa” impide que la distribución de los bienes se cuele a través del enriquecimiento sin causa**

Sin embargo, no todas las respuestas son tan protectoras de los derechos del conviviente, como lo muestra el siguiente caso.

(a) Una señora inició demanda contra los sucesores de quien en vida fuera su conviviente, con fundamento en el art. 1794 del CCyC. Dijo haber convivido durante 46 años extenso tiempo en el que compartieron un proyecto de vida en común hasta el día de su fallecimiento; los hijos que Los hijos que ambos habían tenido de diferentes uniones y uno en común vivieron junto a ellos hasta que se casaron; que en todos esos años trabajó como mandataria del registro automotor y esa actividad colaboró para que la pareja adquiriese un inmueble y un local sitios en la CABA, un vehículo y tres lotes en la provincia de Córdoba. Argumentó que otorgar el 100% de esos bienes a los herederos produciría un enriquecimiento ilícito por cuanto los bienes en cuestión fueron producto de su trabajo. En definitiva, pidió la restitución del 50% de esos bienes más el daño moral por haberse visto privada de la mitad de ellos.

La jueza de primera instancia rechazó la demanda, con estos argumentos: (i) las uniones convivenciales se rigen por la regla de la autonomía de la voluntad (art. 528 CCyC) y, ante la falta de pacto, supletoriamente, por las mismas reglas que el régimen de separación de bienes, es decir, que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron; (ii) La prueba incorporada es insuficiente para acreditar los presupuestos de la acción, en tanto no se ha acreditado ni el enriquecimiento patrimonial del causante, ni el correlativo empobrecimiento de la actora, la relación de causalidad entre una y otra situación y la falta de justificación del enriquecimiento, puesto que ambos desarrollaron una vida en común decidiendo en un marco de libertad y de autonomía el modo en que se adquirirían o distribuían los bienes, tal como cabe inducir de los conocimientos de índole comercial de ambos convivientes.

(b) La actora apeló; denunció, además, que la sentencia de primera instancia había omitido tratar la acción de daños también deducida. La Cámara confirmó la decisión, con estos argumentos:

(i) No se encuentra en tela de juicio el plan de vida familiar elegido por la actora y su compañero de vida; esa modalidad no es menos valiosa que otras que puedan adoptarse; sencillamente, cada una tiene consecuencias jurídicas distintas, tal como lo muestran las diferencias legalmente establecidas en el CCyC.

(ii) La constitucionalidad del régimen legal no ha sido objetada.

(iii) Pese a recurrir a la figura del enriquecimiento sin causa, en realidad, la actora pretende la aplicación del régimen de comunidad de bienes propio del matrimonio (art. 463 CCyC) aun cuando junto a su pareja eligieron libremente no encontrarse sometidos a esa regulación.

(iv) La omisión del tratamiento de la acción de daños, planteada en subsidio, no resulta relevante para modificar el resultado de la sentencia; es válido interpretar que la acción deducida encuentra sentido en un requerimiento sucedáneo de la imposibilidad de restitución en especie de lo habido indebidamente (art. 1794, segundo párrafo del Cód. Civil y Comercial). En consecuencia, el rechazo del enriquecimiento indebido, que lo tornaría aplicable, deja sin fundamento lo solicitado.

(v) La prueba incorporada acredita que la mujer no está privada de todos los bienes desde que tres lotes de la provincia de Córdoba están en condominio y ella titulariza el 50 %.

(c) La sentencia comentada contiene argumentos objetivos en defensa de la autonomía, ejercida plenamente en la situación planteada. En efecto, hace mención a la formación de ambos convivientes en el ámbito negocial y a la existencia de algunos bienes en condominio, lo que implica que cuando quisieron reconocer cotitularidades, lo hicieron.

## **9. Breves conclusiones provisionarias.**

El análisis de la jurisprudencia reseñada permite extraer las siguientes conclusiones provisionarias:

a) Cada vez más, los jueces incorporan la visión de género para resolver cuestiones patrimoniales emergentes del cese de las uniones convivenciales. La perspectiva de género exige examinar la prueba, aplicar la normativa y tomar la decisión de modo de asegurar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia. Para eso, hay que analizar el contexto de los hechos

---

y los derechos reclamados, ubicar a las partes procesales desde una categoría sospechosa e identificar las relaciones de poder, roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir.

La metodología utilizada no siempre es clara en el análisis de todos estos aspectos pero, en general, los jueces describen las circunstancias fácticas que justifican la aplicación de esta visión, a punto tal que cuando la rechazan indican por qué, en ese supuesto, la plena autonomía está justificada.

b) Las reglas jurídicas no deben ser bastardeadas. El excesivo rigor ritual procesal tampoco es admisible. El equilibrio sólo puede ser alcanzado con buena formación jurídica de abogados y jueces de modo tal que, sin violar el derecho de defensa, las pretensiones de las partes, tan diversas como las realidades sociales, puedan ser calificadas para llegar a soluciones equitativas.



# BALANCE DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL A CINCO AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA

POR JULIO CÉSAR RIVERA<sup>1</sup>

## I. PRENOTADOS

Pasados cinco años desde la entrada en vigencia del CCyC, es hora de hacer un balance que muestre sus aciertos y algunos de sus defectos.

Para hacerlo partimos de ciertos presupuestos que hemos expuesto en trabajos anteriores. Ellos son:

- la renovación de los cuerpos principales del derecho privado, esto es, el Código Civil y el Código de Comercio, era una tarea necesaria, sobre la cual existía una convicción generalizada, demostrada por el hecho de que desde 1987 se habían sucedido tres proyectos de reforma parcial y uno de recodificación conocido como Proyecto de 1998;
- la alternativa renovación parcial o recodificación no evidenciaba una mayoría definida por una u otra; pero a nuestro juicio la re-

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 27 de agosto de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

codificación era la vía más adecuada pues evita las incongruencias que se generan a partir de la reforma parcial introducida en viejos textos, escritos por “otros”, en “otros” tiempos y probablemente sobre la base de “otros” criterios rectores;

- la unificación era una vieja aspiración de la doctrina nacional, expresada desde el 1er Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940; eran aisladas las voces que sostenían la conveniencia de mantener un Código de Comercio separado del Código Civil; por otro lado, se evitó la tentación de crear un código de derecho de familia o de “las familias”, como han hecho otros países especialmente en el área latinoamericana;

Por otro lado, no puede dejar de destacarse que el CCyC tiene méritos intrínsecos. Entre ellos su método; en el punto cabe destacar no sólo la existencia de un Título Preliminar que expande sus efectos sobre todo el código, sino también de una Parte General que refleja una antigua tradición académica argentina.

Y yendo al fondo de la regulación no hay dudas de que está inspirada en valores inexorablemente compartibles. Entre ellos mencionamos el reconocimiento de “derechos colectivos”, el humanismo patentizado en la regulación de los derechos personalísimos, la protección de las partes “débiles” o “vulnerables” como los consumidores, así como el hecho de que el CCyC partiendo de la supremacía constitucional y de los tratados concreta los efectos de los principios que emanan de —a título de ejemplo— documentos internacionales como la Convención de Derechos del Niño y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>2</sup>.

Hecha esta breve introducción, comenzamos el repaso de algunas cuestiones que plantea el CCyC y su aplicación por los jueces, empezando por la denominada constitucionalización del derecho privado.

---

<sup>2</sup> LORENZETTI señala otros valores tales como el diálogo de fuentes, el derecho de la empresa adaptado a una economía en permanente transformación y la atención puesta en la tecnología, así como la incorporación de una teoría de la decisión judicial democrática, porque el juez debe decidir razonablemente; en “*Cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación*”, RC D 2916/2020. Más adelante hemos de comentar algunos de estos solo aparentes avances de nuestro CCyC.



## II. LA RELACIÓN CON LA CN Y LOS TRATADOS

### El derecho civil constitucional: ¿qué significa?

ALBERDI describió con precisión cuál debía ser el rol del Código Civil. Me permito transcribir algunos párrafos ilustrativos del pensamiento del extraordinario hombre público del siglo XIX: “...*las leyes civiles no son sino leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución Nacional... Según esto, el Código Civil argentino debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizaran los derechos civiles* (enfaticado en el original) *concedidos a todos los habitantes de la Nación por los artículos 14,15,16,17,18,19 y 20. Esos derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación, sean nacionales o extranjeros, no son derechos políticos, sino derechos civiles y ellos constituyen la sustancia y la base democrática de la legislación civil argentina. Si como dice Montesquieu, las leyes civiles tienen por objeto mantener la naturaleza y el principio del gobierno establecido o que se quiere establecer, la democracia debe estar en el Código Civil argentino, como está en la Constitución. Hijos ambos y codificación los dos de la revolución democrática del pueblo argentino, el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política...*”<sup>3</sup>. De lo que resulta que “[E]l derecho civil argentino debía ser, como su Constitución, la expresión y realización de las miras liberales de la revolución de América en los pueblos del Plata”<sup>4</sup>, o, como lo dice poco más adelante, “[E]l derecho civil, como la Constitución de que ha de ser derivado estricto, debe ser la expresión codificada de la revolución democrática que dio nacimiento y ser a la Nación argentina. Esa es la mente del artículo 28 de la Constitución”<sup>5</sup>. Es difícilmente explicable por qué las ideas de ALBERDI, tan claramente expresadas, han pasado casi desapercibidas para los civilistas del siglo XX<sup>6</sup>.

Ahora bien; nuestro CCyC vigente comienza diciendo que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...” y según palabras de Loren-

<sup>3</sup> ALBERDI, Juan José (1887) *Obras Completas*. T. VII. Buenos Aires: La Tribuna. Pág. 105.

<sup>4</sup> ALBERDI, ob. cit., p. 82.

<sup>5</sup> ALBERDI, ob. cit., p. 106.

<sup>6</sup> Un análisis pormenorizado del debate entre ALBERDI y VÉLEZ SANSFIELD en: BOHMER, Martín, en *The Politics of Legal Education in Argentina, USA and Chile*, JSD dissertation, Yale Law School, 2007.

zetti se supone que ello implica “la comunicabilidad de principios entre el Derecho constitucional y el Derecho privado que ya no son esferas independientes”, así como “el diálogo de fuentes expresamente establecido para articular la Constitución, los tratados, el código, las leyes infra constitucionales, la jurisprudencia y la costumbre”<sup>7</sup>. Así lo exponen los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, diciendo: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

Por nuestro lado hemos coincidido en que el código civil ha perdido el monopolio, su lugar central en beneficio de la Constitución, del derecho administrativo, del derecho del trabajo, entre otros; y por ello debe compartir su rol con leyes que hablan otra lengua y manejan otros conceptos<sup>8</sup> y en particular hemos destacado la relación entre la Constitución y el derecho privado desde un trabajo publicado hace unos 25 años atrás<sup>9</sup>.

Dijimos allí que las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución tienen:

—*Eficacia directa*, lo que significa que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido puede hacerlo invocando la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho de que se trate; en definitiva, es una mera aplicación de la doctrina de la CSN sentada en los precedentes *Siri* y *Kot*:

—*Eficacia derogatoria*, de modo que las normas civiles constitucionales derogan cualquier disposición legal contraria a la norma superior. A título de ejemplo: a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994 debía considerarse derogada la previsión del Código Civil con-

---

<sup>7</sup> LORENZETTI, ob. cit.

<sup>8</sup> SACCO, Rodolfo, *A Civil Code Originated During the War (The Italian Codice Civile)* en RIVERA, Julio Cesar ed. (2013), “The Scope and Structure of Civil Codes”. Springer.

<sup>9</sup> RIVERA, Julio César, “El derecho privado constitucional”, *RDPyC* nro. 7, a partir de p. 27.

forme la cual los bienes gananciales de origen dudoso eran de administración del marido;

—*Eficacia invalidatoria*. La disposición de jerarquía legal que se oponga a una norma constitucional es inválida, y por ello puede ser declarada inconstitucional por los jueces. Así, antes de la entrada en vigencia del CCyC., sosteníamos que era inconstitucional la ley de nombre en tanto imponía a los hijos el apellido del padre, ya que constituía una discriminación contra la madre, violatoria de la Convención sobre Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer.

—*Eficacia interpretativa*. Quien interpreta la ley para aplicarla debe hacerlo de manera que esta resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que esta se refiere.

El tema de la interpretación de las normas civiles constitucionalizadas no es simple, pues cabe tener en consideración que el derecho civil tiene un contenido dado por la tradición jurídica, la doctrina y la jurisprudencia, de donde en principio el intérprete se guía por esos contenidos propios del derecho civil, por los métodos de interpretación que son también propios del derecho civil. Por ello al intérprete le basta verificar que el resultado de su interpretación no sea contrario a la de la Constitución.

De todos modos, en la práctica y de hecho se plantean conflictos. En nuestro derecho es una materia particularmente compleja la de la responsabilidad civil de la prensa por violación del honor o de la intimidad de las personas. La Constitución protege la libertad de prensa y también la intimidad y el honor (la dignidad de las personas).

Entendemos que no ha de perderse de vista que las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución no dejan de ser de derecho privado, y este debe ser interpretado conforme a sus principios so riesgo de ser desnaturalizado, pero —agregamos— **siempre que esa interpretación no invalide el ideario democrático y liberal de la Constitución y los principios que emanan del derecho supranacional de los derechos humanos.**

## 2. ¿La “constitucionalización” implica una banalización de la Constitución o es la mera expresión de la obvia supremacía constitucional?

Algunos constitucionalistas han criticado esta idea de la “constitucionalización del derecho privado”, señalando que no pasaría de ser un reconocimiento de la supremacía de la Constitución, cuyo efecto en definitiva sería la exigencia de seguir siempre una interpretación del derecho privado “conforme” a la CN y que abriría las puertas a la jurisdicción federal en materia de derecho común<sup>10</sup>. Así GARAY dice: “Puede ser que se piense esa “constitucionalización” en términos muy vagos. En realidad, podría pensarse que los que emplean esta terminología estarían aludiendo, como Alberdi, retóricamente, a una conformidad con el espíritu de la Constitución o inspirada en tal o cual cláusula”<sup>11</sup>.

Y Alberto DALLA VÍA apunta en la misma dirección cuando escribe: “La adecuación del CCyC. al texto de la CN reformada como uno de los fundamentos del proyecto, constituye un propósito no solamente loable, sino también una necesidad de dar coherencia a nuestro ordenamiento. Según la lógica aplicación del principio de subsunción en un sistema jurídico, el derecho infra constitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del estado democrático de derecho”<sup>12</sup>.

Es probable que los distinguidos autores citados tengan razón y los civilistas hayamos pensado la constitucionalización del derecho privado de manera un poco vaga. Es más, el mismo desafortunado art. 1, CCyC. hace verosímil la crítica, pues en definitiva ese artículo no hace más que señalar lo que es obvio, esto es que los casos deben ser resueltos conforme a las leyes —como si alguien pudiera pensar otra cosa— y que las fuentes del Derecho son la Constitución, los Tratados (todos, y no solo los de derechos humanos) y las mismas leyes.

<sup>10</sup> GARAY, Alberto, “El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados”, *RCCyC* 2015 (agosto), 17/08/2015, 25, *AR/DOC/2485/2015*.

<sup>11</sup> GARAY, ob. cit.

<sup>12</sup> DALLA VÍA, Alberto, El programa económico de la Constitución Nacional, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, 2017-115. El mismo DALLA VÍA alertó sobre las confusiones a que puede dar lugar la expresión “constitucionalización del derecho privado” en otros trabajos: Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial, LL 2014-B, 913, Cita Online: *AR/DOC/1098/2014*; La Constitución y el Código Civil y Comercial. Reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado, JA 2015-II, 958, Cita Online: *AR/DOC/4878/2015*.

No cabe duda de que, si la constitucionalización del derecho privado se aprecia desde el art. 1 CCyC., no llegaríamos a ninguna conclusión toda vez que ese precepto es susceptible de múltiples objeciones:

- empieza refiriéndose a “los casos”, lo cual es sumamente impreciso<sup>13</sup>, pues no parece que el código pudiera referirse exclusivamente a los “casos judiciales”<sup>14</sup> por lo que se ha entendido que con esa expresión alude a los supuestos de hecho aprehendidos en cada regla (lo que conocemos como *fattispecie* o *tabestandt*<sup>15</sup>);
- luego cae en la obviedad ya señalada, esto es, que “los casos” se resuelven según las leyes;
- es una mera reiteración del art. 31 CN invocar la Constitución y los tratados como fuentes jerárquicamente superiores;
- es errada la limitación a los tratados “de derechos humanos” pues todos los tratados son ley suprema de la Nación<sup>16</sup>, incluso los que versan sobre temas de derecho patrimonial como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías;
- sigue diciendo “a tal efecto”, pero no sabemos cuál de los distintos efectos previstos en las frases precedentes es el aludido<sup>17</sup>;
- la finalidad de la norma no es una fuente, sino un criterio de interpretación como lo pone de manifiesto el art. 2, CCyC.;

---

<sup>13</sup> Sin perjuicio de lo que decimos en el mismo párrafo, téngase en cuenta que en los Fundamentos se lee que los dos primeros capítulos del Título Preliminar están principalmente dirigidos a jueces y juezas, con lo cual se sugiere claramente que la intención del legislador es que el art. 1 es entender *casos* en el sentido de conflicto que llega a la resolución del juez. Por suerte, los mismos Fundamentos nos indican que debemos prescindir de la intención del legislador histórico e interpretar las normas de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

<sup>14</sup> Hemos dicho antes de ahora: “El Derecho —comprendiendo en tal noción a la ley y demás fuentes invocadas en el art. 1 del CCyC— no tiene por misión exclusiva resolver casos como parece predicarlo el art. 1 del CCyC en su primera frase. Allí —en esa primera frase que alude a ‘los casos que este Código rige’— radica probablemente un error serio del CCyC. La misión primera del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los casos, sino más bien en generar reglas destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos a fin de evitar que existan casos que lleguen a los jueces”: RIVERA, Julio César, “Políticas legislativa y judicial en materia de derecho transitorio”, *Revista Código Civil y Comercial*, año III, nro. 1, febrero 2017, p. 149; conf., LÓPEZ DE ZAVALÍA (H), Fernando, “Código Civil y Comercial: subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados”, *LL* 2016-E, 1170.

<sup>15</sup> GARAY, ob. cit.

<sup>16</sup> RACIMO, Fernando, “La inconstitucionalidad del art. 1 del CCC y otros problemas del Título Preliminar”, *JA* 2017-III-fasc. 10, p. 1.

<sup>17</sup> GARAY, ob. cit.

- los principios generales del derecho, que tienen una función integrativa —según lo ponen de relieve los mismos Fundamentos— no aparecen mencionados como fuente, prescindiendo así de una regla consagrada por VÉLEZ SANSFIELD en el Código de 1869 y que mereció el reconocimiento unánime de la doctrina<sup>18</sup>;
- se refiere a los usos, prácticas y costumbre como si todo fuera lo mismo; en realidad solo es fuente de derecho objetivo la costumbre; en algunos casos pueden serlo los usos del comercio; pero las prácticas entre las partes de una relación jurídica tienen una función distinta<sup>19</sup>, cual es integrar la relación contractual, tal cual lo dice acertadamente el art. 964, inc. c).

Por eso se debe prescindir de esa perspectiva que, como denuncian algunos, limita la constitucionalización del derecho privado al obvio reconocimiento de la supremacía constitucional o a la también superflua mención de la Constitución y los tratados como fuentes de derecho positivo.

Nosotros entendemos que la constitucionalización del derecho privado, además del reconocimiento de la supremacía constitucional y la interpretación conforme, significa que:

- ★ la fuente de los derechos y deberes regulados por el derecho privado se halla en la CN. Así, como es obvio, la regulación de los derechos reales, empezando por el dominio, encuentra su raíz en el art. 17, CN, precepto en el que también se asienta el derecho de propiedad sobre todos los derechos causados en los contratos; la igualdad constitucional es la que inspira la regulación del matrimonio y de las otras relaciones familiares; la autonomía personal ha de presidir el tratamiento que el derecho privado hace de las personas de capacidad disminuida y de los menores de edad, etcétera;
- ★ de modo pues que, además de la “interpretación conforme”, el derecho privado tiene por finalidad instrumentar, organizar como decía Alberdi, los derechos reconocidos por la CN y, obviamente, ha de hacerlo en función de los principios consagrados por la Constitución;

---

<sup>18</sup> El art. 16 del código derogado disponía: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

- ★ de allí que la Constitución tenga no solo el efecto interpretativo, sino también los ya mencionados efectos derogatorio e invalidatorio de las normas de derecho privado que no sean conformes con aquella.

### 3. Lo que “no es” la constitucionalización

El peligro que encierra la generalización de la idea de “constitucionalización” es que el derecho privado codificado o legislado sea sustituido por una serie de principios vaporosos que habiliten a los jueces a apartarse de la ley y sustituirlo por su propio sentimiento de justicia.

Un ejemplo clarísimo de este curioso modo de pensar el derecho privado lo suministra GIL DOMÍNGUEZ cuando dice: *“La lógica del Código Civil y Comercial se enmarca en la fuerza normativa de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, los cuales pueden ser aplicados de oficio, mediante interpretaciones conformes o bien de forma directa. Está basada en la garantía del derecho a la libertad de intimidad, la protección de la familia ampliada, el interés superior del niño, la protección del más débil, la no progresividad tuitiva, el derecho al uso del uso y goce de los bienes vinculado al interés social y el derecho a la no discriminación como norma de cierre. También en un iura novit curia constitucional y convencional que no puede responder de forma legicentrista y abstracta ante el ejercicio de derechos en situaciones concretas (aunque sean antinómicas) ni en los juicios pendientes ni en los que se inicien cuando el Código Civil y Comercial entre en vigencia”*.

A esto —para crear más confusión de la que ya crea su ditirámbico discurso— agrega que una posición sustentada por nosotros con relación a la aplicación de las nuevas leyes a los casos en trámite, aparece *“confinada en la ley como techo del ordenamiento jurídico, la Constitución como una norma política sin fuerza normativa y los jueces como meros subsumidores silogísticos, sin percibir que dicho paradigma ha sido modificado por el Código Civil y Comercial a través del sistema de fuentes establecido, del particularismo aplicativo y del rol de los jueces como concretizadores y ponderadores de derechos que el Código debe garantizar, pero no estructurar”*<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sobre la distinción entre costumbre, usos y prácticas, v.: GHESTIN — BARBIER, *Traité de Droit Civil, Introduction Générale*, 5ª ed., LGCJ, Paris, 2018, nro. 975, p. 814.

<sup>20</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El art. 7 del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales

O sea que, para GIL DOMÍNGUEZ, el CCyC es un cuerpo de 2600 artículos que garantiza, pero no estructura las instituciones que toca. Y en definitiva todo lo que dice el CCyC en esos miles de artículos es papel mojado si al juez concretizador se le ocurre aplicar —de oficio obviamente— un *iura curia novit* constitucional y convencional.

El que mejor ha expresado su alarma ante estas tesis ha sido el prestigioso jurista RICARDO GUIBOURG. No podemos evitar la tentación de transcribir unos párrafos de una “columna de opinión” de su autoría publicada pocos meses después de la entrada en vigencia del CCyC. Dice GUIBOURG: *“Basta leer los arts. 1, 2, 3 y 10 para advertir que el legislador se siente más próximo del Sermón de la Montaña que de la descarnada precisión del Código Napoleón, y que, al reservarse una función moralmente rectora, renuncia a la función de establecer criterios operativos para cederla, en la práctica, a los jueces. En efecto, si la interpretación de la ley adquiere el margen de discrecionalidad que le confieren los derechos y principios constitucionales y convencionales, si la interpretación y la comparación de estos últimos dependen de las decisiones judiciales, si estas decisiones (de las que se requiere una controvertible razonabilidad) y las opiniones de los autores se influyen reciprocamente todo el tiempo manteniendo, a la vez, su indeterminación y su pluralidad, todos los límites entre las fuentes del derecho se vuelven tan maleables y difusas como el derecho mismo.*

En síntesis, el contenido de las normas, incluso las del propio código, depende de un juego circular de conceptos vagos a la espera de algún *deus ex machina* que los llene de luminosas (y justas) verdades. Pero ese personaje no viene (nunca vino) del cielo mismo, sino de la tramoya teatral del sistema político: son los jueces quienes se ven conminados a asumir ese papel y se espera de ellos que satisfagan a todos, bajo pena de linchamiento mediático, jurídico o aun físico. En efecto, quien se vea perjudicado por una decisión judicial tenderá a pensar que el magistrado no ha sabido o no ha querido comprender el verdadero sentido de derechos, principios y valores, por lo que ha ejercido deficientemente la función encomendada. Un verdadero presente griego para quienes solo cuentan con su conciencia, conocen y ejercen los disensos y saben que en un proceso hay quien gana y quien pierde.

---

en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional”, *RCCyC* 2015 (julio), 1.07.2015, 16, *AR/DOC/1952/2015*.



En estas condiciones, el nuevo código aparece como un sincero y entusiasta registro del ocaso del derecho, precisamente en el único punto donde su aporte fue alguna vez efectivo. En tono de chanza algo exagerada, podría decirse que, luego de leer el título preliminar, todo el resto del Código ha de tenerse por no escrito, hasta tal punto su contenido queda sujeto a principios imprecisos, a criterios de interpretación subjetivos y cambiantes y a procedimientos de ponderación de derechos y valores que siempre terminan reducidos al ojo de buen cubero (tan parecido al ojo de mal cubero que no hay método objetivo que permita distinguir entre los dos”<sup>21</sup>).

Pero lo más grave es que estas ideas calan en la jurisprudencia, y así aparecen émulos locales del “bon juge Magnaud”<sup>22</sup> que, lisa y llanamente, prescinden de las soluciones del CCyC o de la ley aplicable al caso, para resolver lo que les indica su conciencia, para lo cual siempre van a encontrar el apoyo de algún principio establecido en alguna convención internacional.

Entrando ya a la aplicación concreta del CCyC por los jueces podemos mencionar algunos ejemplos de esto que denunciamos:

— La maternidad subrogada: como es sabido, el Anteproyecto contenía disposiciones sobre la maternidad subrogada que fueron suprimidas del texto sancionado; ello no ha impedido a los jueces —y a otras autoridades no judiciales— sostener enfáticamente la validez de esos contratos<sup>23</sup> sin mayores fundamentos y sin hacerse cargo de las fundadísimas y serias observaciones que se formulan a esa práctica que no es otra cosa que el alquiler de una persona y cuyas consecuencias derivadas de la disociación de la

---

<sup>21</sup> GUIBOURG, Ricardo A., “El sincero ocaso del derecho”, *LL* 2015-D, 1229, *AR/DOC/2309/2015*.

<sup>22</sup> Es conocido que Paul Magnaud fue reconocido por sus sentencias justas, lo que le valieron que el mismo Clemenceau lo llamara “*le bon juge*”, expresión que lo acompaña en su lápida.

<sup>23</sup> Entre otros: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento”, *LL* 2013-D, 195; *DFyP* 2013 (octubre), 86 con nota de Sabrina M. BERGER, *DFyP* 2013 (octubre), 105 con nota de Andrés GITTER; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8, 20/09/2016, “B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación”, *AR/JUR/70743/2016*; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102, 18/05/2015, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad”, *LL* 2015-C, 521, *DFyP* 2015 (noviembre), 208 con nota de Sabrina M. BERGER, *DFyP* 2015 (noviembre), 220 con nota de Ludmila VIAR y Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE; C Cont. Adm. y Tributario de la CABA, sala I, 04/08/2017, “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo”, *LL* 2017-E, 594, *RCCyC* 2018 (mayo), 131 con nota de Jorge N. LAFFERRIÈRE y Juan Bautista ELETA.

maternidad son previsiblemente nocivas, como lo señalan autorizados informes europeos de los cuales se prefiere no hablar<sup>24</sup>. Por lo demás en algunos fallos y comentarios de los fomentadores de la maternidad subrogada —entre ellos los centros médicos que la practican— se señala que de otro modo dos hombres no podrían ser padres de un niño y que ello es discriminatorio. Es más que evidente que, si dos hombres no pueden ser padres, no es responsabilidad de la ley sino de la naturaleza que —lamentablemente— exige la presencia de una mujer para gestar un niño. Claro, según estos jueces, la naturaleza ha de ser inconstitucional...

— En el intento de legitimar la nociva práctica de la maternidad subrogada, se ha llegado a declarar la inconstitucionalidad del art. 562, CCyC conforme al cual en la filiación natural la maternidad se determina por el parto<sup>25</sup>. Esto no merece comentario; simplemente es un exabrupto incalificable.

— La inseminación post mórtem. El CCyC dispone en el art. 560 que el consentimiento para el uso de los gametos a los efectos de las técnicas de fertilización asistida debe renovarse cada vez que se procede a su utilización; y por lo tanto no autoriza la inseminación post mórtem. Cabe apuntar que la inseminación post mórtem estaba expresamente prevista —bajo una serie de condiciones y efectos— en el art. 563 del Anteproyecto. Todo ello no fue óbice para que un juez autorizara una inseminación post mórtem, lo cual fue festejado por el falso progresismo criollo como un triunfo<sup>26</sup>. Por

<sup>24</sup> El 17 diciembre, 2015 el Parlamento Europeo aprobó por Resolución el Informe Anual Sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014 y las Políticas de la Unión Europea sobre esta Materia (2015/2229(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0344+0+DOC+PDF+V0//ES> [consulta: 16-may-2018]. En mayo de 2017 se conoció el Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos Y Jurídicos De La Maternidad Subrogada, [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) [consulta: 16-may-2018]; y en junio de 2017 el documento *Avis nro. 126 (15 juin 2017) Avis du Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (Paris) sur les demandes sociétales de recours à l’assistance médicale à la procréation (AMP)* [http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/ccne\\_avis\\_ndeg126\\_amp\\_version-def.pdf](http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/ccne_avis_ndeg126_amp_version-def.pdf) [consulta: 16-may-2018], todos muy críticos de esta práctica.

<sup>25</sup> JFamiliaLomasdeZamora nro. 7, 30/12/20015, “H. M. y otro s/ medidas precautorias - art. 232 del CPCC”, 2016-C, 89 con nota de Úrsula C. BASSET.

<sup>26</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 87, 05/05/2016, “N. O. C. P. s/ autorización”, LL 2016-D, 219, con nota crítica de Eduardo A. SAMBRIZZI.

suerte también se encuentra algún precedente que ha desestimado la posibilidad de la inseminación post mortem con fundamento en que ello implicaría una violación de los derechos personalísimos del fallecido<sup>27</sup>.

— Otro ejemplo muy reciente de esta corriente de pensamiento y acción se evidencia en la sentencia que ha considerado procedente autorizar la práctica de la gestación por sustitución entre dos hombres unidos civilmente -padres intencionales-, y la gestante, en la forma peticionada, es decir, por implantación del embrión formado por gametos de uno de los padres intencionales y ovodonación (donación anónima) en el útero de la gestante, toda vez que ***el silencio legal otorga a los jueces un amplio margen de acción a los fines de ponderar los intereses en juego para otorgar la autorización***, pues la gestación por sustitución es una realidad que está ocurriendo en el mundo y en el país, de modo que no habilitarla obliga a los ciudadanos argentinos a recurrir a esta técnica en el extranjero, y negar la validez de esta práctica médica la convertiría en una técnica de elite. Máxime cuando del estudio completo de la causa, con el auxilio de la intervención interdisciplinaria, es posible concluir que las decisiones tomadas por cada una de las partes involucradas han implicado procesos reflexivos que les han permitido reconocer la complejidad e impacto de este procedimiento, evidenciándose de manera clara y precisa en el caso de la pareja convivencial una auténtica voluntad que traduce la genuina intención de hacer realidad la paternidad aprovechando el auxilio científico<sup>28</sup>

— Además de los jueces, las mismas autoridades administrativas contribuyen a este clima de jolgorio interpretativo y derogatorio del CCyC; veamos, si no, el art. 558 CCyC. (tercer párrafo), que dispone algo que parece ser el resultado de una observación bastante comprobada de lo que sucede en la naturaleza, esto es, que nadie puede tener más de dos progenitores (art. 558, tercer párrafo); sin embargo, el Registro Provincial de las Personas autorizó, mediante una resolución, el reconocimiento paterno del primer bebe, que llevará también el apellido de sus dos madres (2015), con lo cual el niño tiene un padre y dos madres. Esto le asegura que no va a estar solo cuando la maestra llame a reuniones de padres.

<sup>27</sup> 1ª. Inst. Civil Capital Federal, “C., E. s/ autorización”, 05/02/2020, Cita Online: AR/JUR/158/2020; CNCiv., sala B, D., “M. H. y otros s/ autorización”, 03/04/2018, Cita Online: AR/JUR/20162/2018.

<sup>28</sup> 1ra. Inst. Civ. y Com.y de Familia, Villa María, 21.5.2020, 2 “R., L. A. y otros s/ sumaria”, publicado por el SAJJ.

— A fin de reconocer el derecho a la pluriparentalidad, para así evitar que una niña debiera optar entre su padre jurídico – no biológico y su padre biológico – no jurídico (sic), se ha invocado el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos que bajo el epígrafe “Protección de la Familia” dedica 3 de sus cinco incisos a **la familia matrimonial**.<sup>29</sup>

— Y por supuesto la doctrina que considera que cualquiera “desigualdad” es inconstitucional. Por ejemplo la del art. 526 CCyC que establece que el derecho real de habitación del conviviente dura dos años mientras el del cónyuge superviviente es vitalicio. Para ello se argumenta que ello “denota una diferenciación entre la elección de los diversos modelos familiares que supuestamente se pretenden tutelar en términos de equidad...por lo que su inclusión luce discriminatoria por diferenciar el acceso a protección de un derecho humano fundamental como es la vivienda familiar”<sup>30</sup>. Este criterio tan absoluto en punto a la igualdad omite que el legislador puede preferir ciertas relaciones jurídicas a otras; en muchas legislaciones la familia matrimonial goza de ciertas prerrogativas que no son reconocidas a las uniones libres, con causa en que las uniones matrimoniales tienen una perspectiva de estabilidad mayor, contemplan generalmente la procreación como una finalidad de la relación lo cual no necesariamente sucede en las uniones convivenciales, etc. De lo que se trata entonces no es de imaginar una igualdad que implique calcar derechos y obligaciones sino en si las desigualdades establecidas por el legislador son o no razonables.

Estos pocos ejemplos revelan cómo el manejo arbitrario de ciertos principios generales permite a los jueces evadirse de la legalidad. Lo que están haciendo no es verificar la inconstitucionalidad de alguna regla concreta, sino sustituyendo el derecho aplicable por su propio e individual sentimiento de justicia.

Y sobre esto ya hemos dicho que no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico –en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales– como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular, del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado —en tér-

---

<sup>29</sup> Juzgado Familia y Sucesiones Monteros, Tucumán, “*L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación*”. 07/02/2020. Cita Online: AR/JUR/132/2020

<sup>30</sup> FAMA, María Victoria, *El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial*. LL Cita Online: AR/DOC/815/2015.

minos de justicia o de injusticia— de tal apartamiento; una sentencia *justa* dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende *ajustada a derecho*<sup>31</sup>.

Si todo se reduce a la aplicación de una serie de principios más o menos vagos —el interés superior del niño, la familia integrada— no sólo se está limitando el derecho a su función de resolución de casos judiciales, sino peor aún, se está restando toda relevancia al derecho infra constitucional y abriendo el cauce a lo que IRTI denuncia como *puro subjetivismo* judicial absolutamente contradictorio con el funcionamiento de un Estado de Derecho<sup>32</sup> en el cual los ciudadanos no están obligados a hacer lo que *la ley* no manda ni privados de lo que ella no prohíbe (art. 19 CN).

Casi es superfluo decir que esta versión *aggiornada* y elegante del derecho libre que se propone en Argentina no rige en ningún país del sistema romano germánico, pues aun el Código Civil suizo pone mayores exigencias<sup>33</sup>. Sobre el punto hemos dicho antes de ahora —siguiendo a Elías P. GUASTAVINO— que los “...*principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado*”<sup>34</sup>.

Y, para mostrar lo peligroso que es este “derecho privado de principios” ajeno o cada vez más alejado de la legalidad, basta con recordar lo que un historiador y filósofo alemán dice de la relación entre los jueces y la ley en

---

<sup>31</sup> BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, Madrid, 1989, p. 79.

<sup>32</sup> IRTI, Natalino, “Nomoe e Lex (Stato de Diritto come Stato della Legge)”, *Rivista di Diritto Civile*, 2016-3-589 y ss.

<sup>33</sup> Cod. Civil suizo, art. 1: *A. Application de la loi. 1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. 2. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce sel on le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.*<sup>3</sup> *Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*

<sup>34</sup> RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*, 6ª ed., Abeledo Perrot, Bs.As., 2014, núm. 122 bis, p. 163 con cita de GUASTAVINO, Elías P., “Los principios generales del Derecho”, *Anales de la Academia de Córdoba*, TS. XVII y XVIII, a partir de p. 135.

la época del nacionalsocialismo: “No fue necesario modificar el BGB, los jueces simplemente recurrieron a un principio general que les autorizó a adecuar el derecho privado a la ideología imperante: se enseñaba públicamente que el juez estaba no solo justificado sino obligado a desviarse de la ley siempre así lo exigieran los principios del orden popular... La seguridad jurídica ya no era la meta del derecho privado...”<sup>35</sup>.

#### 4. El rol de los jueces

Lo que venimos exponiendo está directamente relacionado con el rol que el CCyC atribuye a los jueces.

Hemos escrito hace muchos años que:

- el Poder Judicial no puede ejercer atribuciones que son propias de los otros poderes; por lo que el Poder Judicial no administra ni legisla; así como el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo no pueden ejercer funciones jurisdiccionales, salvo obviamente en los casos en que la Constitución lo autoriza;
- los jueces deben fallar de acuerdo con el sistema de fuentes, esto es aplicando el derecho vigente;
- el derecho infra constitucional vigente puede ser dejado de lado cuando es inconstitucional, y para ello es necesario que el tribunal declare la inconstitucionalidad; de no ser así, el tribunal no puede prescindir de la norma aplicable al caso;
- el control de constitucionalidad no se extiende a la oportunidad o inoportunidad de la norma, su conveniencia o inconveniencia, justicia o injusticia<sup>36</sup>, acierto o error, con que los otros poderes ejercen sus funciones y escogen los medios para cumplirlas;

<sup>35</sup> HATTENAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil — Introducción histórico-dogmática*, traducción de Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987, cap. XI, nro. 11, p. 206 y sigs.

<sup>36</sup> Este es un punto relevante; algunos autores sostienen que se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley en función de su justicia o injusticia (VIGO, Rodolfo, “Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica”, inserto en el volumen *Interpretación jurídica*, N° 11, p. 42, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, nota 28 en p. 34, con el apoyo de SAGÜÉS y BIDART CAMPOS; este último en “¿Pueden los jueces juzgar la inconstitucionalidad de una ley por causa de su injusticia?”, *ED* 119-311). En contra de este criterio, se afirma que la inconstitucionalidad por injusticia contraría la división de poderes: ORGAZ, Alfredo, “Los jueces y las leyes injustas”, *LL* 75-757. El problema grave que plantea este tema es “*dónde encuentra el juez el criterio de justicia*”: en su propia valoración, en su propio “*sentido de*

- en caso de vacío de la ley, los jueces no tienen la atribución de crear la norma con la que resolver el caso, sino que deben hacerlo por aplicación de los principios generales o la analogía que son las fuentes de la interpretación integrativa<sup>37</sup>.

De los primeros tres artículos del CCyC surgiría como una conclusión casi ineludible que nada ha cambiado. Los jueces deberán resolver los casos dentro del sistema de fuentes. Inclusive la referencia a la Constitución no es nueva en el derecho argentino: la ley 27 dispone que “la justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas...” y su art. 3 destaca como uno de sus objetivos el “(...) sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

Obviamente la mera subsunción y formulación de un silogismo están desechados; el juez debe operar con todas las fuentes y, si de la interpretación que de estas haga resulta más de una solución posible al caso concreto, debe optar por aquella que, siendo coherente con la totalidad del ordenamiento, evite una clara injusticia. Y, ante dos soluciones (una de las cuales es conforme a la Constitución y otra contraria a esta) que llevarían a la declaración de inconstitucionalidad, ha de preferir la primera.

Pero lo cierto es que los poderes de los jueces aparecen muy ampliados en el CCyC no porque se autorice a estos a resolver creando la norma que hubieran dictado de ser legisladores, como lo hacen - con limitaciones - los códigos suizo y portugués, sino porque hay una recurrencia casi abusiva a

---

*justicia*”, como afirma BORDA. Desde nuestro punto de vista, esto es inadmisibile; la valoración de la ley como injusta y, por ende, como inconstitucional, debe hallarse exclusivamente en la contradicción palmaria de esa ley con una norma constitucional (regla expresa o principio constitucional). Con lo cual el problema inicial se diluye, pues el criterio de justicia ha de estar expuesto en la Constitución y el legislador se ha apartado de él; pero no es la propia convicción o sentimiento individual de justicia del juez el que puede permitirle apartarse de la ley para prescindir de su aplicación. De otro modo, cabría admitir que el juez encontrase *injusta* una norma constitucional; verbigracia, la famosa cláusula transitoria 9ª, y prescindir de su aplicación.

<sup>37</sup> RIVERA, Julio César, Límites de las facultades judiciales (en el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del derecho privado argentino), LL 23 y 24/8/99; publicado también en Revista Crítica de Derecho Privado (Montevideo – Uruguay) n° 1, año 2004, p. 167.

los estándares —buena fe, moral y buenas costumbres— y en múltiples oportunidades se autoriza a los jueces a resolver lo que consideren equitativo o justo.

Por ejemplo: el estándar moral y buenas costumbres es usado a lo largo del Código en los arts. 10, 55, 279, 344, 386, 398, 958, 1004, 1014; la moral aparece como pauta en los arts. 1796, 2047, 2468. La buena fe se menciona en incontables oportunidades; *el juez puede* aparece también en muchos artículos; equidad en los arts. 1742 y 1750; equitativamente en los arts. 1255 y 1261. Se confiere a los jueces la posibilidad de modificar los contratos privados cuando esté afectado el orden público (art. 960), y se consideran abusivas las cláusulas que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias (art. 988, inc. c), por lo que el juez las tiene por no escritas y puede integrar el contrato (art. 989).

A esta altura del discurso podemos recordar lo que se dice en un muy interesante trabajo: “Por otra parte, me parece que la afirmación de que la buena fe tiene —para la inmensa mayoría de los juristas y jueces— justamente un carácter sumamente “plástico” es indemostrable por lo evidente. Se sabe que en el derecho, en el cual “explotó” la buena fe —el alemán—, el concepto se utilizó para fundar innumerables fallos con muy poca relación unos con otros, razón por la cual se ha dicho con acierto que es hora de “domesticar al monstruo”. En el derecho alemán se entiende generalmente que la buena fe es “esencialmente indefinible”, y lo que uno más puede esperar es una lista o *Fallgruppen*, pues es una “norma abierta”. En el derecho francés se ha visto ya también que la buena fe es tenida como esencialmente indeterminada, pues es un concepto “plástico”, “vago”, “impreciso” y “oscuro”. En el derecho norteamericano ha sido muy influyente el concepto “excluyente” de *good faith* de Robert S. SUMMERS, que ha definido en forma negativa a la buena fe, pero sin intentar siquiera una definición positiva... En suma, me parece fuera de toda discusión el hecho de que la buena fe es generalmente considerada como una “cláusula general”, y, por ende, elástica y adaptable a la lectura personal del intérprete... En la medida en que la buena fe sea un concepto eminentemente abierto e indeterminado, crece el poder del juez. Y cuando éste puede vaciar el molde



con su propia visión del asunto, o de la vida social o política al interpretar el contrato, el resultado es absolutamente incierto...<sup>38</sup>.

En síntesis, *el juez se erige en el operador jurídico por excelencia al que se remite constantemente la normativa del Código*<sup>39</sup>.

De ciertos excesos de los jueces en el ejercicio de sus facultades<sup>40</sup>.

Los excesos de los jueces no los encontramos solo en la resolución de los casos, sino también en la casi insólita creación de deberes a los particulares que carecen de todo fundamento normativo.

Así, un tribunal de Rosario ordenó a los padres leer a sus hijos la Convención de Derechos del Niño y El Principito; más allá de que aparece como una intrusión en la vida privada familiar absolutamente inconciliable con la segunda parte del art. 19, CN, lo cierto es que, además, crea un deber jurídico que no tiene su fuente en ley alguna, sino exclusivamente en la voluntad del juez, quien ha actuado como legislador.

Otro tribunal dispuso ordenar la suspensión y renovación de la licencia de conducir del progenitor hasta tanto cumplimente la deuda alimentaria o preste caución suficiente para satisfacerla, pues el derecho alimentario constituye un derecho humano básico que deriva del derecho a la vida y el incumplimiento del pago de la cuota compromete el derecho de los hijos a un nivel de vida adecuado, por otro lado, su conducta omisiva configura a todas luces un caso de violencia de género de tipo económica y patrimonial, donde la falta de pago de la mesada alimentaria afecta directamente a la madre, ocasionándole un deterioro de su situación económica, ya que debe

<sup>38</sup> MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, *¿Contratos hechos por jueces? 4 1/2 sugerencias para evadir al juez cadí en la interpretación del contrato*, Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*, Cita Online: 0003/013945.

<sup>39</sup> NEGRI, Nicolás J., "Análisis crítico de los arts. 1, 2 y 3" del *Título Preliminar del Código Civil y Comercial*, *Revista Código Civil y Comercial*, año II, nro. 11, diciembre 2016, p. 59.

<sup>40</sup> Debe reconocerse que ciertos excesos de los jueces, que resuelven al margen del sistema de fuentes o puramente en equidad, no es producto exclusivo del CCyC, pues durante la vigencia del Código de 1869 también se produjeron estos excesos, como hemos intentado mostrarlo en nuestro trabajo "Límites de las facultades..." citado; y también es cierto que el Código de Vélez también fue pródigo en atribuir facultades a los jueces así como en la utilización de estándares como moral y buenas costumbres: v. RIVERA, Julio César, "En defensa de los códigos (el viejo y el nuevo)", LL 2015/E/895, Cita Online: AR/DOC/3337/2015.

cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de su hija, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos<sup>41</sup>.

Y pocos días atrás una resolución de una juez de 1ª Instancia en lo Comercial ordenó al Consejo Profesional de Ciencias Económicas desarrollar un programa de computación para las verificaciones de créditos. Por supuesto el Consejo interpuso una revocatoria con apelación en subsidio mantuvo lo resuelto y concedió el recurso.

Estas sentencias resultan sorprendentes en tanto soslayan lo que Werner Goldschmidt llamaba el principio ontológico del derecho, consagrado por nuestro art. 19 CN, cuando dice que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

## 6. De otros valores del CCyC

En un artículo reciente en el que el autor elogia su propia obra, Ricardo Lorenzetti destaca como valores del CCyC “el diálogo de fuentes expresamente establecido para articular la Constitución, los tratados, el código, las leyes infra constitucionales, la jurisprudencia y la costumbre” y “La incorporación de una teoría de la decisión judicial democrática porque el juez debe decidir razonablemente (art. 3), es decir, está sometido al control argumentativo de la razonabilidad”<sup>42</sup>.

### *a) Sobre el diálogo de fuentes*

Explica GONZALO SOZZO<sup>43</sup>, distinguido profesor de la Universidad Nacional del Litoral, que el “diálogo de fuentes” es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno, que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de la especificidad o de jerarquía. Se refiere a las reglas: ley posterior deroga ley anterior; ley especial deroga ley general; norma de jerarquía

---

<sup>41</sup> Juzgado de Familia 8va, nominación Córdoba, “M. E. E. y otro s/ solicita homologación”, 27/04/2020, Cita Online: AR/JUR/20996/2020. En la ciudad de Buenos Aires se ha llegado a una solución análoga, pero con fundamento en que el otorgamiento de la licencia se excluye en caso de estar incluido en el Registro de Morosos de obligaciones alimentarias y se ha considerado que tal exigencia no es arbitraria.

<sup>42</sup> LORENZETTI, en “Cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación”, RC D 2916/2020.

<sup>43</sup> Sozzo, Gonzalo, *El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino*, en Revista de Derecho de Daños. 2016-1-223; en particular a partir de p. 229.

superior deroga norma de jerarquía inferior (v.gr., una norma constitucional tiene efecto derogatorio sobre cualquier ley o decreto que la contradiga).

Según esta formulación, el sistema normativo es un complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello, unas reglas de resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer unas sobre otras equivaldrían a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad. De modo que el diálogo de fuentes se propone, para el caso de conflictos normativos, poner en práctica una labor de coordinación entre las fuentes, lo cual tendría importancia en el sistema de derecho privado donde convive el código con los microsistemas tales como las leyes de defensa del consumidor, de protección de los niños, niñas y adolescentes o de sociedades.

Desde nuestro punto de vista, esta idea del diálogo de fuentes no agrega nada a lo ya conocido. Por empezar, desde el siglo XIX, SAVIGNY hablaba del elemento sistemático de la interpretación jurídica, que importa concebir el ordenamiento normativo como un todo, lo que implica por lo tanto coordinación entre las fuentes normativas. Y, en el ámbito propio del derecho civil y como una consecuencia de la generación de microsistemas legislativos, se afirma desde hace décadas que el código opera como una suerte de centro del sistema alrededor del cual orbitan los microsistemas. El código es el tejido conjuntivo que permite la interacción entre estos y los hace comprensibles.

Por lo demás, la coordinación se hace mientras sea posible. Pero, si una norma contraviene claramente una disposición constitucional, no siendo por lo tanto susceptible de una interpretación acorde con el texto de la Constitución, no cabe duda de que prevalece la de jerarquía superior; por ello hemos hablado del efecto derogatorio de la Constitución; así, durante la vigencia del Código hoy derogado, se sostuvo la derogación de la regla del Código que establecía la administración del marido sobre los gananciales de origen dudoso. Lo mismo pasa con el nuevo CCyC en varias oportunidades; así, al establecer que “la apertura del concurso... no hace caducar el plazo” (art. 353), ha derogado la regla implícita de la ley de concursos que establecía que el concurso preventivo sí hace caducar el plazo; es que el plazo caduca o no caduca, no caben “interpretaciones coordinadoras”.

La idea básica es que, si conviven dos disposiciones que se dirigen a la misma relación o situación jurídica, debe prevalecer la idea de la coordinación. De allí que el derecho infra constitucional deba ser interpretado y aplicado a la luz de la Constitución como lo dispone el art. 1, Cód. Civ. y Com.

La derogación —por vía de la declaración de inconstitucionalidad— de la norma de jerarquía inferior es excepcional, y solo sucede cuando la de menor jerarquía es definitivamente incompatible con la Constitución, como en el ejemplo que hemos dado de los bienes ganancias de origen dudoso.

Lo mismo sucede cuando los órdenes normativos están en la misma jerarquía. El CCyC y la Ley de Defensa del Consumidor son leyes, por lo que debe prevalecer la interpretación que permita la subsistencia de las reglas de ambos ordenamientos. Solo por excepción cabría sostener la derogación de una de estas por la aplicación de los criterios de temporalidad o de especificidad.

Nos parece que la idea del “diálogo de fuentes” no agrega mucho y solo es una nueva etiqueta para desarrollos que la doctrina venía haciendo desde hacía mucho tiempo.

### ***b) La razonabilidad***

La afirmación de que el Código incorpora una teoría de la decisión judicial democrática porque exige que el juez dicte una sentencia razonable, es francamente sorprendente si con ello se pretende decir que esto es una innovación o aporte del CCyC. Es que la jurisprudencia de la CSN ha utilizado la pauta de la razonabilidad desde hace décadas, y la ha aplicado tanto al control de constitucionalidad de las leyes cuanto de las decisiones judiciales.

### ***c) La situación de la mujer, las familias y las restricciones a la capacidad***

En cambio, sí es evidente que el CCyC importa un extraordinario avance en tres materias cruciales para la vida social: la igualdad entre el hombre y la mujer, el reconocimiento de nuevas formas de familia y la regulación de la discapacidad causada por alteraciones mentales o adicciones partiendo de la idea de que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. Excedería notablemente del objetivo de esta comunicación extendernos sobre estos puntos, pero es imperioso puntualizarlos porque constituyen pilares sobre los que se sostiene todo el derecho de las personas y de las familias.

### III. LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

#### 7. Algunos ejemplos de aplicación inmediata y de supervivencia de la vieja ley

Este tema lo hemos tratado extensamente en una anterior comunicación por lo que me remito a lo allí expuesto<sup>44</sup>.

Simplemente he de señalar que pese al discutible efecto inmediato que consagra el primer párrafo del art. 7<sup>45</sup>, y que ya establecía el art. 3 del Código derogado a partir de la reforma de 1968, la jurisprudencia ha excluido vastos sectores de la aplicación del nuevo CCyC a relaciones jurídicas establecidas con anterioridad. Así no solo las reglas supletorias de los contratos —exceptuadas expresamente por el texto legal— sino que también la responsabilidad por hechos ilícitos se juzga por la ley vigente al tiempo de la producción del daño, con lo cual se sigue el criterio que ya inspiró a la mayor parte de la jurisprudencia cuando se sancionó la ley 17.711. Sin perjuicio de ello, algunos tribunales invocan los preceptos del CCyC. como un argumento de autoridad que viene a confirmar la interpretación del derecho anterior aplicado al caso.

En cambio, se ha resuelto la aplicación inmediata del CCyC a los intereses moratorios producidos a partir de su entrada en vigencia pues son una consecuencia no agotada de la relación jurídica y que, sobre tal base, deben regirse por la ley nueva utilizándose la tasa activa (del voto en disidencia de la Dra. Tevez)<sup>46</sup>.

Así como las reglas que disciplinan la forma de poner fin a contratos de duración indeterminada, si la declaración de voluntad extintiva tuvo lugar

<sup>44</sup> RIVERA, Julio César, *Política legislativa y judicial en materia de derecho transitorio*, RCCyC 2017 (febrero), 149. Acad.Nac. de Derecho 2016 (diciembre), 5; Cita Online: AR/DOC/4009/2016.

<sup>45</sup> La tesis de Paul ROUBIER expuesta en sus obras: *Les effets des lois dans le temps* (París, Sirey, 1928 - 1933); ROUBIER, Paul, *Droit Transitoire*, Dalloz, París, 1960 están hoy en tela de juicio. Ver: CASU, Gatién, ¿Faut-il encore enseigner Roubier?: *Méthode scientifique et méthode pragmatique en matière d'application de la loi nouvelle aux contrats en cours*, RTDCiv 2019-785.

<sup>46</sup> CNCom., sala F, *Bianchini, Germán Reginato c/ Telefónica de Argentina SA*, 3.5.2016, ED 267-492, cita onlin AR/JUR/32845/2016.

después del 1/8/2015, ya que el carácter imperativo de tales normas hace que sean de aplicación inmediata<sup>47</sup>.

Del mismo modo se ha resuelto que la guarda de hecho dada por la madre a una persona con finalidad de adopción se juzga por la ley vigente al tiempo en que esa entrega se hizo efectiva<sup>48</sup>; y se propicia que las actividades profesionales de los abogados se remuneren de acuerdo con la ley de aranceles vigente al tiempo en que esos trabajos fueron realizados<sup>49</sup>. Esto supone en el primer caso no aplicar el régimen del CCyC. y en el segundo no aplicar la ley de aranceles, vigentes ambos al tiempo de juzgar. También los vicios de los actos jurídicos se juzgan de acuerdo con la ley en vigor al tiempo del otorgamiento del acto<sup>50</sup>.

Esto demuestra que hay grandes sectores del derecho que siguen regidos por la ley precedente.

Donde los tribunales se muestran proclives a aplicar el CCyC. es, en materia de capacidad, particularmente en lo relacionado con los procesos de declaración de incapacidad promovidos antes del 1 de agosto de 2015. Es una solución obviamente correcta; las leyes sobre capacidad son de aplicación inmediata<sup>51</sup> y muchas de las nuevas normas son de carácter procesal. Pero las nuevas normas sobre capacidad no serían aplicables para dilucidar la validez o invalidez de un acto jurídico celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC, pues esas condiciones de eficacia hacen a la constitución de la relación o situación jurídica y por ello no son afectadas por cambios posteriores<sup>52</sup>. De modo que, si un acto jurídico fuera nulo por-

<sup>47</sup> CNCom., sala D, Sola, *Andrés Valentín c. Diageo Argentina S.A. s/ ordinario* • 01/03/2016, Cita Online: AR/JUR/12070/2016

<sup>48</sup> CCyC Mercedes, sala I, 17.4.2018, AR/DOC/33789/2018.

<sup>49</sup> GUDIÑO, Fernando, “Aplicación temporal de la ley de honorarios profesionales a los procesos judiciales en trámite y a las regulaciones judiciales firmes”, LL 4.7.2018, AR/DOC/445/2018.

<sup>50</sup> CNCiv., sala A, 27.12.2017, JA 2018-III-fascículo 1, p. 68.

<sup>51</sup> Sobre el tema, v. OLMO, Juan Pablo - PRACH, Eliana Mara, “Aplicación de la ley en el tiempo en materia de restricciones a la capacidad jurídica en el nuevo Código”, LL 15.07.2016, 7; OLMO, Juan Pablo, “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos en trámite: jurisprudencia en materia de persona, familia y sucesiones”, RCCyC 2016 (abril), 113, AR/DOC/936/2016.

<sup>52</sup> De allí que sea errada una sentencia que declaró no aplicable el art. 26 del CCyC a un conflicto relativo al consentimiento prestado por un menor para la publicación de fotografías, con el argumento de que esa norma atribuye capacidad para la disposición del propio cuerpo,

que quien lo otorgó era menor al tiempo de hacerlo, seguiría siendo inválido aun cuando la nueva ley redujera la edad a la cual se adquiere la plena capacidad civil<sup>53</sup>. A pesar de la claridad de estos conceptos, un Tribunal de Familia de Rosario aplicó el CCyC a una nulidad de matrimonio causada por el vicio de error; es más que obvio que los vicios de los actos jurídicos se rigen por la ley vigente al tiempo de la celebración<sup>54</sup>. Sin embargo el Tribunal de Familia dijo que si bien los hechos se habían producido y el juicio se había iniciado antes de la vigencia del Código, se trataba de “consecuencias” regidas por el Código nuevo. Lo cual revela que la noción de “consecuencias” usada en el art. 7º y que proviene de la fuente, es confusa como lo hemos denunciado anteriormente.

La CS también ha aplicado de manera inmediata el CCyC en materia de nombre de las personas, en un caso en que se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la imposición legal del apellido del padre a los hijos<sup>55</sup>.

Sin perjuicio de ello cabe señalar que la materia conserva algunos bolsones de incertidumbre causados por la carencia de normas específicas de derecho transitorio.

Otro sector en que los tribunales aplican el CCyC. de manera inmediata, aun existiendo juicios en trámite, es el derecho de familia, lo cual se justifica en que las sentencias en materia de divorcio o filiación son constitutivas, y no meramente declarativas. Pero, si la relación jurídica se había extinguido antes de la entrada en vigencia del CCyC., no es posible invocarla para pretender sus efectos; por ello los tribunales han rechazado la pretensión de

---

y no se refiere a vínculos comerciales o laborales. En realidad, no es aplicable porque el acto jurídico se celebró bajo la vigencia del código anterior: CNCiv., sala B, 10.2.2016, “N., f.N. c/ Editorial Televisa Argentina SA”. JA 2016-III-fascículo 1.

<sup>53</sup> Sobre el punto, v. las propuestas de BREBBIA en 3º Congreso Nacional de Derecho Civil, cit. en ED 36-729, en particular, p. 738, segunda columna.

<sup>54</sup> Por ello se rechazó la aplicación del vicio de lesión a los negocios celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 17.711: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La lesión (art. 954) y el conflicto de leyes en el tiempo”, JA (doctrina) 1971-825; BERGOGLIO – BERTOLDI, “Imposibilidad de aplicar el nuevo art. 954 a los actos celebrados con anterioridad a su vigencia, ED 67-632. Conforme con este criterio el mismo ROUBIER, Droit Transitoire, citado, núm. 42, pág 191.

<sup>55</sup> CS, 6.8.2015, “D. I. P., V. G. y otro el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo”, Fallos, 338:706.

atribución de una prestación compensatoria si la unión convivencial había terminado antes del 1 de agosto de 2015<sup>56</sup>.

## **8. La cuestión polémica: la aplicación de la nueva ley a los juicios en trámite**

Esta materia como es bien conocido dio lugar a una acordada de un tribunal de provincia seriamente criticada por Aída Kemelmajer de lo que derivó un cambio de opiniones con el autor de esta comunicación<sup>57</sup>.

Si los tribunales y la doctrina hubieran sido fieles a las ideas de Roubier hubieran debido concluir que las nuevas leyes de fondo no se aplican a los procesos en trámite, pues este autor dice con toda claridad que lo que juzga el tribunal son (las consecuencias jurídicas de) hechos y eso lo hace aplicando *la ley vigente al tiempo de los hechos*; de modo que si se pretendiera aplicar una ley distinta, no estaríamos ante el efecto inmediato de la nueva legislación sino ante un efecto retroactivo<sup>58</sup>.

Ello excepciona —como lo dijimos poco más arriba— en el caso que la sentencia a dictarse sea constitutiva. De allí que las nuevas leyes en materia de filiación o divorcio deban aplicarse —según Roubier— a los procesos en trámite.

Pero he aquí que la CSN afirma tener establecida una doctrina según la cual sus sentencias “deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la Litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos, en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es po-

---

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia de Tucumán, “G. M. VS. Z. JA s/ Especiales (residual)”, 14.10.2015, *elDial.com* - AA92FE.

<sup>57</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia”, LL 22.04.2015; “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, LL 2.07.2015; RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso)”, LL 4.03.2015; RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite”, LL 17.06.2015.

<sup>58</sup> Roubier, Paul, De l’effet des lois nouvelles sur les procès en cours, *Mélanges Offerits à Jacques Maury*, Dalloz - Sirey, 1960, p. 537.



sible prescindir”<sup>59</sup>. Y fue sobre esa base que resolvió revocar sentencias de divorcio recaídas con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial y mandó que volvieran a la jurisdicción ordinaria para que los procesos se tramitaran conforme al nuevo régimen de la materia en resguardo del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio”<sup>60</sup>.

Hemos hecho la crítica de estas afirmaciones de la CSN en trabajos anteriores.

Sin perjuicio de lo cual volvemos a destacar lo que para nosotros es la razón fundamental para rechazar la aplicación de las nuevas leyes a los procesos en trámite: simplemente, *si el Estado tuviera la posibilidad de cambiar el curso de los procesos cambiando la ley aplicable al o los casos, simplemente desaparecería todo rastro de la seguridad jurídica*. Imagine-mos solamente que a todos los casos en que se debate la responsabilidad del Estado por hechos ocurridos antes del 7.8.2014, se le aplicara la nueva ley de (i)rresponsabilidad del Estado 26944.8.2014 e (i)rresponsabilidad del Estado responsabilidad del Estado por hechos ocurridos antes del 1.8.15, se le aplicara la nu

## 9. Derechos adquiridos en razón de sentencias firmes: la cuestión del derecho a alimentos

El efecto inmediato también reconoce como límite las garantías constitucionales. De allí que resulte cuestionable la jurisprudencia de la Cámara Civil que sobre la idea del efecto inmediato ha resuelto que cesan los alimentos atribuidos por una sentencia firme con fundamento en la declaración de culpabilidad exclusiva del divorcio del cónyuge obligado a pagar tales alimentos<sup>61</sup>. En ese caso —según nuestro entendimiento— la Cámara Civil ha avasallado el derecho de propiedad del acreedor a los alimentos<sup>62</sup>. Una

<sup>59</sup> CS, 29.3.2016, “Terren, MMD c/ Campill Eduardo Antonio s/ divorcio”; 18/10/2016, “B., O.F., c/ N., V.C., s/ divorcio, art. 214, inc. 2 del Código Civil”.

<sup>60</sup> CS, 29.3.2016, “Terren, MMD c/ Campill Eduardo Antonio s/ divorcio”, considerando 6º.

<sup>61</sup> Apoyando la decisión judicial Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, MARISA. MOLINA DE JUAN, Mariel F., La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. cuando las piezas se van acomodando, LA LEY 2016-C, 460, Cita Online: AR/DOC/1550/201.

<sup>62</sup> RIVERA, Julio César, “Confiscación judicial del crédito por alimentos”, JA 2017-II-fascículo 8, LL 2017-C-1010, AR/DOC/1542/2017;

sentencia de San Isidro del año 2019 ha resuelto lo opuesto, esto es, que subsiste la obligación alimentaria causada en sentencia firme dictada antes de la entrada en vigencia del CCyC<sup>63</sup>.

## 10. La adecuación de los conjuntos inmobiliarios

El art. 2075 dispone que todos los conjuntos inmobiliarios deben constituirse bajo el régimen del derecho real de propiedad horizontal y luego concluye que “Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales deben adecuarse a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

Cabe destacar que esta no era la solución del Anteproyecto, el cual autorizaba que los conjuntos inmobiliarios se configuraran como derechos personales o que coexistieran ambos tipos de derechos.

La razón de ser de la modificación que el PEN hizo al Anteproyecto es indiscutible, pero lo peor es la exigencia de adecuación pues obviamente constituye una aplicación retroactiva de la ley que afecta derechos adquiridos. Al respecto Roubier sostenía que la nueva ley no puede volver sobre las situaciones jurídicas consolidadas bajo el derecho vigente al tiempo de esa consolidación. Y esto es justamente lo que hace el CCyC en el malhadado art. 2075.

Pero lo cierto es que la exigencia de adecuación había quedado casi en el olvido, hasta que el inefable inspector general de justicia dictó la resolución 25/2020 en la que ya decidió que la regla del art. 2075 no es inconstitucional, y puso un plazo exiguo —en plena pandemia— para que los Clubes de Campo y a todo otro conjunto inmobiliario, organizados como asociación bajo forma de sociedad, adecuen su organización a las previsiones normativas del derecho real de propiedad horizontal.

Una lamentable afectación de derechos consolidados por una ley sobrevenida que en definitiva viene a demostrar que el tema de la aplicación de la ley en el tiempo se ha tomado a la ligera y la pretensión —a veces rayana en el fanatismo— de aplicar a toda costa el nuevo CCyC a las relacio-

---

<sup>63</sup> CCiv. y Com. San Isidro, sala III, “*F. M. C. c. M., R. C. s/ incidente del art. 250 del CPCC* “. 28/02/2019, Cita Online: AR/JUR/8562/2019.

nes y situaciones jurídicas preexistentes conspira contra la seguridad jurídica y el derecho de propiedad constitucionalmente tutelado.

#### IV. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Lorenzetti destaca recientemente al humanismo como uno de los valores centrales del CCyC<sup>64</sup>, habiendo puntualizado antes que “[L]a persona se presenta como un núcleo de irradiación de derechos. En tanto este fenómeno ha sido captado en los tratados internacionales y en las constituciones, se produce un enlace, un punto de contacto entre el Derecho Privado y el Público Constitucional”<sup>65</sup>.

Sin duda el principio general de inviolabilidad de la persona y la enumeración —no taxativa— de los derechos de la personalidad espiritual y física que el CCyC contiene a partir del art. 51, importa la consagración de una antigua aspiración de la doctrina<sup>66</sup>.

La jurisprudencia ha hecho además una aplicación fructífera de estas reglas, tanto en el ámbito del derecho a la imagen e intimidad, reconociendo el derecho al olvido. Cabe puntualizar que es este un ámbito en el cual la jurisprudencia de la CSN había abierto caminos a partir de su famoso pronunciamiento en la causa Ponzetti de Balbín y otros, aunque siempre con un riguroso cuidado de no afectar la libertad de prensa; entre ellos “Campillay” “Granada”<sup>67</sup>, “Triaca”<sup>68</sup>, “Espinosa”<sup>69</sup>, “Acuña”<sup>70</sup> y “Ramos”<sup>71</sup>.

---

<sup>64</sup> LORENZETTI, ob. cit.

<sup>65</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, “El derecho privado como protección del individuo particular”, *RDPyC* n° 7, a partir de p. 53, n° V en p. 77.

<sup>66</sup> CIFUENTES, Santos – RIVERA, Julio César, “Anteproyecto de regulación integral de los derechos personalísimos”, ED 115-832; Hacia una regulación integral y sistemática de los derechos personalísimos”, LL 1983-D, 846.

<sup>67</sup> CSN, 26/10/1993, LL 1994-A-237.

<sup>68</sup> CSN, 26/10/1993, LL 1994-A-246.

<sup>69</sup> CSN, 27/10/1994, JA. 1995-II-196.

<sup>70</sup> CSN, 10/12/1996, LL. 1997-C-897.

<sup>71</sup> CSN, 27/12/1996, JA. de 25/2/1998.

## V. LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD DE LOS MENORES

### 11. Principios rectores

El régimen de capacidad, tanto de los menores como de las personas que sufren enfermedades mentales o padecen adicciones, está presidido por la idea de reconocer la mayor autonomía posible. Lo cual es obviamente encomiable, pues la autonomía personal es uno de los principios básicos del liberalismo político que inspira a nuestra Constitución y aparece como inspirador de la Convención de Derechos del Niño.

De allí que a los menores se asegure la participación en las decisiones sobre con su persona y en los procesos judiciales que le conciernen.

### 12. Algunas observaciones<sup>72</sup>

Pero el régimen se presta a algunas observaciones.

Por empezar no queda claro cual es el estatus básico de los menores; ello así porque el art. 24 inc. b) dice que son incapaces las personas que *no* cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente; mientras que el art. 26 segundo párrafo dice que la que sí cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí *los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*. Es tal la confusión que generan estos preceptos que en las Jornadas de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015) hubo dos despachos; uno que predica que los menores se presumen capaces y otro que sostiene exactamente lo contrario.

Desde nuestro punto de vista la cuestión interpretativa se genera en el hecho que el CCyC ha pretendido poner bajo las mismas reglas a la capacidad para el otorgamiento de actos jurídicos y a la capacidad para disponer sobre sus derechos personalísimos, para actuar en juicio y para decidir en los asuntos que le conciernen sea con relación a la salud, el propio cuerpo u otros ámbitos.

Sobre el punto las legislaciones contemporáneas que sin duda siguen el mismo camino que sigue el CCyC, suelen hacer una distinción: la capacidad

---

<sup>72</sup> Sintetizamos aquí algunas reflexiones que hicimos en RIVERA, Julio César, Capacidad de las personas menores de edad en el Código Civil y Comercial de la República Argentina. Perplejidades e incongruencias, en BASSET-FULCHIRON-BIDAUD GARON- LAFERRIERE (Dir), La Ley, Bs.As., 2017, pág. 295 y sigs.

plena se adquiere en algún momento definido por un fraccionamiento etario; así lo resuelven el Código francés, el italiano, el brasileño, el alemán. Y lo que queda sujeto a una apreciación del grado de madurez suficiente es la aptitud del sujeto para las otras decisiones, esto es, aquellas personalísimas como aceptar o rechazar un tratamiento médico, participar de actividades que impliquen una acción personal como practicar un deporte o representar un papel en una obra de teatro o prestar su imagen para una publicidad.

Con ello —sin afectar el principio de autonomía progresiva ligado al estándar del grado de madurez suficiente— se logra un régimen de capacidad que da mayor seguridad a los terceros que se relacionan con el menor.

El mismo artículo 26 contiene también dos párrafos que se refieren a la aptitud del sujeto a partir de los 13 años para decidir sobre su propio cuerpo; disponiendo en el último párrafo que quien ha cumplido 16 años es considerado un adulto con relación a las decisiones atinentes a su propio cuerpo.

La cuestión de los adolescentes-adultos ha dado lugar a algunas controversias, en particular si ellos tienen capacidad patrimonial para celebrar los contratos relacionados con esos actos de disposición del propio cuerpo para los cuales el art. 26 les reconoce capacidad plena.

### **13. La representación**

Un tema que da lugar a problemas prácticos es la representación de los menores porque el CCyC contiene un precepto extremadamente curioso. Me refiero al art. 639 inc. b. El art. 639 dice que la responsabilidad parental se rige por ciertos principios: el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Hasta allí no habría nada que objetar ya que el precepto se alinea con los criterios que emanan de la Convención de Derechos del Niño y tiene un amplísimo por no decir unánime respaldo doctrinario y en el derecho comparado.

Pero el inciso b) luego de aludir a la autonomía agrega: “A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”.

Es casi superfluo señalar que disminuye o aumenta todo lo que se puede contar, pesar o medir. Así puede haber más o menos humedad, puede aumentar o bajar el precio de la electricidad o el consumo de combustibles.

Pero ¿cómo medir, pesar o contar la representación? Puedo ser representante al 62% de mi hijo menor y al 77% de mi hijo mayor porque el menor es más maduro que el mayor?. O cuando mi hijo tiene 14 años lo represento en un 50% y cuando tiene 16 lo represento en un 25%?

Esto es literalmente inasible.

Y genera problemas en la práctica, pues aquí el tema no radica solo en la relación representante – representado, sino en la relación de ellos con terceros.

Si un menor actúa en juicio representado por su padre, ¿esa representación se va “achicando” a medida que pasa el tiempo?; y lo que el padre representante haga ¿obliga o no al menor?

Veamos un caso real. La Cámara de Apelaciones de Azul ha resuelto que la madre de una adolescente no se encuentra legitimada para apelar, en nombre de su hija, la sentencia que rechazó una acción de daños contra su padre, en tanto la menor se presentó en el juicio con su letrada patrocinante especialista en niñez, y se evidenció por su edad y madurez que comprende todo lo debatido; esto desplaza la representación de la madre en aquello que se refiere a su defensa técnica legal<sup>73</sup>.

En el caso citado la representación disminuyó tanto que desapareció; pero mientras tanto la contraparte debió contestar el traslado, quizás tuvo que pagar honorarios a su abogado para que hiciera la respuesta al memorial, el abogado siguió la procuración, seguramente se dio una vista al ministerio pupilar, y el tribunal tuvo que estudiar el expediente; todo ello para nada, solo para que se declarara que la madre no era ya representante de su hija suficientemente madura. Aunque la ley no extingue la representación por el solo hecho de la madurez suficiente, solo la disminuye... Y si la madre no apelaba, no se hubiera hecho pasible de algún reproche por su inacción en el ejercicio de la autoridad parental?. En fin, un régimen tan fluido de la representación que solo sabemos si quien la ejerce es o no representante ex post, esto es, cuando el tribunal dicta sentencia.

Por otro lado, la actuación de los menores en juicio con los abogados del niño ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia que refleja la inventiva

<sup>73</sup> CCiv. y Com. Azul, sala I, 14/5/2019, “*A. M. A. L. c. D. C. y otros s/ daños y perj. resp. profesional (excluido estado)*”. RCyS 2019-IX, 195, AR/JUR/13375/2019.

de las partes y de los abogados, porque - por ejemplo- se ha pretendido que actúe con abogado un niño de cuatro años y lo peor es que el juez de 1ª instancia lo había admitido; por suerte la Cámara revocó la decisión<sup>74</sup>. Y en otro caso se decidió que la intervención de un menor de 9 años en el proceso se debía viabilizar a través de la designación de un tutor ad litem<sup>75</sup>.

Cabe señalar que la jurisprudencia también ha definido, creemos que acertadamente, que la función del abogado del menor es la de patrocinante.

## VI. LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

### 14. Regla general y excepciones

Entramos ahora al derecho patrimonial y comenzamos por uno de los temas más conflictivos: cómo se cumplen las obligaciones en moneda extranjera.

Sabido que el Anteproyecto contenía una regulación distinta a la finalmente sancionada que remite al régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas —categoría que el CCyC no contempla— y habilita el cumplimiento por equivalente.

La duda que se ha planteado es si esta es una disposición imperativa o meramente supletoria de la voluntad de las partes. Esta última tesis ha sido sostenida por un sector de la doctrina<sup>76</sup> y ha encontrado recepción en la jurisprudencia la que incluso ha llegado a sostener que las restricciones impuestas a la adquisición de moneda extranjera no es razón suficiente para aceptar el cumplimiento por equivalente pues existen otras operaciones a través de las cuales las personas pueden hacerse de dólares<sup>77</sup>. Además, de tal calificación deriva que el art. 765 no se aplica a los contratos celebrados con anterioridad al 1/8/2015.

<sup>74</sup> CCyC Mar del Plata, sala II, 11/4/2019, LL 2019-C-229, cita online AR/JUR/653/2019.

<sup>75</sup> CNCiv., sala H, 4/5/2018, cita online AR/JUR/55852/2018.

<sup>76</sup> BOMCHIL, Máximo, Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el código civil y comercial son supletorias y no imperativa LA LEY 2015-D, 1211, Cita Online: AR/DOC/2098/2015;

<sup>77</sup> CNCiv., sala F, 25/8/2015, comentado por LEPANE, Pablo M. - SERRANO REDONNET, Diego M., Las obligaciones en moneda extranjera ante el código civil y comercial, RDCO 275, 1736, Cita Online: AR/DOC/5557/2015. En el mismo sentido: CCiv. y Com. Junín, 14/2/2017, cita online AR/JUR/166/2017; CNCiv., sala A, 26.8.2019. cita online AR/JUR/27841/2019; id., sala B, 28/12/2017, cita online AR/JUR/95353/2017.

Alguna doctrina minoritaria ha sostenido que la norma es imperativa<sup>78</sup> y esa parece haber sido la interpretación que hizo el mismo legislador al sancionar la Ley de Contratos de Participación Público-Privada en tanto expresamente excluye la aplicación del art. 765, lo cual permite inducir que para el legislador la norma del CCyC no es renunciable en el contrato y por ello la suprime por vía legal.

Por otra parte, cabe señalar que existen numerosas excepciones, pues en los contratos bancarios, en el mutuo, el depósito, se debe cumplir entregando la misma especie recibida.

### 15 ¿Hasta cuándo?

A nuestro juicio esta jurisprudencia va a cambiar al primer cimbronazo financiero; pues es claramente una disposición tendiente a proteger a la parte que —al menos como principio— es la más débil de la relación.

Quizás un indicio lo están dando algunas decisiones judiciales muy recientes como la que dispuso cautelarmente fijar el precio del canon locativo de un edificio utilizado por un canal de televisión a un tipo de cambio u\$sl igual \$ 54 por nueve meses, pues al contexto de economía inflacionaria que se atraviesa, se sumaron como agravantes, la situación de “default técnico” de público y notorio, que trajo aparejado aún más el alza de la moneda extranjera, como así también, otro elemento decisivo y sorpresivo como el Covid-19, lo cual torna más oneroso el cumplimiento de las obligaciones<sup>79</sup>

Y también merece conocerse una sentencia dispuso como medida cautelar la suspensión provisoria de la obligación contractual inherente al pago de las cuotas correspondientes al plan de ahorro respecto de un automóvil, desde la fecha de inicio de esta acción y por el término de seis (6) meses<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> GIANFELICI, Mario, su ponencia a las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015.

<sup>79</sup> CNCom, sala de feria, 16.6.2020, *América TV c/ Practiplus SA*, AR/JUR/18799/2020.

<sup>80</sup> C., C. O. C/ F.S.A. S/INCIDENTE (EXC. LOS TIPIFICADOS EXPRESAMENTE). Lomas de Zamora, junio de 2020.



---

## VII. SOLUCIONES DEL CCyC QUE COMPLICAN LOS NEGOCIOS EMPRESARIOS

### 16. La responsabilidad precontractual

Una cuestión ya clásica en la doctrina es la de la responsabilidad precontractual, materia que el CCyC aborda a partir del artículo 990 y lo hace de una manera que se convierte en un motivo de seria preocupación.

Por empezar, el CCyC contiene dos proposiciones que son definitivamente contradictorias.

En el art. 990 afirma sin condicionamientos que las partes *son libres* para emprender negociaciones y *para abandonarlas en cualquier momento*.

Y en el artículo siguiente dice que, durante las tratativas, aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben actuar de buena fe *para no frustrarlas injustificadamente*.

Entonces este segundo precepto que transcribimos exige que las partes tengan una causa que justifique el abandono de las tratativas, por lo que ellas no son libres para abandonarlas en cualquier momento, sino que deben tener una causa para ello.

Típica solución —esta última— de profesor o de juez que nunca intervino en una negociación para fusionar dos sociedades o para adquirir una empresa o para asociarse para encarar una gran obra, negociaciones que se extienden por meses y que pueden frustrarse por infinidad de razones, entre ellas simplemente que una de las partes no quiere hacer el negocio o tiene otro socio mejor o decidió encarar otro negocio que estaba desarrollando paralelamente o no le gustó una actitud de la otra parte de la negociación. Y entonces, según el derecho argentino vigente, deberá explicar a un juez por qué abandonó la negociación y este juez que nunca negoció nada decidirá si frustró injustificadamente o no, si actuó de buena fe o no. Probablemente este es uno de los casos en que el uso de un estándar tan elástico como la buena fe implica un verdadero peligro, tantas veces denunciado por alguna parte de la doctrina<sup>81</sup>.

<sup>81</sup> En un muy interesante trabajo, que provee consejos para eludir al “juez cadi”, se lee: “Por otra parte, me parece que la afirmación de que la buena fe tiene —para la inmensa mayoría de los juristas y jueces— justamente un carácter sumamente “plástico” es indemostrable por lo evidente. Se sabe que, en el derecho, en el cual “explotó” la buena fe —el alemán—, el concepto se utilizó para fundar innumerables fallos con muy poca relación unos con otros, razón

Pero lo más grave no es esta imposición de explicar porqué se abandona una negociación que se tiene libertad de abandonar, sino la consecuencia de que el abandono sea considerado injustificado, pues debe repararse el daño que sufra la contraparte por haber confiado, sin culpa, en la celebración del contrato. Sobre el punto siempre se había entendido que la responsabilidad se extendía al daño al interés negativo, pero tal categoría ha desaparecido del código de fondo, por lo que podría entenderse que no sólo habría que reparar el daño emergente sino también el lucro cesante y la chance, pues así resulta del principio de reparación integral que el CCyC consagra en el art. 1738.

Adviértase que el Código francés, reformado en esta parte en el 2016 dispone que la reparación que resulte de la culpa en que se haya incurrido en la negociación no puede tener por objeto compensar ni la pérdida de ventajas esperadas del contrato no concluido ni la pérdida de chance de obtener tales ventajas.

En fin, el régimen legal es extremadamente peligroso y exige de los abogados tomar precauciones, tales como destacar siempre que las negociaciones no importan un compromiso de cerrar un contrato, que los documentos que se intercambian son meros borradores, y no sería irrazonable convenir expresamente que las partes renuncian a cualquier reclamo en caso de no llegarse a un contrato.

---

por la cual se ha dicho con acierto que es hora de “domesticar al monstruo”. En el derecho alemán se entiende generalmente que la buena fe es “esencialmente indefinible”, y lo que uno más puede esperar es una lista o Fallgruppen, pues es una “norma abierta”. En el derecho francés se ha visto ya también que la buena fe es tenida como esencialmente indeterminada, pues es un concepto “plástico”, “vago”, “impreciso” y “oscuro”. En el derecho norteamericano ha sido muy influyente el concepto “excluyente” de good faith de Robert S. Summers, que ha definido en forma negativa a la buena fe, pero sin intentar siquiera una definición positiva... En suma, me parece fuera de toda discusión el hecho de que la buena fe es generalmente considerada como una “cláusula general”, y, por ende, elástica y adaptable a la lectura personal del intérprete... En la medida en que la buena fe sea un concepto eminentemente abierto e indeterminado, crece el poder del juez. Y cuando éste puede vaciar el molde con su propia visión del asunto, o de la vida social o política al interpretar el contrato, el resultado es absolutamente incierto...”: Moreno Rodríguez Alcalá, Roberto, ¿Contratos hechos por jueces? 4 1/2 sugerencias para evadir al juez cadí en la interpretación del contrato, Publicado en: Jurisprudencia Argentina, Cita Online: 0003/013945.

## 17. Los contratos preliminares

Una de las disposiciones absolutamente incomprensibles del CCyC —demostrativa de la escasa experiencia en el ejercicio profesional que tienen quienes hayan intervenido en esta parte— es la del segundo párrafo del art. 994 conforme al cual “*El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento*”. Apunto que la Sección se denomina “Contratos preliminares” y comprende los contratos de opción y las promesas de celebrar un contrato (arts. 996 y 995).

Este límite temporal no resiste el menor análisis<sup>82</sup>, pues carece de toda justificación y causa enormes dificultades en la práctica<sup>83</sup>, que algunos solucionan eligiendo un derecho extranjero si el contrato tiene algún componente internacional. Pero como es obvio ello no funciona en los contratos puramente internos. En la doctrina también se intenta limitar su alcance<sup>84</sup>

## 18. El régimen de los contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas

Entre los artículos 984 y 989 el CCyC trata de esta categoría de los contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas. Obviamente se trata de una subcategoría de los contratos paritarios, porque el mismo tema se trata en materia de contratos de consumo en los artículos 1117 a 1122.

Más allá de que la regulación que hace el CCyC prescinde de algunas distinciones más sofisticadas propuestas por la doctrina y que se reflejaron en el Proyecto de 1998, lo que queremos ahora destacar son dos temas que en definitiva vienen a estar relacionados.

---

<sup>82</sup> En el año 2002 una gran compañía argentina reestructuró su deuda y en el marco de las complejísimas negociaciones mantenidas con sus acreedores, su controlante cedió parte del paquete accionario a un tercero que contribuyó aportando capital fresco a la compañía; ¡y lo hizo con una opción de recompra que se ejercía a los ...9 años! Ello así porque se suponía que al término de ese plazo, la compañía habría recobrado su normalidad financiera y la acción tendría un precio razonable acorde al valor de la compañía y de su negocio.

<sup>83</sup> Serrano Redonnet, Diego, “Imposición de plazos máximos para el contrato de opción y el pacto de preferencia en el nuevo Código”, Cita online AR/DOC/2228/2015.

