

PRUDENTIA IURIS N° 90

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



Diciembre 2020
Buenos Aires, Argentina.

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

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

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

María Clara Zamora de Najún

Secretario Académico

Gabriel Limodio

Administrador General

Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Pablo Garat

Decano

Dr. Daniel Herrera

Director de Carrera

Dr. Carlos Muñiz

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Dra. Cristina Marín Henriquez

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

Dr. Néstor Raymundo

Director de Relaciones Institucionales

Director de la Revista

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

Secretaria de Redacción

Dra. Débora Ranieri de Cechini
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Asistente Editorial

Estefanía Rogora

Comité Editorial

Gabriel Limodio

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

Daniel Herrera

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

Francesco D'Agostino

(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Carlos I. Massini Correas

(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Raúl Madrid

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

Joaquín García Huidobro

(Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, Chile)

Rafael Santa María D'Angelo

(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Andrés Ollero

(Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España)

Consejo Académico

Eduardo Quintana

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fernando Toller
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Alfonso Santiago
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

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

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

Juan Cianciardo
(Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires)

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

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

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

Francesco Viola
(Universidad de Palermo, Palermo, Italia)

Mauro Ronco
(Universidad de Padova, Padua, Italia)

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

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

Ilva Myriam Hoyos
(Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia)

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

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

PRUDENTIA IURIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

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

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Buenos Aires, Argentina

SUMARIO

Presentación 15

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

CASTALDI, Ligia de Jesús
Zambrano, Pilar & Saunders, William (eds.), *Unborn human life and fundamental rights, leading constitutional cases under scrutiny*, Berlin, Peter Lang GmbH, 2019, pp. 264. 21

PARTE II. Artículos de investigación

GOLDFARB, Mauricio
Ética profesional de los abogados. Teoría y praxis de la Provincia de Corrientes, Argentina (2002-2014). [*Lawyers ethics. Theory and praxis in the Province of Corrientes, Argentina (2002-2014)*] 27

MENÉNDEZ, Federico G.
Tras los pasos de la evidencia científica: la razonabilidad en el ejercicio del Poder de Policía sanitario frente a la incertidumbre clínica. (*Scientific evidence: the reasonableness in the exercise of the Health Police Power in the face of clinical uncertainty*)..... 59

LALANNE, Julio E.
La certeza de la sentencia judicial. (*The certainty of the judicial sentence*) 79

FOSSACECA (h), Carlos A.
Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0. (*Approaches to medical civil liability in the Industrial Revolution 4.0*)..... 117

SUMARIO

ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel
Delitos de acción pública, privada e instancia privada. Una indagación acerca de su razonabilidad. (*Crimes of public, private action and private instance. An inquiry about your reasonability*) 159

MONTEAGUDO, Ma. del Rosario
La aplicación de ajustes razonables al proceso. Comentario a la sentencia “C., J. C. c/ EN – M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios”. (*The application of reasonable adjustments to the process. Commentary on the judgment “C., J. C. c/ EN - Defense Army s/ damages”*). 189

PARTE III. Notas y comentarios

La dignidad: entre universalismo y particularismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por María Helga Lell. (*Dignity: Between Universalism and Particularism in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*) 205

PARTE IV. Documentos y crónicas

Disertación en el acto conmemorativo de los 40 años de *Prudentia Iuris*. Dr. Félix A. Lamas, 5 de octubre de 2020. 223

El programa constitucional para el desarrollo humano a la luz de *Laudato si'*. Pablo María Garat, 20 de octubre de 2020 227

RECENSIONES

KÖPCKE, Maris, *Legal Validity: The Fabric of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2019 (por Julián Prieto) 243

STRANG, Lee J., *Originalism's Promise: A Natural Law Account of the American Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2019, 310 pp. (por Alejandro E. Pontel)..... 249

SUMARIO

ROSLER, Andrés, <i>La ley es la ley: autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho</i> , Buenos Aires, Katz, 2019, 206 pp. (por Luciano D. Laise).....	257
<i>Roman Law and the Idea of Europe: Europe's Legacy in the Modern World</i> , Kaius Tuori and Heta Björklund (eds.), Bloomsbury, Helsinki, 2019, 294 pp. (por James Campbell SJ).....	263
Normas de publicación	267

PRESENTACIÓN

Presentamos el nro. 90 de la Revista *Prudentia Iuris*, de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en el año que conmemoramos su cuadragésimo aniversario. Al igual que los números precedentes su publicación se realiza bajo el sistema OJS en el sitio web de revistas electrónicas de la Universidad.

La sección “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” contiene la reseña escrita por la Dra. Ligia Castaldi, del libro *Unborn human life and fundamental rights, leading constitutional cases under scrutiny*, editado por Pilar Zambrano y William Saunders. El libro hace una crítica filosófica y legal de la manipulación de los procesos legislativos y el activismo judicial que han llevado a la legalización del aborto y su promoción en once países democráticos del hemisferio occidental.

La sección “Artículos de investigación” presenta el trabajo del Dr. Mauricio Goldfarb, quien aborda la ética en ejercicio profesional de los abogados en la Provincia de Corrientes. A continuación, se encuentra un trabajo de gran actualidad del Ab. Federico Menéndez, donde se analiza el rol determinante del Estado como garante del bien común a través del ejercicio del Poder de Policía sanitario.

El Dr. Julio Lalanne escribe para este número sobre la certeza propia de las sentencias judiciales, que ponen fin a un litigio con carácter definitivo y determinan lo justo en concreto. Para el estudio, analiza el llamado silogismo prudencial propio de los abogados, jueces y demás operadores jurídicos. Por otro lado, el Dr. Carlos Fossaceca trata el tema de la responsabilidad médica tomada desde la óptica de la medicina en la sociedad digital: inteligencia artificial, uso de robots, telemedicina, medicina genómica y el empleo de la nanotecnología.

Continuamos con el trabajo del Dr. Carlos M. Romero Berdullas, quien nos permite ver cómo las diferentes reformas legislativas en el Derecho Penal muestran una tendencia a acotar el carácter público de esa rama del Derecho. Para el autor, este hecho nos interpela a meditar sobre la medida

de razonabilidad de los delitos de acción privada, los delitos dependientes de instancia privada y la conversión de la acción pública en privada.

Continuamos con el trabajo de Rosario Monteagudo, Magíster en Derecho Civil Patrimonial, quien toma la sentencia “C., J. C. c/ EN – M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y analiza la forma en que se ajustó el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional al caso concreto que involucraba a una persona con discapacidad, apartándose de lo establecido en la Ley N° 23.982 sobre cobro de las deudas contra el Estado Nacional.

En la sección “Notas y comentarios” se presenta el trabajo de la Dra. Helga Lell sobre la importancia de la dignidad y su concepto en el discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ante la existencia de una multiplicidad de sentidos posibles, el trabajo se aboca a la dignidad como nota de las personas humanas y, en particular, a dos aspectos de esta acepción: el universalismo y el particularismo.

En la sección “Documentos y crónicas” se puede leer el discurso que diera el Dr. Félix Lamas en el acto conmemorativo del 40° aniversario de *Prudentia Iuris*. El documento distingue la identidad esencial de la Revista de su identidad accidental. Así, ofrece una profunda exposición de los desafíos que se presentan hoy en la tarea de ser un espacio para la doctrina de la ley natural iluminada por la fe. Se publica también el texto completo de la presentación realizada por el Decano de la Facultad de Derecho, Pablo Garat, en los “Ciclos de Diálogos con la Cultura”. Economía y Desarrollo desde una mirada social. Reflexiones en torno a la encíclica *Laudato Si’*.

Finalizan el número las reseñas de Julián Prieto, quien reseña el libro *Legal Validity: The Fabric of Justice*, Oxford, de Maris Köpcke, obra acerca de la validez legal, un tema de constante interés para la Filosofía del Derecho. Alejandro Pontel reseña el libro *Originalism’s Promise: A Natural Law Account of the American Constitution*, New York, de Lee Strang. Allí se aborda el originalismo jurídico, siendo el libro una buena herramienta para comprender un tema profundo y complejo. El Dr. Luciano Laise reseña el libro *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*, de Andrés Rosler, obra que se incorpora de lleno a los debates contemporáneos sobre la dimensión interpretativa del Derecho. James Campbell realiza la reseña del libro *Roman Law and the Idea of Europe: Europe’s Legacy in the Modern World*, editado por Kaius Tuori y Heta Björklund. La obra es una colección de 14 ensayos que buscan encontrar un terreno común en la tradición legal europea basada en el Derecho romano y que se dirigen a mostrar cómo la tradición romanista es opuesta a los grandes totalitarismos que tuvieron lugar en el siglo XX a lo largo de Europa.

PRESENTACIÓN

Desde hace años, gracias al trabajo en conjunto de la Dirección Editorial de la Revista, el equipo de la Editorial EDUCA de la Universidad y del equipo de la Biblioteca Central, se comenzaron a implementar los parámetros y mejoras necesarias para superar las evaluaciones de indexadores especializados. Durante el año 2020, *Prudentia Iuris* fue aceptada en las bases especializadas: REDIB, DOAJ (Directory of Open Access Journals) y Scopus. Un especial agradecimiento queremos realizar a Estefanía Rogora, Juan Manuel Sorrentino, Alejandro Dussol, Claudia Fernández y Daniel Riccardo por toda la colaboración que prestan en esta tarea.

Estas novedades significan un gran estímulo para la labor que desarrollamos en esta Revista, a la vez que un compromiso para continuar trabajando por publicar trabajos de investigación del más alto nivel académico y profundamente conectados con la misión propia de la Revista, que es “la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe” (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, p. 3). Nos confiamos al Señor Jesús para que siga acompañando la tarea de esta Revista y que podamos estar a la altura de los desafíos culturales que se presentan en el campo del Derecho en nuestra sociedad.

DR. JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

DRA. DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Secretaria de Redacción

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL
Y PERSONA HUMANA**

**ZAMBRANO, PILAR & SAUNDERS, WILLIAM (eds.),
UNBORN HUMAN LIFE AND FUNDAMENTAL RIGHTS,
LEADING CONSTITUTIONAL CASES
UNDER SCRUTINY, BERLIN, PETER LANG GMBH,
2019, PP. 264**

Ligia de Jesús Castaldi¹

Recibido: 25 de junio de 2020

Aprobado: 10 de julio de 2020

Para citar este artículo:

Castaldi, L. de J.; Zambrano, P. & Saunders, W. (eds.) (2020).
“Unborn human life and fundamental rights, leading constitutional cases
under scrutiny”, Berlin, Peter Lang GmbH, 2019, pp. 264.
Prudentia Iuris, N. 90, pp. 21-23
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.21-23>

La práctica del aborto nunca ha sido legalizada o convertida en un derecho a través de procesos verdaderamente democráticos: esta conclusión es frecuentemente sugerida por estudios de Derecho Comparativo sobre aborto y parece confirmarse en esta obra. El libro *La vida humana prenatal y los derechos fundamentales: examen de casos constitucionales (Unborn human life and fundamental rights: leading constitutional cases under scrutiny)* hace una crítica filosófica y legal de la manipulación de los procesos legislativos y el activismo judicial que han llevado a la legalización del aborto y su promoción, en once países democráticos del hemisferio occidental.

¹ Professor of Law, Ave Maria School of Law, Naples, Florida, Estados Unidos. Correo electrónico: lcastaldi@avemarialaw.edu.

El compendio de doce ensayos fue editado por William Saunders, Director de la Maestría en Derechos Humanos (M.A. in Human Rights), de The Catholic University of America, quien explica brevemente, para una audiencia internacional, la creación de un derecho constitucional al aborto por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Roe vs. Wade*. Explica también las consecuencias del fallo en la deshumanización de la persona por nacer en el campo de la reproducción artificial, que elude regulación alguna en el Derecho norteamericano. También edita el libro la profesora de Navarra, Pilar Zambrano, quien hace un análisis moral de la jurisprudencia constitucional argentina sobre el derecho a la vida desde la concepción, particularmente del estatus de la persona por nacer en los fallos pro-vida de la Corte Suprema, *Tanus y Portal de Belén*, y posteriormente en el fallo *F.A.L.*, que denomina “el primer fallo de la era del derecho de la madre a decidir”.

La obra hace un análisis filosófico positivista y a la vez iusnaturalista de la creación de un derecho constitucional a abortar en países de Europa, América Latina y el Commonwealth. Un selecto grupo de académicos en los campos de la Filosofía del Derecho contribuyen a esta obra; por ejemplo, el eminente profesor de Filosofía del Derecho en Oxford University, John Finnis; el profesor de Notre Dame Law School, Gerard V. Bradley y Salvatore Amato, de la Universidad de Catania (Italia). Los autores describen cómo las cortes supremas o cortes constitucionales de Italia, España y Estados Unidos han llegado a la creación de un derecho constitucional al aborto, aboliendo códigos penales y llevando a cabo enmiendas constitucionales a través de fallos o sentencias constitucionales. En el caso de Canadá, el profesor Dwight Newman explica cómo la opinión de una sola jueza, en la sentencia *R. v. Morgentaler*, fue entendida por la opinión pública como la creación de un derecho a abortar, a pesar de que la sentencia misma no lo hacía.

Respecto a América Latina, el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra, Juan Cianciardo, escribe sobre el nefasto precedente de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia vs. Costa Rica*, que negó la calidad de persona del embrión humano creado *in vitro* y del feto humano en base a una gradualidad según su estado de desarrollo. El profesor Hugo S. Ramírez García, de la Universidad Panamericana (México), describe los retos que enfrentan la mayoría de los estados mexicanos frente a las acciones constitucionales promovidas ante la corte suprema federal para abolir disposiciones constitucionales que protegen la vida de la persona por nacer, por ejemplo, en los estados de Oaxaca y Guanajuato.

Como señala John Finnis, en la conclusión del libro, la obra demuestra cómo la creación de un derecho al aborto en las jurisdicciones estudiadas ha evadido un verdadero escrutinio democrático y una apropiada aplica-

ción de las reglas jurisprudenciales de interpretación constitucional. Ilustra también cómo aun cuando los procesos democráticos son formalmente invocados, la influencia de ciertas organizaciones políticas puede interferir con un verdadero resultado democrático del proceso, por ejemplo, en el caso del referendo convocado para revertir el reconocimiento constitucional del derecho a la vida de la persona por nacer en Irlanda. El antiguo Comisionado de Derechos Humanos irlandés, William Binchy, explica en su ensayo cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ejercieron enormes presiones sobre Irlanda para que revocara su protección constitucional de la vida prenatal, factor determinante en la organización del referendo y la formulación de la consulta misma.

Algunas excepciones demuestran que los altos tribunales son capaces de resistir presiones políticas a favor del aborto, como señala el magistrado Aleksander Stêpkowski, actual Juez de la Corte Suprema polaca, en un ensayo que especifica cómo la corte constitucional de ese país reconoció, en lugar de restringir, el derecho a la vida desde la concepción en la sentencia *K26/96*, revirtiendo la impunidad absoluta del aborto otorgada históricamente por la ocupación nazi y posteriormente por el gobierno comunista. Resalta también en América Latina el rechazo a la anticoncepción de emergencia por el Tribunal Constitucional del Perú en el año 2009 y de la Corte Constitucional de Chile en 2001, comentados respectivamente por los profesores Luis Castillo Córdova, de la Universidad de Piura (Perú), y Alejandro Miranda y Sebastián Contreras, de la Universidad de Los Andes (Chile).

El libro es sin duda una sólida fuente de información sobre la legalización internacional del aborto en el occidente, y por la autoridad académica de sus autores, también una importante crítica filosófica de la promoción internacional del aborto como un derecho humano. Esperamos que sea solo el primero de varios estudios filosófico-legales que revelen el déficit democrático del que sistemáticamente adolece la creación de un derecho legal al aborto, tanto con un enfoque iusnaturalista como positivista.

PARTE II

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

**ÉTICA PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS.
TEORÍA Y PRAXIS EN LA PROVINCIA DE
CORRIENTES, ARGENTINA (2002-2014)**

Lawyers ethics.

Theory and praxis in the province of Corrientes, Argentina (2002-2014)

Etica professionale degli avvocati.

Teoria e prassi nella provincia di Corrientes, Argentina (2002-2014)

“The first thing we do, let’s kill all the lawyers”.

(William Shakespeare, *Enrique VI*, parte II, Acto 4 Escena 2, 77)

Mauricio Goldfarb¹

Recibido: 28 de febrero de 2020

Aprobado: 24 de abril de 2020

Resumen: La ética profesional de los abogados es un tema a menudo subestimado por los propios operadores jurídicos. A pesar de la demanda cada vez más creciente por comportamientos no solo correctos desde el punto de vista técnico sino también moral, el objeto de estudio no ha sido especialmente considerado, especialmente en su funcionamiento efectivo. Este artículo hace hincapié en los aspectos relacionados con el desarrollo práctico del sistema disciplinario, exponiendo un sesgo punitivo respecto de los conflictos con el propio Poder Judicial, donde se observa una mayor efectividad y punición en comparación con los conflictos suscitados con los clientes y otros abogados.