<sup>84</sup> Fernández, Leonardo F., *El plazo máximo de un año aplicable a los contratos preliminares de opción*, LL, 2015-E, 751, Cita Online: AR/DOC/2889/2015.

Uno es que el régimen del CCyC se aplica al caso que las condiciones generales predisuestas hayan sido redactadas por la otra parte *o por un tercero*, tercero que no es solo la autoridad como propone Aparicio<sup>85</sup>, pues existen muchos *contratos tipo* que son provistos por instituciones privadas, como la Bolsa de Comercio de Rosario o por la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales<sup>86</sup> para los contratos sobre cereales. Son estos *contratos tipo* que sujetos profesionales utilizan de manera constante en sus negocios. Dentro de esta categoría pueden incluirse también los contratos celebrados en base a modelos proporcionados por instituciones internacionales, como por ejemplo los que se usan en mercados de ciertos bienes como el maní; o los proporcionados por entes que agrupan a profesionales de determinada actividad, como los contratos de construcción FIDIC que recogen las exigencias derivadas de la creciente internacionalización del sector de la ingeniería y la construcción. Hoy en día FIDIC ofrece múltiples modelos que van desde los contratos de construcción tradicionales a contratos para trabajos “underground”, subcontratos, etc.<sup>87</sup>. El Banco Mundial ha adaptado uno de estos Contratos (la Edición Armonizada de FIDIC) como contrato modelo en los proyectos que financia, lo que contribuye a su difusión.

Ahora bien; estos contratos tipo pueden contener previsiones que importen renunciaciones a derechos conferidos por disposiciones supletorias de la voluntad de las partes. Por ejemplo, la mayoría de ellos prevén una cláusula arbitral.

Desde nuestro punto de vista sería totalmente irrazonable que pudiera tenerse por no escrita una cláusula de estos contratos tipo que son celebrados entre profesionales por el solo hecho de que pudiera importar una renuncia a un derecho concedido por una disposición supletoria. En los hechos así lo entiende la Cámara Arbitral de Cereales ya mencionada, que sigue funcionando como tribunal arbitral a pesar de que —como veremos más adelante— el CCyC también excluye la eficacia de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos por adhesión.

---

<sup>85</sup> APARICIO, Juan Manuel, *Contratos – Parte General*, Bs.As., Hammurabi, 2016, núm. 326, pág. 246.

<sup>86</sup> En la página web de esta Cámara cuando se trata de sus orígenes se dice expresamente que “Se necesitaban contratos-tipo que agilizaran las transacciones...”.

<sup>87</sup> Disponibles en <https://fidic.org/bookshop>

En cambio, es adecuada la sanción contra las cláusulas sorpresivas, como lo prevé el art. 988 inc. c) inspirado seguramente en los Principios Unidroit.

### **19. Los contratos de larga duración**

El art. 1011 trata de los contratos de larga duración. Sin duda es una norma quizás demasiado abierta porque se limita a señalar que las partes deben colaborar para la obtención de la finalidad teniendo en cuenta la duración total y que antes de rescindir se debe dar la oportunidad de renegociar de buena fe sin incurrir en abuso del derecho. Hay quienes han cuestionado esta norma por cierta indefinición de las consecuencias de no renegociar o de las consecuencias del fracaso de la renegociación.

Pero lo que queremos señalar ahora es que doctrina reciente ha encontrado en este artículo 1011 un soporte normativo para fundar la existencia de un deber general de renegociar los contratos alterados por la pandemia o por las medidas gubernamentales causadas en ella<sup>88</sup>.

### **20. La frustración del fin**

El art. 1090 del CCyC consagra la frustración del fin del contrato como un supuesto de rescisión de este. Esta causal de extinción de los contratos no está legislada en ningún código vigente; solo ha sido objeto de reconocimiento en codificaciones doctrinarias y está presente en un proyecto de reformas al Código Civil español. Desde nuestro punto de vista las condiciones de aplicación que establece el CCyC son difusas y confusas. Implica un debilitamiento serio en la eficacia obligatoria del contrato. Los casos en que podría avizorarse alguna utilidad son absolutamente marginales. Y donde efectivamente tiene posibilidades de aplicación práctica, como es el contrato de locación de cosas, existen normas particulares que tienen una larga prosapia (art. 1203 que en definitiva reproduce la solución del art. 1522 del Código de 1869).

---

<sup>88</sup> GALDÓS, Jorge M., El deber legal de renegociar y la prevención del daño contractual, cita online AR/DOC/2567/2020; Vergara, Leandro, La readecuación contractual, Cita Online: AR/DOC/2566/2020.

## 21. Contrato de agencia

Entre los múltiples contratos que tenían tipicidad social pero no legal y que ahora se regulan por el CCyC se hallan los contratos de agencia, concesión y distribución.

Una de las novedades que trajo el CCyC es que el preaviso para terminar el contrato de agencia, aplicable a los otros tipos, es de un mes por cada año que haya durado el contrato (art. 1492).

Se advierte inicialmente que la solución legal es distinta a la que provenía de la jurisprudencia, la que en muchos casos había decidido que el preaviso sería de un mes por cada año de duración de la relación, pero con un máximo de seis a doce meses.

Así lo señaló un ilustrado fallo del juez Pablo Heredia advirtiendo que su aplicación maquinal podría conducir a resultados no valiosos, especialmente en contratos que hubieran durado varias décadas, ya que la parte promotora de la rescisión podría verse obligada a mantener, luego del preaviso extintivo, por un eventual prolongadísimo lapso la relación contractual que desea extinguir, quedando expuesta entretanto a los vaivenes de un contratante cuyo interés en el adecuado cumplimiento puede naturalmente decaer en conocimiento de la situación extintiva planteada. Si semejante posibilidad se validara jurisdiccionalmente, rápidamente se abriría la puerta para comportamientos contractuales abusivos, lo que debe evitarse. A todo evento, “el preaviso extintivo exigido por la indicada norma debe siempre ser “razonable”, ni exiguo ni exorbitado, pues de lo que se trata es solo de dar suficiente tiempo al otro contratante para que pueda tomar todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios que le ocasiona la ruptura brusca, vgr. búsqueda de un nuevo contratante o de una ocupación que sustituya la anterior; terminación de negocios pendientes; etc. Pero no más que ello (conf. Heredia, P., El contrato de agencia en el Cód. Civil y Comercial de la Nación, RCCyC, año 2, n° 7, febrero 2016, ps. 32/34, cap. XVI)”<sup>89</sup>.

Por otro lado, es importante señalar que el CCyC contempla la indemnización por clientela (art. 1497); con ello se deja de lado una vieja jurisprudencia de la CNCom que desestimaba este rubro cuando se producía la

---

<sup>89</sup> CNCom., sala D, *Sola, Andrés Valentín c. Diageo Argentina S.A. s/ ordinario*, 01/03/2016, Cita Online: AR/JUR/12070/2016.

ruptura del vínculo del contrato de comercialización, sea agencia, distribución o concesión. Aunque para que ella sea concedida es preciso probar que el agente o distribuidor sumó clientela y que ella permanecerá después de la extinción de su relación con el principal. De allí que haya sido negada su procedencia si el contrato de agencia lo era por plazo determinado, y en él se acordó que la actora recibía una comisión preestablecida por cada operación celebrada pero no se pactó beneficio alguno por la permanencia de los clientes obtenidos durante la gestión una vez concluida la relación contractual<sup>90</sup>.

## 22. El contrato de arbitraje

### a) Casos excluidos del arbitraje

Con la inclusión del acuerdo de arbitraje como contrato típico, el CCyC asume una posición sobre la naturaleza de esta relación jurídica que gana consenso en la doctrina nacional e internacional<sup>91</sup>, pero lamentablemente el Anteproyecto fue objeto de numerosos cambios por parte del PEN y ello ha dado lugar a una legislación que en algunos aspectos implica un verdadero retroceso. Pero, como contrapartida, la jurisprudencia se ha encargado de minimizar las consecuencias.

Así, el CCyC fulmina con la invalidez las cláusulas arbitrales insertas en contratos celebrados por adhesión. Pero, como adelantamos al tratar de esa categoría contractual, los tribunales han hecho inteligentes distinciones, admitiendo la eficacia de la cláusula de resolución de conflictos si se trata de un contrato celebrado entre empresarios, atinente a cuestiones patrimoniales disponibles, aun cuando se tratase de un contrato de adhesión, en tanto no se haya demostrado su abusividad<sup>92</sup> y no se hallaren en riesgo materias de orden público que justificaren el apartamiento de la prórroga acordada por las partes<sup>93</sup>. Ello así pues no todo acuerdo de este tipo implica la ausencia de un contrato paritario, máxime cuando las normas deben inter-

<sup>90</sup> CNCom., sala F, *Bianchini, German Reginato c. Telefónica de Argentina S.A. s/ ordinario*, 03/05/2016, ED 267, 492, cita online AR/JUR/32845/2016.

<sup>91</sup> RIVERA, Julio César, *Enfoque procesalista y contractualista del arbitraje comercial*, Anales de la Academia Nacional de Derecho, 2019; a publicarse en la Spain Arbitration Review.

<sup>92</sup> Por lo que es eficaz la cláusula compromisoria aun cuando el contrato pudiera ser calificado como de adhesión si ha mediado reconocimiento de no existir abusividad ni desconocimiento: CNCom., sala F, 13/7/2017, Pérez Mendoza, José Luis c/ Hope Entertainment S.A.

<sup>93</sup> CNCom., sala C. 06/06/2019. *Vanger SRL c. Minera Don Nicolás SA s/ ordinario*. LL 2019-D, 539 con nota de Mónica Rothenberg, AR/JUR/25548/2019.

pretarse de acuerdo con su finalidad y cuando otra solución permitiría que los tribunales terminen validando conductas lindantes con la mala fe<sup>94</sup>.

Y aunque la misma definición de contrato de arbitraje excluye las cuestiones en que esté comprometido el orden público (art. 1649, in fine), se ha resuelto que el solo hecho de que la materia sometida a arbitraje esté regulada por una normativa de orden público no excluye de por sí la arbitrabilidad, en la medida en que los derechos involucrados sean disponibles para las partes<sup>95</sup>.

### **b) Los recursos: jurisprudencia**

Constituye un lugar común en el arbitraje la afirmación de que los laudos solo son susceptibles de recursos con un alcance muy limitado. El Anteproyecto no contenía ninguna disposición relativa a los recursos por considerar que ello es materia de los Códigos procesales. Pero he aquí que el PEN incluyó una norma muy poco feliz; se trata del tercer párrafo del artículo 1656 conforme al cual “Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico”.

Lo cierto es que el artículo en cuestión es un verdadero dislate, pues en este CCyC no hay causales de nulidad de los laudos ni de las sentencias, sino de los actos jurídicos. Y todos los ordenamientos jurídicos autorizan la renuncia de los laudos, con excepción del de nulidad el cual por lo demás se concede en circunstancias francamente excepcionales.

El precepto causó gran desconcierto, pero lo curioso es que los tribunales lo han interpretado de manera absolutamente restrictiva. Así, la CNCom ha resuelto que el recurso de nulidad deducido contra el laudo definitivo fue bien denegado aún bajo la órbita del art. 1656 del Código Civil y Comercial, ya que no se configuró ninguna de las causales de nulidad previstas en el Código de rito, ni tampoco se encuadró el planteo en el marco de lo establecido en el cap. 9 del título IV del libro primero del cuerpo normativo ci-

<sup>94</sup> CNCom., sala C. 24/05/2018. *Servicios Santamaria S.A. c. Energía de Argentina S.A. s/ Ordinario*. La Ley Online. AR/JUR/25889/2018.

<sup>95</sup> CNCom, sala D. *Francisco Ctibor S.A.C.I. y F. c. Wall-Mart Argentina SRL s/ ordinario*. 20/12/2016, RCCyC 2017 (mayo), 182, AR/JUR/94825/2016



tado. pues no se advierte la configuración de ninguno de los supuestos que taxativamente establecen los arts. 760 y 761 del Código Procesal para la procedencia del planteo<sup>96</sup>.

El art. 1656 del Código Civil y Comercial, al disponer que no puede renunciarse a la impugnación judicial del laudo definitivo que sea contrario al ordenamiento jurídico, se refiere únicamente al recurso de nulidad y no al de apelación, siendo esta conclusión la que mejor se ajusta a una interpretación finalista de la norma (art. 2, CCCN), sumado a que esta fija como regla general la obligatoriedad del convenio arbitral, excluyendo, en principio, la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje<sup>97</sup>.

Y hasta la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que el recurso de nulidad contra el laudo arbitral debe fundarse en alguna de las causales previstas por el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>98</sup>.

### **c) Interpretación**

Donde la Cámara de Apelaciones en Comercial lisa y llanamente omitió al CCyC es en materia de interpretación de la cláusula arbitral, pues el texto legal dice “En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”, pero el tribunal judicial resolvió que la cláusula arbitral “implica una renuncia al principio general de sometimiento de los conflictos a los jueces estatales, y, por lo tanto, debe interpretarse su alcance con carácter restrictivo”<sup>99</sup>.

## **VIII OTRAS CUESTIONES**

Existen otras múltiples cuestiones que merecen un análisis después de cinco años de vigencia del CCyC, pero que por ahora nos limitamos a enumerar.

---

<sup>96</sup> CNCom., sala D, 12/4/2016, *Amarilla Automotores SA c/ BMW Argentina*, cita online AR/JUR/24826/2016.

<sup>97</sup> CNCom, sala E, 22/12/2015, *Olam Argentina SA c/ Cubero, Alberto Martín y otro s/ recurso de queja*, LL 2016/C-207 con nota de Verónica Sandler Obregón, cita online AR/UR/79122/2015.

<sup>98</sup> CSN, *Estado Nacional - Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20/III/2009) s/ recurso directo*, 06/11/2018, Cita Online: AR/JUR/56325/2018.

<sup>99</sup> CNCom., sala E, 30/6/2017, *Alberti, Sebastián c/ Hope Entertainment SA*, cita online AR/JUR/47954/2017.

Uno de los sectores de mayor importancia del derecho privado es el de la responsabilidad civil. En esa área el CCyC ha partido de algunos presupuestos básicos: el reconocimiento de la función preventiva (art. 1708) y la unificación e los regímenes contractual y extracontractual y ha recogido los avances de la doctrina y la jurisprudencia que se produjeron fundamentalmente a partir de 1968. Más allá de algún posible cuestionamiento a algunos preceptos puntuales, no cabe sino reconocer que el régimen se destaca por su coherencia y claridad en la exposición.

De todos modos, es preciso señalar que existe una discordancia en materia de prescripción que está ligada a la responsabilidad contractual. Al haberse unificado los regímenes, la prescripción de la acción de daños causados por el incumplimiento de un contrato, opera a los tres años; mientras que la acción de cumplimiento prescribiría en el plazo de cinco años.

También pueden señalarse algunas omisiones como las nulidades virtuales que el Código de 1869 contemplaba en el art. 18; la acción *quantum minoris* y la desheredación.

## IX. CONCLUSIONES

Los defectos que podemos haber señalado o las desviaciones de algunos fallos que pretendidamente lo aplican, no impiden concluir que la puesta en vigencia del CCyC ha significado un importante avance para la legislación de derecho privado argentino. Algunos de esos defectos se han debido a las modificaciones hechas al proyecto original tanto por el PEN como por el Senado; y probablemente un mayor tiempo de reflexión entre su conocimiento y la sanción por el Congreso hubieran permitido advertir y corregir fácilmente los pocos aspectos cuestionables que hemos puntualizado. Y los desbordes de los jueces se deben no sólo a las facultades tan amplias que el CCyC les confiere, convirtiéndolos —como hemos dicho— en el principal operador jurídico, sino también a la constante judicialización de los más variados conflictos, como si el ámbito apropiado para la resolución de los problemas económicos, políticos o culturales fueran los tribunales<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> VIGO, Rodolfo, *Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica*, citado, n° 11, pág. 42.

# LA TERAPIA EXPERIMENTAL Y LA PANDEMIA

POR JOSÉ W. TOBIÁS<sup>1</sup>

## 1.- Introducción

La elección del tema tiene relación con la sugerencia que algunas de las comunicaciones de este año se vincularan con la grave pandemia que afecta hoy al mundo. No he dejado de computar, además, algunas advertencias científicas en el sentido que los países están expuestos a nuevas pandemias, que se atribuyen a variados factores susceptibles de generar “*emerging infections*”, tales como la tendencia hacia la urbanización que acarrea una mayor densidad poblacional; la gran movilidad de ella (los viajes internacionales); el crecimiento poblacional; la deforestación; el cambio climático<sup>2</sup> y la resistencia antimicrobiana<sup>3</sup>.

En ese orden de ideas, adquiere significativa importancia el alcance a atribuir a la noción de “terapia experimental” y las complejas y delicadas

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 24 de septiembre de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

<sup>2</sup> De la exposición “Are we Ready for the Next Pandemic?” del epidemiólogo Peter Piot en The Royal Institution of Great Britain, Londres el 24 de octubre de 2018, <https://youtu.be/en06PYwvpbl>.

<sup>3</sup> De la exposición “Antimicrobial Resistance. The End of Modern Medicine?” de Dame Sally Davies en The Royal Institution of Great Britain, Londres el 8 de marzo de 2017, [https://youtu.be/2H\\_Ox1vVnTc](https://youtu.be/2H_Ox1vVnTc).

cuestiones que suscita la eventualidad de ampliar o admitir su vigencia en situaciones de emergencia. Retomo más ampliamente, por ello, un tema que había esbozado en una comunicación anterior<sup>4</sup>.

## 2.- Terapia experimental. Concepto

En el contexto de lo señalado, se impone distinguir la “investigación terapéutica” con la llamada “terapia experimental” (que un autor prefiere denominar “terapia alternativa” para evitar el equívoco de su uso como sinónimo de “experimentación”<sup>5</sup> o, también, designada como “terapia innovativa” o, según algunos —mas restrictivamente— “terapia compasiva”.

No obstante la cierta dificultad de establecer el confin entre la “investigación terapéutica” y la “terapia experimental”, se hace necesario determinar el criterio distintivo para precisar, como se verá, no sólo el diverso fundamento que las sustenta sino la significativa distinta disciplina jurídica aplicable<sup>6</sup>.

Con la expresión “terapia experimental” se alude a aquella terapia innovativa utilizada por el profesional en un caso individual con el único y específico objeto del beneficio del paciente —para una específica patología— en que los tratamientos generalizados o autorizados resultan ineficaces o poco eficaces o no existen o provocan efectos colaterales más o menos graves. La decisión, como se dijo, debe estar orientada al exclusivo interés del paciente y alejada de finalidades de experiencia científica individual (aunque en un sentido, ella es también experimental ya que no se está en presencia de una intervención de aplicación autorizada o generalizada en la común práctica clínica o quirúrgica).

La investigación terapéutica por el contrario está dirigida a resguardar, no sólo el interés de las personas que participan en el procedimiento sino, además, a generalizar un determinado tratamiento, prescripción o diagnóstico terapéutico tendiente a extenderlo y convertirlo en una común práctica médica en beneficio de un número indeterminado de futuros pacientes, de

---

<sup>4</sup> TOBIAS, José W., *La investigación en seres humanos y el artículo 58 del nuevo Código Civil y Comercial*, Anticipo de Anales - año LXII - segunda época - núm. 55, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

<sup>5</sup> ZATTI, Paolo, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, p. 272.

<sup>6</sup> PALERMO FABRIS, Elisabetta, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, en Trattato di biodiritto, diretto da S. Rodotà —P. Zatti, p. 650 y s., Giuffrè

modo que puedan acceder al sistema sanitario generalizándose su empleo (el llamado “saber generalizable”) y no es sustituible por la intuición o valorización de un profesional para el caso individual<sup>7</sup>. Cuando se trata de la prescripción de un medicamento, requiere de la existencia de un protocolo aprobado por un comité de evaluación de ética en la investigación y la autorización del organismo regulatorio.

Se ha afirmado que la finalidad de la terapia experimental es una manifestación del derecho del paciente a valerse de terapias innovativas aún no generalizadas o aprobadas (el avance de los conocimientos científicos es mayor que el de los procedimientos administrativos) y de la correlativa facultad del profesional de practicarlas en base a su propia valoración para un caso individual —aunque sustentada, como se verá, en respaldos científicos— insertada en una relación de colaboración y confianza con el paciente. Asimismo, que constituye uno de los instrumentos de adecuación constante de los conocimientos en el ámbito médico tendientes a resguardar las particulares necesidades de un paciente individual<sup>8</sup>.

Pero aun así, la facultad del profesional de emplear una terapia experimental —inclusive con el asentimiento del paciente— no puede ser ciertamente ilimitada: es que está en juego el derecho personalísimo a la salud o la vida del paciente. Independientemente de que es perceptible que su aplicación se realiza en base a la indelegable responsabilidad del médico, la circunstancia que no se trate de una práctica generalizada y aprobada, requiere, al menos, que se sustente en fundamentos científicos o de experiencia que justifiquen su aplicación en el caso concreto. Es el corolario de que se está en presencia de una intervención cuyos beneficios aun no están probados y que pueden, por ello, comprometer derechos personalísimos como la salud o la vida: en rigor, son los tratamientos que han sido consolidados por una práctica generalizada científicamente reconocida o las prescripciones de fármacos resultantes de una experimentación aprobada los que garantizan las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos se cumplan<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> ZATTI, Paolo, *Maschere del diritto volti delle vita*, Giuffrè, p. 283.

<sup>8</sup> PALERMO FABRIS, Elisabetta, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, en Trattato di biodiritto, diretto da S. Rodota - P. Zatti, *Il diritti in medicina*, Giuffrè, p. 652.

<sup>9</sup> CSJN, 29/05/2000, Fallos 333-690.

El tema de la terapia experimental plantea complejos interrogantes: la limitación de su uso puede ser objetada considerando que es una restricción inadecuada a la libertad diagnóstica y terapéutica del profesional y, a la vez, una limitación del derecho del paciente —en resguardo de su salud o vida— a valerse de determinadas prácticas no generalizadas ni autorizadas cuando las últimas han sido refractarias al tratamiento (o directamente, no existen). La generalización de su uso, como contrapartida, además de suponer un cuestionamiento a la actividad reguladora y fiscalizadora de la autoridad administrativa, es susceptible de generar daños a la salud o la vida atendiendo, precisamente, a la ausencia de una técnica generalizada o un procedimiento investigativo previo que posibilite afirmar su seguridad y eficacia.

Como se puede advertir, se presenta el delicado dilema de balancear adecuadamente el acceso temprano a las terapias o drogas para los pacientes con la necesidad de establecer un adecuado conocimiento de los riesgos y beneficios.

Particular relevancia en el tema cabe atribuir a la Declaración de Helsinki (1964) de la 8ª Asamblea de la Asociación Médica Mundial y a su revisión realizada por la Declaración de Tokio (1975) —también conocida como la 2ª Declaración de Helsinki— producida por la 29ª Asamblea Médica Mundial, que ha sido seguida de nuevas actualizaciones y revisiones: Venecia (1983), Hong Kong (1989), Sommerset West (1996), Edimburgo (2000), Seúl (2008), Brasil (2013), con dos notas de clarificación en Washington (2002) y Tokio (2004). En otras oportunidades he destacado que ella refleja el acuerdo de la comunidad médica internacional (hoy 114 asociaciones médicas nacionales) y que su contenido reviste un valor ético universal, siendo un punto de referencia ineludible en lo atinente a los temas que se consideran. He resaltado, asimismo, que sus disposiciones, debido a la extensión de su aplicación en el ámbito local e internacional, se han convertido en prácticas reiteradas, uniformes, extendidas, continuas a las que se someten los intervinientes en las investigaciones y terapias experimentales por considerar que tienen un valor vinculante y agregado que puede decirse, por ello, que sus disposiciones son normas consuetudinarias<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, La Ley, Tº II, p. 242; INMACOLATO, Mariella - MORI, Maurizio, *Comitati etici per la sperimentazione: Storia, funzioni, problemi*, en *Trattato di Biodritto, I diritti in medicina*, diretto da Stefano Rodota - P. Zatti, Giuffrè, p. 708, quienes recuerdan que alguien ha observado que proveyendo de la comunidad médica debe ser “considerada propiedad de la misma humanidad”.

El tema de la terapia experimental ha sido considerado por la Declaración de Helsinki en su formulación actual. Dice el párr. 37: “Cuando en la atención de un enfermo las intervenciones probadas no existen u otras intervenciones conocidas han resultado ineficaces, el médico después de pedir consejo de experto, con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal autorizado, puede permitirse usar intervenciones no comprobadas si, a su juicio, ellos dan alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento. Tales intervenciones deben ser investigadas posteriormente a fin de evaluar su seguridad y eficacia. En todos los casos, esa información nueva debe ser registrada y, cuando sea oportuno, puesta a disposición del público”.

### **3.- Terapia experimental: empleo “off-label” de productos medicinales; prescripción de fármacos no autorizados; uso de prácticas no generalizadas**

En la práctica, la terapia experimental tiene particular extensión en la aplicación de una de sus especies: la llamada terapia de fármacos “*off-label*” (o “fuera de etiqueta”). Se alude con ello a la prescripción de fármacos de una manera diferente a la aprobada por la autoridad reguladora, sea en dosis distintas, sea para distintos subgrupos de pacientes (v.g. menores en vez de adultos), sea para una enfermedad distinta, sea por una vía de administración diferente, sea por una duración del tratamiento distinta. En esa dirección, se la caracteriza como el uso de un agente terapéutico para una indicación no aprobada o en un grupo de edad no aprobado o en diferentes dosis, duración o vía de administración.

Se ha llamado la atención acerca de la extensión de la práctica “*off-label*” que, al parecer, es mas empleada en la atención de la población pediátrica o de mujeres embarazadas, debido a lo que se consideran dificultades éticas y metodológicas de los ensayos clínicos en ellos y que también serían áreas de extensión de la práctica “*off-label*” las especialidades de obstetricia, oncología, hematología, psiquiatría y reumatología<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> AGUAYO CANELA, Mariano, *Luces y sombras de la prescripción de medicamentos off-label (fuera de su indicación)* en Rev. Gestión Clínica y Sanitaria, vol. 18, núm. 3, 2016. Afirma el autor que es una práctica extendida y frecuente en todo el mundo, que comprendería a uno de cada cinco tratamientos y que es todavía más frecuente y puede llegar a alcanzar hasta la mitad en especialidades como pediatría, oncología y las otras especialidades que menciona.

La utilización de medicamentos en situaciones no aprobadas puede originarse en factores diversos, entre otros, los fracasos de los medicamentos aprobados en el caso individual (particularmente en los supuestos en que se trate de un proceso grave o incapacitante); el desinterés económico de las empresas farmacológicas para impulsar nuevos estudios en enfermedades poco frecuentes debido a los altos costos del proceso investigativo (pese a las perspectivas que resultan de publicaciones científicas); la inexistencia de alternativas aprobadas disponibles. A ello se agregan las menciones al incremento de los requisitos del proceso investigativo que inciden en los costos y su influencia en el valor de comercialización de un nuevo producto medicinal o la circunstancia que se haya autorizado para un grupo de personas distinto —adultos— en razón de las dificultades técnicas y legales para la investigación en otro grupo, como el de menores (“no podemos investigar el producto en menores pero debemos usarlo en menores”); tampoco es ajena la presión de los pacientes que insisten en la aplicación de determinadas farmacoterapias (en ocasiones influenciados indebidamente por menciones en las redes sociales o los medios de comunicación).

Otra modalidad de terapia experimental es el empleo de medicamentos no autorizados que se encuentran en proceso de investigación al que se le atribuyen perspectivas favorables (sin que el paciente esté en condiciones de acceder a la investigación).

Una situación particular —en materia de prescripción— se plantea cuando un determinado medicamento está autorizado en un determinado país y no en otro, sea porque el laboratorio no ha solicitado la autorización en el último, sea porque la agencia reguladora tiene exigencias o criterios aprobatorios diferentes que en el primero. En nuestro país, la Disposición 4616/19 de la ANMAT contempla un régimen de excepción de accesibilidad a la importación de medicamentos no registrados pero que sí lo están en los países mencionados en el Decreto 150/92 para el tratamiento de un paciente en particular o que sean requeridos por la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación para tratar una emergencia sanitaria o que no se encuentren disponibles en el país de manera permanente o transitoria.

Una nueva situación se plantea con relación al llamado “uso compasivo” de medicamentos o terapias. Se lo ha caracterizado como el acto médico de empleo de un medicamento o terapia bajo la prescripción de un profesional, que hace empleo prematuro de conocimientos científicos prelimi-



nares, aunque dotado de una base racional de probable beneficio para un determinado paciente cuando hay compromiso de vida del paciente o deterioro significativo de la calidad de vida<sup>12</sup>.

Es la llamada “terapia experimental compasiva”. No deja de ser “experimental” (en el sentido que es una terapia innovativa) y consagra un principio muy arraigado en la historia de la ciencia médica: fue proclamado por el Papa Pio XII con motivo de la VIII Asamblea de la Asociación Médica Mundial<sup>13</sup> y se encuentra admitido por el art. 557 del Código de Ética del Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina que, en los casos que enuncia en los artículos anteriores (supuestos de enfermedades graves), posibilita la “terapia experimental mediando acuerdo del asistido o, en su defecto, consentimiento de sus representantes, cuando la ponderación de ventajas y riesgos derivados de la misma lo justifican, en función exclusiva del interés afectado”.

La llamada terapia compasiva puede considerarse como un equivalente de la terapia experimental si se considera que es requisito de la licitud de la última la existencia de un compromiso de vida o de un deterioro significativo de la calidad de ella o, en cambio —según lo creo— como una especie del género terapia experimental si se le atribuye a esta última un significado más extenso (no circunscripta su licitud al compromiso o calidad de vida).

#### 4.- La legislación europea

La legislación europea carece de regulación específica acerca de la manera de prescribir los productos “fuera de etiqueta”: se considera, al parecer, que se trata de una decisión adoptada en el ámbito de la relación entre el paciente y el profesional. En ese orden, la Corte Europea de Justicia ha afirmado que “la prescripción *off-label* no está prohibida, ni siquiera regulada

---

<sup>12</sup> FLAH, Lily H., *Bioética en la experimentación con seres humanos*, en Bioética en el Código Civil y Comercial, La Ley, p. 175.

<sup>13</sup> Dijo allí “... se comprende que la investigación y la práctica médica no puedan prescindir de toda experimentación en el hombre vivo. Pero se trata de saber cuáles son las condiciones necesarias de la experimentación, sus límites, sus obstáculos, sus decisivos principios básicos. En los casos desesperados, cuando el enfermo está perdido si no se interviene y cuando existe un medicamento, un medio, una operación que sin excluir todo peligro guardan todavía cierta posibilidad de éxito, un espíritu recto y reflexivo admite sin más que el médico puede, con el consentimiento explícito o tácito del paciente, proceder a la aplicación de este tratamiento”

por la legislación europea” y que “no existen disposiciones que prevengan a los doctores de prescribir un producto medicinal para indicaciones terapéuticas distintas a las que se han autorizado”<sup>14</sup>. Ello no es obstáculo para que se afirme simultáneamente que la situación se debe regir por las reglas éticas y legales de la actuación profesional, de la vigencia del “*criminal law*” y, consiguientemente, que el uso “*off-label*” debe ser evaluado en concordancia con ella<sup>15</sup>.

La Directiva 2001/83 del Parlamento Europeo, no obstante, contempla criterios generales y faculta a los Estados miembros a prever disposiciones especiales para los medicamentos “*off-label*” que se suministren atendiendo a una solicitud de buena fe basada en “*special needs*” (necesidades especiales), emitida de acuerdo a la prescripción de un facultativo reconocido y que se destine a un paciente individual bajo su responsabilidad personal directa (art. 5.1) (llamada “*patient supply*”)<sup>16</sup>. También, a autorizar temporalmente la distribución de medicamentos no autorizados en respuesta a la propagación supuesta o confirmada de un agente patógeno o químico, toxina o radiación nuclear capaz de causar daños (art. 5.2) (llamada “*emergency situations*”).

La “Regulation (EC) no. 726 /2004” del mismo Parlamento Europeo (art. 83), a su vez, establece que los Estados miembros —a través del art. 6 de la Directiva 2001/83— pueden permitir la prescripción de determinados productos no autorizados para uso compasivo de grupos de personas que tienen una enfermedad sin terapias autorizadas satisfactorias y que no pueden entrar en ensayos clínicos. El medicamento debe estar siendo sometido a investigaciones clínicas o haber ingresado al proceso de aplicación para una autorización de comercialización. Se requiere que el fármaco se aplique

---

<sup>14</sup> T-452/14, *Laboratories CTRS vs. Comission* (11/06/15).

<sup>15</sup> Del “*Study on off-label use of medicinal products in the European Union*” elaborado por la Comisión de Expertos designado por la “Comisión Europea – Directory -General for Health and Food Safety”, <https://bit.ly/3kCjGZa>.

<sup>16</sup> Precisando el alcance de las “*special needs*”, la Corte Europea de Justicia ha considerado que la aplicación es de carácter excepcional a fin de preservar los efectos del procedimiento de autorización de comercialización de medicamentos y que solo debe ser usado teniendo en cuenta las necesidades individuales de los pacientes y basadas en consideraciones puramente terapéuticas; no se configura la excepción cuando existen productos médicos en el mercado con los mismos agentes químicos (*Comission vs. Polland (C-544-13)*). Sobre ello, Marjolein Weda y otros, *Study on off label use of medicinal products in the European Union*, disponible en <https://ec.europa.eu/health/sites/files/documents/>.

a pacientes con enfermedades potencialmente mortales, duraderas o gravemente debilitantes que no puedan tratarse con un medicamento autorizado (llamado “Compassionate Use Program- CUP”).

### 5.- La legislación en algunos países

El tema de la terapia “*off-label*” fue materia de regulación especial por el legislador italiano, de las resultas de los extensos debates científicos que generó en ese país la denominada “terapia di Bella” (una prescripción de fármacos antitumorales fuera de etiqueta)<sup>17</sup>. Ella generó una extendida polémica en Italia, sobre todo en los años 1997 y 1998, que provocó, a la par de críticas científicas, el respaldo de pacientes oncológicos y sus familias que se trasladaron, incluso, al ámbito político y condujeron a la realización de análisis clínicos en hospitales públicos. Los resultados —cuestionados por Di Bella— fueron insatisfactorios. La polémica subsistió después de su fallecimiento (2003) a través de la Fundación Di Bella dirigida por dos hijos suyos. Las indicadas normas (ley 94/1998) contemplan que en casos individuales el médico puede, bajo su exclusiva responsabilidad y previo consentimiento del paciente, emplear un fármaco producido industrialmente para una indicación o una vía o modalidad de suministro o de utilización diversa a la autorizada, en los casos que asuma que el paciente no puede ser útilmente tratado con la medicina y las dosis aprobadas y siempre que su empleo encuentre respaldo en publicaciones científicas acreditadas en el ámbito internacional (art. 3).

En España, el Real Decreto 1015/2009 prescribe, a su vez, que la “utilización de medicamentos autorizados en condiciones diferentes a las establecidas en su ficha técnica tendrá carácter excepcional y se limitará a las situaciones en las que se carezca de alternativas terapéuticas autorizadas para un determinado paciente, respetando en su caso las restricciones que se hayan establecido ligados a la prescripción y/o dispensación del medicamento y el protocolo terapéutico asistencial del centro sanitario. El médico responsable del tratamiento deberá justificar convenientemente en la historia clínica la necesidad del uso del medicamento e informar al paciente de los posibles beneficios y los riesgos potenciales, obteniendo su consentimiento ... La Agen-

---

<sup>17</sup> Se trató de un caso de empleo de fármacos en pacientes oncológicos no aprobados en la composición empleada para el destino terapéutico prescripto, según una evaluación del médico tratante fundada en “argumento opinable mas no peregrino” (ZATTI, Paolo, *Maschera del diritto e volte della vita*, Giuffrè, p. 276).

cia podrá elaborar recomendaciones de uso...” (art. 13). Corolario de ello es que abarca la utilización en una indicación terapéutica no autorizada y además en cualquier circunstancia de uso diferente a la recogida por la ficha técnica (diferentes rangos de edad, grupos poblacionales, dosis, intervalos, duración, vías o formas de administración de las autorizadas,)<sup>18</sup>.

En el Reino Unido, el “National Institute for Health and Care Excellence –NICE” (Instituto Nacional de la Salud y Cuidados de Excelencia) ha elaborado un procedimiento conocido por las siglas ESUOM (“Evidence summaries. Unlicensed and off-label medicines”) para el National Health Institute (NHS)” (Instituto Nacional de Salud), que provee resúmenes actualizados de la información publicada sobre el uso de determinados medicamentos no autorizados o de su uso “fuera de etiqueta” para enfermedades específicas, que incluyen una evaluación crítica de evidencia a favor y en contra, sin producir recomendaciones (de importancia para médicos y pacientes para adoptar decisiones informadas). Se emiten en situaciones de emergencia (normalmente cuando no hay alternativas de medicamentos autorizados clínicamente apropiados) selecciona medicamentos no autorizados o fuera del Formulario Terapéutico apropiados para una cantidad de personas significativa y considerados de importancia para el NHS<sup>19</sup>.

Las “Good practice in prescribing and managing medicines and devices” elaboradas por el “General Medical Council” (2013), a su vez, establecen que se puede prescribir “unlicensed medicines” (medicamentos sin licencia) siempre que un producto autorizado no responda a la necesidad del paciente; que exista suficiente evidencia o experiencia en el uso del producto que posibiliten su seguridad y eficacia; que el profesional se haga responsable del control del paciente —incluyendo su monitoreo y seguimiento— y que anote en la historia clínica las razones de haber elegido una prescripción que no adopta la práctica común, además de asegurarse que el paciente

<sup>18</sup> AGUAYO CANELA, Mariano, *Luces y sombras de la prescripción de medicamentos “off-label” (fuera de su indicación)*, en Rev. Gestión Clínica y Sanitaria, vol.18, núm. 3, 2016.

<sup>19</sup> NICE ESUOM, 2013, *last updated 2017*, <https://www://nice.org.uk/process/pmg14/chapter/introduction>. Los ESUOM son elaborados por el “Medicine and Prescribing Center” que forma parte del “Centre for Clinical Practice (CCP)” de NICE, consultando a otros organismos o personas: entre ellos, “Unlicensed and off-label medicines”, “Priorisation Panel”, “Royal College of Pediatrics and Child Health (RCPCH)”, “Medicine and Health Care Products Regulatory Agency (MHRA)”, además de profesionales expertos en el área en que el medicamento podría ser utilizado y de sus fabricantes (a quienes se invita a brindar información relevante y se les formulan preguntas específicas).

está anoticiado que se trata de un tratamiento no autorizado y que ha sido informado de los fundamentos de la prescripción<sup>20</sup>.

Asimismo, el Reino Unido implementó en el año 2014 el “Early Access to Medicines Scheme – EAMS” (Programa Anticipado de Medicamentos) cuyo objetivo –cuando existe una clara necesidad médica no satisfecha– es que pacientes con riesgo de vida o una evolución gravemente debilitante tengan acceso a medicamentos carentes aun de una autorización de comercialización. A esos fines, la compañía farmacéutica solicita a la Medicine and Health Care Products Regulatory Agency –MHRA” (Agencia Reguladora de Medicamentos y Productos Sanitarios) una opinión científica que describa los riesgos y beneficios del medicamento y una designación de “Promising Innovative Medicine- PIM” (Prometedora Medicina Innovativa). La designación PIM es indicativa que un fármaco puede ser elegible para el EAMS basado en datos clínicos tempranos y puede emitirse varios años antes que el producto tenga una autorización de comercialización<sup>21</sup>. Importa señalar que con motivo de la pandemia COVID19, la Agencia Reguladora, el 26 de mayo 2020, emitió un dictamen científico de EAMS para el fármaco “remdesivir” del laboratorio Gilead Sciences Inc.<sup>22</sup>

El Derecho francés, por su parte, tras el escándalo de “Mediator”<sup>23</sup> sancionó la ley 2011-2012 que implementó —además de reconocer el derecho de los médicos a recetar medicamentos fuera de su etiqueta para uso de un paciente individual bajo su responsabilidad personal directa y en interés exclusivo del paciente (sólo en ausencia de una alternativa farmacológica adecuada autorizada, siempre que lo considere esencial en vista de los conocimientos científicos y para mejorar o estabilizar la condición clínica de su paciente)— la llamada “Recommandation temporaire d’utilisation” (Recomendación temporal de uso). El objetivo es asegurar el uso de drogas fuera de etiqueta por un período limitado de tiempo en el que las empresas

---

<sup>20</sup> <https://bit.ly/3itfkSq>.

<sup>21</sup> <https://bit.ly/33NzouE>.

<sup>22</sup> Remdesivir es un medicamento antiviral que se aplicó a pacientes de ébola. La “European Medical Agency (EMA) –25 de junio 2020– había recomendado su utilización condicional (lo cual supone la necesidad de ampliar los datos de eficacia y seguridad) y la Comisión Europea autorizó su uso para el COVID19.

<sup>23</sup> Un fármaco –benfluorex– que fue aprobado para el tratamiento de la diabetes, se empleó comúnmente como un medicamento anoréxico y causó enfermedades cardíacas valvulares, a veces mortales.

deben supervisar y monitorear su uso, con la expectativa, dependiendo de los resultados, que inicien el proceso de autorización.

Luego de sucesivas modificaciones, la última por ley 2019-1446, el art. L5121-12-1 del “Código de la Salud Pública” posibilita que la “Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des Produits de Santé - ANSM” (Agencia Nacional para la Seguridad de Medicamentos y Productos Sanitarios) emita una “Recomendación Temporal de Uso” de un fármaco no autorizado para una patología específica con determinados requisitos de empleo (basándose en el trabajo de profesionales de la salud de las especialidades; de resultados terapéuticos de aplicaciones y de protocolos de centros asistenciales).

Ella tiene por finalidad posibilitar su uso por un período limitado de tiempo –renovable– en el que el laboratorio titular de la autorización de comercialización, como regla, debe cumplir un protocolo de monitoreo del paciente, comprensivo de información sobre la eficacia, los efectos adversos y las formas de uso del fármaco. El prescriptor, a su vez, informa al paciente que el fármaco no cuenta con la autorización de comercialización o la existencia de la recomendación temporal, los riesgos, las limitaciones y los beneficios esperados<sup>24</sup>.

En Estados Unidos, le incumbe a la “Federal Drug Administration (FDA)” todo lo concerniente a la evaluación y autorización de productos, como fármacos, tests diagnósticos y otros productos médicos, de acuerdo a la ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos (“Federal Food, Drug and Cosmetic Act – FD&C Act”). La Sección 564 del Acta autoriza a su Comisionado a emitir “Emergency Use Authorization-EUA” (Autorización de uso de emergencia) —de medicamentos no autorizados o usos no aprobados de productos médicos autorizados (además de tests diagnósticos y otros productos médicos)— para que se utilicen en una emergencia para diagnosticar, tratar o prevenir enfermedades o condiciones graves o potencialmente mortales causados por agentes de amenazas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares, cuando no hay alternativas adecuadas, aptas y disponibles, facilitando la disponibilidad y el uso de MCM (“Medical Counter Measures” o “contramedidas médicas”) necesarias durante la emergencia de salud pública.

---

<sup>24</sup> La receta debe contener la mención “Prescripción sin autorización de comercialización” o, en su caso, “Prescripción bajo recomendación temporal de uso” (<https://bit.ly/3aee1X>).

En ejercicio de esas facultades, el 4 de febrero pasado, la FDA a raíz de la actual pandemia declaró la emergencia sanitaria y el 27 de marzo en razón de la existencia de circunstancias que consideró lo justificaban, emitió una “autorización de uso de emergencia” —para el empleo de los medicamentos hydroxychloroquine y chloroquine en casos de COVID-19. Con posterioridad —el 15 de junio— revocó esa autorización en razón de los efectos adversos detectados y antes —el 1 de mayo— había emitido otra “autorización de uso de emergencia” al laboratorio “Gilead Sciences Inc.” para el empleo del fármaco remdesivir a pacientes pediátricos y adultos hospitalizados, en casos de sospecha o confirmación de laboratorio de personas con COVID-19 graves<sup>25</sup>. Más recientemente, a fines de agosto, emitió una “autorización de uso de emergencia” para el llamado “plasma de convaleciente.”

Lo cierto es que en determinadas circunstancias la llamada terapia experimental es un acto médico legal, siempre que concurren determinados requisitos que varían según el país. En realidad, su caracterización —además— es de un alcance nacional limitado lo cual resulta de la señalada circunstancia que un determinado medicamento tenga un uso autorizado en un país y no en otro.

## **6.- Observaciones sobre las denominadas “autorización de uso de emergencia”, “programa anticipado de medicamentos” y “recomendación temporal de uso”**

Los regímenes legales existentes en los Estados Unidos, el Reino Unido y Francia plantean el interrogante de su conveniencia para afrontar circunstancias de excepción (como una pandemia) a través de la concesión de facultades a los organismos administrativos para autorizar temporalmente el

<sup>25</sup> La autorización se basó en la revisión de los resultados del “randomizado doble ciego” (ensayo controlado aleatorizado —el grupo de tratamiento y el de control tienen características iguales— en el que ni los investigadores ni los participantes conocen el tratamiento), y en la investigación placebo controlada por NIAID, además de la investigación “open label” (ensayo abierto en que tanto los investigadores como los participantes conocen la naturaleza del tratamiento) del laboratorio “Gilead Sciences Inc.”, lo cual llevó a estimar que era razonable suponer que los potenciales beneficios eran superiores a los potenciales riesgos. Impuso al laboratorio, entre otras condiciones, la de informar a la FDA severos efectos adversos y otros errores médicos asociados al uso del medicamento que le fueran reportados (<https://www.fda.gov/media137564/download>). El 7 de mayo pasado el laboratorio Gilead Sciences Inc. anunció que Japón otorgó la aprobación regulatoria de Veklery (remdesivir) como tratamiento para la infección SARS-COV-2, bajo una vía de aprobación excepcional (<https://bit.ly/2CfNDgm>).

empleo de fármacos no autorizados o su uso para patologías distintas a las autorizadas (en realidad que podrían ser extensibles también a tests diagnósticos, empleo de productos biológicos u otros tratamientos).

Es difícil una respuesta en abstracto: al argumento que ello posibilita en ocasiones a los pacientes el acceso anticipado al extenso y costoso procedimiento de autorización —resguardando de ese modo su derecho a la salud y la vida— se le ha observado que los limitados y anecdóticos estudios y experiencias en que se basan (que no necesariamente configuran evidencia sustancial acerca de su seguridad y eficacia) sumado a la presión que las circunstancias conllevan para los organismos que los autorizan, puede conducir a decisiones apresuradas que en vez de resguardar los mencionados derechos, los menoscaban o alteren (se ejemplifica con la “autorización de uso de emergencia” emitida por la “Federal Drug Administration” para el empleo de chroloquine e hydroxichloroquine, que experiencias posteriores indujeron a su revocación)<sup>26</sup>. En el caso de fármacos autorizados para otras patologías, se agrega que su uso innovativo puede acarrear limitaciones al acceso (por exceso de demanda) para pacientes que los necesitan para el uso autorizado<sup>27</sup>.

Empero, las observaciones apuntan más a cuestionar la tentación de aprobar temporalmente el uso de terapias o drogas no sometidas a rigurosas evaluaciones clínicas (aun en espacios limitados de tiempo) que a cuestionar el régimen mismo de emitir recomendaciones o autorizaciones de uso temporarias fundadas en circunstancias de verdadera excepción. El empleo razonado y fundado de estos mecanismos de excepción es criterio de justicia superior al de su inexistencia (que terminaría conduciendo a la decisión de un profesional individual con su paciente —fundado, sea en el uso compasivo o en la libertad de prescripción— seguramente con la ausencia de los elementos de juicio con que cuentan los organismos administrativos competentes).

## 7.- La terapia experimental en la Argentina

### a) ANMAT. Disposiciones

En nuestro país, le incumbe a la “Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica” (ANMAT) el control sobre la ca-

<sup>26</sup> Al parecer, se estableció que acarrearía riesgos documentados en ausencia de claros beneficios clínicos.

<sup>27</sup> Sobre estos cuestionamientos, ROME, Benjamin - AVORN, Jerry, “*Drug evaluation during the COVIC-19 Pandemic*”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 382, p. 2284.



lidad y sanidad de medicamentos y productos de uso y aplicación en la medicina humana, entre ellas la de autorizar, certificar, inscribir y registrar los medicamentos en el Registro de Especialidades Medicinales (REM). Verificadas la calidad, eficiencia y seguridad del producto a través del correspondiente proceso investigativo, la ANMAT autoriza su inscripción en el REM y la comercialización con las precisiones que debe contener el respectivo prospecto (Decreto 1490/92).

En el carácter señalado, en un comunicado de fecha 30 de marzo de 2016, el organismo ha precisado que “sólo puede expedirse sobre la aprobación del uso del medicamento para las indicaciones médicas solicitadas...” no obstante lo cual ha precisado que ello “no significa que la indicación de un medicamento para otras situaciones clínicas esté prohibido por la ANMAT<sup>28</sup>”.

Empero, en la Disposición 840/1995 el organismo regula el uso compasivo de medicamentos estableciendo que es posible acceder a un fármaco para su uso individual en patologías para las que no hay un tratamiento específico o que, si lo hubiere, el paciente hubiere manifestado intolerancia o no hubiese presentado respuesta siempre que exista una relación riesgo/beneficio favorable para el paciente; debe tratarse de enfermedades que comprometan la vida del paciente, que evolucionen hacia la invalidez, que incapaciten permanentemente o deterioren la calidad de vida. La droga en cuestión debe al menos haber completado la fase II de investigación para la enfermedad o síntoma que se indica y debe existir una publicación de prestigio reconocida que confirme la prescripción además de un estudio clínico. El profesional, por otra parte, debe reportar en forma inmediata a la ANMAT los efectos adversos de la droga y efectuar reportes periódicos acerca de la evolución del paciente (art. 2.3).

Se trata, en realidad, de una disposición que legitima el empleo de un fármaco para la patología de que se trata, aun en proceso de investigación, cuando concurren las circunstancias que menciona. Independientemente de

---

<sup>28</sup> Y agrega: “Simplemente significa que esas otras indicaciones (llamadas “*off-label*”) no fueron evaluadas, pues en el proceso de registro no fue solicitada la verificación de la calidad, eficacia y seguridad del tratamiento para esa finalidad. Las indicaciones “*off-label*” son de exclusiva responsabilidad del médico tratante, quien las realiza en el pleno ejercicio de su actividad profesional, basándose en su experiencia y en el conocimiento científico disponible, motivado por la necesidad de brindar una respuesta a problemas de salud para los cuales no existan estándares de tratamiento o que, en caso de existir, los mismos sean de muy difícil acceso”.

ello, la Disposición 1646/19 ANMAT —como se dijo— faculta la importación de fármacos no registrados en el país pero autorizados en los países que menciona en un Anexo en los casos de excepción que señala.

*b) La jurisprudencia*

La jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha pronunciado, en ocasiones, acerca de la naturaleza de estas prescripciones. En un fallo, por ejemplo, se dijo, “la administración de un medicamento “*off-label*” (o fuera de etiqueta) no está prohibido por ley ... su uso alternativo no fue evaluado en el proceso de registro por no haberse requerido la verificación de la calidad, eficacia y seguridad distinta a la registrada. En otros términos, el uso fuera de la indicación es la práctica de prescripción de medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas, ya sea para un grupo de edad distinto, patologías, dosis o formas de administración diferentes a la indicación oficial que figura en el prospecto”<sup>29</sup>.

El tema se ha considerado en oportunidad de reclamos tendientes a la cobertura económica de terapias experimentales por las obras sociales y las entidades de medicina prepaga. No obstante que la cuestión se mezcla con el alcance del deber de cobertura de estas entidades, es perceptible que el acogimiento de la pretensión (fundado, en este aspecto, en la circunstancia que el Programa Médico Obligatorio establece un piso mínimo de cobertura, no taxativo) supone —correlativamente— admitir la licitud de la prescripción no autorizada o autorizada para situaciones distintas (al menos según las circunstancias de cada caso).

Los fallos reflejan la dificultad que supone balancear el tener acceso prematuro a las nuevas técnicas y fármacos con la necesidad de evaluar su seguridad y eficacia. Así, se hizo lugar a las pretensiones, en un caso con el argumento de un “derecho a la esperanza” en la mejora de la salud<sup>30</sup>; en otro, fundado en un informe del Cuerpo Médico Forense acerca de los buenos resultados del procedimiento<sup>31</sup>; en otro por tratarse del uso compasivo de un medicamento, máxime cuando no obraban en el expediente elementos que acreditaran tratamientos disponibles<sup>32</sup> o por considerar que era la única posibilidad que tendría la actora de salvar la vida, como lo señalaron los médicos

<sup>29</sup> CNCiv. Sala A, 07/06/18, AR/JUR/33227/18.

<sup>30</sup> CNCiv. y Com. Fed. Sala II, 27/05/2008, elDial.com AF3e83.

consultados en la causa<sup>33</sup> y, también, prescindiendo que el fármaco estuviera autorizado para un uso distinto al indicado por el profesional<sup>34</sup>. En otro fallo, aunque se desestimó el reclamo, se dispuso incluir al actor en un protocolo experimental previo al cumplimiento de los requisitos que enunció<sup>35</sup>. Pero otra resolución, en cambio, desestimó la pretensión con el fundamento que no se contaba con ensayos clínicos que demostraran su eficacia<sup>36</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte —más restrictiva— ha desestimado pretensiones por considerar que el tratamiento se hallaba en etapa experimental<sup>37</sup> o por entender que la medicación estaba autorizada pero para una patología distinta a la que se requería por la enfermedad del paciente<sup>38</sup>. Más lejos en el tiempo, se había expedido en ese sentido con motivo del reclamo del actor para que se le aplicara el complejo “crotoxina”, a cuyo fin había afirmado que “sin negar ni afirmar las eventuales propiedades de una sustancia, su puesta en el mercado no es función que compete a los jueces, sino al organismo administrativo encargado de cuanto compete a la farmacología”<sup>39</sup>.

*c) La situación de la terapia experimental. Libertad de prescripción. Límites.*

Se ha visto que el empleo de la terapia experimental no está prohibida en nuestro país y que ella puede ser prescripta por el profesional en base a la libertad de prescripción **aunque bajo su exclusiva responsabilidad**. Se impone determinar, de ese modo, cual es el “estandar” de diligencia exigible al profesional, es decir, bajo qué circunstancias aquél puede prescribir una determinada terapia o un medicamento no autorizado o un uso “*off-label*” de determinados medicamentos autorizados para poder concluir que ha ac-

<sup>31</sup> CNCiv. y Com. Fed. Sala II, 15/08/2008, elDial.com AF3B98.

<sup>32</sup> CNCiv. y Com. Fed. Sala II, 29/12/2017, JA 2018-II, 447 con nota de Agustina Taverna (*Los jueces como custodios de los derechos a las salud de personas con discapacidad*).

<sup>33</sup> J.Fed. n. 2, Secr. 1 (expte. 81821/12) citado por FLAH, Lily, *Bioética en la experimentación con seres humanos*, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, p. 175, nota 38.

<sup>34</sup> Adenocarcinoma mamario con metástasis progresiva aprobado para hepatitis crónica refractaria (CFed. Gral. Roca 89/11/18, Rubinzal Online, 31470/18).

<sup>35</sup> CC Administrativa La Plata 30/11/10, elDial.com A6676.

<sup>36</sup> CN Fed. Civ. y Com. Sala III, RDFyP - año II - núm. 9, p. 299.

<sup>37</sup> CSJN 19/05/2010, Fallos 333-600.

<sup>38</sup> CSJN 20/05/2014, I.85 XLVII.

<sup>39</sup> CSJN 27/01/87, LA LEY 1987-B, 311.

tuado con la diligencia debida o, inversamente, que ha incurrido en un obrar culposo dañoso) (arg. art. 1724 CCC).

En la consideración del tema se debe partir de la pauta esencial de que están en juego los derechos personalísimos a la salud y la vida y que su resguardo, a la par de requerir en ocasiones el acceso anticipado a terapias no generalizadas o fármacos no autorizados o prescripciones “*off-label*”, requiere en otras ocasiones evitar el empleo de ese tipo de prácticas o prescripciones que, por la ausencia de certezas acerca de su seguridad y eficacia, pueden comprometerlos gravemente.

Es de interés recordar para ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que las normas éticas son criterios idóneos para apreciar la diligencia debida en cuanto al obrar médico y que no cabe por ello “privar a las normas éticas de relevancia jurídica”<sup>40</sup>. En ese orden, si bien los códigos de ética médica y del equipo de salud de entidades nacionales (la Confederación Médica de la República Argentina y la Asociación Médica Argentina respectivamente) establecen el principio de la libertad de prescripción<sup>41</sup>, lo limitan drásticamente en otras disposiciones<sup>42</sup>.

Algunas conclusiones provisorias pueden ser las que propongo en el número siguiente, a propósito de las cuales ya se ha hecho hincapié en la dificultad de balancear el derecho del paciente a acceder a terapias novedosas o avanzadas y al mismo derecho a acceder a terapias seguras y eficaces. Un

---

<sup>40</sup> CSJN, Fallos 306-179.

<sup>41</sup> El art. 111 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina dice: “El médico debe disponer de libertad de prescripción y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad...”; el art. 204: “El médico tiene derecho a prescribir el medicamento que considere más conveniente y el procedimiento diagnóstico o terapéutico que crea más acertado” y el art. 209: “Todo médico tiene el derecho de ejercer y recetar libremente de acuerdo con su ciencia y conciencia”. El art. 60 del Código de Ética del Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina (2ª ed.), a su vez, prescribe: “... los miembros del Equipo de Salud deben defender la libertad de prescripción, dado que como “acto médico” asumen la responsabilidad ética y legal de los resultados de dicha actividad...”

<sup>42</sup> Dice el art. 27 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina: “El médico no confiará sus enfermos a la aplicación de cualquier medio diagnóstico, nuevo o no, que no haya sido sometido previamente al control de las autoridades científicas reconocidas” y el art. 151: “El médico está obligado a utilizar prácticas validadas. No es deontológico usar procedimientos no autorizados, a no ser que formen parte de un proyecto de investigación debidamente autorizado”. El art. 67 del Código de Ética del Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina, a su vez, dice: “Los miembros del Equipo de Salud son

prestigioso autor presenta la cuestión en términos parecidos: por un lado, la necesidad de regular la experimentación y de evitar que el paciente individual quede expuesto a ser víctima de proyectos “fuera de rango” y por el otro, el riesgo que una disciplina rigurosa de la investigación –y en cierta manera burocrática– restrinja las posibilidades del profesional de brindar respuestas innovativas y actuales a sus pacientes (limitándolos a la aplicación de protocolos terapéuticos estandarizados y comprobados)<sup>43</sup>.

Creo que el dilema consiguiente debe resolverse en base al mejor resguardo de los derechos fundamentales del paciente (a ese fin se ha computado la regulación normativa de otros países en aquellos aspectos que tienden a su tutela) (*supra* núm.5). En definitiva, ello supone que la investigación terapéutica no es sustituible por la decisión individual de un profesional, pero que el acto médico no puede ser, siempre y en cualquier caso, aplicación de un protocolo consolidado, como si el paciente individual fuera una unidad dentro de una amplitud estadística y que las decisiones médicas sean una deducción silogística de conocimientos científicos expresados en la forma de una premisa mayor<sup>44</sup>.

## 8.- Sigue. A modo de conclusiones

### *i) De “lege lata”*

*i.1.) Terapia experimental (“off-label”, de medicamentos no autorizados en proceso de investigación o de prácticas no consolidadas por la ciencia médica). Requisitos.*

*a) La prescripción o práctica debe ser empleada en la búsqueda exclusiva de un beneficio del paciente individual y estar alejada de cualquier idea experimental individual del profesional.*

---

responsables de los riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos, de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica, al prescribir o efectuar procedimientos o tratamientos que no estén validados científicamente” y el art. 321, 2º párr.: “... No deben aplicarse nuevos sistemas o procedimientos especiales, curas o modificaciones, aun en discusión, respecto de cuya eficacia no se han expedido definitivamente las instituciones oficiales o científicas”, el art. 557, finalmente (inserto en el Capítulo “De la eutanasia y el suicidio asistido”), autoriza la aplicación de una terapia experimental mediante acuerdo del asistido o su representante en los casos que prevé (debe entenderse, según creo, que ellas configuran una hipótesis de “terapia experimental compasiva”).

<sup>43</sup> ZATTI, Paolo, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, p. 282.

<sup>44</sup> ZATTI, Paolo, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, p. 383.

b) Es menester que se cuente con prácticas o evidencias científicas que posibiliten concluir que los beneficios esperados se presentan como superiores a los riesgos “razonablemente” previsibles. Pautas a considerar a esos fines —entre otras— pueden ser: la existencia de investigaciones nacionales o extranjeras en curso con resultados favorables (sin posibilidad de incorporar al paciente al procedimiento); el conocimiento científico disponible (en publicaciones científicas de prestigio, sean nacionales o extranjeras); la existencia de “autorizaciones de uso de emergencia” o “recomendaciones temporales de uso” o de “programa anticipado de medicamentos” o de “*evidence summaries*” vigentes en otros países; (*supra* núm. 5); la existencia de experiencias favorables en centros de referencia del mundo o, al menos, estudios de laboratorio o en animales que otorguen un apoyo preliminar de la eficacia y seguridad, etc. En los casos de terapias “*off-label*”, lo podrían ser la extensión a formas patológicas más leves o de condición fisiológica similar al de de una prescripción aprobada.

c) No deben existir alternativas terapéuticas reconocidas por la ciencia médica o fármacos autorizados para la patología concreta o, de existir, haber ellas fracasado en el tratamiento del paciente individual o producir efectos colaterales de gravedad.

d) Es menester el asentimiento del paciente emitido luego de recibir la información clara, precisa y adecuada a que se refiere el art. 59 del Código Civil y Comercial con la particularidad que es indispensable expresar las características especiales de la prescripción formulada (el de ser una terapia innovativa), con la mención de los beneficios esperados y los riesgos posibles; las razones y las evidencias disponibles en que se funda la prescripción, etc.). En razón de ello mismo, estimo que se está en presencia de la hipótesis del inciso d) del art. 7 de la ley 26.529 (“procedimientos que implican riesgos...”) que requieren de la forma escrita y del cumplimiento de las precisiones que menciona el primer párrafo del mismo artículo e inciso del decreto reglamentario 1089/2012 (la circunstancia que se trata de terapias no generalizadas o de prescripción de fármacos “*off-label*”, es indicativa que se asume la eventualidad de un procedimiento que implica riesgos).

Particulares cuestiones suscita la hipótesis de la aplicación de una terapia experimental (o innovativa) en los casos en que el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado de expresar su voluntad (como cuando se encuentra internado en terapia intensiva en razón de la patología que lo

aqueja). Sin posibilidad de considerar aquí el tema, puede al menos afirmarse que cuando concurren las circunstancias allí previstas (situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la salud o la vida) es de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del art. 59 del CCC.

e) Durante el desarrollo del tratamiento, el profesional está obligado a monitorear y controlar la evolución del paciente y, eventualmente, a suspenderlo frente a la aparición de riesgos no contemplados o resultados insatisfactorios. La existencia de este deber resulta de la especial naturaleza de la prescripción (no autorizada ni generalizada) y del consiguiente deber ético y legal de resguardar el derecho a la salud de su paciente. La delegación de la ejecución en el personal auxiliar no lo libera del deber de control.

f) Le incumbe al profesional, asimismo, el también deber ético y jurídico de registrar la evolución del paciente en la historia clínica —de modo sistemático y pormenorizado— y, eventualmente, el de informar al organismo administrativo los beneficios y contingencias desfavorables producidas (se trata de intervenciones experimentales o innovativas que requieren ser evaluadas posteriormente a fin de evaluar su seguridad y eficacia en resguardo de la salud pública)<sup>45</sup>.

g) En el caso de la prescripción de fármacos no autorizados, imposibilidad de incorporar al paciente al proceso investigativo.

Los requisitos enunciados rigen tanto en situaciones de normalidad como de emergencias (v.g. una pandemia), en ambos casos en calidad de supuestos de verdadera excepción<sup>46</sup>.

Sin que se lo pueda considerar un requisito, en la apreciación del estándar de diligencia del médico, no deja de tener alguna importancia el “consejo de experto” (arg. párr. 37 declaración de Helsinki), que en nuestro país

---

<sup>45</sup> Ver párrafo 37 de la Declaración de Helsinki, a la que le atribuyó la calidad de norma consuetudinaria (*supra* núm. 2).

<sup>46</sup> El carácter de excepción que se atribuye a la terapia experimental no significa que las respuestas individuales favorables no se reflejen en consecuencias útiles para los nuevos conocimientos científicos: el deber que se atribuye a los profesionales de informar los beneficios (además de los riesgos) de la terapia, acarrea que los numerosos usos individuales concluyan con su consolidación en la práctica (sea a través de la concreción de un procedimiento investigativo si se trata de fármacos o de su recepción generalizada si se trata de un tratamiento). En relación a las segundas, la presión de las mismas circunstancias —sumado

pueden serlo los comités de ética de los establecimientos hospitalarios (ley 24.742) o de especialistas reconocidos en la práctica de que se trate.

Una menor rigurosidad en la apreciación de la diligencia exigible —la evaluación de la concurrencia de los requisitos mencionados— puede, sin embargo, aceptarse en situaciones de emergencia (considerando la “naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar” según lo prescribe el art. 1724 del CCC), sin dejar de computar incluso que en determinadas situaciones regirán las mas atenuadas exigencias de la “terapia experimental compasiva” (*infra enseguida*), particularmente aplicable en situaciones como la de la actual pandemia respecto de las personas vulnerables.

### *i.2.) Sobre la terapia experimental compasiva*

Los puntos mencionados en i.1) son los elementos de juicio a computar para establecer la licitud de la conducta profesional en la aplicación de tratamientos no generalizados o aplicación de fármacos “fuera de etiqueta” o no autorizados, realizados en base a la libertad de prescripción.

Ahora bien, la Disposición de la ANMAT 840/1995 —como se vio— faculta al profesional para prescribir un fármaco aun no autorizado para su uso individual en patologías para los que no hay un tratamiento específico o que si lo hubiere, el paciente hubiera manifestado intolerancia o no hubiese presentado respuesta. Se requiere para ello que se trate de patologías que comprometan la vida o que evolucionan hacia la invalidez o que incapaciten permanentemente o deterioren la calidad de vida. Corolario de ello es que concurriendo los requisitos de la disposición y los generales de todo acto médico, la terapia será lícita.

El texto de la Disposición legítima una “terapia compasiva” para la circunscripta hipótesis del uso de medicamentos no autorizados que se encuentran en una determinada etapa del proceso investigativo y plantea el interrogante si cabe extenderla —mas genéricamente— a otras hipótesis de tratamientos o intervenciones no consolidadas en la práctica médica que apunten a la misma finalidad compasiva (como lo prevé el Código de Ética y el documento que se mencionan en el núm. 3) por existir compromiso de vida, invalidez, incapacidad permanente o deterioro de la calidad de vida.

a los limitados conocimientos científicos conocidos a esa altura— pueden conducir a decisiones apresuradas con menoscabo a la salud o vida de los pacientes.



Una conclusión afirmativa puede fundarse en la aplicación de la analogía —en otra oportunidad he afirmado que ella es también aplicable a normas de excepción<sup>47</sup>— y, también, fundarse en el resguardo y protección de los derechos personalísimos a la salud y la vida. La última afirmación se presenta con más claridad en la pandemia que afecta al mundo con la gravedad de los contagios en las personas particularmente vulnerables y la ausencia de conocimientos médicos precisos acerca de los eventuales tratamientos.

*ii) De “lege ferenda”*

Como se vio (*supra* núm. 5) la legislación de algunos países posibilita al organismo regulatorio a emitir autorizaciones temporales (con denominaciones variadas) para el empleo temporal de fármacos o terapias no autorizadas, bajo determinados requisitos y siempre que concurren específicas circunstancias.

La actual pandemia suscita el interrogante de la conveniencia —como lo creo— de dotar a la ANMAT de similares facultades para emitir autorizaciones temporales para el empleo de determinados fármacos y otros productos médicos no autorizados para la patología de que se trata, con el cumplimiento de determinados requisitos (por ejemplo, el deber del proscriptor de informar al organismo los riesgos) y siempre que concurren determinadas contingencias de excepción (v.g. graves amenazas de agentes biológicos, químicos o radiológicos).

En circunstancias particulares, ello posibilitaría a los pacientes a acceder en situaciones de emergencia a terapias o fármacos basados en elementos de juicio elaborados por ANMAT —con información propia y de organismos internacionales de prestigio— que, se entiende, superan a las propias de un profesional individual (y que, por ello, resguardarían mejor el derecho a la salud de los pacientes). La circunstancia mencionada adquiere especial relevancia en la actual pandemia COVID-19: la existencia de problemas globales requiere de soluciones globales y ello implica no solo la importancia del intercambio de información entre las autoridades regulatorias nacionales sino la adopción de medidas efectivas similares o de coordinación para enfrentar la contingencia de manera eficiente.

---

<sup>47</sup> TOBIAS, José W., *Apariencia jurídica*, en “Estudios de la Parte general del Derecho Civil”, La Ley, p. 475.

En ese orden de ideas, con fecha 27 de abril pasado, la “Organización Panamericana de la Salud” ha elaborado un documento que proporciona orientación a las autoridades regulatorias nacionales (ARN) sobre “algunas formas prácticas de utilizar las decisiones de autoridades de otras jurisdicciones para autorizar el uso de emergencia de medicamentos y otras tecnologías sanitarias en una pandemia y justo antes o después...”<sup>48</sup>.

Independientemente de ello —no parece necesaria una decisión normativa que lo establezca expresamente pues las funciones y fines de la ANMAT posibilitan entenderlo comprendido entre ellas (o al menos la facultad de proponerlas a la Secretaría de Salud de la Nación) (art. 5 dec. 1490/11)— resulta, al menos, particularmente conveniente —y hasta necesario— que el citado organismo, al menos en situaciones de excepción, emita la información científica con que cuenta acerca de tratamientos no generalizados o empleo de medicamentos “*off-label*”, precisando las ventajas e inconvenientes que han resultado de su aplicación o se han enunciado en publicaciones científicas reconocidas, sin necesidad de emitir juicios acerca de su conveniencia<sup>49</sup>. El ejercicio de esa función —de modo similar a los ESUOM en el Reino Unido (*supra* núm. 5)— pueden constituir elementos de juicio relevantes para proveer información —nacional e internacional— seria y actualizada a médicos y pacientes y colaborar, de ese modo, en sus decisiones.

---

<sup>48</sup> A esos fines, señala que “el marco regulatorio de los países debe contener leyes o políticas que permitan utilizar el uso de emergencia de medicamentos y otras tecnologías sanitarias, un plan de preparación para una pandemia en el cual se autorice el uso de emergencia, procedimientos técnicos que recurran a las decisiones de autoridades regulatorias de otras jurisdicciones y al reconocimiento de autoridades confiables o de referencia para la autorización del uso de emergencia y un sistema de seguimiento de los productos cuya venta se haya autorizado para uso de emergencia...” (Documento “Utilización de otras autoridades regulatorias para autorizar el uso de emergencia de medicamentos y otras tecnologías sanitarias en una pandemia (por ejemplo, COVID19)”, en <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52545> (Documentos técnicos de la OPS). El Documento fue precedido por los: “Principios relativos a la utilización de decisiones de otras autoridades regulatorias: nota conceptual y recomendaciones”, IX Conferencia de la Red Panamericana para la armonización de la Red Farmacéutica, Sal Salvador, 24 al 26 de octubre de 2018.

<sup>49</sup> En sentido parecido y, aun más amplio, pues propicia la emisión de una “opinión” de la ANMAT (aunque considerando que deben tener un límite de tiempo) BIERZCHUDEK, Laura, *Prescripción off-label de medicamentos* [www.estudiotrevisan.com](http://www.estudiotrevisan.com). La autora señala que el organismo ya lo ha hecho en ocasiones a través de sus aéreas de Farmacovigilancia y en especial el “Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias”.

# LA ANOMIA ARGENTINA Y UNA TAREA IMPOSTERGABLE

POR CARLOS ALBERTO ETALA<sup>1</sup>

## I. La anomia argentina

Es ampliamente reconocido en todos los círculos interesados en el tema que la primera investigación seriamente fundada sobre la “anomia argentina” fue realizada por Carlos Santiago NINO, abogado recibido con diploma de honor en la Universidad de Buenos Aires y doctorado en jurisprudencia en la Universidad de Oxford. Esta investigación fue publicada en 1992 con el título de “Un país al margen de la ley —Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino”<sup>2</sup>.

La definición léxica del vocablo “anomia” que nos brinda el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, 23<sup>a</sup> edición, 2014) y que parte de su etimología griega es simplemente la de “ausencia de ley” y su significación vinculada con las disciplinas de la psicología y sociología la presenta como el “conjunto de situaciones que derivan de la carencia de normas sociales o de su degradación”. Como es sabido el concepto científico de “anomia” fue formulado por primera vez por el sociólogo francés

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 8 de octubre de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

<sup>2</sup> NINO, Carlos Santiago, “Un país al margen de la ley” Emecé Editores, Buenos Aires, 1992.

Emile DURKHEIM, en su obra “La división del trabajo social”<sup>3</sup>, publicada en 1893 y posteriormente, en “El suicidio”<sup>4</sup> de 1897, investigación ésta en la que da al concepto una mayor densidad teórica y en la que distingue tres tipos de suicidios, el “altruista”, el “egoísta” y el “anómico”, este último caracterizado por la existencia de una ruptura con las normas, reglas y valores que existen en una determinada sociedad. Puede sostenerse que la existencia de un sistema normativo brinda a los individuos un marco de referencia, es decir, un marco de esquemas sociales que les permite orientarse en forma adecuada en la vida comunitaria. Cuando ese sistema normativo se debilita, se produce el estado de anomia en la vida social que lesiona la cohesión y resiente la “conciencia colectiva”<sup>5</sup>.

Si DURKHEIM describió el suicidio “anómico”, no resulta arriesgado sostener que la Argentina anómica es una sociedad “autodestructiva” y, a largo plazo “suicida”, en el sentido de que lejos de avanzar a fin de realizarse plenamente tanto en su aspecto material como espiritual, se encamina lentamente por el sendero de su total frustración como sociedad y como Nación.

NINO sostiene que la existencia en la sociedad argentina de una pronunciada tendencia general a la ilegalidad y a la anomia resulta bastante fácil de percibir. Desde luego ejemplifica con las rupturas constitucionales producidas desde 1930 hasta la restauración constitucional de 1983 y la violencia política existente en algunos tramos de nuestra historia que desconoció todo límite ético y jurídico. Pero agrega a ello, casos menos dramáticos: la imagen externa de una sociedad que está dada por cómo se transita por sus calles y rutas, cómo se mantiene el aseo en los lugares públicos y cómo se cuida la estética urbana. Refiere también que no resulta fácil encontrar otros lugares en que se dé un desprecio mayor por las normas que rigen la producción de desperdicios y la contaminación del ambiente y las excepciones que se otorgan al código de edificación urbana y la admisión de violaciones a las normas edilicias por motivos diferentes al bien de la comunidad. Alude también a la principal obligación comunitaria que es la de pagar los impuestos y da cuenta de que la evasión tributaria se encuentra entre las más elevadas del mundo y la corrupción de los funciona-

<sup>3</sup> DURKHEIM, Emile, “La división del trabajo social” (dos tomos), Planeta-Agostini, Barcelona, 1985.

<sup>4</sup> DURKHEIM, Emile, “El suicidio - Estudio de sociología”, Losada, Buenos Aires, 2004.

<sup>5</sup> PALERMO, Alicia T., en DI TELLA, Torcuato S. y otros, “Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas”, Ariel, Buenos Aires, 2004.

rios y empleados públicos de todos los niveles es cosa usual; tampoco está exenta de ella la misma actividad privada. La inflación que la Argentina ha soportado durante décadas y, que, sin duda, afectó y afecta la inversión productiva ha constituido una forma de financiar el gasto público que fue reemplazando al genuino ingreso tributario, considerablemente disminuido por obra de, la ya mencionada, evasión impositiva<sup>6</sup>.

Es evidente, sin embargo, que los más graves actos anómicos han estado constituidos por los sucesivos golpes de estado de origen militar que arrasaron con gobiernos civiles elegidos constitucionalmente, por las consecuencias nefastas que tuvieron sobre la conciencia colectiva en cuanto al respeto de las jerarquías y valores de la democracia constitucional en el seno mismo del ámbito ciudadano en todos sus niveles. Para ilustrar este aspecto de la ilegitimidad las sucesivas rupturas constitucionales acaecidas en la República Argentina me parece demostrativo transcribir parte del informe que el llamado “Grupo de Trabajo 25 de Mayo” produjo y entregó el 17 de setiembre de 1979 a la Junta Militar y al Presidente del llamado “Proceso de Reorganización Nacional”. El documento entregado en esa oportunidad estaba suscripto por José Antonio ALLENDE, José Manuel AVELLANEDA, Roque CARRANZA, Carlos CORREA ÁVILA, Ernesto CORVALÁN NANCLARES, Carlos A. IMBAUD, Juan Pablo OLIVER, Marcelo SÁNCHEZ SORONDO, Basilio SERRANO, Francisco H. UZAL y Jorge Reinaldo VANOSI. Es el Académico Dr. Jorge Reinaldo VANOSI, quien lo transcribe en su obra “Constancias y vivencias”, en el Capítulo titulado “El Proceso”, punto 3 denominado “El problema de la legitimidad y los regímenes emanados de actos de fuerza”. En este tramo el mencionado documento dice así: “Todo gobierno, todo régimen que aspire a concitar la obediencia, necesita ser legítimo. Y aunque las formas de legitimidad difieran según las condiciones del medio político y social, la calidad de legítimo se predica de los regímenes y gobiernos que son representativos en el sentido de que asumen valores históricos y actuales de la Nación y gozan, por tanto, de esa autoridad emanada de su prestigio, del ascendiente que proviene de la confianza, y que, traducida en la aceptación de los gobernados, equivale al consenso general del pueblo... Desde 1955 no es otro el modelo adoptado por las técnicas del golpe de Estado practicadas en el país. Tanto la Revolución Libertadora como la Revolución Argentina consagraron como “derecho de revolución” sendos lineamientos normativos dictados en función de fines salvíficos los

---

<sup>6</sup> NINO, obra citada en nota 1, págs. 25 a 27.

cuales se anteponían, mientras tanto, a las garantías y al régimen de la Constitución”<sup>7</sup>.

Que la situación descrita por NINO persiste en la Argentina de la actualidad -aunque no felizmente el aspecto relativo a los golpes de estado- es un hecho público y notorio y resulta creciente la conciencia colectiva de que se trata de un estadio social que resulta imperativo superar. El periodista Jorge FERNÁNDEZ DÍAZ, en un artículo publicado en el diario “La Nación” el 8 de septiembre de 2019 habla del nuestro como “un país donde imperan las mafias y los atajos” y otro artículo publicado en el mismo diario el día 1º de octubre de 2019, cuyo autor es Manuel ÁLVAREZ TRONGÉ, titulado “Una crisis, más allá de lo económico”, señala que existe “un factor cultural que excede a la economía y que en gran medida está en la génesis de todos nuestros problemas como sociedad: la anomia argentina, la degradación de las normas y la falta de respeto que ella supone”. Hugo ALCONADA MON, conocido periodista del diario “La Nación”, quien publicó en el 2019 una obra titulada “La raíz de todos los males” en la que se propone describir un sistema montado de corrupción y de impunidad en nuestra República Argentina, en donde “los fiscales no investigan, los jueces no juzgan, los organismos de control no controlan, los sindicalistas no representan a sus trabajadores, los empresarios no compiten, la policía no reprime el delito y los periodistas no informan”, con excepciones en todos los campos, —muy dignas, por cierto—, cala muy hondo en las manifestaciones de la anomia argentina en el núcleo del Estado y del poder y de la sociedad.

Otro periodista del mismo medio de prensa, Héctor M. GUYOT, en un artículo publicado el 8 de diciembre de 2019 titulado “Sin regla ni ley, el otro no es un semejante, sino una amenaza”, expresa: “Carlos NINO definió a la Argentina como un país al margen de la ley. Antes que obediencia a la autoridad estatal, la ley es básicamente respeto al otro. Esa ley que establece las reglas de convivencia permite a los miembros de una comunidad predecir aquello que pueden esperar de sus semejantes. Allí donde la ley se observa, se vive en la confianza. Donde no la hay, el otro es un potencial peligro y se vive en el miedo. Así vivimos en buena medida los argentinos, sobre todo aquellos que habitamos en las grandes urbes. Esta tendencia a la ilegalidad consentida, en la que cada cual prevalece —o sobrevive- como

---

<sup>7</sup> VANOSSI, Jorge R., “Constancias y vivencias”, Grupo Argentinidad, Buenos Aires, 2019, pág. 34.

puede, viene de muy lejos y ha contaminado nuestra cultura”. Agrega más adelante: “Se ha ido perdiendo, además, el respeto por la palabra. La erosión del lenguaje ha actuado como un disolvente social importante. Cuando se pierde la correspondencia entre la palabra y las cosas, cuando lo que decimos no apunta hacia la verdad sino hacia el mero interés propio en una lucha sin ley, malversamos un activo imprescindible: aquel que permite un diálogo sincero y tolerante entre las distintas visiones que siempre afloran en una sociedad abierta”.

En el mismo diario, Héctor M. GUYOT, en otro artículo titulado “Gesell, espejo de una cultura exhausta” (“La Nación”, 25 de enero de 2020), en el que comentaba el resonante caso del homicidio cometido en la ciudad bonaerense de Villa Gesell por un grupo de muchachos contra un joven indefenso, afirma lo siguiente: “En un país donde la ley pesa poco, todo vale para imponerse sobre el otro y someterlo. En primer lugar, el poder puro y duro del más fuerte sobre el más débil. Y más todavía si ese poder garantiza luego la impunidad”.

En la misma línea de pensamiento, Oscar OSZLAK, —investigador titular del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) en el área política y gestión pública—, en un artículo titulado “El uso permanente del discurso del miedo” (publicado por el diario “La Nación”, 14 de octubre de 2019), se pregunta por qué en otras sociedades no existen los miedos que experimentamos los argentinos, y da la siguiente respuesta: “Parece obvio que el temor se difunde y generaliza allí donde las instituciones no funcionan. La gobernabilidad de una sociedad civilizada se funda en la vigencia de un sistema normativo que haga previsible la conducta de sus integrantes en todas las esferas de la interacción social; normas que reconozcan derechos e impongan límites respecto a lo que cada uno puede o no hacer. Vigencia significa observancia de esas normas y sanción cuando no se cumplen. Esa sanción es, en principio jurídica, y su responsable es el Estado. Si el Estado no sanciona, o, peor aún, si también incurre en inobservancia, desaparece toda previsibilidad sobre el comportamiento ajeno, la situación se vuelve anómica y aparece el temor a que los que consideramos nuestros derechos sean desconocidos, menoscabados u objeto de alguna transgresión por parte de terceros, incluyendo al Estado”. Los comentarios de OSZLAK pretendían sacar conclusiones acerca de la inesperada respuesta que dio, en una ocasión, el expresidente de Brasil, Fernando Henrique CARDOSO, cuando un periodista de nuestro país le preguntó: “a qué debemos temer en la Argen-

tina” y el estadista brasileño contestó de manera contundente: “A ustedes mismos”.

Señala OSZLAK que, en “Un país al margen de la ley”, Carlos NINO observó que la anomia surge cuando la satisfacción de los intereses de una comunidad depende del cumplimiento de las normas, pero una parte significativa no las cumple. Y esta situación puede incluir la inobservancia de normas morales, jurídicas, religiosas o sociales que, en ausencia de sanción y consecuente impunidad, abre la posibilidad de comportamientos transgresores. En tales circunstancias se debilita el miedo a colocarse al margen de la ley, pero nace el miedo a la idéntica conducta ajena. Porque el ancestral temor al semejante es proverbial en una sociedad salvaje, donde rige la ley de la selva. Agrega OSZLAK que “en el fondo, quienes evaden impuestos saben que otros deberán cubrir su falta de contribución; quienes circulan por la banquina son conscientes de que demorarán a quienes circulan por donde corresponde; quienes fugan divisas no ignoran que, si su comportamiento se generaliza, la situación financiera del país se agravará. Y aunque existen normas que sancionan esas conductas, saben que “zafarán” del improbable castigo porque, además “todos lo hacen”. El objetivo es “salvarse”, verbo que aquí pierde sus connotaciones religiosas. La “salvación” suele llegar a través de la transgresión, por gracia del “curro”, la viveza criolla o los hombres venales”.

Concluye OSZLAK que “un país al margen de la ley puede terminar siendo un país al borde del abismo, porque acentúa la desconfianza en las instituciones, promueve las prácticas corruptas y contribuye a la parálisis social”. El mismo autor se pregunta: ¿Cómo se logra superar la anomia, asegurar el imperio de la ley y erradicar las formas de transgresión que corroen el tejido social?: La respuesta simple sería “con un Estado que funcione”, objetivo todavía inalcanzado. Otra vía posible sería la demanda ciudadana, que también requiere ser promovida desde el propio Estado a través de acciones de concientización sobre el rol de la sociedad civil en la consolidación de la democracia”.

No obstante, NINO enfatiza en un aspecto de la realidad argentina que —hasta ese momento— no había sido destacada con la debida intensidad. En efecto, expresa con acierto: ***“No obstante la omnipresencia de situaciones de ilegalidad en nuestro país, generalmente no las asociamos con la reversión de nuestro desarrollo económico y político. Sin embargo, po-***



*demos observar que muchos de los factores que se suelen señalar como relevantes para explicar la involución del desarrollo argentino están íntimamente asociados con situaciones de ilegalidad*<sup>8</sup>. Agrega que el tipo de ilegalidad generalizada que nos afecta implican efectos sociales en los que todos resultan perjudicados por la situación de ilegalidad. Cita a Jon ELSTER quien afirma que “las normas son el cemento de la sociedad” por lo que preservan la integridad social y hacen posible la subsistencia de las sociedades. En suma, necesitamos ciertas normas para satisfacer adecuadamente los fines de la sociedad.

Vale decir, que la vigente realidad de una sociedad anómica como la argentina produce un doble efecto negativo: a) conspira contra una convivencia social satisfactoria de sus habitantes; b) es un obstáculo -hasta ahora insuperable- en el pleno desarrollo político, económico y social de la comunidad nacional en su conjunto.

Por tales motivos es indispensable identificar las situaciones de anomia o ilegalidad que afectan a cada uno de los sectores de la realidad nacional puesto que producen ineficiencia social y consecuentemente afectan el pleno desarrollo de las personas que constituyen nuestra comunidad y también la plena realización de nuestra sociedad como tal.

Para individualizar los distintos sectores de la realidad nacional y social de nuestro país enumeraremos los diversos aspectos en que la anomia los afecta, que, a grandes rasgos, son los siguientes: 1) la anomia en la vida institucional; 2) la economía informal; 3) la evasión impositiva; 4) la evasión laboral y de la seguridad social; 5) la corrupción administrativa y judicial; 6) la anomia en las actividades civiles, comerciales y productivas; 7) la anomia en la convivencia ciudadana, específicamente, en el tránsito y en el respeto mutuo que se deben las personas; 8) la anomia judicial.

Con el objeto de ejemplificar, —solo brevemente—, algunos de los aspectos más manifiestos de las distintas formas de anomia enunciadas precedentemente, pasaremos a referirnos a ellas con más detenimiento: 1) la anomia en la vida institucional argentina se manifestó gravemente a partir del golpe de estado de 1930 y los sucesivos golpes militares y algunos cívico-militares ocurridos posteriormente hasta la restauración constitucional en 1983. Son evidentes los efectos perniciosos que estas transgresiones pro-

---

<sup>8</sup> NINO, obra citada en nota 1, pág. 26.

dujeron en la vida colectiva del conjunto de los ciudadanos habida cuenta de que fueron las fuerzas armadas y de seguridad —las que por definición deben ser custodia de la República, de la Constitución, de sus normas y de las autoridades elegidas legítimamente— las que trastornaron la escala jerárquica de los valores normativos y morales de la sociedad con los consiguientes efectos nocivos en la vida de la población civil, como el relajamiento de la moral pública, el aumento de la delincuencia y el acrecentamiento de la violencia como forma de dirimir los conflictos y las controversias políticas. La restauración constitucional no constituyó suficiente freno a esos excesos, porque, —aunque disminuyera la violencia manifiesta— se mantuvieron en la vida pública, institucional y social muchos procedimientos sinuosos de manipulación de las normas y de las personas para obtener finalidades políticas o electorales no siempre legítimas; 2) la “economía informal”, también llamada “oculta”, “irregular”, “clandestina”, “subterránea” o “sumergida”, o sea aquella que funciona al margen de la ley y de los contralores estatales, se encuentra ampliamente extendida en Argentina y perjudica seriamente al erario público, a los habitantes en general, a los trabajadores y a la seguridad social; 3) la evasión impositiva es uno de los principales efectos de la economía informal y ocasiona un grave daño a la acción recaudatoria del Estado que ve afectado su posibilidad de prestar servicios públicos adecuados y eficientes debido a la sustracción de fondos que deberían normalmente acrecer el erario público, con el consiguiente perjuicio a los usuarios, consumidores y beneficiarios de la acción social y prestacional del Estado y por la competencia desleal que acarrea para los empresarios y agentes económicos que cumplen debidamente con las normas; 4) La evasión laboral y de la seguridad social es otro efecto negativo de la economía informal y de la evasión impositiva puesto que con tal fin se oculta a la recaudación estatal la totalidad o de manera parcial la actividad económica, circunstancia que origina la proliferación del empleo no registrado en forma total —en el que se incluye la explotación del trabajo infantil— o parcial y la consiguiente elusión de fondos que tendrían como naturales destinatarios a los trabajadores dependientes o al sistema de seguridad social que es el que —con sus fondos— provee las prestaciones para cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte, cargas de familia, riesgos del trabajo, y desempleo; 5) La corrupción administrativa y judicial perjudica gravemente la calidad de vida de los ciudadanos tanto en su aspecto individual como social, provocando desprotección, costos crecientes y permitiendo la difusión de conductas antisociales que dañan material y

moralmente a la población; 6) la anomia en las actividades civiles, comerciales y productivas también perjudica seriamente la calidad de vida de los habitantes, afecta la fe, la moral y la credibilidad pública sembrando la falta de sinceridad en las actividades cotidianas de los ciudadanos; 7) la anomia en el campo de la salud, expresada en la realización de tratamientos o la práctica de operaciones quirúrgicas innecesarias y en el cuidado de sí mismo de los ciudadanos manifestada en los altos índices de consumo de alcohol y drogas; 8) la anomia en el tránsito es solo un aspecto más de la falta de sumisión de los habitantes a las normas y reglas vigentes en este ámbito, que, en el caso, perjudican la celeridad en el traslado y la comunicación y que, de manera permanente, ocasionan accidentes, muertes, lesiones y daños de todo tipo.

Sin embargo, la anomia más destructiva es sin lugar a dudas es la anomia judicial porque compromete a quienes tienen la casi sagrada función de impartir justicia y dar concreción al imperativo más importante que puede regir en la vida de una sociedad que es el imperio del derecho.

## **II. Una tarea que no admite demoras**

Si la anomia produce tantos efectos negativos en la vida individual y familiar que se proyecta ineludiblemente en la vida social afectando al conjunto de la sociedad argentina impidiendo o postergando su desarrollo en plenitud tanto en el plano material como en el espiritual y cultural, la tarea que no admite demoras es la de iniciar y proseguir sin descanso un combate contra un mal que es indispensable eliminar o, en todo caso, disminuir en los efectos más perniciosos que produce sobre cada uno de los habitantes, sobre las familias, los sectores económicos y sociales y el colectivo de la comunidad argentina.

Presupuesto necesario para acometer esta lucha indeclinable contra la anomia es realizar un diagnóstico lo más exacto posible de la situación de partida, identificar las áreas más afectadas por la falta de cumplimiento de

---

las normas e individualizar y disponer los instrumentos que sean menester para emprender con éxito un decidido combate contra ese flagelo.

Como señala NINO, existen muchas clases diferentes de normas o reglas: normas morales, normas jurídicas o leyes, normas sociales, usos y costumbres, reglas de juego, reglas técnicas, reglas gramaticales y otras más. Algunas de estas son relevantes para las situaciones de anomia social y otras, no<sup>9</sup>. En todos los ámbitos de la realidad donde cada una de estas normas rigen o imperan pueden detectarse similares conductas de inobservancia. Desde luego la importancia será digna de destacar según el orden de actividad en la que se produzca, pero cabe observar, sin embargo, que la inobservancia inicial en un área -aparentemente fútil- puede trasladarse tarde o temprano a otra o a otras áreas de mayor significación. Por ejemplo, pequeñas “vivezas criollas”, o formas de agrupamiento —por ejemplo, las llamadas “barras bravas”— que se ensayan en un partido de fútbol puede —y de hecho sucede— trasladarse a distintas especialidades del deporte o aun peor a otros ámbitos de la realidad social, como las asociaciones civiles, entidades empresarias y sindicales.

Una tarea esencial en este combate nos corresponde a nosotros los juristas, pero acompañados por colaboradores auxiliares provenientes de distintas disciplinas que complementan los estudios y las soluciones jurídicas, como por ejemplo, de la economía, la sociología, la psicología social, las ciencias de la comunicación, entre otras, para dotar a este combate de las bases indispensables para elaborar un plan de acción, instrumentarlo debidamente y ejecutarlo con éxito.

Para cumplir cabalmente este desafío correctivo es necesario afrontar tres campos de acción, a saber: a) el educativo o preventivo; b) los acuerdos consensuados en diferentes áreas de la realidad social, especialmente las asociaciones civiles, empresarias y sindicales y las instituciones públicas; c) el despliegue del poder sancionatorio del Estado cuando se advierta que los pasos anteriores no han dado los frutos esperados.

Para cumplir la primera etapa, esta es, la educativa o preventiva, es indispensable disponer de la acción no sólo del Estado nacional y de los Estados, provinciales y municipales, sino también de las instituciones de enseñanza y educativas, públicas y privadas, de todos los niveles y princi-

---

<sup>9</sup> NINO, obra citada en 1, pág. 28.

palmente de los medios de comunicación sociales, también, tanto públicos como privados.

La misión de obtener acuerdos consensuados por sector corresponde tanto al Estado nacional como a los Estados, provinciales y municipales, pero también y seguramente de manera trascendente a las mismas instituciones públicas o privadas, asociaciones civiles, fundaciones, cámaras empresarias, sindicatos, clubes, etcétera, que se unan para brindar apoyo a esta fundamental iniciativa.

La tercera acción, que es la de ejercer el poder sancionatorio, y que institucionalmente corresponde al Estado, no ha de excluir la colaboración decisiva de los juristas quienes debemos prestar -junto con especialistas de otras ciencias y técnicas- nuestro concurso en la elaboración de diagnósticos correctos en cada área de actividad, sino también y principalmente brindar asesoramiento sobre cómo debe desplegarse instrumentalmente la potestad sancionatoria del Estado en cada una de las áreas atañidas.

Lo ideal consistiría en lograr la concreción de un “Programa Nacional de Lucha contra la Anomia” que centralice y coordine todos los esfuerzos de una tarea que debe juzgarse indispensable emprender y cuyo comienzo debe concretarse cuanto antes.

En el Estatuto de nuestra Academia Nacional en su Capítulo II, en el art. 2 donde se definen sus finalidades, se dice: “Son sus fines: 1) “Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales, que se promuevan en su seno...” y en el 3) “Propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal”. Es evidente que no basta el perfeccionamiento del régimen legal argentino si las instituciones que tienen a cargo la aplicación efectiva de las normas, no la concretan.

La Academia Nacional está integrada por especialistas en derecho constitucional, político, administrativo, civil, comercial, penal, tributario, internacional, teoría del derecho, procesal y derecho del trabajo y de la seguridad social, vale decir, prácticamente en todas las áreas de la realidad normativa dentro de las cuales es posible identificar con el mayor grado de precisión posible los aspectos y manifestaciones más graves de la conducta social anómica.

Si la evolución o el desarrollo social puede definirse como el paso de estadios menos perfectos y equitativos de convivencia social a otros más perfectos y equitativos, resulta indispensable que —como comunidad que pretende su realización plena, tanto material como espiritual—, sus integrantes procuremos desplegar los más intensos esfuerzos para elevar al mayor grado posible el nivel de perfección de nuestro sistema social e institucional.

Corresponde, entonces, a nuestra Academia, que entre sus atribuciones estatutarias incluye también la de “realizar todos los actos jurídicos y culturales conducentes al cumplimiento de sus propósitos” (Estatuto, Capítulo II, Art. 3, 1), la tarea de elaborar las bases de un “Programa Nacional de Lucha contra la Anomia”, que contemple las siguientes acciones: a) la identificación por los académicos de cada una de las ramas jurídicas representadas en esta institución, un diagnóstico lo más completo posible de los problemas concretos que —en relación con la anomia general— se produce en cada una de las área específicas; b) un análisis de las posibles acciones a desarrollar en cada ámbito específico en los cuales esas deficiencias anómicas han sido identificadas; c) la enumeración de los medios e instrumentos necesarios para concretar en los hechos las acciones indispensables para combatir el flagelo de la anomia que nos afecta.

# EL JUICIO POR JURADOS ANTE LA REFORMA JUDICIAL

POR ALBERTO RICARDO DALLA VIA<sup>1</sup>

En momentos en que en nuestro país vuelve a discutirse en torno de una reforma judicial, es menester subrayar la institución del juicio por jurados para que sea debidamente considerada.

La primera razón que justifica su consideración es el mandato constitucional, tres veces repetido en los artículos 24, 75 inciso 12 y 118 del texto fundamental. El artículo 24, ubicado en la parte dogmática señala que “*El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados*” (el subrayado es nuestro). De manera que en la doctrina se ha señalado que al estar ubicado en el capítulo de “Declaraciones, derechos y garantías”, el principio tiene aquí el alcance de una garantía individual.

La consideración del juicio por jurados como una garantía individual puede dar a lugar a fundamentar que, en el caso de establecerse, el mismo sea una *opción voluntaria* para el imputado, como ocurre en la provincia

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 22 de octubre de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

de Buenos Aires; y como fuera planteado por los recurrentes en el caso “Canales” ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contra la Provincia de Neuquén que lo ha establecido de manera obligatoria para los delitos con penas privativas de libertad superiores a los quince años (CSJN 461/2016 RHI).

En el referido caso, el voto particular del Dr. Horacio Rosatti señaló que la constitución estableció una “garantía institucional” en favor de la participación del pueblo en los procesos judiciales. De nuestra parte, compartimos que se trata de una garantía institucional porque el artículo 24 —aprobado por unanimidad en 1853— es una declaración dirigida al Congreso para que, en su momento, revisara la antigua legislación colonial; tén-gase en cuenta que al momento de la organización nacional todavía regían en nuestro territorio las leyes de Partidas, La Novísima Recopilación y las Leyes de Toro y que, en materia penal, regía el proceso inquisitivo.

En cumplimiento de dicho artículo y del anterior artículo 67 inciso 11 (actual 75 inciso 12) fueron sancionados por el Congreso el Código de Comercio redactado por Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sársfield, el Código Civil redactado por este último, y posteriormente el Código de Minería y el Código Penal, así como las sucesivas reformas de los mismos y de los que se agregaron posteriormente, como el Código del Trabajo y de la Seguridad Social (incorporado en reforma constitucional de 1957), agregando la reforma constitucional de 1994 que los mismos pueden ser “*en cuerpos unificados o separados...*”

El Académico Tau Anzoátegui, en su trabajo sobre la codificación en la Argentina señala que: “...La perspectiva codificadora en la Argentina al comenzar la segunda mitad del siglo [XIX], no sólo se nutría de las ideas europeas y americanas, sino que fue estimulada por un importante evento político: la caída de la dictadura de Rosas y su reemplazo por un gobierno abierto a las inquietudes liberales y afanoso por alcanzar la organización constitucional sobre las bases políticas entonces predominantes.

“Liberalismo, constitucionalismo y codificación aparecían así estrechamente vinculados y eran vocablos claves impregnados de un contenido ideológico determinado y unívoco. Aunque no marchasen imprescindiblemente enlazados los códigos y la constitución, lo cierto es que la relación entre ellos era profunda no sólo por el común origen iusnaturalista, sino porque



representaban los dos grandes pasos de la instauración del “sistema de derecho” del siglo XIX”<sup>2</sup>.

La numeración originaria es el artículo 64 inciso 11 de la Constitución de 1853, basado en este punto en el *Proyecto de Constitución para la Provincias Unidas del Río de la Plata* de Juan Bautista Alberdi, que pasó a enumerarse como artículo 67 inciso 11 en la Reforma Constitucional de 1860, agregándose después de la enunciación la frase “*sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones*” y que es de importancia para la aplicación del llamado “derecho común” o “derecho de fondo” en el ámbito provincial, sin perjuicio de la reserva de legislación por parte del Congreso Nacional.

Particularmente nos interesa en este tema la última parte del artículo cuando dice “...y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requieran el establecimiento del juicio por jurados”. (Lo resaltado es nuestro).

Este artículo también está dirigido al poder Legislativo, toda vez que el 75 comienza diciendo “*Corresponde al Congreso:*”, pero a diferencia del art. 24, éste está ubicado en la segunda parte o “parte orgánica” de la Constitución Nacional y el inciso 12 se refiere al deslinde de competencias legislativas entre el Congreso de la Nación y las Provincias, dando lugar a discusiones jurídicas acerca de si el establecimiento del juicio por jurados es competencia exclusiva del gobierno nacional o si también pueden legislar las provincias. La cuestión ha sido zanjada en tiempo relativamente reciente por el voto mayoritario de los ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti en el ya mencionado *leading case* “Canales” del año 2016, primera oportunidad en que la Corte Suprema convalidó la constitucionalidad de una institución que, a pesar de estar en el texto fundamental durante 166 años, era considerada por muchos juristas como un caso de *desuetudo*.

---

<sup>2</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. “La Codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad Social e Ideas Jurídicas”. 2ª edición revisada. Librería Editorial Histórica Emilio J. Perrot. Buenos Aires. 2008. Pág.295.

Si bien aun queda mucha tela para cortar, se trata de un fallo que tiene un importante valor porque el Alto Tribunal dejó a salvo la situación no solamente de la Provincia de Neuquén que era parte en el pleito, sino también de las provincias que hasta la fecha han establecido el sistema de juicio por jurados para las causas penales en sus jurisdicciones, como Buenos Aires, Chubut, Entre Ríos, Río Negro, Chaco, Mendoza y San Juan, además de Córdoba en donde el sistema “escabinado” está tornando nuevamente al de jurado clásico y la Provincia de Santa Fe que está encaminada a adoptarlo.

Para así decidir, la Corte partió del principio del artículo 121 de la Constitución Nacional, conforme al cual las provincias conservan todos los poderes que no han delegado expresamente al gobierno federal, observando que, si bien el juicio por jurados se encuentra contemplado entre las materias que debe legislar el Congreso, conforme al ya citado inciso 12 del artículo 75, no se encuentra —sin embargo— enunciado en el artículo 126 cuando se refiere a las competencias que las provincias tienen expresamente prohibido ejercer, concluyendo así, que las provincias pueden legislar sobre jurados en el ámbito de sus territorios en tanto el Congreso Nacional puede hacerlo para la competencia federal.

A mayor abundamiento, cita el tercer artículo que conforma la “tríada” constitucional del juicio por jurados en la Argentina, el 118, ubicado en el capítulo segundo de la sección tercera de la segunda parte de la Constitución, referida al “Poder Judicial” entre las “Autoridades de la Nación”, que dice: *“Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. **La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito;** pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”*. (Lo resaltado es nuestro).

Resulta difícil de entender —y también de explicar— que las tres normas constitucionales sobre juicio por jurados (arts. 24; 75 inc. 12 y 118 C.N.) que mantienen la redacción de 1853 no se hayan aplicado hasta nuestros días. Han atravesado las reformas de 1860; 1866, 1898, 1957 y 1994 sin cambios. Solamente fue suprimido en la Constitución de 1949, que como se sabe fue una reforma total. Al regresar al texto histórico de 1853, la institución fue confirmada en la reforma constitucional de 1994.

El mandato del artículo 118 (era el 102 en 1853), en cuanto señala que “*todos los juicios criminales se terminarán por jurados*”, tiene una clara impronta anglosajona y se vincula con el artículo III, sección 2ª de la Constitución de Estados Unidos, de donde lo tomó Benjamín Gorostiaga en su proyecto de Constitución y que se volcaría en la norma actual. Cabe señalar que la constitución norteamericana también lo contempla en la 6ª Enmienda, como parte integrante del debido proceso.

En nuestro país, el mandato constitucional no tuvo concreción al momento de sancionarse el Código de Procedimientos en lo Criminal, que se inspiró en el sistema procesal español, más precisamente en la *Compilación Española* de 1879 que preveía prácticas inquisitivas. Es decir que, al momento histórico de realizar la reforma de la legislación en todas sus ramas, el Congreso no consideró conveniente a nuestras prácticas y costumbres, la adopción de un sistema con jurados populares y prefirió, en el llamado “Código Obarrio” seguir las pautas del procedimiento escriturario.

Como relata el Dr. Alberto Bianchi en un interesante libro que escribió sobre este tema<sup>3</sup>, “...a pesar de la existencia del Proyecto elaborado en 1871 por Florentino González y Victorino de la Plaza, la codificación procesal penal [...] no dio cumplimiento a lo establecido en la Constitución. Las razones de ese apartamiento están explicadas con detalle en la nota del 15 de julio de 1882 que Manuel Obarrio —autor del proyecto que luego en 1888 se convirtió en el Código de Procedimientos en lo Penal (ley 2372)— remitió entonces al Ministro de Justicia, Eduardo Wilde, donde sostuvo que, pese a la expresa disposición constitucional existente, había optado por jueces de derecho y no por jurados, en la convicción de que la Constitución delegó en el Congreso la determinación del momento, en el cual el juicio por jurados debería ser establecido, momento este que no había llegado todavía.

Asimismo, si bien Obarrio manifestó en esa nota haber tenido a la vista las legislaciones más adelantadas en la materia, la doctrina especializada apunta que, en realidad, el modelo seguido por él fue la *Compilación* española de 1879 que preveía prácticas inquisitivas, pese a que en 1882 España ya había puesto en vigencia su Ley de Enjuiciamiento Criminal —hoy todavía vigente— basada en el sistema oral y público. Es así —afirma Bianchi—

---

<sup>3</sup> BIANCHI, Alberto B. “El juicio por jurados. La participación popular en el proceso”. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 1998. Pags. 25 a 28.

que el Código procesal Penal argentino fue criticado por haber tenido origen en una legislación que ya estaba derogada en el momento de ser sancionada”.

El apartamiento de la práctica procesal penal respecto del mandato de la Constitución ha merecido la crítica de un importante sector de la doctrina encabezado por Julio Maier<sup>4</sup> y fue interpretado durante largo tiempo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores, señalándose al respecto que, al tratarse de un mandato dado por la Constitución al Congreso, no había un plazo perentorio para ello, revistiendo la norma en examen el carácter de “programática” (conf. “Fallos” 115:92; 165:258; 208:21; 208:225; entre otros).

Por su parte, recuerda Vanossi, que nuestra historia jurídico institucional recoge algunos intentos que se han formulado en favor de su aplicación, citando el Proyecto de Constitución de la Comisión Especial nombrada en 1812, que en su capítulo XXI, art. 22, decía que “*el proceso criminal se hará por jurados y será público*”.

El proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, capítulo 22, art. 175, sostenía que “*el juicio criminal se establecerá por jurados*”. En el mismo sentido artículo 114 de la Constitución de 1819 disponía que: “*Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más independientes e imparciales que sea dado a la condición de las cosas humanas. El cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados*”. Es del caso observar que ese texto fue repetido en el art. 164 Sección VIII de la Constitución de 1826.

Después de sancionada la Constitución de 1853 que nos rige con las reformas de 1994, y mucho más próximos en el tiempo, pueden destacarse sendos proyectos presentados respectivamente en la Cámara respectiva por los diputados Espil y Vidal Baigorri el 20 de septiembre de 1933 y el 6 de junio de 1934. El primero de ellos referido al juicio por jurados para delitos cometidos por medio de la prensa, y el segundo, a juicios criminales en general. No obstante, no haber merecido aprobación, representan un antecedente importante para el establecimiento de esta institución<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> MAIER, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal”, 2ª edición. Del Puerto. Buenos Aires. 1993. Tomo I, ps. 397 a 398.

<sup>5</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Prólogo al libro “El Juicio por Jurados” de Alberto Bianchi, cit.

El académico Vanossi, siendo diputado nacional, consideró apropiado organizar la institución del jurado en el ámbito natural, el Poder Judicial, haciendo recaer en la Corte Suprema todo lo atinente a la organización y confección de las listas de personas que lo han de integrar.

También podemos mencionar el proyecto del diputado Antonio María Hernández del 25 de noviembre de 1992, cuyo artículo primero señalaba que todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, serán juzgados por un tribunal de jurados, según lo establecía el mencionado proyecto, y en el artículo 16, referido a la deliberación señalaba que el veredicto de culpabilidad requeriría 2/3 de votos y el de no culpabilidad, simple mayoría de sus miembros. En caso de empate se estaría a la opinión favorable al acusado<sup>6</sup>.

Ha señalado Lino Palacio que el único ámbito de nuestro ordenamiento, jurídico en el cual nuestro país siguió las tradiciones hispánicas es el Derecho Procesal, manifestándose tanto en el proceso penal, en el proceso civil y en el contencioso administrativo. En materia procesal civil, los primitivos códigos procesales de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires se inspiraron en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. En lo que se refiere al proceso contencioso-administrativo, la influencia española se hizo presente a través de la Ley Santamaría de Paredes de 1888<sup>7</sup>.

El procedimiento penal cambió con la sanción del llamado Código Levene que entró en vigencia en 1992 mediante ley 23.984, y había sido precedido por otras iniciativas como las de Julio B. Maier, Ricardo Cavallero y Edmundo Hendler; inaugurándose a nivel nacional el procedimiento oral y público que ya existía en otras provincias, empezando por Buenos Aires desde el Código de 1915, en el que la oralidad dependía de una opción del acusado y en Córdoba desde 1940 con el código redactado por Soler y Vélez Mariconde y que luego fue adoptado por distintas provincias como Santiago del Estero, San Luis, La Rioja, Jujuy, Mendoza, Catamarca, Salta, San Juan y La Pampa.

---

<sup>6</sup> Trámite parlamentario N° 149. 25 de noviembre de 1992. Expte. N° 4.202-D-92. Reproducido en el Trámite Parlamentario N| 40 del 28 de junio de 1994. Expte. N| 1964-D-94.

<sup>7</sup> PALACIO, Lino E. "Derecho Procesal Civil" 2ª edición Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1986. Tomo I pág. 95.

En el caso de Chubut hay una tradición que se remonta a la llegada de los colonos galeses en 1865, quienes se dieron sus propias instituciones, entre las que se encontraba el establecimiento del juicio por jurados. Así, en 1871 se publicó el “Primer Reglamento Constitucional del Chubut” y luego sería sancionada el 18 de octubre de 1872 y promulgada el 24 de octubre, la Ley de Administración de la Justicia, con una técnica legislativa propia del *commonwealth* que reglamenta estas cláusulas constitucionales.

El primero de esos instrumentos legales establecía en el capítulo III; art. 1º que “todas las causas judiciales de la Colonia serán tratadas en un Tribunal de Justicia, ante el juez y un jurado de doce miembros “. El jurado se integraba por doce personas, sorteadas de la lista de electores.

El libro de nuestro colega, el Dr. Bianchi, fue escrito en momentos en que se presentó un proyecto del Ministerio de Justicia de 1998, que establecía el juicio por jurados con la particularidad de que estaba previsto solamente para algunos delitos y era opcional para el acusado. En la parte final del libro, nuestro colega y distinguido académico aclara que su propósito fue el de describir como funciona el instituto en el ámbito anglosajón sin tomar posición a favor o en contra de su aplicación en nuestro país.

En esa ocasión, esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires emitió una declaración con fecha 23 de julio de 1998 en la que se refirió al tema desde el punto de vista de su oportunidad y de su conveniencia. Consideró inoportuno adoptar este instituto ante la crisis que por entonces afectaba a la justicia nacional al agregar al ámbito estatal una nueva estructura judicial cuyos costos materiales —no evaluados— agravarían el excesivo gasto público de las cuentas nacionales.

Con respecto a su conveniencia, consideró esta corporación que el tema era opinable en cuanto a que en virtud del juicio por jurados se logre democratizar la justicia o acercarla al pueblo, porque nuestro régimen de gobierno constitucional no es la democracia directa o participativa, sino la democracia indirecta o representativa (arts. 1º y 22, Const. Nac.) en cuya virtud el pueblo soberano se expresa y actúa a través de sus representantes en los tres poderes”.

Claro está que han pasado veintidós (22) años desde aquella declaración y que los institutos de la democracia participativa no contradicen a la democracia representativa, sino que conviven con ella, como lo demuestra la

incorporación de un capítulo de “nuevos derechos y garantías” (arts. 36 a 43) a la norma fundamental, así como distintas medidas de acción positiva que han favorecido la participación política de distintos grupos sociales anteriormente excluidos.

Al incorporarse como miembro correspondiente a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el doctor Horacio Rosatti —actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— pronunció una conferencia titulada “¿Puede el pueblo Juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? El dilema de la participación popular en el ejercicio de la función judicial”, concluyendo que: “El juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la “precisión” propia del saber técnico con la “apreciación” propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común”.

En concreto —agrega Rosatti— los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (*debido proceso adjetivo*); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (*debido proceso sustantivo*)<sup>8</sup>.

Las críticas al juicio por jurados fueron clasificadas por Tomás Jofré en generales y particulares, sintetizando que: 1) son ignorantes (Bonorino Peró), 2) se dejan influenciar (Levene), 3) no son siempre honestos (Petra Recabarren), 4) cometen errores y son omnipotentes porque sus decisiones son inalterables (Levene), 5) está desprestigiado en los países en donde existe (Levene), 6) no tiene arraigo en nuestras costumbres (Rivarola), 7) el pueblo argentino no está preparado (Obarrio).

Detrás de la mayoría de esas opiniones se oculta algún sofisma. En el “*Tratado de los sofismas políticos*”, Jeremías Bentham enseña que es lo que debe hacerse para evitar que se examine una institución: dilatar su estudio o impedir su establecimiento. Los sofismas de autoridad sirven para evitar que se examine una cuestión, colocando un prejuicio en lugar de un razonamiento y si no son suficientes para evitar el tratamiento de una me-

---

<sup>8</sup> Conferencia del Dr. Horacio Rosatti al incorporarse como Académico Correspondiente a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en la sesión pública extraordinaria del 10 de octubre de 2018.

dida, recomienda recurrir a los sofismas dilatorios, consistentes en remitir su análisis a cualquier otro momento<sup>9</sup>.

La participación popular en el proceso es un tema que se ha debatido en la doctrina, encontrando detractores y defensores. Se ha dicho que, si bien su práctica produce un sentimiento mayor de compromiso y legitimidad democrática del Poder Judicial, también plantea problemas de seguridad y justicia por la facilidad de influir en los jurados, tanto por posibles prácticas de corrupción como por el mayor grado de influencia mediática o sensible sobre las personas convocadas a decidir.

La actuación del pueblo en los juicios criminales fue defendida tanto por Alberdi como por Sarmiento, este último por haber conocido personalmente la experiencia cuando fue ministro de la Confederación en los Estados Unidos y recibir la influencia de los escritos de Alexis-Henri-Charles de Clérel De Tocqueville.

En la mente de Tocqueville el arte de la libertad política es aprendido a través de un aprendizaje en prácticas de deliberación colectiva en asociaciones políticas judiciales y civiles<sup>10</sup>. Escribió que los ciudadanos "...aprenden a resignar su propia voluntad en favor de la de los demás y a subordinar sus propios esfuerzos al impulso común. Tales cosas no son menos necesarias de saber en la vida civil que en las asociaciones políticas. Las asociaciones políticas pueden, por tanto, ser consideradas como grandes escuelas gratuitas donde todos los miembros de la comunidad van a prender la teoría general de la asociación".

Una objeción proveniente del derecho continental reside en que, a diferencia de los jueces técnicos, que tienen la obligación de argumentar y fundamentar sus decisiones, el jurado emite un veredicto, sin expresar las razones en que se funda, basado en las *libres convicciones* de sus integrantes debiendo sustentarse *más allá de toda duda razonable*, cuando se trate de un veredicto de culpabilidad.

Las investigaciones llevadas adelante por Valerie Hans y John Gastil, sobre el juicio por jurados en los Estados Unidos, traducidas al español y

---

<sup>9</sup> Fundamentos del proyecto de ley de juicio por jurados del Diputado Antonio M. Hernández. cit

<sup>10</sup> JANARA, Laura "Democracy Growing Up" pp- 64-65. 2002.



publicadas por la editorial Ad-Hoc demuestran que los jurados no son solamente excelentes determinadores de los hechos en cuanto a la función judicial que realizan, sino que también son un *cuero político* de rango constitucional que, además, convierte a sus miembros en mejores ciudadanos tras haber servido en él.

La decisión del jurado no es una **decisión jurídica** sino una **decisión política** fundada en el principio de la soberanía popular, que en la Constitución de la Nación Argentina encuentra sustento en el artículo 33, agregado por la reforma de 1860 en base a la Enmienda IX de la Constitución estadounidense. “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”. (el resaltado es nuestro).

El marco jurídico está dado por la presencia de un juez *de iure* que dirige las normas del procedimiento en materia de hecho y prueba, instruyendo imparcialmente al jurado a través de instrucciones sobre su actuación, que además cuanta con la valiosa audiencia de *voir dire*, donde las partes y sus abogados tienen amplia libertad para recusar a los miembros del jurado.

Es el juez quien dictará y fundará jurídicamente la sentencia, aplicando en su caso una pena, después que el jurado emita el veredicto de culpabilidad o de inocencia, siendo tal decisión recurrible. En principio, un veredicto de inocencia es irrecurrible como parte de la garantía del debido proceso del artículo 18 C.N. y particularmente de la presunción de inocencia. Por la misma razón los veredictos pueden ser revisados en caso de graves violaciones al debido proceso.

El considerando 19) del voto mayoritario de la Corte Suprema en el caso “Canales”, puntualizó que, “...la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados, respecto de los jurados populares.

“Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén ga-

rantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional.

Esta diferencia fue explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, cuando sostuvo que “...la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es solo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se encuentra cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía”<sup>11</sup>.

El juicio por jurados es una institución tradicional del *common law* que se remonta al año 1367, pasando de Inglaterra a los Estados Unidos y que actualmente se aplica en varias provincias argentinas. El célebre Juez Joseph Story —con quien Sarmiento trabó amistad— lo caracterizó señalando: “Un juicio por jurados se entiende generalmente, *ex vi termini*, como un juicio por un jurado de doce hombres, seleccionados con imparcialidad, que deben concurrir por unanimidad en la culpabilidad del acusado *antes que una condena pueda tildarse de inconstitucional*” (*voto del juez Douglas en “Johnson v. Louisiana”* 406 U.S. 356 1972).

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado el principio del *veredicto unánime* en los casos “Duncan v. Louisiana” (291 U.S. 145 1968), Apodaca v. Oregon y Johnson v Louisiana (406 U.S. 356 1972) de *irrecursibilidad del veredicto de no culpabilidad por el acusador* en los casos “Green v. U.S.” (355 U.S. 184, 1957) y del *número de doce jurados* en el caso “Patton v. U.S.” (281 U.S. 276 1930).

En el fallo “Patton vs. United States” (1930), la Corte Suprema de Justicia estadounidense enumeró cuales son los pilares fundamentales de su sistema de jurados 1) *Integración plural* del panel de jurados con doce ciudadanos convocados a prestar el servicio en forma *accidental*. 2) Participación de las partes en el *litigio para la conformación del jurado*. Es decir que debe regularse la audiencia de selección de jurados o *voir dire*.

<sup>11</sup> sentencia del 8/3/2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257.

3) *Separación clara de las funciones del juez y del jurado*. El primero, a cargo de preparar y conducir el juicio, interpretar la ley para instruir al jurado respecto del derecho aplicable y decidir la pena o medida de seguridad cuando corresponda; el segundo, a cargo de la deliberación y decisión del veredicto —tarea que consiste en valorar la prueba, determinar los hechos y aplicar la ley suministrada en las instrucciones del juez.

4) Respeto a la soberanía e independencia del jurado, a través del *secreto de la deliberación y la prohibición de intromisiones externas*. 5) Exigencia de *unanimidad para la decisión del veredicto*, ya sea para condenar como para absolver. 6) Centralidad del juicio y *recurso solo para el acusado*. El juicio es la etapa central del proceso y el recurso no es un “nuevo juicio” o una etapa más en un largo trámite secuencial sino un derecho del acusado a la realización de un “juicio al juicio” para descartar cualquier tipo de arbitrariedad. El veredicto del jurado es final y hace cosa juzgada material.

Tales principios forman parte de las características del juicio por jurados clásico y en nuestra opinión deben ser mantenidas al adoptarse en nuestro país, puesto que hacen al buen funcionamiento de un instituto que nuestra constitución tomó del modelo estadounidense y que al ponerse en marcha en varias provincias, después de 166 años se vinculan no solamente con su buen funcionamiento sino con la experiencia de varios siglos, de manera que al presentarse un grupo de reconocidos juristas especialistas en la materia como “amicus curiae” en el mencionado caso “Canales”, aportaron el dato empírico de que cada 100 juicios por jurados, en 96 hay unanimidad<sup>12</sup>.

Es auspicioso que la Provincia de Buenos Aires, la más extensa y poblada de nuestro país y en donde el sistema acusatorio funciona desde hace años, se haya inclinado por el modelo clásico<sup>13</sup>. No solamente rige lo dispuesto en la ley 14.543 sino que el Tribunal de Casación provincial, en el fallo “Ruppel” de 2017, prácticamente reiteró los principios del fallo “Patton vs. United Sates”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Los juristas que integraron el *Amicus Curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Canales” son Alberto M. BINDER, Alfredo PÉREZ GALIMBERTI, Héctor GRANILLO FERNÁNDEZ, Andrés HARFUCH, José Raúl HEREDIA, Jorge A. SANDRO, Ricardo J. CAVALLERO, Alberto BOVINO y Julio B. MAIER.

<sup>13</sup> Ley provincial 14.543.

<sup>14</sup> CCPBA, Sala I, causa 81504. “Ruppel, Néstor Fabián s/ recurso de casación” 11/7/2017.

El debate se ha planteado a raíz del caso “Canales” en donde los recurrentes impugnaron que la ley de la Provincia de Neuquén requiere solamente una mayoría de 8 votos sobre un total de doce. Uno de los votos que integran la mayoría sostuvo que los 2/3 son equivalentes a la mayoría que la constitución exige en el caso del juicio político.

Es del caso observar que se trataba de una condena de prisión perpetua en la que cuatro miembros del jurado se mantuvieron más allá de una duda razonable acerca de la culpabilidad, circunstancia que pone en jaque la presunción de inocencia y la garantía del debido proceso.

La decisión mayoritaria de la Corte hizo hincapié en la competencia de las provincias para legislar sobre este tema y en la ausencia de una norma constitucional expresa que establezca la unanimidad, argumento que no ha considerado los aspectos implícitos del instituto. Un especialista en este tema, el Dr. Andrés Harfuch intuye que el Alto Tribunal prefirió dejar pasar una cuestión en esta primera sentencia que convalidó el juicio por jurados, siendo un tema que podría tratarse en futuros pronunciamientos<sup>15</sup>.

El tema podría tener solución legislativa si el Congreso de la Nación reglamenta el juicio por jurados en orden a lo establecido en el artículo 75 inc. 12. Si bien de acuerdo con lo establecido por la Corte, tal reglamentación se referiría a la jurisdicción nacional o federal; recordando a Bidart Campos, las garantías de la Constitución Nacional son un “piso mínimo” que las provincias pueden profundizar y ampliar, pero no disminuir<sup>16</sup>; regla que alcanza especial magnitud cuando se trata del derecho constitucional de defensa en juicio.

Entre las indudables ventajas de la regla de la *unanimidad* para los veditos se encuentra que promueve el debate entre los doce miembros del jurado que en nuestra opinión deberían ser seis hombres y seis mujeres, conforme al principio de paridad de género en nuestra legislación sobre participación política.

---

<sup>15</sup> HARFUCH, Andrés. “Fallo Canales de la CSJN. El definitivo estatus constitucional del juicio por jurados” en VV.AA. “El juicio por jurados y la Constitución Nacional”. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2019. Pag. 145.

<sup>16</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de Derecho Constitucional”. Ediar. Buenos Aires. 1992.

La llamada “democracia deliberativa” a partir de las ideas de John Rawls, Jürgen Habermas y John Elster, suele chocar muy frecuentemente con la magnitud y la complejidad de las sociedades modernas para que “el velo de la ignorancia” pueda ser fácilmente corrido a través del debate entre los pares; sin embargo, resulta ser un criterio plausible en la construcción de este instituto de participación democrática en el juzgamiento de otro ciudadano, toda vez que el número tradicional de doce miembros favorece la amplitud y profundidad del debate.

Como señalara Carlos S. Nino —citado en el voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti en el caso “Canales”— el ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones —como el veredicto de un jurado popular— posee un efecto positivo para todos los participantes. En esta línea, se puede hablar del “valor epistémico” de la construcción de consensos<sup>17</sup>.

Es también ilustrativo citar las palabras del jurista estadounidense Jeffrey Abramson en su importante libro sobre este tema cuando dice. “...La deliberación es una virtud perdida en las democracias modernas; sólo el jurado aún convoca regularmente a ciudadanos comunes a interactuar en un proceso de debate y cara a cara. Ningún otro grupo puede ganar el debate simplemente teniendo más votos que otros; bajo el tradicional requisito de unanimidad, el poder fluye en los argumentos que persuaden más allá de las líneas grupales y que le habla a una justicia que es común a personas que provienen de las más diversas extracciones sociales...”<sup>18</sup>

Más allá de las polémicas que estas afirmaciones puedan generar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en “Canales” con bellas palabras que “El jurado es generador de mejor ciudadanía”.

---

<sup>17</sup> NINO, Carlos S. “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en VV.AA: “En torno de la Democracia”. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe, 1990, pp. 97 y ss. Citado por el voto de los doctores Maqueda y Lorenzetti en el considerando 20) del caso “Canales” de la CSJN 461/2016/RHI.

<sup>18</sup> ABRAMSON, Jeffrey. “We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy”. Basic Books. New York. 1994, p. 9.



# LA CUESTIÓN DE LA JUSTICIA EN EL EDIPO REY DE SÓFOCLES

POR SIRO M. A. DE MARTINI<sup>1</sup>

## 1. Del mito a la tragedia.

### El mito.

Se ha dicho, quizás con algo de exageración, que el “Edipo que se dibuja en el *Edipo Rey*, comparado con el Edipo del mito, es una creación bastante libre y singular de Sófocles”<sup>2</sup>.

Es cierto que “una cosa es el mito y otra la obra dramática” e, incluso que, más allá de sus coincidencias temáticas, “el mito está dado, viene de atrás, no tiene nombre de autor y está fuera del tiempo; la obra trágica, en este caso, *Edipo Rey*, por el contrario, es una elaboración, tiene autor y se compromete en las vicisitudes vitales en las que se actualiza”<sup>3</sup>.

Sin embargo, como veremos, la obra de Sófocles conserva todos los elementos esenciales del mito de Edipo bien que, en rigor, el tema de la obra no es el mito sino las consecuencias que de él se siguen.

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 12 de noviembre de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

<sup>2</sup> DÍAZ TEJERA, A.: “Dos Edipos en la tragedia Edipo rey de Sófocles. Apariencia y realidad”, en Bargalló Carraté (coord.): “Identidad y alteridad, aproximación al tema del “doble”. Alfar, Madrid, 1994, p. 35.

<sup>3</sup> Ibidem.

El mito de Edipo se remontaría al siglo XIII A.C.<sup>4</sup> e integra el elenco de aquellas pocas obras épicas que atrajeron la atención de los poetas trágicos.

Los rastros más antiguos que se conservan de él corresponden a la Edipodia (obra épica que forma parte del llamado ciclo Tebano), y de la cual se conservan sólo dos fragmentos. Uno de ellos hace referencia a la muerte de Hemón, hijo de Creonte, al ser devorado por la Esfinge; el otro, a un segundo matrimonio de Edipo, esta vez con Eurigania, la hija de Hiperfante<sup>5</sup>.

Luego, hay una amplia referencia en la Odisea cuando Ulises, en la narración de las personas a las que vio en su visita a los Infiernos dice:

Vino luego la madre de Edipo, la bella Epicasta,  
que una gran impiedad cometió sin saberlo ella misma,  
pues casó con Edipo, su hijo. Tomóla de esposa  
tras haber dado muerte a su padre y los dioses lo hicieron  
a las gentes saber. El en Tebas, rigiendo a los cadmios,  
en dolores penó por infaustos designios divinos  
y ella fuese a las casas de Hades de sólidos cierres, que, rendida  
de angustia, se ahorcó suspendiendo una cuerda de la más alta  
viga. Al morir le dejó nuevos duelos,  
cuantos suelen traer a los hombres las furias maternas<sup>6</sup>.

Prat Ferrer ha elaborado una versión del mito basándose en algunas de las fuentes más importantes y que coincide con la idea que nuestra época conserva de aquel<sup>7</sup>. Vale la pena entonces extendernos en su reproducción parcial:

“Layo, hijo de Lábdaco, heredó el reino de Tebas de su padre muy de niño, encargándose de la regencia Licos, pero otros se apoderaron del reino y causaron su muerte. Layo pudo huir y fue acogido en la corte de Pélope, donde vivió durante algunos años; allí se enamoró de Crisipo, hijo del rey,

<sup>4</sup> GARCÍA FUENTES, María Cruz: “La saga de los Labdácidas y la de los Pelópidas en la tragedia senecana”, en Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos, vol. 26 núm. 1 (2006), p. 58.

<sup>5</sup> “Fragmentos de épica griega arcaica”. Introducción, traducción y notas de Alberto Barnabé Pajares. Gredos, Madrid, 1979, p. 56.

<sup>6</sup> Odisea XI 271-280. Gredos, Madrid, 1993, p. 272-3.

<sup>7</sup> PRAT FERRER, Juan José: “El mito de Edipo en la tradición culta occidental y sus interpretaciones”. Revista de folklore, 2006, n° 303, p. 75 y ss.



muchacho de belleza deslumbrante, pero como éste no le hacía caso, acabó violándolo y entonces el príncipe se suicidó. Pélope expulsó a Layo de su reino y lo maldijo. Cuando los usurpadores del poder de Tebas desaparecieron, los tebanos llamaron a Layo para que ocupara el trono.

Layo casó con Yocasta, pero un oráculo predijo que el hijo que naciera sería la causa de muchas desgracias y de la muerte de su padre<sup>8</sup>. Layo entonces evitó unirse a Yocasta, pero ella, despechada y sin saber la causa de su abandono, lo emborrachó y consiguió meterlo en la cama y yacer con él, quedando encinta de esta unión. Cuando nació el muchacho, Layo, temiendo la predicción del oráculo, ordenó que abandonaran al infante en un monte, tras haberle horadado los pies con un clavo y atado con una correa que se pasó por los agujeros para colgarlo como a un animal. El niño de los pies hinchados, éste es el significado de Edipo, fue recogido, contra todo pronóstico, por un pastor, que lo llevó al rey de Corinto, Pólipo, quien, casado con Mérope —a quien otros llaman Peribea—, no había tenido hijos. Estos lo adoptaron y criaron.

Edipo, que crecía aventajando a los demás en inteligencia y hermosura, disputaba un día con otros jóvenes, y un muchacho corintio le echó en cara que no se parecía en nada a sus pretendidos padres. Edipo marchó en busca de una respuesta al oráculo de Delfos y allí se le dijo que no regresara a su patria, pues allí no sólo mataría a su padre sino que también yacería incestuosamente con su madre. Entonces, para evitar esto, y como no dejaba de creer que Pólipo y Mérope fueran sus padres, decidió huir de Corinto.

Mientras, Hera, disgustada por los amores que Layo había tenido con Crisipo, envió a Tebas la Esfinge, monstruo con cuerpo de leona y cabeza de mujer. Esta solía colocarse en un alto cerca de Tebas; cuando veía a alguien, se lanzaba sobre él y le proponía una adivinanza, y si no la acertaba, lo mataba. Layo decidió ir a Delfos acompañado de su cochero Polifontes para hallar una solución. En el camino se encontró con Edipo; Layo le ordenó que se apartase para dar paso a alguien mejor que él; Edipo le contestó

---

<sup>8</sup> Hay una versión de las que habrían sido las palabras de la Pitia en este primer oráculo: “Layo, hijo de Lábdaco, suplicas una próspera descendencia de hijos. Te daré el hijo que desees. Pero está decretado que dejes la vida a manos de tu hijo. Así lo consintió Zeus Crónida, accediendo a las funestas maldiciones de Pélope, cuyo hijo querido raptaste. Él imprecó contra ti todas estas cosas», cf. Alamillo, A., notas a Sófocles: Tragedias. Ed. Gredos, Madrid, 1981, p.308 s.

que sólo los dioses y sus padres lo superaban. Layo mandó entonces al auriga que continuase su camino; el carro atropelló a Edipo y le dañó uno de sus pies. Edipo, airado, mató al auriga con su lanza y dejó que Layo se enredara en las riendas y muriera arrastrado. Sólo escapó de la matanza un guardia que echó a correr hacia Tebas.

Cuando los tebanos se enteraron de que Layo había muerto, nombraron a Creonte regente del trono de su hermana Yocasta. La Esfinge ya había matado a uno de sus hijos, así que Creonte ofreció la mano de la reina y con ella la corona a quien librarse a Tebas de tal monstruo. Uno de los enigmas que proponía era: “¿cuál es el ser dotado de una sola voz que se apoya sucesivamente en cuatro, dos y tres patas?”. Edipo pasó por Tebas; se encontró con la Esfinge, descifró los enigmas, con lo que ella se precipitó de lo alto de la roca. Sabido esto, los tebanos lo tomaron por rey, casándolo con Yocasta. Tuvo de este matrimonio dos hijos, Etéocles y Polinices y dos hijas, Antígona e Ismene”.

La mayor parte de estos sucesos míticos tienen varias versiones. Muchas de ellas difieren notablemente entre sí. Así, lo relativo a la relación entre Layo y Crisipo; los avatares y fin de la vida de éste; el número de consultas que Layo hizo al oráculo de Delfos; la relación entre Layo y Yocasta; las circunstancias en que Edipo sospechó que era adoptado; el lugar de su enfrentamiento con Layo y las características de la lucha entre ambos; los hechos que se sucedieron al conocer Edipo y Yocasta la verdad de los involuntarios parricidio e incesto; el lugar y modo en que muere Edipo<sup>9</sup>.

Algunas de estas versiones fueron creadas o recreadas —del modo en que ahora las conocemos— por los poetas trágicos. De este modo, en las Fenicias de Eurípides, una Yocasta anciana se suicida sobre los cadáveres de sus hijos Etéocles y Polinices; la muerte o misteriosa y sagrada desaparición de Edipo en Colono, es obra de Sófocles. Hay que ver que hubo otras doce tragedias sobre el mito de Edipo que no sobrevivieron<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Pueden encontrarse todas y cada una de estas múltiples vertientes del mito en Kerenyi, Karl: “Los héroes griegos”. Ed. Atalanta, Vilahur, España, 2009, cap. X. También en CARRASQUILLA, Juan: “Mitología griega”, Ed. Editorial Cultiva Libros S.L, Sevilla, España. T. III, p. 279 y ss.

<sup>10</sup> NILSSON, Martin P.: “Historia de la religiosidad griega”. Ed. Gredos, Madrid, 1953, p. 63.

Pero más allá de las diferencias entre las versiones (algunas de ellas no son más que escuetas menciones), todas ellas respetan lo que parece haber sido el mito en sus orígenes: la intervención de los dioses —en general a través de la trágica predicción del oráculo—, el parricidio involuntario y el incesto. El suicidio de Yocasta y el destierro de Edipo aparecen con frecuencia aunque, como ya hemos visto, en un autor de la antigüedad e importancia de Homero, Edipo sigue gobernando Tebas<sup>11</sup>.

Sófocles, decíamos al comienzo, conserva todos los elementos esenciales del mito: la predicción del oráculo, la muerte de Layo a manos de su hijo, el matrimonio de Edipo con su madre Yocasta.

Pero todos estos hechos han ocurrido ya, muchos años atrás, cuando comienza la obra. Es decir que, como espectadores o lectores, ninguna esperanza podemos tener de que los terribles sucesos que jalonan el mito, puedan no ocurrir o sucedan de otra forma. Todo el inmenso interés de la tragedia se circunscribe al modo en que se hace patente la verdad. En otras palabras, el involuntario cometido del rey Edipo a lo largo de la obra, consiste en llevar a su terrible plenitud el “conócete a ti mismo”, que se encontraba en el pronaos del templo de Apolo en Delfos<sup>12</sup>.

## 1.2. La tragedia

### 1.2.1. La revelación de la verdad.

“Los fructíferos gérmenes se secan en los campos; muérense los rebaños que pacen en los prados, y los niños en los pechos de sus madres. Ha invadido la ciudad el dios que la enciende con la fiebre: la destructora peste que

---

<sup>11</sup> Además del texto de la Odisea, en la *Iliada* se hace referencia al “rey Macisteo el soberano Talayónida, que una vez había ido a Tebas después de la caída de Edipo para los funerales y en los juegos funerarios venció a todos los cadmeos”, Canto XXIII, v. 678 y ss. Edición Gredos, 1991, p. 576.

<sup>12</sup> Pausanias, viajero y escritor del siglo II, relata que “en el pronaos (atrio o pórtico por el que se accedía al santuario) del templo de Delfos se muestran frases hermosas, que son muy útiles para la vida. Fueron escritas por la mano de los que comúnmente se llama los siete sabios de Grecia... Estos grandes personajes consagraron a Apolo en Delfos, los preceptos que hablo, que desde entonces han estado en los labios de todos, como, por ejemplo, el: Conócete a ti mismo; y el Nada demasiado, y otros”. Pausanias: “Descripción de Grecia”. Ed. Gredos, Madrid, n° 196-198, 1994.

deja deshabitada la mansión de Cadmo llena el infierno con nuestras lágrimas y gemidos”<sup>13</sup>.

Tebas sucumbe destrozada por la peste. El pueblo entero se encuentra en actitud suplicante ante los templos. Un escogido grupo de ancianos y jóvenes implora la intervención del amado y admirado rey Edipo<sup>14</sup>, éste se ha adelantado a lo ruegos y ha enviado a su cuñado Creonte a consultar al oráculo de Delfos, “a fin de que se enterara de lo que tengo que hacer o decir para proteger esta ciudad”<sup>15</sup>.

Ha pasado un tiempo más que razonable para el retorno de Creonte del viaje. El rey expresa su preocupación pero, en ese instante, regresa Creonte con la cabeza coronada de ramas de laurel, señal de buenas noticias.

Luego de unas palabras confusas, Creonte anuncia lo que escuchó de parte del dios. “El soberano Febo —dice— nos ordenó, claramente, arrojar de la región una mancilla que existe en esta tierra y no mantenerla para que llegue a ser irremediable”<sup>16</sup>.

La palabra “mancilla” traduce el griego “miasma” (μίασμα)<sup>17</sup> que, si bien significa “mancha” y, por tanto, mancilla, hace también mención a “impureza”<sup>18</sup> (y de este modo es traducida en el v.313), y tiene su origen en la antigua creencia en la existencia de efluvios malignos que desprendían los cuerpos enfermos o las materias corruptas. Es decir, que aquel que está mancillando Tebas y cuya permanencia en la polis tornaría la peste en algo irremediable, tiene la característica de lo impuro, corrupto, putrefacto. De otro modo —y adelantándonos a lo que vendrá— toda Tebas está corrompida por la presencia de Edipo y, en su necesaria expulsión de la polis, Tebas se está jugando su propia existencia.

<sup>13</sup> En esta frase (v. 25 y ss) he seguido la traducción de José Alemany Bolufer de Sófocles: “Eduo rey”, en *Esquilo y Sófocles: Obras completas*, El Ateneo, Bs.As., 1966. En lo sucesivo —salvo que se indique otra cosa— utilizaré la traducción de Assela Alamillo de la edición de Gredos, Madrid, 1982.

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, v. 35 y ss.

<sup>15</sup> V.72.

<sup>16</sup> V. 96 y ss.

<sup>17</sup> Alemany Bolufer —en la ya mencionada edición de El Ateneo— traduce: “que expulsemos de esta tierra al miasma que en ella se está alimentando”.

<sup>18</sup> Diccionario VOX Griego- Español. Barcelona, 1988.

Es verdad que, en lo que sigue, surge como parte del mismo oráculo que el culpable de la muerte de Layo debe ser condenado con la muerte o el destierro<sup>19</sup> y el mismo Edipo, en tanto rey, se condena a sí mismo anticipadamente; sin embargo, ya en la primera frase, este desenlace aparece como el único posible. Lo contrario hubiera supuesto la destrucción o desaparición de la polis<sup>20</sup>.

En este diálogo que termina de expresar la revelación y disposición del oráculo, revelación que será completada recién por medio de Tiresias, Foucault ha visto un modo de descubrimiento de la verdad que denomina “ley de las mitades”, es decir, que la verdad va surgiendo “por mitades que se ajustan y se acoplan”<sup>21</sup>. Así, a la primera respuesta del oráculo, le falta una mitad. Edipo la exige preguntando: “¿Con qué expiación? ¿Cuál es la naturaleza de la desgracia?. Creonte transmite, entonces, esta segunda mitad: un crimen es la causa; hay que castigar a su autor. Pero esta respuesta hace surgir un doble interrogante: ¿quién es el muerto? ¿quién el matador? La respuesta a la primera es: Layo, el rey. Y Creonte sigue desarrollando esta mitad que completa el primer interrogante. Falta la respuesta al segundo, la segunda y crucial mitad: el nombre del asesino. Es evidente que Creonte no lo sabe, Apolo no se lo ha revelado. Tendrá que pasar un tiempo, marcado por las promesas y amenazas de Edipo, para que el corifeo haga notar esta carencia: “En esta búsqueda, era propio del que nos lo ha enviado, de Febo, decir quién lo ha hecho”. Lo que suscita la reflexión de Edipo: “Con razón hablas. Pero ningún hombre podría obligar a los dioses a algo que no quieran”<sup>22</sup>.

Para saber el nombre del asesino habrá que recurrir, entonces, a quien “ve lo mismo que el soberano Febo”<sup>23</sup>, a Tiresias, “al sagrado adivino, al único de los mortales en quien la verdad es innata”<sup>24</sup>. El adivino muestra saber la respuesta pero se niega obstinadamente a decirla, consciente de que la verdad surgirá inevitable<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> V. 100

<sup>20</sup> En el v. 330 Edipo a increpa a Tiresias ante su renuencia a decir la verdad que conoce: “¿Sabiéndolo no hablarás, sino que piensas traicionarnos y destruir a la ciudad?”

<sup>21</sup> FOUCAULT, Michel: “La verdad y las formas jurídicas”. Editorial Gedisa, Barcelona, 1996, p. 33.

<sup>22</sup> V. 279 y ss.

<sup>23</sup> V. 285.

<sup>24</sup> V. 299. Sobre Tiresias, ver KERENYI, K., *op.cit.*, p.VER

<sup>25</sup> V. 341.

Es recién cuando Edipo lo calumnia que Tiresias revela en dos frases la verdad: “tú eres el azote impuro de esta tierra” y, luego, ante el furioso pedido de Edipo, lo dice con toda claridad: “Afirmo que tú eres el asesino del hombre acerca del cual están investigando”<sup>26</sup>.

Esta frase que Foucault traduce o interpreta como “fuiste tú quien mató a Layo”, lo lleva a afirmar: “En consecuencia, podemos decir que, desde la segunda escena de Edipo, todo está dicho y representado”<sup>27</sup>.

Pero no es así. Es cierto que, como veremos, a partir de Tiresias, Edipo no hace otra cosa que intentar demostrar la falsedad de lo que aquel ha dicho. Sin embargo, faltaba que el divino adivino, el Θεῖος μαντις, revelara la más grave impureza, el desorden introducido en la naturaleza y en las generaciones: Edipo vive en matrimonio incestuoso con su propia madre y ha engendrado en ella cuatro hijos. Esposo de su madre, hermano de sus hijos, es esta situación terrible y repugnante —y no el parricidio— la que llevará a Edipo a arrancarse los ojos y a Yocasta al suicidio.

Es un hecho notable, aunque dramáticamente comprensible, que la revelación de la corrupción familiar no sea realizada por el mismo Apolo sino por aquel que ve, sin dejar de ser hombre, lo mismo que el dios<sup>28</sup>. Es también llamativo que Tiresias, como antes con el crimen de Layo, aparezca mostrando el miasma en su totalidad no por un deseo de justicia o de salvar a Tebas, sino como una enfurecida reacción ante la actitud de Edipo.

“Tiresias: En ese caso, ¿digo también otras cosas para que te irrites más?

Edipo: Di cuanto gustes que en vano será dicho.

Tiresias: Afirmo que tú has estado conviviendo muy vergonzosamente, sin advertirlo, con los que te son más queridos y que no te das cuenta en qué punto de desgracia estás<sup>29</sup>”.

Pero Edipo no advierte el sentido que pueda tener esta tenue revelación de la verdad. Su furia lo enceguece y ni siquiera intenta indagar por el contenido de la frase. Su cólera aumenta y con ella sobreviene una redoblada calumnia contra Tiresias.

<sup>26</sup> V. 355 y 363.

<sup>27</sup> *Op.cit.*, p. 34.

<sup>28</sup> V. 285.

<sup>29</sup> V. 364 y ss.

Entonces Tiresias, en la exaltación de su ira, con palabras duras, hirientes, pero cargadas de terribles presagios, enuncia toda la verdad:

“Y puesto que me has echado en cara que soy ciego, te digo: aunque tú tienes vista, no ves en que grado de desgracia te encuentras ni dónde habitas ni con quiénes transcurre tu vida. ¿Acaso conoces de quienes descendes? Eres, sin darte cuenta, odioso para los tuyos... ¡Qué lugar no será refugio de tus gritos!, ¡qué Citerón no los recogerá cuando te des perfecta cuenta del infausto matrimonio en el que tomaste puerto en tu propia casa después de conseguir una feliz navegación! Y no adviertes la cantidad de otros males que te igualarán a tus hijos”<sup>30</sup>.

Edipo continúa cerrado a toda tentativa de comprensión. Pero, sin embargo, a último momento, cuando Tiresias ya dispuesto a partir le dice: “yo soy tal cual te parezco, necio, pero para los padres que te engendraron era juiciosos”, algo parece sacudir la inteligencia de Edipo. Y, cambiando totalmente de tono, formula la pregunta que encierra la clave de todo: “¿A quiénes? Aguarda. ¿Qué mortal me dio el ser?”.

La respuesta de Tiresias va más allá de lo preguntado a través de un vaticinio de una profundidad casi insondable: “Este día te engendrará y te destruirá”<sup>31</sup>.

### 1.2.2. La investigación.

Es indudable que el tema de la investigación en la obra comienza, inevitablemente, con una serie de interrogantes que lógicamente se plantea, no Edipo, sino el espectador o el lector de la tragedia. En efecto, ¿por qué Yocasta o Creonte —cuando muerto Layo queda a cargo del reino— no hicieron nada para encontrar al culpable de la muerte del rey? La justificación de Creonte en cuanto a que estaban ocupados con la Esfinge<sup>32</sup> es poco creíble o, en todo caso, francamente insuficiente<sup>33</sup>. ¿Cómo se explica que el mismo Edipo, una vez hecho rey, no haya tratado de encontrar a los responsables del regicidio y que, más aún, cuando le es revelado el oráculo demuestre ser un completo ignorante de lo ocurrido con Layo? ¿Cómo se

---

<sup>30</sup> V. 413 y ss.

<sup>31</sup> V. 435 y ss.

<sup>32</sup> V. 130.

<sup>33</sup> En el v. 567 se limita a decir que las investigaciones no tuvieron resultado alguno.

explica que a lo largo de tantos años no se hubiera recurrido antes a la sabiduría y conocimiento sobrehumano de Tiresias<sup>34</sup>?

Cuando Aristóteles plantea en la Poética la necesidad de verosimilitud o racionalidad en todos los diversos aspectos de una obra dice escuetamente con relación a “Edipo rey”: “Pero no haya nada irracional en los hechos o, si lo hay, esté fuera de la tragedia, como sucede en el Edipo de Sófocles”<sup>35</sup>.

Y es que, efectivamente, como decíamos más atrás, todos los hechos que conforman el mito ya han ocurrido cuando comienza la tragedia y, por tanto, están fuera de ella. Y otro tanto puede decirse de las incoherencias o inverosimilitudes que hicieron posible que los hechos míticos sean como son.

La investigación comienza, entonces, cuando Tiresias ya se ha ido. Es decir, cuando ya ha sido dicho —con la fuerza indiscutible que encierran las palabras del divino adivino— que la impureza que corrompe a la polis y que ha dado lugar al terrible castigo de los dioses es Edipo mismo. Incluso Tiresias, en su parlamento antes de alejarse del palacio, predice todo lo que ha de ocurrir y le pide a Edipo que reflexione sobre estas últimas palabras<sup>36</sup>.

Se ha comparado la apasionante sucesión de hechos que vienen a continuación con una suerte de investigación judicial en busca de la verdad<sup>37</sup>; bien que con la particularidad de reunir en una misma persona al fiscal, juez y culpable. Incluso se ha destacado a esta obra como “el primer testimonio que tenemos de las prácticas judiciales griegas<sup>38</sup>”. Y es probable que así

<sup>34</sup> A. DÍAZ TEJERA, en *op. cit.*, plantea variados hechos inverosímiles.

<sup>35</sup> Aristóteles: “Poética”. Edición trilingüe por Valentín García Yebra. Gredos, Madrid, 1974. Par. 1454,b, 7. Pág. 181. En la nota 222 puede leerse el siguiente comentario de este pasaje de Aristóteles: “Se refiere al hecho de que allí se finge que Edipo no sabía cómo había sido muerto Layo; sin embargo, no es verosímil que, habiéndole sucedido en el trono, no haya buscado enseguida al autor de aquella muerte, además de que el modo en que se había dado muerte a tan ilustre y afortunado varón y el lugar en que esto había acontecido, difícilmente podía ignorarlo nadie. Pero el poeta fingió esta situación porque, si Edipo, estando aún reciente el hecho, hubiera puesto algún interés en averiguar lo sucedido, inmediatamente habría conocido que era él el autor de aquella muerte, y no se habría podido construir la fábula con aquel argumento. Por eso, para no perder un argumento adornado y embellecido con todas las virtudes, aceptó tranquilamente aquella mancha”.

<sup>36</sup> V.450 y ss.

<sup>37</sup> Ver CANZIO, Giovanni: “La “Dike” degli antiche e la “Giustizia” dei moderni: “Edipo re” e “Antigone”, en [archivioldpc.dirittopenaleuomo.org](http://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org).

<sup>38</sup> FOUCAULT, M: *op.cit.* p. 30.



sea. Pero lo que parece discutible es que el objeto del proceso investigativo-judicial que Edipo emprende tenga como fin conocer la verdad. Ante todo, presenciamos una extensa discusión con Creonte en la que se suceden acusaciones, preguntas y argumentaciones en torno a la gravísima acusación que Edipo ha formulado contra él como autor de una conspiración en su contra. Pero es recién cuando aparece Yocasta y los regaña<sup>39</sup> que puede decirse que comienza la investigación propiamente dicha. Ahora, desde su inicio se advierte que lo que Edipo —con el auxilio de Yocasta— pretende es demostrar que Tiresias ha mentido. Es decir, no parece interesarle tanto la búsqueda de la verdad, esto es, del culpable; como defenderse de la acusación demostrando su falsedad. Y es por este camino de negación que se le hará patente la verdad que el adivino ha revelado.

El camino aparece jalonado por continuas impiedades, de Edipo<sup>40</sup> y sobre todo de Yocasta<sup>41</sup>; y de advertencias para que abandone un interrogatorio que lo llevará a su ruina<sup>42</sup>. Por dos veces Yocasta le rogará que no investigue más<sup>43</sup>, hasta concluir, rendida, pronunciando su esperanza vana: “¡Oh desventurado! ¡Qué nunca llegues a saber quién eres!”. Y Edipo seguirá y seguirá, a pesar de todo, hasta alcanzar la luz de la verdad: “¡Ay, ay! Todo se cumple con certeza. ¡Oh luz del día, que te vea ahora por última vez! ¡Yo que he resultado nacido de los que no debía, teniendo relaciones con los que no podía y habiendo dado muerte a quienes no tenía que hacerlo!”<sup>44</sup>

Y así debía ser, así había sido profetizado. Este era el día en que todo debía saberse. “Este día te engendrará y te destruirá”<sup>45</sup>, le había dicho Tiresias. De algún modo, entonces, Edipo es hijo de este día fatídico porque en él se encontrará con la verdad de sí mismo. Con su verdadero ser. Se conocerá a sí mismo y, con ello, conocerá la profundidad de su miseria.

La conocida frase *gnothi seautón*, “conócete a ti mismo”, no era para los griegos una mera invitación al autoconocimiento personal sino una pro-

---

<sup>39</sup> V. 635: “¿No os da vergüenza ventilar cuestiones particulares estando como está sufriendo la ciudad?”

<sup>40</sup> P.e., v. 964 y ss.

<sup>41</sup> V. 710 y ss., 855 y ss, 945, 952.

<sup>42</sup> El pastor en v. 1146 y 1155.

<sup>43</sup> V. 1060 y 1064.

<sup>44</sup> V. 1184 y ss.

<sup>45</sup> V. 435 y ss.

funda advertencia de los límites inherentes a la naturaleza humana. Significaba que “el hombre ha de tener conciencia de su propia impotencia y de la omnipotencia divina y ha de someterse a los dioses”<sup>46</sup>. En palabras de Jaeger, “es el autoconocimiento trágico del hombre, que profundiza el deífico *gnothi seautón* hasta llegar a la intelección de la nadedad espectral de la fuerza humana y de la felicidad terrena”<sup>47</sup>.

Misterio del ser humano expresado por Sófocles como advertencia y reflexión en las últimas líneas de la tragedia: “¡Oh habitantes de mi patria, Tebas, mirad: he aquí a Edipo, el que solucionó los famosos enigmas y fue hombre poderosísimo; aquel a quien los ciudadanos miraban con envidia por su destino! ¡En qué cúmulo de terribles desgracias ha venido a parar! De modo que ningún mortal pueda considerar a nadie feliz con la mira puesta en el último día, hasta que llegue al término de su vida sin haber sufrido nada doloroso”<sup>48</sup>.

## **2.La injusticia y el castigo.**

### **2.1. El problema de la justicia.**

No es sencillo ponderar la cuestión de la justicia en el Edipo rey. El problema ha sido resumido, en frase de variadas posibilidades, con la idea de que Edipo rey introduce esencialmente el tema del exceso intrínseco de la exigencia de justicia<sup>49</sup>.

Creo que, en buena medida, el problema se origina en la pretensión de analizar —con parámetros que no corresponden a Sófocles, ni a la tradición de la que es heredero— el tema de la culpa de Edipo.

En efecto, si hay algo que nos llama inmediatamente la atención en la obra es la inocencia de Edipo. Tanto del regicidio (en cuanto tal) como del posterior incesto al cual el primero, de algún modo, conduce o posibilita. El mismo Tiresias matiza su revelación del incesto diciéndole que está conviviendo vergonzosamente “sin advertirlo”<sup>50</sup>. Edipo, por su lado, narra la

<sup>46</sup> NILSSON, Martin P.: “Historia de la religiosidad griega”. Gredos, Madrid, 1953, p. 63.

<sup>47</sup> JAEGER, Werner: “Paideia. Los ideales de la cultura griega”, FCE, Méjico, 1968, p.262.VER

<sup>48</sup> V. 1524 y ss.

<sup>49</sup> CARTABIA, Marta; VIOLANTE, Luciano, Giustizia e mito. Il Mulino; Bologna. 2018, p. 294.

<sup>50</sup> V. 366.

muerte de Layo casi como un acto de defensa propia<sup>51</sup>y, queda claro, que ignoraba que se tratara de un rey y, por cierto, de que el rey fuera su padre. Por fin, el coro, cuando Edipo aparece con el rostro ensangrentado luego de haberse arrancado los ojos, lo trata como a un sufriente no como a un culpable<sup>52</sup>.

Y si Edipo es inocente, todo lo que le ocurre y termina pagando tanto él como Yocasta y luego sus propios hijos, puede parecernos desproporcionado y, por tanto, de algún modo, injusto.

En palabras de Marta Cartabia, “el primer elemento que golpea en la tragedia de Edipo es que el doble, gravísimo, repugnante delito que el comete, no deriva de su maldad, inmoralidad o culpa. No hay huella de conciencia en su obrar, porque no hay conciencia del real fluir de sus acciones. Incluso ellas siembran el mal y la destrucción, no sólo a nivel privado, en su familia, sino que contamina y arrastra a la ruina a toda la ciudad de Tebas que él mismo había liberado resolviendo el enigma de la esfinge”<sup>53</sup>.

El mismo Aristóteles, en su tipología de personajes trágicos, ha visto que hay una suerte de “personaje intermedio. Y se halla en tal caso el que ni sobresale por su virtud y justicia ni cae en la desdicha por su bajeza y maldad, sino por algún yerro, siendo de los que gozaban de gran prestigio y felicidad, como Edipo...”<sup>54</sup>.

Es decir lo que caracterizaría a Edipo, entonces, es algo que nada tiene que ver con su moralidad ni, por tanto, con su culpa personal. Se trata de la *ἀμαρτία*, de un yerro que “no implica aquí maldad, sino ignorancia nociva para el que la sufre”<sup>55</sup>.

Sin embargo, en la necesidad de dar con argumentos que permitan justificar —para una idea de culpa subjetiva— la lógica de tan extraordinaria obra, se han desarrollado básicamente dos líneas argumentales.

La más antigua explicación —coherente con varias versiones del mito— es que “la maldición caída contra Layo, rey de Tebas, destruyó sucesiva-

---

<sup>51</sup> V. 800 y ss.

<sup>52</sup> V. 1298 y ss.

<sup>53</sup> CARTABIA, M., *op. cit.*, p. 295.

<sup>54</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, v.1453,a,8.

<sup>55</sup> *Idem*, nota 182

mente al mismo Layo, a su hijo Edipo y a sus nietos Etéocles y Polinices”<sup>56</sup>. Y ello porque la culpa por los pecados cometidos se transmite a través de las generaciones. “Ni Edipo ni Antígona —escribe Cofré— son directamente responsables de su amargo destino, pero lo son en sumo grado sus antepasados que cometieron crímenes abominables. El sentimiento cósmico de justicia... no se extingue con la muerte del culpable, como ocurre en nuestra reciente tradición jurídica occidental, sino que se hereda, y quien lo hereda ha de pagar por el crimen de sus antepasados para que de este modo se imponga finalmente la justicia”<sup>57</sup>.

Pero esta justificación de la culpa de Edipo, válida tanto para las antiguas creencias y concepciones de la culpa como para el mito de Edipo en particular; pierde fuerza en “Edipo rey” por el modo mismo en que Sófocles trata el tema. Yocasta, en su afán de tranquilizar a Edipo demostrándole que él no pudo ser el asesino de Layo, le dice: “Una vez llegó a Layo un oráculo —no diré que del propio Febo sino de sus servidores— que decía que tendría el destino de morir a manos del hijo que naciera de mí y de él”<sup>58</sup>. Dicho lo cual, le cuenta el modo en que Layo se deshizo del niño que habían engendrado y la manera en que Layo murió. Como se ve, Sófocles no sólo diluye la fuerza del oráculo —no fue Layo a consultarlo sino que “llegó” a él; el oráculo no era del dios sino de sus servidores—, sino que además lo muestra sólo como una predicción del futuro, pero sin vincularlo con crímenes anteriores<sup>59</sup>.

Por otra parte, se ha buscado fundar la culpa de Edipo como una suerte de culpa genérica, es decir, no directamente vinculada con el parricidio y el incesto. Así, se podría hablar de la impiedad hacia los dioses que el rey muestra tanto en sus actos como en sus palabras, o de su *hybris*, desmesura por la cual transgrede los límites impuestos por los dioses<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> LLOYD-JONES, Hugh: “Los griegos”. Gredos, Madrid, 1966, p.121.

<sup>57</sup> COFRÉ, J.O.: “Justicia dramática: una comparación entre estructuras literarias y jurídicas”. *Estudios Filológicos*, N° 39, septiembre 2004, p.

<sup>58</sup> V. 713 y ss.

<sup>59</sup> Marta CARTABIA, en *op. cit.*: “Pero en la tragedia de Sófocles no hay huellas de esta cadena de males y culpas”, p.295. LLOYD-JONES, H, *op.cit.*, p. 124 hace también referencia al tema del incesto: “La tragedia Edipo rey nunca nos dice por qué razón estaba predestinado Edipo a matar a su padre y a casarse con su madre”. Ver DÍAZ TEJERA VER, *op.cit.*, p., quien por otra parte, refiriéndose al tema de la responsabilidad, dice: “Edipo es responsable de la acción dramática, pero no de sus crímenes, de haber matado a su padre y de haberse casado con su madre. Sólo su existencia es culpable”, p. VER.

<sup>60</sup> GARCÍA ALVAREZ, César: “La idea de justicia en Edipo, rey. Un cruce de culturas en la elaboración de una tragedia”. *Byzantion Nea Hellás* 25, LUGAR 2006, p. 35 – 53.

Por fin, en algún caso, el modo que se ha encontrado para comprender la culpa de Edipo en la tragedia ha sido modificar el sentido de la palabra, como puede verse en este pasaje: “La culpa entonces es un tipo de desgracia, la conjunción de factores involuntarios que se vuelven contra el agente; se padece pues la misma culpa como si se fuese también un paciente de ella, una víctima y no solo un victimario”<sup>61</sup>.

Creo que hay que abandonar todo intento de encontrar una culpa personal de Edipo, en el sentido de un acto —o una sucesión de actos— deliberado. Ciertamente, está fuera de toda posible discusión, su propio desconocimiento de que aquel anciano al que había matado en el triple cruce de caminos fuera su padre y que su padre fuera el rey de Tebas. Y más aún, si se quiere, que Edipo tuviera la mínima conciencia de que se había casado con su madre. Sófocles, de algún modo, ha enriquecido la cuestión al desligar el oráculo (tanto el relatado por Yocasta como el que había recibido el mismo Edipo), de cualquier culpa de sus antepasados. Es cierto que la tragedia está vinculada con el mito y que éste, en el imaginario presumible de sus espectadores, incluía conocidas versiones de culpa heredada. Pero no podemos obviar la independencia de la obra como tal ni, menos aún, la intencionalidad de Sófocles de obviar toda mención de culpas pasadas, en lo que parece ser su designio de dejar a Edipo absolutamente desamparado, portador de un destino insuperablemente trágico.

Explica Jaeger que “el antiguo concepto de la culpa era completamente objetivo. Podía caer sobre un hombre una maldición o una mancha sin que interviniera para nada su conocimiento ni su voluntad. El demonio de la maldición caía sobre él por la voluntad de Dios. Ello no le libraba de las desdichadas consecuencias de su acción. Esquilo y Sófocles se hallan todavía impregnados de esta antigua idea religiosa... Sus personajes son “culpables” en el sentido de la maldición que pesa sobre ellos, pero son “inocentes” para nuestra concepción subjetiva”<sup>62</sup>.

¿Es esto injusto? La noción de justicia tiene, y se podría decir que ha tenido siempre, un aspecto objetivo y otro subjetivo. Entre los griegos díke

---

<sup>61</sup> LENIS CASTAÑO, John Fredy: “La soledad del héroe trágico. Moral religiosa y decisión ética en Sófocles”. *Lingüística y literatura*. LUGAR No. 65, 2014, p. VER

<sup>62</sup> JAEGER, W., *op. cit.*, p.92. A continuación agrega: “Su tragedia no era para ellos la tragedia del dolor inocente. Esto es cosa de Eurípides y procede de una época cuyo punto de vista es el del sujeto humano”.

(δίκη), lo que traducimos por justicia, tenía un significado predominantemente objetivo, como luego veremos. Rodríguez Adrados, refiriéndose a Edipo rey, dice que “en casos como éstos hay una retribución, calificada de δίκη, pero que no podemos identificar con nuestro concepto de justicia, que está definitivamente interiorizado”<sup>63</sup>. Puede que tenga un interés teórico plantearnos el tema de la culpa subjetiva, personal, para que haya una justa retribución. Pero, en este caso, ¿es así? ¿puede decirse que el tema de justicia que se plantea en Edipo rey sea el de la retribución? En todo caso, ¿realmente puede afirmarse que a Edipo se lo está castigando principalmente a modo de retribución por sus faltas?

Edipo era el rey de Tebas. En razón de haber desposado a Yocasta —según la fábula—, y por derecho propio como legítimo sucesor de su padre Layo. Y como rey era un ser sagrado<sup>64</sup>. Un hombre que estaba por encima del común de los mortales. Labastida argumenta que “en la Edad Antigua, eran los soberanos, en los que se confiaba para mantener el orden de la ciudad, los que eran responsables del orden cósmico al mismo tiempo que del social, los dueños de la fertilidad de campos, rebaños y mujeres, eran también culpables de los fracasos y las manchas. Sobre ellos (o sobre algún sustituto simbólico) recaían las impurezas de la sociedad. Edipo es, de modo simbólico, quien toma sobre sí el de la ciudad, es el animal μiasμα que debe ser conducido al sacrificio”<sup>65</sup>.

Creo que Edipo es mucho más que eso, no es sólo el rey que toma simbólicamente sobre sí las manchas o impurezas de la polis y es conducido al sacrificio; Edipo es realmente el miasma, él, él personalmente es un ser impuro cuya existencia misma está corrompiendo Tebas, y acarreándole un castigo que puede significar su destrucción. Es Edipo quien mató a Layo, se casó con Yocasta y engendró de su propia madre cuatro hijos. Edipo es la causa real de la muerte del rey, y de la unión y generación incestuosas. Edipo es la objetiva injusticia, la alteración del orden más profundo de la sociedad de los hombres. Por ello, como predice Tiresias, Edipo ha de ser aniquilado<sup>66</sup>. Literalmente, reducido a la nada.

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco, “Sófocles y el panorama ideológico de su época”. En Cuadernos de la Fundación Pastor, Año 1966, n°13, p. 84.

<sup>64</sup> FUSTEL DE COULANGES, N.D.: “La ciudad antigua”. Ed. Iberia. Barcelona, 1971, p. 218.

<sup>65</sup> LABASTIDA, Jaime: “Justicia, literatura y derecho”. Revista de la Universidad de México. VER.

<sup>66</sup> V. 427.

Se trata de hechos objetivos, de crímenes que manifiestan una injusticia objetiva. Tanto en Yocasta como en Edipo parece primar un horror avergonzado por lo que han hecho y es este horror el que los lleva al suicidio y a la voluntaria ceguera. No parece haber en ello una retribución, por lo demás, imposible de alcanzar. Edipo marcha al destierro. Es voluntaria<sup>67</sup> y justamente arrojado de la polis. Debe desaparecer de la vida de su patria para que esta recupere su vida y su justicia.

## 2.2. La justicia.

¿Cómo caracterizar está idea de la justicia (y de la injusticia), y de sus consecuencias sociales en Edipo rey? Demás está decir que Sófocles no ha pretendido dar explicación teórica alguna sobre su concepción de la justicia —o, quizás, con mayor precisión habría que decir de la concepción de la justicia de la cual es heredero— sino que ésta aparece expresada de un modo excepcional en la obra a través de la más alta poesía. En la plasticidad de los diálogos, en las cambiantes reflexiones del coro, en la trágica profundidad de los personajes, en el espanto de la peste, en la conocida y a la vez singular trama, es decir, en cada aspecto de Edipo rey se manifiesta una idea de la verdad de la justicia que hunde sus raíces en lo más profundo de la cultura griega.

### 2.2.1. Cosmos y Díke.

El punto de partida de esta idea fue el descubrimiento de que la totalidad de lo existente —y con ello el hombre y la sociedad— es un cosmos y no un caos. Esto es, que el universo es un todo ordenado y armónico y que, precisamente por ser un orden, tiene un principio y normas que lo regulan<sup>68</sup>. Y, habrá que insistir, este orden prestablecido al cual pertenecerán ideas y valores como los de límite, ritmo, medida<sup>69</sup>; no es sólo propio de la naturaleza sino también —y quizás sobre todo— del mundo de los hombres.

---

<sup>67</sup> Es Edipo quien, sobre el final, le pide a Creonte que lo envíe “desterrado del país”. V. 1517.

<sup>68</sup> Véase JAEGER, Werner: “Paideia: los ideales de la cultura griega”. Fondo de Cultura Económica, México, 1968, en particular cap. IX “El pensamiento filosófico y el descubrimiento del cosmos”.

<sup>69</sup> La idea de medida (presente también en la ley) es una clave para la comprensión de toda la cultura griega. JAEGER, en *op. cit.*, p.255/6, ha destacado el privilegiado lugar que ha alcanzado esta idea en la obra de Sófocles: “el desarrollo de la idea griega de la medida considerada como el más alto valor llega a su culminación en Sófocles. A él conduce y en él halla su clásica expresión poética como fuerza divina que gobierna el mundo y la vida”.

Díke, lo que traducimos por justicia, es una clave para la comprensión de ese orden y también su custodia y expresión más acabada. Esta íntima y misteriosa relación entre cosmos y díke, orden y justicia, permite comprender porque la injusticia aparecerá siempre como la ruptura o quiebre de un orden dado, anterior a las leyes de los hombres. Y también, la necesidad óptica de que este orden sea restaurado por vía de la justicia, bajo pena de sucumbir en la destrucción y el caos.

Estas ideas, intuitivas y desarrolladas de múltiples formas por filósofos y poetas a través de los siglos, habían encontrado una primera y acabada expresión poética en Hesíodo (s. VIII A.C.). En su Teogonía se relata que de la unión de Zeus, padre de los dioses y Themis, diosa del buen consejo, nacieron Díke (la Justicia), Eunomía (literalmente “buena ley” o ley recta), y Eirene (que se traduce como paz)<sup>70</sup>. Es decir, la justicia y la ley que la expresa, como la paz que es su deseado fin, son diosas. En “Los trabajos y los días”, Hesíodo explica largamente el modo en el cual esta realidad divina se manifiesta en el mundo de los hombres. Podríamos sintetizarlo del siguiente modo: a) la justicia humana es un don o regalo que los hombres han recibido de Zeus y que los distingue de los animales<sup>71</sup>; no es, por tanto, creación humana sino algo divino que los hombres deben explicitar en sus leyes<sup>72</sup> y respetar; b) cuando los hombres se ajustan a este orden de justicia<sup>73</sup> y, por tanto, son justos, reciben magníficos bienes (“Jamás el hambre ni la ruina acompañan a los hombres de recto proceder, sino que alternan con fiestas el cuidado del campo. La tierra les produce abundante sustento y, en las montañas, la encina está cargada de bellotas en sus ramas altas y de abejas en las de en medio. Las ovejas de tupido vellón se doblan bajo el peso de la lana. Las mujeres dan a luz niños semejantes a sus padres y disfrutan sin cesar de bienes”<sup>74</sup>); c) cuando lo violan y, en consecuencia, ultrajan a Díke<sup>75</sup>, —y aquí el poeta nos recuerda que, a veces, por la injusticia de uno pagan todos<sup>76</sup>— Zeus les envía toda clase de calamidades naturales

<sup>70</sup> Teogonía, 902.