1 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Doctor en Derecho, Docente de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina. Correo electrónico: estudiogoldfarb@hotmail.com.

Palabras clave: Derecho Administrativo sancionador; Colegios de Abogados; Clientes; Abogacía.

Abstract: The professional ethics of lawyers is an issue often underestimated by the legal operators themselves. Despite the growing demand for behavior not only correct from the technical point of view but also moral, the object of study has not been specially considered, especially in its effective functioning. This article emphasizes aspects related to the practical development of the disciplinary system, exposing a punitive bias regarding conflicts with the Judiciary itself (where greater effectiveness is observed), compared to conflicts between clients and other lawyers.

Keywords: Administrative Law; Bar Associations; Clients; Advocacy.

Sommario: L'etica professionale degli avvocati è un problema spesso sottovalutato dagli stessi operatori legali. Nonostante la crescente domanda di comportamenti non solo tecnicamente corretti ma anche morali, l'oggetto di studio non è stato particolarmente preso in considerazione, soprattutto nel suo efficace funzionamento. Questo articolo sottolinea gli aspetti legati allo sviluppo pratico del sistema disciplinare, esponendo un pregiudizio punitivo riguardo ai conflitti con la stessa Magistratura (dove si osservano una maggiore efficacia e punizione), rispetto ai conflitti sollevati con i clienti e altri avvocati.

Parole chiave: Diritto amministrativo sanzionatorio; Associazioni di avvocati; Clienti; Professione legale.

Para citar este artículo:

Goldfarb, M. (2020). "Ética profesional de los abogados. Teoría y praxis de la Provincia de Corrientes, Argentina (2002-2014)".

Prudentia Iuris, N. 90, pp. 27-57

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.27-57>

1. Introducción

El tema sobre el que versa este artículo es el procedimiento disciplinario profesional de los abogados². Si bien existen muchas obras sobre ética y

² Este artículo refleja parte del trabajo de campo realizado para la tesis doctoral del autor, titulada "Responsabilidad disciplinaria del abogado. Procedimiento administrativo y

deontología profesional –generales y referidas especialmente a las profesiones jurídicas–, no existen, en cambio, trabajos que hayan estudiado el comportamiento efectivo de los tribunales de disciplina de los Colegios Públicos de Abogados. Desde clásicos como el de Parry³, hasta obras más modernas como las de Vigo⁴ o Andruet⁵, la doctrina se ha encargado de conceptualizar las cuestiones éticas generales, los principios éticos que deben guiar la conducta del abogado, los fundamentos filosóficos que sostienen dichos principios y los sistemas de control de la conducta profesional, pero sin incluir trabajos de campo de significación. Los trabajos sobre ética profesional de la abogacía en la Argentina que abordan aspectos cuantitativos de la materia son escasos. Tampoco se han publicado datos significativos respecto del desempeño de los Tribunales de Disciplina de los Colegios de Abogados, como lo hace notar Ciuro Caldani⁶.

El objeto de esta investigación no ha sido planteado desde el punto de vista de su eficacia. Existen estudios muy valiosos que hacen foco en los colegios profesionales y sus potestades públicas, pero tampoco consideran el funcionamiento efectivo de las normas disciplinarias, como el muy buen trabajo de Sesin y Chiacchiera Castro⁷.

En síntesis, el planteo que propongo en este trabajo de investigación resulta novedoso, al tratar la cuestión disciplinaria profesional considerándola dentro del marco teórico del Derecho Administrativo, haciendo foco en la relación entre el cliente y su letrado y teniendo en cuenta especialmente los datos relativos a la eficacia del sistema.

La estructura por seguir es la siguiente: luego de la descripción de la metodología, se desarrollan los aspectos teóricos del régimen disciplinario llevado a cabo ante los Colegios de Abogados, para luego exponer los resultados del trabajo de campo realizado en la unidad de análisis. Para culminar, se incluyen la discusión de los resultados y las conclusiones finales.

revisión judicial”; defendida con éxito en diciembre de 2017 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Nordeste y recomendada para su publicación. La tesis fue dirigida por la Dra. Mirta Sotelo de Andreau y el Tribunal estuvo integrado por los Dres. Pablo Gallegos Fedriani, Martha Altabe de Lértora y José Horacio Grandó.

3 Parry, A. (1940). *Ética de la abogacía*. Buenos Aires. Editorial Jurídica Argentina.

4 Vigo, R. (h). (1990). *Ética del Abogado*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

5 Andruet, A. (2001). *Ejercicio de la abogacía y deontología del Derecho*. Córdoba. Alve-roni.

6 Ciuro Caldani, M. (2019). *Manual de ética de la abogacía*. Buenos Aires. Ediciones SAIJ.

7 Sesin, D.; Chiacchiera Castro, P. (2012). *Los Colegios Profesionales – Régimen Jurídico Público*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni Editores.

2. Metodología

El trabajo de investigación está compuesto de objetivos descriptivos-analíticos y no prescriptivos. La investigación está limitada a los límites geográficos de la Provincia de Corrientes, una de las 24 jurisdicciones locales de la República Argentina. El número de egresados universitarios en la provincia asciende a 24.883 (2,5 % del total de la población provincial a 2010). El total de abogados matriculados alcanza a 4325 a diciembre de 2014, según los datos informados por los Colegios de Abogados de la provincia. De este modo, la provincia cuenta con 411 abogados cada 100.000 habitantes, tasa que supera en un 11 % a la media nacional (368 cada 100.000)⁸.

La muestra es representativa del funcionamiento del Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados, ya que contempla un período de trece años, desde su constitución en 2001 y puesta en funcionamiento en 2002, hasta diciembre de 2014, fecha límite de la recolección de los datos utilizados en la investigación, los que fueron procesados entre marzo de 2015 y marzo de 2016.

Si bien se trata de un solo tribunal, el relevamiento incluyó todos los procedimientos iniciados respecto de los matriculados en los 5 (cinco) Colegios Públicos de Abogados que existen en la Provincia de Corrientes entre 2002 y 2014 (un total de 420 expedientes administrativos). De este modo, aunque no existe una tarea estrictamente comparativa con otro Tribunal de Disciplina, la muestra es relevante, ya que cada Colegio representa a zonas diversas de la provincia, con realidades muy diferenciadas en lo social y en lo profesional. La unidad de análisis también es significativa, porque en el largo período en estudio, el Tribunal se fue renovando de manera total cada dos años, incluyendo en su conformación a más de 60 personas diferentes, lo que excluiría sesgos de tipo puramente personal en las decisiones.

El estado de los expedientes –especialmente en materia de finalización de procedimientos– refleja la situación a junio de 2016. También se realizaron entrevistas semiestructuradas con el personal dependiente del Tribunal de Disciplina y con todos los abogados que presidieron el Tribunal desde su constitución y hasta 2015.

8 La Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de las provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires informan un número superior de abogados matriculados: 5607. La diferencia (de casi 1300) podría explicarse por los abogados que fueron matriculados ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia y que luego no cumplieron el trámite de rematriculación ante el Colegio Público de Abogados. Ver los indicadores para todas las provincias en <http://www.jufejus.org.ar/images/doc/ACTIVIDADES/Estadisticas/Publicaciones/DATOS/PLANILLA%202013.pdf>.

Los resultados de la investigación se exponen de manera objetiva, de modo que puedan ser verificados y eventualmente validados o refutados. El modelo de investigación que se propone puede ser replicado en otras jurisdicciones, y así contrastar los datos que se obtengan con los aquí expuestos, para confirmar o descartar que se trate de resultados análogos. Futuras investigaciones podrían también verificar si las tendencias descriptas en los resultados de este trabajo se han mantenido *a posteriori* del cierre de la recolección de datos.

El universo de expedientes tramitados ante el Tribunal de Disciplina, que forma el *corpus* de la investigación, fue revisado de modo personal, y clasificado de acuerdo a las siguientes variables:

- a. Denunciante (tribunales y otros funcionarios, clientes, colegas, auto-denuncia).
- b. Tipo de infracción y bien jurídico afectado (administración de justicia, clientes, colegas).
- c. Estado del trámite (terminado/pendiente) y resultado (absolución/sanción).
- d. Gravedad de la sanción (leve, intermedia y grave).

3. La colegiación legal de los abogados

La colegiación pública ha sido un reclamo histórico de los profesionales del Derecho en la Argentina, expresado en sucesivas conferencias, congresos y reuniones de abogados⁹. De ahí que la existencia de los Colegios Públicos de Abogados sea una realidad común a todas las provincias argentinas, como lo es en gran parte del mundo. En este marco, no se discute su carácter de personas públicas no estatales, ni las prerrogativas públicas que de ello se derivan¹⁰. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sostuvo esta posición en la causa “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Martínez Echenique, Benjamín s/ cobro de pesos”¹¹, del 1º de septiembre de 1992. Allí, el máximo tribunal –con remisión al dictamen del Procurador General– resolvió lo siguiente:

9 Morello, A.; Berizonce, R. (1981). *Abogacía y Colegiación*. Buenos Aires. Hammurabi, 194.

10 Monti, L.; Muratorio, J. (1993). “La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”. *REDA*, N° 14. Buenos Aires. Depalma.

11 *Fallos*: 315:1830.

“El Colegio Público de Abogados no es una asociación (art. 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y que éste, por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia”.

En Argentina, las provincias conservan todo el poder no delegado en el Estado Federal al momento de sancionar la Constitución Nacional¹². En virtud de estos poderes, las jurisdicciones locales pueden establecer límites y condiciones para el ejercicio de las profesiones liberales. Sin embargo, es importante señalar que esta regulación al ejercicio de los derechos no puede exceder dos límites fijados en la Constitución Nacional: el principio de reserva o intimidad del artículo 19 y el principio de razonabilidad del artículo 28¹³.

4. Responsabilidad disciplinaria ante los Colegios de Abogados

Como los Colegios de Abogados han sido investidos de la potestad de control de la disciplina de sus miembros, la responsabilidad disciplinaria surge cuando la conducta del abogado afecta el correcto ejercicio profesional, tanto dentro, como fuera de un proceso. Es, entonces, más amplia en su cobertura que la que desarrollan los tribunales y los órganos administrativos, quienes solo pueden sancionar una conducta incorrecta realizada ante sus propias oficinas, pero que carecen de potestad regulatoria en las relaciones entre abogado y cliente, por ejemplo, en su estudio particular.

La elevada exigencia ética que se impone a los abogados es la contrapartida de ciertos privilegios que la sociedad les ha otorgado. Se trata de los únicos autorizados para actuar ante los tribunales –a través de la exigencia de patrocinio letrado– y los únicos con un título que permite acceder a la magistratura y a otros cargos públicos de relevancia. En sus manos están

12 Constitución Nacional, “Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

13 Gelli, M. (2008). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. T. I. Buenos Aires. La Ley, 89. Carnota, W. (2016). *Instituciones de Derecho Público*. 2ª ed. Buenos Aires. La Ley, 116. Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*, 12ª ed. act. Buenos Aires-Madrid-México. Ciudad Argentina - Hispania Libros, 884.

—todo el tiempo— la vida, la salud, la libertad y la propiedad de los ciudadanos¹⁴.

Ante la posible existencia de una falta ética se desarrolla un procedimiento específico, independiente de los otros tipos de responsabilidad (civil, penal o procesal), y que puede dar lugar a la aplicación de sanciones por órganos integrados por los propios letrados. Es posible que tenga lugar un doble juzgamiento —que no se reputa violatorio de la regla *non bis in ídem* por la independencia de los diferentes sistemas punitivos— en lo que hace al desempeño y la responsabilidad de los abogados por su accionar ante los estrados judiciales: por los propios tribunales y por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados¹⁵.

Esta potestad disciplinaria por faltas éticas es una facultad esencialmente administrativa, un poder otorgado por la Administración para la protección de un interés público. Así, las normas que regulan los aspectos éticos de la profesión de abogado no buscan tutelar los intereses particulares de los abogados, ni de los clientes y son claramente de naturaleza administrativa. Se trata de normas de Derecho Público, que tienen por objeto la protección de bienes que se consideran relevantes para el Estado: la competencia y la probidad de los auxiliares del servicio de justicia.

En el régimen que se analiza, el Estado provincial ha trasladado las funciones de contralor del ejercicio de la abogacía a organismos elegidos y gobernados por los propios abogados. La lógica del sistema parece clara: que sean los propios abogados los encargados de aplicar los premios a quienes cumplen adecuadamente con los mandatos legales y profesionales, así como los castigos a quienes actúan incorrectamente.

Como es evidente, este control de la matrícula delegado en los Colegios de Abogados no puede ser efectivo sin que existan facultades disciplinarias, necesarias para prevenir y reprimir posibles infracciones cometidas en el ejercicio de la abogacía. Especialmente prevenir, más que castigar, en virtud de la naturaleza pública de los bienes tutelados.

En lo que respecta a nuestra unidad de análisis, el Código de Ética del Colegio de Abogados de Corrientes establece expresamente el principio de heteronomía del sistema disciplinario, y la consiguiente indisponibilidad de los deberes y obligaciones profesionales, aún por medio de convenio privado¹⁶.

14 Camps, C. (2002). “Derecho al debido proceso y ética profesional”. *JA*, 2002-II, fascículo N° 10.

15 Gordillo, A. (1996). “La prescripción penal de una sanción administrativa”. *LL*, 1996-A, 625.

16 Código de Ética del Colegio de Abogados de Corrientes, artículo 4°.

5. El caso de la Provincia de Corrientes

En el caso de la unidad de análisis elegida, el proceso de colegiación legal tuvo sus particularidades. Si bien el Colegio de Abogados de Corrientes ya existía –como mera asociación civil– desde principios del siglo XX (1926), la colegiación legal y obligatoria llegó a nuestra provincia con demora en relación al resto del país, y a través de una norma jurídica de excepción. La colegiación obligatoria recién fue consagrada en 2001 –cuando ya regía en casi todas las otras provincias argentinas, con excepción de Chaco– y no fue producto de una decisión del cuerpo legislativo provincial, sino de un Decreto Ley¹⁷, dictado por la última intervención federal que sufrió la provincia.

El Decreto Ley N° 119 creó un colegio para cada circunscripción judicial, los que se integran formando el Colegio Público de Abogados de Corrientes, a cuya cabeza está el Consejo Superior del Colegio de Abogados¹⁸. En la actualidad, existen cinco circunscripciones judiciales en la Provincia de Corrientes. En consecuencia, existe el Colegio Público de Abogados de la Primera Circunscripción, el Colegio Público de Abogados de la Segunda Circunscripción, y así sucesivamente.

La propia norma que estableció la colegiación fijó en su artículo 118 los motivos para aplicar sanciones disciplinarias:

- a) Condena judicial por delito doloso y todas aquellas que comprendan la de inhabilitación profesional.
- b) Inhabilitación conforme a la Ley N° 24.452.
- c) Violación de las prohibiciones y limitaciones establecidas por el artículo 3° de la ley (que regula las incompatibilidades para el ejercicio profesional).
- d) Retención indebida de documentos o bienes pertenecientes a sus mandantes, representados o asistidos.
- e) Retardo o negligencia frecuente, ineptitud manifiesta u omisiones graves, en el cumplimiento de sus deberes profesionales.
- f) Incumplimiento de las normas de ética profesional sancionadas por el Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia.
- g) Toda contravención a las disposiciones del Decreto Ley de colegiación y al Reglamento Interno que sancionó al Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia.

17 Decreto Ley N° 119, publicado en el *Boletín Oficial* de la provincia el 12-3-2001.

18 Decreto Ley N° 119, “Artículo 45.- La totalidad de los Colegios de Circunscripción constituyen el Colegio de Abogados de la Provincia de Corrientes”.

Una primera lectura de la norma permite advertir que la enumeración de las faltas disciplinarias posee una textura muy abierta, propia del Derecho Administrativo Sancionador¹⁹, que, como destaca Nieto García, A.²⁰, es ante todo Derecho Administrativo, por lo que corresponde la aplicación de las normas y principios de éste, con independencia de los principios propios del Derecho Penal. Este carácter abierto de la descripción usada por el legislador debe ser seguido de operaciones lógicas para la determinación de su alcance, como ocurre con la prestación del servicio con “eficiencia y eficacia”, “actos de servicios compatibles con la función” o “beneficios”, entre otros²¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de subrayar al respecto: “Aun cuando puede aceptarse que la precisión requerida en materia disciplinaria sancionatoria sea menor que en materia penal [...], el uso de supuestos abiertos o conceptos indeterminados, tales como la ‘dignidad de la administración de justicia’ o el ‘decoro del cargo’, requiere el establecimiento de criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido que debe darse a dichos conceptos a efectos de limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones. Estos criterios pueden ser establecidos por vía normativa o por medio de una interpretación jurisprudencial que enmarque estas nociones dentro del contexto, propósito y finalidad de la norma, de forma tal de evitar el uso arbitrario de dichos supuestos, con base en los prejuicios o concepciones personales y privadas del juzgador al momento de su aplicación”²².

Por lo tanto, las conductas de los profesionales deben ser valoradas con un razonable margen de discrecionalidad, revisable en sede judicial, y sin que se admitan tipos penales en blanco, ni la extensión analógica de las infracciones^{23,24}. Por ejemplo, en los incisos a) y b) ni siquiera se trata de una conducta, sino de una mera circunstancia de hecho: la existencia de una sentencia. Pero la aplicación de sanciones con motivo de sentencias penales firmes o inhabilitaciones solo será válida si es precedida de un proceso

19 Maljar, D. (2004). *El Derecho Administrativo Sancionador*. Buenos Aires. Ad Hoc, 71.

20 Nieto García, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed. Madrid. Tecnos, 30.

21 García Pullés, F. (2003). “Derecho Administrativo Sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público”, *JA* 2003-IV suplemento del fascículo 9.

22 Corte IDH, “Caso López Lone y otros vs. Honduras”, pág. 272.

23 Balbín, C. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. Buenos Aires. La Ley, 230.

24 En el mismo sentido, lo resuelto por la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo “A. D. c/ Colegio Público de Abogados”, sentencia del 1-12-1999, citado por Altamira Gigena, J. (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2ª ed. Córdoba. Advocatus, 32.

disciplinario previo^{25,26}. Sostener la validez de una sanción sin juicio previo y sin posibilidad de ejercer el derecho de defensa implicaría una flagrante violación al debido proceso, que acarrearía la nulidad de la sanción disciplinaria²⁷. De igual modo, deberá procederse respecto de eventuales condenas civiles por daños y perjuicios por el incorrecto ejercicio de la abogacía²⁸.

En los supuestos previstos en los incisos f) y g) hay, en cambio, una remisión a un conjunto normativo muy amplio, que debe integrarse en cada caso concreto. Además, las nociones de “negligencia frecuente”, “ineptitud manifiesta” u “omisiones graves en el cumplimiento de sus deberes profesionales” solo pueden entenderse como conceptos jurídicos indeterminados que deberán ser analizados y revisados, en cada caso particular, por el Tribunal de Disciplina, y en su caso, por el juez, al revisar la actuación de éste²⁹.

6. Los deberes del abogado

Tal cual estaba previsto en el inc. f) del artículo 118 del Decreto Ley de Colegiación, el Colegio Público de Abogados ha sancionado su propio Código de Ética. El Código tiene como fuente de inspiración el que sancionara el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, al cual reproduce casi textualmente, como puede advertirse de la simple lectura de ambas normas³⁰.

25 Salgán Ruiz, L. (2011). “Las sanciones de plano y la problemática de su aplicación por la Administración Pública en el régimen disciplinario del contrato de empleo público. Avances y retrocesos del derecho administrativo disciplinario”. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 395, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012.

26 En el mismo sentido, Ivanega, M. (2013). *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. 2ª ed. Actualizada. Buenos Aires. Ediciones Rap, 157.

27 Como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Machado”. En el mismo sentido, es muy ilustrativa la sentencia de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala I, en la causa “Álvarez”, donde se declaró la nulidad de una resolución de la propia Corte Suprema sobre la cesantía de una funcionaria judicial (“Álvarez, Mónica Susana c/ Estado Nacional s/ empleo público”, fallado el 7-4-2009, publicado en *Rap* 377:019).

28 Argumento inverso al que da Stiglitz, R. (2005). “Seguro contra la responsabilidad profesional”. *Revista de Derecho de Daños* 2005-1. Santa Fe. Rubinzal Culzoni; y Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). “Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”. *Revista de Derecho de Daños* 2005-1. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 48, que admiten a la infracción ética como presupuesto de la responsabilidad civil.

29 Sobre la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, ver García de Enterría, Eduardo - Fernández, T. (2003). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. Civitas. En la doctrina nacional, Sesin, D. (1996). *Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados*. Buenos Aires. Ciencias de la Administración, 294 y siguientes.

30 Textos completos en www.tdactes.org.ar y en www.cpacf.org.ar/formularios/codigoetica.pdf.

A su vez, el Código de Capital Federal tiene como fuente principal y directa las Reglas de Ética de la Asociación del Foro de Nueva York, traducidas por Oscar Rodríguez Sarachaga en 1918.

6.1. Deberes generales

El Código de Ética establece ciertas obligaciones relacionadas con el orden jurídico en general, como “afanzar la justicia” o “preservar y profundizar el Estado de Derecho”. También se incluyen otros deberes más concretos, como abstenerse de prestar servicio a la usurpación del poder político, tener domicilio fijo, no prestar su nombre para un estudio jurídico en el que no se participa y respetar rigurosamente el secreto profesional. Solo puede ser relevado del deber de confidencialidad cuando el propio cliente así lo autorice o si se trata de la propia defensa del letrado. Esta protección de la información obtenida en la relación entre cliente y abogado es de suma importancia, ya que hace a la esencia de la labor del profesional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que la denuncia de supuestos hechos ilícitos, efectuada por los abogados de quienes serían partícipes en ellos, y de los que habrían tomado conocimiento en razón de su vínculo profesional:

“Implica una violación no sólo al principio amplio de la defensa en juicio, sino de los derechos a la privacidad e intimidad de sus clientes, garantías que, deviniendo del artículo 19 de la Constitución Nacional, se cristalizan en normas tan claras y específicas como el artículo 244 del Código Procesal Penal de la Nación y del artículo 156 del Código Penal, y en otro orden no menos importante, en las disposiciones que regulan el ejercicio de la profesión de abogado, artículos 6º, inc. f) de la Ley N° 23.187, y 10, inc. h) del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Si el deber de denunciar decae (aun en delitos contra la vida) cuando los hechos son conocidos bajo el amparo del secreto profesional, con mayor razón merece censura una presentación espontánea de quienes sin estar obligados a denunciar, y en violación de la prohibición de hacerlo, ponen en manifiesto hechos secretos que están obligados a guardar”³¹.

También le está prohibido al abogado realizar publicidad sin la mesura y el decoro propios de la dignidad de la profesión. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se pronunció en autos “Barbato,

31 Del Dictamen del Procurador al que remitió la Corte, en autos “Clementi, Edgar Omar y otro vs. Embajada de Rusia y otros s/ cumplimiento de convenio de honorarios”, sentencia del 17-4-2007.

Myrian Edith y otro c/ CPACF s/ ejercicio de la abogacía Ley N° 23.187, art. 47”, y confirmó una resolución del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que aplicó a dos abogados, como sanción, una advertencia en presencia del Consejo Directivo de acuerdo a lo establecido en el artículo 45, inciso b, de la Ley N° 23.187, por utilizar un colaborador que se presentaba como abogado y entregaba tarjetas del estudio jurídico de dichos profesionales³².

En el trabajo de campo realizado sobre nuestra unidad de análisis no se han registrado antecedentes de denuncias ni de sanciones aplicadas por infracciones a estos deberes generales.

6.2. Deberes para con el Colegio de Abogados

En el Código de Ética se establecen también algunas obligaciones del profesional para con el Colegio de Abogados. Entre ellas, aceptar los nombramientos de oficio, abonar la cuota anual y el derecho fijo por expediente, y en general, prestar colaboración para lograr los fines del Colegio.

En el caso de la falta de pago de la cuota anual, el Colegio está facultado para suspender la matrícula del deudor. Sin embargo, esta cuestión tiene un tratamiento distinto en los distintos Colegios que existen en la provincia, de acuerdo a la información recogida en las entrevistas realizadas a los presidentes de los Colegios de las cinco circunscripciones. En los Colegios del interior de la provincia, la falta de pago tiene como resultado la inhabilitación para el ejercicio profesional. En cambio, en el Colegio de la Primera Circunscripción –el mayor en número de miembros–, la falta de pago de la cuota anual no tiene consecuencia alguna respecto del ejercicio profesional efectivo. En el orden nacional, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que la infracción a este deber debe considerarse en el contexto de las otras infracciones posibles, para evitar sanciones desproporcionadas³³.

En el trabajo de campo realizado sobre nuestra unidad de análisis no se han registrado antecedentes de denuncias ni de sanciones aplicadas por infracciones contra los Colegios de Abogados.

32 Fallo del 23 de julio de 2015.

33 “T. G. J. c/ Colegio Público de Abogados”, CNFed. Contencioso Administrativo, Sala I, 6-4-2000. Ver el comentario de Fucito, F. (2000). “El pago de la matrícula profesional y la ética del abogado”. *LL* 25-9-2000, 3.

6.3. Deberes para con los otros abogados

En relación con los otros abogados, el Código obliga a respetar la dignidad de sus colegas y a hacer que la respeten. Algunas obligaciones principales que se establecen son la de comunicar fehacientemente al profesional que haya intervenido con anterioridad en el caso de reemplazo³⁴ la prohibición de arribar a convenios con personas patrocinadas por otro profesional, sin la intervención o conocimiento de éste, y la de utilizar gestores para captar clientes. Asimismo, se establece la obligatoriedad del cumplimiento estricto de los acuerdos escritos o verbales que realice con sus colegas.

Del estudio de campo realizado, durante el período en estudio, las denuncias por faltas relacionadas con estos deberes fueron las siguientes:

Tabla 1
Denuncias de infracciones éticas *contra otros abogados* (2002-2014)

Descripción de la falta	Cantidad	Porcentaje
Falta de aviso al profesional que actuó en forma previa	9	18 %
Expresiones injuriosas para el colega - Faltas de respeto	15	29 %
Tráfico de influencias	4	8 %
Intervención indebida en el proceso	5	10 %
Incidentes en audiencias	4	8 %
Otras infracciones procesales	14	27 %
Total	51	100 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

6.4. Deberes para con el cliente

El abogado está obligado a decir siempre la verdad a su cliente y atender los intereses confiados con dedicación y celo. No debe crearle falsas expectativas, ni magnificar las dificultades, o garantizarle el buen resultado de su gestión profesional. El letrado debe considerar la propuesta del cliente de realizar consultas en situaciones complejas a profesionales especialistas, sin que ello sea tenido como una falta de confianza. No debe disponer de los bienes o fondos de su cliente –aunque sea temporalmente– y, además, tiene

³⁴ Este aviso no es necesario cuando el letrado anterior hubiera renunciado expresamente o se le hubiera notificado la revocación de tal mandato o patrocinio.

que rendir cuenta oportuna de lo que perciba. Debe poner en conocimiento inmediato de su cliente las relaciones de amistad, parentesco con la otra parte, o cualquier otra circunstancia que razonablemente pueda resultar para el cliente un motivo determinante para la interrupción de la relación profesional.

Está obligado a realizar la tarea encomendada en forma personal, y solo puede sustituir su actuación por razones fundadas o de urgencia. También está obligado a mantener informado al cliente sobre el Tribunal u organismo donde tramite el asunto encomendado, su estado y marcha, siempre que éste se lo solicite.

Por supuesto, debe abstenerse de representar, patrocinar y/o asesorar, simultáneamente o sucesivamente, intereses opuestos en la misma causa, lo que además de una falta de disciplina profesional constituye el delito penal de prevaricato³⁵. Por último, cuando un abogado renuncie al patrocinio o representación, debe cuidar que ello no sea perjudicial a los intereses de sus clientes, evitando en todo caso su desprotección.

Tabla 2

Denuncias por infracciones contra los *derechos de los clientes* (2002-2014)

Descripción de la falta	Cantidad	Porcentaje
Falta de información o comunicación	54	33 %
Cobró y no realizó el trabajo	42	25 %
Abandono de Defensa	26	16 %
Perención de instancia	9	5 %
Retiene dinero del cliente	9	5 %
Demora en el trámite	8	5 %
Otros conflictos por honorarios	7	4 %
Otras quejas sobre trato del profesional	11	7 %
Total	166	100 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

35 Código Penal argentino, “Artículo 271. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que, de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada”.

Un dato aparece como muy significativo: considerando el total de denuncias, los conflictos entre abogado y cliente por cuestiones estrictamente patrimoniales (retención de dinero, cobro sin prestación posterior y otros conflictos sobre honorarios) no superan el 35 % de las denuncias. Es decir que más de dos tercios de las quejas que recibe el sistema disciplinario no tienen una base estrictamente patrimonial. En cambio, los reclamos resultan de insatisfacción por otros aspectos, relacionados con una prestación deficiente del servicio, en especial, por falta de la debida información o diligencia en la tarea encomendada.

De los datos incluidos en la Tabla 2 se advierte también que una cantidad significativa de los conflictos (un tercio del total) corresponde a inconvenientes en la comunicación entre el abogado y su cliente. Estos problemas de la falta de comunicación (personal, telefónica, por mensajería) puedan hacer creer al cliente que el abogado no se interesa en su asunto, desgastando el vínculo profesional y la confianza en el letrado³⁶. A pesar de que no puede siquiera pensarse en abogados sin clientes, los técnicos jurídicos son muchas veces expertos en contratos de compra venta, locación o donación, pero rara vez en el contrato que les brinda su sustento: el que se celebra entre cliente y abogado³⁷.

6.5. Deberes respecto de la administración de justicia³⁸

Por último, se incluyen algunas obligaciones relacionadas en forma directa con la actuación ante los tribunales. Así, al abogado le está vedado incurrir en expresiones agraviantes respecto de magistrados, funcionarios o empleados; efectuar desgloses, o retirar expedientes, copias o actuaciones sin recibo o autorización. Además, en sus presentaciones y escritos judiciales, el abogado no puede valerse a sabiendas de pruebas falsas, ni tampoco incurrir en temeridad o malicia. También le está prohibido efectuar citas doctrinarias o jurisprudenciales inexistentes, o exponerlas en forma tal que falseen la opinión o el fallo invocado.

El detalle de las infracciones denunciadas en el período en estudio arroja los siguientes resultados:

36 Serna Orts, V. (2013). *La relación del abogado con el cliente: La confianza y actuaciones que la traicionan*. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Volumen I. Número 9.

37 Ampliar en AA. VV. (2006). “¿Por qué es importante que se brinde un espacio al tratamiento de temas relacionados con la Ética y Responsabilidad Profesional de los Abogados?”. Revista *Ius et Veritas*, N° 33, 418 y sigs.

38 Artículos 22 al 24 del Código de Ética.

Tabla 3
Infracciones denunciadas *por magistrados* (2002-2014)

Descripción de la falta	Cantidad	Porcentaje
Adulteración Boletas de Depósito	39	25 %
Frases injuriosas	38	24 %
Extravío de expedientes	14	9 %
Abuso de Recusación	10	6 %
Prevaricato	7	4 %
Escritos infundados reiterados	7	4 %
Falta de respeto al magistrado	4	3 %
Faltas contra funcionarios distintos de magistrados	15	9 %
Otras inconductas procesales	14	9 %
Incidentes en audiencias o mandamientos	11	7 %
Total	159	100 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

7. Los resultados del trabajo de campo

Expuesto el marco teórico y las infracciones que tienen previsión normativa, corresponde ahora verificar cómo se comporta en la práctica el sistema disciplinario, para revisar cuál es la respuesta a las infracciones que son objeto de juzgamiento, así como cuál es el resultado de los procedimientos cumplidos ante el Tribunal de Disciplina.

7.1. El número de procedimientos terminados

El número de procedimientos terminados sobre el total de iniciados debe considerarse en términos totales, y considerando la evolución año por año. Del total de 412 procedimientos iniciados, a diciembre de 2014 solo se hallan concluidos 267, un 65 % del total.

Sin embargo, este porcentaje total tiene un rango porcentual interanual muy alto. Los procedimientos más antiguos se hallan terminados en su totalidad para los primeros tres años (2002-2004) y con tasas muy altas (95 % al 89 %) en cuatro de los cinco años siguientes (con la excepción de 2008). Luego presentan una caída notoria en los porcentajes de finalización en los siguientes cuatro años del período estudiado del 61 % al 45 % en 2008 y 2010/2012. Finalmente, en los dos últimos años, los porcentajes de proce-

dimientos finalizados caen al 25 % y al 9 %, para el penúltimo año y para el último año (2013/2014).