<sup>71</sup> Los trabajos y los días, v.279.

<sup>72</sup> Antígona, Heráclito, etc.

<sup>73</sup> Díke tiene dos hermanas: Eunomía, orden recto, bueno, y ley como expresión de este orden; y Eirene, Paz (Teogonía, v. 901 y ss)

<sup>74</sup> V. 230 y ss. La cita está tomada de Hesíodo: “Obras y fragmentos”. Ed. Gredos. Madrid, 1978, p. 137.

<sup>75</sup> Los trabajos y los días, v. 256 y ss.

<sup>76</sup> V. 240.



(“una terrible calamidad, el hambre y la peste juntas, y sus gentes se van consumiendo. Las mujeres no dan a luz y las familias menguan...”<sup>77</sup>).

Esta concepción del mundo y de la vida social, política, moral y jurídica se mantendrá —de las más variadas formas— a través de los siglos. Poetas y filósofos expresarán una y otra vez la misma convicción: la de un orden que se manifiesta en todas las cosas y que no es obra del hombre sino de la divinidad. Y que los hombres, por tanto, tendrán como cometido propio descubrir las leyes o la ley suprema que lo informa, y expresarlas en su legislación y en su conducta. La justicia —desde el punto de vista de la conducta humana— consistirá en la propia adecuación a ese orden expresado por las leyes.

Encontramos esta concepción en Solón<sup>78</sup>, y también en el poema “Sobre la naturaleza” de Parménides<sup>79</sup>. En el enigmático fragmento de Anaximandro<sup>80</sup>, y en luminosas frases de Heráclito<sup>81</sup>. Y alcanzará quizás su máxima expresión en la formulación platónica de la justicia como “hacer cada uno lo suyo” y en la magnífica expresión del diálogo postplatónico Minos: “La ley es un descubrimiento de la realidad”<sup>82</sup>.

Hay en Edipo rey un explícito reconocimiento de la existencia de ese orden superior, proveniente de los dioses. De un orden inmutable al cual los hombres deben ajustarse para actuar con justicia y cuya violación en-

<sup>77</sup> V. 242 y ss. Ed. Gredos, *cit.*, p.137.

<sup>78</sup> “Pero lo más difícil es llegar a la percepción inteligente de la invisible medida, al hecho de que todas las cosas llevan consigo límites” (Frag. 16).

<sup>79</sup> El gran filósofo y poeta es guiado por Díke en su búsqueda de la verdad, para decirnos luego que es la misma Dike quien custodia la inmutabilidad del principio de identidad (lo que es es y lo que no es no es).

<sup>80</sup> “De ellos les viene el nacimiento a las cosas existentes y en ellos se convierten, al perecer, según la necesidad; pues se pagan mutuamente pena y retribución por su injusticia según la disposición del tiempo”. En KIRK, G.S., RAVEN J.E. y SCHOFIELD, M.: “Los filósofos presocráticos”. Gredos, 1987, Parte I, p.121.

<sup>81</sup> “El sol no sobrepasará sus medidas; si lo hiciera, las Erinias, ejecutoras de la Justicia, lo reducirían a ellas”(fr. 84). Idem, p. 235; “Es necesario que los que hablan con juicio se apoyen en lo que es común a todos, como una ciudad debe apoyarse en la ley e incluso con mayor firmeza. Todas las leyes humanas están nutridas por una sola, la divina; pues tiene tanto poder cuanto quiere y basta para todo e incluso sobra”(fr.114). En idem, p. 235 y 248.

<sup>82</sup> MINOS. En Platón: “Obras completas”, edición de Patricio de Azcárate, tomo 11, Madrid 1872, p. 175. Estudios posteriores atribuyen el Minos a algún discípulo de Platón, ver JAEGER, Werner: “Alabanza de la ley”, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1982, p.44.

traña terribles castigos. Exclama el coro en medio de la investigación de Edipo: “¡Ojalá el destino me asistiera para cuidar de la venerable pureza de todas las palabras y acciones cuyas leyes son sublimes, nacidas en el celeste firmamento, de las que Olimpo es el único padre y ninguna naturaleza mortal de los hombres engendró ni nunca el olvido las hará reposar! Poderosa es la divinidad que en ellas hay y no envejece”<sup>83</sup>. Por otra parte, la decidida aceptación de la verdad del oráculo de Apolo —ambigua en el caso de Edipo— y el cumplimiento íntegro de lo profetizado — que Creonte no deja de enrostrarle a un Edipo ya ciego y sufriente: “y tú ahora sí que puedes creer en la divinidad”<sup>84</sup>—; demuestra que lo acontecido no es fruto del azar sino de la existencia de una ley superior <sup>85</sup>. Escribe Rodríguez Adrados: “Hay una serie de leyes divinas que actúan siempre, a la corta o a la larga, infaliblemente; es decir, un orden. De ahí la posibilidad de la profecía, que es la negación de un mundo imprevisible y caótico y que tan gran papel desempeña en el teatro de Sófocles”<sup>86</sup>.

Pero si hay un punto en el cual se revela la afirmación de la existencia de un orden divino, superior y anterior a cualquier disposición o actuación humanas, cuya violación constituye una injusticia objetiva e indiscutible, es a través, precisamente, del desorden que los pecados de Edipo han introducido en la polis y de sus consecuencias. Edipo, plenamente consciente por primera vez de la verdad, reconoce que hizo todo lo que no debía: “¡Yo que he resultado nacido de los que no debía, teniendo relaciones con los que no podía y habiendo dado muerte a quienes no tenía que hacerlo!”<sup>87</sup>. He ahí reconocido con un lenguaje sin matices el origen de su destino, sus relaciones incestuosas, y su doble impiedad: haber matado a su padre, haber matado a su rey.

Debemos detenernos ahora en la primera y decisiva manifestación que aparece en la tragedia de la injusticia como ruptura del orden.

<sup>83</sup> V. 864 y ss.

<sup>84</sup> V.1445.

<sup>85</sup> KITTO, H.D.F.: “Los griegos”. EUDEBA, 1962, p. 243: “La tragedia griega está forjada sobre la fe en que la Ley reina en los asuntos humanos y no el azar. En el Edipo rey de Sófocles...se profetiza antes del nacimiento de Edipo que él matará a su padre y se desposará con su madre. Ejecuta estas dos cosas ignorándolo por completo... Lo que Sófocles quiere decir es que en la más compleja y aparentemente fortuita combinación de acontecimientos existe un designio, aunque no podamos llegar a comprenderlo. Como los dioses pueden ver el designio total, Apolo pudo vaticinar lo que haría Edipo.

<sup>86</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, *op.cit.*, p. 84.

<sup>87</sup> V. 1184 y ss.

### 2.3. La peste.

La peste aparece en la tragedia como un castigo. Castigo que, sin embargo, puede quedar en mera y terrible advertencia. Las primeras palabras de Creonte al regresar de Delfos son: “Afirmo que incluso las aflicciones, si llegan a feliz término, todas pueden resultar bien”<sup>88</sup>. Alemany Bolufer traduce: “nuestros males, si por una contingencia feliz encontrásemos remedio, se convertirían en bienandanza”<sup>89</sup>. ¿Cómo puede ser esto posible? ¿Qué es este bien, esta bienandanza, esta dicha, en suma, que aparece como la interpretación que Creonte ha dado a la respuesta del oráculo? Para Edipo las palabras resultan tan confusas como para nosotros. Por ello, insta a Creonte a continuar hablando, a dar la respuesta del oráculo. Será entonces que Creonte dirá las palabras que escuchó “de parte del dios”. Como sabemos, estas son: “El soberano Febo nos ordenó, claramente, arrojar de la región una mancilla que existe en esta tierra y no mantenerla para que llegue a ser irremediable”.

Atenas había sufrido una terrible peste en el 430 A.C. que se repitió al año siguiente, en la que murió Pericles y Atenas fue diezmada. Aunque no existe precisión sobre la fecha de composición de “Edipo rey”, se conjetura que fue en el 429 A.C.<sup>90</sup> o, en todo caso, luego de la peste. Ya sea que Sófocles haya aprovechado teatralmente esta desgracia o haya sido una no querida pero inevitable coincidencia, lo cierto es que podemos imaginar el impacto dramático que los encendidos versos con los que se describe la peste al comienzo de la obra y el subsiguiente oráculo, habrán producido entre quienes asistieron a su representación. Dolorosos recuerdos y recientes vivencias seguramente pero, quizás más todavía, la conciencia de haber sufrido y quizás deber sufrir aún, el castigo de los dioses.

El Edipo rey de Sófocles se nos aparece entonces como la más extraordinaria expresión literaria de la tradición vinculada con la justicia y las consecuencias de su violación.

La descripción que hacía Hesíodo de los males que sobrevienen por causa de la injusticia nos vuelve inmediatamente a Sófocles: dice Hesíodo que Zeus hace caer “una terrible calamidad, el hambre y la peste juntas, y

---

<sup>88</sup> V. 88.

<sup>89</sup> En la edición de El Ateneo, Bs. As., 1966, ya citada.

<sup>90</sup> Sófocles escribe el Edipo a comienzos de la guerra del Peloponeso, posiblemente tras la experiencia de la peste del 429, en la que muere Pericles.

sus gentes se van consumiendo. Las mujeres no dan a luz y las familias menguan...”<sup>91</sup>. La descripción de Sófocles es: “Los fructíferos gérmenes se secan en los campos; muérense los rebaños que pacen en los prados, y los niños en los pechos de sus madres. Ha invadido la ciudad el dios que la enciende con la fiebre: la destructora peste que deja deshabitada la mansión de Cadmo llena el infierno con nuestras lágrimas y gemidos”<sup>92</sup>.

Es a la luz de esta misma tradición que deben entenderse las palabras iniciales de Creonte en cuanto a que si se cumplía el mandato de Apolo, las desgracias podían transformarse en dicha. Hemos citado ya la descripción paradisiaca que hace Hesíodo de la polis justa. Es decir, si los tebanos cumplen lo estipulado por el oráculo, reinará en la polis una renovada justicia con todas sus benéficas consecuencias. La peste, de este modo, podía transformarse de un castigo que los llevaba a una segura destrucción, en una dura advertencia para que, por si mismos, arrojaran el miasma de la polis.

#### **2.4. La dimensión de la injusticia.**

Para echar luz sobre la cuestión de la justicia que se plantea en Edipo rey, es imprescindible valorar en toda su dimensión la injusticia de la cual Edipo es responsable y, de algún modo, encarna.

Edipo ha matado al rey de Tebas. Se ha casado con la viuda del rey, que era su madre, y en ella ha engendrado cuatro hijos. Edipo ignoraba que se trataba del rey (además de su padre), pero el hecho es que lo mató. Edipo ignoraba que se trataba de su madre, pero el hecho es que con ella se casó y procreó. Ya hemos hablado del carácter objetivo de la injusticia en torno a la cual gira toda la tragedia y es hora de profundizar en su gravedad. Pero antes de ello, no debemos dejar de lado la puntualización de otra gravísima injusticia, esta sí deliberada aunque, si se quiere, imprescindible desde el punto de vista teatral. Me refiero a la impunidad.

La impunidad del asesino de Layo, el que no se hayan hecho las indagaciones necesarias para encontrarlo y juzgarlo, es una injusticia de una enorme gravedad. En rigor, es esta injusticia antes que el crimen en sí mismo, lo que causa la peste. Porque es la falta de justicia en cuestión tan

<sup>91</sup> V. 242 y ss. La cita está tomada de Hesíodo: “Obras y fragmentos”. Ed. Gredos. Madrid, 1978, p. 137.

<sup>92</sup> Ver cita 12.

grave lo que aquella castiga en primer término, y es ella también la que permite que el asesino de Layo no sólo viva en Tebas sino que sea su rey. Edipo, al ponerse al frente de la investigación, reconviene a quienes lo escuchan sobre este hecho que califica de contrario a la naturaleza: “aunque la acción que llevamos a cabo no hubiera sido promovida por un dios, no sería natural que vosotros la dejarais sin expiación, sino que debías hacer averiguaciones por haber perecido un hombre excelente y, a la vez, rey”<sup>93</sup>.

Pero además, la falta de investigación de la muerte del rey fue la circunstancia que posibilitó el crimen del incesto. No es el caso de hacer una jerarquía entre los crímenes, pero es un hecho que la obra cobra toda su dimensión trágica a partir del momento en que resulta claro, menos para el infortunado Edipo, la verdad de la infame convivencia. “¡Oh desventurado! —exclama desgarradoramente Yocasta— ¡Qué nunca llegues a saber quien eres!”<sup>94</sup>

Las descripciones que hace Sófocles sobre la realidad y consecuencias del incesto, ora en términos crudos ora en lenguaje poético, lo muestran en todo su horror: “¡Oh matrimonio, matrimonio —dice con vehemencia Edipo—, me engendraste y, habiendo engendrado otra vez, hiciste brotar la misma simiente y diste a conocer a padres, hermanos, hijos, sangre de la misma familia, esposas, mujeres y madres y todos los hechos más abominables que suceden entre los hombres!”<sup>95</sup> Y poco antes, por boca del coro: “¡Ah noble Edipo, a quien le bastó el mismo espacioso puerto para arrojarse como hijo, padre y esposo!”<sup>96</sup>

Varios siglos después de representada esta obra, Séneca escribe su propia versión de la tragedia. Allí, con un lenguaje filosófico a la vez que poético, exhibe la significación profunda del incesto en términos de injusticia. Fiel a los ritos romanos, son sacrificados un buey y una novilla (de ciertas características) para que Tiresias puede ejercer sus artes adivinatorias a partir de las entrañas. La hija del gran adivino ciego, le va informando lo que encuentra. La descripción de sus hallazgos es tan sorprendente como terrible. En un momento, lo sintetiza así: “El orden de la naturaleza está turbado; nada se encuentra en el lugar que le corresponde; todo está invertido”<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> V. 255 y ss.

<sup>94</sup> V. 1069.

<sup>95</sup> 1404 y ss.

<sup>96</sup> V. 1207 y ss.

<sup>97</sup> V. 366.

Luego, cuando Edipo es ya plenamente consciente de lo que ha hecho, Séneca le hace implorar: “hunde en el abismo del Tártaro a quien ha trastornado las leyes del nacimiento y de la generación”<sup>98</sup>.

Es este trastorno de las leyes del nacimiento y de la generación, es decir, de la misma naturaleza de las cosas, lo que hace del incesto una injusticia de tamaña dimensión. El incesto turba el orden más profundo, ese orden que la ha sido dado a los hombres para que se ajusten a él. El incesto introduce el desorden en el mundo, un desorden objetivamente antinatural. “En el que nada se encuentra en el lugar que le corresponde”. Su dimensión trasciende el orden de las cosas humanas. Viola el límite que separa al hombre tanto de los dioses como de los animales<sup>99</sup>.

No son palabras de Sófocles, es cierto, pero creo que expresan muy acabadamente, con más filosofía que vuelo poético, la razón profunda por la cual, en palabras del Tiresias de Sófocles, Edipo será aniquilado.

### **3. La necesaria restauración de la justicia.**

La aniquilación de Edipo, el destruirlo hasta reducirlo a la nada es, por cierto, físicamente imposible. Pero Edipo no es solamente ese hombre que cometió un yerro y que se castigó a sí mismo sumiéndose en el dolor y la oscuridad sino que es, ante todo, el “miasma”, la impureza que corrompe a Tebas, la razón del castigo del dios. Es entonces la gravísima injusticia objetiva que Edipo encarna la que puede y debe ser efectivamente reducida a la nada.

Creo que es en este contexto donde debemos analizar la pena de destierro que Edipo voluntariamente sufre. El destierro tiene, como dudarlo, consecuencias singularmente dolorosas para Edipo. Pero creo que su efecto principal se produce en un plano que podríamos llamar espiritual antes que físico o, incluso, humano. El propósito del destierro es expulsar de Tebas

---

<sup>98</sup> V.867.

<sup>99</sup> Godoy Contreras, Iván: “La verdad como aletheia. Un asunto trágico en Edipo rey de Sófocles” *Alpha* [online]. 2016, n°42, p. 164. En la misma página agrega: “Lo terrible del incesto en Edipo rey de Sófocles radica no solo en el despliegue de la *hybris* de su protagonista, sino en la confusión y el caos que provoca social y familiarmente en los nombres y linajes: Edipo se convierte en rey a la vez que esposo de su propia madre, los hijos serán a la vez nietos y hermanos. En Edipo rey deviene el caos en las estructuras que regulan las normas de la convivencia que socava los fundamentos del orden social...”

aquello que la mancilla, hacer que desaparezca la impureza y, con ello, restaurar la justicia y, quizás, recibir los bienes que de ella se siguen.

Este singular carácter del castigo nos trae a la memoria una reflexión de Francesco Carnelutti: “aún cuando pudiese ser seguramente excluido que el delito pueda repetirse por obra de quien lo ha cometido o de otros, la pena, sin embargo, debería ser infligida porque su finalidad primera no es la de impedir que otros delitos se lleven a cabo, sino la de obtener que el delito cometido se cancele”<sup>100</sup>.

Cancelar el delito, cancelar la injusticia que todo delito encierra, —hacerla desaparecer, de algún modo— es algo que, como decíamos, sólo puede lograrse en el ámbito del espíritu. Porque la restauración de la justicia en la polis es, ante todo, un voluntario sometimiento a la voluntad del dios.

Habrà que recordar que Díke es una diosa o, en todo caso, algo divino, algo que proviene de los dioses. Una manifestación del orden divino del universo<sup>101</sup>. La justicia, entonces, trasciende lo meramente humano, y cuando aparece en el mundo de los hombres es un don que los hombres han recibido. No es entonces una creación de legisladores, políticos o moralistas, sino un bien que se debe descubrir en la realidad misma y encarnar en la comunidad a través de leyes y juicios y decisiones.

Pero la justicia, así como ordena a los hombres hacia el bien de la sociedad que es, a la vez, su propio bien; debe también imponer límites estrictos: a las leyes y al obrar humano en sociedad. Es ella misma una medida a la cual deben ajustarse los hombres.

Y la injusticia, violación de los límites, ruptura de la medida, introduce en la sociedad un mal que debe hallar remedio. Un mal que también trasciende el mundo de los hombres y que, de algún modo, afecta un orden superior, un cosmos del que participa la totalidad de lo existente<sup>102</sup>. Edipo rey nos mueve a reflexionar que la injusticia no se repara por sí misma ni des-

<sup>100</sup> CARNELUTTI, Francesco: “El problema de la pena”. EJEA, Bs.As., 1956, p. 25.

<sup>101</sup> JAEGER, Werner: “Alabanza de la ley”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1982, p.22

<sup>102</sup> En otro contexto cultural y, sobre todo, religioso, Santo Tomás de Aquino dirá que “la pena recompensa el defecto en el estado del universo...por el orden de justicia que aparece en la pena”. Se trata de la idea central de que la creación es una y, por tanto, que todo pecado, además de sus efectos inmediatos, afecta de algún modo a todo el universo.

aparece por el mero transcurso del tiempo. Al contrario, el enquistamiento de la injusticia en la sociedad es un mal del cual siempre se siguen otros males<sup>103</sup>. De modo tal que de este mal de la injusticia impune o no remediada puede seguirse la destrucción la comunidad.

La restauración de la justicia que nos plantea la tragedia se presenta así como una necesidad, impuesta por la misma naturaleza de las cosas. En el imperio de la justicia, o en su restauración cuando ha sido violada, está en juego no sólo el destino de los hombres sino también el orden profundo del cosmos. En términos cristianos se trata de la idea central de que la creación es una y, por tanto, que todo pecado, además de sus efectos inmediatos, afecta de algún modo a todo el universo.

Edipo, ese ser humillado, ciego, atravesado por el dolor, ese hombre que es la misma corrupción, la impureza que mancilla a Tebas marchará al destierro y, con ello, Tebas recuperará el orden de la justicia.

El corifeo hará su conocida reflexión final y Edipo rey habrá llegado a su fin. No hay en la tragedia redención posible para Edipo.

Pero Edipo, en tanto magistral criatura literaria de Sófocles, no había alcanzado en rigor a vivir su último día. En Edipo en Colono, poco antes de su muerte, será el propio Sófocles quien, en su misericordia o sabiduría, le hará vivir un día final, definitivo y glorioso. Edipo es purificado por el sufrimiento y encuentra, en el reconocimiento de su nada, la grandeza de su humanidad: “¿Cuándo nada soy es cuando soy hombre?”<sup>104</sup>. Su muerte está rodeada de misterio. Llamado por los dioses, el destino de Edipo es infame: “Mas cuando al poco tiempo de ir apartándonos volvimos la cabeza, advertimos que el hombre aquel en ninguna parte se hallaba; y que nuestro mismo rey (Teseo), con la mano delante de la cara, se tapaba los ojos como señal de algún terrible espectáculo cuya visión no hubiese podido resistir. Sin embargo, después de unos momentos, no muchos, le vimos que estaba adorando a la tierra y también al Olimpo de los dioses en una misma ple-garia. De qué manera haya muerto aquel, ninguno de los mortales puede

---

<sup>103</sup> Pestes y calamidades naturales en la tradición que comienza con Hesíodo –y de la cual es heredero Edipo rey–; males sociales en otra vertiente que comienza con Solón. Jaeger, W.: *Paideia* cit., p. 141.

<sup>104</sup> Sófocles: “Edipo en Colono”, v. 393. En *Esquilo y Sófocles: Obras completas*, El Ateneo, Bs.As., 1966.



---

decirlo, excepto el rey Teseo; pues...o se lo llevó algún enviado de los dioses, o la escalera que conduce a los infiernos se le abrió benévolamente desde la tierra para que pasara sin dolor. Ese hombre, pues, ni debe ser llorado ni ha muerto sufriendo los dolores de la enfermedad, sino que ha de ser admirado, si hay entre los mortales alguien digno de admiración”<sup>105</sup> .

---

<sup>105</sup> Idem, v 1646 y ss.



# DEL VOLUNTARISMO JURÍDICO A LA RAZÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO

POR RODOLFO VIGO<sup>1</sup>

## 1. Propósito:

En la presente nota nos proponemos analizar sucinta y centralmente las conexiones entre la razón y la voluntad con el derecho. Sabemos que aquellas son facultades humanas, pero que han sido definidas de manera muy distintas por parte de diferentes e importantes autores, y, a su vez, esas precisiones terminan de proyectarse al campo jurídico de diversas maneras. Al margen de esas discusiones, partiremos de asociar elementalmente a la razón con la capacidad de conocer (“teóricamente”: diciendo como son las cosas y estructurando razonamientos; o “prácticamente”: discerniendo y dirigiendo la conducta humana) y a la voluntad con la capacidad de querer y concretar las operaciones humanas. En términos rigurosamente kantianos, la razón teórica tiene por objeto discernir qué es lo que podemos conocer, mientras que la razón práctica nos indicara cómo debemos actuar.

Nuestro interés central es la razón práctica, que podríamos también llamar axiológica, moral o ética en tanto juzga desde el bien o los valores a las conductas y, por extensión, al resultado de las mismas, como normas,

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 26 de noviembre de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

instituciones, hábitos, etc. Esa precisión es importante, dado que hay otras modalidades de la racionalidad guiando a la praxis humana, pero no ya en orden al bien sino en orden a la belleza (razón práctica estética o artística) o en orden a obtener un cierto resultado transformando cosas no humanas (razón práctica pragmática, técnica o utilitaria).

## 2. De Tomás de Aquino a Francisco Suárez

La teoría jurídica propuesta por el Aquinate claramente proclama la íntima conexión entre el derecho y la razón, ello se verifica al definir la ley como “ordenación de la razón” (“ordinatio rationis”<sup>2</sup>) y al designar al saber prudencial jurídico como la matriz del derecho concreto. Tal descripción no implica negar la voluntad, dado que siendo su objeto el querer, dicha facultad apetitiva se hace presente para instar al conocimiento, como para luego operar o llevar a cabo el acto elegido por el saber práctico prudencial circunstanciado. Veámoslo en un ejemplo elemental: el juez necesita saber cual es la sentencia justa que debe dictar en ese proceso, y esa pregunta la remite al saber prudencial, sin embargo, la voluntad importa en tanto está presupuesto el querer del juez por ser justo, pero además, una vez que la razón escoge la resolución a dictar, es necesario que el juez proceda a instancia de su voluntad a redactar y firmar la sentencia y que ella finalmente sea operativa o eficaz. Desde esa teoría inspirada en Aristóteles y continuada por Tomás de Aquino, la verdad práctica no está en algo exterior al sujeto, dado que ella refiere a la orientación de la conducta que va a realizarse, y por eso consiste en cierta adecuación entre la razón que juzga sobre los medios y la voluntad que quiere el fin o el bien que plenifica al ser humano y cuya posesión genera la felicidad correspondiente y proporcional. La practicidad del saber es algo variable en intensidad, y así ella aparece debilitada o en su mínima expresión en el plano de los primeros principios que coinciden con los fines más universales del obrar humano en cuanto orientado a procurar el bien y la consiguiente felicidad; y también alcanzará su máxima practicidad en el plano de las conductas concretas y contingentes, donde, consiguientemente, se encontrará más disminuida tanto la necesidad como la certeza del mismo. La prudencia opera como una especie de puente-saber entre aquellas verdades más generales y universales (por ejemplo las proporcionadas por la ciencia moral), y las conductas contin-

<sup>2</sup> TOMÁS DE AQUINO “Suma Teológica”, I-II, 90, 4.

gentes e históricas que procura dirigir, pero como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y la experiencia, resulta que la prudencia se adquiere con su ejercicio y con la memoria respectiva; de ahí que Aristóteles advertía que los jóvenes pueden ser buenos matemáticos, aunque será difícil que sean plenamente prudentes dado que le falta experiencia, pues la prudencia es de aquellas cosas que se saben haciéndolas. La prudencia jurídica, o sea aquella focalizada al terreno jurídico, tiene por objeto discernir y dirigir las conductas jurídicas en tanto obligatorias, prohibidas o permitidas según el derecho vigente y válido, por eso, ella se requiere en todo aquel que define derechos y deberes propios o ajenos; sea con alcance más general (por ejemplo el legislador) o más concreto (por ejemplo el juez); sea de manera heterónoma (por ejemplo la ley) o autónoma (por ejemplo un contrato).

Francisco Suárez, y más allá de que retoma enseñanzas de la primera escolástica, también es cierto que en muchas cuestiones toma distancia de la perspectiva estrictamente tomista, y algunas de ellas son muy relevantes. En efecto, y ciñéndonos al campo jurídico, con el Doctor Eximius el derecho en su analogado principal queda identificado con el derecho subjetivo, y la ley se asimila a la “voluntad de la autoridad” (“*praeceptum commune, justum, stabile, habet promulgata*”<sup>3</sup>), en tanto lo esencial pasa a ser la fuerza coactiva derivada del imperio de la voluntad. De ese modo, y sin perjuicio de las modalizaciones planteadas, lo constitutivo de la ley se identifica con el querer del gobernante y lo que él decide y promulga. Ese voluntarismo morigerado suareciano será alimentado y potenciado por otros autores, tal es caso de Hobbes y Rousseau, y ya en éstos cualquier resabio de corrección racional queda descartada, a punto que puede decirse que la voluntad absorbe a la razón y la pone a su servicio.

En respaldo de esa desconfianza o rechazo de la razón práctica, vendrá la Reforma Protestante (Lutero, Calvino, Zwinglio) a ratificar el voluntarismo teológico insistiendo que lo bueno lo es porque así lo quiere Dios, junto a la advertencia de los riesgos que conlleva para la condena divina el confiar en la razón. Se deja de lado en ese terreno la enseñanza tomista que la fe confirma a la razón y la eleva, conforme a la cual no hay dos verdades sino una, pero a ella se puede acceder por la fe o por la razón. La matriz de la “prudencia” en donde —según la filosofía aristotélica-tomista— se ge-

<sup>3</sup> SUÁREZ, Francisco, “De legibus”, 1-12.

neraba el “saber vivir-bien”, resulta transformada radicalmente con Kant en tanto la prudencia es redefinida en términos vinculados a optar por lo conveniente al interés personal y, de ese modo, pierde la relevancia que tenía en el saber práctico concreto —moral, jurídico o político—. Aranguren en síntesis apropiada escribe: “Se dibujan tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buena voluntad (Aristóteles)”<sup>4</sup>.

### 3. El imperio de la voluntad en el Estado de Derecho Legal

Con la Revolución Francesa y el proceso de codificación que Napoleón inicia en 1804, el voluntarismo logra ser consagrado y plasmado en la misma “ley”, o sea en el “derecho”, en tanto éste no es más que lo contenido en aquella. La ley es declarada —conforme a las enseñanzas rousseauonianas del “Contrato Social”— como “infalible” e “incontrolable”, y el fundamento es que la “voluntad general” se canaliza a través del Poder Legislativo. Esa “voluntad general” será soberana y el alma del cuerpo político, mientras que la voluntad individual es el alma del cuerpo humano<sup>5</sup>. “Dura lex, sed lex” es la consigna para todos los juristas, de ahí que el profesor Mourlon enseñe a los jueces: “Un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley. Nada está sobre ella, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mejor razón ni mejor equidad que la razón y equidad de la ley”<sup>6</sup>, y Aubry prescriba para el mundo académico: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”<sup>7</sup>. En el derecho privado el contrato es válido y “ley para las partes” en la medida que se ajuste a lo querido por las mismas, y esa voluntad (soberana) expresada con la firma se torna también irrevisable.

El iuspositivismo, primero legalista (escuela exegética francesa) y luego el kelseniano, son plenamente funcionales a ese Estado de Derecho Legal. Ambas perspectivas coinciden en identificar al derecho con las normas po-

<sup>4</sup> ARANGUREN J.L. “Ética”, Revista de Occidente, Madrid, 1958, p. 327.

<sup>5</sup> ANDRÉ-VINCET “La notion moderne de droit naturel et le voluntarisme”, en Archives de Philosophie du droit, 1963.

<sup>6</sup> BONECASSE J., “La escuela de la exégesis en Derecho Civil”, Cajica, México, 1944, p.160.

<sup>7</sup> *Ibidem* p. 141.

sitivas o puestas por la voluntad de la autoridad, de manera que cualquier contenido puede ser derecho en la medida que esté mandado por el órgano competente. También esas teorías postulan que los valores o la moral nada tienen que ver con el derecho, y la teoría pura del derecho se encarga de explicitar un inequívoco escepticismo ético que se expresa al afirmar que la justicia es “un ideal irracional”<sup>8</sup>, y que el objeto de la teoría jurídica se limita a describir el derecho creado “por un acto de voluntad de autoridad humana”<sup>9</sup>. Coherentemente, llega a declarar Kelsen que “el acto de interpretación jurídica no es de conocimiento sino de voluntad”<sup>10</sup>; es que no hay ninguna posibilidad de acudir a la razón con la pretensión que ella defina la mejor o más valiosa conducta u opción. Muerta o condenada la razón práctica, valorativa o moral, e identificado los juicios que se pronuncian en ese terreno con las emociones subjetivas o irracionales, la única razón que queda (enseñó el positivismo lógico del Círculo de Viena<sup>11</sup> a fines de la década del 20) es la teórica o especulativa, que se limita a describir las cosas por medio de proposiciones demostrativas, verificables o a posteriori (propias de la física), o, la alternativa de confiar el conocimiento por medio de proposiciones verdaderas por su forma, o sea tautológicas o a priorísticas (propias de la lógica o las matemáticas). La filosofía conforme a esa matriz del empirismo lógico queda reducida a análisis lógico de los enunciados científicos.

#### 4. La rehabilitación de la razón práctica

Luego de la experiencia histórica del “mal radical” del nazismo, son muchos los que se preguntarán cómo es posible que la razón permanezca sin ninguna respuesta frente a la evidencia de algo que se capta inmediatamente como contrario al hombre y a su razón. Frente a los que postulan el “derecho” de matar o eliminar a los que pertenecen a una “raza inferior”, ¿la razón está condenada a permanecer en silencio? A partir de esa dramática y básica pregunta, son varios los que vuelven especialmente a Aristóteles y a Kant<sup>12</sup> para tratar de reivindicar un espacio a la razón práctica, como para

<sup>8</sup> KELSEN, H. “Teoría general del derecho y del Estado”, UNAM, México, 1979, p. 15.

<sup>9</sup> *Ibidem* p. 10.

<sup>10</sup> KELSEN, H. “Teoría Pura del Derecho”, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 353.

<sup>11</sup> Cfr. R. CARNAP “La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje” en *El positivismo lógico*, FCE, México, 1965, p. 66, y “Manifeste du Cercle de Vienne”, ed. Antonia Soulez, P. U. F. 1985.

<sup>12</sup> Cfr. RIEDEL, M. (ed.) “Rehabilitierung der praktischen Philosophie”, Freiburg i. B., Rombach, 1972-1974. 2 vols.

que ella se pronuncie y juzgue como buenas (o malas) o correctas (o incorrectas) a ciertas conductas, normas o instituciones.

Los interrogantes e inquietudes mencionados son potenciados cuando ya en tiempos del Estado de Derecho Constitucional, la “moral racional” se incorpora (“emigra” según expresión difundida por Habermas) al derecho bajo los rótulos de derechos humanos, principios, valores o bienes, e incluso, esa materia se reconoce como los criterios axiológicos desde los cuales debe juzgarse al derecho en orden a determinar su validez o invalidez. “La injusticia extrema no es derecho” proclama el Tribunal de Nuremberg apelando a la fórmula de Radbruch, y al hacerlo se reconoce que hay algún límite sustancial que pone la moral o la razón para la existencia del derecho, y que ese límite puede ser reconocido por cualquier razón humana, de modo que su violación o ignorancia ya no puede ser justificada. Los Tratados de Derechos Humanos reflejan en su redacción aquella confianza cognoscitiva y objetiva de la razón práctica al declarar que ellos no se “crean” sino que se “reconocen”, que resultan inalienables a cualquier voluntad (incluida la soberana de los Estados) y que tienen vigencia universal.

La filosofía jurídica hoy, al menos en autores apoyados en Kant como Alexy, Atienza, Nino, etc, o avalados por Aristóteles y Aquino como Finnis, Viola, Ollero, etc., reconocen que la razón puede respondernos algunas preguntas de índole moral o axiológica, y esas respuestas se traducen en exigencias de índole sustancial, pero también en el plano formal o procedimental.

Si vamos a Robert Alexy, repasemos algunas tesis de su teoría no positivista, discursiva y dialógica, las que confirman la reconciliación entre el derecho y la razón: a) “el diálogo racional necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad”<sup>13</sup>; b) “Los problemas de justicia son problemas morales”, y “es posible argumentar racionalmente en materia de justicia, lo que posibilita superar la emotiva-subjetiva”<sup>14</sup>; c) “el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”<sup>15</sup>; d) “la teoría del discurso conduce al Estado de-

<sup>13</sup> ALEXY, R. “La institucionalización de la razón” en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, vol. 43-2000, p. 237.

<sup>14</sup> ALEXY, R. “Recht und Moral” en Harle, Wilfried-Preul, Reiner (eds.) *Ethik und Recht*, N. G. Elwert Verlag, Margurg, 2002, p. 85.

<sup>15</sup> ALEXY, R. “Derecho y razón práctica”, Fontamara, México, 1993, p. 55.



mocrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación al contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos humanos y la democracia”<sup>16</sup>; e) participar en la forma de vida humana más elemental y universal supone recurrir a “aserciones”, o sea “actos de habla con los cuales se plantea una pretensión a la verdad o a la corrección”<sup>17</sup>; f) la doble naturaleza del derecho implica, por un lado, su aspecto real o institucional, o sea lo legal y lo eficaz, y, por el otro, su “dimensión ideal o discursiva”; y g) sin metafísica no pueden sostenerse los derechos humanos, y éstos se definen como universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios, y no pueden “ser derogados por normas de derecho positivo... son la medida a la que deben ajustarse toda interpretación de lo positivizado”<sup>18</sup>. En la teoría alexyana rechazar la conexión entre el derecho y la moral o la razón, implicaría la necesidad de aceptar “contradicciones performativas”<sup>19</sup>, tales como reconocerles juridicidad a una Constitución que en su artículo primero se propone que las normas jurídicas a dictarse serán ininteligibles e injustas, o a una sentencia judicial escrita en un lenguaje que solo conoce su autor. Esas normas no solo resultan disparatadas o absurdas, sino que incurren en una falla conceptual en tanto el derecho formula implícita y necesariamente una pretensión de corrección o de justificación racional.

Igualmente en John Finnis encontramos esa conexión intrínseca entre derecho y razón práctica: a) la filosofía práctica (inescindiblemente incluye al derecho, la moral y la política) es “una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica”<sup>20</sup>; b) “El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad... El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano insiste en estar fuera del orden de la razonabilidad... para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable”<sup>21</sup>; c) los

<sup>16</sup> ALEXY, R. “La institucionalización de la razón”, art. cit., p. 238.

<sup>17</sup> ALEXY, R. “Teoría del discurso y derechos humanos” Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 79.

<sup>18</sup> ALEXY, R. “¿Derechos Humanos sin Metafísica? en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, 2008.

<sup>19</sup> ALEXY, R. “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 44.

<sup>20</sup> FINNIS, J. “Ley natural y derecho natural”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 48.

primeros principios de la razonabilidad práctica, o “primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos), son per se nota (evidentes) e indemostrables... No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos)”, esos principios communissima se comprenden “experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones”<sup>22</sup>; d) entre esos principios primeros o “bienes humanos básicos” está la “razonabilidad práctica”: el orden inteligente en acciones, hábitos y actitudes prácticas, tanto en su aspecto interno —de las acciones y disposiciones— como en su aspecto externo —correspondencia auténtica entre preferencias, valoraciones y autodeterminaciones; e) junto a esa racionalidad práctica manifestada sustancialmente en los bienes humanos básicos, Finnis afirma el método o el procedimiento como para definir aquel plan de vida que nos permitirá “vivir-bien”: plan de vida coherente; ninguna preferencia arbitraria entre los valores, ni entre las personas; desprendimiento y desapego; eficiencia razonable; respeto a todo bien humano básico en todo acto y a las exigencias del bien común; y seguir la propia conciencia; y f) los derechos humanos constituyen “una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica”<sup>23</sup>, ellos “clasifican y expresan las exigencias de la justicia... una expresión enfática de lo que está implícito en el bien común”<sup>24</sup>.

## 5. La recepción de la razón en la jurisprudencia

La jurisprudencia norteamericana tempranamente asimiló, en buena medida, el control de constitucionalidad al control de racionalidad, apelando para ello a las Enmiendas V (1791) y XIV (1868), entendiendo el *due process of Law* no solo en términos procesales, sino también sustanciales. En latinoamérica la jurisprudencia ha ido incorporando progresivamente en el control de constitucionalidad el control sobre el derecho en cuestión, sometiéndolo a comprobar su racionalidad o razonabilidad; y, al respecto, en la Argentina la Corte Suprema ha ratificado la tesis que la sentencia debe ser “derivación razonada del derecho vigente a la luz de las constancias de

---

<sup>21</sup> Ibídem p. 69.

<sup>22</sup> Ibídem p. 68.

<sup>23</sup> Ibídem p. 239.

<sup>24</sup> Ibídem p. 243.

la causa y no producto de la individual voluntad del juez” (Fallos:291-382; 292-254; 293-176; 302-967; 303-120; 306-717; 320-702, 321-1909, 323-1019, 327-931; 333-1273; etc.).

Como ha coincidido sin mayores dificultades la doctrina nacional, el fundamento constitucional de la racionalidad en el derecho, está en los arts.1 (sistema republicano), 17 (derecho de propiedad), 18 (debido proceso), 19 (principio de legalidad), 28 (principio de razonabilidad), 31 (supremacía constitucional), 33 (derecho innominado a contar con un derecho justificado racional) y en el mandato preambular de “afianzar la justicia”; pero puede aducirse que ese reclamo de armonizar derecho con la razón remite a la necesidad de que el derecho responda a sus exigencias intrínsecas asumiendo un rostro plenamente humano, en tanto pretende que la autoridad brinde razones que justifiquen su ejercicio autoritativo, y por esa vía permita su comprensión, su control y hasta su cumplimiento voluntario, o dicho sintética y omnicomprendivamente, que la totalidad de las normas que integran el derecho argentino no sólo sean vigentes, sino también válidas. Un derecho sin razones justificatorias equivale a suponer destinatarios igualados a animales, en tanto incapacitados para conocer el valor de ese derecho, y al consiguiente riesgo de un derecho contra el hombre, su sociedad y sus derechos. En esa mirada hacia el derecho positivo argentino, corresponde destacar que el nuevo Código Civil y Comercial recepciona explícita y reiteradamente esa necesidad de un derecho que sea “razonable”, ello se comprueba en los arts. 3, 553, 1011, 1019, 1041 inc.b, 1184, 1685, 1710, etc. En definitiva, lo que se pretende —reiteremos— es que el derecho (cualquiera sea el que lo formule: constituyente, legislador, administrador, juez, sociedad, particular, etc.) vigente sea válido o conforme a la razón, y así pueda ser comprendido integralmente por el destinatario cuando lo somete a verificar su racionalidad.

Vale aquí cuestionar la distinción enarbolada por el iuspositivismo legalista entre “creación “ y “aplicación” del derecho, dado que quien pone derecho en algún sentido aplica y al mismo tiempo algo crea, al margen de las magnitudes de esas tareas que se puede constatar en cada sociedad según el régimen político-jurídico establecido. También es oportuno advertir que la presencia de la razón y la voluntad resultan ineludibles en el acto de formulación del derecho, aunque esa presencia puede ser más o menos importante a tenor de las características de la norma dictada y del referido sistema jurídico-político. Por otro lado, la tentación de reclamar racionalidad solo

al juez y tolerar la voluntad del legislador sin control racional, supone postular una imposibilidad casi esquizofrénica, dado que la irracionalidad de la ley contaminará ineludiblemente de irracionalidad a lo que sigue.

## **6. Simplemente “racionalidad”**

Es cierto que la teoría jurídica ha debatido mucho en las últimas décadas sobre cómo definir a la “racionalidad” y a la “razonabilidad”, y cuales serían sus coincidencias y sus diferencias. A esa discusión se ha sumado otro concepto en disputa que es el de “proporcionalidad”, con el que pueden comprobarse solapamientos entre ellos. Al margen que hay un uso amplio que asimila la racionalidad al respeto de las exigencias de la lógica, mientras que la razonabilidad se conecta con lo valioso en términos axiológicos, nos parece que la noción más abarcativa puede estar simplemente en la racionalidad, o sea en aquello conforme o ajustado a la razón humana integralmente considerada (tanto teórica, respetando las exigencias lógicas, como la razón práctica: ajustándose a las exigencias nucleares axiológicas, morales o éticas). Las fórmulas utilizadas en la jurisprudencia argentina resultan compatibles con lo postulado, en tanto admiten que el control de constitucionalidad se ejerce sobre lo “irrazonable, inicuo o arbitrario” (Fallos: 340-1480) o se lo reconoce como un control “de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad” (Fallos:339-1077).

Al reclamar “racionalidad” en el derecho, no se está pretendiendo una razón sofisticada o solo instruída científicamente, sino aquella más elemental y extendida que en terminología anglosajona se reconoce como “common sense” atribuíde a un “reasonable man”, aunque con las restricciones y exigencias que pondrá institucionalmente el derecho vigente y válido en esa sociedad. En el art.54 del Código Modelo de Etica Judicial para Iberoamérica (aprobado por las veintidós Cortes Suprema de dicho espacio geográfico) se refleja la tesis aludida, cuando se le reclama al “juez íntegro” se comporte de la manera que exige “un observador razonable”. Recorde-

---

mos e insistamos que en la filosofía clásica esa capacidad para conducir la vida de conformidad al bien humano o al “florecimiento humano” era fruto de la prudencia, y ésta no se adquiría mediante el estudio, sino mediante la experiencia y la memoria, apoyándose en una razón capacitada para identificar la conducta mejor humanamente hablando (“razón recta”), y también en una voluntad recta habituada a querer también lo mejor. Pretender que alguien cumpla una norma que resulta para un observador razonable notoriamente ininteligible o injustificada, es someterlo a una violencia que la autoridad pueda dar por superada en la medida que exhiba las razones que la respaldan y justifican. Más allá de las zonas grises que suponen aquellos conceptos, ellos también permiten identificar zonas donde claramente se comprueba que el derecho, si pretende asumir un rostro o una matriz humana, debe ser racional y justificado, y si no lo es, termina identificándose con violencia o irracionalidad. Precisamente las teorías de la argumentación se han abocado a desplegar todo un aparato conceptual destinando a exigir y controlar desde la razón, lo mandado por la autoridad. Asimismo, esos reclamos por la argumentación no se han reducido al campo judicial, sino que se han extendido y modalizado respecto a todas las fuentes del derecho. Es cierto que la tarea de los jueces es definir cual es el derecho vigente y válido, pero a veces al decirlo pueden violentar en su misma sentencia a la razón, aunque lo que se pretende es que la jurisprudencia expulse del derecho las normas que contradicen la constitución y al derecho.

## **7. Racionalidad como validez jurídica**

Desde esa visión amplia de la racionalidad, quedan comprendidas en la misma tanto la razonabilidad como la ponderación o la proporcionalidad, e incluso nos parece que aquel concepto puede llegar a identificarse con el de validez jurídica, en el sentido que solo puede reconocerse como derecho aquello que supera el test de justificación racional. En definitiva, merece ser descalificado o invalidado en términos jurídicos lo que resulta evidente y gravemente irracional.

Estimo que el desarrollo de la jurisprudencia argentina en torno al recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria y los debates doctrinarios al respecto, son un buen banco de pruebas de lo que hemos estado analizando en cuanto a la necesaria conexión entre derecho y razón. Es que cuando vamos a los repertorios jurisprudenciales, la enorme variedad de hipótesis de la arbitrariedad, nos hablan en última instancia de algo que no

alcanza a justificarse con la razón o excede el marco de razonabilidad tolerable, y que por ende, sólo descansa en la voluntad o el poder de alguien. Podemos coincidir con aquellos que descalifican a una sentencia arbitraria por ser contraria a la constitución, pero nos parece que esa descalificación responde a motivos más raigales; en efecto, el problema es ontológico o conceptual, pues si hemos asociado intrínsecamente al derecho con algo generado por la razón práctica o que no violenta de manera grave y evidente sus exigencias, en el supuesto de comprobarse que aquello que pretende ser reconocido como derecho no logra ser justificado racionalmente, corresponde negarle esa calidad de jurídico. En síntesis una sentencia arbitraria no solo no es constitucional, sino que no satisface las exigencias intrínsecas que requiere el objeto derecho.

Desde esa lógica, la teoría de la arbitrariedad perfilada pretoriamente en la Argentina, es una teoría sobre la invalidez o incompatibilidad de lo que procura en términos racionales ser admitido como parte del derecho vigente y válido. Veámos arriba en las teorías de Alexy y Finnis que al derecho lo acompaña constitutiva o esencialmente la pretensión de racionalidad y de corrección, de modo que si los jueces —que son los encargados en última instancia de definir cual va a ser el derecho vigente y válido en la sociedad— comprueban que una norma (constitucional, legal, administrativa, judicial, consuetudinaria, contractual, etc) invoca juridicidad, pero no supera el test de justificación racional, les compete a ellos expulsarla del derecho, no obstante la pretensión de pertenencia que pudo acompañar a su nacimiento por parte del autor respetivo. Junto a esa exigencia ontológica de rechazar como derecho válido a lo evidentemente irracional, el derecho positivo argentino recepta en plena sintonía con un Estado de Derecho Constitucional, que la función judicial consiste en derivar razonadamente desde el derecho vigente y válido la solución para el caso bajo su jurisdicción. Lo que se dice o reclama de la sentencia judicial, corresponde extenderlo a toda manifestación autoritativa o voluntaria que pretende crear derecho, y ello —insistamos— no sólo porque lo reclama la Constitución argentina, sino porque lo exige la naturaleza misma del derecho.

Son varios los autores que han denunciado las dificultades que se enfrentan a la hora de proponer un concepto claro sobre la arbitrariedad en el derecho, y ello responde —pensamos— a que las hipótesis de irracionalidad en el derecho efectivamente pueden ser muy variadas. Recordando que según Aristóteles los opuestos pertenecen al mismo género del saber, de ese

modo, al hablar de la irracionalidad estamos hablando al mismo tiempo de la racionalidad, más allá que siempre será más fácil identificar lo negativo que lo positivo. Por nuestra parte hemos trabajado un concepto de validez que finalmente se asimila a lo “justificado racionalmente”. Esta conexión se puede encontrar en un autor vinculado a Kant como Nino cuando escribía: “predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar... Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia... el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas”<sup>25</sup>. Desde una matriz conectada a un cierto iusnaturalismo, Sergio Cotta ratifica: “Una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y ésta no puede imponerse sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir un carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre...”<sup>26</sup>. Y en estricta fidelidad a las enseñanzas de Tomás de Aquino, Francesco Olgiatti concluye: “...decir que el derecho debe tener una justificación, equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional —como una banda de malhechores— es antijurídico)” y “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectan rationem*”<sup>27</sup>.

Insistamos que la normatividad justificada instala a la misma en el derecho gracias a su racionalidad expresada en los argumentos o razones que la fundamentan, la motivan o la respaldan. Dicha tesis conlleva intentar identificar esas exigencias racionales que debe satisfacer la norma jurídica como para concluir su validez o justificación. Quizás un modo de reconocer la relevancia de lo que estamos hablando, es aludir a la alternativa contraria, o sea que las decisiones se satisfacen con la mención expresa de la voluntad decisoria, resultando inexistente o irrelevante el aspecto justificatorio, pues en el mejor de los casos puede cubrirse ese requerimiento a posteriori de la

<sup>25</sup> NINO, C. S. “La validez del derecho”, Astrea, Buenos Aires, p. 7.

<sup>26</sup> COTTA, S. “Justificación y obligatoriedad del derecho”, Ceura, Madrid, 1987, p. XIV.

<sup>27</sup> OLGIIATTI, F. “El concepto de juridicidad en Tomás de Aquino”, EUNSA, Pamplona, 1977, pgs. 51 y 339.

decisión como para satisfacer alguna necesidad institucional. De ese modo, las normas en cuestión sólo tendrían la parte resolutoria del caso o los casos a los que regulan, es decir, las definiciones del status jurídico de las conductas implicadas o los derechos que atribuyen o los deberes que imponen; pero no habría estrictamente razonamiento, es decir, no se iría desde premisas o juicios conocidos a otros que llegan a conocerse en virtud de conexiones lógicas. En síntesis pura voluntad decisoria y ninguna justificación racional, más allá de alguna fachada justificatoria como para cubrir esas apariencias que dificultan sobradamente la legitimidad del poder respectivo.

Al margen de la hipótesis planteada de ausencia de justificación racional y del rechazo contraintuitivo que suscita, vayamos a la alternativa defendida, que puede ser reconstruida y coincidir con el test de validez o justificación racional de una norma jurídica, y al respecto reconocemos diez exigencias específicas y una más de alcance integral o trasversal<sup>28</sup>:

**1. Racionalidad orgánica (RO)** la creación de derecho (público o privado) remite a quien tiene competencia para ello, y resultaría contrario a ese orden exigirle que alguien debe cumplir una norma dada por quien carece del derecho de disponerla; **2. Racionalidad procedimental (RP)**: la razón está en condiciones de juzgar mejores y peores procedimientos para el dictado de una norma, y el derecho discierne y precisa en ese terreno, por lo que incurre en irracionalidad o injustificación cuando surgen normas violatorias de esas definiciones institucionales; **3. Racionalidad sistémica (RS)**: las normas jurídicas no están aisladas, y la racionalidad requiere que ellas se ajusten entre sí respetando sus jerarquías, valores y delegaciones, de ese modo en el sistema jurídico hay características sustanciales y formales para las diferentes normas, posibilitando su validez respectiva; **4. Racionalidad lógica-lingüística (RLL)**: sería irracional exigirle a alguien que asumiera las consecuencias del incumplimiento de una norma jurídica cuando no tuvo la posibilidad de conocerla o comprenderla, dado que ella violenta a la lógica o se expresa en un lenguaje desconocido para él; **5. Racionalidad teleológica (RT)**: se violenta esta exigencia cuando la norma prescribe un medio determinado dado que busca obtener un cierto fin, pero se verifica la inidoneidad del mismo para tal propósito; **6. Racionalidad científica (RC)**: una norma no está justificada racionalmente cuando pre-

<sup>28</sup> Cfr, el cap. XII de mi libro “Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.



supone o afirma una contradicción indiscutible con una verdad demostrada científicamente; 7. Racionalidad sociológica (RS): importa invalidación o no justificación imponer jurídicamente comportamientos que suponen violencia frente a costumbre o ethos arraigados en la sociedad que no son irracionales; 8. Racionalidad axiológica (RA): frente a lo “extremadamente” injusto o disvalioso se pierde la racionalidad y, consiguientemente, la juridicidad; 9. Racionalidad fáctica (RF): una norma jurídica racional incluye exigencias posibles de ser cumplidas por parte de los destinatarios, y estamos en un terreno irracional frente a lo imposible de cumplir; 10. Racionalidad intencional (RI): compromete la validez y justificación racional de una norma cuando su autor tiene actitudes o comportamientos que revelan o ponen sospechas graves de una intención incorrecta o no ajustada a la razón exigida o esperada; 11. Racionalidad prudencial o ponderativa (RP): su objeto es determinar en concreto la medida de la irracionalidad acreditada y si resulta lo mejor optar finalmente por la invalidez de la norma, de ese modo es una exigencia transversal que toma en cuenta las restantes exigencias, sus magnitudes y las derivaciones de escoger una u otra alternativa.

En torno al test de las diferentes racionalidades exigibles para que una norma se entienda como justificada y, por ende, válida y obligatoria, nos gustaría concretar los siguientes señalamientos: a) los requisitos aludidos remiten a la razón integralmente considerada, pues hay exigencias de razón teórica (por ejemplo, lógicas) y de razón práctica (sustanciales: por ejemplo las axiológicas; y también formales: promulgación de la norma; ambas determinándose en un plano general o universal, aunque acotado por el marco institucional aplicable)<sup>29</sup>; b) en un sentido amplio podríamos asimilar o subsumir todas las racionalidades en la denominada axiológica (RA), en tanto su violación conlleva imponer deberes que por no estar justificados racionalmente resultan disvaliosos y pura voluntad; sin embargo, nos parece más claro y preciso acotar dicha racionalidad a la presencia o ausencia de la justicia; c) somos conscientes de las preguntas y problemas implicados en la racionalidad intencional, por ejemplo respecto al valor objetivo que acompaña al acto justo aunque —como lo demanda la moral— sin habitualidad y sin la intención respectiva, pero de todas maneras, pensamos que la presencia de una intención o pretensión de corrección o justicia, logra preparar,

---

<sup>29</sup> Cfr. mi artículo “Dimensiones de la racionalidad judicial” en “Diritto e Secolarizzazione (Studi in onore di Francesco D Agostino)”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pgs. 180 a 190

acompañar o garantizar mejor la racionalidad<sup>30</sup>; d) quisieramos subrayar la importancia de la última racionalidad prudencial o ponderativa en tanto su objeto es definir en concreto si la norma se calificará finalmente como válida o inválida, y en ese punto no solo deberá tenerse en cuenta la magnitud de la irracionalidad, sino también las consecuencias que se derivarán de la invalidación, pues una máxima de la ética clásica muy elocuente es que “lo mejor, puede ser enemigo de lo bueno”; y e) en una rápida lectura de la jurisprudencia argentina nos parece que es posible encontrar sentencias que respaldan a la totalidad de las racionalidades apuntadas, incluso la polémica intencionalidad (RI), comprobándose la matriz —pacíficamente reiterada en la jurisprudencia argentina— que el derecho es incompatible con la irracionalidad grave y evidente.

## 8. Funciones o beneficios de la razón en el derecho

Reseñemos algunas funciones que resultan beneficiosas para la sociedad y para el mismo derecho en orden a reclamar la mencionada justificación racional, admitiendo que en el detalle que sigue es factible constatar redundancias que se mantienen por motivos pedagógicos y de insistencia modalizadas de tesis centrales:

**8.1. Función validante:** de ella hemos hablado arriba, por lo que no diremos nada más, aunque reiteraremos la necesidad de un concepto de validez jurídica amplio que se proyecte en el plano formal y en el plano sustancial, y por ese camino dejar atrás la noción de validez reducida al sistema jurídico y a requisitos formales;

**8.2. Función integradora:** una norma completa está integrada por : su enunciado deóntico, su interpretación, los casos que se resolvieron conforme a la misma y su respectiva justificación racional, y ésta apelará necesariamente a esclarecer el fin que se busca; de ese modo, para lograr una mirada completa de la norma, será muy ventajoso contar con la mencionada justificación.

**8.3. Función previsor:** una norma justificada racionalmente potencia la posibilidad de saber anticipadamente la solución jurídica que se les brindará a los casos por ella regulados; pues así se despejan mejor las dudas

<sup>30</sup> Cfr. la referencia a juzgar la intencionalidad en el recurso por sentencia arbitraria en Néstor Pedro Sagües “Recurso extraordinario”, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 2002, pgs. 122 y sgts.

sobre aquellos casos ya decididos en relación a los casos análogos o cómo finalmente pueden resolverse en última instancia.

**8.4. Función controladora:** un mandato sin razones que lo justifique resulta imposible someterlo a un cuestionamiento racional; pues precisamente éste tiene por objeto demostrar la falsedad o debilidad de las invocadas y pretendidas razones, pero si éstas faltan no es viable esa vía de control.

**8.5. Función sistematizadora:** la norma comprendida integralmente facilita la tarea del jurista en relación a configurar el sistema u ordenamiento con las restantes normas o principios jurídicos, identificando: jerarquías, antinomias y su solución, lagunas e integración, membresías, economía normativa, etc.

**8.6. Función cognoscitiva de la teoría interpretativa:** compartimos la tesis alexyana que todo sistema jurídica no solo tiene normas y principios en donde se encuentra el derecho, sino también define una matriz conforme a la cual debe operarse ese derecho; precisamente la justificación racional favorece la comprensión de conocer cual es la teoría de la interpretación en ese particular sistema jurídico.

**8.7. Función economizadora de litigios:** normas justificadas racionalmente evitan interpretaciones antojadizas o arbitrarias que promuevan cuestionamientos o despido de recursos, especialmente de índole judicial.

**8.8. Función legitimadora de la autoridad:** la indispensable legitimidad o confianza que requiere una verdadera autoridad, se nutre de esa capacidad de sancionar normas autoritativas que revelen el esfuerzo exitoso de una justificación racional de las mismas.

**8.9. Función concretizadora:** fácil es constatar diversas exigencias jurídicas que la razón más universal y permanente justifica como tales, sin embargo, se requiere reforzarlas y concretarlas modalizándolas para un tiempo y espacio determinado por medio de mandatos justificados racionalmente.

**8.10. Función preventiva de errores:** mediante la justificación racional es probable que la autoridad normativa no caiga en ciertos errores que de atenderse sólo a su voluntad o querer, resultaría más fácil de incurrir.

**8.11. Función pedagógica:** las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas, por eso la explicación y proyección operativa a sus destinatarios favorece el conocimiento de ellas y su eficacia.

**8.12. Función científica:** a la hora de la descripción, interpretación y reconstrucción sistemática que le corresponde elaborar a los especialistas en las diferentes ramas del derecho, constituye al respecto un elemento muy valioso contar con la justificación racional de las normas jurídicas de su interés.

**8.13. Función estabilizadora:** justificando racionalmente las reglas jurídicas es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de las mismas y aportar por esa vía a la previsibilidad de respuestas jurídicas generales o concretas.

**8.14. Función pacificadora:** la justificación racional apropiada brinda o posibilita una función persuasiva y no de mero cumplimiento externo por parte de aquellos que no resultan beneficiados por las reglas jurídicas vigentes y válidas.

**8.15. Función transformadora en la formación del jurista:** nuestras Facultades de Derecho pretenden alumnos en los que se privilegia la capacidad de memoria y se descarta la capacitación y práctica del dialogo racional, pero muy distinta sería esa formación y el plan de estudios si se incorpora el estudio de la necesidad de la justificación racional, apelando al análisis a ese respecto de las mismas normas jurídicas vigentes.

**8.16. Función dialógica:** mandatos autoritativos justificados racionalmente permiten que se generen diálogos racionales en tornos a los mismos, en orden a respaldarlos o criticarlos mediante la práctica de diálogos racionales.

**8.17. Función moralizadora:** al inscribir a la autoridad en el ámbito de lo racional, se supera el conflicto moral —apuntado por la teoría kantiana— que supone que alguien dispone de la libertad de otro.

**8.18. Función revalorizadora de la jurisprudencia:** la justificación racional requerida por toda regla jurídica incluye al precedente judicial, más aún, su papel resulta imprescindible atento al rol que le compete a los jueces como responsables de decir cual es el derecho vigente y válido en última instancia.

**8.19. Función potenciadora de los casos:** si mantenemos la idea que la interpretación es reconstruir la voluntad o el pensamiento del legislador como enseña Savigny, perdemos de vista ese indispensable ajuste que requiere toda regla a los casos que regula cuando suponemos solo casos fáciles, pero si nos interesamos por la justificación racional se advertirá cuanto importa en ese terreno un conocimiento verdadero del caso o los casos que la norma regula.

**8.20. Función superadora del juridicismo:** la formación de los juristas funcionales al Estado de Derecho Legal incluía una mirada circunscripta al derecho, y totalmente ajena a otras dimensiones inescindibles de la racionalidad práctica (especialmente con la moral) ; sin embargo, al exigirse en los juristas el recurso a la racionalidad práctica o moral, es obvia la necesidad de incorporar la misma en los planes de estudio y en la metodología de la enseñanza.

## 9. Conclusión

Luego de esos ciento cincuenta años de vigencia del voluntarismo jurídico en el marco del Estado de Derecho Legal, en donde no se habla de la racionalidad práctica valorativa en el derecho, corroboramos que en la segunda mitad del siglo XX con el Estado de Derecho Constitucional ha cambiado esa paradigma y se pretende que el derecho será reconocido como tal en tanto luzca justificado racionalmente, y concluir consiguientemente, que cubierto dicho requisito es válido y obligatorio. Insistamos que esa pretensión no sólo se dirige a los jueces, sino a todo aquél que crea derecho de acuerdo a las exigencias y marcos institucionales, por lo que pueden llegar a comprenderse hasta las normas contractuales patrimoniales.

Así la teoría de la argumentación jurídica procura perfilar en términos racionales cómo debe hacerse toda norma jurídica y que contenidos resultan incompatibles y cuales necesarios como para que finalmente se admita como parte del derecho vigente y válido a eso que se ha creado con dicho propósito. En ese ámbito de la racionalidad jurídica ya no se distingue rai-galmente creación y aplicación, ni tampoco ley o resolución administrativa con sentencia judicial, pues lo relevante es que se pretende instituir obligatorios deberes jurídicos o conceder derechos.

La jurisprudencia argentina en materia de sentencia arbitraria es un interesante y revelador campo de prueba de esa tesis que rechaza o invalida

lo que resulta manifiesta y gravemente irracional, y ello no sólo porque lo exige la Constitución, sino porque hay motivos raigales u ontológicos que reivindican un derecho racional.

Si bien en el presente trabajo nos hemos limitado a destacar la superación del voluntarismo jurídico y el reencuentro de la razón práctica con el derecho, dejemos consignado que esa razón de la que hablan los kantianos no es exactamente la misma de la que habla el realismo clásico, pero en relación a esas silenciadas diferencias iusfilosóficas y sus respectivas proyecciones, nos hemos ocupado en otros escritos a los que remitimos<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> En especial nuestro libro “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, EDUCA, Buenos Aires, 2015

# EL CUIDADO Y CONTROL DE LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO MEDIANTE EL DERECHO

POR JORGE REINALDO VANOSSI<sup>1</sup>

Hablar de la vigencia institucional supone comprender varios temas, no sólo el de la Constitución en sí, sino también lo atinente a los instrumentos que han de implementar a la Constitución, es decir, la Constitución en un sentido material, y no meramente formal. De modo que no hemos de centralizar la exposición en el tema de la reforma de la Constitución. Debemos también decir (porque es necesario para el encuadre o ubicación del punto de vista propio), cuáles son las miras con que ubicamos este problema en el actual contorno institucional argentino. Nuestro país, hoy y en vista al tiempo futuro, tiene varios caminos que se le ofrecen por distintos sectores para la solución o para el intento de solución de su encrucijada. Y de esos caminos, puede afirmarse que hay los que tienen un carácter netamente autocrático y uno que tiene pretensión de tipo democrático, utilizando las expresiones autocracia y democracia como sistema de creación del derecho o como forma de engendrar la voluntad colectiva del pueblo argentino políticamente organizado. Las soluciones autocráticas son aquellas que parten

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 3 de diciembre de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

de la idea del predominio o hegemonía de ciertos detentadores del poder como solución indefinida para supuestas profundizaciones o correcciones del proceso histórico que vive el país. En ese sentido parecen tan autocráticas las salidas propiciadas por los sectores adscritos a la “ley de la selva” como las tesis propiciadas por aquellos que pretenden eludir una confrontación electoral. La otra solución es el camino que pretende llegar a un esquema de funcionamiento democrático, para el cual necesariamente tiene que admitirse una confrontación con el titular de la soberanía popular, es decir, una verificación de tipo electoral con “fair play” y libre participación de los distintos sectores que pretendan representar a la voluntad popular. Es decir, que en definitiva, en esa opción entre autocracia y democracia, está siempre presente aquella famosa aseveración de Sieyés, que decía que el poder viene de arriba pero la legitimidad viene de abajo. Una legitimidad de tipo democrático supone necesariamente una salida de tipo eleccionario, vale decir, un retorno al principio mayoritario.

¿Cómo podemos visualizar a la Constitución dentro de este esquema? La Constitución debe ser conceptualizada como un medio, y no como un fin en sí mismo. Hemos vivido durante muchísimo tiempo la impresión generalizada desde el enfoque místico y mítico al mismo tiempo, de la Constitución como un fin o como una panacea. Debemos rectificar el punto de partida del análisis para pensar en la Constitución como un medio, y no como un fin en sí misma. La Constitución, en nuestra acepción, es un instrumento que determina mediante un reparto de competencias cuáles han de ser las reglas del juego de la organización política de nuestro país. Insistimos en la expresión “reglas del juego”, porque es un instrumento básico para poder determinar cuál es el desenvolvimiento político e institucional de un Estado. Precisamente, si nos referimos a esas reglas del juego, también tenemos que acotar que el consenso sobre tales reglas del juego es lo que va a dar legitimidad a la Constitución y a la organización constitucional que el país quiera darse. De donde viene a resultar, entonces, que la legitimidad es, como decía Max Weber, la creencia en una cierta legalidad. Hay creencias en determinados tipos de legalidad, y la legitimidad es la creencia generalizada sobre determinado tipo de legalidad que puede imperar en un Estado. Las creencias, además, se alimentan con imaginación, y la imaginación es lo último que pueden perder las clases políticas o las elites de un pueblo. Un índice de la declinación imaginativa puede estar dado por las insistencias en querer aplicar dispositivos que la experiencia visualiza ya con fuertes síntomas refractarios a su acatamiento, es decir, con una indi-



cación acerca de su impracticabilidad o una resistencia a su real y efectivo cumplimiento. Si no se ha cumplido, entonces, la pregunta es: ¿para qué seguir probando con esas recetas? Las enmiendas frecuentes, las reformas que puedan introducirse en los mecanismos funcionales del poder, es decir, en aquellas reglas del juego que están establecidas en el ámbito constitucional, no empecen, no obstan, a la estabilidad constitucional. Es el caso de Suiza, por ejemplo, que es un país que ha tenido más de un centenar de reformas constitucionales, y en ningún momento ha significado eso una alteración o una interrupción violenta del sistema en sí. Pero también hay que tener presente que la obcecación conservativa induce o estimula alteraciones en esa continuidad a la cual nos estamos refiriendo. Es el caso de la Argentina y de algunos países de América Latina y el gran número de alteraciones y vicisitudes que ha sufrido el sistema en su funcionamiento. Es decir que algo parecido a lo que ocurre con las llamadas cláusulas pétreas de las constituciones ocurre también con esta obstinación: funciona a la postre no como un factor de conservación del sistema, sino como una verdadera incitación al cambio revolucionario, a la alteración de las normas.

De todos modos, la aptitud para el cambio no es por sí sola el reaseguro infalible frente a las crisis de la legitimidad en los regímenes políticos. Afirmaba Gustav Radbruch que "...lo único que desafía la evolución histórica cruzada constantemente por el rayo de la guerra y de la revolución, es la continuidad de la jerarquía católica, la cadena ininterrumpida de imposiciones de mano que abarca desde los apóstoles hasta el último de los sacerdotes católicos de nuestros días". La aseveración de este filósofo del derecho sigue en pie, a pesar de las agudas manifestaciones contestatarias a que asiste la fe de ciertos contemporáneos. Todas las demás instituciones humanas no pueden soportar un severo examen de la "validez" de sus normaciones presentes a tenor de un orden racionalista de continuidades.

Hay dos mitos que se han ido alimentando, que han ido creciendo y desarrollando en torno de la Constitución, y que en alguna medida podemos observar que son algo contradictorios entre sí. Por un lado el mito alimentado por aquellos que piensan y que parten del supuesto de que la Constitución nacional ha sido la causa de todos los males y desencuentros que el país ha sufrido, es decir, que ven en la Constitución el origen o la etiología de un prolongado desencuentro. El fundamento o la raíz de esta idea es variada, pero por lo general, piensan algunos sectores que como la Constitución fue en cierta medida la adaptación de un modelo extranjero, trajo para

la Argentina los defectos, y no las virtudes, del original, y no pudo suplir esa diferencia, esa abismal separación entre la realidad económica, social y política de nuestro país y la de aquel o aquellos países que habían servido de modelo al esquema constitucional, y de ahí en más habría un proceso de desajuste que vendría a culminar en los tiempos actuales con un total desencuentro o divorcio entre el plexo normativo y la realidad viviente. El otro mito que está en la vereda de enfrente al que acabamos de mencionar, es el de la intocabilidad o de la irreformabilidad de la Constitución. Es decir, la Constitución es sagrada, es un símbolo nacional, igual que el himno, la bandera o la escarapela, y de ninguna manera se la puede tocar. Dentro de esta segunda posición, que también es ideológica como la primera y además tiene una connotación emotiva, hay matices que varían desde la mera negativa a admitir retoques en la Constitución invocando razones de oportunidad o de necesidad, hasta la posición ya abiertamente perfectista de aquellos que piensan que la Constitución es una especie de arcano que puede ser permanentemente adaptado por la vía de la interpretación.

Pero lo interesante del caso es que ninguna de estas dos posiciones fue la de Alberdi en el momento en que inspiró a los constituyentes, ni la de éstos y las clases gobernantes en el período de la organización constitucional y la época posterior. Por ejemplo, Alberdi distinguía muy claramente dos tipos de constituciones: las que llamaba constituciones de creación o de iniciación y las constituciones de conservación que eran constituciones para una segunda etapa. Pensaba que la Constitución de 1853 era una ley fundamental del primer tipo y que de ninguna manera podía entenderse como una norma permanente o definitiva para la organización institucional del pueblo argentino. Sin embargo, está muy en boga en la actualidad la cita de un párrafo de Alberdi donde dice que hay que evitar las reformas porque son dolorosas para el organismo social y político, pues se las puede equiparar a lo que es una verdadera amputación para el organismo físico de las personas. Esa cita fragmentaria de Alberdi hay que entenderla dentro de un contexto. Alberdi dice allí, en ese párrafo, que la Constitución puede perfectamente adaptarse mediante la interpretación, o por la reforma; pero lo que hay que entender en la lectura de Alberdi -porque no podemos pensar que Alberdi haya querido ser tan absoluto, dada la genialidad política e intelectual que tenía- es que se refiere necesariamente nada más que a la parte dogmática de la Constitución, a la parte preceptiva, es decir, al capítulo inicial de “Declaraciones, derechos y garantías”, y no a la parte orgánica o funcional, que se refiere a la estructuración de los poderes.

Si hacemos esta distinción, vemos claramente cómo la historia y la evolución política le han dado la razón a Alberdi, en el sentido de que para fijar un nuevo alcance a los derechos o para establecer un límite a la extensión de ciertas prerrogativas o para precisar y perfeccionar nuestras garantías a esos derechos, no ha sido necesario reformar la Constitución, porque la Corte Suprema, al decir de Wilson, como una especie de convención constituyente que está en reunión permanente, mediante la jurisprudencia ha impreso un sentido actualizado, un sentido de permanente connotación al tiempo que vivimos, a esa parte dogmática de la Constitución. Por eso tiene tanta sabiduría la afirmación de Hughes, referida a la Constitución norteamericana, aunque también vale para la nuestra, quien expresaba que estamos regidos por una Constitución, pero esa Constitución es lo que los jueces dicen que es. Pero eso no vale para la otra parte de la Constitución, porque una cosa es interpretar el derecho de propiedad que se consagra en su primera parte, o el derecho de entrar, permanecer y salir, o la libertad religiosa, o la libertad de prensa o cualquiera de los otros aspectos vinculados con el haz de derechos referentes a la libertad individual, en la cual los jueces pueden acoger las valoraciones que la comunidad vivencia en el momento actual e interpretarlas, no ya con el sentido que tenía en 1853, cuando no conocíamos la revolución industrial, ni habíamos alcanzado la integración territorial del país, ni habíamos tenido el fenómeno de la inmigración, ni el de la capitalización, ni el de la conquista del desierto. Esto es lo que se denomina la interpretación “dinámica” de la Constitución, que permite emancipar a la norma de las condiciones imperantes al tiempo de su sanción.

Una cosa era interpretar en 1853 y otra cosa es interpretar en plena era atómica y la actual o la nueva revolución industrial y tecnológica, con todas las transformaciones que social y políticamente ha sufrido la humanidad y, por lo tanto, nuestro país, que está inmerso en esa humanidad. Pero no podemos pretender lo mismo con respecto a la parte orgánica de la Constitución. Es decir, que hay un conjunto de regulaciones procesales sobre el trámite del funcionamiento de los poderes del Estado, donde no hay interpretación que pueda trasponer los límites que establece la propia norma positiva y donde la única forma de poder adaptar esa norma a una realidad cambiante es modificando la norma, y no forzándola más allá de lo que la interpretación pueda permitir realizar.

Además, no está fuera de lugar que recordemos hoy que la irreformabilidad de los textos constitucionales no fue en ningún momento la divisa de

los grandes partidos políticos argentinos; y por grandes partidos políticos argentinos me refiero a las fuerzas que nacen a partir de 1890, cuando se organizan los partidos políticos modernos. Ninguno de ellos tuvo en su plataforma o en su declaración de principios el postulado de la irreformabilidad del texto constitucional. Al contrario, todos ellos han incluido y en algún momento han postulado abiertamente la reforma de la Constitución para la adaptación de algunos de los mecanismos que aquélla prevé. ¿Quiénes son entonces los que resisten la idea de otra reforma de la Constitución? Son núcleos que están adscritos a determinada filiación y que en este momento enarbolan y encabezan la campaña favorable o contraria a la enmienda de algunas partes del texto constitucional. En ellos, veremos que hay claramente definidas dos líneas o dos alineamientos. Por un lado un sector que teme a la reforma constitucional porque supone que los cambios a introducir pueden superar parte de la inoperancia que se ha registrado en el funcionamiento de los órganos del poder político, y por ese camino se puede alcanzar mayor eficacia desde el punto de vista funcional en la actividad de los organismos del Estado, lo cual quitaría el caldo de cultivo en el cual asientan su prédica y en donde encuentran su clientela electoral. Hay también otro sector proveniente del liberalismo económico y que apunta a la derecha, que ve con gran temor la posibilidad de una reforma, porque teme que so pretexto de cambiar algunos aspectos vinculados con el mecanismo del poder, se introduzca de contrabando —es decir, clandestinamente— algún ajuste a la declaración de derechos. Pero también se advierte la peligrosidad o el riesgo del advenimiento de la acumulación del poder legislativo y del poder ejecutivo en las mismas manos, la ausencia de un Congreso en pleno funcionamiento, la anulación total o violaciones de la Constitución vigente decretada autocráticamente por medio del acatamiento de esa situación por parte de una nueva Corte Suprema de Justicia y, por último, la eventual convocatoria de una Convención al margen del art. 30 de la Constitución preexistente.

Pero vayamos a la rectificación del proceso. Lo esencial es la participación del pueblo sin exclusiones, cualquiera que sea el proceso de reordenamiento del régimen electoral con el cual sea convocado el país. Ese proceso requiere dos condiciones mínimas ineludibles: una, la existencia de un pluralismo político, es decir, de una libre intervención de las agrupaciones que pretenden ofertar alternativas a la ciudadanía; y segundo, la proscripción de toda trampa que pueda alterar el “fair play” o juego libre de la ciudadanía.

Entrando ahora en algunas cuestiones vinculadas con el proceso de la enmienda constitucional, cabe advertir que se nota algún error básico en el tratamiento de la cuestión. Vamos a tratar de demostrar que esto es un error, para lo cual debemos acudir a argumentos de tres órdenes o líneas de pensamiento. Primero, la relatividad que tiene que invocar el art. 30, como una norma absolutamente rectora, ineludiblemente rectora o inexcusablemente gobernante del proceso de reforma de la Constitución. Pues hay que hacer presente que la única vez que se cumplió el art. 30 al pie de la letra, ha sido con la reforma de 1994; sin olvidar de la restricción al poder constituyente con motivo del “núcleo coincidencias básicas” nacido del llamado “Pacto de Olivos” (entre Menem y Alfonsín). En todos los demás casos, el art. 30 no fue cumplido, parcial o totalmente, legal o ilegalmente: no fue cumplido en 1860, no fue cumplido en 1866, no fue cumplido en 1949 y no fue cumplido en 1957. En todos esos casos hubo graves vicios procesales (para esa época la única oportunidad en que no hubo un defecto procesal que pudiera viciar el trámite de la reforma, fue la reforma de 1898). El caso de 1860 es quizá el que tiene mayor fuerza paradigmática. En 1860 no se antepuso el art. 30 al imperativo de la unión nacional. La alternativa era, o hacer la unidad nacional incorporando a Buenos Aires, que se había separado del Estado argentino, o cumplir al pie de la letra el art. 30, con lo cual debía postergarse la unión nacional por lo menos tres años más (pues la Constitución no admitía su reforma por diez años). La actitud que tomaron las clases dirigentes, tanto de la Confederación como del Estado de Buenos Aires, no fue vacilante. Apartaron el art. 30 y realizaron la unión nacional, y no caben dudas de que la posteridad les ha quedado agradecida, porque de la otra forma hubiéramos seguido con una duplicidad de Estados argentinos. Apartarse del art. 30 fue en 1860 el precio de esa conquista preciada que es la unión nacional, que es un fin proclamado en el preámbulo. También hubo un precio semejante, es decir, el sacrificio de las normas procesales, en Filadelfia en 1787, cuando crearon el Estado federal dejando de lado a una fracasada confederación de Estados. También fue el precio en la Francia de 1789. En todos esos casos hubo defectos formales, hubo vicios procesales, pero la historia ha sido bastante concluyente en su juicio acerca del valor del sacrificio que importó.

Si lo que el país necesita para sus veinte o treinta años futuros es una rotación de gobiernos civiles estables y eficientes, bajo los cuales se cumplan las reglas del juego y se opere la legitimidad en la etapa de transferen-

cia del poder. Así lo entendieron los colombianos, cuando en 1957 se valieron de un plebiscito no previsto en la Constitución para dar jerarquía suprema al acuerdo bipartidario de alternancia en el poder, solución heterodoxa que-sin embargo-ha significado para ese país lustros de paz y de continuidad institucional. Los colombianos tuvieron que optar entonces entre la ortodoxia constitucional con riesgo de prolongar la guerra civil, y una salida política al margen de las previsiones constitucionales preexistentes: al decidirse por esto último, pagaron un precio por el apartamiento de la legalidad formal (que bastante deteriorada estaba desde antes), pero evitaron la prolongación indebida de un desencuentro que amenazaba con la extinción nacional. Y optaron bien.

La segunda línea de pensamiento consiste en que tenemos que advertir que la Constitución, precisamente en el art. 30 tan invocado en la actualidad, habla de necesidad, y no de oportunidad, cuando se refiere a la reforma de la Constitución. Hoy, casi toda la prédica adversa a la solución vía reforma, pues se invoca como un elemento de juicio importante la falta de oportunidad, la inexistencia de condiciones objetivas que harían aconsejable y prudente la reforma de la Constitución. Pero la Constitución habla de la necesidad: si es necesaria se hace, aunque no sea oportuna. Nunca fueron condiciones oportunas las que presidieron el acto de reforma. No hubo oportunidad en el año 1860 (peores condiciones, imposible). El país estaba anarquizado, dividido, había falencia de poderes nacionales, etc. No había oportunidad en Filadelfia.

La tercera advertencia que debemos hacer es una precisión de tipo técnico, ya que la totalidad de las opiniones que se refieren a la reforma en las actuales circunstancias, presuponen la vigencia del art. 30 de la Constitución, pero también suponen que nos estamos refiriendo a una puesta en funcionamiento del poder constituyente en su etapa derivada o de continuidad.

No debemos insistir demasiado en el debate de estos aspectos porque es exagerar la importancia de cierto enfoque o de cierta tónica. La reforma, por lo mismo que dijimos de la Constitución al comienzo, es un medio, y no un fin en sí mismo; o sea, que la reforma es un medio para alcanzar otros fines que le trascienden a ella. En el fondo de la cuestión, si se requiera una definición de tipo conceptual acerca de la titularidad de los poderes que están en juego, creemos que es otra norma de la Constitución la que tiene que orientarnos y a la cual tenemos que dirigirnos. Desde este punto de

vista, el principio que más interesa preservar es el que trasunta el art. 33 de la Constitución, cuando reconoce como fuente y origen de los derechos, a “la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”. La República exige y supone la Democracia, la independencia o separación de los Poderes, la Igualdad ante la Ley, la Publicidad de los actos públicos, el funcionamiento de los órganos y mecanismos de Control, y la Responsabilidad consiguiente. Y la Libertad por encima de todo y para todos los hombres de bien que habiten en el suelo argentino.

Si de cuidar la legitimidad se trata, nosotros hemos estimado que existen dos vías igualmente factibles y decorosas para llevar adelante la reforma: o bien se convoca a una convención constituyente o bien se convoca a referéndum popular con simultánea elección de los poderes constituidos. Este último procedimiento fue previsto en la Constitución uruguaya de 1966 (art. 331, inc. E), que a pesar de su aparente complejidad fue aplicado exitosamente en dos oportunidades: “Cuando las reformas se refieran a la elección de cargos electivos, al ser sometidas al plebiscito, simultáneamente se votará para esos cargos por el sistema propuesto y por el anterior, teniendo fuerza imperativa la decisión plebiscitaria”. Esto quiere decir que la ciudadanía decide en un mismo acto, aunque con boletas separadas, la suerte de la reforma constitucional y la consiguiente elección de los mandatarios políticos: la única diferencia consiste en que debe votar dobles candidaturas, ya que en una irán los candidatos que se postulan según los cargos a cubrir en caso de aprobarse la reforma y en otra deben ir los candidatos para los cargos preexistentes en la Constitución, para el caso de que no prospere la aprobación popular de la reforma. Si se aprueba la reforma, resultarán elegidos los candidatos a los cargos previstos conforme a la citada reforma, y si se rechaza la reforma, quedarán consagrados los candidatos que fueron postulados para los cargos ya existentes en el régimen constitucional vigente. Desde el punto de vista técnico, es predecible un mayor esfuerzo en el escrutinio de los votos, ya que será mayor la cantidad de boletas a computar; pero no cabe pensar en dificultades para los votantes, siempre que las reformas sometidas a referéndum formen un conjunto de disposiciones fácilmente comprensibles para el entendimiento popular, a la vez que una alternativa genuina y franca con relación a la posibilidad válida de elegir gobernantes, en el mismo acto- según el régimen de la Constitución.

Ningún derecho nacido del principio de la soberanía del pueblo puede resultar lesionado con la aplicación de este sistema, que evita dilatar el mo-

mento de la elección de un gobierno de origen popular y al mismo tiempo permite consagrar —también popularmente— una reforma institucional destinada a fortalecer ese gobierno. Es por ello que estimo necesario que entre todos los sectores y la sociedad misma propiciemos tanto la supresión de las elecciones “intermedias” (las “mitacas” colombianas), como también la duración del período presidencial durante cinco años, sin reelección inmediata, aunque admitiendo un retorno en el período subsiguiente; a semejanza del sistema que tiene el Uruguay.

Del mismo modo creo y estimo lo afirmado por Arthur Schlesinger cuando señala (respecto de EE.UU.) que la Vicepresidencia “es una oficina condenada al fracaso”: sólo puede aguardar la cesación o muerte del Presidente. Muchos presidentes han tenido situaciones conflictivas con “los vices”, hasta el extremo de procurar sus alejamientos. Sobran los ejemplos (sic), incluso en nuestro país. Es sabido que el presidente Eisenhower respondió—ante una pregunta sobre qué decisiones había compartido con el Vice— que “si me dan una semana podría pensar en una”.