Esta variación de los porcentajes resulta lógica considerando que los procedimientos más antiguos tienen más tiempo para resolverse y que los asuntos deben considerarse dando prioridad a los más antiguos. Sin embargo, como veremos más adelante, esta caída sostenida en el número de los procesos finalizados tiene también relación con la cantidad absoluta y relativa de sanciones aplicadas. La evolución de la cantidad de procesos terminados a partir del último tercio del período en estudio es un campo para futuras investigaciones, que verifiquen el mantenimiento o no de la tendencia que se evidencia en los últimos años.

7.2. La cantidad de sanciones

Así como destaqué las variaciones en los porcentajes de procesos disciplinarios terminados, la cantidad de sanciones aplicadas también registra variaciones en el tiempo. Si se considera el número absoluto de sanciones, el total de 131 expedientes con sanciones se reparte a lo largo de doce de los trece años –con excepción del último año, donde no se registran sanciones–, en un rango muy amplio entre 2 y 29 sanciones aplicadas por año, con un promedio de 13 expedientes terminados con sanciones por año para todo el período de estudio (2002-2014).

Sin embargo, la cantidad absoluta debe ser evaluada en relación al total de procesos iniciados. Así, se advierte que los porcentajes de sanciones sobre procedimientos iniciados forma una curva ascendente desde el inicio (primer año 28 %), que se estabiliza en los cuatro años posteriores (2003/2006) en el orden del 46 % al 61 %. Luego de alcanzar un pico del 82/83 % en 2007/2008, comienza a decrecer de manera regular a partir de ese momento. En los dos años siguientes (2009/2010), los procedimientos que terminaron con sanción caen a porcentajes muy inferiores al pico, pero similares al período anterior (entre 48 % y 57 % en 2009/2010, contra 46 % al 61 % en 2003/2006). Estos porcentajes de sanciones sobre procesos (entre el 45 % y 60 %) marcan la moda, ya que incluyen seis de los trece años de estudio.

En la última fracción de cuatro años, los porcentajes decaen a niveles similares al del primer año (27 % y 25 % para 2012/2013) y a niveles casi nulos (12 % y 0 % de sanciones para los dos años restantes, 2011 y 2014, respectivamente).

Tabla 4

Procedimientos iniciados y con sanción (2002-2014). Totales absolutos y relativos

Año	Iniciados	Terminados	Sanciones	Sanciones s/terminados	Sanciones s/iniciados
2002	25	25	100% 7	28 %	28 %
2003	26	26	100% 12	46 %	46 %
2004	18	18	100% 10	56 %	56 %
2005	17	16	94 % 9	56 %	53 %
2006	19	18	95 % 11	61 %	58 %
2007	27	24	89 % 20	83 %	74 %
2008	18	11	61 % 9	82 %	50 %
2009	56	51	91 % 29	57 %	52 %
2010	47	27	57 % 13	48 %	28 %
2011	58	26	45 % 3	12 %	5 %
2012	37	22	59 % 6	27 %	16 %
2013	32	8	25 % 2	25 %	6 %
2014	32	3	9 % 0	0 %	0 %
Totales	412	275	67 % 131	48 %	32 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

De acuerdo con los datos volcados en la tabla anterior resulta notoria la disminución en la tasa de sanciones aplicadas en los últimos cuatro años, donde el rango se sitúa entre el 0 % y el 16 %, con dos años que registran 5 % y 6 %, respectivamente.

7.3. El tipo de sanciones aplicadas

En el análisis cuantitativo de las sanciones aplicadas, los resultados son los siguientes:

Tabla 5

Total de sanciones aplicadas por el Tribunal de Disciplina (2002-2014)

Sanción	Cantidad	Porcentaje
Llamado atención	12	9 %
Multa	7	5 %
Suspensión de la Matrícula	112	85 %
Exclusión de la Matrícula	0	0 %
Total	131	100 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

Del examen de la tabla anterior se advierte una clara prevalencia de la sanción de suspensión (desde 1 día a 1 año) por sobre todas las otras sanciones. De todos modos, resulta claro que la gravedad de la suspensión en el ejercicio profesional se relaciona directamente con su duración. El Decreto Ley de colegiación contiene una clasificación bipartita en sanciones leves (apercibimiento y multa) y graves (suspensión y exclusión de la matrícula). A pesar de estas categorías legales, propongo una clasificación tripartita en sanciones leves (llamado de atención, multa y suspensión hasta 5 días), graves (suspensión de más de 5 días, pero inferior a 30 días) y muy graves (suspensión por más de 30 días y hasta 1 año).

Tabla 6

Detalle de las sanciones *según su gravedad* (2002-2014)

Gravedad	Cantidad	Detalle
Leves	75 (57%)	Llamados de atención (12) Multas (7) Suspensiones de hasta 5 días (56)
Graves	30 (23%)	Suspensiones de + de 5 días y - de 30 días
Muy graves	26 (20%)	Sanciones de 30 días o más
Total de expedientes	131 (100%)	

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

De acuerdo a los datos de la tabla anterior, se aprecia un número muy significativo de las sanciones de suspensión que fueron aplicadas por períodos cortos y solo en pocos casos (26 sobre 112, 20 %) se aplicaron sanciones realmente muy graves (de 30 días o más).

Esta cantidad de suspensiones aplicadas ha sido considerada sobre el total de los expedientes con sanciones aplicadas (131). Veamos ahora qué ocurre cuando comparamos estas sanciones graves con el total de denuncias realizadas y con el total de expedientes terminados. Como detallé más arriba, sobre un total de 412 denuncias realizadas en el período 2002-2014 han concluido su trámite 267. Entonces, la tasa de sanciones graves y muy graves es de 56/412 (14 %) considerando el total de denuncias y de 56/267 (21 %) considerando el total de expedientes terminados.

7.4. La cantidad relativa de sanciones aplicadas

El análisis de la cantidad de sanciones aplicadas, y en particular su relación con la cantidad de abogados, nos lleva a preguntarnos sobre la significación del número de sanciones dentro del sistema disciplinario. Para ello, resulta necesario establecer pautas objetivas para cuantificar el significado de las sanciones aplicadas.

El primer paso para evaluar el significado de la cantidad de procedimientos iniciados y de sanciones aplicadas es considerar el número total de sujetos del sistema. El número de abogados informado por los Colegios de Abogados de la provincia evolucionó de manera ascendente y constante durante todo el período en estudio. Desde un inicio con solo 420 matriculados en 2002, el total de abogados alcanzó a 4325 a diciembre de 2014.

Propongo entonces comparar el crecimiento del universo de abogados en nuestra unidad de análisis, con el fin de obtener una tasa de sanciones por año.

Tabla 7

Tasa de abogados imputados y sancionados por año (2002-2014)

Año	Expedientes iniciados	Expedientes con sanción	Abogados matriculados	Abogados imputados	Abogados sancionados
2002	25	7	460	5,43 %	1,52 %
2003	26	12	822	3,16 %	1,46 %
2004	18	10	1116	1,61 %	0,90 %
2005	17	9	1420	1,20 %	0,63 %
2006	19	11	1732	1,10 %	0,64 %
2007	27	20	1991	1,36 %	1,00 %
2008	18	9	2279	0,79 %	0,39 %
2009	56	29	2553	2,19 %	1,14 %
2010	47	13	2881	1,63 %	0,45 %
2011	58	3	3291	1,76 %	0,09 %
2012	37	6	3634	1,02 %	0,17 %
2013	32	2	3963	0,81 %	0,05 %
2014	32	0	4325	0,74 %	-
Promedios	31	10	2343	1,75 %	0,65 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

Los datos volcados en la tabla anterior evidencian que la tasa de abogados sometidos a procedimientos disciplinarios y efectivamente sancionados muestra un rango muy amplio, pero casi siempre decreciente (salvo el pico de 2009), desde 5,43 % hasta 0,74 % (abogados sobre total de denuncias), y de 1,52 % al inicio del sistema hasta valores cercanos a 0 en los últimos dos años (abogados sobre expedientes con sanciones).

De acuerdo a esta evolución en la cantidad de abogados sancionados, la variación del número de abogados y la cantidad de sanciones aplicadas puede dividirse en dos períodos bien diferenciados (2002-2010) y (2011-2014). En el primer período (2002-2010), el promedio de sanciones es de 13 por año, y considerando el número de matriculados, la tasa de sanciones por abogados es de 1 sanción cada 136 abogados. En cambio, en los últimos cuatro años, el promedio de sanciones no llega a 3 sanciones por año. Esta cifra tan pequeña, sumada al aumento en la cantidad de matriculados en el mismo período (124 % más del promedio de 2002-2010), hace que la tasa de abogados por sanción ascienda a 921 abogados por sanción (si no se considera 2014), o a 1228, si no se considera el año 2014, donde no hubo sanciones.

7.5. Resultados de los procedimientos según el denunciante

Los principales descubrimientos de la investigación se vinculan con la variación de los porcentajes de finalización y de aplicación de sanciones en función de la variable denunciante y tipo de infracción.

Hemos visto que considerando el total de las denuncias (412), finalizaron 267 (65 %) con un porcentaje de sanciones aplicadas del 31,80 % (131 expedientes). Pero este resultado global esconde una diferencia altamente significativa entre los expedientes y su resultado considerando el denunciante. Para apreciar mejor estas divergencias, creo necesario distinguir los expedientes diferenciando los iniciados por clientes, tribunales, colegas, otros organismos públicos y particulares y el caso de autodenuncia, como se aprecia en la siguiente tabla.

Tabla 8

Denuncias iniciadas y terminadas según el denunciante (2002-2014)

Denunciante	Iniciados		Terminados	
Clientes	166	40 %	106	64 %
Administración de Justicia	159	39 %	122	77 %
Colegas	51	12 %	26	51 %
Otros organismos públicos y otros particulares	35	8 %	12	34 %
Autodenuncia	1	0 %	1	100 %
Total	412	100 %	267	65 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de Corrientes.

Los resultados demuestran diferencias significativas en los procedimientos iniciados por clientes en conflictos con sus abogados en relación con los que se inician por actuación de los órganos jurisdiccionales. Si bien ambas categorías acumulan números similares de denuncias (166 de clientes contra 159 de tribunales), los resultados considerando la finalización y la aplicación de sanciones son muy diferentes. En el caso de las denuncias realizadas por clientes, los procedimientos solo terminaron en el 64 %, contra el 77 % de los iniciados por denuncias de los tribunales. El porcentaje de procedimientos finalizados por denuncias de los magistrados es también

superior al de los iniciados por colegiados y por otros organismos públicos, que solo concluyeron en el 51 % y 34 %, respectivamente.

Si se desglosa el total de las sanciones aplicadas (131 expedientes) por iniciador la divergencia en los resultados es aún mayor.

Tabla 9
Porcentajes de sanciones por denunciante (2002-2014)

Denunciante	Iniciados		Terminados	
Cientes	166	40 %	29	17 %
Administración de Justicia	159	39 %	89	56 %
Colegas	51	12 %	10	20 %
Otros organismos públicos y otros particulares	35	8 %	3	9 %
Autodenuncia	1	0 %	0	0 %
Total	412	100 %	131	32 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de Corrientes.

Los expedientes iniciados por clientes representan solo un 17 % de sanciones aplicadas sobre expedientes iniciados (29 expedientes), contra un 56 % de sanciones en los casos de expedientes iniciados por denuncias realizadas por los tribunales (89 expedientes). Así, el porcentaje de sanciones aplicadas en expedientes iniciados por quejas de los tribunales más que triplica a los que son iniciados por clientes y explica el 68 % del total de las sanciones aplicadas (89 sobre 131).

7.6. Tipo de infracciones

Las infracciones denunciadas ante el Tribunal de Disciplina son muy diversas. Para su mejor comprensión, las he clasificado atendiendo al contenido de la denuncia. Cuando se consideran cuáles son las consecuencias de los procedimientos, se advierten diferencias muy significativas en los resultados finales de los procedimientos (sanción o no sanción).

Tabla 10
Cantidad de sanciones, absoluciones y pendientes por causa (2002-2014)

Clientes	Con sanción	S/Terminados	Absolución	S/Terminados	Pendientes
54	7	22 %	25	78 %	22
	Falta de información o comunicación				
42	8	30 %	19	70 %	15
	Cobró y no realizó el trabajo				
26	6	38 %	10	63 %	10
	Abandono de Defensa				
9	2	25 %	6	75 %	1
	Perención de instancia				
9	2	29 %	5	71 %	2
	Retiene dinero del cliente				
8	1	17 %	5	83 %	2
	Demora en el trámite				
7	1	25 %	3	75 %	3
	Otros conflictos por honorarios				
11	2	33 %	4	67 %	5
	Otras quejas sobre trato del profesional				
166 (40 %)	29	27 %	77	73 %	60 36 %
Administración de Justicia					
	Con sanción	S/Terminados	Absolución	S/Terminados	Pendientes
39	25	78 %	7	22 %	7
	Adulteración de boletas de depósito				
38	23	85 %	4	15 %	11
	Frases injuriosas				
14	9	64 %	5	36 %	0
	Extravío de expedientes				
10	7	78 %	2	22 %	1
	Abuso de Recusación				
7	5	71 %	2	29 %	0
	Prevaricato				
7	5	83 %	1	17 %	1
	Escritos infundados reiterados				
4	3	75 %	1	25 %	0
	Falta de respeto al magistrado				
15	7	78 %	2	22 %	6
	Faltas contra funcionarios distintos de magistrados				
14					
	Otras inconductas procesales				
11	2	33 %	4	67 %	8
	Incidentes en audiencias o mandamientos				
	3	38 %	5	63 %	3
159 (39 %)	89	73 %	33	27 %	37 23 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

Tabla 10
Cantidad de sanciones, absoluciones y pendientes por causa (2002-2014) (continuación)

Colegas	Con sanción	S/Terminados	Absolución	S/Terminados	Pendientes
9	2	40 %	3	60 %	4
15	3	38 %	5	63 %	7
4	1	50 %	1	50 %	2
5	1	50 %	1	50 %	3
4	1	50 %	1	50 %	2
14	2	29 %	5	71 %	7
51 (12 %)	10	38 %	16	62 %	25 49 %
Otros organismos públicos y otros particulares					
35 (8 %)	3	25 %	9	26 %	23 66 %
Autodenuncia					
1	0	0 %	1	0 %	0 0 %
Total de denuncias	131	49 %	136	51 %	145 35 %

Fuente: Elaboración propia en base a registros del Tribunal de Disciplina.

Estos valores permiten apreciar la diferente consideración del sistema para con las denuncias, considerando la persona del denunciante. En la tabla anterior se puede apreciar con gran detalle el tipo de infracción denunciada y las consecuencias del procedimiento iniciado. Así, se puede advertir que cuando la denuncia es formulada por clientes la tasa de sanciones es baja (entre el 17 % y el 38 % del total de expedientes terminados), comparado con el caso de las sanciones producto de denuncias de órganos jurisdiccionales (mínimos de 33 % y hasta 85 %, con un promedio del 73 % del total de expedientes terminados).

8. Discusión de los resultados

Los hallazgos más significativos del trabajo de campo se vinculan con la clara tendencia a una mayor sanción a infracciones cometidas contra la Administración de justicia, en comparación con los conflictos surgidos de la relación cliente-abogado. A pesar de que las denuncias formuladas por clientes y por la administración de justicia tienen porcentajes equivalentes (alrededor del 40 % cada uno), cuando se considera el resultado final, la tasa de sanciones en los casos de procedimientos iniciados por denuncias de juzgados más que triplica a la de los procedimientos iniciados por clientes disconformes con sus letrados, como puede apreciarse en la siguiente tabla.

Tabla 11
Procedimientos por denunciante, terminados y con sanciones (2002-2014)

Denunciante	Iniciados	Terminados	Sanciones
Cliente	166	40,29% 106	63,86% 29 22,14%
Adm. Justicia	159	38,59% 122	76,73% 89 67,94%
Colegas	51	12,38% 26	50,98% 10 7,63%
Otros organismos públicos	35	8,50% 12	34,29% 3 2,29%
Autodenuncia	1	0,24% 1	100,00% 0 0,00%
Total	412	100,00% 267	64,81% 131 31,80%

Fuente: Elaboración propia en base a los registros del Tribunal de Disciplina.

Entiendo que las razones que explicarían este comportamiento son múltiples. En primer término, el procedimiento disciplinario considera y trata de igual modo –al menos en su inicio y desde un punto de vista formal– las denuncias realizadas por clientes, por colegas y por organismos

públicos. De esta manera, trata como iguales a quienes no son iguales (clientes - abogados - poder público).

Sin embargo, es claro que los clientes no cuentan con todas las herramientas de conocimiento jurídico y de estrategia procesal para dar comienzo e instar el trámite disciplinario, trámite que ni siquiera les otorga el carácter procesal de parte, lo que lo coloca totalmente fuera del procedimiento, sin una justificación adecuada³⁹. Por otra parte, las infracciones éticas que sufren los clientes tienen una mayor cifra sin denuncias (cifra negra) explicada por la escasa difusión en la sociedad siquiera de la existencia del sistema disciplinario profesional. Esta cifra negra pudo ser verificada en el curso de la investigación, en el marco de las entrevistas a la Secretaria del Tribunal. Consultada sobre la cuestión, la empleada (también abogada) manifestó: “[...] muchas personas vienen a quejarse, pero cuando se les entrega el formulario de denuncia y se les explica que no les van a devolver su dinero, se van y no hacen la denuncia”. A ello se suma que la afectación de sus derechos resulta muchas veces de muy difícil prueba, especialmente por falta de documentación o porque esta queda en poder del propio letrado.

El caso de las denuncias entre colegas es distinto. Al menos desde el punto de vista teórico, cuentan con conocimientos del sistema superiores a los de sus clientes, y –también teóricamente– en un plano similar al de los órganos públicos. Pero lo cierto es que los poderes públicos, y en especial los magistrados judiciales, tienen la posibilidad de tomar decisiones que afectan de manera directa el ejercicio profesional, en especial durante el curso de los procesos. Ello sin contar con otras medidas indirectas, a veces más o menos sutiles, que pueden traslucirse en las decisiones que el magistrado adopta durante toda la causa y perjudicar al abogado y los intereses que este representa.

Las denuncias formuladas por los juzgados se acompañan de prueba documental, casi siempre obrante en instrumentos públicos, que no admiten prueba en contrario, salvo los casos de excepción previstos en la norma de fondo. Además, las denuncias derivadas por la Administración de Justicia en su casi totalidad son el resultado de una sanción previa de orden procesal, en la que se declara acreditada la existencia de un comportamiento contrario a las reglas del buen ejercicio profesional. La sanción posterior a la aplicada por el órgano jurisdiccional –muchas veces el máximo tribunal del orden provincial– implica también una especie de culto o respeto reverencial a la autoridad judicial. En ese sentido, es evidente que más allá de la declarada independencia del sistema sancionatorio profesional, y como

39 Martínez Yáñez, N. (2001). “Problemas jurídico-prácticos de la figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”. *Revista Xurídica Galega*, N° 33.

resulta de la lectura de las sentencias condenatorias del Tribunal de Disciplina a las que se tuvo acceso en el marco de esta investigación, subsiste una especie de sumisión (y mera ratificación) a la actuación jurisdiccional.

Por ello, si el Tribunal de Disciplina solo aplica sanciones en base a expedientes iniciados por denuncias de los Tribunales judiciales, se convierte en un apéndice y mero repetidor (incluso solo parcial) de las decisiones del Poder Judicial, cercenando uno de los aspectos más importantes de su labor: la tutela del correcto ejercicio profesional y la protección de los derechos de los ciudadanos.

Otro resultado especialmente relevante es que durante todo el período estudiado no existe ni un solo caso de abogado al que se haya aplicado la sanción de exclusión de la matrícula. ¿Cuáles son las causas de la falta de aplicación de esta sanción? Una primera explicación podría ser la inexistencia de faltas de tal gravedad que merezcan la sanción de exclusión. Sin embargo, considerando el número de abogados, la cantidad y complejidad de los vínculos con sus clientes y los otros elementos del sistema judicial y administrativo, esta explicación parece poco probable. Como resultado del examen de más de los 420 expedientes tramitados, me inclino por sostener que el sistema disciplinario profesional funciona en la realidad como uno de intensidad media, es decir, un conjunto de procedimientos preparados para detectar, considerar y sancionar un tipo particular de faltas: aquellas que revisten cierta gravedad (media), dejando de lado las infracciones menores y también las máximas.

Además, aparece otro obstáculo insalvable que resulta del propio Decreto Ley de colegiación. Esta norma exige para la sanción de exclusión de la matrícula la concurrencia de dos terceras partes del total de los miembros del Tribunal. Sin embargo, el Reglamento Procesal, al encomendar la investigación a la Sala de radicación del denunciado y luego el juzgamiento a otra Sala, excluye del Tribunal en pleno a cuatro miembros. Por lo tanto, los seis miembros restantes (60 %) no pueden en ningún caso llegar a la mayoría exigida (66,66 %), con lo cual la sanción de exclusión resulta de imposible ejecución. El resultado es, entonces, que en trece años de funcionamiento del sistema no se aplicó la sanción de exclusión a ningún abogado a pesar de que varios han sido sancionados de manera reiterada con suspensiones de 1 año en el ejercicio profesional. Esta limitación debe ser modificada a la brevedad posible, so pena de mantener como letra muerta la sanción de exclusión de la matrícula.

En un examen global de los expedientes disciplinarios se puede verificar que las infracciones denunciadas, así como las que luego dieron lugar a sanción son, salvo algunas excepciones, de una gravedad intermedia. No se han denunciado, ni sancionado infracciones de una gravedad escandalosa ni que involucren bienes o intereses patrimoniales de gran significación. El

Tribunal de Disciplina ha impuesto como sanción típica la suspensión en el ejercicio de la profesión (112 suspensiones sobre un total de 131 expedientes terminados con sanciones). La moda de la sanción ha sido la suspensión por menos de 30 días (94 sobre el total de 112).

Esta cuestión tiene dos aspectos: Por un lado, muchas de las sanciones son aplicadas por faltas que podemos considerar como menores, como incidencias procesales, discusiones o escritos que no guardan las formas. Por el otro, en el caso de infracciones más graves en sí, pero no significativas en relación a los bienes tutelados. Por ejemplo, la adulteración de las boletas de depósito de tasas de justicia –la falta más sancionada, con 25 expedientes finalizados en sanción de suspensión– consistía, al menos en 4 casos que son típicos, en agregar un 1 y pretender que un pago de 2 pesos se transforme en uno de 12. Otro ejemplo es el caso de cobro de anticipos sin que luego se realice la gestión administrativa o judicial, en los que las sumas denunciadas como retenidas por los clientes no eran cuantiosas (en algunos casos solo algunos cientos de pesos).

En el marco de futuras investigaciones, sería muy interesante que se examinara el comportamiento de las variables en Tribunales de Disciplina de abogados de otras provincias. Estimo como muy probable que, si se examinan estas mismas variables, los resultados muestren una tendencia similar (fuerte prevalencia de sanciones propuestas por los tribunales por sobre las denunciadas por clientes). Los porcentajes de sanción o de prevalencia pueden ser diferentes, considerando las variables de tipo sociológico que marcan la idiosincrasia de cada jurisdicción. Pero al ser las mismas las condiciones de inferioridad y falta de motivación del cliente para denunciar, en comparación con la de los tribunales, se puede predicar que los resultados mostrarán la misma tendencia.

Para finalizar, quiero resaltar que en el fundamento mismo del sistema de colegiación pública se encuentra la delegación que el Estado hace a los propios abogados del control sobre el correcto ejercicio profesional, de modo que sean los mismos colegas quienes sancionen la violación a las normas del buen desempeño. Esta potestad sancionatoria conlleva la posibilidad de excluir de la matrícula y privar del ejercicio profesional al colega que comete faltas graves. Sin embargo, en las entrevistas realizadas a los miembros del Tribunal existió coincidencia en que los propios abogados resisten la aplicación del sistema disciplinario. Esta afirmación se ve también corroborada por el bajo porcentaje (12 %) de procedimientos iniciados por denuncias de profesionales, que solo explican el 8 % de las sanciones aplicadas en el período. Sin dudas, el fortalecimiento del sistema disciplinario solo tendrá lugar cuando los propios abogados confíen en su funcionamiento y eficacia.

Bibliografía

- AA. VV. (2006). “¿Por qué es importante que se brinde un espacio al tratamiento de temas relacionados con la Ética y Responsabilidad Profesional de los Abogados?”. *Revista Ius et Veritas*, N° 33.
- Altamira Gigena, J. (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2ª ed. Córdoba. Advocatus.
- Andruet, A. (2001). *Ejercicio de la abogacía y deontología del Derecho*. Córdoba. Alveroni.
- Balbín, C. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. La Ley.
- Camps, C. (2002). “Derecho al debido proceso y ética profesional”. *JA*, 2002-II, fascículo N° 10.
- Carnota, W. (2016). *Instituciones de Derecho Público*. 2ª ed. Buenos Aires. La Ley.
- Ciuro Caldani, M. (2019). *Manual de ética de la abogacía*. Buenos Aires. Ediciones SAIJ.
- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*, 12ª ed. act. Buenos Aires-Madrid-México. Ciudad Argentina - Hispania Libros.
- Fucito, F. (2000). “El pago de la matrícula profesional y la ética del abogado”. *LL* 25-9-2000.
- García de Enterría, Eduardo - Fernández, T. (2003). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. Civitas.
- García Pullés, F. (2003). “Derecho Administrativo Sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público”, *JA* 2003-IV suplemento del fascículo 9.
- Gelli, M. (2008). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires. La Ley.
- Gordillo, A. (1996). “La prescripción penal de una sanción administrativa”. *LL*, 1996-A, 625.
- Ivanega, M. (2013). *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. 2ª ed. Actualizada. Buenos Aires. Ediciones Rap.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). “Reflexiones sobre las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”. *Revista de Derecho de Daños* 2005-1. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Malamud, H.; Muñoz, H.; Malamud, J. (2014). *Ética y Disciplina de la Abogacía Bonaerense*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Maljar, D. (2004). *El Derecho Administrativo Sancionador*. Buenos Aires. Ad. Hoc.
- Martínez Yáñez, N. (2001). “Problemas jurídico-prácticos de la figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”. *Revista Xurídica Galega*, N° 33.
- Monti, L.; Muratorio, J. (1993). “La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”. *REDA*, N° 14. Buenos Aires. Depalma.
- Morello, A.; Berizonce, R. (1981). *Abogacía y Colegiación*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Nieto García, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed. Madrid. Tecnos.
- Parry, A. (1940). *Ética de la abogacía*. Buenos Aires. Editorial Jurídica Argentina.

- Salgán Ruiz, L. (2011). “Las sanciones de plano y la problemática de su aplicación por la Administración Pública en el régimen disciplinario del contrato de empleo público. Avances y retrocesos del derecho administrativo disciplinario”. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 395, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012.
- Serna Orts, V. (2013). *La relación del abogado con el cliente: La confianza y actuaciones que la traicionan*. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Volumen I. Número 9.
- Sesin, D. (1996). *Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados*. Buenos Aires. Ciencias de la Administración.
- Sesin, D.; Chicacchiera Castro, P. (2012). *Los Colegios Profesionales – Régimen Jurídico Público*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni Editores.
- Stiglitz, R. (2005). “Seguro contra la responsabilidad profesional”. *Revista de Derecho de Daños* 2005-1. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Vigo, R. (h). (1990). *Ética del Abogado*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

**TRAS LOS PASOS DE LA EVIDENCIA CIENTÍFICA:
LA RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER
DE POLICÍA SANITARIO FRENTE
A LA INCERTIDUMBRE CLÍNICA¹**

*Scientific evidence: the reasonableness in the exercise of the Health Police
Power in the face of clinical uncertainty*

*Prove scientifiche: la ragionevolezza nell'esercizio del Potere di Polizia
della Sanità di fronte all'incertezza clinica*

Federico G. Menéndez²

Recibido: 15 de mayo de 2020
Aprobado: 15 de junio de 2020

Resumen: El principio rector de la evaluación de eficacia y seguridad de las prestaciones médicas es la incertidumbre clínica o también llamado “*equipoise*”. En un escenario global gobernado por la ausencia de consenso racional sobre los efectos de determinados tratamientos para combatir el virus identificado como SARS-CoV, el Estado tiene un rol determinante como garante del Bien Común a través del ejercicio del Poder de Policía sanitario. En los casos de discusiones científicas la jurisprudencia, la Deontología Médica y el Derecho proponen como criterio de razonabilidad el trinomio compuesto por la efectividad objetiva del tratamiento a la luz de la evidencia

1 El autor agradece los comentarios del médico neumonólogo Alejandro Videla.

2 Centro de Investigación y Estudios Superiores del Instituto de Cultura del Centro Universitario de Estudios CUDES, Buenos Aires, Argentina. Abogado por la Universidad Nacional de la Matanza y Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Es Director del Instituto de Investigación y Estudios Superiores del Instituto de Cultura del Centro Universitario de Estudios CUDES y profesional independiente. Correo electrónico: fed.menendez@gmail.com.

científica, la opinión profesional libre e independiente y el respeto al ámbito de discrecionalidad médica.

Palabras clave: Poder de Policía sanitario; Derecho a la salud; COVID-19; Razonabilidad.

Abstract: The guiding principle for evaluating the efficacy and safety of medical benefits is clinical uncertainty or also called “*equipoise*”. In a global scenario governed by the absence of rational consensus on the effects of certain treatments to combat the virus identified as SARS-CoV, the State has a determining role as guarantor of the Common Good through the exercise of the Power of the Sanitary Police. In cases of scientific discussions, jurisprudence, Medical Deontology and Law propose as a criterion of reasonableness the trinomial composed of the objective effectiveness of the treatment in light of scientific evidence, free and independent professional opinion and respect for the field of medical discretion.

Keywords: Power of Sanitary Police; Right to Health; COVID-19; Reasonableness.

Sommario: Il principio guida per la valutazione dell’efficacia e della sicurezza dei benefici medici è l’incertezza clinica o anche chiamata “*equipoise*”. In uno scenario globale governato dall’assenza di un consenso razionale sugli effetti di alcune terapie per combattere il virus identificato come SARS-CoV, lo Stato ha un ruolo determinante come garante del bene comune attraverso l’esercizio del potere di polizia della sanità. In caso di discussioni scientifiche, giurisprudenza, deontologia medica e legge, propongono come criterio di ragionevolezza il trinomio costituito dall’efficacia oggettiva della terapia alla luce di prove scientifiche, l’opinione professionale libera e indipendente e il rispetto nell’ambito della discrezionalità medica.

Parole chiave: Potenza della Polizia della Sanità; Diritto alla salute; COVID-19; Ragionevolezza

Para citar este artículo:
Menéndez, F.G. (2020). “Tras los pasos de la evidencia científica: la razonabilidad en el ejercicio del Poder de Policía sanitario frente a la incertidumbre clínica”.
Prudentia Iuris, N. 90, pp. 59-78
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.59-78>

I. Introducción

Desde hace ya varias semanas, todo el orbe se encuentra expectante al desarrollo del virus identificado como SARS-CoV. En nuestro país, quedan lejanas e inocentes las medidas preventivas recomendadas por el Ministerio de Educación a través de su Resolución N° 82/2020. El itinerario jurídico que ha tocado transitar muestra una primera cuasi ingenuidad (nos atrevemos a decir) que luego fue, veloz y exponencialmente, generando una profusa producción normativa, encontrando su *clímax* en el Decreto N° 260/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, por el cual se ampliaba la Emergencia Pública en materia sanitaria hasta el 12 de marzo de 2021.

La declaración de pandemia por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de este año ha motivado la investigación científica en búsqueda de una salida posible a la emergencia. En estos días, muchos *papers* han salido a la luz procurando brindar respuesta a las demandas de las instituciones de salud, con vocación de paliar los cuadros críticos y disminuir la cantidad de infectados por el virus.

Sin desconocer la seriedad con la cual desarrollan sus investigaciones y el ahínco por la búsqueda de una solución a la crisis, es un dato objetivo la existencia de una multiplicidad de estudios de las fuentes más diversas y con propuestas de lo más disímiles. Tan sólo a modo de ejemplo, podemos mencionar los estudios acerca del valor protector del receptor de acetilcolina nicotínico³, o los estudios de eficacia de la hidroxicloroquina⁴, o los propios de Lopinavir-Ritonavir⁵.

El principio rector de la evaluación de eficacia y seguridad de los medicamentos es la incertidumbre clínica (*equipoise*) que establece que en ausencia de pruebas contundentes de la capacidad de curar y de la ausencia de efectos adversos no aceptables, los médicos no deben recomendar tratamientos. Los tratamientos experimentales solo se pueden administrar en el contexto de ensayos clínicos aleatorizados y controlados con placebo a personas que hayan dado su consentimiento informado con plena libertad⁶.

3 Cfr. Changeux, J., *et al.* (Abril 2020). "A nicotinic hypothesis for COVID-19 with preventive and therapeutic implications". *Qeios*, <https://doi.org/10.32388/FXGQSB.2>.

4 Cfr. Chen, J., *et al.* (Marzo 2020). "A pilot study of hydroxychloroquine in treatment of patients with common coronavirus disease-19 (COVID-19)". *Journal of Zhejiang University*, Nro. 46, 215-219.