En el fondo, hay elementos para creer que lo que hoy está cuestionado es un concepto de constitución, un concepto que se llama “racional normativo” de constitución (en la famosa tipología de García Pelayo). Y más allá de ese concepto de constitución y del concepto sociológico (pero más allá de eso, o tras ello), está también en crisis todo un criterio de concepción del fenómeno jurídico. Es decir, todo un criterio de formalismo en redor de la manifestación o expresión del fenómeno jurídico. Es preferible contraponer a la opinión que acabamos de transcribir, el juicio más lejano de Hermann Heller, el gran teórico alemán que en su *Teoría del Estado* señalaba lo siguiente, que es aplicable a la aspiración que pueda tener todo legislador constitucional en su criterio de normación de las reglas de juego en un país: “La creación de normas por el Estado, no crea un derecho válido sino sólo un plan; el plan de un derecho que se desea para el futuro. Esta oferta que el constituyente o el legislador hace a los destinatarios de la norma, sólo produce derecho vigente en la medida en que las normas salen de su existencia en el papel para confirmarse en la vida humana como poder. Puede faltar esa confirmación por diversos motivos —observaba Heller—, ya porque la vida no precise de tales normas, ya porque las rechace, y en tales casos, la normatividad pierde su fuerza normalizadora. En última instancia, siempre veremos confirmarse la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder” (ps. 277/278).



Estos párrafos de Heller nos proporcionan una herramienta de extraordinario vigor para comprender el signo de un proceso mental y político. Son algo así como una vacuna que inmuniza frente al prejuiciamiento derivado de los módulos intelectuales de una formación que reunió promiscuamente a la retórica. Pero, claro está, nada nos indica que debamos arrinconarnos en la tesitura opuesta; y por eso es sabia la advertencia de Cueto Rúa: “Una cosa es atacar la técnica jurídica que hace caso omiso de la realidad humana, para encerrarse en especulaciones racionalistas, gramaticales o en indagaciones históricas...; y otra muy distinta, la destrucción sistemática de la normatividad, al amparo de nociones puramente fácticas, políticas, propias del conocimiento sociológico, que se niega a reconocer toda virtud operante a la estructura normativa”.

Hay mil contradicciones en el enfoque de este problema. Están los que se rasgan las vestiduras, pero consintieron la subversión total del sistema constitucional. Acá es menester “poner delante el bosque y no el árbol”, es decir, evitar que el árbol no nos deje ver el bosque. Por un lado, creemos que una constitución no rige o no podemos decir que rija porque se respeta tal o cual artículo cuando se cumpla sacrosantamente la norma que dice que el primero de marzo se hace la apertura del Congreso; y digamos que dejó de regir porque en vez de hacerse el primero de marzo se hizo el primero de la semana siguiente debido a cualquier acontecimiento extraordinario. Pero tampoco hay que pensar que una constitución ha dejado de regir porque haya en ella determinadas normas que nunca se han cumplido, como por ejemplo, la norma que en nuestra Constitución prescribió el juicio por jurados nacional y que nunca se aplicó. De tal modo, entonces, que hay que buscar cuál es el módulo o cuál es la pauta que nos permite determinar si una constitución rige o una constitución ha dejado de regir. Desde nuestro punto de vista creemos que la Constitución rige en cuanto crea un régimen político que alcanza a funcionar en la etapa de la transferencia legítima del poder. Interesa más que el origen la transferencia legítima del poder. Es decir, un régimen que asegure que los vencidos de hoy puedan ser los triunfadores de mañana, cumpliendo y respetando las mismas reglas del juego. Desde este punto de vista, la realidad nos indica que en la Argentina solamente en pocas oportunidades, a partir de la organización nacional, en términos de gobierno-oposición y oposición-gobierno, ha funcionado legítimamente esa transferencia del poder. Esas dos oportunidades fueron aquellas en las cuales se registró un cambio en los partidos gobernantes e incluso en la clase social gobernante, dentro de las reglas del juego. Fue en

1916, cuando Victorino de la Plaza le entregó la presidencia a Hipólito Yrigoyen, y en 1958 cuando Aramburu le entregó la presidencia a Frondizi (un caso quizá menos típico, pero que igual vale como ejemplo). En casi todos los demás casos, la transferencia del poder se ha hecho, o de Juan a Pedro y de Pedro a Diego, es decir, dentro del mismo núcleo político y social gobernante, o al margen de las reglas del juego, es decir, por una vía revolucionaria de quebrantamiento constitucional. También es cierto que en la historia argentina únicamente se registran tres casos en que la espada triunfante respaldó plenamente la consagración del poder civil. Fue también en 1853 con Urquiza, en 1860 con Mitre y en 1958 con Aramburu. Omito los casos recientes. El sistema constitucional, entonces, debe crear reglas de juego que puedan aplicarse y que a la vez se consiga comprometer en su cumplimiento a los principales protagonistas del momento político. Con sabia razón bien afirma el maestro Hans Kelsen que “lo importante en una democracia no es la mayoría del presente, sino la minoría de hoy en cuanto posible mayoría del mañana”.

Para ello hay que darse cuenta de que el retorno al pasado ya no vale más como apelación. Hoy no es una apelación válida invocar el pasado por el pasado mismo, nos guste o no nos guste. Y además, aunque nos desconsele, se impone reconocer que dentro de ese pasado también están incluidas en su caducidad algunas reglas del juego establecidas en la Constitución. Son las que podríamos llamar las “ficciones constitucionales”, cuya apelación no conmueve a nadie ni puede servir para encabezar un nuevo proceso institucional.

En primer lugar, el constituyente argentino que tiene que encontrar un nuevo punto de equilibrio entre los dos principios que componen nuestro sistema de gobierno: el principio liberal y el principio democrático. Como es sabido, el primero de ellos procura la limitación de poderes y el equilibrio de sus órganos por medio de la separación, con miras a la mejor defensa de los derechos individuales. En vez, el segundo, como su raíz semántica lo sugiere —el *demos*—, tiende a consagrar el gobierno de la mayoría sobre la base del sufragio universal: es el principio de la mitad más uno, del cincuenta por ciento más uno. Cuando se sancionó la Constitución de 1853, en el equilibrio logrado hubo un predominio —explicable en esa época por élites, y no de masas— del componente liberal sobre el “*demos*”. La concepción mecanicista predominó —a pesar del colectivo historicista que influyó en la formación de muchos de los congresistas— sobre la fe en la soberanía

popular sin límites; y entonces, se puede explicar así el desequilibrio que se observa en la actualidad entre nuestra normatividad y nuestra normalidad constitucional: tenemos una tensión enorme entre las pretensiones de las normas y los dictados de la realidad. Y los estallidos son frecuentes. Es que la visualización de las cosas ha cambiado con la óptica de las generaciones: mientras los hombres de aquella época hacían todo por el pueblo y para el pueblo, pero sin el pueblo; en la exaltación del “demos” que caracteriza las postrimerías del siglo XX, los dos ingredientes que se combinan en el recetario político son: participación con liderazgo. Veamos algunos correctivos que parecen ineludibles.

Uno de esos casos es el de la elección indirecta del presidente y vicepresidente de la Nación, por electores que se han de reunir en cada provincia para deliberar quién va a ser el presidente que ellos eligen por encargo del pueblo. El pueblo hoy vota directamente pensando en su líder, y no en su determinación por los electores, a los que el pueblo ni conoce ni le interesa.

En otro orden de cosas, también debemos tener presente que es una aspiración colectiva que la mayoría pueda gobernar, es decir, que pueda asegurarse mediante los mecanismos constitucionales el real desempeño del partido consagrado por el pueblo; porque las minorías no están para gobernar ni para cogobernar, sino para controlar. En la ciencia política muchos autores repiten el concepto de que la minoría cogobierna. La minoría no cogobierna ni gobierna, sino que controla a la mayoría, aunque debe ayudar y estimular, y está expectante, para ofrecerse como una alternativa o como un recambio, que el pueblo podrá elegir al término del mandato anterior si está disconforme con el plan y la ejecución de él desarrollada por el partido gobernante. Entonces, tenemos que armonizar esto con un sistema electoral que nos permita cubrirnos del riesgo de que la mayoría no esté capacitada para gobernar, y también, por supuesto, del riesgo de que la minoría quede inerte para poder controlar. Ya hace más de un siglo y medio se debatieron en Inglaterra las virtudes y desventajas del sistema electoral que ese país tenía que adoptar, después de las grandes reformas introducidas en materia de derechos políticos. Y dos grandes teóricos del liberalismo, como eran John Stuart Mill y Bagehot, expusieron los pros y contras de la representación proporcional. John Stuart Mill partía del axioma de que un hombre vale un voto, y defendía la representación proporcional al ver en ese sistema una equivalencia aritmética o matemática del espectro político en que estaba dividida la opinión del país. Pero Bagehot, que era adverso a ese sistema,

contraargumentaba señalando que la actitud psicológica del votante de mayoría y del votante de minoría, es distinta. El que vota para la mayoría, es decir, el que vota por quien va a ganar o por quien gana, quiere acción, ejecución, desempeño, cumplimiento de promesas, realización de un plan. En una palabra, quiere acción de gobierno. El que vota por la minoría o por quien resulte minoría, está pensando en que si no gana, en su expectativa quiere dilación, quiere demora, quiere discusión, quiere debate. Y es tan respetable un derecho como otro, pero ambos derechos deben ser armonizados, porque el derecho de la minoría de ninguna manera llega a ser tal que impida el derecho de la mayoría, o sea, el derecho a una efectiva acción de gobierno. Los ingleses, que son un pueblo muy práctico o pragmático, le dieron la razón a Bagehot, y de ninguna manera han aplicado el sistema de representación proporcional, que nosotros, en cambio, hemos adoptado como precaución ante las hegemonías.

Por otra parte, tenemos que erradicar un cierto prejuicio liberal contra las formas semidirectas de ejercicio de la democracia. Debemos vacunarnos frente al temor de que el pueblo pueda decidir en forma directa algunos problemas de gobierno, o ser consultado en torno de determinadas cuestiones políticas. Esto quiere decir que tenemos que admitir la institucionalización de consultas populares directas y periódicas, o mediante un referéndum o un plebiscito o, incluso, la revocatoria, para ciertas cuestiones. También en esto hay un equívoco histórico y doctrinal. La norma que generalmente se citaba para oponerse a la alternativa de que pueda institucionalizarse el referéndum, es el art. 22, que dice que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de los representantes elegidos según la Constitución. Esa norma no fue introducida para impedir la práctica de determinadas formas de democracia semidirecta, sino que tuvo un origen histórico muy concreto y muy definido: el propósito del art. 22 fue el de erradicar las dos deformaciones patológicas que aquejaban a la democracia política incipiente, o sea, la pueblada y la asonada; es decir, la reunión tumultuaria que pretendía descalificar a los representantes y el levantamiento armado que permitía o que pretendía reemplazar a los representantes. De ninguna manera, la consulta popular como elemento integrativo de un proceso democrático de toma de las decisiones políticas.

En segundo lugar, tenemos que buscar también un punto de equilibrio (así como recién nos referíamos al equilibrio entre el principio liberal y el principio democrático), otro punto de equilibrio, entre poderes y garantías.

Si se va a aumentar la dosis de atribuciones o se agiliza el desenvolvimiento funcional de los órganos del poder, también hay que acrecentar la eficacia de las garantías: es una “regla de oro”. Es decir, que a mayores poderes tenemos que procurar mejores garantías constitucionales. Para esto es válida aquella distinción de los poderes que ha hecho Loewenstein y que pretende actualizar o adecuar en alguna medida a la vieja distinción de Montesquieu, entre poder ejecutivo, legislativo y judicial. Loewenstein distingue en el Estado moderno tres poderes esenciales, que son el poder de decisión, el poder de ejecución de las decisiones y el poder de control de esa ejecución. En este último, tenemos que poner también la mirada para obtener el acierto de un hallazgo que nos permita brindar también mayor eficacia en el control de los poderes políticos.

En tercer lugar, tenemos que procurar otro equilibrio o armonización, que es entre dos valores importantes en el Estado moderno: los valores de libertad y de eficacia o eficiencia gubernamental. Tradicionalmente, el Estado antiguo era un Estado de eficiencia en el uso del poder. El Estado liberal trató de asegurar y garantizar sobremanera la libertad individual. El Estado totalitario pretende ser puramente eficiente. El Estado democrático social tiene que ser un Estado que armonice y equilibre en dosis igualmente ponderables, la eficiencia con las libertades individuales. El juego de los resortes del poder con el juego de la actividad y el desenvolvimiento de los individuos, teniendo además en cuenta que ha aparecido en este mundo una nueva temática o un nuevo tema de nuestro tiempo, como diría Ortega, que nos sacude y nos compromete, y que no es ya la mera invocación de la libertad, cuando la liberación aparece como una actualización imprescindible al tema-mito del desarrollo, pues en los términos enunciados por Paulo VI al expresar que hoy se debe procurar no sólo el desarrollo de todos los hombres sino principalmente el desarrollo de todo el hombre. El concepto adquiere así una integridad e integralidad que lo proyecta como verdadera pauta de toda acción social y estatal: la opresión del hombre puede provenir de lo económico o de lo político, pero también de lo cultural, de lo sexual, o de cualquier otro orden que lo tenga sometido; y la liberación como acción hacia la libertad es —precisamente— la lucha contra toda forma de opresión, aún más allá de la que nace de la necesidad de satisfacer las requisitorias de la existencia vital. Ahora, todo es vital para el hombre, que tiene derecho a ejercer su “libertad contra la opresión”, como ha dicho la Corte Suprema (caso Pratico, “Fallos”, 246-345, año 1960) basándose en un precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Se necesitan, pues, estructuras constitucionales que permitan canalizar adecuadamente esa “liberación”. Es decir, que no propicien o no aumenten el grado de “alienación” al cual se ve sometida la sociedad en esta etapa de desarrollo industrial en que se halla la humanidad. Es decir, un Estado, no solamente para el desarrollo, sino también para el bienestar y felicidad del hombre.

Hoy puede decirse que los argentinos estamos viviendo, no en una hora de ortodoxia, sino en una hora de heterodoxia, porque el mundo entero está sacudido por heterodoxias. Hay heterodoxias en la Iglesia, hay heterodoxias que conmueven a la economía, hay heterodoxias que sacuden a la política, hay heterodoxias que están trastrocando las bases mismas de nuestra política exterior (y no sólo la nuestra). También hay algunas heterodoxias en materia constitucional y también en la organización del pensamiento jurídico. La ortodoxia pura o el aferramiento, quedó ya ridiculizado en la respuesta que dio el anciano jurista Valette a quien fueron a visitarlo en la víspera del golpe de Luis Napoleón Bonaparte, en diciembre de 1851. A este profesor de la Facultad de Derecho de París, que presidía el órgano constitucional encargado de velar por el respeto de la superlegalidad en la Segunda República Francesa, los diputados fueron a verlo y le dijeron: “señor, hay que hacer algo; el presidente está por dar un golpe de Estado, barrerá la Constitución, pretenderá instaurar un imperio como el de Napoleón Primero”. Entonces, este anciano jurista, sentado en su lecho y con un pompón en la cabeza reflexionó un instante y les dijo: “no se preocupen, vayan a dormir tranquilos porque si produce el golpe, todo lo que haga Napoleón será inconstitucional y no tendrá ninguna validez”. La historia es conocida: el golpe tuvo lugar y Napoleón Tercero se quedó veinte años en el poder, hasta la batalla de Sedán, que la perdió y tuvo que abdicar.

La palabra final, en este tema, en nuestro país, hoy y acá, la tendrán que dar las dos realidades políticas que existencialmente hablando tenemos ante nosotros: pueblo y poder, poseedores y destinatarios del poder, que se suponen recíprocamente y que no podemos prescindir de ninguno de los dos. Cualquiera que sea la tónica que se tome, cualquiera que sea el punto de vista del cual se parta, en definitiva, tenemos que presuponer que no hay sistema constitucional que no tenga asegurada una vigencia si el pueblo se la presta. Si el pueblo no se la presta, si hay índices de resistencia, la vigencia se erosiona y llega un momento en que el deterioro provocará la caída del sistema. No hay norma constitucional, pues, y no hay por lo tanto,

reforma alguna, que pueda prescindir de un contorno de acatamiento. Es el pueblo quien presta la aprobación final, al no ensayar la resistencia. Como advierte Esteban Imaz en su contribución al tema del poder constituyente, la participación de la colectividad se presenta como la nota común necesaria a toda normación constitucional. ¿Cuál es la esencia genérica –como preguntaría Husserl- de las normas constitucionales?: está dada por la intervención necesaria de la colectividad. Así como la norma constitucional “espontánea” es originada por la colectividad, la norma “reflexiva” no es tal sin el acatamiento colectivo.

O sea, que la normación constitucional reflexiva no llega a término sin participación de la sociedad; y en consecuencia, estamos otra vez como en Sieyès: todo depende de la Nación...!, que es como decir que todo depende del pueblo.

Por eso, para poder edificar una democracia, es menester buscar el acuerdo con los grandes protagonistas de la hora, con los hombres que manejan el proceso político, nos gusten o no nos gusten. Con las fuerzas, que encauzan el ciclo, con los partidos, nuevamente reorganizados, que hayan sido buenos o malos, con los líderes genuinos, con los principales sectores de opinión económica, social, política, religiosa, nos gusten o no nos gusten. Porque la generación que está comprometida y emplazada a participar en esta salida, no tiene derecho a retornar a, sino un deber de ir hacia.

No seamos tan ilusos de creer que la Constitución por sí sola proveerá el milagro de la salvación colectiva. No creemos tampoco en un supuesto poder demiúrgico de las normas jurídicas. Hemos superado la visión utópica y feliz del racional-normativismo. Algo nos ha quedado de la lectura de Dworkin en cuanto al valor de los principios y de la ética.

Pero creemos que la Constitución vigente puede erigirse en un factor que haga menos dolorosa la situación que Ortega y Gasset describía como “subitaneidad del tránsito”. No debemos temer al cambio por los riesgos que él implica: los anticuerpos funcionarán si esa “subitaneidad” excede las normas que nuestro pueblo vivencia hoy y aquí.

Como hombres del derecho debemos contribuir a la solución institucional del país, pensando como Gastón Jéze, que “una solución jurídica debe valorarse en la medida en que contribuya a la paz social”. ¡Sea por la paz! Y todo depende de dos momentos, a saber: el del andamio como una ac-

ción del andar hacia adelante, marchando con movimientos positivos; más la viabilidad como vía por donde se puede transitar y que tenga probabilidades de poderse llevar a cabo.



II  
ACTIVIDADES DE  
LOS INSTITUTOS

*Los comentarios que siguen resultan de los informes elevados por los académicos directores de cada uno de los institutos.*

# INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus integrantes y de profesores invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina. Ellas fueron objeto de interesantes debates, en los que se puso en evidencia la capacidad y la versación de los intervinientes. Debido a la pandemia de la COVID-19 las reuniones fueron virtuales, a través de la plataforma Zoom.

En la primera sesión del año, celebrada el 28 de abril, después de comentarse diversas novedades jurisprudenciales y legislativas, el académico Cassagne abordó el tema “*Los límites del Estado de Emergencia. A propósito de la COVID-19*”. En esta ocasión efectuó una pormenorizada explicación del estado de emergencia sanitario declarado por el Gobierno Nacional con motivo de la pandemia de la COVID-19, y cuya finalidad es la preservación de la vida y salud de las personas.

Se destacó en la exposición que el Estado de Emergencia y el Estado de Necesidad son como dos caras de la misma moneda, ya que ambos suponen una situación de peligro extremo que amerita el desplazamiento de la legislación ordinaria y la consecuente adopción de medidas excepcionales para compensar y paliar los efectos de una situación que amenaza gravemente a toda la sociedad. Seguidamente se explicó que por las características de la emergencia sanitaria no parece adecuado acudir sin más e *in totum* al bagaje de principios y criterios jurisprudenciales que se aplicaron en los

sucesivos estados de emergencia económica dispuestos en el pasado, pues en la situación ultra excepcional como la que nos toca vivir, si bien algunos derechos solo se comprimen o restringen, hay otros que se pierden y nunca podrán ser recuperados ni compensados por su pérdida por parte del Estado.

Más adelante se puso de resalto que el instrumento que canaliza el ejercicio de las potestades públicas durante una situación de emergencia súbita o que demanda una resolución impostergable es el reglamento de necesidad y urgencia, cuyo dictado se encuentra sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones que determinan su validez constitucional.

A continuación el académico Cassagne destacó que en el ejercicio de los poderes de emergencia el gobierno está obligado a respetar los principios generales del derecho, en particular los que surgen de un bloque de principios que tutelan los derechos fundamentales de las personas (entre otros, por los principios *pro homine*, buena fe, confianza legítima, competencia, interdicción de arbitrariedad y el de razonabilidad de los actos estatales, comprensivo de la proporcionalidad), que tienen una jerarquía superior a las leyes, máxime cuando están reconocidos en la propia Constitución y en los tratados incorporados a ella.

Al concluir se destacó que, en la observancia de estos principios se encuentra el principal freno al desborde autoritario y a la arbitrariedad de los gobernantes y en ellos radica el núcleo duro de la legitimidad constitucional y del control que hagan los jueces para evitar que se desnaturalice el Estado de Derecho. Al culminar la disertación los miembros del Instituto efectuaron diversos comentarios sobre el tema abordado.

En la sesión llevada a cabo el 20 de mayo, el académico Alberto B. Bianchi trató el tema “*Dos cuestiones que plantea la crisis: El fallo de la Corte Suprema sobre las sesiones virtuales del Congreso y la responsabilidad del Estado emergente del ejercicio del Poder de Policía sanitario*”. El disertante comenzó su exposición con el examen de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la consulta formulada por la presidenta del Senado de la Nación (bajo el formato de una acción declarativa de certeza) a fin de que el tribunal determine si es constitucionalmente válido llevar a cabo sesiones por medios virtuales o remotos, ya que el decreto 297/2020 se ordenó el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” de las personas con motivo de la pandemia de la COVID-19.

El disertante explicó que el tribunal *in audita parte*, como si se tratara de un dictamen emitido a raíz de una consulta, (por mayoría) opinó que el Senado podía llevar adelante las sesiones bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo.

Señaló que, si bien no puede haber objeción constitucional alguna a que, en medio de una situación tan excepcional como la que vivimos por la pandemia el Congreso lleve a cabo sesiones virtuales, el Senado no debería haber preguntado a la Corte si podía sesionar remotamente, ni la Corte debería haber respondido pues, con ello, el primero renunció a ejercer sus funciones privativas e inherentes y la segunda se inmiscuyó indebidamente en ellas. En otras palabras, el Senado no debió consultar a la Corte cómo debe funcionar, ni la Corte debió decirle cómo ha de hacerlo.

El expositor puso también de resalto que la gravedad institucional invocada era puramente conjetural, ya que no existía ninguna amenaza, actual o en ciernes, que impidiera al Senado interpretar su Reglamento y disponer que las sesiones se llevaran a cabo en forma remota o virtual. Asimismo, afirmó que la consulta del Senado debería haber sido rechazada, simplemente, porque con ella se pretendía ampliar la competencia originaria de la Corte a un supuesto no contemplado por el art. 117 de la Constitución Nacional.

Por ello, concluyó que, en lugar de hacer un gran esfuerzo argumental para justificar por qué se respondía la consulta, a pesar de la inexistencia de caso judicial, la Corte Suprema podría haberse declarado incompetente.

En la parte final de la disertación el doctor Bianchi analizó la posibilidad de responsabilizar al Estado por las diversas medidas de emergencia que causaron daños a diversos sectores de la sociedad. Después de examinar los recaudos previstos en la legislación y la jurisprudencia para que proceda la responsabilidad estatal, el disertante examinó la posibilidad y las dificultades existentes para tornar responsable al Estado por su actividad normativa de emergencia. Al finalizar la exposición se produjo un fructífero intercambio de opiniones de los integrantes del Instituto.

En la sesión del 15 de julio, el doctor Oscar Aguilar Valdez expuso sobre el tema “*Potestad reglamentaria. Estado de excepción y control de razonabilidad*”. El expositor comenzó su disertación señalando que con motivo de

la declaración de emergencia sanitaria se sucedieron un sinnúmero de normas reglamentarias -muchas de ellas, bajo el rótulo de decretos de necesidad y urgencia- que profundizaron en nuevas medidas restrictivas de derechos tales como la prohibición de ingreso de extranjeros no residentes, la prohibición de ingreso al país de argentinos residentes en el país y en el exterior, la obligación de los empleadores y trabajadores de reportar ante la autoridad sanitaria nacional toda situación que encuadre en los supuestos de aislamiento preventivo y obligatorio impuesto por la autoridad, la obligación de los entes y órganos del sector público nacional de compartir datos e información que obrase en sus registros con la finalidad de realizar “*acciones útiles*” para la protección de la salud pública, la creación de un registro o base de datos estatal cuya finalidad es almacenar los datos generados mediante la aplicación informática “*COVID-19 Ministerio de Salud*”, cuya utilización fue impuesta obligatoriamente a todas las personas que ingresasen al país, la suspensión del dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario en todas sus modalidades, e institutos de educación superior, la suspensión de los servicios de transporte aéreo de cabotaje, etcétera.

A lo que se sumaron importantes restricciones a derechos económicos tales como el establecimiento de precios máximos a ciertos insumos sanitarios y de primera necesidad, la suspensión de corte de servicios públicos domiciliarios por mora o falta de pago respecto de determinados usuarios, la suspensión de la obligación del pago de tarifas de peaje para transitar en corredores viales concesionados o gestionados bajo contratos de participación público-privada, la suspensión del cierre de cuentas bancarias, el congelamiento de cuotas de créditos hipotecarios y suspensión de ejecuciones, el congelamiento de alquileres urbanos y suspensión de desalojos, la suspensión de despidos de trabajadores, entre otros.

Seguidamente se destacó que todas estas medidas afectan severamente y de un modo inédito una gran cantidad de derechos o libertades básicas y que su fuente no radica en leyes sino, exclusivamente, en reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional y, a partir de allí, por una gran pléyade de funcionarios administrativos de las más diversas jerarquías y competencias.

A continuación, el expositor examinó la validez constitucional de tales medidas y si era menester para conferirle adecuada cobertura constitucional declarar el estado de sitio, interrogante que fue respondido negativamente.

Más adelante sostuvo que el régimen reglamentario que gobierna este estado de autodenominada “*emergencia sanitaria*” no tiene apoyatura en nuestro modelo de Estado de Derecho.

Se afirmó también que el riesgo que se corre con lo que se calificó como modelo de “*Estado Administrativo*” es que sea un primer mojón en una tendencia a administrativizar la vida social y económica, anulando la autonomía individual y la de los cuerpos intermedios, olvidando que lo que debe guiar su actuación es el principio de subsidiariedad, respetando que sean los grupos menores quienes, sin compromiso del bien común, lleven adelante sus iniciativas particulares.

Seguidamente, explicó que para juridizar a la Administración del Estado Sanitario y Administrativo de Excepción, resulta imperioso abordar el quid del control judicial en esta materia, en particular a través del test de proporcionalidad. Al finalizar la disertación se afirmó que lo que exige el Estado de Derecho es que el control judicial sea suficiente y eficaz, lo que supone verificar que se restrinja, en lo mínimo necesario, los derechos de las personas, y que, en lugar de buscar hacer primar un derecho sobre otro, persiga la debida armonización entre ellos.

Después de la exposición se efectuó un interesante intercambio de opiniones de los miembros del Instituto acerca de los alcances e impactos provocados por las diversas medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno nacional y las dificultades para su revisión judicial a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la sesión del 25 de agosto, el doctor Pablo E. Perrino abordó el tema “*La responsabilidad del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19*”. El disertante comenzó su exposición explicando que la pandemia de COVID-19 y las medidas que el Estado implementó para hacer frente a la emergencia sanitaria provocaron significativos daños de diversa naturaleza que podrían comprometer la responsabilidad patrimonial estatal.

Seguidamente se explicó que la casuística es sumamente variada y que los supuestos en los cuales podría, eventualmente, suscitarse la responsabilidad estatal con motivo de la pandemia de COVID-19 podrían agruparse en dos grandes categorías. La primera, caracterizada por la circunstancia de que el daño no proviene de un accionar directo del Estado, sino que es fruto de una situación que ocurre en ocasión o con motivo del ejercicio de

diversas actividades desarrolladas por aquél; tal es lo que ocurre, entre otros, por los casos de daños a la salud y a la vida sufridos por el personal del Estado que se contagia de COVID-19 en ejercicio de sus tareas (médicos, enfermeros, miembros de fuerzas de seguridad, etc.), por pacientes que contraen la enfermedad en hospitales públicos e internos alojados en establecimientos carcelarios.

La otra categoría se conforma por los casos en los cuales la eventual responsabilidad estatal tiene su causa inmediata en las medidas adoptadas por el Estado para preservar la salud pública y que son gravosas para la libertad individual y económica. Según explicó el disertante dentro de esta categoría de supuestos es preciso distinguir aquellos en los que el daño es consecuencia de un ejercicio ilegítimo del poder de policía, de aquellos en los que aquél tiene por causa un obrar estatal lícito, en tanto los requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal en uno y otro caso difieren sustancialmente.

Con relación a los primeros, sostuvo el expositor, de acreditarse judicialmente la ilegitimidad de una determinada medida, el afectado tendría derecho a que le sean indemnizados los perjuicios que ésta le hubiera ocasionado, siempre que se verifiquen en el caso los presupuestos de la responsabilidad estatal por actividad ilícita, que a nivel nacional están regulados en el art. 3 de la Ley 26.944, de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos.

También se destacó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado un criterio particularmente restrictivo al momento de juzgar la razonabilidad de medidas dictadas en ejercicio del poder de policía sanitario, tal como se desprende de los pronunciamientos dictados en las causas “Frascalli” (Fallos 327:4958) y “Friar” (Fallos 329:3966), lo cual dificulta la procedencia de reclamos indemnizatorios sustentados en los principios de la responsabilidad estatal por actividad ilegítima, en tanto esta limitación en los alcances del control judicial suele llevar a la desestimación de la existencia de una falta de servicio.

A su vez, se sostuvo que, en aquellos casos en los que la medida estatal que ocasionó el daño no fuera susceptible de reproches en lo que hace a su legitimidad, el afectado podría, eventualmente, tener derecho a obtener una indemnización de encontrarse reunidos los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, previstos a nivel nacional en el art. 4 de la Ley 26.944.



Seguidamente el disertante afirmó que, en tales supuestos los perjuicios que constituyan consecuencias normales de las medidas sanitarias lícitas no deben ser indemnizables y ser soportados por los damnificados, por constituir cargas públicas derivadas de la vida en sociedad y que, en cambio, los daños que constituyan consecuencias anormales de medidas de emergencia sanitarias deben ser indemnizados, dado que significan para el damnificado un sacrificio especial o desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica. Al finalizar la exposición se efectuó un amplio y fructífero intercambio de opiniones entre los integrantes del Instituto. En la reunión llevada a cabo el 29 de septiembre la doctora Estela B. Sacristán abordó la cuestión de “*El decreto 690/2020 como expropiación regulatoria*”. En el inicio de la disertación se destacó que mediante el dictado del DNU 690/2020, el Poder Ejecutivo Nacional declaró como servicios públicos esenciales los servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones y el acceso a las redes de telecomunicaciones y que el decreto modificó la Ley 27.078 por la cual se había declarado de interés público el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones y sus recursos asociados. Seguidamente recordó que el régimen constitucional en materia de regulación económica que dimana de la reforma del año ‘94 reafirma la presencia de un modelo basado en la propiedad privada de los medios de producción, el libre mercado y la defensa de la competencia (artículos 9 a 12, 14, 17, 42 y concordantes de la Constitución) y que la justificación para la intervención legal en un mercado reconoce en nuestra Constitución dos hipótesis: la “*distorsión de los mercados*” y la presencia de “*monopolios*”.

A juicio de la disertante, el DNU 690/2020 se aparta de estas hipótesis al regular con la máxima intensidad de intervención estatal posible a las tecnologías de la información y comunicaciones, modificando las reglas del sector fijadas ex ante, sin ningún sustento fáctico que lo justifique. Para la expositora ello encuadra en la noción, forjada en precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de la expropiación de fuente regulatoria.

Seguidamente, la disertante brindó un amplio panorama acerca del origen y evolución de este instituto en el derecho norteamericano y su relación con los clásicos institutos del poder de policía, la expropiación y la responsabilidad estatal por su actividad normativa. Más adelante sostuvo que el decreto 690/2020, además de producir un cambio en las reglas de juego, afectó los derechos adquiridos de los actuales operadores del mercado de

los servicios de Tecnología de la Información y Comunicación y afecta la llegada de las nuevas inversiones que imperiosamente necesita nuestro país para generar progreso, crecimiento y empleo.

Al culminar la exposición, tuvo lugar un debate entre los participantes de la reunión acerca del concepto actual del servicio público y su aplicación por el decreto 690/2020 y los riesgos para el Estado de ser demandado por los operadores del sector por los daños y perjuicios producidos por la norma de cita.

En la sesión del 25 de noviembre el doctor Mario Rejtman Farah expuso sobre “*Los DNU durante la pandemia de COVID-19. Contradicciones y ambivalencias*”. El expositor comenzó su disertación poniendo de resalto que la mayor cantidad de medidas y las más relevantes, las que más han restringido e incluso suprimido derechos - con sustento en razones de salubridad pública o para dar soluciones de contención ante las graves consecuencias económicas y sociales derivadas del aislamiento social y obligatorio fruto de la pandemia de COVID-19 - no han sido establecidas por leyes, como hubiera sido lo lógico en el marco del normal funcionamiento de las instituciones y tal como lo exige la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales de protección de derechos humanos, sino principalmente mediante decretos de necesidad y urgencia.

Seguidamente y luego de enunciar los numerosos decretos de dicha naturaleza emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional dictó con motivo de la situación de emergencia sanitaria, se examinaron las previsiones constitucionales y la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. El expositor recordó que, desde hace décadas, gobiernos de todos los signos políticos han hecho un uso exacerbado de la facultad que la Constitución confiere al Presidente para el dictado de esta categoría de normas, lo cual pone en jaque el principio basal de división de poderes y subvierte el sistema constitucional de producción normativa.

Más adelante el disertante abordó la problemática que surge de la Ley 26.211, según la cual sólo ante el rechazo del decreto por ambas Cámaras del Congreso se produce su derogación, solución por demás criticable, pues basta con que el Poder Ejecutivo maneje o cuente con mayoría propia en una de las cámaras para imponer su voluntad. Finalizada la disertación se efectuó un amplio intercambio de opiniones entre los participantes de la reunión.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el 16 de diciembre, el doctor William Zambrano Cetina, catedrático de la Universidad del Rosario de Bogotá y ex Consejero de Estado de Colombia, expuso sobre “*El impacto de la pandemia de COVID-19 en el Derecho Administrativo*”. El disertante inició su exposición brindando un amplio panorama de las diversas medidas de emergencia sanitarias adoptadas por el gobierno colombiano con motivo de la pandemia de la COVID-19 (declaraciones de emergencia sanitaria, estado de excepción de emergencia económica y social, situación de desastre o calamidad pública, etc.).

Seguidamente se refirió al papel crucial en el control de legalidad de los actos administrativos relacionados con la pandemia del Consejo de Estado y en general la jurisdicción contencioso administrativa. Más adelante el expositor se refirió a que con motivo del confinamiento y los cambios de comportamiento que las personas se han visto obligadas a implementar para enfrentar la crisis sanitaria se ha modificado la forma en que los ciudadanos se relacionan con las administraciones públicas.

Es así que la pandemia ha acelerado los procesos de digitalización de los servicios que ofrece la Administración Pública a los ciudadanos. También destacó el impacto de las tecnologías en el funcionamiento de la Administración pública, señalando que el personal presta sus servicios en forma remota desde sus casas. Asimismo, puso de resalto que una de las lecciones que nos deja la pandemia es el uso de las tecnologías de la información y la importancia de tener datos oficiales confiables, actualizados y transparentes para el uso de la ciudadanía.

Es así como las estrategias de gobierno abierto cobran mayor relevancia como fuente de información ante la emergencia. Finalmente, el expositor sostuvo que era necesario fortalecer e incluso transformar la Administración pública como un actor central para la recuperación económica y social de las naciones de cara al mundo post-pandemia. Con posterioridad a la exposición los miembros del Instituto efectuaron un fructífero intercambio de opiniones acerca de las similitudes y diferencias en el abordaje de los problemas derivados de la pandemia en el derecho colombiano y argentino.

Por otra parte, en enero de 2020 se publicó, por la editorial Thomson Reuters - La Ley, el libro que recoge los siguientes trabajos preparados de los integrantes del Instituto dedicados al impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo: “*El derecho administrativo y el*

nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Las implicancias del Título Preliminar del Código Civil y Comercial en el ámbito del derecho administrativo*”, de Héctor M. Pozo Gowland; “*Relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo*”, de Carlos Botassi; “*La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al Derecho Administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)*”, de Juan Carlos Cassagne; “*La prescripción de los tributos locales*”, de Roberto E. Luqui; “*La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en materia de contratos administrativos: especial referencia al instituto de la responsabilidad y de la prescripción*”, de Catalina Legarre; “*El Código Civil y Comercial de la Nación, la prescripción de los tributos locales y el federalismo*”, de Nidia Karina Cicero; “*El derecho administrativo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y los derechos reales*”, de Juan Carlos Cardona; “*Dominio público y privado del Estado. Régimen jurídico*”, de Daniela Ugolini; “*Responsabilidad del Estado y prescripción liberatoria. Apuntes sobre las relaciones entre el Código Civil y Comercial y la ley 26.944*”, de Carlos J. Laplacette; “*La responsabilidad de los estados locales a partir de la ley 26.944*”, de Gabriela Seijas; “*¿Resulta exigible frente al Estado el deber de prevención del daño previsto en el art. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial?*”, de Guido S. Tawil; “*El Código Civil y Comercial de la Nación en el procedimiento administrativo*”, de Pedro Aberastury; “*La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho argentino*”, de Pablo E. Perrino; “*Las nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación (A propósito de su incidencia en el régimen de nulidades de la ley 19.549)*”, de Gustavo E. Silva Tamayo; “*La anulación de oficio del acto administrativo a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*”, de Mario Rejtman Farah; “*Sobre los derechos de incidencia colectiva*”, de Jorge H. Sarmiento García; “*La buena fe*”, de Luis A. Carello; “*Las astreintes contra el Estado*”, de Javier I. Barraza; “*Astreintes ¿son aplicables al Estado y a sus funcionarios en la realidad jurídica argentina actual?*”, de Juan Martín Alterini; “*La protección de la confianza y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*”, de Pedro J. J. Coviello; “*¿Nominalismo o valorismo en el nuevo Código Civil y Comercial? (Una cuestión central de los contratos públicos)*”, de Estela B. Sacristán, y “*Propiedad comunitaria de los pueblos originarios y responsabilidad del Estado constituyente*”, de Ignacio M. De la Riva.

# INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico José W. Tobías, el Instituto, publicó en el año al que se refiere esta Memoria la obra “*Estudios sobre Contratos en Homenaje al Académico Jorge Horacio Alterini*”, editados por Thomson Reuters - La Ley.

Las colaboraciones abordaron diversas cuestiones de los contratos en su regulación por el Código Civil y Comercial. Se ha contado además con el aporte de nueve académicos de número, de un miembro del Instituto de Derecho Empresarial y del hijo del homenajeado, Ignacio Ezequiel Alterini, en calidad de invitado especial.

El contenido de los Estudios comprende los trabajos que se enuncian a continuación, con la indicación del nombre del autor: 1) “*La protección constitucional del contrato (un régimen bipolar)*”, por Alberto B. Bianchi; 2) “*Razonabilidad y contratación privada*”, por Aída Kemelmajer de Carlucci; 3) “*Contractualización del derecho de familia*”, por Graciela Medina; 4) “*Teoría general de los contratos en el Código Civil y Comercial*”, por Juan Carlos Hariri; 5) “*Incapacidad*”, por Manuel Cobas; 6) “*Contratos entre cónyuges*”, por Eduardo A. Sambrizzi; 7) “*Oferta de contrato*”, por Rubén H. Compagnucci de Caso; 8) “*Forma jurídica: lineamientos de una teoría*”, por José M. Orelle; 9) “*La causa final en los negocios jurídicos*”, por Alberto J. Bueres; 10) “*La interpretación de los contratos en el Código Civil y Comercial argentino*”, por Alejandro Borda; 11) “*La autonomía de la voluntad ante la estructura del derecho real. Tipicidad de fuente contractual*”, por Ignacio E. Alterini; 12) “*La autonomía de la voluntad excede el campo contractual (los contratos en los derechos reales)*”, por Luis F. P. Leiva Fernández; 13) “*Relaciones entre los derechos reales y los contratos*”, por Nelson G. A. Cossari; 14) “*La alteración extraordinaria de las circunstancias en el régimen de la imprevisión contractual*”, por Andrés Sánchez Herrero; 15) “*La resolución por autoridad del acreedor*”, por José W. Tobías; 16) “*Sobre las nuevas tendencias del derecho administrativo en materia contractual*”, por Juan Carlos Cassagne; 17) “*Los contratos de participación público privada. ¿Una solución de compromiso o el abandono de las reglas de la contratación pública?*”, por Roberto E. Luqui; 18) “*Panorama del contrato de consumo*”, por Mariano Gagliardo; 19) “*El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial*”, por Carlos A.

Calvo Costa; 20) “*El concepto de la distribución selectiva. Su incorporación a la normativa argentina*”, por Osvaldo J. Marzorati; 21) “*Particularidades de los contratos de derecho de autor*”, por Delia Lipszyc; 22) “*Partición por donación*”, por Lidia B. Hernández y 23) “*El contrato y la herencia futura*”, por Zulema Wilde.

Durante el año 2020, por decisión de sus miembros, la actividad del Instituto versó sobre el tema “*Las nuevas tecnologías y el Derecho*”. En reuniones virtuales convocadas especialmente a esos fines, algunos de sus miembros desarrollaron los temas de su elección, luego de los cuales se produjo un intercambio de opiniones e ideas.

En la reunión del 24 de junio expuso el doctor Jorge M. Galdós sobre “*Prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales*”, mientras que en el encuentro del 26 de agosto las doctoras Sandra Wierszba y Norma Silvestre disertaron sobre “*Economía colaborativa y plataformas digitales: problemas jurídicos centrales según la experiencia argentina*”.

El 21 de octubre el doctor Alejandro Chamatropulos disertó en calidad de invitado sobre el tema “*Impacto de las tecnologías 4.0 y las neurociencias en el acto jurídico*”, y el 11 de noviembre la doctora Noemí Nicolau expuso sobre el tema “*El impacto de las nuevas tecnologías en la relación médico paciente*”.

Corolario de la tarea desarrollada fue la obra colectiva “*Las nuevas tecnologías y el Derecho*”, que comprende los siguientes trabajos, con la indicación de sus autores: 1) “*Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías*”, por José W. Tobías; 2) “*El impacto de las nuevas tecnologías en la relación médico paciente*”, por Noemí Nicolau; 3) “*La Historia Clínica Electrónica*”, por Zulema Wilde; 4) “*Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del derecho privado de tradicional conformación: La persona y el contrato*”, por Edgardo I. Saux; 5) “*Evolución y revolución del derecho privado (Conocer es comparar)*”, por Luis F. P. Leiva Fernández; 6) “*Los robots y la personalidad electrónica*”, por Luis D. Covi; 7) “*El huracán digital. Su incidencia sobre el derecho de autor y conexos*”, por Delia Lipszyc; 8) “*La Ley 11.723 es una ley que prevé el cambio tecnológico y así lo anuncia desde su inicio*”, por Carlos A. Villalba; 9) “*La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales*”, por Jorge

M. Galdós; 10) “*Protección de la ley a las nuevas tecnologías*”, por Juan Carlos Hariri; 11) “*Formas del negocio y tecnología*”, por Mariano Gagliardo; 12) “*Los actos electrónicos. Incidencia en los elementos de hechos y actos jurídicos*”, por José M. Orelle; 13) “*Firma y firma digital*”, por Rubén H. Compagnucci de Caso; 14) “*Economía colaborativa: Concepto, regulación y responsabilidad civil*”, por Norma O. Silvestre y Sandra M. Wierzba; 15) “*La comercialización de semillas mediante el sistema de regalía extendida*”, por Andrés Sánchez Herrero; 16) “*Propiedad Horizontal y las nuevas tecnologías: Las asambleas virtuales*”, por Nelson G. A. Cosari; 17) “*La influencia de las nuevas tecnologías con relación a dos temas de derecho sucesorio*”, por Lidia B. Hernández y 18) “*Contratos autoejecutables: smart contracts*”, por Fulvio G. Santarelli.

La versión digital de los Estudios ya ha sido publicada, mientras que la edición papel será impresa durante el año 2021, siempre por la Editorial Thomson Reuters - La Ley. El Instituto realizará en el año 2021 una obra en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas e invitó a participar a los académicos como así también a los integrantes de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y a sus Institutos, a fin de federalizar el homenaje.





# INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

## “SEGUNDO V. LINARES QUINTANA”

Bajo la dirección del académico doctor Alfonso Santiago y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, el Instituto no pudo realizar las habituales reuniones mensuales presenciales como consecuencia de la pandemia y de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, pero las mismas fueron suplidas por la organización de reuniones mensuales virtuales.

Si bien en las reuniones presenciales siempre ha existido un número considerable de miembros que han expuesto temas y participado en forma activa, en las virtuales se mantuvo el número de los asistentes que lo hacían en forma presencial y se sumaron aquellos que por vivir en localidades del interior del país no siempre podían concurrir a las reuniones y que ahora a través de la virtualidad han podido participar.

Siempre hemos contado con miembros interesados que han enriquecido el debate de los distintos temas que se abordaron.

Con la intención de señalar en su real magnitud la tarea desarrollada durante el año 2020, se torna conveniente detallar las fechas de las reuniones, los expositores y los temas que se expusieron.

El 21 de abril el doctor Manuel José García Mansilla disertó sobre “*Marbury vs. Madison y los mitos sobre el control de constitucionalidad*”.

El 19 de mayo se abordó el tema “*Pandemia y emergencia. Conflicto de valores y estrategias de implementación*”, desarrollado por tres miembros del Instituto. El doctor Enrique Zuleta Puceiro expuso sobre “*Pandemia e instituciones. Una agenda para el debate*”; El doctor Alberto García Lema lo hizo sobre “*La emergencia sanitaria y la situación de los adultos mayores*” y el doctor Antonio Martino sobre “*Pandemia. Valores y como implementarlos en la Justicia*”.

El 16 de junio el académico Alberto B. Bianchi analizó en forma detallada el caso “*Fernández de Kirchner*”, mientras que el 21 de julio la expo-

sición del doctor Jorge Alejandro Amaya versó sobre *“La Teoría de los contralímites y el derecho argentino”*.

El 18 de agosto se expusieron temas siempre referidos al Poder Judicial. Dado que eran ocho los expositores se fijó a cada uno un tiempo máximo de diez minutos. En esa reunión el académico Alfonso Santiago abordó *“Las reformas judiciales en las últimas tres décadas”* y el doctor Enrique Zuleta Puceiro lo hizo sobre *“La reforma judicial como ‘política de Estado’: convergencias y divergencias alrededor de una idea recurrente en la experiencia institucional argentina”*.

El doctor Alfredo Vítolo desarrolló *“Apostillas preliminares al proyecto de reforma de la Justicia por el Poder Ejecutivo”*, el doctor Martín Oyhanarte señaló los *“Cambios en la organización judicial, traslados, acuerdos del Senado y régimen de subrogancias en los nuevos juzgados”*, mientras que el doctor Jorge Alejandro Amaya expuso sobre *“Consejo de la Magistratura”*.

El académico Alberto B. Bianchi se dedicó a analizar la *“Ampliación de la Corte y su eventual división en Salas”*, la doctora Alejandra Rodríguez Galán lo hizo sobre *“La Corte Suprema”* y el doctor Daniel Sabsay aportó el contenido de dos publicaciones de su autoría referidas a *“La reforma judicial”* y a *“La ampliación de los miembros de la Corte”*.

El 15 de septiembre se suspendió la exposición que debía efectuar el doctor Sabsay debido que se dedicó toda la reunión a recordar al académico Gregorio Badeni, fallecido el día anterior. Fue un destacado jurista que presidió nuestra Academia durante los años 2011-2016 e integró el Instituto desde su fundación, fue nombrado Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires y autor de numerosos libros referidos al Derecho Constitucional en toda su amplia temática y, particularmente, a la libertad de expresión en todas sus formas y variantes.

El 20 de octubre el doctor Pablo Manili desarrolló el tema *“Orden público y derecho constitucional”*, mientras que el 17 de noviembre el académico Santiago expuso sobre *“Políticas Públicas y derecho constitucional”*, que despertó gran interés entre los miembros y propusieron una 10 reunión para el siguiente mes, con la finalidad de profundizar el tema para que se pueda desarrollar en las reuniones del año 2021.

---

El 15 de diciembre se continuó tratando el tema de la reunión anterior y se sugirieron algunos, tales como antecedentes norteamericanos, contenidos del artículo 41 de la Constitución Nacional, educación, política de tierras y agraria, y también sobre el soporte tecnológico de las políticas públicas.

Este extenso temario que se pudo desarrollar con gran participación virtual de los miembros del Instituto ratifica lo precedentemente expuesto. Se evidenció mucho interés, muchos comentarios posteriores a las exposiciones, y mucho respeto por la opinión ajena. Se advirtió en cada reunión un deseo de colaboración, de aporte y no de crítica superficial o lesiva. Tal como lo he destacado en cada uno de los informes anuales previos, hubo debate, hubo intercambio de ideas, hubo crítica fundada pero siempre con un amplio respeto al pluralismo y a la opinión ajena.



# INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico Jorge R. Vanossi, el Instituto realizó cuatro reuniones académicas de carácter virtual, para analizar las preocupaciones y desafíos actuales de la especialidad, con particular dedicación a los intereses de la República Argentina.

Las reuniones —a través de la plataforma Zoom— se organizaron y desarrollaron perfectamente a pesar de la excepcionalidad derivada de la pandemia de COVID-19, que obligó a suspender las actividades presenciales previstas en los meses de marzo y abril.

El 26 mayo expuso el doctor Marcelo G. Kohen sobre “*La cosa juzgada en la Corte Internacional de Justicia*”, mientras que el 7 de julio la doctora Silvina S. González Napolitano disertó sobre “*Las recusaciones de árbitros en el arbitraje de inversión*”.

En la reunión del 27 de octubre el doctor Alberto L. Zuppi abordó “*La posición argentina en la Cuestión Malvinas y la Opinión Consultiva de la CIJ respecto de la separación del archipiélago de Chagos*” y el 27 de noviembre, la doctora Susana Ruiz Cerutti expuso sobre “*El arbitraje de Laguna del Desierto*”, con motivo de haberse cumplido 25 años del segundo laudo del Tribunal que rechazó los dos recursos interpuestos por Chile.

El secretario del Instituto, Leopoldo M. A. Godio, elaboró una síntesis de todas las exposiciones como parte de las actas periódicas del Instituto, previa aprobación de los intervinientes, a fin de mantener informados a los miembros que no pudieron participar de las sesiones virtuales.

Se prevé continuar durante el año 2021 con la modalidad de trabajo virtual en atención a que las recomendaciones sanitarias por la pandemia de COVID-19 se extenderán más allá del inicio de las reuniones ordinarias y se espera acordar un tema común de trabajo entre los integrantes del Instituto, a fin de elaborar una obra colectiva.

Finalmente, se informa que el 7 de abril falleció la doctora Hortensia D. T. Gutiérrez Posse, profesora emérita de la Universidad de Buenos Aires y miembro del Instituto. Su partida ha constituido una gran pérdida para sus integrantes, y se la recordó en las palabras de la doctora Lilian C. del Castillo, en la sesión virtual realizada en mayo.



# INSTITUTO DE DERECHO PENAL

Bajo la dirección del académico Guillermo J. Yacobucci, y a pesar de las dificultades impuestas por la pandemia y la cuarentena adoptada por las autoridades estatales, el Instituto de Derecho Penal pudo llevar a cabo reuniones periódicas con presentación y discusión de ponencias a través de la plataforma Zoom, con excepción de la primera de las jornadas, que pudo hacerse de modo presencial.

El 3 de marzo, en la sede de la Academia, tuvo lugar la primera de las reuniones, a cargo del académico Yacobucci, con la asistencia del secretario doctor Eduardo Riggi. En esa oportunidad se organizó el cronograma anual, la secuencia de ponencias y los temas.

En la reunión del 28 de abril la ponencia estuvo a cargo del profesor Alejandro Freeland, analizando el texto del doctor Ivo Coca Vila —profesor de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona— sobre “*Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal*”. La ponencia fue seguida de una importante discusión acerca de los estándares morales y jurídicos que regulan las situaciones de necesidad y el desafío de los vehículos de conducción autónoma.

El 30 de junio presentó su ponencia el profesor doctor Alejandro David, analizando el texto del doctor Jesús Silva Sánchez —Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona— sobre “*Crítica a las doctrinas de la lucha contra la impunidad y del Derecho de la víctima al castigo del autor*”. La exposición fue seguida de un animado debate sobre los juicios por graves violaciones a los derechos humanos y la nueva legislación sobre derechos de las víctimas.

El 14 de octubre tuvo lugar la defensa de la tesis doctoral del miembro del Instituto, Alejandro Freeland, sobre “*El estado de necesidad agresivo. Una propuesta liberal*”, que obtuvo la máxima calificación y fue seguida por distintos medios audiovisuales.

El 3 de diciembre se llevó a cabo la Jornada Internacional de Derecho Penal, con la exposición del profesor doctor Jesús Silva Sánchez sobre “*La libertad de la voluntad como presupuesto de la responsabilidad penal*”. Los planteos fueron seguidos de comentarios y discusiones.





# INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, en la modalidad de trabajo que viene realizando, con propuestas de legislación, el Instituto, como ya lo hiciera respecto del proceso colectivo, el amparo, el hábeas corpus y la oralidad, durante el año 2020 organizó la estructura de tareas a fin de hacer un “*modelo de sistema*” Procesal Civil, Comercial, Familia, Personas, Procesos colectivos, que se adecue tanto a los nuevos tiempos como a la debida organización, estructura y contenido que debe haber para poder estructurar un Código que se enfoque en el nuevo entorno que se desarrollará en los siguientes años.

Como en los otros trabajos anteriores del Instituto, se trata de un modelo genérico adaptable a las distintas jurisdicciones que contiene en su final un modelo de Código.

Para la primera parte se seleccionarán las cuestiones que se detallan a continuación, parte que se encuentra resuelta parcialmente con los trabajos del año 2020: 1) ¿Se pasa de un proceso escrito a uno oral directamente, o se pasa a un sistema mixto?; 2) Si el sistema es mixto, ¿qué deberá contener el Código para luego poder pasarlo directamente al proceso oral total?; 3) ¿Es útil el proceso por audiencias o hay otros modelos mejores?; 4) ¿El sistema será codificado o decodificado?; 5) Si es decodificado, ¿habrá un solo Código o tendremos que hacer un Código Procesal Constitucional, uno de Familia, uno Contencioso Administrativo, uno Laboral, etc.? 6) Si es codificado, ¿cómo se articula ese sistema?; 7) Sin perjuicio de la codificación o decodificación, ¿es conveniente regular procesos que ya están prácticamente definidos en las leyes de fondo y a los que puede aplicarse un trámite general?; 8) Para aplicar el sistema mixto u oral, ¿habrá que formar a los operadores jurídicos previo a aplicar el Código?; 9) En lo que hace a materias extrajudiciales para la solución de conflictos (mediación, conciliación, arbitraje), ¿las regulaciones deberán estar dentro del Código o merecerán una regulación aparte?; 10) ¿El sistema será montado sobre el existente o se reglará la Oficina Judicial?; 11) Si se regula la Oficina Judicial, ¿qué pasará con el personal actual de los Juzgados que deberá reducirse o reconducirse en sus conocimientos y funciones?

La segunda parte se deberá ocupar del presupuesto, costos de personal, edificios y tecnología, mientras que la tercera parte se refiere a la estructura del Código o de los códigos de las distintas materias.

Durante el año al que se refiere este informe, el doctor Leandro Giannini, integrante del Instituto y profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata fue designado director del Instituto de Derecho Procesal de dicha Universidad. El doctor Mario Masciotra fue designado miembro del Consejo Académico del programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, director de la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador y miembro del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal Dr. Cipriano Gómez Lara (México). Asimismo, publicó su obra “*Discrecionalidad judicial en el Código Civil, I Parte General*”, Editorial Astrea.

El doctor Roland Arazi, profesor titular consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, publicó como Director la obra “*Oralidad y proceso civil*”, Editorial Rubinzal Culzoni.

El doctor Jorge A. Rojas, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal publicó la obra “*Nociones Básicas teórico prácticas de Derecho Procesal Civil*”, Editorial Rubinzal Culzoni. Asimismo, los miembros del Instituto han publicado numerosos artículos en las Revistas papel y Online de La Ley, Rubinzal Culzoni, el Dial, Fundesi y otras colaboraciones en obras especiales.

# INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Bajo la dirección del académico doctor Daniel Funes de Rioja, el Instituto realizó, entre los meses de junio y diciembre, seis reuniones académicas, las que se llevaron a cabo a través de la plataforma Zoom, en el marco de la pandemia de COVID-19.

En dichas reuniones los miembros del Instituto expusieron y debatieron temas vinculados a cuestiones de derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

En la reunión del 23 de junio, la primera del año, los miembros del Instituto debatieron sobre la legislación laboral en la pandemia.

En el encuentro del 29 de julio disertaron la doctora Liliana Litterio sobre “*Trabajadores plataforma dependientes*”, y el doctor Héctor García sobre “*El Derecho del Trabajo en la emergencia sanitaria*”.

El 26 de agosto disertó el doctor Horacio Guido sobre “*El sistema de control de la OIT y la Argentina: oportunidades y desafíos*”.

El 28 de septiembre expuso el doctor Adrián Goldín sobre “*Debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo, segmentación tutelar y universalidad de la protección social*”.

En la reunión del 26 de octubre ofreció una comunicación el doctor Jorge Sappia sobre “*Ley de Teletrabajo*” y comentarios a cargo del doctor Juan José Etala.

En el encuentro del 9 de diciembre disertaron el doctor Héctor García sobre los fallos “*Cardozo c/ Atento Argentina*” y “*Vera c/ Ford SCA*”, y el doctor Julio Simón sobre el fallo “*Tebes c/ Arcos Dorados*”.

Durante el año 2021 están previstas exposiciones de invitados de diversos ámbitos sobre temas vinculados a nuestra disciplina, entre los meses de marzo y noviembre.



# III

## OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



# TRANSFORMACIONES SOCIALES Y ¿CRISIS DEL DERECHO? POR MARIANO GAGLIARDO <sup>1</sup>

Han transcurrido dos décadas de este presuroso siglo XXI, donde impensados acontecimientos internacionales y de orden local, nos colman con sorpresas gratas —las menos— , y, otros acontecimientos que sin dudas, nos superan en asombro.

Unos y otros sucesos, con matices y modalidades actuales, en algún aspecto, guardan similitud con ciertos episodios pretéritos, dicho ello, en términos generales, mientras algunos acontecimientos diferentes, resultan por lo novedosos, impensados.

## I

### ELEMENTOS Y ACONTECIMIENTOS PROPAGADORES DEL CAMBIO SOCIAL.

Ante lo expuesto, previo a mayores precisiones, nos encontramos con el camino secular del Derecho, el que si bien incipiente, desde los orígenes de la humanidad hasta nuestros días, es un incesante progreso hacia la meta de la justicia, y en ése camino, en aras del mismo, cuantas nociones que

---

<sup>1</sup> La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 23 de abril de 2020 que, por razones públicas, fue suspendida. El texto fue preparado a principios de febrero de 2020, incorporando luego algunos aspectos acerca del COVID-19.

fueran fundamentales y parecían inmovibles, se derrumbaron ofreciendo hoy tan solo el recuerdo de lo histórico.

Una rápida visión del pasado, nos indica que en el siglo XIX, la revolución industrial generó nuevas condiciones y problemas que ninguno de los modelos sociales, políticos y económicos existentes podían resolver.

En ése entonces, y desde el inicio de la citada época que supo consternar a muchos individuos, por cada empleo que se perdía debido a una máquina, se creaba al menos uno nuevo, el nivel de vida aumento y no se deterioró, según los vaticinios pesimistas del momento. Hay buenas razones para pensar que los cambios en estos mejores tiempos, por múltiples motivos, serán diferentes a los que se narran. Sin embargo, desde la Revolución Industrial, se sabe que el crecimiento de una nación depende de la acumulación de capital y la disponibilidad de tecnología: ello permite aumentar la productividad, mejorar los salarios y proveer de bienes públicos.

Y a propósito de lo que sucedía en la antigüedad, por caso, hace mil años cada cultura tenía su propio relato del universo y de los ingredientes sustanciales de lo cósmico.

Por el contrario, en la actualidad, las personas cultas de todo el mundo, y es destacable, creen exactamente las mismas cosas sobre la materia, la energía, el tiempo y el espacio.

Y, sin descrédito de lo dicho, la gente tiene todavía diferentes religiones e identidades, nacionales, pero cuando se trata de asuntos prácticos tal como construir un estado, opinar de economía, erigir un hospital o idear acerca de la política de un gobierno, casi todos pertenecemos a la misma civilización.

La voz de alerta de los cambios sociales, nos llegan desde los campos más diversos, antes quizás inimaginados, se aceleran progresivamente y se encaminan de manera rauda, en una especie de marcha irrefrenable. Cambios vitales que antaño, precisaban para su logro una trayectoria más que secular.

El cambio es el hecho social primordial y de máxima atención, de la misma manera que el movimiento es el hecho físico primario.

No hay nada comparable en la Historia Universal a la increíble aceleración del cambio social y de la historia, que tanto ocupara a Toynbee.



La calma de las aguas ha quebrado, y en ocasiones con caracteres y riesgos borrascosos y cuando no tumultuosos.

Las transformaciones técnico científicas así como las vicisitudes en las mutaciones económicas son algo tan generalizado que agudizan el llamado contexto de la globalización, complejo episodio de integración mundial que ocurre, entre otros, en los sectores de comunicaciones, economía, finanzas, negocios e inclusive se irradia en lo cultural.

Globalización que ha beneficiado a grandes segmentos de la humanidad pero hay indicios de una desigualdad creciente tanto entre las sociedades como en el interior de las mismas. Algunos grupos monopolizan de manera creciente los frutos de la globalización, al tiempo que otros se quedan atrás. El mismo fenómeno ha reducido muchísimo las diferencias culturales en todo el planeta.

Resulta multidimensional la globalización y responde a la lógica de las fuerzas centrípetas y se traduce en interdependencia, apertura de mercados, a lo que se contrapone lo centrífugo del proteccionismo económico.

La globalización se generó por variables tecnológicas, económicas, demográficas, etc. creando problemas y situaciones nuevas para las empresas que deben responder a los consumidores y a los múltiples requerimientos de las sociedades e individuos.

En este breve panorama, no puede omitirse que la globalización, tiene fisuras, pues prevalecen —como se dijo— las marcadas desigualdades entre los países, y más aún dentro de ellos.

Cito la interesante afirmación del académico Cassagne (Derecho Administrativo y Derecho Público General, p.367) quien nos dice que la consolidación del capitalismo liberal en casi todo el Occidente, y consecuentemente, desaparecido de la faz de la tierra la ideología marxista— leninista, los Estados se han visto obligados a desenvolver su acción política y económica en medio de constantes crisis cuyas consecuencias generan desconcierto e incertidumbre. Y, dice el autor que si bien el equilibrio mundial nunca ha sido ni es permanente, y el fiel de la balanza suele oscilar al compás de las fuerzas que operan en el plano político y económico, nunca como ahora las transformaciones han sido tan aceleradas.

La creación genuina de la riqueza, carece de fórmulas misteriosas. La propagación del progreso y esfuerzos para superar las pobrezas regionales, se expanden de modo vertiginoso en las diversas comunidades.

Si bien convulsionados, eso lo sabían los países de la Unión Europea, desde los escandinavos hasta las 15 repúblicas que integraban la antigua Rusia. Y la mayoría de América Latina, salvo los enclaves de indigencia y sumisión, como Cuba, Venezuela y Nicaragua.

También los países con culturas milenarias como los “dragones asiáticos” (Hong Kong, Taiwán, Corea del Sur); los vecinos de India y Paquistán; el sudeste asiático (Singapur, Malasia, Tailandia, Indonesia); los discípulos de China: Camboya, Vietnam y Laos, e incluso, las nuevas economías africanas, como Botswana, Ghana, Nigeria y Ruanda. A su manera, intentan participar en el comercio mundial y atraer inversiones extranjeras con modelos capitalistas de distinta factura. Algunos, con marcos institucionales democráticos, y otros autoritarios. Algunos, gobiernos transparentes, y otros corruptos. Pero todos utilizan un lenguaje parecido en un contexto cada vez más difícil en que los ahorros buscan refugio en activos seguros.

A propósito de la Unión Europea, un cambio social de significación que algún día se conocerá la real causa que cuajara en Inglaterra, es la salida de tal ámbito, un hecho importante con consecuencias imposibles de medir hoy, si bien clarificadas voces expresan sus dudas sobre el Brexit y quienes lo llevan adelante.

Asistimos a un “salto hacia el futuro” cualificado por Toynbee como síntoma del nacimiento de una nueva era.

La tecnología y velocidad en las comunicaciones y los raudos viajes entre la diversidad de países, han empequeñecido el mundo.

La llamada de atención o alerta, nos llega desde diversos ámbitos y no se trata de una mera especulación.

Cambios que ya se advierten en las disciplinas científicas o tecnológicas. Pocos son los que pueden comprender las nuevas tecnologías, y no digamos, regular su potencial explosivo.

Stammler, aspiraba a ordenar armónicamente todos los humanos afanes, es decir, todas las finalidades humanas (Recasens Siches, Luis, Direcciones

contemporáneas del pensamiento jurídico, Manuales Labor, Barcelona, 1928, p.198).

No puede dejar de señalarse las distintas alteraciones en la salud pública, a través de los tiempos, con proyecciones inusitadas en el mundo y condicionando las instituciones de los países que afectaron.

Señalamos, en primer lugar, la peste bubónica, en pleno medioevo con inicios en China en 1331 enfermedad que sumada a la creciente guerra civil de entonces, arrasó con la mitad de la población China, y de allí avanzó hacia Europa, África del Norte y Medio Oriente. En tan solo cuatro años, entre 1347 y 1351, la peste bubónica aniquiló al menos a un tercio de la población europea. En Siena, Italia, murió la mitad de la población.

La peste no quedó allí y otro feroz brote se desató en China en 1855 y se propagó por el mundo, matando 12 millones de personas.

Otra letal epidemia fue el Ébola —enfermedad viral altamente contagiosa— que en el año 2014, mató 11.000 personas en África Occidental.

La conocida gripe española del año 1918, que afectó entre 50 y 100 millones de personas, también conocida como “gripe de las trincheras” acaecida en plena Gran Guerra. Según el premio nobel Bernet, biólogo, quién realizó varios estudios, concluye en que el primer brote de esta peste se produjo en Estados Unidos. Desde allí o junto al ejército estadounidense que partió a Europa, fundamentalmente se irradió en España.

En nuestro país, la misma gripe en el año 1919, produjo 12.700 muertos.

En el siglo XIV, la peste negra o muerte negra, según estimaciones, alcanzó, sólo en Europa, a 25 millones de personas, fue causada por una variante de bacterias y la letal *ersina pestis*.

En el orden local, citamos la fiebre amarilla, con atisbos en los años 1852 y 1858, recrudescida en 1871 con un tendal de 12 mil de muertos.

La ignorancia y el desconocimiento del origen de esta epidemia hizo cundir al pánico en toda la Capital apoderándose de todos los estratos sociales. La fiebre era uno de los síntomas de la enfermedad y recibió el nombre de “amarilla” debido a la bacteria que producía en el semblante de los aquejados. Al parecer, procedía de alguna embarcación oriunda de Paraguay

— aún se desarrollaba la guerra de la Triple Alianza— y el mal encontró muchos lugares y ámbitos propicios para reproducirse rápidamente en la ciudad, sobre todo en zonas cercanas a la ribera del riachuelo, puertos, barrios bajos, zonas anegadizas y pantanosas. Las barriadas populosas de San Telmo, Montserrat y La Boca, fueron las más afectadas.

Otro virus considerable acaecido en el país, fue en junio de 2009, conocido como gripe A, época en donde fueron hospitalizadas 14.000 personas por afecciones respiratorias, se notificaron un millón y medio de casos y significó 600 muertos.

Debe señalarse que la gripe estacional en nuestro medio representa por año 4000 muertes.

Un efecto no deseado de la globalización es el Virus Sars Cov2 acompañado con la enfermedad respiratoria que produce el Covid 19, conocido como “Coronavirus” pandemia global, que a los enfermos —y no— a todos nos afectó en nuestro diario vivir.

En algún momento de sosiego, cuando esta peste sea historia, cabrá considerar los cambios operados en el mundo, formas de vida y rol de la salud pública. Todas, cuestiones no menores.

Las estadísticas no son capaces de tranquilizar a una sociedad presa del pánico. Y lo que se afronta con el “Coronavirus”, es una pauta del miedo colectivo.

Las pestes o pandemias a lo largo de la historia, resultan una pesadilla de la humanidad.

Infinidad de progresos técnicos, traducen notables alteraciones en la relación del ser humano con su entorno, y consecuentemente, en la traducción de sus implicaciones colectivas, al afectar a factores condicionantes y configuradores de la sociedad.

La revolución tecnológica, la digitalización y la inteligencia artificial han modificado los clásicos hábitos de trabajo, consumo, y comunicación y hasta las relaciones sociales.

Las revoluciones en la tecnología de la información y en la biotecnología, se encuentran todavía en una fase temprana, más no pasará mucho para

clarificar algunas de las perspectivas nuevas y desconcertantes a las que nos enfrentamos.

Es que los impactos de las nuevas tecnologías, si bien encierran muchas promesas maravillosas, no pueden desatenderse sus inconvenientes y proyecciones. Puesto que las empresas y los emprendedores que encabezan la revolución tecnológica, tienden naturalmente a destacar las alabanzas de sus creaciones, sociólogos, filósofos, economistas y juristas, deberán imaginar las soluciones a los problemas que se generen e imaginar soluciones jurídicas adecuadas.

La realidad social del mundo y la que nos circunda, demuestra que estamos inmersos en un espectro complejo, y donde confluyen muchas hebras.

Los temores y esperanzas acerca de la automatización son variados y diversos, toda vez que las opiniones y pareceres acerca de la naturaleza del cambio y de sus inminencias varían. Algunos creen que apenas dentro de una o dos décadas, millones de personas se volverán innecesarias desde el punto de vista económico. Otros, argumentan, incluso a largo plazo, que la automatización seguirá generando nuevos empleos y mayor prosperidad para todos. Difícil es definirse o ensayar un pronóstico.

Lo cierto, es que el temor a que la automatización genere desempleo masivo, se remonta al siglo XV y hasta ahora, nunca se ha materializado. Puede sostenerse que el empleo humano jamás estará a salvo de la amenaza de la automatización futura, porque el aprendizaje automático y la robótica continuarán mejorando y a ello deberá adaptarse el hombre, si es que aspira a preservarse y evolucionar en la fuente de trabajo. A propósito de lo dicho, habeas data es la proliferación y acumulación de referencias personales llevada a cabo modernamente mediante la informática. Como técnica ordenadora de datos, supone ésta una conjunción generalizada de constancias que antes eran poseídas por el propio interesado, o estaba dispersos y luego resultan potencialmente integradas en ordenadores, servicios y entidades concretas.

Tal es, probablemente, el reto al derecho a la intimidad, más acuciante y vigoroso planteado hasta el presente.

Cada día, resultan más completos, numerosos e importantes los antecedentes e informaciones sobre las personas que obran en poder de otros con eventual amenaza para la intimidad. La tenencia y conservación de datos

relativos a la vida en particular en manos de diversos operadores de actividad, y sobretodo en servicios organizados configura una situación de real significación. Otra cuestión a considerar es la figura de Internet, que resulta una red total, universalista, sin centro de imputación específico ni fronteras, presente operacionalmente en el ciberespacio.

La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, ha declarado que el ciberespacio, no está situado en ningún lugar geográfico concreto, pero se encuentra a disposición de toda persona que acceda a internet.

Traigo a colación una cita de un libro de Harari— titulado “21 lecciones para el siglo XXI”, editado en Montevideo en 2020, 5ª ed., quien dice que “la sustitución de pilotos humanos por drones ha extinguido algunos empleos, pero ha creado muchos puestos de mantenimiento, control remoto, análisis de datos y ciberseguridad. Las fuerzas armadas de Estados Unidos necesitan a 30 personas para operar con un dron predador no tripulado que sobrevuele Siria, mientras que analizar la cantidad de información resultante ocupa no menos de 80 personas más. El problema de estos nuevos empleos es que probablemente exigirán un gran nivel de pericia, preparación, capacitación y conocimientos.

Lo expuesto no proviene de meras especulaciones sino de transformaciones reales, palmarias y evidentes.

A principios del año 2018, en el mundo, la automatización no había desembocado en un desempleo masivo. Si nos atenemos a la gran economía mundial, por caso, los Estados Unidos, hoy pueden destacarse un nivel de paro históricamente bajo. A modo de muestreo, el índice de desempleo en Estados Unidos en febrero de 2018, bajo una décima para situarse en el 3,5% , el nivel más bajo en medio siglo y en un mes en el que la economía creó 273.000 puestos de trabajo, esperándose que el Gobierno Federal añada casi medio millón de empleados temporales mientras continua la contratación de quienes trabajan en el conteo de la población —censo del 2020— que ya lleva la cantidad de 52.000 empleados gubernamentales, según fuente de EFE por el contrario al 14 de abril el desempleo ascendió al 14,7%.

Nadie puede saber con seguridad o predecir inexorablemente que tipo de impacto tendrán el aprendizaje automático y la automatización en las diferentes profesiones del futuro en el mercado, y es muy difícil prever o eva-

luar el calendario de los acontecimientos relevantes, sobre todo porqué depende tanto de decisiones políticas y de tradiciones culturales como de los descubrimientos puramente tecnológicos.

En este panorama de transformaciones sociales, brevemente me referiré a ciertos sucesos que, a mi juicio, no son menores y contribuyen a determinados cambios o bien están instalados, generando preocupaciones.

Como dato preliminar, me refiero a la transformación demográfica y los movimientos migratorios que se suceden en el mundo, algunos con éxito y otros con resultados mortales.

La transformación demográfica es necesariamente un factor indudable de modificación social. Basta con aludir a las sociedades de masas. No es suficiente el fenómeno externo de la aglomeración o de las multitudes para que se pueda hablar de “masas” y de “sociedades de masas”. De algún modo el hecho característico, aunque constituya una redundancia, es que la sociedad no es de personas, sino de masas.

Las masas se piensan como conjuntos de humanos en los cuales el hombre se integra como un ser anónimo y despersonalizado.

Fenómenos masivos o masificados, resultan aquellos en que intervienen masas de personas y en los que se traban relaciones.

Cualquier observación de la realidad que nos circunda y nos agobia continuamente, permite comprender enseguida cómo gran parte de los hechos en los que cotidianamente nos colocamos, pertenecen a este género. Desde la circulación en rodados con o sin embotellamientos, que no es otra cosa que una manifestación de automóviles y de conductores de automóviles, pasando por hechos banales, como pueden ser la concurrencia de compradores cuando se anuncian las rebajas en grandes tiendas o la asistencia a mítines políticos o sindicales o a espectáculos públicos de carácter deportivo, pasando por las aglomeraciones y las grandes filas para ingresar a cines, etc. toda nuestra vida social está ligada a los fenómenos masivos o masificados, que seguramente no eran conocidos en otras épocas, o al menos no habían adquirido la agudeza que hoy presentan.

Estos fenómenos masivos, son puros hechos sociales en los que afortunadamente, el Derecho no tiene nada que ver, y si la tuviere es de muy poca relevancia.

Más como el Derecho puede aparecer por doquier, pues en cualquier punto puede producirse la comisión de un ilícito, y, el surgimiento de responsabilidad, se advertirá que los fenómenos masivos o masificados, pueden ser problemas jurídicos, aunque a veces, sean problemas de lo que gráficamente se ha llamado infraderecho o subderecho.

Ante la variedad de acontecimientos inusitados de los últimos tiempos en todo el mundo, superadores del orden jurídico internacional, analistas políticos, sociólogos y demás especialistas, han intentado o proporcionan una denominación o carátula ante los cambios operados, aludiendo a un “choque de las civilizaciones”. Así creen y afirman, sin atender a eventuales yerros, que la cruenta guerra civil en Siria y Afganistán carece de retorno. Esta última, república islámica, vale señalarlo, está ubicada en el corazón de Asia Central, donde el crecimiento y desarrollo en la parte central de su país de la amapola, genera droga sintética, de excelsa calidad y es preferida por los traficantes de drogas respecto de otras propuestas.

Según esta tesis, la humanidad ha estado dividida desde el inicio de los tiempos, y sus diversos miembros entienden el mundo con visiones incompatibles así como los conflictos generales, resultan irreconciliables. El cruce es civilización occidental vs civilización islámica. Dentro de las diversas mutaciones que se vienen enumerando, no menor es el avance de los cambios climáticos y las sorpresas que nos viene deparando el ambiente en su cabal consideración. El cambio climático nos agrega una cuota adicional de incertidumbre y vulnerabilidad. El reciente desastre ecológico en Australia donde las llamas crecieron y el miedo que despierta la crisis climática. El tema resulta materia de una disciplina jurídica que en los últimos tiempos, engrosa su contenido, motiva variedad de notables aportes y, en definitiva, incide en la naturaleza, resultando la actuación humana un factor preponderante en la génesis de las transformaciones. Tampoco se puede omitir la atención y el despiadado proceder del terrorismo, bajo sus diversas modalidades, sea en el mundo o en el orden local. Subversión que genera miedo, pánico generalizado, y aspiraciones de llegar al poder político, instaurando una anarquía despótica ocasionando, por caso en nuestro país, horrendas y arbitrarias secuelas de las que muy pocos se conmueven o tienen noticias. Embates, merced a las que se lograra un clima de paz en la convivencia, al altísimo costo de vulnerar el orden constitucional. En este muestreo, no cabe prescindir de los peligros y alcances de las guerras arancelarias



entre bloques económicos mundiales, sumando a la situación interna de los países de la Unión Europea.

Además, los logros de Netflix, Amazon, Facebook y Google, a diario, nos sorprenden. En cuanto a Google, este medio es relevante y significativo en tarea destacada, cual es la de buscar información fidedigna o muy cerca de ésta, y a medida que confiamos en aquélla, para encontrar nuestras respuestas, la capacidad para buscar información por nosotros mismos disminuye.

Las crisis financieras mundiales de este siglo, que merecerían un extenso detalle y comentario, se remontan al 2007 y han marcado delicadas situaciones institucionales, en especial con la crisis de las “hipotecas tóxicas” con la caída de Bear Stearns el 17 de marzo de 2008 y, luego, el 15 de septiembre de 2008 con la quiebra de Lehman Brothers más cuatro bancos de inversiones norteamericanos y, la famosa Merrill Lynch que para detener el efecto “dominó”, debió ser adquirida por Bank of America, más allá de otras agudas secuelas negativas en el orden financiero.

Es tiempo de centrar nuestras reflexiones a ciertas transformaciones —a nuestro juicio— algunas de las más notables, en potencia o acto, en épocas de esta exposición, en nuestro medio.

Citamos, en primer lugar, los avatares causados en la institución de la familia, cuestiones acerca de la misma, que fueran claramente explicitados por los académicos Gnecco, Sambrizzi y De Martini, en sendas comunicaciones en los últimos tiempos, en esta Academia.

Síntesis conceptual de la familia: es una institución de que se vale la sociedad, para cumplir y aplicar de manera regular, formal y definida las reglas de derecho que la regulan, en orden a la unión de las personas, de sexo diferente a los fines de la procreación, la educación de los hijos y, en general, la protección de quienes la conforman, así como la transmisión de los valores morales y religiosos, procurando a todos sus integrantes alcanzar sus metas personales y espirituales. Otra cuestión a considerar es un aspecto de la llamada “Ley de Solidaridad Social y reactivación en el marco de emergencia pública”, cuyo capítulo referido a los “bienes personales” de dudosa constitucionalidad y en línea con la propuesta demócrata en los Estados Unidos, por la senadora Elizabeth Warren, fija una variable del impuesto al patrimonio. Soy de los que creen que este tipo de impuesto es no sólo una expresión de populismo sino un freno a la inversión, un instrumento grosero de desaliento y, por ello, un error enorme.

No se puede omitir lo que en mí parecer configura una horrenda involución con una mezcla de repudio y rechazo, lamentable menosprecio social mediante la instrumentación de la interrupción legal del embarazo.

Esta tendencia ha cobrado nuevos bríos a partir del anuncio presidencial de presentar, el Poder Ejecutivo, un proyecto en tal sentido. Cito la opinión del académico Rodríguez Varela cuando en su obra “El Derecho a nacer (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003. p.22), dice “El abortismo legal es humanicidio real. Y lo real es siempre lo que es, y no lo que le interesaría que fuera al Poder. Si una ley legaliza lo ilegítimo, esa ley no es verdadera ley sino corrupción a la ley. De la ley tiene las formas, pero no la sustancia. Nunca, en tal caso, hay que obedecerla”.

Habrà de respetarse la vida y no confundir a la ciudadanía con consignas equívocas que violentan las normas que al día de hoy rigen nuestra convivencia y que pretenden recurrentemente instalar la división cuando, más que nunca, debe imperar la unidad para superar los enormes desafíos del ahora.

Para cerrar este primer apartado, diremos que la cuestión o problema central del cambio, consiste en que las varias partes de la cultura moderna o bien la de nuestros días, no están cambiando al mismo ritmo, sino que unas partes cambian mucho más rápidamente que otras y que, a raíz de una correlación e interdependencia entre las partes, un cambio rápido en una de las partes de nuestra cultura exige un reajuste mediante otros cambios en las demás partes de aquélla.

## II

### IINTERACCIÓN ENTRE SOCIEDAD Y DERECHO EL DERECHO COMO TRADUCCIÓN O REFLEJO DEL MEDIO SOCIAL.

La amplitud, profundidad y densidad del presente apartado, imponen reducir conceptos y efectuar una síntesis expositiva.

La ciencia del Derecho no puede perderse en abstracciones, aunque en oportunidades, deba recurrir a ellas. El derecho se justifica en episodios, acontecimientos y comportamientos de la vida diaria. No podrá comprenderse el Derecho en su verdadera esencia y plenitud, sino se lo vincula con todos los fenómenos que a diario suceden en el trajinar de la vida.

El sustrato sobre el que opera el Derecho es la conducta humana en cuanto promotora de relaciones sociales. Ha dicho Eustaquio Galán y Gutiérrez (Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, p.46) a la persona humana, como substancia racional, corresponde pues un modo de ser irreductiblemente individual y suyo, impermutable e inefable; y esto, ante todo constitutivamente y no sólo desde el punto de vista de su destino en la vida. El hombre así como se lo describe, tiene significación para el Derecho en cuanto miembro en un grupo comunitario. La regla Jurídica parte del presupuesto del hombre en una dimensión interrelacional. El ser humano alienta un irresistible instinto de sociabilidad.

El hombre, siendo en principio intimidad e introspección, dada su vocación asociativa se erige de inmediato en significativo y consciente ente de relación. En palabras de Maritain (Para una filosofía de la persona humana, Círculo de Lectores, Bs As, 1984, p. 141 y 5.5) la individualidad y la personalidad son dos líneas metafísicas que se cruzaron en la unidad de cada hombre. El hombre en definitiva es un ser social, nace en el seno de la sociedad, precisa de la misma para el logro de su plenitud perfectiva, y la mayor parte de sus pensamientos, sentimientos y actitudes, se vuelcan hacia la sociedad. La vida humana— observa Legaz y Lacambra (El Derecho y el amor, Bosch Barcelona, 1976, p.7) es constitutivamente vida social, sí por vida social quiere decirse nada más y nada menos que “vida de relación” con el otro —la divinidad— y con los otros; y por supuesto, ésa relación no es extrínseca adventicia y contingente, sino que pertenece a la misma naturaleza de la persona.

El hombre, que es persona, se constituye en y por la relación con los demás.

Y la persona, en general, destinataria de la norma, especie en la disciplina del Derecho, nos acerca a la afirmación de Ihering (El espíritu del Derecho romano, 2º ed. Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 31) en cuanto a que aquél, no es un simple resultado de la reflexión del legislador; éste dicta una ley y, aunque crea que es sólo su obra, el espíritu de la época se desliza en ella.

Todo el denso edificio de las instituciones jurídicas, representa la elaboración correlativa con que el Derecho responde a una serie de problemas sociales típicos y duraderos. El Derecho es un instrumento para la vida social, por lo que siempre deben estar unidos lo social y lo jurídico, sin ajustes ni fricciones.

Por eso se ha afirmado, que todo orden jurídico está siempre en crisis, excepto en las épocas históricas, al producirse una transformación o cambio en las estructuras jurídicas la vida social esté en consonancia con la idiosincrasia imperante, existiendo entonces una adecuación entre sociedad y derecho; sin embargo, a medida que transcurre el tiempo y nos alejamos de las épocas de coincidencias, si el legislador no es avezado y diligente no descuidándose en tomar el pulso y diagnosticar para galvanizar los desajustes que se vayan produciendo en el devenir histórico, el orden jurídico se irá endureciendo y entrará en estado de esclerosis y de manera, aumentará el número de disconformes que aspirarán a una transformación más adecuada a las nuevas exigencias.

### III

#### PERSEVERANCIA DEL DERECHO EN SU ADAPTACIÓN AL CAMBIO SOCIAL

¿Cómo interrogante, se plantea dónde puede ubicarse la génesis y el máximo punto de la crisis del derecho?

Para unos es la crisis de libertad, traducida en la lesión de la autonomía de la voluntad.