5 Cfr. Cao, Y., *et al.* (Marzo 2020). "A Trial of Lopinavir–Ritonavir in Adults Hospitalized with Severe COVID-19". *The New England Journal of Medicine*, Nro. 382, 1787-1799.

6 Cfr. Freedman, B. (Julio 1987). "Equipoise and the Ethics of Clinical Research". *The New England Journal of Medicine*, Nro. 317, 141-145.

La preocupación creada por la carga de morbilidad y mortalidad que acarrea la pandemia ha puesto en riesgo este principio. La presencia de plausibilidad biológica, la existencia de incentivos financieros, las presiones de los pacientes y la misma buena voluntad de ayudar y de curar de los proveedores de salud han conducido, según algunos galenos, a esta situación⁷.

En esta línea, el Estado, como garante del Bien Común, debe intervenir (siempre que las circunstancias lo requieran) en defensa de la sociedad y el cuidado de la higiene, procurando la conservación de la salud pública para dar cumplimiento a uno de sus fines permanentes: el mantenimiento del derecho a la salud. En palabras de Soler: “[l]a acción que el Estado ha de ejercer para la mejor conservación de la salud pública constituye el objeto de esta policía; acción que no es solo negativa, evitando los ataques a la salud, sino también positiva, poniendo los medios conducentes a su restablecimiento cuando ha sido alterada”⁸.

En este estado de situación, frente a la multiplicidad de “oferta académica” relacionada con el tema y diversidad de posiciones sobre el diagnóstico y pronóstico del escenario global, muchos profesionales de la salud se han mostrado críticos a estudios que proponen tratamientos o fármacos con supuesto carácter antiviral. Algunos han manifestado que incluso contando con tratamientos que se mostraren idóneos para el combate de la enfermedad, debería pasar tiempo hasta darle un estatus de *probatas*. Así las cosas, en un contexto de genuina y honesta preocupación por una salida de la emergencia sanitaria frente a un panorama de incertidumbre clínica, nos preguntamos: ¿cuál sería una postura razonable a asumir por el Estado en su rol de contralor sanitario?

En este punto, entendemos que la clave de bóveda estará dada por el interés superior del paciente que orientará una respuesta aceptable desde el punto de vista jurídico y médico. Para ello será necesario revisar el carácter de la verdad científica y la razonabilidad del ejercicio del Poder de Policía en este contexto, partiendo de la incertidumbre clínica.

II. La Medicina, materia objeto de análisis

La Filosofía de la Ciencia ubica a la Medicina dentro de las Ciencias Experimentales. En este ámbito, diversos autores han analizado las caracte-

7 Cfr. Kramer, D., *et al.* (7 de abril 2020). “Equipoise on COVID-19 therapeutics”. *The BMJ Opinion*, <https://www.blogs.bmj.com/bmj/2020/04/07/equipoise-on-life-support>.

8 Soler Pérez, E. (2015). *Derecho Administrativo: Lecciones de la Universidad de Valencia 1906-1907*. Sevilla. Athenaica Ediciones Universitarias, 295.

terísticas y el criterio de validez de la verdad científica, y se han generado posiciones antagónicas, algunas moderadas y otras más radicales.

Partiendo de la percepción social actual, la verdad científica goza de prestigio y se acepta como conocimiento fiable⁹. Algunos filósofos de la ciencia atribuyen esa fiabilidad, entre otros motivos, al valor demostrable¹⁰ de las proposiciones científicas y al carácter controlable gracias a su repetitividad experimental¹¹. Asimismo, es un hecho que la verdad científica es fruto de la cooperación intelectual orientada a conseguir el mayor consenso racional posible sobre ella¹².

No obstante, existen parcelas del conocimiento científico que se encuentran *in fieri* o donde aún no hay acuerdo sobre el valor de las afirmaciones, en gran medida por el carácter progresivo del conocimiento científico. Podemos decir que el conocimiento tiene una cadencia, un tiempo propio que permite la maduración de sus proposiciones. El Derecho recoge este aprendizaje en diversas normas, resaltando los períodos de prueba y experimentación, previos a que la ciudadanía tenga acceso al adelanto científico¹³.

Ello acarrea que este optimismo sobre el criterio de verdad científica conozca matices desde lo epistemológico. Diversos autores han reconocido que aquella tiene un carácter limitado¹⁴, provisorio¹⁵, condicionada por el obrar humano¹⁶, contextual¹⁷, construida a partir de conceptos *a priori* convencionales¹⁸, parcial¹⁹ y cuyo conocimiento admite diversos grados de certeza²⁰.

Como ciencia experimental, la Medicina es una disciplina que emplea métodos empíricos. La aproximación a la verdad solo se obtiene por la realización y repetición de experimentos controlados, ya que la biología conlleva una gran variabilidad de respuestas individuales. Se acepta universalmente que el mayor estándar técnico lo representan los estudios clínicos

9 Cfr. Artigas, M. (1999). *Filosofía de la Ciencia*. Navarra. Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), 255.

10 *Ibid.*, 22.

11 *Ibid.*, 135.

12 Cfr. Ziman, J. (1981). *La credibilidad de la ciencia*. Madrid. Alianza, 224.

13 En este punto podemos destacar lo mencionado por el artículo 11 de la Ley N° 16.463, que procura, a través de revisiones periódicas, la adecuación del fármaco autorizado al progreso de la ciencia.

14 Cfr. De Broglie, L. (1955). *Physiscs and Microphysiscs*. Traducción de Davidson, M. Nueva York. Panteon Books, 84.

15 Cfr. Artigas, M. (1999). *Filosofía...* Ob. cit., 161.

16 *Ibid.*, 167.

17 *Ibid.*, 169.

18 Cfr. Hubner, K. (1981). *Crítica de la razón científica*. Barcelona. Alfa, 115.

19 Cfr. Artigas, M. (1999). *Filosofía...* Ob. cit., 233.

20 *Ibid.*, 244.

controlados contra placebo y controlados aleatorizados y las revisiones de múltiples estudios de este tipo²¹.

En definitiva, definir el criterio de verdad científica no resulta una tarea sencilla. Ello trae consigo una verdadera dificultad para el Derecho que se encuentra en diálogo constante con la Ciencia Médica y requiere de criterios concretos para su valoración en el caso particular. Algunos tribunales foráneos tuvieron ocasión de expedirse al respecto buscando aportar luces para que los jueces analicen y ponderen el alcance de la evidencia científica en casos complejos²².

Desde esta otra rama del saber, la CSJN, a lo largo de su jurisprudencia de los últimos cuarenta años, ha llegado a una conclusión compatible con la filosófica. Para el Máximo Tribunal, la verdad científico-médica es limitada²³, provisoria²⁴, falible²⁵, progresiva²⁶, en buena medida opinable²⁷, dinámica²⁸ y muchas veces su conocimiento resulta dificultoso debido a la concausalidad y concatenación de los elementos que la componen²⁹. De igual manera que sucede en el debate académico médico, en todos los casos donde no se plantean discusiones de índole técnica, la CSJN asume pacíficamente la verdad traída por las partes. En cambio, en los casos de controversias, la

21 Cfr. University Of Camberra (2019). "Evidence-Based Practice in Health", 16-6-2020, *University Of Caberra Library*. Recuperado de: canberra.libguides.com/c.php?g=599346&p=4149721.

22 Por ejemplo, en el histórico Fallo "Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals", Inc., 509 U.S. 579 (1993), la Suprema Corte Federal de Estados Unidos estableció las previsiones que han de tenerse para aceptar el dictamen técnico altamente especializado. A saber: 1) Que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas acerca de su validez epistemológica. 2) Que de alguna manera sea empíricamente verificable. 3) Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona. 4) Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica. 5) Que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de qué se trate a fin de que certifiquen su valor científico (referato). 6) Que exista una relación directa con el caso.

23 Cfr. Fallo "Saguir y Dib, Claudia Graciela". *Fallos*: 302:1284 (1980).

24 Cfr. Fallo "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)". *Fallos*: 310:112 (1987).

25 Cfr. Fallo "Liporace, Roque c/ Vázquez Ferro, Guillermo y otros". *Fallos*: 312:2527 (1989).

26 Cfr. Recurso de hecho deducido por la actora en la causa "Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán". *Fallos*: 325:677 (2002).

27 Cfr. Fallo "Albornoz, Luis Roberto y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios". *Fallos*: 331:636 (2008).

28 Cfr. Fallo "Duich Dusan, Federico c/ CEMIC (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas 'Norberto Quirno') s/ amparo". *Fallos*: 337:471 (2014).

29 Cfr. Recurso de hecho deducido por la actora en la causa "Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y otros". *Fallos*: 325:677 (2002).

Corte adopta un criterio preventivo y precautorio³⁰, es decir, privilegiando los tratamientos con consecuencias menos gravosas, realizando una interpretación alejada de afirmaciones dogmáticas sobre la veracidad de los datos médicos³¹ y dando preeminencia a la efectividad objetiva del mismo en relación al fin procurado³². Estos criterios serán de utilidad a la hora de hacer una lectura de la política sanitaria propuesta a la luz de ellos.

III. La actuación estatal, el Poder de Policía

Ya Aristóteles advertía la existencia de una apetencia al bien que se encuentra en todos los hombres y, por extensión, en todas las instituciones³³. Esa apetencia al bien, que se manifiesta de manera ejemplar en el Estado, es lo que se denominó desde antaño “Bien Común”.

Para procurar ese fin el Estado dispone de una serie de herramientas, entre las cuales encontramos el ejercicio del Poder de Policía. La existencia de esta prerrogativa se ha reconocido constitucionalmente en diversos artículos de la Carta Magna. Así, partiendo de la hermenéutica de los artículos del texto constitucional 14 primera parte³⁴, 17³⁵, 18³⁶,

30 Cfr. Fallo “Correa, Hugo Evaristo c/ ANSeS s/ avocación”. *Fallos*: 330:748 (2007).

31 Cfr. Recurso de hecho deducido por la actora en la causa “Alejandro Vicente Sassone c/ Papelera Hispano Argentina S.A.”. *Fallos*: 307:1900 (1985).

32 Ídem, nota 26.

33 Cfr. Aristóteles (2017). *La política*. Madrid. Biblioteca Nueva, 21.

34 Artículo 14 de la CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio [...]”.

35 Artículo 17 de la CN: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

36 Artículo 18 de la CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

19³⁷, 28³⁸ y del inciso 18 del artículo 75, podemos afirmar que existe un amplio elenco de derechos cuyo contenido es reconocido con carácter relativo³⁹ y es el Estado quien posee dentro de sus facultades el deber de regular, coordinar el ejercicio de los mismos, haciéndolos compatibles con la actuación de los demás, siempre respetando la forma que la misma Constitución le impone. La doctrina nacional ha entendido que el fundamento de esta limitación se encuentra en la “comprobación social de que la convivencia o el bienestar social pueden requerir la limitación relativa de los derechos de unos para salvaguardar el derecho de otros y permitir la armonía de todos”⁴⁰.

Ahora bien, al igual que el resto de los institutos del Derecho Público, el Poder de Policía reconoce limitaciones en su ejercicio. Una primera limitación se encuentra dada por la legalidad⁴¹. Esta “se traduce en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico”⁴². Por tanto, toda afectación o limitación sustancial a los derechos de propiedad y de libertad de los administrados debe ser indicada por vía de ley formal y los reglamentos o actos administrativos que limiten los derechos individuales, deben fundarse en precedentes legales o supralegales⁴³. Vale aquí recordar que mediante la Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la palabra “leyes”, en el artículo 30 de la Convención, se refiere a una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y demo-

37 Artículo 19 de la CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

38 Artículo 28 de la CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

39 En este punto queremos destacar que, si bien hay un sector de la doctrina que sostiene que no hay derechos absolutos, otro sector, al cual nosotros adherimos, plantea que hay ciertos Derechos Humanos absolutos, los que se corresponden con deberes morales absolutos. A este respecto puede consultarse lo expuesto por el iusfilósofo John Finnis en sus obras. Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Clarendon Press y Finnis, J. (1998). *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory (Founders of Modern Political and Social Thought)*. Oxford. Oxford University Press, entre otros.

40 Rosatti, H. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*. T. I. Santa Fe. Rubinzal - Culzoni, 192.

41 La brevedad de este trabajo nos impide adentrarnos pormenorizadamente en el análisis de legalidad de la actuación administrativa (Decretos, Resoluciones, Disposiciones, Actos Administrativos, etc.) en el marco de la emergencia sanitaria.

42 Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*. T. II. Buenos Aires. LexisNexis - Abeledo Perrot, 26.

43 Cfr. *Ibid.*, 27-28.

cráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes⁴⁴.

Por otra parte, toda reglamentación no debe desnaturalizar el Derecho, debe respetar la zona de reserva que establece el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental y mostrarse razonable. En este último punto queremos detenernos: la razonabilidad de la norma.

Linares Quintana sostiene que, para ser constitucional, toda actividad estatal debe ser razonable. Esto se traduce en que “lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común”⁴⁵.

Por otro lado, según Bidart Campos, el principio de razonabilidad de la norma, tal como fue desarrollado en el Derecho Constitucional nacional como en el estadounidense, puede identificarse con el principio de contenido esencial del Derecho que reza la Constitución de Bonn⁴⁶ y la española⁴⁷. De esta manera, toda la producción normativa (ora legal, ora reglamentaria), incluso en los casos que imponga limitaciones, debe respetar el contenido esencial del Derecho regulado⁴⁸.

Otro sector de la doctrina reconoce que toda reglamentación de derechos persigue fines y, a esos efectos, utiliza medios que deben ser proporcionales a aquellos. Por tanto, es necesario que dicha reglamentación se presente provista de una adecuada relación entre fines y medios, y una sana equivalencia entre finalidades y mecanismos propuestos⁴⁹.

En este mismo sentido, Juan Francisco Linares ha mencionado que “la garantía del debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal-

44 Ávalos, E., *et al.* (2014). *Derecho Administrativo 1*. Alveroni Ediciones, 378.

45 Linares Quintana, S. (1998). *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 559.

46 Artículo 19.1 de la Constitución de Bonn: “Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, esta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente”. Artículo 19.2 de la Constitución de Bonn: “Restricción de los derechos fundamentales. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

47 Artículo 53.1 de la Constitución española: “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a”.

48 Cfr. Bidart Campos, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 240...

49 Cfr. Padilla, M. (1996). *Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que, como prestación o sanción, establece dicho acto [...]”⁵⁰.

En este punto, en concordancia con Coviello, creemos que el principio de razonabilidad tiene como elemento integrante el principio de proporcionalidad, mas no deben identificarse indistintamente, como en ocasiones los autores los han tratado⁵¹.

Por último, nos gustaría destacar que hay un sector de la doctrina que distingue un primer juicio de adecuación entre las circunstancias del caso o hechos antecedentes de la medida y los medios propuestos (razonabilidad interna de la norma), mientras reserva un segundo juicio de adecuación entre la norma en cuestión y el plexo de valores que integran la Constitución (razonabilidad externa de la norma)⁵². En este mismo sentido, Solá ha planteado que “uno de los principios que orienta al Estado contemporáneo es el de que los actos estatales no deben solo emanar de una autoridad política elegida por el pueblo y ser resultado de procedimientos preestablecidos: los actos practicados en nombre de un Estado democrático de Derecho, también, además de ser legítimos [...], deben reflejar los valores e intereses de la población”⁵³.

En nuestra materia, ¿qué define la razonabilidad en el ejercicio del Poder de Policía en un contexto científico incierto?

En función de lo mencionado anteriormente, nuestro planteo sobre la razonabilidad de la norma deberá satisfacer las exigencias que mande el sentido común, no afecte el contenido esencial del Derecho regulado, sea proporcional entre los fines buscados y la medida y se integre con el conjunto de valores que componen el plexo normativo constitucional y que forman parte del patrimonio de la población. A este respecto, valoramos el desglose que Fernando Toller propone en el análisis de razonabilidad de toda norma, abordando su 1) finalidad, 2) legitimidad, 3) adecuación, 4) necesidad, 5) proporcionalidad y 6) afectación del contenido esencial del Derecho regula-

50 Linares, J. F. (1970). *Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea, 165-166.

51 Cfr. Coviello, P. (2011). *El Principio de Razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el Derecho Público Argentino*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 144.

52 Cfr. Quiroga Lavié, H., et al (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. T. I. 2ª ed. Santa Fe. Rubinzal - Culzoni.

53 Solá, J. V. (2006). *Control Judicial de Constitucionalidad*. 2ª ed. Buenos Aires. Lexis Nexis, 579.

do⁵⁴. Desarrollaremos muy brevemente los puntos 1 y 2, los cuales daremos por satisfechos, a fin de adentrarnos pormenorizadamente en los puntos 3 y siguientes.