Otros argumentan, que se trata de una crisis de certeza o de seguridad jurídica. A lo dicho, cabe decir que sin certeza y seguridad, no existiría la justicia, valor que también estaría ausente si no hubiera orden no cabe la posibilidad de llegar a la realización de los valores que exige la dignidad y la libertad del individuo en un estado de anarquía o que impere la impunidad la certeza y la seguridad son presupuestos ineludibles del bien general, y aun cuando sean valores de rango inferior, condicionan a la justicia la posibilidad de lograrla (Martínez Ruiz, Roberto, Seguridad Jurídica, y Derecho Civil, Separata, Anales Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXVII Segunda Época, N° 30, p.7).

La coherencia y plenitud, necesarias al orden jurídico, se encauzan doctrinariamente mediante construcciones jurídicas adecuadas. Ellas posibilitan la completa sistematización del Derecho. Todos estos planteos o enfoques, son descollantes pero no nos llevan a buen puerto. La libertad y la certeza son importantes exigencias jurídicas pero no pueden, en su ausencia resultar síntomas equívocos de una crisis del Derecho. La seguridad jurídica, por

su parte, tiene diversas aplicaciones y exteriorizaciones, que no necesariamente, nos conducen a una crisis del Derecho.

La relación o tensión entre los diversos fines o valores jurídicos antes citados, podrán demostrar un panorama de conmociones en el Derecho, más no parece que traduzcan una crisis grave o mortal del Derecho. Para que lleguemos a una crisis del Derecho, habría que acreditar que la jerarquía y lucha de finalidades y valores, ha sido arrasado y ha sucumbido el fin primario, el supremo valor social y jurídico, que es el de la justicia.

Son enormemente complejas, las transformaciones de nuestro tiempo. Dice Fraga Iribarne (*La facultad y la educación en una sociedad de masas y máquinas*, Cuadernos de Investigación, Madrid, 1960, p.25) que el mundo en general, y las sociedades occidentales en particular, atraviesan un ciclo de cambios sociales de una envergadura poco común, que se suceden de un modo acumulativo y sin interrupción a lo largo de las últimas generaciones. Y es claro que a estos aspectos de transformación económico-social que nos muestra el mundo de hoy, van unidos otros aspectos, no menos trascendentales, de transformación de la vida cultural y espiritual.

La transformación operada en el ámbito jurídico, en medio de sus muchos inconvenientes —puesto que puede poner en peligro los principios generales y la unidad del derecho—, tiene sus finalidades y responde a necesidades impuestas por los cambios sociales, o si se quiere, por la crisis de la civilización.

El derecho, en realidad, no está en crisis: es la ley o la técnica o la ciencia del Derecho, o en todo caso, el Derecho positivo que arrastran una vida anormal, penosa o no satisfactoria.

No hay crisis del Derecho como principio. Para que la hubiera, tendríamos que ubicar su raíz y su comprobación en el contraste entre el Derecho y la Justicia. Y la verdad es que precisamente están en el pensamiento actual de los pueblos sanos, los criterios objetivos de valoración jurídica. (Derecho natural, justicia, paz, orden, bien común) y en descenso las concepciones materialistas, positivistas y formalistas.

No quiere esto decir que no existan, en el mundo actual del Derecho, graves motivos de preocupación por la suerte que puedan correr el ideal de justicia y sus realizaciones.

No está la esencia de lo jurídico en trance de desaparición. Lo expuesto,

---

vale para que tomemos buena nota e imitemos de lo que debemos aprender como país, para rescatar como valores y preservar como conductas.

Remarquemos que prosperan los países donde hay consensos acerca del respeto a la ley, donde se rechaza y combate a la impunidad, donde impera la transparencia en el negocio que fuere, donde se destaca a la autoridad, a los maestros, a los padres, a los mayores. Donde se hacen valer la diversidad y la diferencia con el respaldo del orden democrático. Donde existen premios y castigos para conductas que favorecen a la sociedad en su conjunto y desaliento de aquéllos que la perjudican. Allí, donde se rechaza la anomía y fomentan incentivos que generan prosperidad.

Si logramos afianzar estas señales, seguramente, a pesar de las transformaciones, tendremos un mejor futuro.

# LA AUTONOMÍA EN JAQUE... Y LA CONSTITUCIÓN TAMBIÉN

COMENTARIO AL FALLO “LANZIERI” Y OTRAS CONSIDERACIONES

Por Julio César Rivera<sup>1</sup>

*“...la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse”*

(CSN, Compañía Azucarera Tucumana, 1927)

*La emergencia no es un cheque en blanco para decidir cualquier cosa sobre cualquier área de la vida. Las medidas de emergencia deben respetar el Estado de Derecho, las libertades y los derechos básicos. Las restricciones deben ser las necesarias, adecuadas y proporcionales al objetivo; deben ser limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control*

(Delia Ferreira Rubio en La Nación, 4.5.2020)

---

<sup>1</sup> Trabajo inédito que forma parte de una obra que dirige el académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Daniel Pizarro.

## I. INTRODUCCIÓN.

### 1. Método de esta exposición

La pandemia que se abate sobre el mundo hace que los gobiernos adopten medidas destinadas a paliar sus efectos.

Muchas de ellas afectan derechos esenciales de las personas, como el de transitar libremente, salir o entrar de un país, provincia o ciudad, trabajar, ejercer el comercio o una profesión o industria.

Ello plantea al jurista el desafío de determinar si las restricciones impuestas son válidas o no. La respuesta a ese interrogante —que puede ser y razonablemente va a ser distinta según la limitación de que se trate— exige definir previamente cuáles son los valores que inspiran el modelo constitucional del país en el cual se adoptan. Y, una vez definidos esos valores, comprobar si cada una de las restricciones a las libertades individuales dispuestas por los gobiernos con fundamento en la tutela de la salud pública, constituyen o no una limitación razonable.

Obviamente no podemos analizar todas y cada una de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo por vía de DNU o por los gobiernos locales. Por ello hemos elegido concentrarnos en una materia que ha dado lugar a serios cuestionamientos y que —según se anuncia— seguramente se proyectará en decisiones gubernamentales futuras. Nos referimos a la protección “especial” de los adultos mayores, lo que dio lugar a un lamentable proyecto del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —finalmente modificado sustancialmente— y que sigue teniendo efectos porque esos adultos mayores están sometidos a un confinamiento estricto que además se pretende prolongar en el tiempo.

Como el tema ha sido abordado inteligentemente en la sentencia dictada en el caso “Lanzieri”, en la que se declaró la inconstitucionalidad de una “Resolución conjunta” emanada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, comenzaremos por exponer el alcance de lo allí dispuesto, la sentencia dictada por el juez de la Ciudad de Buenos Aires y en la tercera parte trataremos de desarrollar alguna argumentación complementaria a la de la sentencia. Finalmente, haremos algunas consideraciones sobre los riesgos institucionales que han surgido a consecuencia de la pandemia.



## II. LA RESOLUCIÓN CONJUNTA

### 2. Su contenido

La resolución del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que dio lugar al fallo Lanzieri y a esta nota es la emanada del Sr. Ministro de Salud y el Sr. Jefe de Gabinete de Ministros porteño individualizada como N° 16/MJGGC/2020 por la cual se dispuso instruir a todo el personal del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no revista en reparticiones de naturaleza esencial en el marco de la presente emergencia sanitaria, a contactarse con las personas mayores de 70 años, a efectos de brindar asistencia e información a quienes lo necesiten, a fin de evitar situaciones que los expongan al riesgo de contagio y afectación del sistema de salud. La actuación del personal convocado consistirá en concientizar acerca de los riesgos de contagio, escuchar a las personas, identificar las necesidades que se planteen y brindar la orientación y/o posterior derivación y resolución de las mismas (art. 1).

Luego dice que a los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, para evitar que las personas de setenta (70) o más años salgan innecesariamente de su domicilio o lugar en el que se encuentren cumpliendo el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, establécese la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147 (art. 2)

Cabe señalar que este fue el texto final de una medida que se anunció más severa, pues las primeras noticias que se dieron —incluso por las autoridades máximas de la Ciudad— anunciaban restricciones aun más intensas.

### 3. Un fundamento curioso

La mentada resolución conjunta viene acompañada de extensos fundamentos, que no vale la pena reproducir. Pero uno de ellos es tan curioso que no podemos dejar de ponerlo de relieve. Nos referimos al párrafo en que se lee: “*Que se intenta reforzar la autonomía decisional y el autogobierno de cada adulto mayor en su disposición a salir y a correr los riesgos consecuentes*”.

Es obvia la contradicción entre este pretenso fundamento y el contenido de la medida, toda vez que lo que hace la Resolución Conjunta es exactamente lo contrario, esto es limita significativamente la autonomía personal, como lo va a destacar con todo acierto la sentencia dictada por el Juez de la Ciudad que entendió en el amparo propuesto contra ella.

Pero lo expuesto aparece todavía más incomprensible cuando a continuación los considerandos de la misma Resolución Conjunta exponen literalmente lo siguiente: “*Que se entiende razonable generar mecanismos que fomenten una especial protección de las personas mayores en pos de mitigar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo, entre los cuales es preciso establecer un proceso de mayores cuidados para reducir los desplazamientos, aun aquellos mínimos e indispensables tales como provisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos e incluso pasear sus mascotas*” (énfasis añadido).

Evidentemente, o la medida se propone reforzar la autonomía o persigue reducir los desplazamientos a mínimos e indispensables; los dos objetivos al mismo tiempo no son compatibles.

Este discurso sirve solamente para reflejar la ligereza con que se legisla sobre cuestiones fundamentales.

### III. EL CASO

#### 4. Planteo de inconstitucionalidad

El Sr. Silvano Lanzieri propuso una acción de amparo contra la Resolución Conjunta por ante el Juzgado de 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14 . Varios coactores se sumaron a la acción. Funda su pretensión en la violación de derechos y garantías amparados por la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos constitucionalizados, incluyendo a la Convención sobre la

Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la ley Nacional N° 27.360, del año 2017.

#### 5. La defensa de la Ciudad de Buenos Aires

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires argumentó que al no existir sanción alguna, no hay agravio constitucional ni necesidad de medida cau-

telar o amparo, ya que la mera necesidad sin consecuencias termina siendo una simple sugerencia. Dice que la Resolución atacada tiene la intención de brindar contención a las personas de 70 años o más, identificando aquellas situaciones que puedan ser resueltas con la colaboración de la sociedad para evitar la salida a la vía pública de la población de riesgo.

## 6. La sentencia

La sentencia dictada por el Juez Lisandro Ezequiel Fastman declara la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Resolución Conjunta por considerar que la imposición a los adultos mayores de 70 años de una comunicación previa para realizar desplazamientos mínimos, resulta una exigencia más gravosa para ese colectivo de personas que para el resto de la población, que extralimita los contornos de las medidas de aislamiento del conjunto de los habitantes. Como tal, debe ser analizada bajo lo que la doctrina y la jurisprudencia han tenido a bien caracterizar como “categorías sospechosas”, esto es las comprensivas de aquellos supuestos en los que el legislador establece distinciones a partir de determinados factores, las que pueden responder a prejuicios o estereotipos que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho a categorías enteras de personas. Típicos ejemplos de esta categorización son los de raza y religión. Pero, señala la sentencia, en épocas más recientes, la noción fue extendida a las distinciones de género, y a otras tales como la discapacidad. Y concluye que en estos especiales supuestos, la presunción de inconstitucionalidad que rige sobre tales decisiones solo podría eventualmente ser superada si el Estado ofrece una prueba de suficiente entidad sobre los fines que habría intentado resguardar y sobre los medios que ha utilizado.

Y recordando la “Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20”, dictada el día 9 de abril de 2020, bajo el título: “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, el pronunciamiento judicial concluye que la medida —más allá de sus buenas intenciones— importa una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población. En síntesis, la sentencia argumenta que están aquellos que cumplen tareas esenciales y pueden seguir circulando para desempeñarlas, con el permiso correspondiente; por el otro, están las excepciones generales a par-

tir de las cuales la mayoría de los ciudadanos podemos salir a adquirir bienes de primera necesidad y, a partir de esta nueva norma local, existiría un nuevo grupo, con mayores restricciones a sus libertades individuales, y para quienes el aislamiento pasaría a tener una intensidad superior. Desde la óptica judicial ello conlleva una lesión a los derechos y garantías constitucionales ya reseñados y, como tal, no supera el test de constitucionalidad.

Ello así pues —concluye el juez— con la herramienta planteada se disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión, solo en función de la edad.

#### **IV. JUICIO CRÍTICO**

Anticipamos que la sentencia nos parece excelente y sus fundamentos son los apropiados para el caso, pues el pronunciamiento se soporta en dos pilares: el principio de autonomía personal y la igualdad, los cuales son parte de nuestro modelo constitucional y se proyectan en el derecho privado, tal cual lo exponemos en los párrafos que siguen.

##### **7. El modelo constitucional argentino**

El modelo constitucional argentino está comprometido con el espíritu liberal<sup>2</sup> e individualista, y se afilia al modelo de la democracia, porque propone un sistema de gobierno que asegure la alternancia de los integrantes de los distintos poderes electivos y establece la separación de poderes como uno de los principios esenciales<sup>3</sup>.

De este modo, opera como un mecanismo que evita la tiranía. A partir de las reformas de 1957 se ha agregado al modelo el componente social con la introducción del art. 14 bis; y con la reforma de 1994 se ha incorporado la visión de los derechos humanos,

<sup>2</sup> V. entre muchos: GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional”, *JA* 2007-II-fasc. 2 del 11/4/2007.

<sup>3</sup> La división de poderes debe ser vista en los tiempos actuales de un modo diferente a como lo fue en su origen. Enseñan los constitucionalistas más destacados de Argentina que la división de poderes nació como una suerte de aislamiento de cada uno de los poderes respecto de los otros con una suerte de conflicto interno permanente sobre sus competencias. Hoy la concepción dialógica del derecho constitucional impone considerar al principio de división de poderes bajo el signo de la colaboración recíproca. Así lo han destacado recientemente Roberto Gargarella y Juan V. Sola en la mesa redonda organizada por la Facultad de Derecho de la UBA de la que participaron los profesores titulares de Derecho Constitucional; disponible en <https://m.youtube.com/watch?v=0Aq3NPFuzu8&feature=youtu.be>

Esto no supone afirmar que el modelo constitucional opere en la práctica de manera eficiente. Durante mucho tiempo las garantías y derechos reconocidos por la Constitución han estado suspendidos y a veces violados sistemáticamente; la división de poderes, arrasada; la elección y alternancia de los funcionarios, suprimida por la fuerza, etcétera.

Desde 1983 se observa una práctica constitucional acorde con el modelo constitucional<sup>4</sup>. El objetivo es entonces conservar esa práctica y evitar a toda costa grietas en el modelo

Para ello debemos asumir cuáles son los principios o ideas fundamentales de la democracia liberal y ver cómo estos se proyectan en las distintas ramas del derecho positivo, en particular en el derecho privado.

### 8. Reconocimiento de este modelo en la jurisprudencia de la CS

En la sentencia dictada en la causa “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual” —dictada en noviembre de 2006—, la Corte dio algunas definiciones realmente trascendentes<sup>5</sup>.

En lo que concierne concretamente al ideario liberal y democrático de la Constitución, la Corte —remitiéndose al precedente Portillo<sup>6</sup> y aun superándolo— dijo: “*La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca a la unidad nacional en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del derecho a ser diferente, pero no puede confundirse nunca con la ‘igualación’ que es un ideal totalitario. El art. 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona —y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores— y no obligar a los ciu-*

<sup>4</sup> El capítulo II de la obra de NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002, nro. 33, a quien seguiremos en esta exposición, se denomina “Hacia una reconstrucción de la práctica constitucional argentina en materia de derechos y garantías”, a partir de p. 215.

<sup>5</sup> CS, 21/11/2006, “Asociación y Lucha por la Identidad Travesti Transexual”, LL del 4/12/2006, 5, con nota de Javier E. AYUSO y Agustín GRIFFI - DJ del 6/12/2006, 1011 - *Imp.*, 2006-23-24, 2991; LL del 11/12/2006, 7, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ; LL del 5/2/2007, 7, con nota de Laura J. CASAS y Alfredo M. ESPÍNDOLA.

<sup>6</sup> CS, “Portillo”, *Fallos* 312:496.

***dadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental***' (tercer párrafo del considerando 19) (destacado añadido).

### **9. Breve noticia acerca del liberalismo asumido por la Constitución. Distinción con el neoliberalismo.**

Antes de entrar a exponer los principios fundamentales del liberalismo político, es preciso aclarar que lo que en la Argentina se conoce (y que de antemano se condena) como *liberalismo* y más concretamente como *neoliberalismo*<sup>7</sup> no tiene nada que ver con el concepto de liberalismo que vienen desarrollando desde hace siglos la filosofía política y el constitucionalismo democrático y que encuentra sus raíces teóricas más profundas en KANT y en LOCKE y, en general, en las ideas de la Ilustración<sup>8</sup>.

Como explica Carlos Santiago NINO, a quien seguimos en estos párrafos, el liberalismo es una idea que puede definirse por exclusión y por determinación de sus principios fundamentales<sup>9</sup>.

Implica *la exclusión de toda doctrina totalitaria*, entre las cuales se identifican el perfeccionismo y el colectivismo<sup>10</sup>. En este sentido, *el liberalismo es lo contrario del totalitarismo*.

Y de él resultan algunos principios fundamentales que estructuran la sociedad liberal, y que —como mínimo— son los siguientes:

— toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica<sup>11</sup>;

<sup>7</sup> En estos días la viceministro de Educación afirmó que la responsabilidad del Covid 19 es del neoliberalismo. . .

<sup>8</sup> Sobre los aportes de la Ilustración al sistema de vida occidental: PINKER, Steven, *Enlightenment now*, Dutton, 2018

<sup>9</sup> NINO, ob. cit., p. 211.

<sup>10</sup> NINO agrega el determinismo normativo; pero, como él expresa, es esta una posición más filosófica que política; tiene reflejo en algunas corrientes elitistas, tanto de izquierda como de derecha, pero no ha tenido una presencia significativa en nuestra vida política y, por ende, en nuestra práctica constitucional.

<sup>11</sup> Salvo, acota NINO, la práctica misma de criticar; en otras palabras, no es aceptable para nuestra concepción de la vida social que se cuestione el derecho por criticar, pues tal cuestionamiento afectaría a un presupuesto de la práctica posiluminista de la discusión moral: NINO, ob. cit., p. 164.

- la neutralidad moral del Estado frente a las perspectivas morales de cada uno;
- la autonomía personal;
- la inviolabilidad de la persona;
- la tolerancia;
- la dignidad personal;
- la igualdad.

### **10. El principio de autonomía o autodeterminación**

Entre los principios que emanan del liberalismo político y democrático que asume nuestro modelo constitucional, nos vamos a referir de manera especial, al de autonomía o autodeterminación pues es —como ya dijimos— uno de los pilares sobre los cuales se construye la sentencia en comentario.

La autodeterminación es una consecuencia de los principios de neutralidad y tolerancia. Consiste en que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial a la independencia personal, inmune a la coerción por voluntad de los demás; aunque siempre existirán formas de vida prohibidas si estas atentan contra las libertades o derechos de los demás<sup>12</sup>.

Ya hemos expuesto que en el caso ALIIT la Corte alude al derecho a ser diferente y considera la “igualación” impuesta como ajena al sistema liberal al que adscribe la CN (consid. 19, tercer párrafo).

Con ello reconoce la autonomía personal como un contenido esencial de nuestra Constitución.

A ello puede agregarse que, haciendo referencia a la sentencia de la Cámara Civil que contenía conceptos peyorativos hacia la minoría que reclamaba su derecho a asociarse, la Corte dijo: “... la decisión apelada ha intentado reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía reconoce el art. 19 de la Ley Suprema” (consid. 19, segundo párrafo, *in fine*). En otras palabras, los jueces no pueden sustituir las elecciones éticas de una persona por las propias, aunque estas les “parezcan mejores”.

---

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald, *La Comunidad Liberal*, trad. de Claudia Montilla, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá, Colombia., 1996, p. 77.

En el caso “Arriola”, la Corte es contundente en esta materia al decir que “... el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar las preferencias personales de un individuo (DWORKIN); a esto LORENZETTI agrega: “... el Estado no puede establecer una moral; en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad.”; y FAYT también se expresa diciendo: “Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho...”; concluye ZAFFARONI al exponer “... la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas...”<sup>13</sup>.

El reconocimiento más explícito del principio de autonomía —y que adquiere especial relevancia en estos tiempos de pandemia— aparece muy claro en la muchas veces comentada sentencia dictada en el caso “Bahamondez”<sup>14</sup>, en el que el voto de los jueces Fayt y Barra dijo que “... *el art. 19 de la Constitución Nacional (...) concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio...*”, expresión que se reitera en el voto de Fayt en “Arriola”, sentencia en la cual el voto del Dr. Lorenzetti resume magistralmente la idea al decir “*que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones sobre el estilo de vida que desea*”.

La autonomía rechaza los paternalismos (y naturalmente los perfeccionismos). Así lo señala el voto de la Dra. Argibay en “Arriola” diciendo, con cita de Carlos NINO: “*Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental, la que es repelida por el principio sentado por el art. 19 de la Constitución Nacional*”.

La autonomía personal también ha sido correctamente destacada por el juez Lorenzetti en su voto en la causa “Mujeres por la Vida”. Dijo allí que el art. 19 de la CN asegura no solo la libertad de los actos privados, sino también la libre elección de estilos de vida, sin que el Estado o los particulares puedan interferir en esa elección<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> CS, “Arriola”, 25/8/2009.

<sup>14</sup> CS, *Fallos*, 316:479.

<sup>15</sup> CS, 31/10/2006, “Mujeres por la Vida. Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Cór-



De modo pues que la autonomía constitucionalmente reconocida autoriza a la persona a tomar las decisiones relacionadas con su vida personal, incluyendo aquellas que se refieren a su salud, en la medida que no dañe o cause peligro a terceros. De allí que —como veremos seguidamente— es necesario el consentimiento informado de la persona para someterla a un tratamiento médico de cualquier naturaleza, aun cuando la posible negativa pueda significar un peligro para su vida. La excepción a esta exigencia del consentimiento son las vacunaciones obligatorias. Y, en la situación actual causada por la pandemia, se justifican limitaciones necesarias, adecuadas, proporcionales al objetivo, limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control, como lo expuso con toda precisión Delia Ferreira Rubio<sup>16</sup>.

### 11. El principio de autonomía en el derecho supranacional

Además de las convenciones y tratados generales o particulares que obviamente consagran el principio de autonomía, queremos destacar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70), la cual expresamente reconoce entre sus principios generales a: “...La dignidad, independencia, protagonismo y *autonomía* de la persona mayor;... *La igualdad y no discriminación*....” (art. 3, incisos c) y d)).

Esta Convención ha sido ratificada por la República Argentina por ley 27360 del año 2017 y es invocada expresamente por la sentencia Lanzieri.

### 12. El principio de autonomía en el Código Civil y Comercial

Sin duda uno de los grandes méritos del Código Civil y Comercial es concretar en sus textos los principios constitucionales a que hemos aludido.

Si vale un ejemplo, la dignidad personal aparece expuesta de manera contundente en el art. 51 conforme al cual “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Es un precepto cuyo primera frase está tomada del Código Civil de Quebec<sup>17</sup>; él es el portal de ingreso a la regulación integral y siste-

---

doba— v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, LL 2006-F-464, LL del 1/12/2006, 5, con nota de Claudio D. GÓMEZ.

<sup>16</sup> En La Nación del 4.5.2020, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/politica/coronavirus-delia-ferreira-rubio-la-emergencia-no-es-un-cheque-en-blanco-nid2361173>

<sup>17</sup> El vigente art. 10 del Code Civil de Québec dice: “Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité”.

mática de los derechos personalísimos que la doctrina reclamaba desde décadas atrás<sup>18</sup>.

En punto a la autonomía personal aparece reflejada en por lo menos tres grandes ámbitos.

### **a) La exigencia del consentimiento informado para actos médicos**

La ley de derechos del paciente 26529, modificada por la ley 26742, dispone que “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”.

El CCyC ha seguido obviamente la misma dirección estableciendo en el art. 59 que “Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario”<sup>19</sup>.

Las directivas anticipadas previstas en el art. 60 y las manifestaciones de voluntad relativas a las propias exequias (art. 61) constituyen también expresiones del principio de autonomía personal.

### **b) La capacidad de las personas menores de 18 años**

Un ámbito en el cual la autonomía se expresa de manera muy clara es el de la capacidad de las personas menores de 18 años de edad. Cabe señalar que también en esta materia hubieron avances anteriores pues las convenciones internacionales suscriptas y ratificadas por Argentina y las leyes que las pusieron en ejercicio<sup>20</sup> contenían provisiones sobre ella y lo mismo la

---

<sup>18</sup> RIVERA, Julio César, Hacia una regulación integral y sistemática de los derechos personalísimos”, LL 1983-D, 846; CIFUENTES, Santos – RIVERA, Julio César, “Anteproyecto de regulación integral de los derechos personalísimos”, ED 115-832

<sup>19</sup> Este es el contenido esencial del precepto. Todo lo demás que trae el art. 59 es superfluo pues la enumeración de datos sobre los que debe versar la información es propia de la legislación especial y no del código; ella puede variar con el tiempo en función del avance de la ciencia. Lo mismo sucede con el art. 58

<sup>20</sup> Nos referimos obviamente a la ley 26061 denominada “...de protección integral de niños, niñas y adolescentes”. Curiosamente este texto legal no usa la palabra “autonomía” para referirse a los múltiples derechos y garantías que atribuye a los niños, niñas y adolescentes, pero muchas de sus disposiciones son reflejo de ese principio constitucional recogido también en la Convención de Derechos del Niño.

ya citada Ley de Derechos del Paciente que había extendido su vigencia a favor de los menores de edad (art. 2 modificado por la ley 26742)<sup>21</sup>.

El CCyC es pródigo en el reconocimiento de la autonomía de los menores de edad. Así, el art. 26 dispone que la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico; le atribuye el derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Y a partir de allí contiene algunas reglas sobre capacidad sanitaria que no son demasiado felices pero, en lo que aquí importa, constituyen aplicaciones muy claras del principio de autonomía pues a partir de los 13 años los adolescentes deben prestar su consentimiento para ciertos tratamientos; y a partir de los 16 años la persona es considerada un adulto con relación a su propio cuerpo<sup>22</sup>.

El principio de autonomía personal se erige en uno de los pilares sobre los que se construye el régimen de responsabilidad parental. En este caso lo expone de manera explícita el inciso b) del art. 639<sup>23</sup>. De allí deriva que los menores de edad tienen derecho a participar en las decisiones que le conciernen, a intervenir en procesos judiciales con el abogado del niño, en los contratos que los padres celebren comprometiendo prestación de servicios (art. 682), etc.

### **c) La capacidad de las personas que padecen enfermedades mentales o adicciones**

Si hay una materia en la cual las innovaciones del CCyC sobre la legislación precedente constituyen un avance significativo, ella es la de la situación jurídica de las personas que antes se conocían como enfermos mentales o insanos. El CCyC no solo ha suprimido esta terminología decimonónica

---

<sup>21</sup> Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud

<sup>22</sup> Es interesante señalar que algunas disposiciones tomadas durante la cuarentena causada en la pandemia se han olvidado de esta última regla. Así, para someterse al test voluntario que se implementó en algunas estaciones de tren la persona debe tener 18 años de edad.

<sup>23</sup> Art. 639. Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: ...b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

sino que ha cambiado totalmente el enfoque. La idea que hoy campea es indudablemente la de restringir lo menos posible la autonomía de las personas que padecen enfermedades mentales o adicciones. De allí que las limitaciones a la plena capacidad son excepcionales (art. 31 inc. b) y se extienden a determinados actos que el juez individualiza en la sentencia, *procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible* (art. 38).

De este modo el CCyC ha consolidado los alcances de la Ley de Salud Mental 26657<sup>24</sup>.

## 12. Conclusiones sobre el principio de autonomía

Lo expuesto demuestra que la autonomía personal es un principio constitucional cuya vigencia efectiva ha sido recogida en la jurisprudencia de la CSN, consagrada en el derecho supranacional de los Derechos Humanos —incluso el constitucionalizado a partir de 1994—, consolidada en la legislación anterior al CCyC y finalmente reflejada de manera clara y explícita en los textos del mismo CCyC.

Y, sin duda, una de las manifestaciones más evidentes de la autonomía personal es el derecho de las personas a disponer de su propio cuerpo —en vida y para después de la muerte— siendo por ello exigible su consentimiento informado para ser sometido a cualquier tratamiento médico. Es decir que en el ámbito de la salud también —y muy especialmente en él— rige plenamente el principio de autonomía.

La limitación a la autonomía personal en materia de salud radica en la posibilidad del daño a terceros. De allí que la doctrina y la jurisprudencia coincidan —como lo anticipamos— en la legitimidad constitucional de las vacunaciones obligatorias<sup>25</sup> y hoy en día en las medidas dispuestas con mo-

---

<sup>24</sup> Esta ley, entre otras disposiciones, establece: Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

<sup>25</sup> V. Rivera, Julio César, “Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 2, número 10, p. 249; Toller, Fernando M. - D’Elía, Daniel- Fernández Santander, Adriel- Prevenir es curar: pautas

tivo de la pandemia siempre que satisfagan las exigencias a que ya hemos aludido, esto es, ser necesarias, adecuadas, proporcionales al objetivo, limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control.

### **13. La limitación impuesta por la Resolución Conjunta es irrazonable?**

Lo que venimos exponiendo nos obliga a entrar a una cuestión nuclear y no es otra que analizar si efectivamente la exigencia impuesta por la Resolución Conjunta es realmente una afectación irrazonable al principio de autonomía.

Hemos dicho que la limitación a la autonomía personal en materia de salud radica en la posibilidad del daño a terceros. Ese daño puede provenir de la posibilidad de contagiar a terceros y es lo que legitima medidas mucho más extremas como el aislamiento social preventivo y obligatorio que impuso el PEN por vía del Decreto 260/20. Pero ese confinamiento abarca a todas las personas y las exceptuadas lo son por razones plenamente justificadas.

Ahora bien; aquí se trata de una medida dispuesta solo para los mayores de 70 años e implica un agravamiento del confinamiento, pues trata de limitar incluso las salidas mínimas que todos pueden realizar como lo son aquellas necesarias para ir a comprar alimentos o medicinas.

Debemos entonces ponderar si esta medida en concreto está justificada en un posible daño a terceros.

Efectivamente puede encontrarse una suerte de daño potencial causado por las personas involucradas. De acuerdo con las estadísticas con que se cuenta, este grupo etario es de mayor riesgo que los más jóvenes, pues no sólo son aparentemente más propensos a contraer la enfermedad sino que además en ellos el efecto del virus es más intenso, generando casos más graves y que requieren con mayor frecuencia el uso de respiradores. De modo que el “daño” que este sector de la población puede causar es la saturación del sistema sanitario y en particular de los respiradores disponibles.

Hasta aquí parecería que debiéramos dar la razón a la Ciudad de Buenos Aires concluyendo entonces que la medida es adecuada y por ello supera el test de constitucionalidad.

Pero hay otro aspecto a considerar. Porqué solo los mayores de 70 años?. Porqué no los asmáticos, diabéticos, inmunodeprimidos, enfermos cardíacos, etc, esto es porqué no otros grupos de riesgo y solo los mayores de 70 años que pueden estar en perfecto estado de salud y ser por lo tanto menos potencialmente peligroso que un joven inmunodeprimido por estar tratándose de un cáncer.

Y esto es lo que la sentencia pondera para llegar a la conclusión de que la medida es irrazonable; que afecta solo a un grupo definido por su edad y en cambio no comprende a otros que pueden ser tan o más potencialmente peligrosos que aquél. En definitiva, la medida afecta mínimamente la autonomía pero lo hace conculcando el principio de igualdad; y pasamos a tratar ese punto.

#### **14. La igualdad. El liberalismo igualitario**

La sentencia hace foco en que la limitación al principio de autonomía se revela inconstitucional porque la Resolución Conjunta se aplica solo a un sector de la población, identificado por la franja etaria a la que pertenece, por lo que en definitiva crea una “categoría sospechosa” ante lo cual rige una suerte de presunción de inconstitucionalidad que la Ciudad no ha rebatido.

Ello nos impone considerar el principio de igualdad como dato crucial de nuestro sistema constitucional.

Ya hemos dicho que nuestra Constitución histórica adhirió al liberalismo político. Ahora bien, el liberalismo —en sus versiones contemporáneas— asigna gran importancia al valor igualdad (o fraternidad como sugiere denominarlo NINO), asumiendo que ello genera tensiones con el valor libertad.

Para entender acabadamente esta idea, es preciso distinguir dos alcances del valor igualdad<sup>26</sup>.

Uno está dado por la *igualdad ante la ley*; el Gobierno debe tratar con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos, y por supuesto todos

---

<sup>26</sup> Seguimos aquí a DWORKIN, ob. cit., p. 21.

gozan de los mismos derechos y garantías previstos por la CN y por las leyes. Pero esta formulación es programática; así, la Constitución habla del derecho a la vivienda digna, a la salud, al empleo, etc.; según esta concepción inicial, ello quiere decir que todos tienen el derecho de llegar a ser propietarios o de obtener asistencia médica o a recibir medicamentos; pero no significa que se deba dar una vivienda a quien no la tiene o medicamentos a quien no los pueda comprar.

El segundo alcance del valor igualdad consiste en que el Estado trate a todos como iguales en la distribución de ciertos recursos vinculados con las oportunidades, o al menos que intente asegurar el estado de cosas en el cual todos son iguales o más o menos iguales en ese aspecto.

Los dos alcances del valor igualdad son importantes.

El primero porque es claramente institucional; todos los hombres que habitan en el Estado tienen derechos y deben ser tratados igualitariamente por el Estado, cualesquiera sean sus concepciones o ideales políticos, religiosos, morales, o cual sea su concepción de la vida.

De aquí derivará uno de los principios básicos de un derecho liberal, el cual es la neutralidad moral del Estado.

El segundo determina las acciones que el Estado tiene que llevar a cabo para que exista una real igualdad de oportunidades, para que se hagan efectivos los derechos y garantías de la CN.

En este punto es donde el valor igualdad entra en tensión con el valor libertad, pues supone que el Estado puede limitar la libertad de algunos para encontrar un camino hacia una mayor igualdad<sup>27</sup>. Un caso típico es el de las acciones afirmativas o positivas, que el Estado propicia para alcanzar una mayor igualdad de oportunidades; en la Argentina es una acción positiva el cupo femenino para los cargos públicos electivos; limita la libertad de los hombres de ser candidatos y de los ciudadanos en cuanto les impone elegir a mujeres (un ciudadano musulmán debería votar a una candidata mujer que según su religión podría no ser elegible) y a la vez los priva de elegir a ciertos hombres que estarían en condiciones de ocupar un lugar en la lista si no fuera obligatorio incorporar a mujeres.

---

<sup>27</sup> Por más que, como es obvio, no se alcanzará una sociedad absolutamente igualitaria; sobre el punto, v. REVEL, ob. cit., ps. 239 y sigs.

Esta segunda concepción de la igualdad, que tiene muchas otras proyecciones —entre otras que ahora sí el Estado puede estar obligado a entregar una vivienda a quien no la tiene y a mejorar la situación material de los menos favorecidos, etc.— distingue las posiciones liberales de las conservadoras, para las cuales el mercado distribuye la riqueza premiando el talento y el esfuerzo<sup>28</sup>, lo que justifica la concentración de la riqueza y legitima la propiedad de todo lo que se haya adquirido, y no solo de una masa de bienes esenciales a la dignidad personal. Por ello los conservadores tratarán de proteger al propietario, reducir los impuestos, limitar la asistencia social y omitir toda acción positiva.

De este modo, lo que en la Argentina ha sido generalmente identificado como “neoliberalismo” no tiene nada que ver con el liberalismo político que inspira a la Constitución Nacional, y antes bien —como lo observa agudamente Carlos Nino— implica aludir a un “neoconservadurismo.”

En esta orientación un muy distinguido filósofo del derecho contemporáneo señala que el principio de igualdad está estipulado justamente porque somos diferentes, y su finalidad es tutelar esas diferencias; por lo que para la ley será lo mismo un cristiano que un musulmán o un agnóstico; un hombre que una mujer, un nacional que un extranjero. Y en un segundo plano somos desiguales; algunos tienen acceso a bienes materiales en exceso y otros no alcanzan niveles mínimos de subsistencia. En definitiva, dice este autor, *la igualdad está consagrada porque, de hecho, somos diferentes y desiguales, para la tutela de las diferencias y para tratar de suprimir o al menos achicar las desigualdades*<sup>29</sup>.

### **a) La igualdad en el derecho supralegal**

Es más que obvio que todo el derecho supranacional de los derechos humanos constitucionalizado consagra expresamente el principio de igualdad. No nos parece necesario transcribir disposiciones que son vastamente conocidas.

---

<sup>28</sup> Esto es característico de ciertas sociedades en las que predomina una cierta concepción ética: v. WEBER, Max, *Ética protestante*, Buenos Aires, 2004; en particular el capítulo “El espíritu del capitalismo”, a partir de p. 27.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta, Madrid, 2019, cap. I, p.13.



Pero señalamos que la sentencia en comentario destaca que en virtud del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados Partes se comprometen a “... garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Y que a su vez, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prohíben toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Pero además razona sobre la base de los mismos instrumentos que Ciudad de Buenos Aires se ha dado a sí misma y que esta parece desconocer.

En efecto, el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece que “[s]e reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, *edad*, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.”

Y más aun, en el art. 41 de la misma Constitución porteña, se lee que “La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias...”.

## **b) La igualdad en el CCyC**

La igualdad se manifiesta, como ya lo hemos señalado, en dos planos: el de la igualdad ante la ley que exige al Estado tratar a todos los habitantes de manera igualitaria cualesquiera sean sus preferencias, circunstancias o condiciones; y el de las acciones positivas tendientes a modificar las pautas culturales de la sociedad que impiden la concreción efectiva de la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos.

Obviamente, de la igualdad, así como de la tolerancia y de la autonomía personal, emana el deber de no discriminar en razón de la raza, religión, nacionalidad, sexo, orientación sexual, ideología, y algunos otros factores sensibles.

En el derecho privado, la igualdad se manifiesta hoy en la absoluta equiparación de los roles de los cónyuges en el matrimonio. Ella se exterioriza, además, en la regulación del apellido de los hijos y de los propios esposos (arts. 64 y 67)<sup>30</sup>.

Cabe aquí señalar que las proyecciones de este principio se extienden al derecho de los contratos, pues puede considerarse una conducta discriminatoria no contratar a personas de determinada religión, raza o sexo. Sobre el punto la jurisprudencia ha considerado discriminatoria la política empresarial de no contratar mujeres para ciertos trabajos, así como no alquilar un inmueble a una persona por razón de su pertenencia a cierto credo<sup>31</sup>.

Y, entendida la igualdad en el sentido que le dan RAWLS y otros autores, implica la necesaria tutela y promoción del mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la comunidad; lo que en el ámbito del derecho privado importa:

— la generación de instituciones de protección y representación de las personas débiles, tales como los niños, mujeres, discapacitados, *aunque con el mayor respeto posible a su autodeterminación*; así se manifiesta con claridad en la regulación que el CCyC hace de las restricciones a la capacidad con base en una serie de pautas enumeradas en el art. 31;

— en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales, una cierta intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación, lo que se traduce en la limitación del papel

---

<sup>30</sup> Ferrajoli señala como ejemplos de vulneración del principio de igualdad las disposiciones que establecían la potestad del marido sobre la mujer, excluían a la mujer de la administración de sus bienes, impedían la transmisión del apellido materno a los hijos, el luto viudal que impedía a la mujer casarse antes de los 300 días del cese del anterior matrimonio, etc.: cit., p. 27. En el derecho argentino todas esas reglas discriminatorias han desaparecido.

<sup>31</sup> CNCiv., sala H, 16/12/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo SA”; CS, 20/5/2014, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros si amparo”, *Fallos* 337:611; CNCiv., Sala J, 11/10/2006, *JA* 20/12/2006.

de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos, como el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, en general considerados como derivaciones del principio más general de buena fe consagrado por el art. 9 CCyC. Por lo demás, el CCyC contiene reglas sobre los contratos por adhesión sujetos a condiciones generales predispuestas; y sobre contratos con consumidores que se consideran un piso de protección, lo cual es una derivación de los principios constitucionales establecidos en los arts. 42 y 43, CN. Esto puede decirse que es un reflejo de la igualdad en el segundo sentido que le asigna Ferrajoli, o sea, el de los derechos sociales que tienden a la disminución de las desigualdades.

## V. LA EMERGENCIA NO CAUSA LA SUSPENSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

### 14. Las emergencias en la jurisprudencia de la CS

Es bien sabido que Argentina “vive” en emergencia; en el año 2002 la emergencia fue establecida por ley y su vigencia prorrogada por años. En el momento actual también rige una ley de emergencia 27541 sancionada el 21 de diciembre de 2019.

Pero lo cierto es que las emergencias no nacieron con el siglo XXI, sino que tienen una larga prosapia<sup>32</sup> y la jurisprudencia de la CSN ha sido generosa en el reconocimiento de las medidas adoptadas por diferentes gobiernos invocando su existencia; así, desde la sentencia Ercolano (1922), pasando por Avico (1933) hasta Peralta (1990) y luego Massa, Rinaldi y una decena más como mínimo<sup>33</sup>. Seguramente los constitucionalistas coincidirán en que el fallo Peralta<sup>34</sup> constituye una prueba irrefutable de esa condescendencia del Poder Judicial hacia los efectos de la emergencia.

---

<sup>32</sup> Sigue teniendo vigencia un trabajo que publicamos en el año 2002: “Introducción histórico comparativa al estudio de la crisis”, LL 2003-B-1028

<sup>33</sup> Para una síntesis de la evolución jurisprudencial: Hernández, Antonio María, El Caso “Massa” y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>; Ibarlucía, Emilio A., La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema, LL 2008-D, 272, Cita Online: AR/DOC/1499/2008.

<sup>34</sup> CSN, 27.12.90, Fallos 313-1513

Pero pese a la jurisprudencia tan condescendiente de la CSN, debemos reivindicar como principio que ello no significa que la Constitución entre en suspenso en las emergencias. Esa es la doctrina del fallo de la CSN dictado en 1927 en la causa *Compañía Azucarera Tucumana c/Pcia de Tucumán*<sup>35</sup>. En él la CSN dijo: “*Que la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución y al derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no haya sido derogado. Si la calificación de Emergencia Económica I 51 ley de emergencia atribuida a la del año 1919 o el derecho de hacerse transitoria, fueran motivos suficientes para considerar derogadas la cláusula del art. 13, no se ve cuando tendría esta aplicación, desde que como se ha dicho, todas las leyes de impuestos se fundan en general en urgencias económicas de que se hace derivar la emergencia y son o pueden ser transitorias*”.

De modo pues que las leyes y por supuesto las otras disposiciones de inferior rango —decretos, ordenanzas, etc.— están sujetos al control de constitucionalidad.

Y aunque somos conscientes de que nos alejamos del propósito inicial de limitarnos a comentar la sentencia del caso *Lanzieri*, no podemos dejar de mencionar que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso para ejercer el control de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Esa ley dispone que la Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 10), debiendo incluso abocarse de oficio a su tratamiento en el caso de que el Jefe de Gabinete no hubiera remitido los decretos en el plazo establecido en la ley (art. 9). En ese caso el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del Jefe de Gabinete. No está demás recordar también que conforme al art. 6 de esa

---

<sup>35</sup> CSN, 14/12/1927 - Fallos: 150:150

ley la Comisión Bicameral Permanente cumple funciones *aun durante el receso* del Congreso de la Nación.

Más aun, si la Comisión no se expidiera dentro del plazo, la misma ley dispone que las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional. Y conforme al art. 22 las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional debiendo cada Cámara comunicar a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.

Como es obvio nada de esto se cumplió en los plazos previstos en la legislación. Es más, el país asistió atónito a la paralización —desaparición— del Poder Legislativo —que recién sesionó el 14 de mayo— y del Poder Judicial, por lo que todas las atribuciones del Gobierno se concentraron exclusivamente en el Poder Ejecutivo. Y más aun, a una insólita acción meramente declarativa propuesta por la Vicepresidente de la Nación ante la Corte Suprema de la Nación, que recibió un rechazo más bien condescendiente de nuestro Tribunal Címero

Con lo cual podemos concluir que la pandemia tiene por efecto poner en suspenso la Constitución, dando la suma del poder público al Poder Ejecutivo, mientras los otros dos poderes están en feria...o más o menos.

Pero la situación por la que estamos pasando no solo es irregular por la falta de —o por lo menos notoria morosidad— en el control de los DNU por parte del Poder Legislativo y la ausencia con aviso del Poder Judicial, sino también porque el PEN avasalla competencias provinciales y municipales, en la medida que absorbe de manera excluyente una competencia —la policía sanitaria - que es concurrente con las provincias y municipios<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> En esta orientación se dice: "...el poder de policía de salubridad concierne a una atribución concurrente entre las esferas nacionales, provinciales y municipales. Sin embargo, para absorberla no basta con que el Estado Nacional deba responder a una situación de gran escala que torne eficaz una regulación general y universal en la materia, e ineficiente a cualquier otra que se le superponga o contradiga. Es necesario justificar de manera adicional la ruptura del sistema federal de gobierno y la supresión de las competencias locales, mediante el concurso legislativo, general y universal que sólo el Congreso puede imponer...Y aun cuando la pandemia de COVID-19 obliga a admitir su excesiva gravedad, ello no equivale a aceptar que la facultad de salubridad pueda desplazar la competencia legislativa penal y las salva-

Y, por el otro lado, también vemos excesos cometidos por autoridades locales, como intendentes que disponen impuestos sobre campos, cortan rutas nacionales, aunque quizás los casos más patéticos sean el del Concejo Deliberante de Puerto Iguazú que dispuso el cierre de la frontera —antes de que lo hiciera el gobierno nacional— y el de Chubut donde el ministro de seguridad dispuso prohibir el ingreso de cualquier persona al territorio provincial...mientras el Gobernador estaba en Buenos Aires reunido con el Presidente...!

En fin, la pandemia está justificando un verdadero caos institucional en el cual la Constitución Nacional parece estar realmente suspendida !

## VI. CONCLUSIONES SOBRE LA SENTENCIA LANZIERI

La sentencia ha conjugado muy bien los distintos elementos en juego. Por un lado, nadie puede discutir que la pandemia es un hecho absolutamente excepcional por poner en riesgo la salud y aun la vida de la población. Lo que de por sí justifica que los gobiernos —en ejercicio de las facultades concurrentes que en materia sanitaria atribuye la CN— adopten medidas que limiten algunos de los derechos y garantías constitucionales. Incluso de modo mucho más intenso que la Resolución Conjunta, como es más que obvio.

Pero ello no excluye que esas medidas deben ser razonables y que están sometidas al control de los tribunales en cuanto a su constitucionalidad pues ninguna emergencia permite suspender la vigencia de la Constitución.

Y, en el caso concreto, la medida —en tanto dirigida exclusivamente a un sector de la población identificado por su pertenencia a un grupo etario— no supera el test de constitucionalidad por afectar discriminatoriamente el principio de autonomía.

---

guardias que la Constitución Nacional contiene en favor de las provincias para autorregular, como les plazca, su contención localista, más allá de que hacerlo de otro modo diferente a como lo está implementando la Nación —que lo ha planteado mejor que casi todos los países del mundo— sería suicida, pero no invalida en ningún plano sus competencias constitucionales”: DÍAZ LACOSTE, Alejandro “El resguardo del Estado de derecho ante el estado de pandemia. Los aspectos prima facie inconstitucionales de los DNU dictados por el Poder Ejecutivo Nacional”, LL 5/5/2020, **Cita Online:** AR/DOC/1385/2020,

De este modo la sentencia ha hecho una aplicación muy clara de los principios del liberalismo político en su versión más actual, haciéndose eco además de una idea rectora definida desde antaño por la CSN: la Constitución Nacional nunca entra en suspenso, sea cual fuere la emergencia de que se trate. Así lo dice explícitamente la sentencia, cuando aclara que se pronunciará “... sobre la concordancia o no de la norma en particular, con el resto del ordenamiento jurídico, y las normas de mayor jerarquía, en tanto, al día en que se dicta la presente, continúa vigente el Estado de Derecho y las garantías constitucionales, y es precisamente en ese rol que se controlará la disposición, puesto que es la función principal que atañe a la rama judicial del Estado, y el último bastión al que pueden acudir los habitantes a fin de reclamar por los derechos que estiman conculcados”.

En resumen: la Resolución Conjunta afecta de manera muy ligera la autonomía de los adultos mayores, y si en vez de limitarse a ellos se hubiera extendido a otros grupos de riesgo, nadie podría cuestionarla seriamente.

Pero la importancia de esta sentencia radica en que ella, como otras dictadas por poco conocidos jueces de primera instancia de distintas jurisdicciones<sup>37</sup>, rescatan la vigencia de la Constitución, someten las decisiones de los distintos estamentos de gobierno al control de constitucionalidad y reivindican la eficacia de los principios propios del constitucionalismo liberal igualitario que inspiran a nuestro Texto Supremo.

Como alguna vez le respondió su vecino a Federico II de Prusia: todavía hay jueces en Berlín. Y eso da alguna esperanza de que algún día recobremos las instituciones de la República.

---

<sup>37</sup> También es valiosa la sentencia del Juez Federal de Formosa dictada en autos Davis, Juan Eduardo y otros s/ Habeas Corpus, 26/04/2020, Cita Online: AR/JUR/14779/2020





# ¿ES CONSTITUCIONAL LA NORMA QUE IMPONE A LOS EMPLEADORES PRIVADOS EL PAGO ÍNTEGRO DE SUS REMUNERACIONES A LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL AISLAMIENTO PREVENTIVO Y OBLIGATORIO?

Por CARLOS ALBERTO ETALA<sup>1</sup>

## **I. Introducción.**

Como es ampliamente conocido, el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como una “pandemia” el brote de la enfermedad denominada como “coronavirus - COVID-19”.

Antes de la difusión de dicha enfermedad en el ámbito territorial de la República Argentina, el Congreso de la Nación había aprobado, en primera instancia, la ley 27.541 (B.O. 23/12/2019), llamada “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, cuyo art. 1º determina lo siguiente: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Cons-

---

<sup>1</sup> Texto elaborado por el autor ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19.

titución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2º, hasta el 31 diciembre de 2020”.

Con respaldo legislativo en la mencionada ley, el Presidente de la Nación Argentina Dr. Alberto FERNANDEZ, apelando al instrumento legislativo del “decreto de necesidad y urgencia”, reglamentado mediante la ley 26.122 del año 2006, dictó varios decretos de este tipo para hacer frente a la emergencia sanitaria derivada de la difusión de la aludida enfermedad en nuestro territorio.

Así el DNU 260/2020 (B.O. 12/03/2020), cuyo art. 1º lleva como rúbrica “Emergencia Sanitaria”, dispuso: “Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley Nº 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”.

Pocos días después, el Presidente de la Nación dictó el DNU 297/2020 (B.O. 20/03/2020), que en su artículo 1º estableció: “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”. El último párrafo del mencionado artículo determina: “Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el decreto Nº 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al Coronavirus – COVID 19”.

## **II. Salarios durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio.**

El art. 8º del mencionado DNU 297/2020, en su primer párrafo, determina lo siguiente: “Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”, disposición que será motivo de nuestra especial atención.

Ante todo debe señalarse que la disposición indicada se refiere genéricamente a “los trabajadores y trabajadoras del sector privado” sin distinguir entre trabadores/as “dependientes” o “autónomos” estos últimos que han celebrado un “contrato de obras o de servicios” en los términos del art. 1251 del CCCN. Desde luego, los trabajadores “dependientes” son aquellos regidos por el Régimen de Contrato de Trabajo, (L.C.T.), aprobado por ley 20.744, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo, según su actividad, profesión, oficio o categoría (ley 14.250, t.o. 2004) y a ellos nos referiremos con especial atención.

En cuanto a los trabajadores públicos, el DNU 325/2020 (B.O. 31/03/2020), que prorrogó la vigencia del DNU 297/20 hasta el 12/04/2020, aprobó respecto de estos trabajadores, en su art. 2º, el siguiente texto: “Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el artículo 6º del decreto N° 297/20, y deban cumplir con el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’, pertenecientes a las jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional, cualquiera sea su forma de contratación, deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, pero deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente”.

En cuanto a los trabajadores dependientes de empleadores privados pueden presentarse las siguientes situaciones: a) que tengan que dejar de prestar servicios en razón del cumplimiento del deber de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’; b) trabajadores que continúen con el cumplimiento de sus tareas desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, siguiendo las indicaciones de sus respectivos superiores jerárquicos. Según la normativa vigente, en ambos casos, deben seguir percibiendo sus remuneraciones habituales. Es precisamente la igualación de estas situaciones desiguales la que da motivo para nuestro comentario.

### **III. Crítica de la normativa vigente.**

Precisamente la crítica a la normativa vigente está motivada por la ya señalada igualación de situaciones diferentes vulnerándose el llamado principio de “igualdad de trato” que impone tratar a los iguales, de modo igual, en igualdad de circunstancias.

Ello, porque impone al empleador privado el deber de pagar la “remuneración” a los trabajadores en circunstancias que difieren porque en el caso a) los trabajadores no prestan servicios y, en cambio, sí lo hacen en el caso b).

A nuestro juicio, la disposición del art. 8º del DNU 297/2020 deviene inconstitucional en tanto agravia el derecho de propiedad (arts. 14 y 17 C.N.) de los empleadores privados por vulnerar las siguientes normas y principios:

- 1º) El empleador privado se ve compelido a abonar una remuneración que, vulnerando las normas y principios de la normativa constitucional y legislativa vigente -derivada de la C.N.-, impone pagar una “remuneración” a un trabajador que no ha puesto “a disposición” de su empleador su “fuerza de trabajo” y por consiguiente, sin “contraprestación” alguna, infringiendo de este modo el concepto de “remuneración” del art. 103 L.C.T., que desde luego deriva del concepto de “retribución justa” a que refiere la Constitución Nacional (art. 14 bis C.N.).
- 2º) Es evidente que nos encontramos en una clara situación de “fuerza mayor” en el sentido del art. 1730 del CCCN, derivado de la declaración por DNU emanado del Poder Ejecutivo que ha impuesto el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, o sea que emana del “hecho del príncipe” y, desde luego, ajeno a la responsabilidad de ambas partes, tanto de los trabajadores como de los empleadores.
- 3º) Nos encontramos, sin lugar a dudas, en presencia de una situación de “desempleo” forzoso, derivado de una “medida de gobierno”, que encuadra perfectamente dentro del concepto de “contingencia social” de “desempleo” que debe cubrir el Derecho de la Seguridad Social, y no del concepto de “remuneración” comprendido en el contrato de trabajo.
- 4º) Las “prestaciones por desempleo” las debe suministrar la agencia de Seguridad Social del Estado nacional, ya que el Estado es el que debe otorgar “los beneficios de la seguridad social” (art. 14 bis C.N.), en este caso, a través de su órgano gestor, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y no el empleador privado quien ya ha hecho la contribución a tal efecto (art. 120, ley 24.013) a través del pago al Fondo Nacional de Empleo, por la cual se cubre la contingencia social de “desempleo”, regulada por los arts. 111 a 127 de

---

la Ley Nacional de Empleo 24.013, que instituyó el “Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo”.

- 5º) El pago de una suma de dinero -bajo el nombre impropio de “remuneración”- sin derecho a contraprestación alguna, configura una contribución confiscatoria de la propiedad de los empleadores privados que vulnera gravemente los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.



# LA CRISIS Y LA INCERTIDUMBRE EN LA ÉPOCA DEL COVID-19

POR ENRIQUE M. FALCÓN<sup>1</sup>

Una epidemia convertida en Pandemia (<sup>2</sup>) es una crisis, entendida como un cambio, que se transforma en un problema urgente doloroso y desgarrador. El problema que crea la crisis pandémica abarca el campo sanitario, social, económico, financiero, familiar, psicológico, jurídico, nacional e internacional y plantea un cambio de paradigmas de modo global y de modo especial.

---

<sup>1</sup> Texto elaborado por el autor ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19. Lo expuesto fue redactado en el año 2020, de modo que varios aspectos críticos de ese momento se fueron solucionando poco a poco en 2021. Aunque los efectos nefastos del aislamiento obligatorio extenso se mantienen en muchos aspectos, el tema pandémico no se encuentra finalizado, aún en septiembre de 2021 y todavía hay problemas de muchos tipos para la vuelta al trabajo en los tribunales.

<sup>2</sup> Hay que tener clara la *diferencia entre epidemia y pandemia*. Un brote epidémico o simplemente epidemia es una clasificación usada en la epidemiología para denominar la aparición repentina de una enfermedad debida a una infección en un lugar específico y en un momento determinado y la enfermedad se propaga activamente debido a que el brote se descontrola y se mantiene en el tiempo. La pandemia se declara cuando el brote epidémico afecta a más de un continente y que los casos de cada país ya no sean importados sino provocados por transmisión comunitaria.

Pero de todos esos problemas surge uno muy particular que ha sido el relacionado con el bloqueo de la actividad de los abogados durante el período comprendido entre la imposición necesaria del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, que en el sector de la AMBA (Área Metropolitana Buenos Aires, zona urbana común que conforman la CABA y los siguientes 40 municipios de la Provincia de Buenos Aires), en especial en la Ciudad de Buenos Aires, la que se aplica desde el 20 de marzo de 2020 (DNU 297/2020 con sus sucesivas prórrogas), seguido por Decisiones Administrativas y disposiciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y el Superior Tribunal de la CABA, se han “eternizado” con graves perjuicios en todas las áreas.

Esta situación se produce porque los abogados no pueden ejercer su profesión pues, pese a las disposiciones que establecieron reglas para el trabajo por vía electrónica, además de las limitaciones que tiene este sistema para el desarrollo de los procesos, sólo permite por el momento, ciertos actos iniciales, pero hace imposible que se sigan los trámites, los que tampoco se admiten en procesos comenzados, a lo que se suma que los abogados ni siquiera pueden ambular por la ciudad para dirigirse a sus Estudios donde tienen los elementos de trabajo.

Y ésta es una cuestión asombrosa, cuya extensión en el tiempo excede largamente la posibilidad de soportar el aislamiento y la falta de trabajo durante tanto tiempo. La situación es una consecuencia de que *el ejercicio de la abogacía no es considerada una actividad esencial*, ni por los Poderes Ejecutivos nacional y de la AMBA, que son los que gestionan la pandemia, ni por el Poder Judicial que, en el ámbito de lo nacional y federal, no se ha ocupado de desinfectar todos los tribunales, ni de proveer a los juzgados de los elementos necesarios y adecuados para realizar su tarea, a pesar que tiene fondos anticíclicos para “catástrofes” mucho mayores que los que son necesarios para la tarea de resguardo actual.

Más allá de la posible aparición de las consecuencias fisiológicas y psicológicas negativas del estrés, que derivan de la mayor ansiedad, depresión y menor calidad de vida, los posibles tratamientos interrumpidos y consecuencias económicas nefastas, está la incertidumbre de cómo y cuándo se revertirá la situación y cuáles son los efectos que las distintas medidas que se van tomando en el período de cuarentena (como por ejemplo: prórroga de la ley 27.641; doble indemnización, suspensión de ejecuciones, nueva ley de alqui-



leres, despidos masivos, concursos y quiebras en una cantidad inmanejable, inflación soterrada y explosiva) y cuáles son sus consecuencias a futuro.

Estas consecuencias no son nuevas. En 2005 “el Dr. Lee Jong-Wook advirtió a todos los Ministros de Salud de las Américas, reunidos en Washington, D.C. con motivo de la 46 Reunión Anual del Consejo Directivo de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), septiembre 2005, acerca del riesgo de una amenaza de consecuencias sanitarias, sociales y económicas incalculables, diciendo: “No tomar en serio la amenaza (de la pandemia de la gripe aviar) y no prepararse apropiadamente, tendrá consecuencias catastróficas”. También definió como “momento crítico” la posibilidad cierta de una pandemia mundial por gripe aviar, un evento de enormes consecuencias que “no puede encontrar a ningún gobierno, dirigente nacional o Ministro de Salud desprevenido”...., “y todos los países también deben tener una estrategia comunicacional, estando preparados para informar al público sobre la pandemia, sobre qué está pasando y qué hacer”.

“Las epidemias son emergencias sanitarias en las que se ve amenazada la vida de las personas y causan cantidades significativas de enfermos y muertos. Por lo general, se sobrecargan los recursos locales y quedan amenazados la seguridad y funcionamiento normal de la comunidad. Como resultado se requiere, con carácter urgente, una intervención externa de ayuda. Pero al igual que otros eventos catastróficos, son también verdaderas tragedias humanas y por ende es necesario atender la aflicción y las consecuencias psicológicas. Desde la perspectiva de la salud mental, una epidemia de gran magnitud implica una perturbación psicosocial que puede exceder la capacidad de manejo de la población afectada. Puede considerarse, incluso, que toda la población sufre tensiones y angustias en mayor o menor medida. Así es que se estima un incremento de la incidencia de trastornos psíquicos (*entre una tercera parte y la mitad de la población expuesta podrá sufrir alguna manifestación psicopatológica, de acuerdo a la magnitud del evento y el grado de vulnerabilidad*). Aunque debe destacarse que no todos los problemas psicológicos y sociales que se presentan podrán calificarse como enfermedades; la mayoría serán reacciones normales ante una situación anormal”<sup>(3)</sup>.

<sup>3</sup> Organización Panamericana de la Salud (OPS)-*Protección de la Salud Mental en Situaciones de Epidemias*, THS/MH/06/1 (Esp.) página 4.

Generalmente se asocia la incertidumbre con el principio de incertidumbre de la física cuántica desarrollado por Heisenberg, que de un modo general se puede explicar diciendo que en física cuántica no se puede determinar simultáneamente y con precisión arbitraria, ciertos pares de variables físicas, como son, la posición y el momento lineal de un objeto dado. Pues bien, en el campo individual y social puede formularse el principio de incertidumbre como una situación incómoda, desagradable o peligrosa, en que nos encontramos en la cual no tenemos información predictiva posible sobre el futuro lo que nos crea duda, inquietud, inclusive miedo y hasta muy diversas cuestiones que se somatizan en temas de salud, la situación económica particular y general, el desarrollo de los proyectos, el empleo.

Pero también están en juego la seguridad, la libertad, y toda una serie de factores con los que normalmente desarrollamos nuestra existencia, porque desconocemos lo que sucederá, pero presentimos y en parte sabemos que será muy malo o mu catastrófico, aspecto que se inicia con la pandemia que crea un torbellino que cambia las perspectivas día a día, se traslada mucho tiempo en un futuro indeterminado y que nos preanunciamos como infeliz y desgraciado<sup>(4)</sup>.

Normalmente, en los momentos de crisis económicas surgen los efectos psicológicos que hemos descripto anteriormente, pero en el caso actual se trata de una pandemia que llevó a una crisis económica a todo el mundo, miles muertos, miles de despedidos, miles con problemas psicológicos y una población pobre que ha aumentado notablemente, en especial en los países de Sudamérica. Una observación con diversas citas la realizan Tabernero y otros diciendo que la: “crisis económica desencadena un escenario de incertidumbre que incide sobre el comportamiento organizacional reflejado por los individuos, los equipos de trabajo y la propia organización. Ante la crisis, los individuos trabajan bajo la amenaza que supone la inseguridad de mantener su puesto laboral, la desconfianza y competitividad con los miembros de su equipo ante un posible despido, la incertidumbre ante el futuro de la organización o la valoración del atractivo de sus características de empleabilidad dentro del mercado laboral (Tabernero, Briones

---

<sup>4</sup> Tal vez no debamos preocuparnos tanto nosotros por nuestro desazón e incapacidad para resolver el problema, téngase en cuenta que la OMS se encuentra en igual grado de incertidumbre, porque no pudo comunicar debidamente los datos sobre la pandemia, ni orientar acciones coordinadas para el tratamiento de la enfermedad, por lo que cada país tomó su rumbo en el combate a dicho mal.

y Arenas, 2011). Rosen, Ivanova y Knäuper (2014) sostienen que mantener un estado de incertidumbre implica desconfiar de la ocurrencia de un resultado esperado, lo cual afecta a la motivación para lograr una meta. Asimismo, se ha demostrado que convivir con niveles elevados de incertidumbre se asocia con una mayor probabilidad de aparición de las consecuencias fisiológicas y psicológicas negativas del estrés, y con mayor ansiedad, depresión y menor calidad de vida (Arce, 2012; Stuckler y Basu, 2013). Muchas decisiones se toman en situaciones de estrés —elegir la respuesta correcta en un examen o una salida de emergencia—, y muchas de estas situaciones de toma de decisiones generan respuestas estresantes por sí mismas —agentes de bolsa que toman decisiones que ponen en juego el dinero de otras personas— (Starcke y Brand, 2012). Así, estrés y toma de decisiones están intrínsecamente relacionados, tanto a nivel comportamental como a nivel neuronal. El estar expuesto al estrés y sus reacciones desencadenantes influye en la calidad de las decisiones tomadas y puede tener un efecto negativo sobre la salud”<sup>(5)</sup>. Y a esta situación nos hemos visto sometidos los abogados. Lo impensable, además por las distintas ferias de tribunales, es que la actividad jurídica no es considerada, criterio que se tiene en la Argentina, donde el Derecho parece ser una materia inexistente.

Pues bien, de todos los aspectos negativos producidos por la pandemia, uno debe rescatarse, y es la implementación de sistemas electrónicos dispuestos por las distintas acordadas, los que ponen en la puerta del proceso civil oral y del expediente digital, que parece avanzar muy rápidamente.

Por otro lado, conviene tener presente los estudios y criterios de quienes se ocupan de las crisis, aunque lo hagan para el área de las empresas. De estos estudios destaco una serie de *reglas* como las siguientes en cuanto a lo que conviene hacer: 1) La contención de la crisis en la medida que se pueda, es decir relacionada con uno mismo o con la proyección de los efectos a futuro, 2) La resolución de la crisis comenzando por un diagnóstico realista de la situación y las posibles vías a seguir, aún durante la crisis, 3) Aprender de la crisis. Toda crisis deja una enseñanza y nosotros tenemos una muy cercana, aunque de menor entidad en 2001, 4) Utilizar una serie

---

<sup>5</sup> TABERNERO, Carmen; ARENAS, Alicia; CUADRADO, Esther y LUQUE, Bárbara -*Incertidumbre y orientación hacia los errores en tiempos de crisis. La importancia de generar confianza fomentando la eficacia colectiva*; Papeles del Psicólogo, 2014. Vol. 35(2), pp. 107-114 (Sección monográfica), p. 107.

de herramientas para el manejo de la crisis que pueden ser una serie de hojas de trabajo para identificar la crisis, los problemas ya existentes y las señales sobre problemas futuros o consecuencias de los actuales, elaborar listas de información de contactos, listas de estado de las causas al momento de iniciar la crisis, preparar tácticas y estrategias para el futuro, tener presente la posibilidad de negociación en los distintos conflictos, evaluar los impactos reales y posibles<sup>(6)</sup>.

---

<sup>6</sup> Harvard Business Press, serie Pocket Mentor, "Manejo de crisis", iEco, Chile 2009. También puede ser útil el libro de Nicola Philips "Motivación para el cambio", Folio, España 1995.

# LOS RECURSOS LIMITADOS Y EL «AMPARO» COMO INSTRUMENTO DE ACCESO A LA SALUD.

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>1</sup>

*La enfermedad es el lado nocturno de la vida, una ciudadanía más cara. A todos, al nacer, nos otorgan una doble ciudadanía: la del reino de los sanos, y la del reino de los enfermos. Y aunque preferimos usar el pasaporte bueno, tarde o temprano cada uno de nosotros se ve obligado a identificarse, al menos por un tiempo, como ciudadano de aquel otro lugar”.*<sup>2</sup>

## **1. El derecho a la salud. Base normativa<sup>3</sup>.**

El derecho a la salud integra, junto a los derechos al agua, la seguridad social, la vivienda, la alimentación, la educación, el ambiente adecuado y saludable, y a los derechos culturales, los hoy llamados Derechos econó-

---

<sup>1</sup> Texto elaborado por la autora ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19.

<sup>2</sup> SONTAG, Susan, *La enfermedad y sus metáforas*.

<sup>3</sup> Estas reflexiones surgieron a propósito de la invitación formulada por el profesor Christian Byk para participar en una obra colectiva que se publicará en Francia con el título “*COVID-19: Hacia un nuevo mundo? Un análisis de la pandemia a través de la mirada de las ciencias sociales y humanísticas*”. Conocedor de nuestro país, el prestigioso bioeticista y juez francés me solicitó escribiera sobre cómo funciona el “amparo salutífero”, durante la pandemia.

micos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), previstos en diferentes convenciones internacionales.

Así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina (de ahora en adelante CSN o la Corte), quien reiteradamente afirma que el derecho a la salud está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, art. 12, inc. c, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; art. 6 inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Internacional de los derechos del niño, el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, etc<sup>4</sup>.

A esta normativa debe sumarse el art. 42 de la C.N. que expresamente dice:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la *protección de su salud*, seguridad e intereses económicos”.

Las constituciones provinciales no son ajenas. En este sentido, por ej., la Suprema Corte de Tucumán ha recordado que “La Constitución Provincial reconoce a la salud como derecho fundamental de la persona y consagra, como una obligación ineludible del Estado, la de garantizar el derecho a la salud integral, pública y gratuita a todos sus habitantes, sin distinción alguna, mediante la adopción de medidas preventivas, sanitarias y sociales adecuadas; a la vez, establece una especial protección a las personas con discapacidad, que asegure la prestación de atención médica, servicios de rehabilitación y de apoyo<sup>5</sup>.”

El panorama se completa con una serie de leyes nacionales que garantizan las prestaciones de salud en diferentes sectores; así, por ej., leyes n°

<sup>4</sup> CSN, 30/10/2007, DJ16/01/2008, 98, Cita Online: AR/JUR/6677/2007 y en Foro de Córdoba, n° 124, agosto 2008, p. 91.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contenciosoadministrativa, 17/02/2012, LLNOA 2012 (junio), 525 – DJ 15/08/2012, 58, Cita Online: AR/JUR/3704/2012.

22.431 sobre personas con discapacidad (1981); n° 23.660 (1989) Obras sociales; n° 23.661 Sistema Nacional del Seguro de Salud (1989); n° 23.753 Diabetes (1989/2013); n° 23.798 Lucha contra el SIDA (1990); n° 24.091 Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las Personas con Discapacidad (1997); n° 25.415 Hipoacusia (2001); n° 25.649 medicamentos genéricos (2002); n° 25.673 Salud Sexual y Procreación responsable (2002); n° 25.929 Embarazo, parto y post parto. Prestaciones y derechos (2004); n° 26.061 Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; N° 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica (2006); n° 26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral (2006); n° 26.396 Trastornos alimentarios (2008); n° 26.485 Protección integral a las mujeres (2009); n° 26.529 Derechos del paciente (2009); n° 26.588 Enfermedad celíaca (2009); n° 26.657 Salud mental (2010); n° 26.682 Medicina prepaga (2011); n° 26.689 Enfermedades poco frecuentes (2011); n° 26.743 Identidad de género (2012); n° 26.862 Reproducción asistida (2013), entre otras.

De este conjunto normativo resulta la estrecha relación existente entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos; ambas categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, cuya tutela y promoción permanente es exigible con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

## **2. ¿Hasta qué punto los jueces son *garantes* del cumplimiento de ese conjunto de normas?**

Normalmente, garantizar estos derechos implica costos económicos significativos. Conforme la mayoría de las normas enumeradas, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole hasta “*el máximo de los recursos de que dispongan*” (art. 4 de la Convención internacional de los derechos del niño), para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los DESCA (art. 2 del PIDESC).

En numerosas ocasiones, el cálculo de ese costo no es fácil, pues no se trata de un gasto único (por ejemplo. una operación quirúrgica) sino de prestaciones *múltiples* que se suceden por tiempo *indeterminado*, como acaece con las prestaciones debidas a personas con discapacidad permanente y grave;

a esa causa se agregan las frecuentes variaciones del grupo familiar del afiliado<sup>6</sup>.

Como dice Juan I. Callejas, “la solidaridad, económicamente no es gratis, políticamente no es inocente y moralmente no es opcional sino justicia debida”<sup>7</sup>.

¿Cuál es, entonces, el rol de los jueces cuando este tipo de prestaciones se reclaman judicialmente?

Hace más de un cuarto de siglo, la CSN acuñó esta fórmula: “La misión más delicada del órgano judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones”<sup>8</sup>.

Desde entonces, por aplicación de esta regla, en materia de salud, la Corte afirma, por ej., que “sin negar ni afirmar las eventuales propiedades de una sustancia, su puesta en el mercado no es función que compete a los jueces, sino al organismo administrativo encargado de cuanto compete a la farmacología”<sup>9</sup>. Se trata, pues, de un supuesto en el que el máximo Tribunal del país se autolimita por razones científicas o técnicas, que reserva a otro poder del Estado.

Además, la atribución judicial de intervenir se abre si el administrador *no* cumple, porque no hay razón para que los jueces dispongan medidas relativas a la salud que ya está realizando el poder constitucional y legalmente obligado. Por eso, “corresponde rechazar sin sustanciación la demanda de amparo interpuesta por una persona que solicita se respete su derecho y el de sus hijos a la alimentación, la vivienda y la salud *si no resulta que se les hayan negado las prestaciones requeridas*”<sup>10</sup>. En lo que aquí interesa (la salud), la actora solicitaba que “el Ministerio de desarrollo social y ambiente

---

<sup>6</sup> Ver, por ej., CNCiv. Com. Fed. Sala de Feria; 23/04/2020, Rubinzal Online; 7561/2019 RC J1885/20.

<sup>7</sup> <https://caritas-web.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/1995/01/COR00075-HACIA-UNA-CULTURA-DE-LA-SOLIDARIDAD-02.pdf>

<sup>8</sup> CSN, 31/8/1999, Guadalupe Hernández s/ Acción de amparo, JA 2000-III-673 y sus citas.

<sup>9</sup> CSN 27/1/1987, JA 1987-II-331 con nota de MORELLO, Mario, *La respuesta de la Corte al pedido de suministro de crotoxina*.

<sup>10</sup> CSN 12/3/2002, Votaron en disidencia Fayt y Boggiano, JA 2002-IV-466, con nota de ALBANESE, Susana, *Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida*.



de la Nación, la provincia de Bs. As. y el hospital de pediatría Garrahan otorguen a una de sus hijas las prestaciones médicas necesarias a su estado de salud y se remuevan los condicionamientos que han impedido la plena y efectiva concesión de su derecho”. La CSN justificó el rechazo *in limine* en que la propia actora reconoció que la niña era atendida por su cardiopatía congénita en el hospital mencionado, de forma gratuita, y que se le había asignado un turno quirúrgico que desaprovechó por motivos no suficientemente aclarados en la demanda. Por mi parte, señalo la excepcionalidad del caso; la Justicia argentina, como la de otros países, acusa un desprestigio importante; causa extrañeza, entonces, que una persona reclame al juez si el administrador está cumpliendo correctamente con las obligaciones normativamente impuestas.

Por el contrario, la jurisprudencia mencionada a lo largo de estas líneas<sup>11</sup> da prueba de la alta judicialización que el tema tiene en la Argentina a causa del incumplimiento de los organismos encargados de las prestaciones de salud. Quizás, por eso, con frecuencia, la demandada invoca la llamada teoría de la “*presupuestarización*” de los derechos que sostiene —erróneamente como se verá— que la existencia o reconocimiento de un derecho “queda supeditada a la estimación de las consecuencias económicas que de ello resulte para el fisco”<sup>12</sup>.

Los criterios amplios de interpretación que se comentan han generado que algunos autores, con algo de exageración, se pregunten si el derecho a la salud no se está transformando en un derecho *absoluto*<sup>13</sup>, y otros hablan de una “*tutela judicial preferente*” en los procesos relativos al derecho a la salud<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> El muestreo se limita a la jurisprudencia de la CSN. Otros tribunales aparecen cuando el tema tratado tiene alguna peculiaridad.

<sup>12</sup> CSN, 14/9/2004, LL 2004-F-196, Doc. Jud. 2004-3-1211, DT 2004-B-322. Aclaro que el tema de esta sentencia no está vinculado al derecho a la salud.

<sup>13</sup> SORIA GUIDONE, Esteban y CARIGNANI, Agustín, *El derecho a la salud ¿hacia un derecho absoluto?* En Rev. DFyP, año VII, n° 3, abril 2015, p. 157.

<sup>14</sup> CARRANZA TORRES, Luis, *Derecho a la tutela judicial preferente o diferenciada en los procesos de salud*, ED 284-698.

### 3. Un sistema complejamente integrado. El régimen federal de gobierno.

El sistema de salud en la Argentina es complejo. Tiene distintos subsectores<sup>15</sup>. Está a cargo del Estado (Nacional y provincial), las obras sociales, las asociaciones mutuales y las empresas de medicina prepaga. Una parte muy importante recae sobre las obras sociales sindicales, que son más de 200<sup>16</sup>.

La extensión de las obligaciones de las *empresas de medicina prepaga* dio lugar a jurisprudencia vacilante, incluso, entre los propios integrantes de la CSN<sup>17</sup>, hasta la sanción de la ley 26.682, en mayo de 2011. Cesado el debate, actualmente, en diversas ocasiones, se las condena *solidariamente* con la obra social u otro obligado. Así, se ha ordenado al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados en forma solidaria con la empresa prepaga de salud, a brindar el 100 % de cobertura y la estadía en la clínica de internación, por el período que fuera necesario para el tratamiento de la enfermedad, a favor de una persona que padece esquizofrenia residual y es portadora de HIV, “toda vez que ambos tienen la obligación de brindar cobertura”<sup>18</sup>.

Como regla, el *Estado, nacional o provincial*, responde en forma *subsidiaria*, cuando la persona no tiene obra social, ni asociación mutua, ni contrato con empresa de medicina prepaga que la cubra.

De cualquier modo, esta complejidad ha sido bastante simplificada por la jurisprudencia.

Así, la CSN argumenta que “Estado nacional debe promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieren los niños con impedimentos físicos o mentales —en el caso, uno sin cobertura médica que sufre parálisis cerebral— por aplicación de los arts. 23, 24

---

<sup>15</sup> Una buena explicación de cómo funciona este complejo sistema se encuentra en IÑIGUEZ, Marcelo D., *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Bs As, ed. Rubinzal, 2005.

<sup>16</sup> <https://www.miobrasocial.com.ar/obras-sociales/>

<sup>17</sup> Ver, por ej., CSN, 28/08/2007, Cita Online: 70039319, ED 225-668, JA 2008-II-426, Resp. Civil y seguros 2008-4-42.

<sup>18</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala III, 18-dic-2019 Cita: Micro Juris -JU-M-123487-AR | MJJ123487.

y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional por la reforma de 1994 en su art. 75 inc. 22. En consecuencia, el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad no puede invocar la inactividad de otras entidades públicas o privadas ni la demora en la implementación del sistema sanitario provincial para justificar la falta de acceso efectivo a la atención médica que el niño requiere”<sup>19</sup>. En el mismo sentido ha dicho que “El derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida y reafirmado en los tratados internacionales (art. 75. incs. 22 y 23 de la CN) involucra no sólo a las autoridades públicas, sino también, en la medida de sus obligaciones, a las jurisdicciones *locales*, obras sociales y entes de medicina prepaga”<sup>20</sup>.

También ha flexibilizado razonablemente la subsidiariedad al declarar procedente el amparo promovido para que el Estado nacional preste la asistencia en forma integral al niño con discapacidad (tiene fibrosis quística, mucoviscidosis), en tanto, “por estar la *mutual en concurso preventivo* y toda vez que el grupo familiar no tiene los recursos necesarios para afrontar el tratamiento”, debe considerarse que *no cuenta con cobertura de la obra social*<sup>21</sup>.

En el mismo sentido, en el marco de un proceso contra el Estado nacional para que provea y asegure el tratamiento integral y medicación necesarios para un niño que fuera sometido a un trasplante renal, declaró que “carece de sentido la alegación del Estado nacional en punto a que la responsabilidad le corresponde a otro órgano o jurisdicción, porque conforme al régimen legal, éste debe asistirlo, sin perjuicio de que recupere los costos por las vías pertinentes de quien en definitiva resulte obligado a afrontarlas o que ejerza la actividad que crea necesaria para lograr la adecuada participación de la autoridad local”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> CSN, 16/10/2001, LA LEY 2001-F, 505 – DJ 2001-3, 657 Cita Online: AR/JUR/1547/2001.

<sup>20</sup>Del dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo; CSN, 23/02/2012, Cita Online: AR/JUR/326/2012, LA LEY 2012-C, 330 - DJ 21/06/2012, 29, con nota de GHERSI, Carlos, *De la formalidad y lo dogmático a los derechos en serio, como dice Ronald Dworkin*,

<sup>21</sup> CSN 11/7/2003, JA 2007-III-282, con nota de GAUNA, Juan O., *La tutela del derecho a la salud de un menor con discapacidad y el rol subsidiario del Estado Nacional*.

<sup>22</sup> CSN, 02/03/2011, JA 2011-III-384, Cita Online: 20110445.

Con igual criterio se ha decidido que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social debe otorgar cautelarmente a una niña que no posee cobertura médica y sufre una enfermedad categorizada como poco frecuente —hipertensión pulmonar idiopática— la medicación que se le prescribió en un hospital provincial, pues se encuentra en peligro su salud y es de necesidad su aplicación para evitar el progreso de la patología por ser el Estado Nacional *solidariamente responsable y garante* del efectivo cumplimiento de las prestaciones para resguardar la vida y la salud<sup>23</sup>.

En definitiva, como la Corte sostuvo en un muy conocido caso del año 2000, el Estado nacional debe garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios *coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales*, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios; por esa razón, “es inadmisibles la interrupción del suministro de medicamentos a un niño que los necesita para salvaguardar su vida y su salud, desde que él está amparado por la ley de protección integral de las personas con discapacidad que obliga a la *autoridad nacional* a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o la obra social a la que esté afiliado”<sup>24</sup>.

En general, los superiores tribunales provinciales aplican el criterio de subsidiariedad con pautas similares. Por ej., la Corte de Justicia de Salta condenó al Instituto Provincial de salud de esa provincia a cubrir el 100 % del valor final de la hormona de crecimiento más los estudios médicos afines a la enfermedad, “si está acreditado que los padres no se encuentran en condiciones económicas para afrontar el porcentaje de cobertura negado por la empresa, en tanto la salud del niño no puede quedar en manos de la fortuna a la espera de una mejor situación patrimonial de su familia”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, 05/07/2019, Cita Online: AR/JUR/22865/2019, RCyS 2020-I, 75, LA LEY 2019-D, 269; LA LEY 2019-E, 165, con nota de SOSA, Guillermina L. *Perspectiva de vulnerabilidad y trascendencia del principio del effet utile*.

<sup>24</sup> CSN, 24/10/2000, Cita Online: AR/JUR/1385/2000. LA LEY 2001-C, p. 32, LA LEY LA LEY 2001-D, 22, con nota de ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, Cita Online: AR/DOC/233/2001, DJ 2001-2, p. 94.

#### 4. El principio de eficacia.

Joaquín V González, autor clásico del Derecho constitucional argentino, enseñó: “Las declaraciones, derechos y garantías no son, como puede creerse, simples fórmulas teóricas; cada uno de los artículos y cláusulas que los contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la nación. Los jueces deben aplicarlos en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto”<sup>26</sup>.

En esa línea de pensamiento, la CSN sostiene que “el derecho a la salud *no* es un derecho teórico, debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social y penetra, inevitablemente, tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas”<sup>27</sup>; “La Constitución Nacional en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano”<sup>28</sup>; “Si la constitución de una provincia —en el caso art. 48 de la

---

<sup>25</sup> Corte Justicia de Salta, sala 2°, 10/12/2015, LL 2017-I-476.

<sup>26</sup> GONZÁLEZ, Joaquín, *Manual de la Constitución argentina*, Bs. As., ed. Angel Estrada, 1897, n° 82, p. 102.

<sup>27</sup> CSN, 13/3/2001, Hospital Británico de Buenos Aires c. M.S. y A.S. Dictamen de la procuración general, punto VI, al que remite los votos de los Dres. Fayt y Belluscio, LA LEY 2001-C, 385; LA LEY 2001-D, 363; RCyS 2001, 736 – DJ 2001-3, 87, LA LEY 2001-F, 906, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, *La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud* Cita Online: AR/JUR/2936/2001, Fallos, 324:754; elDial – AA74C. El mismo día, 13/3/2001, la CSN emitió otra decisión en el mismo sentido, Etcheverry, R. E. c. Omint S. A. de Servicios, LA LEY 2001-B, 687, LA LEY 2001-E, 22, DJ 2001-2, 86, Cita Online: AR/JUR/2981/2001. En ambos casos, se declaró constitucional la ley 24.754, que extendió a las empresas de medicina prepaga la cobertura que las obras sociales deben brindar en materia de drogadicción y contagio del virus HIV, aun cuando esas prestaciones no estuviesen previstas en el contrato. En apoyo del fallo, Bidart Campos dice: “Es hora de que, respetado el contenido esencial (o contenido mínimo) de la libertad de contratar y de la recíproca autonomía de la voluntad, sepamos discernir los supuestos –excepcionales por cierto– en que una ley razonable puede imponer a las partes una obligación no pactada que emerge de valores y principios constitucionales.

<sup>28</sup> CSN 4/9/2007, JA 2007-IV-719.

<sup>29</sup> CSN 06/03/2012, JA 2012-III-525; ED 248-579, con nota de MARRAMA, Silvia, *Reconocimiento de los derechos de las personas con padecimientos mentales*, Cita Online: AP/JUR/50/2012.