III.a. Finalidad

En términos generales, toda norma de policía se procura una finalidad. Más específicamente, en materia sanitaria, las normas de policía buscan la preservación de la salud como su recomposición cuando ella ha sido disminuida.

En nuestro caso, la finalidad de la norma (cualquiera sea su manifestación) estará dada principalmente por la disminución tendiente a cero de la población infectada por el virus SARS-CoV. A su vez, también podría plantearse como hipótesis de trabajo que el ejercicio del Poder de Policía busca brindar seguridades a la población en lo que se refiere a la implementación de tratamientos científico-médicos en etapas de investigación por su reciente difusión.

Este sentido teleológico que poseería cualquier norma que pudiera dictarse en este aspecto, da por satisfecho a nuestros efectos, incluso en abstracto, el primero de los recaudos de razonabilidad de la norma. No se nos escapa en esta consideración que el Estado podría incurrir en prácticas irrazonables a través del dictado de normas carentes de finalidad o con finalidades oscuras ajenas al interés superior del paciente.

III.b. Legitimidad

El Estado, es sabido, tiene vedado obrar por fines espurios o inhabilitados por la ley y actuar de ese modo resultaría no solo irrazonable sino escandaloso. Ahora bien, en nuestro estudio (el cual desarrollamos en abstracto a los fines académicos), partiendo del principio de buena fe que debe dirigir toda la actividad jurídica, la presunción de legitimidad de los actos de gobierno y la presunción de constitucionalidad de las normas, daremos por satisfecho este punto en el test sobre la razonabilidad de la norma sin dejar antes de mencionar algunos recaudos que deben tenerse en cuenta.

Desde hace algunos años, un sector de la doctrina nacional ha venido desarrollando, a partir de jurisprudencia del Máximo Tribunal, el concep-

54 Toller, F. (2014), "Interpretación de los Derechos Constitucionales". En Rivera, J. C. (h). *Tratado de los Derechos Constitucionales. Obra colectiva*. T. I. Abeledo Perrot, 166 y sigs.

to de “normas portadoras de una presunción de inconstitucionalidad” y ha abordado el impacto de ellas en el Derecho Público, en cuanto a la causa y objeto de los actos administrativos, integración del bloque de juridicidad, afectación del principio de legitimidad de los actos administrativos y las exigencias de actuación de la Administración⁵⁵. Esta inclinación de la doctrina impacta necesariamente sobre la presunción de legitimidad de los actos administrativos y, nos atrevemos a incoar, en la presunción de constitucionalidad de las normas.

En este sentido, la Corte ha tenido oportunidad de expedirse en “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 8 de agosto de 2006, donde sostuvo que “cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el ‘origen nacional’, como sucede en el *sub lite*, corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”⁵⁶.

No puede desconocerse que, en materia de reglamentación sanitaria, el ejercicio del Poder de Policía podría desplegarse en el dictado de normas con requisitos particularísimos que tiendan a desalentar la competencia y concurrencia de variantes terapéuticas, basados en criterios de oportunidad y conveniencia, alejados de basamentos científicos.

En estos casos, al igual que sucede con la categoría de “nacional” para el acceso a determinados cargos públicos, este recaudo de la norma podría ser cuestionado con independencia de encontrarse bajo la apariencia de legitimidad. No obstante, a nuestros efectos, también daremos por satisfecho este recaudo. Creemos que la clave de bóveda acerca de la razonabilidad de la norma estará dada por el siguiente principio.

III.c. Adecuación

A nuestro entender, resulta sencillo el estudio de este recaudo cuando la ineptitud o efectividad del medio en relación al fin es evidente y fruto de la probada experiencia. Ahora bien, los casos de complejidad relativa o alta (como aquellos donde no hay certeza de los posibles efectos clínicos paradójales) requieren una atención y dedicación especial. Así, los tratamientos

55 Cfr. Sammartino, P. (2009). “La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional”. En AA. VV. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires. Ediciones Rap, 59-77.

56 En este mismo sentido, podemos destacar la causa “Hoof”, *Fallos*: 327:5118, considerando 4°.

médicos en general, y la atención del SARS-CoV en particular, se encuadran dentro de este último conjunto.

Como se ha mencionado anteriormente a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, la complejidad de la materia médica es innegable y una manifestación de esa complejidad es la actual diversidad de opiniones científicas que se suscitan al respecto del SARS-CoV.

En esta línea, comenta Mariano Sapag que “[l]a adecuación se debe analizar en el momento y las circunstancias de la aplicación de la norma”⁵⁷. En parte y aplicado a nuestra materia, esto se debe a que existe una verdadera diversificación de técnicas y procedimientos que permiten abordar las demandas de salud de distintas maneras y con distintos grados de efectividad.

Además (especialmente en las circunstancias que nos tocan atravesar frente al avance de la pandemia), el progreso del conocimiento científico y su aceleración de continuo proponen y seguirán proponiendo nuevos modelos de tratamiento que hasta entonces habían sido desconocidos. De tal manera que la adecuación de los tratamientos y la finalidad buscada no pueden ser analizadas en abstracto y *haciendo cosa juzgada*, sino que deben encontrarse permanentemente abiertas y expuestas al confronte del profesional que las propone como medios idóneos⁵⁸.

Agregamos aquí que la adecuación entre la medida y la finalidad que pretende satisfacer dependerá, en gran medida, de la casuística individual de cada paciente. Más aún, puede darse el caso de que la misma medida clínica resulte insuficiente o incluso ineficaz para algunos, y altamente confiable en sus resultados para otros casos de similares características.

En este punto, entendemos que habría que estarse al aporte concreto del profesional que participa de la relación médico-paciente, el cual, por las características propias de la relación conmutativa, conoce con mayor claridad el estado clínico de aquél y las implicancias de asumir determinados tratamientos.

Por otro lado, en lo que se refiere a la postura que debería asumir la Administración, como se mencionó *supra*, el principio rector en materia de clínica médica es *equipoise*, por tanto, frente a la ausencia de pruebas con-

57 Sapag, M. (2008). “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”. *Dikaion*, Año 22, Nro. 17, 157-198.

58 En este sentido, dice Blas Orbán, C.: “[e]l hecho de que la llamada ciencia médica no pueda aspirar ya al estatuto de cierta o verdadera, sino sólo de verificable, hace que sus conclusiones tengan que estar en continua revisión. Esto hace que muchas veces haya un cierto desfase entre la ciencia médica (lo que podríamos llamar la ‘Ley médica’) y la Ley jurídica. Por ello, la medicina está continuamente definiendo lo que es científicamente correcto”. Blas Orbán, C. (2006). *El equilibrio en la relación médico-paciente*. Madrid. J. M. Bosch, 36.

tundentes sobre la capacidad curativa y ausencia de efectos no deseados, los médicos no deben recomendar dichos tratamientos.

Este principio rector en materia clínica ya había sido recogido por la Ley de Medicamentos N° 16.463, utilizando como criterio de validación la acción farmacológica y utilidad terapéutica reconocidas de aquellos⁵⁹.

Dicho esto, nos podemos preguntar: ¿qué características debería revestir la norma de policía para ser considerada adecuada? Teniendo presente lo antes mencionado, la norma de policía, en primer lugar, debería reconocer ese principio de incertidumbre científica evitando la exigencia de tratamientos cuyas ventajas terapéuticas sean desconocidas o se encuentren en fase de exploración.

En segundo lugar, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte, la norma debería basar su juicio de adecuación en la efectividad objetiva del tratamiento propuesto a la luz de la evidencia científica disponible⁶⁰.

En tercer lugar, incluso contando con evidencia científica disponible acerca de los efectos positivos y paradójales del tratamiento, la norma debería respetar un margen de apreciación médica⁶¹ donde el galeno pondere el contenido de la misma y la subsuma en el caso particular, velando que su contenido se traduzca en una respuesta tendiente a resolver (o al menos mejorar) la patología del paciente.

III.d. Necesidad

Naturalmente, al igual que en la conducta humana entendida como razonable, en el caso de multiplicidad de opciones válidas, el Estado está llamado a optar por la menos gravosa. Este razonamiento no es más que una de las manifestaciones lógicas del principio *favor libertatis*. En el caso del ejercicio del Poder de Policía, habrá que estarse a las distintas opciones válidamente aceptables, que prescribieren procedimientos, técnicas o tratamientos menos gravosos para los pacientes. En términos similares, Mariano Sapag dirá: “[e]s una exigencia del principio de razonabilidad que la norma que se adopte para alcanzar la finalidad requerida sea la mejor, y no sólo la eficaz (adecuada). Para esto es necesario considerar las circunstancias de la medida: tiempo, modo y lugar; en este sentido, la norma razonable será,

59 Cfr. Artículo 10, Ley N° 16.463: “El Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública redactará, publicará y revisará periódicamente el Formulario Terapéutico Nacional, el que contendrá la recopilación de fórmulas magistrales de uso frecuente y de acción farmacológica y utilidad terapéutica reconocidas”.

60 Ídem, nota 23.

61 Ídem, nota 26.

entre otras cosas, la que resulte más económica, la que logre la finalidad en el menor tiempo posible, la que conlleve los menores costos y esfuerzos para la comunidad, la que regule la menor cantidad de supuestos de hecho y sujetos alcanzados, etc.”⁶².

Reiteramos aquí lo dicho en el punto anterior. El progreso de la ciencia médica exige al profesional de la salud replantearse de continuo la eficacia y conveniencia entre el medio impuesto y la finalidad buscada. En este juego, es el profesional de la salud quien identifica *in acto* el tratamiento necesario según el conocimiento científico disponible en ese momento. De igual modo que en el recaudo de la adecuación, la determinación del medio más idóneo y menos gravoso dependerá de la condición del paciente, las circunstancias del caso y su aptitud para recibir determinada práctica médica.

Nuestra intención, en lo que a nuestra materia concierne, es proponer criterios de análisis para la selección de tratamientos eficientes. Así, consideramos que la norma de policía debería priorizar los tratamientos que, según la evidencia científica disponible a la luz de la efectividad objetiva del tratamiento, ponderen los siguientes elementos: menor cantidad de riesgos colaterales, mayores expectativas de mejora, menor duración de tratamiento y mayor tiempo en circulación cuya acción antiviral tenga carácter probado.

III.e. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad terapéutica se basa en el pronóstico clínico individual y en la situación particular de cada enfermo. En este punto, las medidas terapéuticas ordinarias (o proporcionales) son aquellas que siempre se deben aplicar pues de ellas dependen la preservación de la vida y la salud. Por el contrario, las medidas extraordinarias (o desproporcionales) son aquellas que, por diversos motivos, pueden no ser necesario realizar; y en este punto resulta de capital importancia el consentimiento informado del paciente.

A este respecto, igual que sucede en los puntos anteriores, el análisis de proporcionalidad deberá hacerse para cada caso en particular, teniendo en cuenta la multiplicidad de pacientes, las distintas manifestaciones de la misma enfermedad que pueden darse en la población y la inconmensurable cantidad de respuestas de cada organismo en particular.

De esta manera, la norma de policía sanitaria razonable será aquella que permita al galeno decidir sobre la factibilidad de dicho tratamiento a la

62 Ídem, nota 56.

luz de las “razonables probabilidades de beneficio en términos de preservar y/o recuperar la salud”⁶³.

En este sentido, y a fin de no caer en vaguedad, el Consejo Pontificio para la Pastoral de la Salud ha elaborado algunos criterios para el análisis de proporcionalidad terapéutica. Así, “con el propósito de verificar y establecer si se da o no la relación de proporción en una determinada situación, se deben valorar bien los medios confrontando el tipo de terapia, el grado de dificultad y el riesgo que comporta, los costos necesarios y la posibilidad de aplicación, con el resultado esperado, teniendo en cuenta las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales”⁶⁴.

III.f. Afectación al contenido esencial del Derecho

Junto con los derechos a la vida, a la protección de la salud y a la autodeterminación, el ordenamiento jurídico reconoce a los pacientes el derecho a la atención médica de buena calidad⁶⁵. Este derecho incluye el derecho a la opinión clínica y ética, profesionalmente libre e independiente, sin interferencias exteriores; idea que se ve reforzada por el deber de independencia científica que recae en cabeza de todos los profesionales de la salud, conforme el Código Internacional de Ética Médica y cuya observancia normativa ha sido reconocida por la Corte⁶⁶.

Ahora bien, el derecho a una opinión libre e independiente hace posible a los profesionales el abordaje de los casos clínicos complejos basándose en los elementos aportados por la ciencia orientados a la efectividad objetiva del tratamiento, lo cual también constituye un derecho del paciente⁶⁷. A su vez, el ejercicio de esa opinión profesional libre e independiente que procura la efectividad objetiva del tratamiento sólo puede desplegarse en un ámbito de discrecionalidad médica en donde el galeno pueda contar con libertad para ejercer su ciencia. En esta línea, la jurisprudencia ha reconocido en sus fallos la presencia de ese ámbito de discrecionalidad profesional en el

63 Taboada Rodríguez, P. (2018). “El principio de proporcionalidad terapéutica en las decisiones de limitar tratamientos”. *ARS MÉDICA Revista de Ciencias Médicas*, 27(1).

64 Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes de la Salud (1994). *Carta a los Agentes de la Salud*. Buenos Aires. Ed. Paulinas, 71.

65 Cfr. Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes, Asociación Médica Mundial, adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, septiembre/octubre 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, octubre 2005.

66 CSJN. “Medilewski, Jacobo Rubén c/ Szarfman, Isaac”. *Fallos*: 310:1536 (1987).

67 Ídem, nota 64.

ejercicio de la Medicina⁶⁸. En este mismo sentido, el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina establece que los profesionales tienen derecho al respeto de un margen de discrecionalidad médica que asegure al galeno un espacio de libertad científica.

El ejercicio de la profesión liberal y el reconocimiento del ámbito de discrecionalidad terapéutica deben siempre entenderse en el respeto más pleno del derecho de autodeterminación del paciente. El derecho a la autodeterminación implica, a su vez, el derecho al acceso a información veraz y suficiente sobre persona y estado del paciente. Ambos se encuentran solemnemente reconocidos en la Ley N° 26.529, con el nombre de Autonomía de la Voluntad⁶⁹ e Información Sanitaria⁷⁰.

En definitiva, el trinomio formado por el ámbito de discrecionalidad terapéutica, opinión libre e independiente y efectividad objetiva del tratamiento constituye la fortaleza que permite al profesional la asistencia al paciente fuera de posiciones dogmáticas y aplicando toda su ciencia en beneficio de aquél. Por eso, esa fortaleza no sólo garantiza el libre ejercicio profesional, sino que salvaguarda íntegramente el derecho de los pacientes a una atención médica de buena calidad. Por tanto, consideramos que cualquier normativa que desconozca alguno de estos tres elementos podría caer por irrazonable, ora por un defecto en la adecuación, necesidad y/o proporcionalidad, ora por afectar el contenido esencial de estos derechos.

IV. Conclusiones

Resumiendo, podemos indicar que:

- a. Según la jurisprudencia de la CSJN de los últimos cuarenta años, en los casos de duda sobre determinadas prestaciones o prácticas médicas, se debe partir del principio de incertidumbre clínica, asumiendo una posición preventiva y precautoria, alejada de posiciones dogmáticas y basadas en la efectividad objetiva de las mismas inter-

68 Ídem, nota 26.

69 Artículo 2º, inciso e) de la Ley N° 26.529: "Autonomía de la Voluntad. 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. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud".

70 Artículo 2º, inciso f) de la Ley N° 26.529: "Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información".

- pretadas a la luz de la evidencia científica, desestimando aquellos tratamientos cuyas bondades terapéuticas no se encuentran acreditadas suficientemente.
- b. La multiplicidad de criterios médicos, el avance del progreso científico, la diversidad de pacientes y las diferentes manifestaciones patológicas llevan a que la opción terapéutica adecuada, necesaria y proporcional sea determinada *in acto* en el marco de la relación conmutativa médico-paciente.
 - c. El ámbito de discrecionalidad médica, la opinión profesional libre e independiente y la efectividad objetiva del tratamiento integran el derecho de los pacientes a una atención médica de buena calidad, el cual constituye un deber en sentido estricto para los galenos.
 - d. Las normas de policía que desconocen el trinomio compuesto por los elementos del punto c), en su aplicación, podrían reputarse como irrazonables por presentar un vicio en la adecuación, necesidad o proporcionalidad y/o por afectar el contenido esencial de derechos.