<sup>30</sup> S.C.Mza, sala I, 1/3/1993, ED 153-164, con nota de ALBANESE, Susana, *El amparo y el derecho a la salud (las complejas contrataciones emergentes del ejercicio de la medicina)*, LL 1993-E-37.

constitución de Jujuy— garante el derecho a la salud, la protección no constituye una mera enunciación programática, sino que pesan sobre la estructura local responsabilidades semejantes a las que incumben a la Nación en la esfera federal, lo cual no implica desconocer el rol que tiene el Estado nacional en subsidio de las prestaciones de salud a cargo de la jurisdicción provincial para el caso en que éstas no pudieran ser provistas”<sup>29</sup>.

En el mismo sentido, en 1993, siendo jueza de la sala I de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza dije: “El derecho a la salud no es un derecho abstracto, teórico, sino que exige el análisis directo de qué problemas emergen de la realidad social para individualizarlos y subsumirlos en la perspectiva social”<sup>30</sup>.

## **5. El amparo como vía procesal para hacer efectivo el derecho a la salud. Las medidas cautelares en el proceso de amparo**

El principio de eficacia al que me he referido impone vías procesales apropiadas.

La reforma constitucional de 1994 hizo del amparo un instrumento relevante para la defensa de los derechos fundamentales. En efecto, el art. 43, en su primera parte y en lo que aquí interesa, dispone:

*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

Con el mismo criterio práctico usado por los jueces ingleses, la CSN dice que “Reconocer un derecho, pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo”<sup>31</sup>.

Tratándose de derecho a la salud, esa vía es el amparo. Como adelanté, los casos son tan numerosos que, con bastante razón, se afirma que “en la Argentina, forma parte del saber popular que, ante la negativa de brindar determinada cobertura por parte de una obra social o empresa de medicina prepaga, la alternativa primera (y más popular) es plantear un *amparo*”<sup>32</sup>, al que se califica de “*salutífero*”, expresión difundida exitosamente por el maestro Augusto M. Morello quien, en 2005, decía que “el tema es prioritario y va poblando los repertorios jurisprudenciales”<sup>33</sup>; quince años después, así lo acreditan numerosas sentencias y comentarios doctrinales<sup>34</sup>.

La CSN tiene decidido que “La acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, por lo que, frente a un problema grave, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole”<sup>35</sup>. Por eso, declaró irrazonable la sentencia que, “al rechazar parcialmente un recurso de apelación, colocó a la madre de una niña con discapacidad (niña Down)

<sup>31</sup> CSN, 9/4/2002, ED 198-187.

<sup>32</sup> BUSTOS, José P. y COCHLAR, Oscar, *La judicialización de la salud. Una propuesta para evitar la coadministración del sistema*, MJ-DOC-10589-AR | MJD10589, 19-dic-2016.

<sup>33</sup> Ver, entre otros, MORELLO, Augusto, *Acceso al derecho procesal civil*, Bs. As, ed. La-jouane/ Platense, 2007, t. II, p.1131; del mismo autor, *El amparo, escudero del derecho a la salud*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba, *El derecho a la salud*, Bs As, ed. La Ley, 2007, p. 21; *El amparo como técnica procesal principal de protección de la salud*, La Ley Bs As, 2002-405.

<sup>34</sup> Entre muchos, CANTAFIO, Fabio Fidel, *Amparos de salud; actualización en doctrina y jurisprudencia*, Rev. D.F y de las Personas, año VII, n° 5, junio 2015, p. 166; ROSALES CUELLO, Ramiro y otro, *El derecho a la salud: la acción de amparo (como medio específico de resguardo) y los plazos de caducidad*, JA 2018-III-1016; LUNA, Virginia, *Acciones de amparo de salud: humanizar la justicia*. Microjuris MJ-DOC-6612-AR. Algunos autores han propiciado no recurrir al amparo sino a las medidas autosatisfactivas; ver DE LA TORRE, María de los Milagros, *Las medidas autosatisfactivas como alternativa al proceso de amparo en salud Ventajas y utilidades*, RC D 1432/2017.

<sup>35</sup> CSN, 30/10/2007, DJ16/01/2008, 98, Cita Online: AR/JUR/6677/2007 y en Foro de Córdoba, n° 124, agosto 2008, p. 91.

ante la única alternativa de acudir a un juicio ordinario para obtener una prestación integral educativa de la que su hija es clara acreedora, cuando por la vía expedita lleva más de dos años litigando, ya que corresponde a los jueces buscar soluciones que se avengan a la índole de este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos fundamentales —en el caso, el derecho a la salud y a la protección de la niñez discapacitada— cuya suspensión, a las resultas de nuevos trámites administrativos, resulta inadmisibles<sup>36</sup>. Es que “siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, los jueces deben habilitar la vía del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto, sino que depende —en cada caso— de la situación concreta a examinar<sup>37</sup>.”

La CSN ha abierto la vía también a otros temas, como el discutido “período de carencia” dentro del cual la empresa de medicina prepaga está contractualmente autorizada a no cubrir las prestaciones<sup>38</sup>.

Más aún, en el amparo es posible solicitar y disponer *cautelares* de modo que, mientras tramita el juicio, la prestación de salud se va brindando, siempre que se reúnan los requisitos que las leyes procesales requieren para estas medidas. Alguien podría preguntarse ¿qué utilidad tienen los procedimientos cautelares o de urgencia en un proceso que por su naturaleza o debiera ser rápido? El gran procesalista Piero Pajardi, a quien se atribuye haber instalado la categoría de la llamada jurisdicción de urgencia en la Casación italiana, responde: “No hay ningún tipo de procedimiento que en algún momento no tenga que acudir a una medida de urgencia; por ej., se supone que el proceso ejecutivo es rápido; sin embargo, requiere de medidas

---

<sup>36</sup> Del dictamen de la Procuración que la Corte, por mayoría, hace suyo. CSN, 09/06/2009, Cita Online: AR/JUR/14854/2009, DJ 19/08/2009, p. 2296, LA LEY 2010-C, p.136, con nota de GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales*.

<sup>37</sup> Del dictamen de la Procuración que la Corte, por mayoría, hace suyo. Cita Online: AR/JUR/1971/2006, CSN, 06/06/2006, LA LEY 2006-D, 402, ED 218-240.

<sup>38</sup> CSN, 8/4/2008, ED 227-373; JA, 2008-III-336, con nota de CLÉRICO, Laura y otra, *El derecho a la salud, los períodos de carencia respecto del PMO y las prepagas; el caso Euro-médica*; LL 2008-C-337, con nota de GARAY, Oscar E., *Medicina prepaga: los períodos de carencia y las exclusiones de enfermedades preexistentes*.



urgentes; aún en la cirugía de urgencia puede presentarse una situación que puede calificarse de cirugía urgentísima”<sup>39</sup>.

Por otro lado, conforme jurisprudencia reiterada de la CSN, las sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas<sup>40</sup>, por lo que, en cuestiones de salud, fácticamente cambiantes, esperar a la sentencia puede significar que la labor judicial quede privada de todo efecto. Por eso, es criterio mayoritario que, si bien algunas medidas juegan como un verdadero anticipo de la garantía jurisdiccional y por eso deben ser juzgadas con mayor estrictez, “cuando el objeto último de la acción es la protección de la salud de una persona, el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria —aun cuando ella sea innovativa— debe ser menos riguroso, habida cuenta de las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la privación de cobertura médica”<sup>41</sup>.

De allí que no faltan decisiones de la Corte que acogen estas medidas cautelares. Así, por ej., se ha ordenado a los demandados que provean “en forma inmediata una silla con respaldo en dos posturas, con plegado anterior, de material lavable, butaca desmontable, apoya cabeza y frenos y comandos manuales. Una vez obtenida se deberá denunciar en el expediente a fin de evitar la superposición del cumplimiento de la decisión por parte de los codemandados”<sup>42</sup>. En igual sentido, se ordenó al Estado Nacional y a la provincia de Bs As. a proveer de forma urgente a la actora, que padece esclerosis múltiple, el medicamento que requiere, en tanto éste debe serle administrado sin interrupción para evitar los brotes de la enfermedad”<sup>43</sup>.

## 6. Personas especialmente protegidas por la Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1994 incorporó expresamente las denominadas “acciones positivas”. En efecto el art. art. 75 inc. 23, ordena al Congreso:

<sup>39</sup> PAJARDI, Piero, *Introduzione*, en *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, Milano, ed. Giuffrè, 1991, p.4-5.

<sup>40</sup> Fallos: 301:947; 306:1160; 318:342, entre muchos otros, criterio aplicable al amparo, Fallos:300:844.

<sup>41</sup> Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala I, 18-mar-2020, MJ-JU-M-124620-AR | MJJ124620 | MJJ124620.

<sup>42</sup> CSN, 18/12/2003, LL 2004-C-465, Cita Online: 70020095.

<sup>43</sup> CSN, 4/4/2002, LL 2002-E-620.

“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

La CSN recuerda reiteradamente esta norma. Así dice:

“Constituye un deber de los tribunales dar consideración primordial al interés superior del *niño* en todas las medidas concernientes a él, siendo una de sus claras expresiones el derecho que aquel tiene a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”<sup>44</sup>.

Más aún, se ha ordenado cubrir prestaciones de salud a prestarse en el extranjero: “La Provincia de Mendoza y el Estado Nacional deben otorgar *cauteladamente y de forma inmediata* la cobertura integral del tratamiento quirúrgico y reparación bi-ventricular a realizarse en un hospital de Boston, Estados Unidos, a favor de un *niño con discapacidad*, teniendo en cuenta que se trata de un menor de corta edad que se encuentra en un estado de máxima vulnerabilidad y de inestabilidad física, aun cuando los padres hayan declarado que actualmente está estable, pues la patología sufrida puede en cualquier momento revertir la situación de estabilidad actual, lo que exige una mayor premura”<sup>45</sup>.

Es que “la atención y asistencia integral de la *discapacidad* constituye una política pública de nuestro país”<sup>46</sup>. “Negar la cobertura total de las prestaciones compromete el interés superior de un discapacitado, cuya tutela encarece la Convención sobre los Derechos del Niño elevando su *interés*

<sup>44</sup> CSN, 8/6/2004, JA 2005-II-333, con nota de CAMELO DÍAZ, Gustavo, *La Corte Suprema y el derecho a la salud de los niños discapacitados*. El autor señala el tiempo lamentablemente transcurrido; la sentencia de primera instancia se dictó el 19/3/2002 y el nuevo pronunciamiento de la Cámara posterior a la sentencia de la CSN que se relata en el texto se dictó recién el 9/12/2004. Conf. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 27-jun-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-119923-AR | MJJ119923.

<sup>45</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, 01/11/2019, LA LEY 2019-F, 223 - JA 01/01/2020, 01/01/2020, 56, Cita Online: AR/JUR/37179/2019.

<sup>46</sup>CSN, 15/6/2004, LL 2004-E-394.

*superior* al rango de *principio*, ya que los niños y/o personas con discapacidad, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda<sup>47</sup>. Al comentar la decisión, Morello señala que “el activismo de la Corte Suprema de la Nación es el mayor adelantado de la justicia de protección o acompañamiento, de su difusión y expansión de fronteras, para que el Estado argentino no incurra en responsabilidad internacional”.

Efectivamente, en este sentido, evita este tipo de condena internacional al declarar arbitraria la decisión de una Corte provincial que, sin ninguna apreciación de las características del caso concreto, ciñéndose a una cuestión de forma, en claro detrimento de los derechos fundamentales de una persona en situación de especial vulnerabilidad, cierra la vía del amparo a un niño con discapacidad<sup>48</sup>.

## **7. Pautas generales que ensanchan las obligaciones del sistema de salud.**

### **7.1. Improcedencia de la mera alegación de la insuficiencia presupuestaria**

Como adelanté, no basta invocar la carencia de fondos; como la dicho la CSN, “el argumento relativo al área de los costos exige una *demonstración del desequilibrio que se generaría con el otorgamiento de la cobertura*”<sup>49</sup>. Por eso, cabe condenar a la demandada a tomar todas las medidas pertinentes “para la inmediata intervención quirúrgica de cirugía cardiovascular por el procedimiento T.A.V.I., según recomendaciones de su médico tratante, pues no ha acreditado que la suma de dinero que debe gastar para cumplir con la cobertura peticionada pueda desequilibrar sus finanzas al extremo de privar de prestaciones a los restantes afiliados y beneficiarios del sistema<sup>50</sup>.”

---

<sup>47</sup>CSN, 18/06/2008, Cita Online: 70046214; JA 2008-IV-452; Rev. Derecho de Familia 2009-1-1, con nota de MORELLO, Augusto, *La Corte Suprema convalida definitivamente la vigencia expansiva del modelo de justicia de protección o acompañamiento*.

<sup>48</sup>CSN 10/12/2013, Cita Online: AR/JUR/84180/2013, LA LEY 2014-B, 110, con nota de CIOLLI DE AGUIRRE, María L., *El rigor formal y los derechos del niño*, y en DJ 03/04/2014, p. 30.

<sup>49</sup>Dictamen de la Procuración, al que adhiere el tribunal, CSN, 29/4/2014, ED 258-381, Cita Online: AR/JUR/11456/2014; LA LEY 2014-D, 587 y LA LEY 2014-E, 266, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Las empresas de medicina prepaga y la cobertura de prestaciones implícitas*.

<sup>50</sup>Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala III, 4-oct-2018, Cita: Microjuris MJ-JU-M-114828-AR | MJJ114828.

## 7.2. Principio de igualdad

Las dificultades presupuestarias, si existieran, no pueden discriminar entre nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos”<sup>51</sup>.

## 7.3. Flexibilización del principio de congruencia.

Los jueces se muestran flexibles en la interpretación de la demanda. Así, se condenó a entregar una silla motora, no mencionada expresamente en la demanda, si el actor utilizó la frase “y los demás tratamientos, servicios o insumos necesarios para su salud”, y la mentada silla “fue requerida por sus médicos tratantes en función de la cuadriplejía espástica que lo afecta, no sólo para facilitar al actor la práctica de powerchair football, como insiste el apoderado de la parte demandada, *sino para permitirle una mejor calidad de vida.*”<sup>52</sup>

## 7.4. Extensión de la sentencia a otras personas que se encuentran en la igual situación.

En alguna ocasión, en el trámite de ejecución de sentencia, se ha extendido lo resuelto en la causa principal a otras peticionantes de prestaciones idénticas. Así, por ej., se ordenó “adoptar las medidas necesarias para proveer dispositivos comunitarios aptos para la continuación del tratamiento del paciente psiquiátrico, a partir del momento que se lo externa”<sup>53</sup>.

## 7.5. Inexistencia de la caducidad de instancia.

En ocasiones, el trámite del amparo, un procedimiento esencialmente rápido, se dilata tanto, que ha dado lugar a pedidos de perención de instan-

<sup>51</sup> CSN 4/9/2007, JA 2007-IV-719 (voto de los Dres. Petracchi y Argibay). Aclaro que el caso se refiere a las pensiones de los extranjeros y votaron en disidencia dos de sus integrantes. Para una crítica a la minoría que adhirió al dictamen de la Procuración, ver GARGARELLA, Roberto, *Cómo no debería pensarse e derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera*, JA 2007-IV-731.

<sup>52</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B, 23/06/2017, Cita Online: AR/JUR/40622/2017 DFyP 2018 (abril) , 208, con nota de YANKIELEWICZ, Daniela y COPELLO BARONE, Natalia P., *Prestaciones amplias de salud a favor de las personas con discapacidad. Derecho a la tutela judicial efectiva.*

<sup>53</sup> Juz. Nac. Fed. Contencioso Administrativo n° 9, 3/5/2017, Rev. Derecho de Familia, 2017-V-23, con nota de RODRÍGUEZ, Marisa, *El efecto expansivo de una sentencia a partir de una acción de amparo. Un novedoso fallo acerca de la obligación del Estado de proveer dispositivos comunitarios de salud mental.*

cia. Mayoritariamente, la jurisprudencia sostiene que, si se reclaman prestaciones de salud a favor de personas con discapacidad, o de niños, niñas o adolescentes (en adelante NNA), no procede este modo de conclusión del proceso<sup>54</sup>; tampoco si se reclama contra la afiliación de una obra social y la persona queda sin cobertura<sup>55</sup>.

### **7.6. Aplicación flexible de los plazos de prescripción.**

La CSN ha decidido que “corresponde salvar el escollo que se deduce de la prescripción del art. 2 inc. e) ley 16986 tratándose de un anciano que tiene 74 años, con discapacidad motora como consecuencia de un accidente cerebro vascular de nueve años de evolución, que lo obliga a desplazarse en silla de ruedas y que, a la fecha de interposición del amparo, hacía dos años que se había interrumpido la rehabilitación brindada a su persona por la prestataria”<sup>56</sup>.

### **7.7. Aplicación flexible de los plazos procesales para interponer el amparo contra la decisión administrativa que causa una ilegalidad continuada.**

La Corte también ha flexibilizado el cómputo de los plazos establecidos en las leyes procesales para interponer la acción de amparo. En este sentido, dejó sin efecto la sentencia que rechazó por extemporánea la acción de amparo interpuesta contra una obra social a efectos de que restablezca al actor la cobertura de las prestaciones interrumpidas —en el caso, rehabilitación kinesiológica por discapacidad motora— ya que la norma que impone la necesidad de presentar la demanda de amparo dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse, no es un escollo insalvable cuando con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o *ilegalidad continuada*, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. Sala I, 18/2/2016, cita on line AR/JUR/10234/2016, LL 2016-D-177, con nota de JAIMARENA BRION, Guillermo, *La caducidad de instancia en los amparos de salud*

<sup>55</sup> Dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo CSN, 23/2/2012, JA 20102-II-468.

<sup>56</sup> CSN, 07/11/2006, Cita Online: 35004443.

<sup>57</sup> Dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo; CSN, 07/11/2006, Cita Online: AR/JUR/6855/2006, LA LEY 2007-A, 62 – DJ 2006-3, 1239, LA LEY 2007-B, 128, con nota de SAGÜÉS; Néstor P, *El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo*.

## **8. El cumplimiento estricto del deber judicial de fundar razonablemente la sentencia y atender a las razones invocadas por la demandada.**

La flexibilización a la que he hecho mención en el punto anterior no implica incumplir con la obligación de motivar razonablemente la decisión. En diversos pronunciamientos, la CSN recuerda que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>58</sup> (en adelante CorteIDH), la exigencia de que una sentencia cuente con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles “arraiga en el derecho a la tutela judicial efectiva y en las garantías judiciales que, sistemáticamente, consagran los arts. 25 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos. Tal obligación trasciende el interés de las partes del proceso para contribuir a la profundización del estado de derecho, pues al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática”<sup>59</sup>. En el marco de los juicios relacionados a la tutela al derecho a la salud, dice la Corte argentina, “no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales de la República. Una fundamentación idónea de la sentencia tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto, como así también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional, estándar recogido por el art. 3, Código Civil y Comercial”<sup>60</sup>.

Con base en esa premisa, revocó la sentencia que:

- \* condenó a una empresa de medicina prepaga a proveer la cobertura de un medicamento, toda vez que omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación, es decir, impuso una obligación sin apoyo en norma alguna, ni legal ni contractual<sup>61</sup>;

<sup>58</sup> Corte IDH casos “Cantos”, 28 de noviembre de 2002, n° 63; “Claude Reyes”, 19 de septiembre de 2006, n° 135 y 153.

<sup>59</sup> Corte IDH caso Apitez Barbera, de 5 de agosto de 2008, n° 77 y 78.

<sup>60</sup> CSJN, 16/07/2019; Rubinzal Online; 210/2014 RC J 7345/19.

<sup>61</sup> CSN, 20/05/2014, Cita Online: AR/JUR/18656/2014, LA LEY 2014-D, 512, con nota de RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Alcance de los servicios a cargo de las obras sociales y las prepagas médicas*, Cita Online: AR/DOC/2721/2014; en DJ 19/11/2014, 48 y en elDial.com - AA8766, publicado el 28/05/2014.

- \* no fundamentó debidamente por qué la empresa de medicina prepaga debía proveer la cobertura integral de las prestaciones, consistentes en acompañante domiciliario e internación en una institución geriátrica que *no es prestador de su cartilla*<sup>62</sup>.

Por esas mismas razones, el juez tiene la obligación de pronunciarse tanto sobre las pretensiones como sobre *las defensas opuestas por la demandada*. Por incumplimiento de este deber, la CSN ha *revocado* sentencias que hicieron lugar al amparo o a medidas cautelares y ordenó que el expediente vuelva al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo fallo si:

- \* Desoyó el único argumento esgrimido al apelar, cual era, que existían prótesis similares de fabricación nacional que eran viables y, a ese fin, prescindió de las conclusiones de la prueba pericial producida como medida de mejor proveer cuya ampliación la propia cámara había ordenado, con la excusa que ese medio de prueba excedía el objeto del amparo, configurando, de este modo, una manipulación del proceso que desconoce principios elementales que el tribunal debe garantizar para que los litigantes conozcan de antemano “reglas claras de juego” a las que atenerse<sup>63</sup>.
- \* Condenó a una obra social, mediante una cautelar, a cubrir el 100% de una *prótesis importada, sin atender al cuestionamiento realizado por la demandada*, quien impugnó su adecuación al derecho vigente e indicó las normas que se reputaban aplicables, especialmente el estatuto social, en concordancia con el Plan Médico Obligatorio (de ahora en adelante PMO), planteos que fueron también soslayados por el juez de grado<sup>64</sup>.
- \* No abordó la cuestión planteada por la demandada, cual es, que la niña no cumple con los requisitos exigidos por el PMO para la provisión de la hormona de crecimiento, conforme la resolución del Ministerio de Salud de la Nación, a cuyas exigencias esa parte dijo haber ajustado su conducta y sobre cuyos términos estructuró su defensa<sup>65</sup>.
- \* Condenó a brindar la cobertura del 100 % de las prestaciones de escolaridad con formación laboral, en la modalidad doble turno, y trans-

<sup>62</sup> CSJN, 05/04/2016, Rubinzal Online Cita: RC J 1620/16.

<sup>63</sup> CSN, 30/4/2013, JA 2013-II-543.

<sup>64</sup> CSN 10/09/2019, LA LEY 2019-E, 438 Cita Online: AR/JUR/27670/2019.

<sup>65</sup> CSN, 26/12/2019, LA LEY boletín 03/02/2020, p. 6; JA 19/02/2020, p. 43, Cita Online: AR/JUR/53586/2019; Cita: Microjuris MJ-JU-M-122720-AR | MJJ122720.

porte especial, en la modalidad de ida y vuelta desde el domicilio particular hacia el centro educativo, pero no se expidió sobre las particulares circunstancias de contratación entre las partes, ni sobre la aplicación de leyes que, según la recurrente, disponen en contra de lo ordenado<sup>66</sup>.

- \* Condenó a un centro asistencial de salud a brindar cobertura total de prestaciones a favor de una persona declarada incapaz, pero omitió tratar los agravios concernientes a las circunstancias singulares de la relación contractual que vinculaba a la entidad con la reclamante a través de un “plan cerrado” de afiliación, que comprende los servicios médicos, pero no los sociales<sup>67</sup> (en el caso, la peticionante, de 82 años, está afectada por la enfermedad de Alzheimer avanzada, con demencia; reside, desde hace cinco años en un instituto geriátrico, donde es asistida por un acompañante provisto por otra empresa).

A veces la revocación de la sentencia por violación del principio de congruencia favorece al amparista. Así, la Corte ha decidido que si al admitirse la acción de amparo se condenó a la demandada a suministrar tratamiento médico domiciliario por el lapso que “el profesional interviniente diagnostique”, la sentencia que —con motivo del único recurso intentado por la actora— redujo el plazo de cobertura a cuarenta y cinco días, término dentro del cual la recurrente debía ocurrir a las vías que considerase pertinentes, incurrió en una indebida *reformatio in pejus* al colocar a la única apelante en peor situación que la resultante del pronunciamiento recurrido, lo que implica una violación en forma directa e inmediata de las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio<sup>68</sup>.

## 9. Tipo de acciones

Los amparos “salutíferos” comprenden no sólo acciones individuales; en algunos casos, se trata de acciones colectivas. Relato algunos precedentes correspondientes a ambos tipos.

---

<sup>66</sup> CSN, 16/07/2019; Rubinzal Online; 210/2014 RC J 7345/19.

<sup>67</sup> CSN, 5/4/2016, JA 2016-II-502.

<sup>68</sup> CSN, 17/03/2009, ED 233-245, Cita Online: 4/68319.



## 9.1. Acciones colectivas

### a) Amparos a favor de médicos que trabajan en situación de riesgo y que reclaman medidas de bioseguridad

Un caso pionero se presentó en 1993 ante el juez marplatense Pedro Hooft, magistrado que ha hecho mucho por mejorar la formación de los jueces en casos bioéticos. El magistrado legitimó a los médicos que hicieron el reclamo y declaró que el amparo es la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la salud de los enfermos internados en el servicio de salud mental (pacientes psiquiátricos HIV), salud que podría verse seriamente afectada por la inexistencia de condiciones mínimas de bioseguridad<sup>69</sup>.

En el mismo sentido, la Corte de la Nación dejó sin efecto la sentencia que había rechazado la acción de amparo deducida por los médicos de un hospital público y por dos asociaciones profesionales con el fin de que el Estado Provincial brindara una solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equipamientos y recursos humanos padecidos por el nosocomio. Según la CSN, ese rechazo fue decidido sobre la base de apreciaciones meramente rituales y sin brindar una adecuada respuesta a los planteos conducentes de los amparistas tendientes a demostrar la admisibilidad de la acción (el juez de grado había argumentado, erróneamente, que la pretensión de los amparistas no constituía una causa concreta en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y que el amparo no era la vía apta para realizar el planteo)<sup>70</sup>. El voto del Dr. Ricardo Lorenzetti profundizó sobre la legitimación de los médicos y de las asociaciones profesionales e insistió en que “quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas”. Por su parte, la Dra. Argibay sostuvo que la sentencia de grado desoía el art. 43 de la

---

<sup>69</sup> Juz. Criminal y Correccional de Mar del Plata, 22/10/1993, JA 1994-III-3, con nota de MORELLO, *Augusto M., Bioética y amparo* y de PADILLA, Miguel M., *Legitimación activa en el amparo surgida de la incapacidad del afectado*.

<sup>70</sup> CSN 31/10/2006, Cita Online: AR/JUR/6249/2006- LA LEY 2006-F, 422, LEY 2006-F, 509, con nota de PIZZOLO, Calogero, *La salud pública como un bien colectivo*.

Constitución Nacional pues “el solo hecho de que la demanda trate del daño a un bien colectivo, y no a un interés individual de los amparistas, no resulta suficiente para descartar la configuración de una “causa” justiciable”.

### **b) Tratamientos de esclerosis múltiple.**

Otros antecedentes también legitiman a las asociaciones.

En este sentido, la CSN decidió que “la asociación civil que propende a la defensa de los derechos de las personas que padecen determinada patología —en el caso, esclerosis múltiple y síndrome desmielinizante aislado— ostenta legitimación activa para impugnar, por la vía de la acción de amparo, las normas relativas al tratamiento de aquélla que excluye del PMO a ciertos enfermos. Sobre el fondo, sostuvo que la resolución atacada era arbitraria en tanto la autoridad no probó cuál era la razón por la que una enfermedad discapacitante, que tenía el 100% de la cobertura en los medicamentos, ya no la tenía, afectando directamente el derecho de los enfermos<sup>71</sup>.”

### **c) Provisión de agua potable**

La penosa situación en la que algunas comunidades originarias viven, con grave afectación de su salud, ha llegado a la CSN en diversas oportunidades.

En una, se resolvió que “acreditada la verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable, corresponde ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco suministrar *agua potable y alimentos* a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento de General Güemes y noroeste del Dto. de Libertador General San Martín, como así también un medio de *transporte* y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios”<sup>72</sup>.

## **9.2. Acciones individuales.**

Intento reseñar algunas de las decisiones más significativas de una riquísima jurisprudencia; en ocasiones, parece contradictoria, pero no lo es si se atiende a las circunstancias del caso.

<sup>71</sup> CSN 18/12//2003, JA 2004-II-416, DJ 2004-2, 173, LA LEY 2004-D, 30; Cita Online: AR/JUR/5234/2003.

<sup>72</sup> CSN 18/9/2007, LL 2007-F-110 y RDF 208, n° 63 pág. 167. Votaron en disidencia las Dras. Highton y Argibay quienes, en seguimiento al dictamen de la procuración, entendieron que la Corte era incompetente para dictar esa medida.

**a) Médicos de la plantilla.**

Como regla, el obligado cubre las prestaciones con sus propios profesionales o aquellos con los cuales tiene vínculos jurídicos o económicos.

Por eso, una empresa de medicina prepaga no está obligada a cubrir la atención a una afiliada que padece bulimia nerviosa en otro centro si de las pruebas arrojadas no surge que la necesidad de contratar profesionales ajenos, ni que se encuentre en la imposibilidad de atender a la patología con prestadores propios o que los mismos no son idóneos<sup>73</sup>. En cambio, debe brindar la cobertura total de un *tratamiento con profesionales ajenos* a su cartilla, a favor de una adolescente “que padece anorexia nerviosa, que fue sometida a uno con prestadores propios sin resultados positivos, la derivación a un centro especializado en alimentación fue prescripta por un galeno de la propia demandada y desconocer la cobertura del tratamiento que viene realizando podría conllevar obvias consecuencias perjudiciales para su salud”<sup>74</sup>.

Por las mismas razones, es arbitraria la sentencia que si bien dispuso que la demandada debe otorgar íntegramente la cobertura legalmente prevista a favor de un niño autista, ordenó que se realizara a través de los servicios propios o contratos que dispusiese, ya que, al pronunciarse de tal modo, dejó sin resolver un aspecto central y específico de la causa, objeto de reclamo, debate y prueba, como es el relativo a las modalidades o características del tratamiento y al tipo de prestaciones a ser otorgadas; en consecuencia, el niño debe continuar bajo la cobertura del equipo interdisciplinario que lo viene tratando con buenos resultados”<sup>75</sup>.

**b) Tratamientos y medicamentos no autorizados o en etapa experimental**

Como adelanté, cuando se reclaman medicamentos o tratamientos, como regla, éstos deben haber sido autorizados por la autoridad administrativa. Pero la cuestión no es sencilla ni uniforme.

Un sector de la jurisprudencia considera que “no es un argumento atendible que el tratamiento pueda hallarse en una fase de experimentación cien-

<sup>73</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 6-feb-2018, Cita: Microjuris MJ-JU-M-113084-AR | MJJ113084.

<sup>74</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala I, 18/09/2019, LA LEY 2019-E-355, Cita Online: AR/JUR/27708/2019.

<sup>75</sup> CSN 14/11/2006, LA LEY 2007-B, 619; Cita Online: AR/JUR/7341/2006.

tífica, pues el carácter experimental que pudiera tener la terapéutica requerida no alcanza para obstaculizar el derecho del accionante a contar con una *esperanza* de mejora en su estado de salud, en tanto fue prescripto por un médico especializado en la materia como consecuencia de la patología padecida por aquel y en función de los resultados obtenidos en los estudios y tratamientos previos que le fueron realizados”<sup>76</sup>. En el mismo sentido, se condenó a la empresa de medicina prepaga a otorgar a un niño que padece atrofia espinal tipo I o enfermedad de Werdnig-Hoffmann la medicación prescripta por su médica pediatra para tratar su enfermedad, dado que, aun cuando el fármaco no ha sido autorizado por la ANMAT, lo cierto es que se trata de un *uso compasivo de un medicamento*<sup>77</sup>, máxime cuando ante la enfermedad que padece el niño no obra en el expediente elemento probatorio alguno que demuestre cuales son los tratamientos que el beneficiario tiene disponibles”<sup>78</sup>. En el mismo sentido se ha dicho que “La falta de autorización por el ANMAT para el tratamiento de la patología que afecta al amparista, no impide que se condene a la empresa de medicina prepaga a brindar cobertura pues no se pueden negar las facultades de los agentes de salud de controlar las solicitudes de medicamentos que presentan sus afiliados, lo que redundaría en beneficio de ambas partes, *pero no pueden llevarse a tal extremo de desconocer las constancias de la causa que justifican el tratamiento solicitado*. (en el caso, cirugía queratoplastia con trasplante lamelar anterior a favor de la persona menor de edad)”<sup>79</sup>.

Por el contrario, otro importante sector, avalado por la CSN, rechaza el amparo promovido si “no obstante el derecho a la salud, está probado que el tratamiento requerido se encuentra en etapa de experimentación y no se advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infra constitucional que en su letra o en su espíritu, imponga la provisión o la cobertura de tratamiento del carácter indicado”; en el caso, una persona que

<sup>76</sup> CNCiv y Com.Fed., Sala 2, 4/4/2007, elDial -AF33FB.

<sup>77</sup> La sentencia define el uso compasivo como “aquél que se hace de una droga comprendida para un paciente identificado en el que la selección del profesional, avalada por el cuerpo Médico Forense, viene dada para situaciones en las que falta tratamiento específico en el país, hay intolerancia a todo tratamiento apropiado existente e incompatibilidad con drogas disponibles”.

<sup>78</sup> CNCiv y Com.Fed., Sala 2, 29/12/2017, JA 2018-II-447, con nota de TAVERNA, Agostina, *Los jueces como custodios de los derechos a la salud de las personas con discapacidad*.

<sup>79</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Salta Sala I, 17-abr-2020, Cita: MJ-JU-M-125368-AR | MJJ125368.

padece esclerosis múltiple pretendía un tratamiento con vacuna T linfocitaria, cuya venta, en aquel momento, no estaba autorizada por el organismo administrativo<sup>80</sup>.

Ahora bien, el medicamento puede estar autorizado para un uso distinto al indicado por el médico. En tal caso, se ordenó otorgar a favor de una afiliada diagnosticada con adenocarcinoma mamario con metástasis progresiva ósea, la cobertura integral de la medicación indicada, aunque el organismo administrativo había aprobado el medicamento para la hepatitis crónica refractaria<sup>81</sup>.

### **c) Tratamientos y elementos no cubiertos por el PMO (Programa Médico obligatorio)**

En ocasiones, personas en situación de vulnerabilidad extrema deben solicitar a la justicia algo tan elemental como un pañal descartable. La CSN ha dicho que “Si bien los anexos del PMO prevén la cobertura de un porcentaje del medicamento que necesita la actora para tratar su dolencia y no contemplan la provisión de ciertos insumos —en el caso, pañales descartables— ellos resultan complementarios y subsidiarios y deben interpretarse en razonable armonía con el principio general que emana del decreto reglamentario, en cuanto —aun en la emergencia sanitaria— garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud<sup>82</sup>.

En algún caso, la Corte ha sostenido que “la sentencia que veda al amparista el acceso a una terapéutica más moderna y segura (tratamiento quirúrgico de aneurisma de aorta abdominal con endoprótesis) por no estar incluida en el PMO (que comprendía tratamiento quirúrgico, pero no esa variante) desnaturaliza el régimen de la salud, dejando sin cobertura una

---

<sup>80</sup> CSN 19/5/2010, DFyP 2010 (octubre); LA LEY 2010-D, 406; LA LEY 2010-F, 212, Cita Online: AR/JUR/32751/2010.

<sup>81</sup> Cám. Fed. de Apel., General Roca; 08/11/2018; Rubinzal Online; 31470/2018 RC J 10374/18; el mismo criterio usó la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Sala I, 17-abr-2020 Cita: MJ-JU-M-125368-AR | MJJ125368.

<sup>82</sup> Del dictamen del procurador que la Corte hace suyo. CSN, 16/05/2006, Cita Online: AR/JUR/1217/2006, LA LEY 2006-D, 638; DJ 05/07/2006, 715, LA LEY 2006-E, 283, con nota de HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, *Una buena disidencia para contener la omnipotencia del amparo. O cómo no es recomendable que el amparo del derecho a la salud desconozca los límites de cobertura del PAMI.*

grave necesidad cuando existe riesgo de vida, y debe ser dejada sin efecto”<sup>83</sup>. En el caso, la empresa de medicina prepaga negó la cobertura no obstante que los propios prestadores médicos de la proveedora recomendaron ese tratamiento.

En el mismo sentido, ha argumentado que “El derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura médica pactada, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora, en forma casi cotidiana, al campo de las prestaciones médico asistenciales” (trasplante hepático hecho en el extranjero y medicamentos anti-rechazo; posterior interrupción)<sup>84</sup>.

Sin embargo, en un caso de tratamientos de técnicas de fecundación asistida, (tema sobre el que existe gran variedad de decisiones), la CSN, sin avanzar sobre si el diagnóstico genético preimplantacional viola o no el derecho a la vida (como había dicho la Suprema Corte de la sentencia de Mendoza), en una controvertida decisión, rechazó el amparo por “no estar incluido dentro de las técnicas y los procedimientos enumerados por la ley 26.862 o el decreto reglamentario 956/13 que se deben con carácter obligatorio”. Sostuvo que “Si bien la reglamentación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los “nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico científicos, esa alternativa solo es viable cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación, situación excepcional en la que no se encuentra la técnica de diagnóstico genético preimplantacional cuya cobertura se solicita en el caso, por lo que el rechazo de la cobertura integral de la práctica debe ser confirmado”. Agregó: “Es inadmisibles que sean los jueces o tribunales quienes determinen la incorporación de otras prácticas médicas que sean producto de los avances tecnológicos al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, pues esa facultad fue puesta en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación y reconoce su fundamento en la especificidad de las

<sup>83</sup> CSN, 29/04/2014, LA LEY 2014-D, 587, y LA LEY 2014-E, 266, Cita Online: AR/JUR/11456/2014, JA 2014-III-386, con nota de GREGORINI CLUSELLA, Eduardo, *Las empresas de medicina prepaga y la cobertura de prestaciones implícitas*.

<sup>84</sup> CSN 16/4/2002, ED 197-463 y LL 2002-C-628.

facultades, competencias, técnicas y responsabilidades de aquel en la materia, de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial<sup>85</sup>.

#### **d) Tratamientos de fertilización asistida**

Como dije, los pronunciamientos sobre este tema son muy numerosos. Además del señalado en el punto anterior, se discute si los gastos de la crioconservación están o no cubiertos. En algún caso se decidió que “No corresponde hacer efectivo el cobro de la criopreservación de embriones, toda vez que los afiliados no produjeron ninguna prueba para demostrar la prescripción médica de tal tratamiento ni su efectiva realización, *aunque la pretensión deberá admitirse, en la ejecución de la sentencia, si se observan los extremos referenciados*”<sup>86</sup>.

También ha estado en debate el número de tratamientos cubiertos. La CSN ha entendido que “La interpretación restrictiva que hizo el juzgador con relación al decreto reglamentario de la ley 26.862, concluyendo que se restringe a tres intervenciones *en total*, resulta inconveniente, pues convalidar tal inteligencia importaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho a la salud reproductiva que allí se consagra y que tiene carácter fundamental”<sup>87</sup>.

Otra cuestión ha sido la constitucionalidad o no de los límites etarios fijados a las mujeres que se someten a estos tratamientos, y varían de provincia a provincia<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> CSN, 01/09/2015, Cita Online: AR/JUR/28879/2015, LA LEY 2015-E, 216 con nota de GARAY, Oscar E. *El derecho a la fertilización asistida y la prestación médica no autorizada*; DFyP 2015 (diciembre), 225; DJ 30/12/2015, 17; ED 265-30, con nota de LAFERRIERE, Jorge N., *La Corte Suprema de la nación confirma sentencia contraria al diagnóstico genético preimplantatorio*. Como dije en el texto, la Corte no avanzó sobre este tema.

<sup>86</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 16-jul-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-120508-AR | MJJ120508.

<sup>87</sup> CSN, 14/08/2018, Cita Online: AR/JUR/39861/2018; LA LEY 2018-D, 426 - LA LEY 2018-E, 201, con nota de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida. ¿Dónde están los derechos en el modelo constitucional argentino?* LA LEY 2018-E, 243; RCyS 2018-XI, 118, RC J 5184/18.

<sup>88</sup> Por la inconstitucionalidad de la reglamentación de la mutual que ampara a los empleados públicos provinciales, ver Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 17/10/2019, Citar: el-Dial AABAEC.

### e) Aceite de cannabis

Otro tema discutido es la cobertura o no del aceite de cannabis. En un intento por conciliar todas las cuestiones en juego, un tribunal federal modificó parcialmente el fallo que había autorizado cautelarmente a los progenitores cultivar en su domicilio las plantas de cannabis necesarias para abastecer al niño del aceite requerido con fines medicinales y, en aras de las potestades de fiscalización que la ley concede a las autoridades, ordenó que el Estado les suministre provisionalmente y de manera gratuita el aceite de cannabis, en las cepas y cantidades que necesitan<sup>89</sup>.

### f) Renovación de afiliación y patologías preexistentes.

En favor del paciente se ha sostenido que “Si la reclamante, que padece hidrocefalia, formó parte durante veinte años de la obra social provincial en la cual pretende su inclusión como *hijo mayor de edad del titular obligatorio*, período en el que fue asistida reiteradamente por la dolencia que la incapacita, la negativa de la institución demandada a su re-afiliación onerosa so pretexto de la patología preexistente, además de preterir las dificultades de la reclamante de acceder en el futuro a una entidad similar dada su condición sanitaria, aparece presidida por el fin inadmisibles de desentenderse de la continuidad del tratamiento de la dolencia”<sup>90</sup>.

### g) Ligadura de trompas.

Con gran realismo y comprensión de las necesidades sociales, la Corte dejó sin efecto una sentencia que había rechazado “*in limine*” la acción de amparo deducida con el objeto de que se autorizara a la peticionante a que se le practique una ligadura de trompas —con posterioridad al parto de su cuarto hijo— toda vez que omitió considerar las situaciones fácticas invocadas —falta de empleo fijo de ambos esposos, un único ingreso proveniente del “Plan Jefes de Hogar”— adoptándose una decisión dogmática y genérica, sin sustento fáctico e incurriendo en un excesivo rigor formal, en cuanto no se consideró —por extemporánea— la prueba que demostraba la negativa de los médicos a realizar la intervención

<sup>89</sup> Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 27-jun-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-119923-AR | MJJ119923.

<sup>90</sup> Del dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo. CSN, 23/02/2012, Cita Online: AR/JUR/326/2012, LA LEY 2012-C, 330 - DJ 21/06/2012, 29, con nota de GHERSI, Carlos, *De la formalidad y lo dogmático a los derechos en serio, como dice Ronald Dworkin*,



solicitada”<sup>91</sup>. Afortunadamente, la ley 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica” sancionada el 9/8/ 2006, puso fin al problema.

#### **h) Servicio de diálisis**

Dada la urgencia, la CSN hizo lugar a la cautelar y ordenó al Ministerio de Salud de la Provincia de Chubut que arbitre los medios necesarios para garantizar la *continuación* de la prestación del servicio de diálisis, en razón que la autoridad nacional delegó en el Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Chubut la administración e implementación de ciertos aspectos del Programa Federal de Salud (PROFE.)<sup>92</sup>.

#### **i) Otras prestaciones cuya cobertura ha necesitado auxilio judicial**

Se ha decidido que la empresa de medicina prepaga debe cubrir:

- \* la prestación de *asistente domiciliario* requerida por un afiliado *con discapacidad*, y el PMO prevé un reconocimiento diferenciado de derechos, entre ellos, la asistencia domiciliaria, en favor de estas personas<sup>93</sup>.
- \* el trasplante endotelial de córnea + facoemulsificación con colocación de lente intraocular en ojo izquierdo, prescripto por el médico tratante de la actora, toda vez que es una enfermedad de evolución progresiva que puede llegar a ocasionar ceguera<sup>94</sup>.
- \* la prótesis e implante valvular aórtico, desde que, conforme el dictamen del cuerpo médico forense, esa intervención es la única posible, sin perjuicio de la falta de consenso unánime entre sectores de la doctrina médica<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> CSN, 06/06/2006, LA LEY 2006-D, 402, con nota de PELLE, Walter D, *El amparo para requerir una ligadura de trompas*, LA LEY2006-D, 182 - Cita Online: AR/JUR/1971/2006, ED 218-240, con nota de SAMBRIZZI, Eduardo, *Grave amenaza contra la propagación de la vida*.

<sup>92</sup> CSN, 18/12/2003, LL 2004-C-359, Cita Online: 70020056.

<sup>93</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 20/08/2019, LA LEY 2019-E, 240 - RCyS2019-XI, 267 - JA 25/12/2019, 25/12/2019, 53, Cita Online: AR/JUR/27433/2019.

<sup>94</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B, 3-feb-2020, cita: Microjuris MJ-JU-M-124710-AR | MJJ124710.

<sup>95</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 24/9/2015, LA LEY 2016-A-193, con nota de GARAY, Oscar E. y JAIMARENA BRIÓN, Guillermo, *Consensos*

También se ha acogido un amparo para que *obra social* cubra:

- \* el tratamiento de la patología *hipersexualidad o adicción al sexo*, a realizarse en una comunidad terapéutica toda vez que la parte demandada no presenta constancia alguna que justifique la *interrupción del tratamiento* en el instituto requerido<sup>96</sup>.
- \* el 100% la cobertura del estudio molecular para Síndrome de Bardet Biedl y los traslados necesarios para realizarlo para un adecuado diagnóstico de la enfermedad, pues la falta de respuesta eficaz dilata el tratamiento que el niño necesita imperiosamente<sup>97</sup>.
- \* la entrega de un glucómetro *freestyle*, con sus discos sensores, medidor y demás insumos necesarios para su correcto y continuo funcionamiento. El profesional de la medicina que trata la patología del paciente es quien, previo efectuar los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados<sup>98</sup>.
- \* la inmediata cobertura del 100% del tratamiento por déficit de crecimiento del niño, debiendo proveer el suplemento alimenticio XX y las inyecciones de acetato de XX de manera inmediata, en razón del certificado médico emitido por la pediatra y endocrinóloga infantil que funda la necesidad de tratamiento por su antecedente de bajo peso al nacer y restricción de crecimiento intrauterino<sup>99</sup>.

---

*científicos y derecho a la salud*; DFyP 2016 (abril), 179, con el mismo comentario, Cita Online: AR/JUR/36783/2015.

<sup>96</sup> Cámara Federal de Paraná, 24-oct-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-121819-AR | MJJ121819; Rubinzal Online; 15457/2018 RC J 11840/19.

<sup>97</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 16-ago-2019, Microjuris MJ-JU-M-120635-AR | MJJ120635.

<sup>98</sup> Cámara Federal de Apelaciones de San Martín Sala I, 18-mar-2020 Cita: MJ-JU-M-124715-AR | MJJ124715.

<sup>99</sup> Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 4-jun-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-119641-AR | MJJ119641.

## 10. Los recursos más limitados de la pandemia ¿han frenado el ritmo del amparo?

### 10.1. Introducción.

La emergencia sanitaria generó respuestas del poder administrador, pero también del poder judicial, los organismos internacionales y regionales<sup>100</sup>, los grupos académicos y, en menor extensión, del poder legislativo.

Con realismo, puede afirmarse que hace más de cien días, la República Argentina es gobernada por decretos de necesidad y urgencia (de ahora en adelante DNU) que, a su vez, van modificando la situación según las cambiantes circunstancias. Así, por ej., en lo que a este trabajo interesa, a los pocos días de haberse declarado la emergencia, las excepciones a la prohibición de circular se ampliaron, habilitando a personas con discapacidad, entre las que se incluyó el colectivo de “trastorno del espectro autista”, para realizar breves salidas en la cercanía de su residencia, junto con un familiar o conviviente, fijando requisitos para ejercer esa facultad<sup>101</sup>. Esa nueva intervención generó que un tribunal de apelaciones declarara abstracta la petición de autorizar salidas terapéuticas a favor de un joven con “trastorno generalizado del desarrollo, trastorno del espectro autista y

<sup>100</sup> A vía de ej., ver Programa de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Los derechos humanos en tiempos de Covid-19, Lecciones de VIH para una respuesta efectiva dirigida por la comunidad*, [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/human-rights-and-covid-19\\_es.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/human-rights-and-covid-19_es.pdf); Red Europea de instituciones nacionales de Derechos Humanos, *La necesidad de los derechos humanos en las respuestas de Covid-19 en Europa*, <http://ennhri.org/wp-content/uploads/2020/04/ENNHRI-Statement-on-COVID-19-23-April-2020.pdf>; Comité Europeo de Derechos Sociales, *El derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia*, 22/4/20, <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>; Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (Covid-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=3094&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=DESC>; Organización Mundial de la Salud, Oficina de Naciones Unidas para la coordinación de asuntos humanitarios y comité internacional de la Cruz Roja, *COVID-19: How to include marginalized and vulnerable people in risk communication and community engagement*, [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/COVID-19\\_CommunityEngagement\\_130320.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/COVID-19_CommunityEngagement_130320.pdf), etc.

<sup>101</sup> ALONSO SAINZ, Guillermo C. con la colaboración de Carla D. Cassaglia. *Modalidades y alcances para la ejecución de la resolución 77/2020 en la cuarentena. La necesidad del concepto amplio de la discapacidad: físico y mental*, Citar: elDial.com - DC2A35, publicado el 17/04/2020.

retraso mental en un contexto de aislamiento obligatorio, pues “no hay obstáculo alguno para que, con la documentación pertinente en mano, efectúe las salidas recomendadas por el médico tratante, esto es, por el lapso de dos horas por día<sup>102</sup>. Igual resultado procesal (sobreseimiento) tuvo el pedido de una persona con discapacidad para que se le otorgue prioridad en los vuelos de repatriación en tanto se probó que ella “se embarcará y regresará en el vuelo programado para el próximo 26 de abril, y que su nombre está incluido en la lista de pasajeros para abordar la aeronave, con conocimiento del código de reserva respectivo”<sup>103</sup>.

A veces, la respuesta del legislativo cubre baches que con anterioridad los jueces llenaron en casos individuales. Así, por ej., frente a la necesidad de proteger a los trabajadores de la salud y las carencias existentes, tal como lo prueban las sentencias que reseño más adelante, el 8 de junio, en el boletín oficial, se publicó la ley 27548 “Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID-19”, con vigencia “mientras dure la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19.....”. Interesa especialmente el art. 4 que dispone: Principio de Bioseguridad. Los establecimientos de salud deben garantizar medidas de bioseguridad. Se deben priorizar las áreas de los establecimientos dedicadas específicamente a la atención y toma de muestras de casos sospechosos o confirmados de COVID-19, como así también en aquellas áreas en que haya un mayor riesgo de contagio”.

Los doctrinarios también han hecho escuchar su voz. Así, por ej., frente a las patentes de medicamentos y su incidencia sobre los costos y dificultad de circulación, el Centro de estudios interdisciplinarios de Derecho industrial y económico de la universidad de Bs. As., emitió un documento bajo el título “Pandemia por el covid-19: propiedad intelectual para el acceso a

---

<sup>102</sup> Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 07/04/2020, Cita Online: AR/JUR/8833/2020; la decisión de primera instancia había sido emitida por el Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 22/03/2020, Cita Online: AR/JUR/3348/2020. Una autorización similar para una persona carente de salud mental fue otorgada por el Juzg. Fam. N° 11, General Roca, Río Negro; 27/03/2020; Rubinzal Online; A-2RO-215-F16-14 RC J 1399/20 y Cita: MJ-JU-M-124748-AR | MJJ124748.

<sup>103</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala A, 24-abr-2020, Cita: MJ-JU-M-125230-AR | MJJ125230 | MJJ125230.

medicamentos”<sup>104</sup>. Expresa que, “aun cuando todavía no existe un medicamento, vacuna o tratamiento de comprobada eficacia y seguridad, ciertos elementos (productos o procedimientos) pueden verse protegidos por derechos de propiedad intelectual, especialmente por patentes, impactando en el acceso a los mismos a lo largo de toda la cadena, desde el proceso de creación hasta la comercialización (investigación, desarrollo, innovación y acceso)”. Dentro de ese contexto, el documento analiza las licencias obligatorias con una visión comparativa, dando un panorama sobre cómo han reaccionado los principales estados para resguardar y garantizar el derecho a la salud de la población.

Como es sabido, declarada la emergencia por el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial suspendió sus actividades; en consecuencia, como regla, para la tramitación, las peticiones exigían una declaración de “habilitación de la feria judicial”. Esta situación permaneció, en casi todo el país, prácticamente hasta fines de junio, etapa en la que algunos jueces acuñaron fórmulas variadas, como las siguientes:

- “No es posible soslayar que la pandemia ha obligado a aunar los esfuerzos de los tres poderes del Estado Nacional y de las provincias para combatir la transmisión de la enfermedad, y que las medidas adoptadas en ese contexto implican múltiples restricciones que por su naturaleza han debido ser acompañadas por la comprensión de la sociedad. Todo ello implica también que se debe ponderar cuidadosamente el tratamiento de cuestiones sometidas al poder jurisdiccional que *en tiempos de normalidad sanitaria podrían tener una solución diferente*. Ante las restricciones señaladas sumadas a las dificultades generadas por la escasa dotación de recursos y personal disponible, llevan a que los tribunales prioricen la habilitación de aquellos asuntos en los que se encuentran *en riesgo las prestaciones de salud o la efectiva atención sanitaria*”<sup>105</sup>.
- “Dada la función de resguardo del derecho a la salud que las obras sociales tienen encomendada por el carácter tuitivo que les da razón de ser, deben prestar con prisa las prestaciones de salud, no sólo por las

<sup>104</sup> <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/covid-19-medicamentos.pdf>.

<sup>105</sup> Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil y Comercial federal - sala feria A 22/4/2020, [tps://abogados.com.ar/resuelven-respecto-al-pedido-de-feria-extraordinaria-en-el-marco-de-un-amparo-de-salud/25859](https://abogados.com.ar/resuelven-respecto-al-pedido-de-feria-extraordinaria-en-el-marco-de-un-amparo-de-salud/25859).

consideraciones jurídicas y constitucionales que enmarcan el caso, sino en razón de que en estos tiempos los *adultos mayores no activos* se encuentran frente a un estado de vulnerabilidad agravado a causa de una amenaza que silenciosa pero constantemente los acecha por afuera, hecho que redobla el deber de remover los obstáculos que se les interpongan”<sup>106</sup>.

Ahora bien, más allá de algunas predicciones, finalmente equivocadas, en torno a que la justicia intervendría de modo muy excepcional, las sentencias que reseño muestran que los amparos (colectivos e individuales) tramitados y acogidos en época de pandemia no han sido pocos<sup>107</sup>.

Lamentablemente, las cuestiones de *competencia*, que tanto dilatan injustamente los procedimientos, no cesaron durante la emergencia, aún en casos de extrema urgencia, como es el caso de las personas adultas mayores que residían en un geriátrico de la Provincia de Buenos Aires, que cerró por no estar equipado para resguardar a sus habitantes durante la pandemia de COVID-19; la CSN dirimió parcialmente el conflicto; dijo que la competencia es provincial “pues la actora no ha individualizado ni concretado los hechos u omisiones de carácter antijurídico en que habrían incurrido las autoridades nacionales de los que se derive un daño, por lo que no se advierte que el Estado Nacional esté sustancialmente demandado, esto es, que tenga un interés directo en el pleito que surja en forma manifiesta de la realidad jurídica expuesta”. Para atemperar los seguros conflictos posteriores a su decisión, afirmó que “de plantearse nuevos conflictos, podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional, e incluso, comprometer el derecho a la salud”, por lo que remitió las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para que decida cuál es el tribunal competente con arreglo a las disposiciones locales<sup>108</sup>. Advierto que la estrategia funcionó, porque dos días después de la emisión de la decisión por la CSN, el 7/5/2020, el Superior tribunal de Bs. As. había dictado la siguiente resolución: “En atención a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el

<sup>106</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 6, 29-abr-2020, Cita: MJ-JU-M-125346-AR | MJJ125346 | MJJ125346.

<sup>107</sup> GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, *El coronavirus y el derecho a la salud*, LA LEY 09/04/2020, p.18 - DFyP 2020 (mayo), 05/05/2020, 125, Cita Online: AR/DOC/1013/2020.

<sup>108</sup> CSN, 05/05/2020, LA LEY 14/05/2020, p. 6 - JA 10/06/2020, p. 53 - LA LEY 26/06/2020 p. 8, Cita Online: AR/JUR/15028/2020.

sentido de que la cuestión es propia de la jurisdicción provincial, tratándose de una acción de amparo que requiere urgente despacho y teniendo en consideración el lugar en el que los actos impugnados tienen efecto, gírense sin más trámite las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 del Departamento Judicial Lomas de Zamora-Sede Avellaneda, a los efectos de su tramitación. Radíquese electrónicamente la presente causa en el mencionado órgano jurisdiccional”<sup>109</sup>.

Numerosas pautas que dominaban en la jurisprudencia anterior a marzo de 2020 continuaron. Así, por ej., se ordenó a la obra social la cobertura integral del 100 % de la práctica oncológica prescripta por el médico tratante, por estar probado que ofrece mayor posibilidad de control local con altas dosis, menor toxicidad (aguda y tardía) y aumento de la supervivencia libre de enfermedad; no se trata de elegir un tratamiento en vez de otro, sino de brindar el mejor aconsejado para optimizar el estado de salud del paciente o, al menos, evitar su agravamiento”<sup>110</sup>.

Resumo, ahora, algunos casos judiciales que muestran peculiaridades de la emergencia sanitaria.

## **10.2. Acciones colectivas**

### **a) Comedores populares**

Antes de la pandemia, numerosos NNA en condiciones de vulnerabilidad comían en comedores escolares; declarada la emergencia, y suspendidas las clases presenciales, quedaron desprotegidos. Un juez de la ciudad de Bs As<sup>111</sup> invisibilizó esta necesidad y rechazó la pretensión destinada a garantizar la entrega de las viandas en establecimientos educativos de gestión estatal pues, “más allá de las alegaciones genéricas sobre el cierre de los comedores, no hay una demostración circunstanciada sobre la relación entre este hecho y la privación efectiva del derecho a la alimentación del colectivo, máxime cuando el Poder Judicial debe ser especialmente cauto con el dictado de decisiones que impliquen contramarchas con la estrategia oficial de aislamiento social y menor

<sup>109</sup> Agradezco la información a los Dres. Carlos Camps y Ana María Chechille.

<sup>110</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, 14 de mayo de 2020, Cita: MJ-JU-M-125648-AR|MJJ125648|MJJ125648.

<sup>111</sup> Juzgado de 1° instancia en lo contencioso administrativo y tributario (de Turno), 29/03/2020, La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/6297/2020.

contacto posible para disminuir la curva de contagio”. “En esta coyuntura, en la medida en que no se prueba de un modo indubitable lo contrario, cabe presumir que en la adopción de medidas como el asueto administrativo, que apuntan a desalentar las aglomeraciones y traslado de gente, las autoridades responsables han tomado las precauciones suficientes para no privar, a la ciudadanía en general y a los grupos más vulnerables en particular, de la satisfacción de sus necesidades más básicas”.

### **b) Condiciones de bioseguridad para profesionales de la salud**

Otro juez de la CABA<sup>112</sup> no desoyó el llamado de los profesionales que, prestando servicios en un prestigioso hospital, se quejaron (como se vio en la jurisprudencia anterior) porque deben trabajar sin las condiciones de bioseguridad requeridas. La queja no se limitó a señalar las carencias, sino que propuso medidas concretas para evitar contagios referidas, incluso, al ingreso y egresos de personas. En definitiva, y después de una serie de reuniones y peticiones en otros expedientes, la pretensión cautelar quedó reducida a “se ordene al Gobierno de la CABA que disponga lo necesario para la instalación de un sistema de circulación hospitalario adecuado y para la re-funcionalización de dos unidades”. El juez analizó la prueba rendida y, reconociendo que se trata de cuestiones técnicas que, como regla, debe solucionar la administración, hizo lugar parcialmente a la cautelar y ordenó a la demandada que (i) arbitre las medidas tendientes a garantizar una adecuada señalización e implementación de elementos de bloqueo, seguros y estables en relación con su plan de circulación diferenciada entre pacientes y personal con y sin COVID-19, con el objeto de mitigar y/o evitar el contagio de la enfermedad entre infectados y no infectados que pudieren producirse por una eventual circulación cruzada y (ii) arbitre las medidas tendientes a proteger a los pacientes y profesionales de la salud que sean atendidos y cumplan funciones en las UTA y las UFU, a fin de reducir y/o evitar la posibilidad de contagio del virus, todo ello dentro del marco de estas Unidades y producto de los problemas de espacio y de hábitat externo referidos por el perito, recordando como elemento esencial su ubicación exterior”.

---

<sup>112</sup> Juzgado de 1ra instancia en lo contencioso administrativo y tributario n° 17 secretaría n° 34, 5/6/2020, elDial.com - AABC8F, publicado el 11/06/2020.



### **c) Medidas de prevención especiales en establecimientos psiquiátricos**

Un tribunal de primera instancia hizo lugar a un amparo deducido por una asociación civil, y ordenó al gobierno de la ciudad: (i) proveer a los hospitales psiquiátricos de la CABA elementos de higiene y seguridad (jabón, toallas, alcohol en gel) para el cuidado y prevención del contagio del COVID 19 para el uso en servicios, pabellones y consultorios externos, así como del resto de los elementos que los protocolos de salud vigentes indiquen para los hospitales monovalentes de salud mental; (ii) en el plazo de tres días, elabore un protocolo de actuación específico para los hospitales psiquiátricos teniendo en cuenta la situación particular que atraviesan las personas con discapacidad psicosocial que se encuentran internadas, respetándose los derechos enumerados en del art. 7 de la Ley 26.657, e informar de manera clara a todo el personal de salud mental de los hospitales los protocolos de actuación vigentes o a adoptarse; (iii) a través de los profesionales que designe, *comunicar en lenguaje claro* (respetando los lineamientos establecidos en el art. 7 inc. J) la Ley 26.657) a la población internada en hospitales psiquiátricos, las medidas de cuidado para prevenir, mitigar o evitar el contagio del COVID 19; (iv) garantizar el derecho a la comunicación de los pacientes internados en los hospitales psiquiátricos, tanto con sus familiares como con sus defensores e informar en el plazo de tres días si los servicios y consultorios de los hospitales psiquiátricos públicos cuentan con telefonía fija, si se permiten realizar llamados, con qué frecuencia y bajo qué modalidad<sup>113</sup>.

### **d) Establecimientos hospitalarios diferenciados. Rechazo**

Una asociación de personas asistidas con tratamientos de diálisis, solicitó a un juez que, mediante medidas cautelares: (i) habilite un establecimiento hospitalario propio para brindar atención de diálisis a los pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal que padezcan COVID-19, en condiciones adecuadas de internación y aislamiento; (ii) habilite un establecimiento especial para atender en aislamiento y hasta tanto se efectúe el descarte o confirmación del caso los tratamientos de diálisis a todos los pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal que se determinen

<sup>113</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 12, 14-may-2020, Cita: MJ-JU-M-125591-AR | MJJ125591 y cita on line AR/JUR/16275/2020.

como casos sospechosos de Covid19 o contactos estrechos de pacientes de Covid-19; y (iii) arbitre las medidas pertinentes para garantizar los adecuados traslados de todos los pacientes renales crónicos en tratamiento de diálisis que padezcan y/o sean sospechosos y/o contactos estrechos de Covid-19.

El juez rechazó la petición. Además de discutir la legitimación y los inconvenientes propios del sistema, sostuvo, razonablemente, que el contenido las medidas apunta a decisiones que, a priori, se presentan como de resorte exclusivo de las competencias y facultades propias de la autoridad ejecutiva, en tanto órgano especializado en la materia en ciernes y, sobre el particular, las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda no vienen acompañadas de elementos probatorios de suficiente entidad<sup>114</sup>.

**e) Medidas de aislamiento y prevención de personas que han tenido contacto con personas infectadas**

Un defensor oficial se presentó a un juez e informó que “uno de los habitantes que reside en el Centro de Integración Complementario Ernesto “Che” Guevara Proyecto 7 fue testado de manera positiva, motivo por el cual fue derivado al Hospital General de Agudos J.M. Penna”. En consecuencia, solicitó que (i) “se ordene al Gobierno de la CABA (por conducto de la autoridad administrativa que corresponda y con la urgencia que el caso amerita) proceda a brindar test PCRs a la totalidad de personas que residen y a las que trabajan en el centro; (ii) se aplique el artículo 9 del Protocolo de actuación ante sospecha y/o confirmación de COVID-19 y se ordene a los habitantes del Centro que queden en estado de cuarentena total, que se impidan nuevos ingresos, y al Gobierno de la ciudad que disponga la medidas necesarias para evitar la salida de personas que allí residen.

Con base en el derecho a la salud previsto en las convenciones internacionales tantas veces mencionadas, el juez<sup>115</sup> hizo lugar a la primera petición y omitió pronunciarse sobre la segunda dadas las explicaciones brindadas por la demandada.

<sup>114</sup> Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 14, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 16/04/2020; Rubinza Online; RC J 1570/20.

<sup>115</sup> Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 16 Ciudad Autónoma de Buenos Aires; mayo 2020 Citar: elDial.com – AABCC, publicado el 13/05/2020.

#### **f) Atenciones a personas adultas mayores en las farmacias sin restricciones especiales**

Una conocida cadena de farmacias restringió el acceso de los afiliados de PAMI al no atenderlos los días sábados, domingos y feriados y los restantes días otorgando sólo 30 números diarios para su atención. Un tribunal formoseño<sup>116</sup> hizo lugar a la medida auto satisfactiva solicitada por el apoderado del PAMI y ordenó a la empresa el cese de cualquier restricción en la atención a los afiliados del mencionado instituto, debiendo otorgárseles, un tratamiento preferente mientras dure la emergencia sanitaria. El tribunal entendió que, si bien no resulta cuestionable fijar restricciones para evitar aglomeraciones, la atención de los jubilados no puede verse afectada por la restricción de personal por ser, justamente, la población más vulnerable a la enfermedad (los afiliados del Instituto son jubilados mayores de 60 años, en su mayoría). De allí que la empresa debe garantizar la atención y arbitrar todos los medios necesarios para cubrir las necesidades, respetando las medidas de prevención que sean necesarias.

### **10.3. Acciones individuales**

#### **a) Provisión de elementos de protección a personas que trabajan en situación de riesgo**

Independientemente de las acciones colectivas reseñadas, algunas personas han actuado en forma individual. Así, por ej., cautelarmente, se ha ordenado al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “reforzar la seguridad laboral del peticionante, quien se desempeña como enfermero de un neuropsiquiátrico, mediante la provisión de barbijos de protección individual en cantidad suficiente, pues es innegable que en dicho ámbito laboral la posibilidad de propagación de la enfermedad es mayor aún y el único remedio, a fin de evitar su contención, es el acabado cumplimiento de la normativa específica”. En suma, si las tareas desarrolladas por el amparista en el nosocomio están exceptuadas del “aislamiento social

---

<sup>116</sup> Juzg. Fed. N°1, Formosa, Formosa; 26/03/2020; Rubinzal Online; 1325/2020 RC 1262/20, Cita: MJ-JU-M-124474-AR | MJJ124474. Para el tema de la discriminación contra las personas de mayor edad, ver LAFERRIERE, Jorge Nicolás, *Priorización de recursos en salud y la prohibición de discriminación por edad en tiempos de pandemia*, <https://abogados.com.ar/priorizacion-de-recursos-en-salud-y-la-prohibicion-de-discriminacion-por-edad-en-tiempos-de-pandemia/26035>.

preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular, ello implica arbitrar un mayor celo y resguardo en la protección de su salud”<sup>117</sup>.

### **b) Limitación de carga horaria de personal de la salud en riesgo**

El personal de la salud también se queja de la recarga horaria en condiciones de riesgo. La justicia ha respondido a esa queja. Así, se acogió el amparo iniciado por quienes se desempeñan como enfermeras en la terapia intensiva de neonatología de un hospital público y se condenó al Gobierno de la CABA a programar y/o reprogramar las guardias asignadas a aquellas, de manera tal que se ajusten a jornadas laborales de seis (6) horas diarias y hasta treinta (30) horas semanales, los días sábados, domingos, feriados, asuetos y días no laborales, sin afectar las sumas que perciben en concepto de salario, en la medida en que realicen tareas de enfermería que la Ley califica como insalubres, considerando su derecho a la limitación razonable de las horas de trabajo”<sup>118</sup>.

### **c) Vencimiento del certificado de discapacidad**

Normalmente, la provisión de tratamientos y medicamentos requiere un certificado de discapacidad vigente. ¿Qué ocurre si ese certificado venció durante la pandemia?

Con toda lógica, a través de medidas cautelares solicitadas en un amparo, los jueces han decidido, por ej., que “las prestaciones oftalmológicas deben continuar prestándose a favor de un adolescente de 13 años, pues si bien la renovación del certificado no ha sido aún extendida, ya cuenta con turno para la realización del examen pertinente, situación que se ha visto demorada por las actuales condiciones de circulación y parálisis del funcionamiento normal de la administración pública, con motivo de las medidas dictadas para prevenir las consecuencias de la pandemia. Además, la demandada conocía la situación del adolescente hasta el instante en que sobrevino el fenecimiento de su vigencia, en tanto se encontraba brindándole

---

<sup>117</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, 12/06/2020, LA LEY boletín de 26/06/2020, p. 6, Cita Online: AR/JUR/18547/2020. En igual sentido, Juzg. Nac. Trab. de Feria; 01/04/2020; Rubinzal Online; RC J 1302/20; Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 13, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 13/04/2020; Rubinzal Online; J-01-00020004-9/2020-0 RC J 1519/20.

<sup>118</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Juzgado VI, 18-may-2020, Cita: MJ-JU-M-125639-AR | MJJ125639.

la cobertura de las prestaciones. Desatender esta realidad por una sumisión mecánica a un requisito administrativo, en pleno trámite de renovación, importaría incurrir en un ritualismo excesivo con la consiguiente alteración de los valores en juego”<sup>119</sup>.

#### **d) Internación en geriátricos**

Pese a que los geriátricos son focos de alto riesgo, hay personas que no tienen otra alternativa. De allí que los jueces continúan haciendo lugar a cautelares y disponen que la obra social cubra la totalidad de la prestación de internación y rehabilitación en la residencia geriátrica solicitada, “aun cuando no puede afirmarse por falta de pruebas que dicha institución resulte imprescindible para brindar los servicios que requiere para la adecuada atención por la dolencia concreta y especial que padece, atento la actitud dilatoria y omisiva desplegada por la obligada, a pesar de conocer su deteriorado estado de salud”<sup>120</sup>.

#### **e) Entrega de medicamentos a portadores de HIV**

Los medicamentos a personas vulnerables, portadoras de HIV deben seguir prestándose, en las condiciones legalmente previstas<sup>121</sup>.

#### **f) Provisión de agua potable.**

Las situaciones de vulnerabilidad extrema se han visibilizado aún más durante la emergencia sanitaria. Una persona interpuso un amparo para que se le aprovisionara de agua potable; relató que no tenía agua en su casa, por lo que recurría a una canilla pública que se encuentra en una placita a 100 metros del domicilio, mediante el acarreo de baldes por parte de sus hijos e inclusive de sus nietos; que la situación era insostenible debido a la grave emergencia sanitaria que, incluso, prohíbe la circulación y obliga al aislamiento cuando ni siquiera cuenta en su domicilio con la provisión de un elemento esencial para la salubridad, higiene y alimentación como lo es el agua potable para poder cumplir con las medidas de prevención de contagio

<sup>119</sup> CNCiv. Com. Fed. Sala de Feria; 24/04/2020; Rubinzal Online; RC J 2412/20; Cita: MJ-JU-M-125302-AR | MJJ125302.

<sup>120</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 24-abr-2020, Cita: MJ-JU-M-125315-AR | MJJ125315.

<sup>121</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, 21/5/2020, elDial.com - AABC62, publicado el 09/06/2020.

(por ej. correcta higiene de manos); en consecuencia, solicitó se ordenara a la empresa prestadora para que restableciera el servicio en su domicilio. El juez tuvo en consideración no sólo el marco normativo internacional e interno, tantas veces mencionado, sino que Goya, la ciudad de Corrientes donde vive el amparista, se encuentra afectada de otra enfermedad, el dengue que, si bien ha quedado un poco relegada en cuanto a la información por lo peligroso y extremadamente contagioso del virus Covid 19, existen casos positivos de infectados perfectamente identificados. En definitiva, el juez hizo lugar a la cautelar innovativa peticionada y ordenó a la empresa proveer dentro del plazo de 12 horas de notificada el servicio de agua corriente o potable a la peticionante y su grupo familiar conviviente, entre los que existen personas menores de edad, en su domicilio particular y por el plazo de 60 días, que podrá ser prorrogado si las autoridades nacionales o provinciales extienden el actual estado de emergencia sanitaria, bajo caución juratoria que la amparista deberá prestar por WhatsApp remitido desde el teléfono celular denunciado en la demanda..., o en su defecto en forma presencial ante la actuario debiéndose cumplir todas las medidas preventivas necesarias de salud dispuestas normativamente”<sup>122</sup>.

### **g) Asistencia terapéutica a un adolescente con autismo**

Igualmente, se acogió la medida cautelar peticionada consistente en la *inmediata asistencia terapéutica* de un niño que se encuentra cursando el 6to. grado de la escolaridad primaria, durante toda la semana escolar y la vigencia del año calendario escolar 2020, que debe hacerse efectiva, previa caución juratoria, que podrá prestarse mediante escrito electrónico. El tribunal argumentó que, si bien el adolescente no concurre a la escuela por la suspensión de actividades escolares presenciales por el aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado, el proceso educativo se encuentra utilizando herramientas novedosas como las “clases virtuales” por medios telemáticos (classroom, zoom, microsoft teams, whatsapp, telegram, Google meet, etc.), a fin de que los alumnos puedan continuar con el proceso de aprendizaje escolar. De allí que, ante tal contexto, lejos de mitigarla, la ausencia de clases refuerza la necesidad de asistencia profesional del adolescente, dado que las prestaciones requeridas tienen el objeto de remover los obstáculos para que su condición de salud no sea un impedimento para

<sup>122</sup> Juzgado CC n° 2, Goya, Corrientes; 14/04/2020; Rubinzal Online; 38807/2020 RC J 1614/20.

su desarrollo, ni se constituya en motivo para su exclusión de la escuela primaria, gratuita y obligatoria que el Estado Argentino tiene el deber de garantizar”<sup>123</sup>.

#### **10.4. La respuesta negativa. La corrupción y su impacto en las prestaciones de salud**

La jurisprudencia reseñada permite responder a la pregunta y decir que la limitación de los recursos no ha frenado el ritmo del amparo.

En mi opinión, una de las causas se vincula a la corrupción. Intento explicarme.

##### **a) La corrupción, otra pandemia.**

La corrupción parece ser un mal muy difícil de vencer en la mayoría de los países<sup>124</sup>. No en vano, el Preámbulo de la Convención contra la Corrupción de Naciones Unidas, aprobada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que la Argentina incorporó al orden normativo interno por ley 26.097 (2006), dice: “Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> CCC Sala I, Lomas de Zamora, Buenos Aires; 19/05/2020; Rubinzal Online; RC J 2552/20.

<sup>124</sup> Los penalistas vienen ocupándose del tema desde hace algunos años. Ver, por ej., entre muchos, BASILICO, Ricardo A y TODARELLO, Guillermo, *Negociaciones incompatibles con la función pública. Herramientas legales para controlar la corrupción*, Bs. As., ed Astrea, 2016; RIMONDI, Jorge L., *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*, Bs As, ed. Ad-hoc, 2005. La doctrina administrativista ha vuelto a despertarse. Una de las primeras luces fue encendida por GORDILLO, Agustín, *The future of Latin America: ¿Can the EU help?*, London, Esperia Publications Ltd, 2003; en España, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción ética y moral en las administraciones públicas*, Madrid, ed. Thomson/Civitas, 2006. En la Argentina, más recientemente, la Revista de Derecho administrativo n° 127, febrero 2020, dedicó ese número a “la transparencia en la gestión pública. Integridad, corrupción y acceso a la información pública”. Entre otros, de los artículos allí publicados, véase, MARTÍNEZ, Armando, *Transparencia y corrupción en materia de contrataciones públicas: conflictos de intereses* (p. 46/54).

<sup>125</sup> La Argentina también ratificó la Convención interamericana contra la Corrupción, por ley 24.759.

<sup>126</sup> Ver, especialmente, ACKERMAN, Susan Rose, *Corruption and Government. Causes.*

### **b) La corrupción y sus efectos sobre la economía.**

Conforme estudios realizados<sup>126</sup>, incluso interdisciplinarios<sup>127</sup>, la corrupción tiene efectos devastadores sobre la economía de los pueblos, especialmente, los más pobres.

### **c) La corrupción y sus efectos sobre el sistema democrático y los derechos humanos**

Tampoco se discute que la corrupción perjudica de modo trágico el sistema democrático<sup>128</sup> y, en general, a la debida protección de los Derechos Humanos<sup>129</sup>.

### **d) Escasa respuesta a un fenómeno antiguo.**

La poca eficacia de la lucha contra la corrupción sorprende, dado que se trata de un fenómeno antiguo. Las obras de Platón, Aristóteles y Cicerón testimonian la existencia de corrupción. Hace prácticamente veinte siglos, Petronio se preguntaba: “¿Qué puede hacer el legislador cuando sólo reina el dinero?”. Como dato anecdótico, los historiadores cuentan que en la República romana se prohibía a quienes pretendían ser candidatos en las elecciones, “emblanquecer” sus togas para seducir mejor al pueblo. En esa época, *candidatus* significaba “el que ha sido blanqueado”<sup>130</sup>.

La cuestión es particularmente grave en América Latina; coincido con Agustín Gordillo quien afirma que “la corrupción y el clientelismo, incrustado por siglos en la cultura latinoamericana, está en las raíces de sus problemas económicos, sociales y políticos”<sup>131</sup>. En el mismo sentido, al abrir el 59 Período Extraordinario de Sesiones de la Corte IDH, el 27 de agosto de 2018, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot dijo<sup>132</sup>: “Este 40 Aniversario nos encuentra en una época de crisis global profunda; realidad a la que, desafortunadamente, nuestra región no es ajena. América Latina muestra una profunda inequidad social y se perpetúa como la región más desigual del mundo.

---

*Consequences and reform*, 1999; VIRGOLINI, Julio, *Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Bs As., ed. Del Puerto, 2004, p239 y ss.

<sup>127</sup> RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás y CAPARROS, Eduardo F (coordinadores) *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, ed. Ratio Legis, 2004. El libro contiene, además de la presentación, 22 trabajos sobre distintos temas vinculados a la corrupción; MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, ed. Gedisa, 2002.



La Comisión Económica para América Latina y el Caribe informa que, en este año, 187 millones de personas viven en condiciones de pobreza y 62 millones en condiciones de pobreza extrema. Observamos con preocupación el crecimiento de diversas formas de discriminación y violencia frente a las diversidades humanas”. “*La corrupción desafía a nuestras instituciones y democracias, como nunca lo hizo*” (las cursivas están agregadas).

El sector de la salud no escapa al fenómeno. En 2008 se calculaba que “el monto ascendía a tres billones de dólares al año y, si bien la mayoría de los empleados del sector desempeñan sus funciones con diligencia e integridad, hay evidencia de sobornos y fraudes, desde pequeños robos y extorsiones a distorsiones masivas de la política y la financiación alimentadas por comisiones ilegales a funcionarios, tal y como ha denunciado por la organización *Transparencia Internacional*”<sup>133</sup>.

Por eso, extraña la poca jurisprudencia existente sobre un tema que, por ser tan general y dañino, debería ser objeto de mayor tratamiento por parte de los jueces<sup>134</sup>. En Italia, país en el que explotó el conocido fenómeno judicial de “*mano puliti*”, pasados los años, la doctrina se pregunta “qué ha quedado del aparente triunfo de la revolución de los jueces, que tantas esperanzas había suscitado en la primera mitad de los años noventa”. Lamentablemente, la respuesta es: “La ilusión de la llamada *Segunda República*, que prestara atención a la ética pública, nacida de las cenizas de un sistema político consumido por la corrupción, se apagó prontamente”<sup>135</sup>.

<sup>128</sup> CALSAMIGLIA, Albert, *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000.

<sup>129</sup> Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH n° 23 *Corrupción y derechos humanos*, 2019.

<sup>130</sup> Ver todos estos datos en FAROUZ-CHOPIN, Frédérique, *La lutte contre la corruption*, ed. Presses Universitaires de Perpignan, 2003, p. 13.

<sup>131</sup> GORDILLO, Agustín, *The future of Latin America: Can the EU help?*, London, Esperia Publications Ltd, 2003, p. 11.

<sup>132</sup> Compulsar Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 18: Jurisprudencia Contenciosa sobre El Salvador.

<sup>133</sup> AUSÍN, Txetxu, *Conflicto de valores en la investigación farmacéutica: entre la salud pública y el mercado*, *Ciencia, Pensamiento y Cultura*, ARBOR, CLXXXIV 730 marzo-abril (2008) 333-345 ISSN: 0210-1963

<sup>134</sup> Para el tema en Italia, ver VINCIGUERRA, Giulio, *La corruzione nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2004.

<sup>135</sup> DELLA PORTA, Donatella e VANNUCCI, Alberto, *Mani impunita. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma/Bari, ed. Laterza, 2007, p.3

En la Argentina, sólo en pocas ocasiones los jueces han tenido oportunidad de ejercer algún control sobre licitaciones amañadas en el ámbito de la salud. En tales casos, han intentado que las barreras a la corrupción no perjudiquen la provisión; así, por ej. en lugar de disponer la suspensión total de los actos administrativos cuestionados, medida que implicaría una demora en la provisión de medicamentos oncológicos y contra el HIV, se ordenó cautelarmente permitir a la amparista participar en el procedimiento de las licitaciones *que se encuentran en estado de preselección* y, de este modo permitir la continuidad del procedimiento y no frustrar definitivamente el derecho de quien alegaba estar excluido en beneficio de otra empresa<sup>136</sup>.

En alguna ocasión, ha confirmado sanciones que muy esporádicamente la administración impone a sus funcionarios y empleados infieles; así, por ej., se rechazó la acción procesal administrativa interpuesta por los médicos que pretendían la nulidad de la resolución del Instituto de Seguridad Social que les impuso una sanción de suspensión de 30 días, pues, “con base en la prueba de cargo producida, el ente administrativo tuvo por cierto que habían incurrido en falta grave por incluir en las liquidaciones servicios no prestados, cobrar más de lo que establecía el arancel vigente y usar cualquier tipo de ardid o engaño para provocar perjuicio al organismo provincial, los afiliados y otros prestadores”<sup>137</sup>.

Pues bien, desafortunadamente la corrupción no cesó durante la pandemia; antes bien, parece haberse profundizado, como explica un artículo de Natalie Kitroeff y Mitra Taj, bajo el título «Los villanos del coronavirus en América Latina: especuladores de equipos de protección y funcionarios corruptos»<sup>138</sup>. En efecto, los diarios informan sobre pago de precios exorbitantes en las compras de materiales necesarios para combatir el coronavirus (máscaras, ropas para personal de la salud), otorgamiento de una pensión vitalicia a un ex funcionario público condenado por corrupción y otros hechos similares.

Frente a este despilfarro impune, la información periodística sobre el fuerte déficit fiscal generado por “las medidas implementadas por el Poder Ejecutivo Nacional para sostener los ingresos de las familias, el empleo y la producción” no detiene al juez, que no duda en ordenar al

<sup>136</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV, 12-mar-2019, Cita: MJ-JU-M-117779-AR | MJJ117779.

<sup>137</sup> STJ, La Pampa; 10/02/2020; Rubinzal Online; 128181 RC J 3299/20.

Estado que haga efectivas prestaciones de salud a personas o grupos vulnerables de la sociedad. Más aún, por ej., respecto al derecho a la educación de NNA, un juez condenó al gobierno de la ciudad a que en el plazo de cinco (5) días, “proceda a entregar a todos los alumnos y alumnas que concurren a establecimientos educativos de gestión pública o de gestión privada con cuota cero y que se encuentren en situación de vulnerabilidad social, un dispositivo informático adecuado (computadora portátil, notebook o tablet) para acceder a internet y realizar las tareas escolares que garanticen su continuidad pedagógica en modalidad virtual o a distancia; como así también, a que en el mismo plazo proceda a la instalación en la totalidad de las villas, barrios de emergencia y/o asentamientos de la ciudad, de equipos tecnológicos de transmisión de internet inalámbrica, similares a los que actualmente se encuentran dispuestos por el gobierno en plazas y espacios públicos, en cantidad y ubicación suficiente como para brindar un estándar mínimo de conectividad inalámbrica libre. Ello, por cuanto se encuentra acreditado el menoscabo en el derecho a la educación en condiciones igualitarias que padecen los NNA en edad escolar en el actual contexto de suspensión de clases presenciales dado por situación de emergencia dictada por la pandemia de COVID-19, y la falta de medidas concretas adoptadas por la demandada para garantizar el derecho a la educación desde sus hogares, considerándose a la entrega de cuadernillos o libros como insuficiente ante la falta de contacto de los alumnos con los docentes”<sup>139</sup>.

Un rayo de luz aparece cuando la administración responde al derecho a la información del habitante. En este sentido, alivia leer la decisión<sup>140</sup> que sobreseyó el amparo con fundamento en que “si bien el Gobierno de la CABA no aportó en sede administrativa respuesta alguna a la solicitud de información que requería comunicara cuántos reactivos adquirió para hacer la prueba del coronavirus COVID-19, cuántos recibió por parte del Gobierno Nacional, cuántas personas en situación de aislamiento tiene el Hospital Álvarez y cuántas de estas ya se hicieron el test, contestó dentro del

<sup>138</sup> El artículo traducido fue publicado en <https://www.infobae.com/america/the-new-york-times/2020/06/22/los-villanos-del-coronavirus-en-america-latina-especuladores-de-equipos-de-proteccion-y-funcionarios-corruptos/>

<sup>139</sup> Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 08/06/2020; Rubinzal Online; J-01-00023700-7/2020-0 RC J 3094/20 y <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/090/514/000090514.pdf>.

<sup>140</sup> Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/06/2020; Rubinzal Online; RC J 3485/20.

amparo interpuesto en sede judicial. Se debe tener en cuenta que el derecho de acceso a la información pública resulta trascendente como una forma de garantizar a los habitantes el control de las políticas públicas, la participación ciudadana y la transparencia en la gestión estatal; y estos momentos de emergencia sanitaria global sin precedentes, ocasionada por la pandemia, conllevan a reforzar aún más el mandato constitucional que recae sobre el gobierno local de brindar la información solicitada como forma de transparentar los actos de gobierno y permitir a la sociedad toda conocer la labor estatal efectuada para contener y mitigar la propagación del virus. Por tal motivo, los pedidos de acceso a la información vinculados con la emergencia sanitaria merecen un trato preferente, justamente por estar relacionados con los actos de gobierno tendientes a enfrentar la pandemia. La ciudadanía tiene el derecho de conocer la labor efectuada por aquellos que se supone deben velar por la salud de la población con mayor ahínco en estos momentos; la contracara es la obligación en cabeza del estado local de brindar dicha información sin escollos que encubran la intención de no cumplir el mandato constitucional de informar”.

## 11. Breves palabras de cierre

Alexis de Tocqueville decía: “Es de la esencia del Poder Judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir su mirada sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese Poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al juez a escuchar su reclamación y a responder a ella”.

Estas palabras son plenamente aplicables hoy, especialmente, si ese reclamo se vincula al derecho a la salud, que integra el bloque de constitucionalidad; si la Constitución es exigente, también deben serlo los jueces<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> GROSMAN, Lucas, *Escasez e igualdad*, Bs As, ed. Librería, 2008, 155 (prologo de Owen Fiss).

# PANDEMIA Y DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

POR ALFONSO SANTIAGO<sup>1</sup>

## Presentación

Seguramente muchos de ustedes recuerden la línea argumental de la película de Steven Spielberg *Rescatando al soldado Ryan*, de 1998. Cuatro hermanos de una familia han muerto durante la segunda Guerra Mundial y el quinto ha sido lanzado en paracaídas durante la operación del desembarco de las tropas aliadas en Normandía. Cuando el mando militar advierte esto y para salvar la vida del único de los hermanos que está aún vivo, se inicia un operativo para rescatar al soldado Ryan y poder devolverlo sano y salvo a su familia. En esa operación de rescate mueren varios soldados. La película empieza y termina con el soldado Ryan, ya mayor, visitando con su familia el cementerio donde están enterrados sus compatriotas que dieron la vida para salvar la suya. El protagonista pregunta con cierto dramatismo a los familiares que le acompañan en ese momento: “Díganme si viví de tal manera, que se haya justificado que estas personas hayan entregado por mí su vida”.

---

<sup>1</sup> Texto enviado por el autor para la Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y presentado a la Academia ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19

Una de las ideas que surge con claridad en la película es el valor que tiene cada persona y cada vida humana. Es tanto ese valor que hasta se “justifica” que otras personas entreguen la suya para salvarla.

La pandemia ha vuelto a poner de manifiesto el valor de la vida de cada persona humana. El salvar y preservar la vida de cada una de ellas justificó un enorme esfuerzo y costo económico de todo el resto de la sociedad. A la hora de ponderar entre las variables económicas y el cuidado de la salud de los mayores, se ha dado muy acertadamente una clara prioridad a lo segundo.

En este sentido, se ha manifestado el principio fundamental de todo nuestro sistema político y jurídico: la igual e inviolable dignidad de la persona humana. Las decisiones de gobierno que se han adoptado estuvieron guiadas por ese sabio principio. Se valoró, más allá de todo costo o consecuencia económica, la vida de cada persona humana, en especial de los más vulnerables, como son las personas mayores y las que se encuentran en situación de pobreza.

Las decisiones adoptadas por los distintos gobiernos nacionales e internacionales no estuvieron fundadas en cálculos utilitaristas, sino en la convicción del valor infinito que tiene cada persona humana. Esto es un motivo de celebración, muy especialmente para los constitucionalistas que hemos hecho de la igual e inviolable dignidad de la persona humana el fundamento de todas las instituciones constitucionales.

### **La igual e inviolable dignidad de la persona humana, fundamento del orden político y jurídico nacional e internacional**

Benedetto Croce titulaba una obra suya “La Historia como hazaña de la libertad”<sup>2</sup>, entendiendo que es esa búsqueda insaciable de la libertad humana lo que daría sentido y orientación a la experiencia histórica. Pienso que, desde una perspectiva personalista, se puede ser aún más radical. La fuerza más profunda que inspira la vida humana, la vida política y en particular al Derecho Constitucional es la dignidad humana. Aún más que la libertad, es la dignidad humana la que impulsa el desarrollo de nuestra disciplina, especialmente a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de

---

<sup>2</sup> Cfr. Croce, Benedetto, *La Historia como hazaña de la libertad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

1948. Su preámbulo declara con toda claridad y solemnidad que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y en su art. 1º establecía que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana pasaba así a ser explícitamente reconocido como el principio fundamental de la convivencia nacional e internacional. Ello significó la puesta en marcha de un “big bang” jurídico que se iría desplegando progresivamente a lo largo del tiempo, no sin obstáculo, contradicciones y algunas notables incoherencias.

Muchos son los frutos concretos y tangibles que se han conseguido durante estas décadas como consecuencia del reconocimiento práctico de este principio fundamental: la eliminación de la segregación racial en los Estados Unidos; el fin del apartheid en Sudáfrica; el derrumbe de los sistemas totalitarios comunistas en Europa Oriental, la equiparación de derechos entre hombres y mujeres en buena parte de los países del mundo; el progresivo reconocimiento y vigencia de los derechos humanos en muchos ámbitos del mundo; la extensión de la democracia constitucional como forma de Estado a través de las distintas olas democráticas que se han ido sucediendo desde 1945; las fuertes condenas a las diferentes formas de terrorismo de Estado en América Latina y en otras regiones del mundo; el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ofrece una tutela complementaria y subsidiaria de la que brindan los ordenamientos nacionales; la puesta en marcha de procesos regionales de integración que fomenta la cooperación entre los países y reduce fuertemente la posibilidad de conflictos bélicos entre ellos; la progresiva los crecientes mecanismos de participación de los ciudadanos y organizaciones sociales que se van creando para hacer realidad aquella premisa que formulara Jean Monet “nada de nosotros, sin nosotros”; el reconocimiento y tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial de los grupos más vulnerables; la atención de la pandemia privilegiando el cuidado de cada vida humana, a pesar de los costos e inconvenientes económicos que ello provocara.

En su despliegue histórico y axiológico, el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana ha tenido, tiene y tendrá que vencer numerosos y poderosos obstáculos de todo tipo: pulsiones e impulsos bio-

lógicos; dinamismos y limitaciones psicológicas; vicios morales; estructuras sociales; criterios, tabúes y tendencias culturales; intereses económicos; conflictos y luchas políticas; tradiciones históricas; sesgos y miedos atávicos; prejuicios personales y sociales fuertemente consolidados. Estos obstáculos reales, estructurales y permanentes amenazan con nublar a veces su diáfana claridad, dificultan y limitan su plena vigencia, impiden parcialmente su disfrute a millones de personas y persisten a lo largo del tiempo, pero en buena medida van siendo gradualmente vencidos y superados por su fuerza y atractivo axiológico y por la creciente capacidad personal y social de reconocer su valía.

En términos orteguianos, nos parece que el despliegue histórico de la dignidad de la persona humana como fundamento de la convivencia política es una “verdad de destino”, una “cronología vital inexorable”, que ha superado y superará los “inevitables regresiones”, “primitivismos” o “pseudoalboradas”, como han sido el despotismo, los totalitarismos, el racismo, etc. Como bien lo señalara el destacado constitucionalista francés Maurice Hau-riou: si bien el mal parece más abundante, el bien es más fuerte y termina prevaleciendo en la historia. Si no se quiere asumir una actitud intelectual tan optimista, podría recordarse una de las leyes de la Historia que propone Jacques Maritain: la del doble progreso contrario. La humanidad avanza simultáneamente en lo bueno y en lo malo como, con sabiduría y genialidad, nos lo enseña la parábola del trigo y la cizaña. Por ello, siendo la dignidad humana una cierta “verdad de destino”, cabe, sin embargo, recordar con Paul Johnson que “una de las lecciones de la historia que uno debe aprender, a pesar de ser muy desagradable, es que ninguna civilización puede darse por sentada. Su permanencia nunca puede asumirse; siempre habrá una edad oscura esperando a la vuelta de cada esquina”. Este principio tan noble exige que siempre se luche por él y si no se lo hace corre el peligro cierto de ser desconocido porque son muchas las riesgos que lo amenazan.

Nos parece que identificar el principio de igual e inviolable dignidad de persona humana como fundamento último del constitucionalismo y del orden internacional y profundizar en su contenido e implicancias es un gran aporte que se puede realizar desde la Ciencia Jurídica y la Filosofía del Derecho. Todo sistema político-jurídico necesita algo más que “creencias” (en sentido orteguiano) para ser sólido, coherente y durar en el tiempo. Necesita de un fundamento filosófico, no ideológico, en el cual se pueda sustentar.



El reconocimiento y apelación a este principio de la intrínseca dignidad de la persona humana tanto en los textos de las constituciones nacionales y de las convenciones internacionales, como en las decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales, ha dado comienzo a una nueva era jurídica en donde la base de la convivencia nacional e internacional se establece en este pilar fundamental del reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y de los derechos que de ella se derivan.

Esta toma de conciencia de la dignidad de la persona humana era consecuencia de las trágicas experiencias derivadas de la Segunda Guerra Mundial y de los regímenes totalitarios, en especial el nazismo, que generaron dolorosos aprendizajes a partir de sus atroces realidades y consecuencias.

Cada una de las personas humanas es única e irrepetible. Ella está llamada a ser el principio, sujeto y fin de todas las actividades humanas. Ella es un fin en sí misma que nunca puede ser tratado como medio, siempre es sujeto y nunca objeto, siempre es “alguien” y nunca “algo”<sup>3</sup>.

La dignidad de la persona humana es un concepto jurídico suprapositivo, fundador e inspirador de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional<sup>4</sup> y funciona como “guía insoslayable” para su interpretación y operación<sup>5</sup>. Es un principio universal y absoluto que no reconoce excepción alguna y que

---

<sup>3</sup> Cfr. SPAEMANN, Robert, *Personas, Acerca de la distinción entre alguien y algo*, Eunsa, Pamplona, 2000.

<sup>4</sup> Afirma Tomas Prieto: “no parecen descabellados los títulos atribuido a la dignidad humana y al articulado constitucional que la consagra: ‘base del Derecho’, ‘el postulado primero del derecho’, ‘fundamento de los fundamentos’, ‘concepto central en la cimentación de todo el edificio constitucional’, o ‘fundamento del ordenamiento constitucional español’. En el Derecho francés, Rousseau atribuye a la dignidad humana el título de ‘piedra filosofal de los derechos fundamentales’, y en Italia Bartolomei dice de ella que ‘no sólo es un derecho subjetivo perfecto, sino un valor jurídico constitucional’, uno de los principios constitucionales superiores. Y no solo eso: hoy se habla del principio de la dignidad intrínseca de todo ser humano como de un principio constitucional del orden internacional contemporáneo”, Prieto, Tomás, ob. cit., pág. 168. En el mismo sentido, Sagües señala que quienes suscriben un contenido amplio y ambicioso para la dignidad de la persona humana ven en ella “un derecho que engloba a todos los demás (Bidart Campos), la idea nuclear de los derechos humanos (Kriele), el valor constitucional último (Fernández Segado), el fundamento de los derechos humanos (Soto Kloss)”, “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en Sagües, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2016, pág. 339.

<sup>5</sup> Puede consultarse el trabajo de Serna, Pedro, “La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán. Una contribución al estudio de las conse-

es irrenunciable. Todo daño directo a este principio, todo desconocimiento teórico o práctico del carácter de persona humana de un ser humano, es de “lesa humanidad”. Decimos que ello es así, porque ese desconocimiento afecta a la realidad y al concepto mismo de la dignidad humana, ya de que lesiona su carácter universal, necesario e inviolable y, por eso, se transforma en una ofensa a todo hombre portador intrínseco de esa misma dignidad, como bien lo pusiera de manifiesto el Defensor General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Audiencia Pública del caso Quisbert Castro. No se pueden fijar condiciones de ningún tipo para el ingreso ni decidir la exclusión de ningún ser humano de este status propio de persona humana.

La dignidad de la persona humana no es un simple valor o principio jurídico, sino una cualidad inherente y propia de todo ser humano, preexistente a todo ordenamiento político y jurídico y que tiene *per se vigore*.

Cabe reconocer algunas características jurídicas fundamentales de la dignidad de la persona humana, claramente relacionadas entre sí. Ella es:

- universal e igual: alcanza a todos los seres humanos, hombres y mujeres; sanos, enfermos y con capacidades diferentes; nacionales y extranjeros; ciudadanos ejemplares, delincuentes o funcionarios corruptos; permanece desde el momento mismo de la concepción hasta la muerte natural.
- eminente: es superior a todos los otros bienes que regula el derecho. Dignidad es reconocimiento de la exclusiva excelencia y superioridad de la persona humana sobre todas las realidades naturales y sociales. Ya señalaba en este sentido las Siete Partidas que “la persona del hombre es la más noble cosa del mundo”<sup>6</sup>.
- intrínseca e inherente: tiene *per se vigore* y no es una mera concesión graciosa externa. La persona humana es valiosa en sí misma, debido a las condiciones propias, entre la que destaca su interioridad, racionalidad y espiritualidad.
- sustancial y originaria: al fundarse en el ser de la persona, la dignidad humana nace con la persona y permanece siempre con ella. No se pierde nunca, por más degradantes que sean los actos que una per-

---

ciencias de la constitucionalización de conceptos éticos”, en *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, ed. a cargo de E. Ferrer-Mac Gregor, t. 2, pp. 1081-1119.

<sup>6</sup> “Las Siete Partidas”, Partida Séptima, Título I, Ley 26.

sona realice. Siempre es posible decir de una persona que vale mucho más que el peor de sus actos. Accidentalmente la dignidad puede incrementarse a través de las buenas acciones, pero nunca se pierde<sup>7</sup>.

- inviolable e intangible: la dignidad no puede ser avasallada o desconocido en ningún caso, la persona humana es siempre fin y no puede ser utilizada como medio, nunca podrá ser cosificada, degradada, esclavizada, torturada. No se puede afectar la dignidad humana ni el contenido esencial de los derechos que dimanen de modo inmediato de esa dignidad, que actúan, al decir de Dworkin, como vallas infranqueables para el logro de objetivos colectivos<sup>8</sup> y no tan sólo como mandatos de optimización como señala Alexy<sup>9</sup>.
- no disponible e irrenunciable tanto por la propia persona como por terceros.
- su respeto es moral y jurídicamente obligatorio: captada el ser de la dignidad surge de modo directo e inmediato la obligatoriedad jurídica de su igual e inviolable respeto.

La dignidad de la persona humana no expresa tanto el contenido de un derecho humano concreto, como el fundamento mismo de esos derechos<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> En su visita a una cárcel de mujeres durante su visita a Chile, el Papa Francisco les decía a las personas allí detenidas que con la encarcelación le habían podido quitar la libertad ambulatoria, pero nunca la dignidad que les corresponde por el hecho de ser personas humanas.

<sup>8</sup> En el mismo sentido, sostiene Norberto Bobbio: “Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contrala mayoría... La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario”, Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pags. 478/479. Por su parte, Ferrajoli habla de la existencia de una “esfera de lo indecidible”.

<sup>9</sup> En su conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la UBA el 18 de agosto, este destacado autor alemán desarrolló el tema de “Dignidad y proporcionalidad”. Señaló que existen dos concepciones contrapuestas sobre la dignidad humana como categoría jurídica: la absoluta y la relativa. La absoluta otorga a la dignidad una prioridad sobre todas las otras normas en todos los casos, lo que excluye e impide la realización de la ponderación. Sólo desde una concepción relativa de la dignidad humana es posible realizar la operación propia de la ponderación que él propone. El adhiere, por tanto, a una concepción relativa, sin dejar de reconocer que algunas características de la dignidad humana se mueven en dirección al absolutismo.

<sup>10</sup> Así Robert Speamann afirma que la dignidad humana “no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser con-

Es un “por qué” definitivo y último, más que un “qué” específico y concreto, más allá de que algunos derechos como la prohibición de la esclavitud y de la tortura y el respeto a la vida de todo ser humano guardan con ella una estrecha proximidad.

La dignidad humana no es, por tanto, un concepto jurídico vago e indeterminado<sup>11</sup>. Él está incorporado a los textos constitucionales, convencionales y legales y se acude a él con frecuencia en las decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales, como criterio de fundamento de la protección de los derechos humanos y como criterio interpretativo para fijar su alcance. Es fundamento y fuente de derechos y obligaciones y de él se derivan la trascendental distinción jurídica entre personas y cosas presente en todo ordenamiento jurídico. Está llamado a ser un ancla y faro de toda nuestra civilización.

El reconocimiento de la eminente dignidad de la persona humana no es una decisión arbitraria, dogmática, absurda o que carezca de fundamento científico, filosófico o ético. Lo mismo corresponde decir de su igual reconocimiento en cabeza de todos los seres humanos, su carácter inviolable y su consideración como principio fundante de la convivencia nacional e internacional. No es un axioma caprichoso, sino fruto de un acto intelectual que descubre que la persona humana debido a sus condiciones propias, entre las que sobresale su intelectualidad, su libertad, su interioridad y su espiritualidad, merece un tratamiento diferenciado de todas las otras realidades temporales con las que interactúa el derecho<sup>12</sup>.

---

siderado como derecho humano en general. Lo que con él se nombre es algo más originario que lo que se expresa por medio del término derecho humano, y a la vez, no tiene la misma operatividad que aquel”, Speamann, Robert, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º. 19, 1988, pág. 15.

<sup>11</sup> En sentido contrario, puede verse lo expuesto en Chueca, Ricardo (Director), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 25 y ss.

<sup>12</sup> “El hombre destaca de toda la naturaleza, aparece como un ser superior al universo material. Dotado de inteligencia y libertad, está más allá de la Naturaleza y de la Historia. La libertad pertenece a la esencia del hombre. A diferencia de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, el hombre tiene un fin propio que cumplir por propia determinación. No existe sólo de un modo biológico, antes bien, hay en él una existencia más rica y más elevada; superexiste igualmente en conocimiento y en amor”, González Pérez, Jesús, ob. cit., pág. 17.

En relación al punto que venimos desarrollando, la Corte Suprema argentina ha afirmado con notable acierto y en reiteradas oportunidades que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. También ha sostenido, adhiriendo a esta concepción personalista, que “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”<sup>13</sup>.

### **Palabras finales**

Sostenía Nietzsche que “la vida hiera a todos y a quienes no mata, fortalece”. Sin lugar a dudas, la actual pandemia nos ha desafiado a todos, tanto personalmente, como también a nivel de sociedad nacional y hasta de Humanidad. Ojalá hayamos salido fortalecidos en la convicción del valor inmenso que tiene cada persona humana y cada vida humana y que vivamos de tal manera que cada uno pueda contestar afirmativamente al crucial interrogante que formulara el soldado Ryan, ante la tumba de quienes habían entregado su vida para salvar la suya.

---

<sup>13</sup> Fallos, 327:3753 (2004)



# UNA SOCIEDAD CADA VEZ MÁS DESPROTEGIDA ANTE UN LEVIATÁN CADA VEZ MÁS PODEROSO

POR ALBERTO B. BIANCHI<sup>1</sup>

*I put for a generall inclination of all mankind  
a perpetuall and restlesse desire of Power after power.*  
HOBBS, *Leviathan*, cap. XI

## 1. Un estado de alarma

Cuando creíamos que los avances de la tecnología y la medicina habían alcanzado altos estándares de excelencia y que las pestes y pandemias pertenecían al pasado, o se esparcían tan sólo por países y regiones de muy bajo desarrollo, el covid-19 parecería habernos regresado al siglo XIV cuando, sin antídotos, tratamientos, ni vacunas, la peste negra devoró casi dos tercios de la población europea. Sin lugar a dudas, ello nos pone en estado de alarma, no sólo por el fenómeno en sí, de suyo preocupante, sino también porque hemos perdido esa sensación de ingenua tranquilidad que sentíamos creyendo que las fronteras de la salud estaban mucho mejor custodiadas de lo que en realidad están.

---

<sup>1</sup> Disertación del Académico doctor Alberto B. Bianchi, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el IX Encuentro Interacadémico 2020 sobre “Pandemia. Los múltiples desafíos que el presente le plantea al porvenir”.

Pero este no es el único estado de alarma que debería desvelarnos. Hay otro peligro al que debemos prestar igual o mayor atención, pues podría ser, en el largo plazo, tan preocupante como el anterior. Me refiero al modelo político autoritario que podría instalarse, aun en las democracias más avanzadas, si creyéramos que la única opción es: salud o libertad personal.

Esta preocupación ya ronda por el mundo y está claramente expresada en un artículo publicado en marzo pasado, en el diario *El País*, de Madrid, por Byung-Chul-Han, un pensador surcoreano, que alerta sobre la tentación de mirar hacia las sociedades asiáticas, advirtiendo los peligros que encierra el tratar de imitar la efectividad que, supuestamente, ha tenido en el control de la pandemia a costa de una brutal restricción de las libertades personales.<sup>2</sup> Obviamente, allí la dictadura es moneda corriente y no es de extrañar, entonces, que sus resortes hayan sido aplicados con toda dureza y —aparentemente— con éxito frente al covid-19, en una población tradicionalmente sometida al poder estatal absoluto. En ese contexto, el costo en términos de libertades individuales ha sido menor, pues ya se había sufrido.

En la Argentina no hemos experimentado —todavía— los modelos asiáticos, pero nos acompaña una tradición autoritaria que viene de lejos y hoy se hace presente, todos los días, de manera muy perceptible, desde que el gobierno instaló la opción binaria antes mencionada. Con el salvoconducto de la crisis sanitaria, el poder autoritario ha vuelto por sus fueros, con renovados bríos.

Seamos conscientes, no obstante, de que el mayor riesgo no es su recrudescimiento estacional, sino su permanencia, pues es bien sabido que en nuestro país las situaciones extraordinarias vienen para quedarse, sin perjuicio de que cambien o desaparezcan los fundamentos o razones que las motivaron. Los ejemplos abundan y siempre han sido favorecidos por controles constitucionales muy débiles y usualmente poco eficaces.

Mirado desde un punto institucional, este es uno de los múltiples desafíos que el presente le plantea al porvenir y quiero dedicar estas líneas a explicarlo en la medida de mis posibilidades.

---

<sup>2</sup> <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html>



## 2. Un Estado muy poderoso

Nuestro sistema constitucional, todos lo sabemos, está montado operativamente sobre tres ramas de gobierno separadas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. En teoría, las tres son jerárquicamente iguales, deben obrar coordinadamente y ninguna puede invadir a las otras. Sin embargo, este equilibrio, ideal y romántico, que diseña la Constitución, en la práctica sufre numerosos desajustes y todos ellos favorecen al Poder Ejecutivo, es decir, al Presidente de la Nación quien, cualitativa y cuantitativamente, posee un poder político mucho mayor que el del Congreso o el de la Corte Suprema. Se ha dicho, y con razón, que nuestro sistema político es “hiperpresidencialista”.

No hay en esto novedad alguna. Ya lo decía hace casi cien años Octavio Amadeo,<sup>3</sup> lo repitieron luego Carlos Sánchez Viamonte,<sup>4</sup> y Linares Quintana,<sup>5</sup> y hoy en día es un lugar común en los estudios de Derecho Constitucional.<sup>6</sup> Ciertamente la Argentina no es ajena a un fenómeno regional donde abundan los “hombres fuertes”,<sup>7</sup> grupo al que se suman ahora las “mujeres fuertes”,<sup>8</sup> personalidades éstas, calcadas en un molde casi universal, al que la literatura le ha dedicado páginas muy coloridas.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> “[E]l Presidente nuestro, prescindiendo de personas y partidos es hoy una monstruosidad política y un peligro nacional” AMADEO, Octavio: *El Presidente Argentino*, Buenos Aires, 1917, p. 6.

<sup>4</sup> “La preponderancia del Presidente de la Nación sobre los poderes legislativo y judicial es enorme. Se puede afirmar sin vacilaciones que tiene en sus manos los principales resortes del poder público”. SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: *Historia institucional de Argentina*, México, 1948, p. 189.

<sup>5</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2<sup>da</sup> edición, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, T. 9. p. 547 y ss.

<sup>6</sup> BADENI, Gregorio: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3<sup>ra</sup> ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, T. 3, p. 576; DALLA VIA, Alberto R.: *Teoría del Estado y de la Constitución*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, T. I-A, Cap. XXII; GELLI, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina, Concordada y Comentada*, 5<sup>ta</sup> ed., La ley, Buenos Aires, 2018, T. II, p. 392.

<sup>7</sup> Basta con mencionar algunos nombres para describir el fenómeno: Manuel Estrada Cabrera, Anastasio Somoza, Fulgencio Batista, Fidel Castro, Leónidas Trujillo, Manuel Noriega, Alfredo Stroessner, Omar Torrijos, Manuel Ortega, Hugo Chávez y Nicolás Maduro, son apenas un ejemplo de una larga lista de mandatarios que han gobernado con poder absoluto, pese a que formalmente pretendían estar legitimados por el voto popular o por alguna forma de sistema constitucional.

<sup>8</sup> Dilma Rousseff en Brasil y Cristina Fernández de Kirchner, entre nosotros, son parte de este modelo.

<sup>9</sup> Pienso en el *El señor Presidente* de Miguel Ángel de Asturias y en *La fiesta del chivo* de Mario Vargas Llosa.

Son muchas y muy diversas las razones que, en todos los sistemas políticos, confluyen para dar al Poder Ejecutivo el liderazgo político natural que tiene.

En primer lugar, la unidad. El Poder Ejecutivo es unipersonal, frente a un Congreso integrado por numerosos legisladores que responden a diferentes partidos políticos, donde las decisiones se alcanzan por acuerdos políticos. Esa unidad también se impone al Poder Judicial, integrado por numerosos jueces, que conforman tres instancias y que están distribuidos en todo el país. A todo ello se suma que los jueces no actúan de oficio y deciden —como regla— con alcances individuales.

En segundo lugar, la permanencia. El Poder Ejecutivo y la Administración Pública en general están activos los 360 días del año. El Congreso en cambio tiene el receso legislativo y el Poder Judicial los períodos de feria de Enero y Julio.

En tercer lugar, la inmediatez. Mientras el Congreso legisla para el futuro y el Poder Judicial resuelve los conflictos producidos en el pasado, el Poder Ejecutivo atiende necesidades tan cotidianas y variadas como las relaciones internacionales, la defensa nacional, la regulación de la moneda, la percepción de los impuestos, la atención de la salud o la prestación de los servicios públicos.

En cuarto lugar, el Poder Ejecutivo tiene competencia residual. Mientras las funciones legislativa y judicial son precisas y definidas, la función administrativa es indefinida y abarca un sinnúmero de actividades de lo más diversas, para cuyo cumplimiento la Administración posee una organización cuantitativamente mucho más amplia que las de los otros poderes. Ello se refleja, naturalmente, en la cantidad de recursos y gastos que tiene asignados el Poder Ejecutivo, la que supera extraordinariamente la de los otros poderes. Basta con analizar la Ley de Presupuesto para verificar que las partidas asignadas al Congreso y al Poder Judicial son ínfimas en comparación con las del Poder Ejecutivo.

Tengamos en cuenta también, que vivimos bajo un “Estado regulador”, que produce una hiperinflación de las oficinas estatales. Toda regulación necesita reguladores que la piensen y la pongan en ejecución, lo que acarrea, obligadamente, la creación de nuevos empleos, generar una infraestructura edilicia adecuada y, por supuesto, disponer de las partidas presupuestarias

que provean los recursos económicos que este esfuerzo demanda. Se requiere en suma, lo que se resume en una sola palabra: burocracia, que incrementa también el poder del Poder Ejecutivo.

Todo ello trae aparejado un cuestionamiento constitucional. En la actualidad algunos autores como Philip Hamburger<sup>10</sup> y Joseph Postell<sup>11</sup> se preguntan si el “estado administrativo” es inconstitucional, en la medida en que la decisión política ya no la toman los representantes elegidos por el voto popular, sino los funcionarios ejecutivos que no son responsables ante el electorado, produciendo una seria crisis de legitimidad en el sistema. No me referiré aquí en detalle a la intervención del Estado en la economía, pues su amplitud y complejidad excede la breve mención que ella merece dentro del marco de este trabajo, donde tan sólo la enuncio como una de más de las causas híper presidencialismo. Me remito, entonces, a las obras generales, entre las que destaco la de Juan Carlos Cassagne, que analiza no sólo las numerosas técnicas de intervención estatal, sino también las de reversión el estatismo.<sup>12</sup>

Además de estas razones, comunes a casi todos los sistemas políticos, a las cuales se podrían añadir otras muchas, en la Argentina el liderazgo ejecutivo tiene rasgos propios.

Menciono en primer término, pues es inevitable, las raíces históricas del problema, que se remontan al período colonial. En la América española no desembarcó un pequeño buque cargado con peregrinos que huían de la persecución religiosa. Aquí desembarcó el imperio de Carlos V, que no era exactamente una organización democrática. Y cuando los Austria se extinguieron en España, fueron sucedidos por los Borbones quienes, de la mano de Carlos III, implantaron en América el mismo centralismo político y administrativo diseñado en Francia por el cardenal Richelieu para asegurar el poder real y protegerlo de la turbulencia de los nobles. Bajo este esquema

---

<sup>10</sup> HAMBURGER Philip: *Is Administrative Law Unlawful?*, University of Chicago Press, Chicago, 2014.

<sup>11</sup> POSTELL, Joseph: *Bureaucracy in America. The Administrative's State Challenge to Constitutional Government*, University of Missouri Press, Columbia, Missouri, 2017.

<sup>12</sup> CASSAGNE, Juan Carlos: *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

en la América española gobernaba el Virrey, que ejercía todas las funciones estatales. Ots Capdequí<sup>13</sup> y Zorraquín Becú<sup>14</sup> lo han explicado claramente.

El súper presidencialismo se nutre también de las debilidades estructurales de nuestro régimen federal, en tanto la absorción de las facultades provinciales por parte del gobierno nacional es aprovechada, en general, por el Poder Ejecutivo. Sería muy extensa la explicación de esta cuestión y por eso me detengo tan solo en un aspecto relevante: el unitarismo fiscal.

Debemos ser conscientes de que, desde el punto de vista de la recaudación fiscal, la República Argentina es un país completamente “desfederalizado” y la causa principal de este fenómeno es, sin dudas, el sistema de coparticipación federal de impuestos, creado en 1935 como una medida provisional, mantenido luego durante décadas y que la reforma constitucional de 1994 elevó a rango constitucional.<sup>15</sup> En otras palabras, la propia Constitución ha impuesto la dependencia fiscal de las provincias respecto del gobierno federal.<sup>16</sup> Por medio de este sistema el gobierno federal recauda los llamados “impuestos directos”, el más importante de los cuales es el Impuesto a las Ganancias, y luego los distribuye (coparticipa) entre las provincias según las alícuotas establecidas en la legislación vigente, que a estos fines ha sido abundante. La ventaja económica y política que ello acarrea al gobierno nacional es sensible.

<sup>13</sup> “[S]u nota distintiva -dice- fue la universalidad, abarcando, en consecuencia, todos los aspectos de la vida pública: legislativo, gubernativo, fiscal y económico, judicial, militar y aun eclesiástico”. OTS CAPDEQUÍ, José María: *El Estado Español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 60.

<sup>14</sup> “Los virreyes rioplatenses acumularon los cargos de gobernador, capitán general, presidente de la audiencia de Buenos Aires (desde su establecimiento en 1785) y superintendente general de real hacienda (desde 1788) [...] el virrey tenía una amplísima competencia que le daba una autoridad solo limitada por la del propio monarca y por la necesidad de cumplir el derecho vigente”. Zorraquín Becú, Ricardo: *Historia del Derecho Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 135.

<sup>15</sup> En relación con este tema la bibliografía es amplísima. Ente otros, véase BULIT GOÑI, Enrique: *Sistemas de coordinación de potestades tributarias a distintos niveles en el régimen federal argentino*, en *Tratado de Tributación*, obra dirigida por Horacio García Belsunce, Astrea, Buenos Aires, 2003, T I, Vol 2, Cap. X.

<sup>16</sup> Roberto Cortés Conde lo ha explicado de esta manera: “La crisis mundial de 1930, con la caída del comercio exterior, hizo imposible continuar financiando al Estado con los impuestos a la importación. Aunque existieron intentos por obtener una solución de largo plazo, los gobiernos casi siempre apelaron a medidas de emergencia para obtener ingresos alternativos, sin que se diseñara un régimen fiscal consensuado que posibilitara finanzas esta-

La reforma de 1994 también colaboró con la fortificación del presidencialismo —pese a que predicaba lo contrario— al establecer los decretos de necesidad y urgencia (DNU) en el artículo 99, inciso 3°. Esta cláusula constitucional y su norma reglamentaria, la Ley 26.122, han contribuido a crear un verdadero Congreso paralelo en la Casa Rosada, que funciona en sesión permanente. Recordemos, asimismo, que la Ley 26.122 establece un control muy débil sobre los DNU en tanto les otorga eficacia desde el momento de su emisión (art. 17) y exige un pronunciamiento expreso de las dos cámaras legislativas en contra del DNU para que éste sea derogado (art. 24). Así, con que una sola cámara del Congreso se abstenga de emitir su resolución, es suficiente para que el DNU permanezca vigente y produzca todos sus efectos. No tengo dudas que la Ley 26.122 es manifiestamente inconstitucional, pues en la práctica hace ineficaz el control parlamentario que establece el artículo 99, inciso 3, una norma que, por su propia naturaleza, debía ser interpretada restringidamente.

Merced a estas normas, asistimos hoy en día a una verdadera hiperinflación de leyes dictadas por el Poder Ejecutivo. Como dato a tener en cuenta, antes de la pandemia el Poder Ejecutivo había dictado, en menos de tres meses de gestión, 12 DNUs.<sup>17</sup> A todo ello debemos sumar que el control de los DNU por parte del Congreso, ha sido estadísticamente nulo.<sup>18</sup>

---

*bles. En general, las medidas producto de la emergencia representaron una mayor centralización en la apropiación de los recursos y la apelación a la emisión, lo que después de la Segunda Guerra Mundial generó una persistente y cada vez más elevada inflación. Se había roto el acuerdo político y fiscal que había consagrado la Constitución. En la práctica fiscal, había avanzado un fuerte centralismo. Pero, a la vez, avanzaba el Poder Ejecutivo sobre facultades legislativas, al realizar gastos más allá de lo que obtenía de los impuestos. Así, el federalismo comenzó a perder su base fiscal de sustento y las provincias quedaron a merced del gobierno central. Estos conflictos de las provincias con el Estado central por los impuestos perduraron hasta nuestros días. A partir de entonces, el Ejecutivo actuó muchas veces sin atender al Congreso, y provocó una crisis de legitimidad que se reflejó en una crónica inestabilidad política”.* CORTÉS CONDE, Roberto: La decadencia de nuestro federalismo, La Nación 6 de Septiembre de 2011.

<sup>17</sup> El primero de ellos fue el DNU 7/2019, modificatorio de la Ley de Ministerios, suscripto el mismo día de la asunción. Entre todos ellos, cabe mencionar también el DNU 214/2020 que modificó la Ley Nacional de Inteligencia, una materia que, habiéndose reunido el Congreso en sesiones ordinarias pocos días antes, no podía alegarse que poseía una necesidad o urgencia que el órgano legislativo estuviera imposibilitado de atender.

<sup>18</sup> Ver la obra de SANTIAGO, Alfonso, VERMANEDI, Enrique y CASTRO VIDELA, Santiago M.: *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder ejecutivo*, La Ley, Buenos Aires, 2019.

Nada de esto puede ni debe ser olvidado, pues es lo que quedará como cuestión permanente una vez que la emergencia del covid-19 haya pasado.

Una mención dentro de estos factores merece el sistema electoral, que también contribuye a fortalecer el Poder Ejecutivo en desmedro del Congreso. En la Argentina los legisladores se eligen por medio de las llamadas “listas sábana”. Así lo establece el Código Electoral Nacional en el artículo 60. Cada partido debe presentar su lista de candidatos para ser aprobada por las autoridades electorales. Por supuesto que ningún sistema electoral es perfecto. Todos presentan inconvenientes y no pretendo decir que el sistema de la lista sábana sea menos deseable que los restantes. Tal como ha señalado Jorge Vanossi, el problema está en los partidos políticos, no en el sistema electoral,<sup>19</sup> pero la lista sábana tiende a favorecer el poder presidencial porque: (a) los candidatos que conforman la lista no siempre son bien conocidos por los ciudadanos ya que en muchos casos no pertenecen a su “circunscripción”; (b) el candidato no se siente particularmente inclinado a escuchar a su electorado, pues éste no constituye un número de personas identificable geográficamente, con problemas comunes; (c) la tarea del electorado, en realidad, es homologar una elección que ya ha hecho previamente el partido, y (d) todo ello debilita la independencia del futuro diputado quien está muy ligado a las autoridades superiores de su partido y, en general al Presidente que —de hecho— es el jefe del partido político mientras gobierna. En síntesis, bajo este sistema, el Poder Ejecutivo es quien, en definitiva, establece la composición del Congreso y, como resultado de ello, los legisladores sienten que le deben la banca a su jefe político y no al electorado que los votó.

A todo ello debemos agregar un factor político y sociológico determinante: el populismo, encarnado en el tradicional “caudillismo”.<sup>20</sup> El líder populista, una especie que entre nosotros es abundante, no gobierna como un administrador temporal; por el contrario, se adueña del sistema y lo maneja como propio, y si es posible, para siempre. El populismo, no es una forma de gobierno, es una forma de gobernar, una metodología signada por

---

<sup>19</sup> VANOSI, Jorge R.: “¿Reforma política o cambio electoral?”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 879-884.

<sup>20</sup> AYARRAGARAY, Lucas: *La anarquía argentina y el caudillismo*, Felix Lajouane y Cía., Buenos Aires, 1904, p. 112.

patrones más o menos usuales<sup>21</sup> que, agitando las pasiones más básicas de la población<sup>22</sup> personaliza el poder, deformando la democracia al convertirla en una monarquía de trocha angosta.<sup>23</sup> Su fuerza expansiva radica en numerosos factores, pero el más curioso de todos ellos es su ausencia de ideología o, si se prefiere, de su capacidad para ser empleado por todas las ideologías, de un extremo al otro del arco político. En un libro reciente, Juan Carlos Cassagne lo explica claramente.<sup>24</sup>

En esta mención, muy incompleta por cierto, no pueden faltar las recurrentes y prolongadas emergencias económicas, que han contribuido efi-

---

<sup>21</sup> El líder populista siempre comienza por elegir un “enemigo del pueblo”, al cual hay que combatir por todos los medios. Ese fin supremo, da fuerza y sustento a todo su gobierno y a la revolución (en estado permanente) que pretende llevar a cabo. Luego se emplean los métodos habituales para obtenerlo: la manipulación de la información, la propaganda política, la supresión de la libertad de expresión, la persecución de los opositores, el fraude electoral, la estatización (total o parcial) de los medios de producción y el acrecentamiento del aparato estatal, por mencionar solo algunos. Todo ello produce, por supuesto, un elevado incremento del gasto público, necesario para simular el “bienestar” que derrama el líder, el cual se traduce -tarde o temprano- en inflación y en un fuerte desinterés por la inversión genuina. Obviamente, todo ello también favorece la corrupción.

<sup>22</sup> “*El populismo* -dice Víctor Massuh- *no apela a la razón sino a las desmesuras del sentimiento. Su emocionalismo excesivo tiñe toda la vida política de una sobreactuación teatral de dudoso gusto: adhesiones estruendosas, gritos de agradecimiento, ‘solicitadas’ grandilocuentes de convicción escasa, falsas desmesuras. Promete lealtades ‘incondicionales’, da gracias a un funcionario por una común medida de gobierno como si se tratara de un regalo que se otorga desde lo alto, repite un par de slogans hasta las lágrimas o el éxtasis, celebra algunas frases simples pronunciadas por el gobernante como si se trataran de principios filosóficos inamovibles. Exageración por todas partes. Los actos multitudinarios se vuelven ceremonias idolátricas o conmemorativas del santoral populista. Cualquier discusión teórica se ve desbaratada por la interposición inesperada de un recuerdo emotivo, la cita de un texto indiscutible, un estribillo cantado, el fervor suscitado por un nombre o la sospecha de haber jurado en vano por él. La razón transita con dificultad en un terreno minado por susceptibilidades dispuestas a estallar en cualquier momento*”. MASSUH, Víctor: *La Argentina como sentimiento*, Sudamericana, Buenos Aires, 1982, p. 83.

<sup>23</sup> ¿Podemos concebir algo más monárquico que la fórmula matrimonial “Perón-Perón” de las elecciones de 1973, o la entrega del poder del marido a su esposa, como ocurrió en 2007 cuando Néstor Kirchner le entregó la banda presidencial a Cristina Fernández de Kirchner? ¿No es un rasgo monárquico que en algunas provincias el gobernador pueda ser reelecto indefinidamente o que el poder pase alternativamente de un hermano a otro o se alterne también entre cónyuges?

<sup>24</sup> “*El populismo* -dice este autor- *constituye un género que aglutina distintos modelos de Estado, los cuales, en mayor o menor medida, son totalitarios. En la escala de los modelos populistas hay un orden de mérito según sea el grado de los significantes y formas totalita-*

cazmente a incrementar el poder político del Presidente. Hayan sido establecidas por ley o por decreto, las emergencias económicas restringen los derechos patrimoniales de todos, especialmente de los que tienen menos recursos, y siempre aumentan el poder presidencial, pues su ejecución recae en la rama ejecutiva. Como veremos en el punto siguiente, la Corte Suprema ha sido sumamente tolerante con todas ellas.

Si bien actualmente la emergencia sanitaria del covid-19 se ha apoderado de la escena, no podemos olvidar que, ya desde diciembre de 2019, una nueva ley de emergencia había delegado en el Poder Ejecutivo todos los poderes imaginables, menos los de la emergencia sanitaria fundada en ese virus, un hecho por demás imprevisible en ese momento en Argentina. Apenas instalado el nuevo gobierno, el Congreso Nacional entregó al Poder Ejecutivo la suma del Poder Legislativo mediante una declaración de emergencia que supera, en amplitud e intensidad, a todas las conocidas hasta ahora. Sumando y potenciando todas las experiencias anteriores, que no son pocas, la llamada “Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública”,<sup>25</sup> declaró la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, delegando en el Poder Ejecutivo “*todas las facultades comprendidas en la presente ley*” (artículo 1º). Si bien la ley pretende cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 76 de la Constitución Nacional estableciendo las “bases de la delegación”, ello no es más que una formalidad insustancial. Las facultades delegadas son tantas y las “bases” son tan vagas e imprecisas, que la separación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo queda reducida a una línea imaginaria. El Congreso ha entregado al Poder Ejecutivo todas las facultades sustanciales que la Constitución pone a su cargo.

---

*rias que imponen. Los máximos exponentes han sido los comunismos soviético y chino, el nazismo y el fascismo en Europa, el castrismo y, últimamente, el chavismo venezolano, así como los modelos que han intentado replicar a este último –aunque parcialmente– en países de Latinoamérica (como Argentina y, en menor medida, Ecuador y Bolivia), si bien la copia no es del todo fiel al arquetipo que se propone seguir. No hay, pues, un solo modelo de populismo y ninguno propugna la democracia basada en el principio de legalidad y en el respeto de los derechos individuales, la limitación del poder y su control por los jueces, la posibilidad de alternancia en el gobierno de fuerzas opuestas y la protección de las minorías”.* CASSAGNE, Juan Carlos: *El Estado populista*, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. pp. 65-66.

<sup>25</sup> Ley 27.541; B.O. 23/12/2019.



### 3. Un sistema institucional muy debilitado

Sin lugar a dudas, este extraordinario poder presidencial ha crecido y se ha afirmado a expensas de un control institucional muy débil por parte de la Corte Suprema. Es un hecho fácilmente comprobable que el Tribunal siempre ha prestado su apoyo jurisprudencial al Poder Ejecutivo en los casos de gran importancia institucional.

Por cierto, la sola mención de todos estos casos excede los límites de este trabajo, de modo que me remito a la obra en donde los he analizado con más detenimiento.<sup>26</sup> Mencionaré tan solo los casos de medidas de emergencia económica que, como regla, han sido declaradas constitucionales, salvo en ocasiones muy excepcionales sobre medidas muy específicas,<sup>27</sup> o bien dándole al fallo alcances muy limitados.<sup>28</sup> Esta significativa deferencia me ha llevado a pensar que la emergencia económica se comporta ante la Corte como una cuestión política encubierta. Nunca se la ha declarado como tal, pero posee un status muy similar.<sup>29</sup>

Una enumeración meramente ejemplificativa, permite advertir que esta aprobación ha recaído en todas las épocas y en los supuestos más diversos, entre ellos: la reducción y congelamiento de alquileres pactados, tanto urbanos<sup>30</sup> como rurales;<sup>31</sup> la prórroga legal de las locaciones urbanas;<sup>32</sup> la moratoria hipotecaria y la reducción de los intereses pactados;<sup>33</sup> la suspensión de la ejecución de sentencias y paralización de procesos judiciales de desalojo;<sup>34</sup> la suspensión de las ejecuciones de honorarios;<sup>35</sup> la fijación de pre-

---

<sup>26</sup> BIANCHI, Alberto B. \*

<sup>27</sup> *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía*, Fallos 318-1154 (1995) y *Risolia de Ocampo c/ Rojas*, Fallos 323-1934 (2000).

<sup>28</sup> *Provincia de San Luis c/ Estado Nacional*, Fallos 326-417 (2003).

<sup>29</sup> BIANCHI, Alberto B.: *El enigma de las cuestiones políticas*, en la obra colectiva de homenaje a Germán Bidart Campos, citada en nota 18, pp. 1089-1115, esp. pp. 1112-1114.

<sup>30</sup> *Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*, Fallos 136-161 (1922); *Alfredo R. Castro s/ sucesión*, Fallos 204-359 (1946).

<sup>31</sup> *Fernández Orquín c/ Ripoll*, Fallos 264-416 (1966).

<sup>32</sup> *Ferrari c/ Peiti*, Fallos 199-466 (1944); *Cello de Ciarrapico c/ Marino*, Fallos 204-195 (1946).

<sup>33</sup> *Avico c/ De la Pesa*, Fallos 172-21 (1934); *Yaben c/ Lavallén*, Fallos 172-291 (1934). Ver: CIANCIARDO, Juan y SACRISTÁN, Estela B., "El caso 'Avico' y sus ecos ochenta años después", en *La Ley*, 2014-C, pp. 635-652.

<sup>34</sup> *Russo c/ Delle Donne*, Fallos 243-467 (1959).

<sup>35</sup> *Videla Cuello c/ Provincia de La Rioja*, Fallos 313-1638 (1990).

cios máximos para la venta de ciertos productos;<sup>36</sup> la disminución de haberes jubilatorios ya acordados;<sup>37</sup> la obligación de las salas de cine de contratar los llamados números vivos;<sup>38</sup> la sustitución de los depósitos bancarios por un bono que todavía no había sido emitido;<sup>39</sup> el desagio de las obligaciones contractuales;<sup>40</sup> la transformación de la deuda financiera externa privada en deuda externa pública y el diferimiento de su pago a períodos futuros;<sup>41</sup> la reducción de los haberes de los agentes públicos;<sup>42</sup> la conversión forzosa a pesos (pesificación) de todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera, entre ellas, los depósitos bancarios,<sup>43</sup> las deudas consolidadas en bonos de la deuda pública, tanto nacionales<sup>44</sup> como provinciales,<sup>45</sup> y los mutuos hipotecarios.<sup>46</sup>

Esta “deferencia” de la Corte Suprema hacia las medidas de emergencia tiene origen en la debilidad e ineficacia del control de razonabilidad de las leyes creado por la propia Corte Suprema, una cuestión que hemos analizado con Estela B. Sacristán en un trabajo reciente.<sup>47</sup>

El control de razonabilidad es una manera de verificar la constitucionalidad de las leyes que tiene fundamento en el artículo 28 de la Constitu-

---

<sup>36</sup> La jurisprudencia sobre este punto es amplísima. Me remito para su estudio al exhaustivo trabajo sobre las leyes de abastecimiento de CASTRO VIDELA, Santiago y MAQUEDA FOURCADE, Santiago: *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Ábaco, Buenos Aires, 2015.

<sup>37</sup> *Frugoni Zavala c/ Nación*, Fallos 173-5 (1935); *López c/ Provincia de Tucumán*, Fallos 179-394 (1937).

<sup>38</sup> *Cine Callao*, Fallos 247-121 (1960).

<sup>39</sup> *Peralta c/ Estado Nacional*, Fallos 313-1513 (1990).

<sup>40</sup> *Porcelli c/ Banco de la Nación Argentina*, Fallos 312-555 (1989).

<sup>41</sup> *Brunicardi c/ Estado Nacional - BCRA*, Fallos 319-2886 (1996).

<sup>42</sup> *Guida c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 323-1566 (2000).

<sup>43</sup> *Bustos c/ Estado Nacional*, Fallos 327-4495 (2004); *Massa c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 329-5913 (2006).

<sup>44</sup> *Galli c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 328-690 (2005); *Viplán S.A. c/ Banco Central de la República Argentina*, Fallos 329-4309 (2006).

<sup>45</sup> *Assisa c/ Provincia de Misiones*, Fallos 334-596 (2011) y *Misa c/ Provincia de Formosa* [M. 757. XXXVIII] 24-05-2011.

<sup>46</sup> *Rinaldi c/ Guzmán Toledo*, Fallos 330-855 (2007).

<sup>47</sup> BIANCHI, Alberto B. y SACRISTÁN, Estela B.: “Salud versus libertad personal: ¿es esa la cuestión? (Un reexamen del control de razonabilidad a propósito del Covid-19)”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Junio 2020 - Número 6, 30-06-2020, Cita Digital: ED-CMXXI-421.

ción,<sup>48</sup> mediante el cual los jueces examinan la proporcionalidad entre los fines perseguidos por la ley y los medios elegidos por ella para conseguirlos.

Este esquema, bastante sencillo en la teoría, es completamente insuficiente para evaluar las extraordinarias restricciones que sufre, en la actual emergencia, la libertad personal. Tengamos en cuenta que el control de razonabilidad parte de una premisa que lo limita fuertemente pues, según una jurisprudencia muy reiterada, los jueces no analizan la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas, o su eficacia.<sup>49</sup>

Esto implica, en otras palabras, que los jueces, al ejercer el control de razonabilidad, no verifican la legitimidad en sí del fin invocado por el legislador, ni la conveniencia de los medios elegidos por éste. Controlan tan sólo que exista una adecuada proporción entre los medios y el fin.<sup>50</sup>

Como resultado de ello, cuando se efectúa judicialmente este leve control de adecuación, nos encontramos con que: (a) para cumplir con la obligación de obrar razonablemente, al legislador le basta con enunciar, teóricamente, un fin muy elevado para que cualquier medio resulte ser proporcional y adecuado para su consecución<sup>51</sup> y (b) la carga de la prueba sobre

---

<sup>48</sup> De acuerdo con el artículo 28 de la Constitución “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”. Este principio general debe concretarse, entonces, por medio de algún sistema de control que permita verificar cuándo una ley o norma de alcance general “altera” un derecho constitucional. A tal fin la Corte Suprema estableció el llamado “control de razonabilidad”.

<sup>49</sup> Véase la jurisprudencia citada en el artículo ya mencionado.

<sup>50</sup> Así fue establecido en los fallos fundadores de esta doctrina, cuyos principios se mantienen en los casos más recientes. Ver: *Avico c/ De la Pesa*, Fallos 172- 21 (1934); *Pedro Inchauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes*, Fallos 199-483 (1944); *Cine Callao*, Fallos 247-121 (1960); *Peralta c/ Estado Nacional*, Fallos 313-1513 (1990); *Smith c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 325-366 (2002) y *Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra*, Fallos 341-1511 (2018).

<sup>51</sup> Un claro ejemplo de ello es el caso *Peralta c/ Estado Nacional*, ya citado en nota 49, en el cual para justificar las medidas del llamado “Plan Bonex” de 1990, la Corte Suprema dijo “*La transparencia de las decisiones públicas, insita en la forma republicana de ‘gobierno’ puede así confrontarse con la necesidad de preservación de la vida misma de la Nación y el Estado. Esto no implica subordinar el fin a los medios, preferencia axiológica que es conocida fuente de los peores males que puede padecer la sociedad, pero sí adaptar los tiempos de esa transparencia, pues de otro modo todo remedio en la materia podría resultar ineficaz*” (considerando 26<sup>o</sup>). ¿Qué medio, por exigente y restrictivo que éste sea, no es adecuado y proporcional a un fin tan elevado como la necesidad de preservar la vida de la Nación y el

la falta de razonabilidad de la norma siempre recae en quien la alega, con lo que el Estado estará, en general, eximido de tener que justificar la razonabilidad de la medida, salvo que se esté ante una de las denominadas “categorías sospechosas”, que son muy excepcionales.<sup>52</sup>

En síntesis, el control de razonabilidad, en su concepción clásica y por fuera del restringido campo de las categorías sospechosas, siempre ha sido más formal que real. ¿Podemos decir, entonces, que este control, así diseñado, es una herramienta de tutela efectiva, cuando el fin perseguido es preservar la salud ante el covid-19 y el medio elegido para ello es ahogar la libertad personal? Evidentemente no lo es.

Por muy valiosos que puedan parecer los principios que fundan el control de razonabilidad, éste se reduce a la mera formalidad de constatar la proporcionalidad entre medios y fines. Este *test* siempre dará un resultado favorable a la constitucionalidad de la ley impugnada, pues basta con enunciar los más elevados fines, que no pueden ser judicialmente revisados, para que cualquier medio, que tampoco controlan los jueces, sea proporcional a ellos. A todo ello se agrega que la carga de probar la falta de proporcionalidad suele recaer en quien impugna la norma, cuando debería ser a la inversa. En un sistema constitucionalmente correcto, el legislador —congresional o administrativo— debería probar explícitamente que, habiendo efectuado un examen de todos los medios disponibles, ha elegido el que menos restringe los derechos individuales para obtener el fin perseguido.

Así ocurre en la jurisprudencia de otros países. El Tribunal Constitucional alemán exige (a) una justificación pública de las leyes que reglamentan

---

Estado? La Corte misma se encarga de señalar que todo medio queda subordinado a esa finalidad suprema y sostener lo contrario, advierte, sería “*privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad*” (considerando 37°), repitiendo que “[n]o es función de un tribunal de justicia pronunciarse por cuál debió ser tal remedio; sólo constatar su necesidad y razonabilidad. La primera está suficientemente fundada, la segunda surge de la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos en relación a la finalidad que persiguen” (considerando 48°).

<sup>52</sup> Como única excepción a esta regla la Corte ha creado las llamadas “categorías sospechosas” compuestas por ciertas y determinadas leyes, restrictivas en general de la igualdad ante la ley. Ver: *Calvo y Pesini c/ Provincia de Córdoba*, Fallos: 321: 194 (1998); *Hooft c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 327: 5118 (2004); *Gottschau c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Fallos: 329: 2986 (2006) y *Mantecón Valdez c/ Estado Nacional (Poder Judicial-Corte Suprema)*, Fallos: 331: 1715 (2008) y *Castillo c/ Provincia de Salta*, Fallos 340-1795 (2017), entre otros casos.

los derechos fundamentales, (b) el sustento de tales leyes en las bases fácticas o evidencias tenidas en cuenta y (c) la evaluación de los impactos que las mismas producen.<sup>53</sup> En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha resuelto que la ley será aprobada si es necesaria para satisfacer una “finalidad apremiante del gobierno” (*compelling government purpose*). Esto significa que la Corte debe verificar si la finalidad del gobierno en imponer la restricción es imperativa, vital<sup>54</sup> y le corresponde a éste probar estos extremos.<sup>55</sup> Debe acreditarse, asimismo, que la ley es “necesaria” como medio de cumplir con ese fin.<sup>56</sup>

#### 4. Una comunidad web-dependiente

En este contexto, no muy alentador por cierto, debemos tener en cuenta un hecho relevante: la humanidad se está transformando en una comunidad global web-dependiente. Ya lo era antes de la pandemia, pero ahora lo es muchísimo más, y muy probablemente seguirá siéndolo luego de superada la crisis, pues habremos adoptado ciertas rutinas que se transformarán, en el largo plazo, en un nuevo estilo de vida. No tengo dudas de que el teletrabajo y las muchas formas de vida virtual que hoy día estamos obligados a desarrollar de manera intensiva podrán ceder parcialmente cuando concluya el aislamiento, pero no dudo de que continuarán practicándose en una escala muy superior a la verificada hasta ahora. Todo ello presenta algunas ventajas o comodidades pero encierra, al mismo tiempo, grandes peligros que no podemos ignorar, ni subestimar.

Ante nuestros ojos la *world wide web* (que corre por una autopista informática llamada “*internet*”) está disponible por medio de la pantalla de nuestros ordenadores o computadoras de escritorio, laptops, tablets, teléfonos móviles o dispositivos similares. Sin más esfuerzo que utilizar un teclado o

---

<sup>53</sup> *Hartz IV* GFCC, Sentencia del primer senado del 9 de febrero de 2010 -1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09. Disponible en: [https://www.esccr-net.org/sites/default/files/caselaw/hartz\\_iv\\_judgment\\_german\\_ls20100209\\_1bv1000109.pdf](https://www.esccr-net.org/sites/default/files/caselaw/hartz_iv_judgment_german_ls20100209_1bv1000109.pdf)

<sup>54</sup> *Adarand Constructors v. Peña* 515 U.S. 200 (1995); *Sugarman v. Dougall* 413 U.S. 634 (1973); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

<sup>55</sup> *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995). “*To satisfy strict scrutiny, the State must demonstrate that its districting legislation is narrowly tailored to achieve a compelling interest*”, p. 921.

<sup>56</sup> *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986) “*Under strict scrutiny, the means chosen to accomplish the State’s asserted purpose must be specifically and narrowly framed to accomplish that purpose*”, p. 280.

pulsar simplemente esa pantalla o dictar una instrucción, ingresamos a un mundo que parecería no tener fronteras, donde obtenemos información y noticias de todo tipo, damos o recibimos clases, accedemos a bibliotecas digitales, leemos los diarios, asistimos a conferencias, compramos y vendemos todo tipo de objetos, escuchamos música, visitamos museos, buscamos empleos, vemos films, enviamos y recibimos documentos, viajamos virtualmente por todo el mundo, nos relacionamos social y laboralmente, emitimos nuestras opiniones, hacemos operaciones bancarias, pagamos nuestras cuentas, y un largo etcétera. Por medio de la web, en síntesis, trabajamos, nos informamos, enseñamos, aprendemos y nos recreamos. Hasta no hace mucho tiempo, todas esas actividades, que requerían, de un espacio físico, con personas e instalaciones, actualmente tienen como soporte un dispositivo electrónico conectado a una red, con costos infinitamente más bajos.

Si la vida humana ha estado atrapada desde sus comienzos entre el espacio y el tiempo, parecería que la web estaría suprimiendo al primero o, en todo caso, reemplazándolo a pasos agigantados por un espacio virtual, donde ya no hay fronteras geográficas. La aldea global de la cual tanto se ha hablado está hoy día muy cerca, en toda su inmensidad, detrás de la pantalla de nuestros dispositivos, a una “aplicación” de distancia. Es innegable, además, el poder “democratizador” de la web. Lo que antes sólo estaba al alcance de círculos limitados, está hoy a disposición de las muchedumbres que todos los días se conectan a una red y la Corte Suprema lo ha reconocido expresamente al señalar que *“el carácter transformador de Internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a la información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información”*.<sup>57</sup>

Hasta aquí todas parecen ser ventajas. No caben dudas de que poder hacer todo eso, que es una buena parte de la vida misma, cómodamente instalados en nuestros hogares, es altamente atractivo, especialmente cuando tenemos la opción de hacerlo también fuera de la web, pues nuestra libertad en ese caso permanece intacta en tanto conservamos la posibilidad de elegir entre el modo físico presencial tradicional y el virtual remoto.

---

<sup>57</sup> *Rodríguez c/ Google Inc.*, Fallos 337-1154 (2014), considerando 11°.

No todas son ventajas, sin embargo. Esta vida aparentemente ideal que ofrece la web encierra numerosos peligros. Es bien sabido, por lo pronto, que internet facilita la comisión de una gran diversidad de delitos informáticos, que han dado lugar a la creación de divisiones especializadas en todas las policías del mundo.<sup>58</sup> Pero fuera de la actividad delictiva, que siempre aprovecha todas las tecnologías posibles, quiero mencionar dos peligros en particular, uno de los cuales se relaciona específicamente con el tema de este trabajo.

El primero de ellos es la pérdida de la privacidad. Si bien a esta altura ya estamos muy familiarizados con ello, no es ocioso recordar que el espacio virtual que nos ofrece la web es un espacio público. Podemos acceder a ella desde el lugar físico más privado que podamos imaginar, pero al ingresar nos sumergimos inmediatamente, casi sin darnos cuenta, en un gran espacio público donde somos observados por personas o dispositivos que no vemos ni conocemos. Cada “clic” en nuestro teclado es un dato que se transmite y queda alojado, automáticamente, en algún server ubicado en algún lugar del mundo y pasa a formar parte de una o muchas gigantescas bases de datos que nadie sabe muy bien quien controla. Lo que George Orwell predijo en *1984* hace setenta años ha dejado el terreno de lo imaginativo hace mucho tiempo. Debemos ser muy conscientes, entonces, de que al ingresar a la web resignamos nuestro “derecho a estar solos”, para decirlo en palabras de Warren y Brandeis.<sup>59</sup>

El segundo peligro es mucho mayor aún. Nuestra web-dependencia nos hace completamente vulnerables ante el Estado, que, además de avanzar sobre nuestra privacidad, puede regular, controlar, limitar y, aún más, prohibir total o parcialmente el acceso a la web mediante métodos mucho más simples, sofisticados y eficaces que los antiguamente empleados para suprimir cualquier otro modo de comunicación, expresión o reunión. No hace

---

<sup>58</sup> Ver por ejemplo <https://www.interpol.int/Crimes/Cybercrime>

<sup>59</sup> Samuel Warren y Louis Brandeis escribieron en 1890, en la Revista de Derecho de Harvard, un célebre artículo titulado “*The Right to have privacy*”, donde, preocupados por la invasión de la prensa y de las nuevas tecnologías de ese momento, como la fotografía instantánea, definían el derecho a la privacidad como el derecho a estar solo y lo equiparaban a cualquier otro derecho. “[...] *the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone.*” *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220 en p. 205.

falta ya que un piquete policial irrumpa en un local donde se lleva a cabo un mitin político y detenga a sus organizadores o participantes; no es necesario secuestrar la tirada de un diario o revista, ni hay que armar una fogata para quemar libros. Ya no es necesaria la “*Stationers’ Company*” de Londres ni el “*Star Chamber*”, para controlar y castigar los libelos disidentes. La censura hoy en día puede ser mucho más sutil, sencilla y efectiva.

Sin violencia física alguna, el libre acceso a la web puede ser perturbado por medios tecnológicos manejados monopólicamente por el Estado. En primer lugar, el espectro radioeléctrico es un recurso natural que constituye un bien del dominio público, sobre el cual el Estado ejerce soberanía. En segundo lugar, la administradora o propietaria de los satélites que permiten llevar a cabo todas las comunicaciones es ARSAT (Empresa Argentina de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima), una empresa estatal. El sistema de telecomunicaciones, además, está controlado estatalmente por un ente regulador, el ENACOM. Si trasladáramos esto a la era del papel impreso, es como si todas las editoriales de las publicaciones que leemos diariamente fueran, en última instancia, de propiedad estatal o estuvieran administradas o controladas estatalmente.

Si bien hasta ahora la legislación y la jurisprudencia protegen internet como un medio de ejercicio de la libertad de expresión, un gobierno autoritario, determinado a hacer cambios, puede llevar a cabo modificaciones sin mayor esfuerzo. El artículo 1º de la Ley 26.032 establece que “*La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión*”, pero hemos visto que un DNU puede modificar fácilmente una ley, frente a un Congreso que necesita de una resolución expresas de sus dos cámaras para derogarlo y que hasta ahora no se ha mostrado eficaz en la tarea de control. La Corte Suprema, por su lado, en los fallos de los últimos años, ha honrado estos principios protegiendo a los motores de búsqueda,<sup>60</sup> pero la historia nos enseña que es muy fácil destituir a sus jueces por medio de un juicio político si se cuenta con un Congreso dominado por el oficialismo. Está demostrado también que aumentar los sillones del Tribunal para obtener una mayoría obediencia puede lograrse rápidamente y sin mayor esfuerzo. De hecho, ya se

---

<sup>60</sup> *Paquez c/ Google Inc.* Fallos 342-2187 (2019); *Gimbutas c/ Google Inc.*, Fallos 340-1236 (2017); *Rodriguez c/ Google Inc.*, Fallos 337-1174 (2014).



insinúa una ampliación de la Corte Suprema, que podría concretarse durante o después de la pandemia.

Frente a estos peligros, el control de razonabilidad antes descrito, no sólo es una herramienta débil e ineficaz, sino que puede ser fácilmente empleado para declarar la constitucionalidad cualquier decisión estatal, por más arbitraria que ésta sea. Basta para ello con (a) invocar un elevado fin y (b) poner en cabeza de quien impugna pasar por la ordalía procesal de probar que los medios elegidos no son proporcionales a esa suprema finalidad.

### **5. Algunas reflexiones para el porvenir**

El combate entre David y Goliat es un acontecimiento épico que, por milenios, ha confortado moralmente a la Humanidad con la esperanza de que la superioridad física no sea suficiente para aplastar el bien. Pero la historia, lamentablemente, está poblada de ejemplos que prueban lo contrario. Allí están el Holocausto y las purgas de Stalin. Allí está, más cerca en la geografía y el tiempo, la Venezuela de Chavez y Maduro, donde pasa hambre el pueblo de uno de los países más ricos del mundo.

Sin dudas, la pandemia del covid-19 nos dejará para el porvenir un sinnúmero de desafíos en todos los campos del pensamiento y la ciencia. Dentro del que me atrevo a opinar, creo que uno de los principales retos es tomar conciencia de la vulnerabilidad del individuo y de la comunidad toda, que han pasado a depender de un insumo básico, la web, cuyo manejo absoluto está en manos del Estado en un país donde, arropada en la emergencia, la autoridad pública es cada vez más invasiva de los derechos individuales, aprovechando la atrofia o ineficacia de los controles que la Constitución establece.

La clave del gobierno democrático reside en la capacidad de establecer controles adecuados al poder. Si no cuidamos de ellos, si nos los fortalecemos, la Venezuela de Chavez y Maduro estará mucho más cerca de lo que parece.



IV  
HOMENAJES



Buenos Aires, 15 de septiembre de 2020

VISTO que el día 14 de septiembre ha fallecido el académico titular doctor Gregorio Badeni,

CONSIDERANDO que el doctor Gregorio Badeni ha sido académico titular desde el año 2005, que presidió esta Academia entre los años 2011 y 2016, y la ha honrado con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE  
DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del miércoles 16 de septiembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Gregorio Badeni.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Gregorio Badeni en la reunión virtual a través de la plataforma Zoom de la Academia, a realizarse el día 24 de septiembre de 2020.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Roberto Enrique Luqui  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 1/2020



PALABRAS PRONUNCIADAS POR  
EL PRESIDENTE, ACADÉMICO  
ROBERTO E. LUQUI

Señores académicos:

Vamos a iniciar esta sesión con un recuerdo para el académico, expresidente y apreciado amigo, el doctor Gregorio Badeni. Por las razones que todos conocemos no pudimos acompañar sus restos hasta la última morada, y pronunciar allí las palabras de despedida que merecía. No pretendo que las que brevemente voy a expresar puedan sustituirlas. Espero que cuando se reabra nuestra sede podamos hacerle el homenaje que merece una personalidad tan destacada del derecho.

Una semblanza de Gregorio Badeni se puede hacer desde varias facetas, todas igualmente valiosas: como constitucionalista, como profesor universitario, como autor de importantes obras jurídicas, como abogado litigante, como periodista, por los artículos que publicaba en diarios y revistas y, sobre todo, como académico y expresidente de esta corporación.

Para definir su personalidad podríamos decir que fue un activo luchador por la libertad, que abrazó el derecho constitucional pues en él se hallan las bases jurídicas en que se sustenta. Dedicó la mayor parte de sus trabajos a

la libertad de expresión, porque la prensa es el instrumento que tiene la ciudadanía para transmitir sus ideas y ejercer el control social sobre los gobernantes. Badeni ha sido uno de los autores más importantes y reconocidos en este tema.

Su currículum vitae es muy extenso, por eso me limitaré a señalar que formó parte de tres academias nacionales, dos de las cuales presidió. Fue profesor de varias universidades y profesor emérito en la de Buenos Aires. Fue distinguido por universidades extranjeras, academias, e instituciones científicas. Recibió importantes premios. Escribió varios libros de gran valor científico y docente. Ejerció activamente la profesión de abogado, sin ningún tipo de especulación.

Impulsó la difusión de la obra de nuestra Academia, al promover la digitalización de la colección Anales, la participación en la feria internacional del libro, las relaciones con otras academias nacionales y extranjeras, la celebración de convenios con entidades periodísticas, como la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas y la Asociación de Editores Digitales Argentinos, para difundir nuestras declaraciones.

Fue un hombre de voluntad firme, a la cual le aplicó todas sus energías. Su infancia y su adolescencia fueron duras, e hicieron de él un hombre de lucha. Tal vez esa experiencia de vida le sirvió para forjar una conducta de trabajo y de estudio. Todo lo que obtuvo fue por su propio esfuerzo. Le caben las palabras del poema de Amado Nervo: “fue el artífice de su propio destino”.



# CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL EXPRESIDENTE DR. GREGORIO BADENI.

*“De un Presidente a otro Presidente”*

POR JORGE REINALDO VANOSSI

Son palabras emotivas que he pronunciado en recuerdo de la amistad con el querido colega “Goyo” Badeni, cuyo fallecimiento nos conmovió intensamente.

Me remonto al hecho de haberlo conocido en la casa de otro expresidente, el maestro Segundo V. Linares Quintana, que pasaría a convertirse en su suegro: comenzaba el noviazgo con “Cuqui” (Elena), habiendo conocido también a la madre de “Goyo” en una comida íntima de Navidad, allá lejos y hace tiempo...

Consumado el matrimonio, Goyo se incorporó al ejercicio de la abogacía, llegando a desempeñarse en el directorio del Colegio de Abogados de la calle Montevideo 640. Al acompañar también a Linares Quintana como secretario en el Instituto de Derecho Constitucional y Político “Carlos Sánchez Viamonte” de la Universidad Nacional de La Plata, allí nos encontrábamos en las reuniones matutinas y coincidíamos en algunos regresos a Buenos Aires compartiendo el trayecto en el tren –que contaba aún con vagón comedor- en que viajábamos con Linares Quintana y a menudo con el acompañamiento del maestro Marienhoff, con pláticas muy amenas du-

rante una hora. Así se fue forjando una amistad y camaradería que se intensificó en los años ulteriores.

Badeni se doctoró, con tesis muy “sesuda”, que anunciaba su vocación por el derecho y las ciencias políticas, con gran versación en muchísimos temas.

Enseguida prosiguió su curso a través de la “carrera docente”, que completó en la Universidad de Buenos Aires hasta el pináculo de la titularidad de la Cátedra de Derecho Constitucional, desempeñándose también en otras Facultades de Derecho; y llegaría el momento en que por sus méritos y su fecunda producción jurídica accedería mercedamente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, como así también a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; y asimismo a la Academia Nacional de Periodismo. Tuve el honor de ser su Vicepresidente en la de Derecho.

Su compromiso con la Libertad de Prensa lo llevó a militar en la defensa enfática de las garantías de esos derechos, convirtiéndose en protagonista de altas funciones de la prensa argentina en ADEPA. Con el tiempo, recibió premios y honores muy justos y prestigiosos, con galardones que se conjugaban con su sentido genuino de la humildad y la amistad amical. Soy testigo de ello, con la generosidad de sus gestos.

Siempre recuerdo la reunión que compartimos en Guatemala con motivo del Tribunal concitado en redor de los asesinatos de Periodistas, donde compartimos la significativa tarea con la Premio Nobel Rigoberta Menchú Tum y otros jueces.

En otro orden de recuerdos, vienen a la memoria su atracción y afán por el golf, deporte de su predilección; como así también traigo a colación en su memoria que también él compartía con Linares Quintana y con su familia los largos recorridos —pasando por Tres Arroyos— para arribar a la playa de Claromecó, en el encuentro del mar, que lo acercaba con la paz y el sosiego del merecido descanso.

Pero cuando menos lo imaginábamos, pues conocíamos su vitalidad y persistencia, sobrevino lo inesperado: primero fue la pierna, que lo condujo al auxilio del bastón, llegando así a la clase en la Facultad de la Avenida Figueroa Alcorta; y luego, su salud se quebrantó. Con tristeza se tuvo que “vacacionar” del Estudio Jurídico, replegándose en su casa, asistiéndolo en

compañía sus hijas Mariana y Alejandra, más su nieta.

Tan sólo pudimos sus amigos valernos del “Zoom” para allegarnos virtualmente a la Iglesia “Mater Admirabilis” de Arroyo y Suipacha, desde donde el padre Martín García Aguirre oficiaba una misa recordatoria (sin poder comulgar, debido a la peste de la “pandemia”).

De todos modos, siempre lo tendremos presente al querido “Goyo” Badeni.

### **Oración de San Agustín Doctor de la Iglesia**

“Créeme:

Cuando la muerte venga a romper las ligaduras  
como ha roto las que a mí me encadenaban,  
cuando llegue un día que Dios ha fijado y conoce,  
y tu alma venga a este cielo en que ha precedido la mía,  
ese día volverás a verme,  
sentirás que te sigo amando,  
que te amé, y encontrarás mi corazón  
con todas sus ternuras purificadas.

Volverás a verme en transfiguración, en éxtasis, feliz  
ya no esperando la muerte, sino avanzando conmigo,  
que te llevaré de la mano por  
senderos nuevos de Luz y de Vida.  
Enjuga tu llanto y no llores si me amas.”



V

## DECLARACIONES Y DICTÁMENES



# DECLARACIÓN EN DEFENSA DE LA VIDA Y PETICIÓN DE VETO

Señor Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
D. Horacio Rodríguez Larreta  
S/D

Esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que en diversas declaraciones y dictámenes ha emitido su criterio al respecto, estima oportuno recordar, una vez más, que el derecho a la vida desde el momento de la concepción se encuentra implícitamente protegido en el artículo 33 de la Constitución Nacional y ha sido consagrado de modo explícito en varias constituciones provinciales.

Se halla también amparado por el artículo 4.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, aprobada por la ley 23.054 y conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en la que se reconoce que “persona es todo ser humano” a partir del momento de la concepción, con “derecho a la vida” y debiendo estar protegida por la ley; y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. El proyecto de la ley (expte. 3153/2119) y el Protocolo de Aborto fueron aprobados sobre tablas el 16 de julio del corriente año. Su texto y el del Protocolo de Aborto vulneran, de modo directo e inmediato, el derecho intrínseco a la vida consagrado en normas de jerarquía constitucional como los artículos 1 y 6.1 de la *Convención sobre Derechos del Niño*, con la *reserva* interpretativa que declaró el artículo 2 de la ley 23.849 al disponer que dicho artículo 1 “debe interpretarse en el sentido que se entiende niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho

años de edad”, fijando de esta forma las “*condiciones para la vigencia*” de la Convención (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

La ley sancionada apresuradamente y el Protocolo violan, asimismo, otras normas de jerarquía constitucional que resguardan de manera estricta el derecho a la vida, como el artículo 3 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948); el artículo I de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), cuyo texto declara que “todo ser humano tiene derecho a la vida”; el artículo 1, párrafo 2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en el que se reconoce que “persona es todo ser humano”; y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (aprobado por ley 23.313), cuyo artículo 6 proclama que “todo ser humano tiene derecho a la vida”.

Esta Academia Nacional, ante ordenamientos locales como los mencionados, considera que son inconstitucionales porque se arrogan la atribución de negar un derecho que la Constitución garantiza a todos desde el embarazo (artículo 75, inc. 23), al promover medidas de acción positiva a favor del niño y de la madre, por parte del Congreso de la Nación, evitando en todo caso su “desamparo”. En ello cabe un régimen asistencial público que proteja ambas vidas y, a la vez, dé a la madre la posibilidad de entregarlo en *adopción*, cumpliendo un régimen legal regulatorio a esos efectos.

En concordancia con el criterio fijado por los autores de la Ley Fundamental, el Código Civil y Comercial declara que la existencia de la persona humana comienza con la concepción (artículos 19, 21, 22 y 2279).

Por todo ello, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el ejercicio del derecho de peticionar a las autoridades (art. 14 C.N.), solicita al Señor Jefe de Gobierno vete la ley que dispuso la adhesión a un protocolo lesivo de derechos y garantías que figuran en el texto constitucional y en convenios que tienen jerarquía constitucional.

Pide, asimismo, al Señor Jefe de Gobierno que, al resolver esta petición, tenga en cuenta que de su decisión pende la vida de los niños no nacidos a los que se intente eliminar aplicando el Protocolo que impugnamos.

Buenos Aires, 28 de julio de 2020.

Roberto Enrique Luqui  
*Académico Presidente*



# DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE EL PAPEL DEL EQUIPO DE SALUD DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires comparte los términos y adhiere a la justa declaración de la Academia Nacional de Medicina sobre el valioso papel que desempeña el personal de salud durante la pandemia del nuevo coronavirus (COVID-19).

Esta Academia reconoce y agradece la entrega y la labor de los profesionales de la medicina.

Buenos Aires, septiembre de 2020

Roberto Enrique Luqui  
*Académico Presidente*

DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA  
SOBRE EL PAPEL DEL EQUIPO DE SALUD DURANTE  
LA PANDEMIA COVID-19

Agosto 2020

La pandemia de COVID 19 es un hecho sin precedentes que, merced a la globalización y a la inmediatez de las comunicaciones, ha trastornado la vida de todos los países del mundo.

La brutal realidad ha puesto en descubierto las falencias generalizadas en los sistemas de salud pública, las debilidades de la economía así como las deficiencias en la educación de las poblaciones afectadas.

Pero un grupo humano se ha mantenido incólume frente a la situación de angustia: los médicos, las enfermeras y demás componentes del equipo de salud sin distinciones, no han dejado un instante de cumplir su deber profesional y humanitario, a pesar de sus escasas remuneraciones económicas, las carencias de insumos y las deficiencias estructurales de los centros sanitarios.

La entrega ha sido de tal magnitud que los contagiados y fallecidos en este grupo alcanzan cifras altamente significativas, lo que no ha sido óbice para que los que quedan continúen con su tarea, poniendo el sacrificio por encima del riesgo de enfermar y de morir.

La Academia Nacional de Medicina desea que la sociedad toda reconozca y agradezca la labor del personal de la salud, que con profesionalismo y espíritu solidario ofrecen sus conocimientos, su voluntad y sus sentimientos para el alivio del dolor de sus semejantes.

DECLARACIÓN SOBRE LA CREACIÓN DE UN  
OBSERVATORIO DE LA DESINFORMACIÓN Y LA VIOLENCIA  
SIMBÓLICA EN MEDIOS Y PLATAFORMAS DIGITALES  
(NODIO)

Ante el anuncio hecho por la Defensora del Público de propiciar la creación de un «Observatorio de la desinformación y la violencia simbólica en medios y plataformas digitales (NODIO)», en el ámbito de competencia de ese organismo, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires manifiesta que si se concretara, podrían vulnerarse normas y principios constitucionales que nos rigen.

En nuestro país no es función del Estado ejercer vigilancia sobre la información que difunden las personas humanas o jurídicas y las ideas que expongan en ejercicio de la libertad de expresión (art. 14 de la Constitución Nacional, y art. 13 punto 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), salvo cuando constituyan un delito o causen agravio jurídico a un tercero, en cuyo caso deben ser juzgados por los tribunales competentes.

Se ha dicho que el observatorio proyectado no sería un órgano con presupuesto y que busca generar insumos que permitan «reflexionar acerca de las prácticas responsables en búsqueda de un periodismo de alta calidad» y debatir «sobre los aspectos éticos del ejercicio de la libertad de expresión en internet». No obstante, no por ello esta iniciativa deja de ser una intromisión en la libertad de expresión.

A juicio de esta Academia no le compete al Estado constituirse en

promotor de un periodismo de alta calidad, por no ser esta una función propia de nuestro régimen constitucional. Además, por tratarse, la evaluación de dicha actividad, de una cuestión subjetiva, se corre el riesgo de medir la calidad sesgadamente y con criterio ideológico, el cual, cualquiera que sea, debiera prevenirse para evitar avances indebidos sobre la libertad de expresión.

La experiencia indica que la existencia de esos organismos en la esfera estatal abre el camino a que sean utilizados como medios para inducir conductas inspiradas en ideologías político partidarias, incompatibles con nuestro sistema constitucional democrático y pluralista de gobierno.

Lo dicho no implica desconocer o cuestionar la existencia de este tipo de entidades en el ámbito privado, dedicadas a esa clase de tareas, cuya misión está claramente determinada, y pueden aportar ideas u opiniones útiles para esa finalidad, sin constituirse en voceros del Estado y en última instancia sometidos al libre escrutinio de quienes accedan a sus pareceres o dictámenes.

Buenos Aires, 27 de octubre de 2020.

Roberto Enrique Luqui  
*Académico Presidente*

# ÍNDICE

## ANALES 2020

### I. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>El enriquecimiento sin causa y la compensación económica como instrumentos usados por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales derivadas de la unión convivencial.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kermelmajer de Carlucci, en la sesión plenaria del 13 de agosto de 2020 .....	17
<i>Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia.</i> Comunicación del Académico Julio César Rivera, en la sesión plenaria del 27 de agosto de 2020 .....	47
<i>La Terapia Experimental y la Pandemia.</i> Comunicación del Académico José W. Tobías, en la sesión plenaria del 24 de septiembre de 2020 .....	91
<i>La anomia argentina y una tarea impostergable.</i> Comunicación del Académico Carlos A. Etala, en la sesión plenaria del 8 de octubre de 2020 .....	115
<i>El Juicio por Jurados ante la reforma judicial.</i> Comunicación del Académico Alberto Ricardo Dalla Vía, en la sesión plenaria del 22 de octubre de 2020 .....	127

<i>La cuestión de la justicia en el Edipo rey de Sófocles.</i> Comunicación del Académico Siro M. A. de Martini, en la sesión plenaria del 12 de noviembre de 2020 . . . . .	143
<i>Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el derecho.</i> Comunicación del Académico Rodolfo Vigo, en la sesión plenaria del 26 de noviembre de 2020 . . . . .	171
<i>El cuidado y control de las instituciones del Estado mediante el Derecho.</i> Comunicación del Académico Jorge Reinaldo Vannossi, en la sesión plenaria del 3 de diciembre de 2020 . .	191

## II. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo . . . . .	211
Instituto de Derecho Civil . . . . .	221
Instituto de Derecho Constitucional <i>Segundo V. Linares Quintana</i>	225
Instituto de Derecho Internacional Público . . . . .	229
Instituto de Derecho Penal . . . . .	231
Instituto de Derecho Procesal . . . . .	233
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social . . . . .	235

## III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Transformaciones Sociales y ¿Crisis del Derecho?</i> Comunicación preparada por el Académico Mariano Gagliardo, para la sesión plenaria del 23 de abril de 2020, que luego fue suspendida por razones de COVID-19 . . . . .	239
<i>La Autonomía en jaque... y la Constitución también.</i> Comentario al fallo “Lanzieri” y otras consideraciones, trabajo inédito del Académico Julio César Rivera, que forma parte de una obra que dirige el Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Daniel Pizarro .	255

- ¿Es constitucional la norma que impone a los empleadores privados el pago íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores afectados por el aislamiento preventivo y obligatorio?,* trabajo elaborado por el Académico Carlos Alberto Etala ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19 ..... 281
- La crisis y la incertidumbre en la época del COVID-19.* Texto elaborado por el Académico Enrique M. Falcón, ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19. 287
- Los recursos limitados y el «amparo» como instrumento de acceso a la salud.* Texto elaborado por la Académica Aída R. Kemelmajer de Carlucci, ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19. .... 293
- Pandemia y dignidad de la persona humana.* Texto enviado por el Académico Alfonso Santiago, para la Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y presentado a la Academia ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19 ..... 341
- Una sociedad cada vez más desprotegida ante un Leviatán cada vez más poderoso.* Disertación del Académico Alberto B. Bianchi, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el IX Encuentro Interacadémico 2020 sobre “Pandemia. Los múltiples desafíos que el presente le plantea al porvenir” ..... 351

## IV . HOMENAJES

- Doctor Gregorio Badeni.* Resolución del 15 de septiembre de 2020 ..... 373

---

<i>Palabras pronunciadas por el presidente, Académico Roberto E. Luqui</i> .....	375
Con motivo del fallecimiento del expresidente Dr. Gregorio Badeni. “ <i>De un Presidente a otro Presidente</i> ”, por el Académico Jorge Reinaldo Vanossi .....	377

## VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

Declaración en defensa de la vida y petición de veto .....	383
Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el papel del Equipo de Salud durante la pandemia COVID-19 .....	385
Declaración sobre la creación de un Observatorio de la Desinformación y la Violencia Simbólica en Medios y Plataformas Digitales (NODIO) .....	387