A modo de conclusión, nos animamos a proponer una respuesta a nuestra pregunta inicial acerca de cuál sería una postura razonable a asumir por el Estado en su rol de contralor sanitario frente a un escenario de pandemia y con un panorama científico incierto. Entendemos que, frente a un panorama de pandemia, con un escenario científico incierto, guiados por el interés superior del paciente, el Estado debe asumir una posición precautoria y preventiva con relación a las múltiples prestaciones propuestas por el progreso científico, privilegiando sólo aquellas cuyos efectos deseados se encuentran acreditados y presenten las consecuencias menos gravosas. Y así, esta postura precautoria se debería cristalizar en normas de policía sanitarias que sean dictadas tomando como criterio la efectividad objetiva del tratamiento a la luz de la evidencia científica disponible y respetando el ámbito de discrecionalidad médica y el ejercicio de la opinión profesional libre e independiente.

Bibliografía

- Aristóteles (2017). *La política*. Madrid. Biblioteca Nueva, 21.
- Artigas, M. (1999). *Filosofía de la Ciencia*. Navarra. Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), 255.
- Ávalos, E., et al. (2014). *Derecho Administrativo 1*. Alveroni Ediciones, 378.
- Bidart Campos, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 240.

- Blas Orbán, C. (2006). *El equilibrio en la relación médico-paciente*. Madrid. J. M. Bosch, 36.
- Cao, Y., et al. (Marzo 2020). "A Trial of Lopinavir–Ritonavir in Adults Hospitalized with Severe COVID-19". *The New England Journal of Medicine*, Nro. 382, 1787-1799.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*. T. II. Buenos Aires. LexisNexis - Abeledo Perrot, 26.
- Changeux, J., et al. (Abril 2020). "A nicotinic hypothesis for COVID-19 with preventive and therapeutic implications". *Qeios*, <https://doi.org/10.32388/FXGQSB.2>.
- Chen, J., et al. (Marzo 2020). "A pilot study of hydroxychloroquine in treatment of patients with common coronavirus disease-19 (COVID-19)". *Journal of Zhejiang University*, Nro. 46, 215-219.
- Coviello, P. (2011). *El Principio de Razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el Derecho Público Argentino*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 144.
- De Broglie, L. (1955). *Physiscs and Microphysiscs*. Traducción de Davidson, M. Nueva York. Panteon Books, 84.
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Clarendon Press y Finnis, J. (1998). *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory (Founders of Modern Political and Social Thought)*. Oxford. Oxford University Press, entre otros.
- Freedman, B. (Julio 1987). "Equipoise and the Ethics of Clinical Research". *The New England Journal of Medicine*, Nro. 317, 141-145.
- Hubner, K. (1981). *Crítica de la razón científica*. Barcelona. Alfa, 115.
- Kramer, D., et al. (7 de abril 2020). "Equipoise on COVID-19 therapeutics". *The BMJ Opinion*, <https://www.blogs.bmj.com/bmj/2020/04/07/equipoise-on-life-support>.
- Linares, J. F. (1970). *Razonabilidad de las leyes: el "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea, 165-166.
- Linares Quintana, S. (1998). *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 559.
- Padilla, M. (1996). *Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes de la Salud (1994). *Carta a los Agentes de la Salud*. Buenos Aires. Ed. Paulinas, 71.
- Quiroga Lavié, H., et al (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. T. I. 2ª ed. Santa Fe. Rubinzal- Culzoni.
- Rosatti, H. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*. T. I. Santa Fe. Rubinzal - Culzoni, 192.
- Sammartino, P. (2009). "La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional". En AA. VV. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires. Ediciones Rap, 59-77.
- Sapag, M. (2008). "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado". *Dikaion*, Año 22, Nro. 17, 157-198.
- Solá, J. V. (2006). *Control Judicial de Constitucionalidad*. 2ª ed. Buenos Aires. Lexis Nexis, 579.

- Soler Pérez, E. (2015). *Derecho Administrativo: Lecciones de la Universidad de Valencia 1906-1907*. Sevilla. Athenaica Ediciones Universitarias, 295.
- Taboada Rodríguez, P. (2018). “El principio de proporcionalidad terapéutica en las decisiones de limitar tratamientos”. *ARS MÉDICA Revista de Ciencias Médicas*, 27(1).
- Toller, F. (2014), “Interpretación de los Derechos Constitucionales”. En Rivera, J. C. (h). *Tratado de los Derechos Constitucionales. Obra colectiva*. T. I. Abeledo Perrot, 166 y sigs.
- University Of Camberra (2019). “Evidence-Based Practice in Health”, 16-6-2020, *University Of Caberra Library*. Recuperado de: canberra.libguides.com/c.php?g=599346&p=4149721.
- Ziman, J. (1981). *La credibilidad de la ciencia*. Madrid. Alianza, 224.

LA CERTEZA DE LA SENTENCIA JUDICIAL

The certainty of the judicial sentence

La certezza della sentenza giudiziaria

“Es propio del hombre sensato e instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que lo admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara razones probables, como reclamar demostraciones exactas a un retórico”.
(Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, I, 3, 1094b 25).

Julio E. Lalanne¹

Recibido: 8 de junio de 2020
Aprobado: 15 de julio de 2020

Resumen: El propósito de este artículo consiste en estudiar la certeza de las sentencias judiciales. La primera parte contiene una breve teoría de la certeza desde la perspectiva del pensamiento clásico, que termina en la definición de la certeza y en la división en sus especies. En la segunda parte, asume el silogismo de aplicación de la ley, como estructura lógica típica de toda sentencia judicial, y analiza los problemas vinculados con el descubrimiento de la premisa normativa (mayor) y con la fijación de la premisa fáctica (menor); y aplica los conceptos generales de la primera parte a fin de establecer la certeza que cabe asignarle a cada una de ellas. El estudio finaliza con una conclusión acerca de la certeza propia de las resoluciones

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina, Doctor en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Profesor pro-titular de “Filosofía del Derecho” y de “Formación del pensamiento jurídico y político”, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Socio titular de “Lalanne, Abogados”. Correo electrónico: jel@lalanneabogados.com.ar.

de los órganos judiciales que ponen fin a un litigio con carácter definitivo y determinan lo justo en concreto.

Palabras clave: Certeza; Silogismo de aplicación de la ley; Concreción; Sentencia; Derecho; Opinión.

Abstract: The purpose of this article is to study the certainty of judicial decisions. In order to do that, it develops in the first part a brief theory of certainty, from the point of view of the classical thought, which includes the definition of certainty and the division in its species. In the second part, it considers the syllogism of application of the law, as the typical structure of every judicial sentence, and analyzes the problems regarding the discovering of the normative premise (major) and regarding the fixation of the factual premise (minor), and applies the general concepts of the first part in order to establish the kind of certainty of each one of them. The study finishes with a conclusion about the kind of certainty of the resolutions of the judicial bodies that end a dispute and determine what is specifically right.

Keywords: Certainty; Syllogism of law enforcement; Concretion; Sentence; Right; Opinion.

Sommario: L'intento del presente articolo consiste nello studiare il grado di certezza delle decisioni giudiziarie. Per fare ciò, esso sviluppa nella prima parte una breve teoria della certezza dal punto di vista del pensiero classico, che include la definizione di certezza e le sue differenti specie. Nella seconda parte, esso considera il sillogismo applicativo della legge in quanto struttura logica tipica di tutte le decisioni giudiziarie e analizza i problemi relativi alla scoperta della premessa normativa (maggiore) e alla fissazione della premessa fattuale (minore), e applica i concetti generali della prima parte al fine di stabilire la certezza che può essere assegnata a ciascuno di esse. Lo studio termina con una conclusione sulla certezza propria delle decisioni giudiziarie che pongono fine a una controversia in modo definitivo e individuano il giusto del caso concreto.

Parole chiave: Certeza; Sillogismo applicativo della legge; Concretezza; Sentenza; Diritto; Opinione.

Para citar este artículo:
Lalanne, J. E. (2020). "La certeza de la sentencia judicial".
Prudentia Iuris, N. 90, pp. 79-115
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.79-115>

I. Introducción: el problema de la certeza de los enunciados que dicen lo que es Derecho

El concepto de certeza es uno de los más necesarios e importantes de la filosofía del conocimiento humano. El problema que nos proponemos considerar es el de la certeza propia de los juicios y enunciados jurídicos, con particular referencia a las conclusiones a las que se arriba en el, así llamado, *silogismo prudencial* o *silogismo de aplicación de la ley*, que es el modo típico de razonar de los abogados, jueces y operadores jurídicos en general². Si bien consideramos que hay una identidad sustancial en la determinación del Derecho cualquiera sea el operador jurídico u órgano que la realice, por razones metódicas limitaremos nuestro estudio a la actividad de aplicación de la ley –o, quizás sería mejor decir, a la determinación de lo justo en concreto– por excelencia, que es la que hace el juez cuando resuelve una controversia judicial mediante una sentencia. Por lo tanto, el problema que nos proponemos abordar podría resumirse en los siguientes interrogantes: ¿Qué grado de certeza tiene el enunciado por medio del cual el juez, en ejercicio de la *iuris dictio*, establece o *dice lo que es el Derecho* en el caso concreto sometido a su decisión? ¿Cuál es la certeza propia de las resoluciones de los órganos judiciales que ponen fin a un litigio con carácter definitivo y con autoridad de cosa juzgada, es decir, de las sentencias judiciales?

Hemos conferido a este estudio una estructura didáctica con el propósito de lograr la mayor claridad y precisión posibles. En primer lugar, abordaremos el problema de la esencia de la certeza considerado en sí mismo, es decir, su naturaleza y origen. Nuestra tarea, en esta primera parte, será la elaboración de lo que podríamos llamar una *teoría general de la certeza*, esto es: un estudio científico-sistemático susceptible de fraguar en una definición de certeza y en sus divisiones. En la segunda parte de nuestro estudio, nos proponemos aplicar las nociones generales adquiridas en la primera sección, al caso de la certeza propia de la conclusión del razonamiento típico del juez.

El trabajo se inserta dentro de una tradición intelectual precisa que, a modo de marco teórico, hace posible nuestra reflexión: la tradición central de occidente, que arranca en Platón y Aristóteles, continúa en parte con Cicerón, se prolonga en la escolástica medieval, con particular relevancia en Santo Tomás de Aquino, y continúa hasta hoy, habiendo acumulado un

2 Lalanne, J. E. (2014). “La ineludible estructura lógica (silogismo) del razonamiento forense”. *Diario de Filosofía del Derecho – El Derecho*. Buenos Aires. Nro. 27 (julio de 2014), 7-8. Accesible en: <https://uca-ar.academia.edu/JulioEstebanLalanne>.

amplio cuerpo de doctrina que se caracteriza por su realismo gnoseológico y su objetividad.

II. La doctrina clásica acerca de la certeza

II.1. *Noción nominal de certeza*

La palabra “certeza” deriva de *certitudo*, sustantivo latino que quiere decir “firmeza”. En latín, el término *firmitas* significa “estabilidad”, “solidez”, “permanencia” (lo opuesto a vacilación o fluctuación); pero en cambio, *certare* tiene la significación de “disputar” (de ahí la palabra “certamen”), y *certum* significa, en ocasiones, lo decidido o resuelto después de alguna disputa. El término “certeza”, de acuerdo con este primer contacto con su nombre, no expresa tanto el asentimiento que denominamos cierto cuanto la firmeza que presenta a la conciencia ese asentimiento³. Va de suyo que puede haber distintos grados de firmeza en el asentimiento, pues bien: la certeza es una de las modalidades de ese asentimiento.

II.2. *De la duda a la certeza, pasando por la opinión*

La experiencia común pone de manifiesto las innumerables ocasiones en las que nuestra inteligencia reflexiona sobre algún asunto y oscila entre dos extremos de una alternativa contradictoria sin decidirse por ninguno de ellos. El pensamiento está como en movimiento, por así decirlo, o en evolución, en dirección a un término ulterior que no es otro que la verdad, pues es lo que todos deseamos naturalmente⁴, pero hasta que no arriba a ella experimenta un estado de tensión entre dos juicios opuestos. Los dos términos de la cuestión se presentan como posibles y, entonces, el peso de ambos mantiene en equilibrio la balanza del espíritu, que, consecuentemente, no se decide y suspende el juicio. Se contenta con interrogar, investigar, sopesar los pros y los contras, citar el pensamiento ajeno, pensar, pero no afirma nada. Este estado de vacilación es lo que llamamos *duda*, palabra cuya etimología nos remite al latín *dubitare*, que a su vez deriva de *duo*: “dos”, precisamente “por las dos alternativas que causan la duda”⁵. La duda, en resumen, puede

3 De Alejandro, J. M., S. J. (1969). *Gnoseología*. Biblioteca de Autores Cristianos, 179.

4 Aristóteles. *Metafísica*, L. I, 980 a. El deseo natural de conocer la verdad es ejemplificado así por San Agustín: “Muchos he conocido a quienes les gusta engañar, pero a ninguno que quiera ser engañado” (*Confesiones*, X, 22, 33).

5 Corominas, J. (2015). *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. T. CE-F. 3ª ed. Madrid. Gredos, voz “dudar”, 527.

caracterizarse como una suspensión positiva del acto de juicio ante ambas partes de la contradicción, por la equivalencia crítica de los motivos que militan a favor de cada uno de los extremos⁶.

Una *opini3n* es, a diferencia de la duda, ya un juicio, y esto implica, de suyo, adhesi3n de la mente a un cierto enunciado, pero no con firmeza. Se trata de una afirmaci3n realizada con temor de equivocarse, reservando, pues, la posibilidad de que el juicio contrario sea verdadero. A diferencia de la duda, la opini3n implica que la mente se inclina m1s hacia un extremo de la contradicci3n, pero le queda sin embargo la aprensi3n de estar en el error. El sujeto afirma lo que provisoriamente le parece m1s probable en un momento del curso de su conocimiento, pues hay razones a su favor, pero que no bastan para excluir la hip3tesis opuesta, de tal modo que 3sta es tambi3n posible. Santo Tom1s la define como “el acto del entendimiento que se inclina por una de las partes de la contradicci3n con temor de que el otro sea verdadero”⁷; y tambi3n dice que “es de la esencia de la opini3n aceptar una cosa con miedo de que sea verdad la opuesta; de ah1 que no sea firme la adhesi3n”⁸.

Sin embargo, a ese dualismo interior propio de la duda, o a ese temor a equivocarse caracter1stico de la opini3n, puede suceder o sobrevenir, en alg1n momento, gracias al estudio concienzudo del problema, a la confrontaci3n de opiniones, al esfuerzo intelectual, que finalmente uno de los t3rminos se manifieste con tal claridad que haga que la inteligencia quede fijada a 3l, porque el objeto afirmado se presenta con evidencia intr1nseca o perfecta. Cesa, entonces, la agitaci3n fruto de la tensi3n suscitada por la atracci3n hacia dos cosas opuestas y la inteligencia alcanza un estado de sosiego, de tranquilidad, porque se dirige hacia un solo t3rmino. La facultad cognoscitiva se decide absolutamente por uno de los dos extremos de la contradicci3n, al que adhiere con firmeza y, por lo tanto, ahora tiene una sola direcci3n y ya no vacila ni abriga temor alguno de error, sino que experimenta el goce de estar en la segura posesi3n de la verdad. Esta fijeza o estabilidad de la inteligencia, en cuanto ha quedado determinada a un t3rmino 1nico, es la certeza. Santo Tom1s la define como la *determinatio intellectus ad unum*⁹ –determinaci3n del intelecto hacia una sola cosa– o, tambi3n, como: *firmitas*

6 Definici3n muy similar a la de Jos3 Ma. De Alejandro, S. J. (1969). *Gnoseolog1a*. Ob. cit., 59.

7 “*Opinio enim significat actum intellectus qui fertur in unam partem contradictionis cum formidine alterius*” (*Suma Teol3gica*, I, q. 79, a. 9, ad. 4).

8 “*De ratione opiniones est quod accipiatur unum cum formidine alterius oppositi; unde non habet firmam inhaesionem*” (*Suma Teol3gica*, I-II, q. 67, a. 3, respondeo).

9 *In III Sent.*, Dest. 23, q. 2, a. 2, q. 1 a. 3, n. 155.

adhaesionis virtutis cognoscitivae in suum cognoscibile –la firmeza de adhesión de la facultad cognoscitiva al objeto cognoscible.

La certeza de la que estamos hablando es la certeza en sentido estricto o propiamente dicha, por así decirlo, y “es una certeza de conocimiento perfecto y concluso, que es el juicio, y se opone directamente a la duda”¹⁰. En efecto, la certeza es un término análogo cuyo primer analogado es la certeza del juicio, que es la certeza especulativa y que procede de la evidencia que es el fundamento supremo de toda certeza legítima. ¿La evidencia de qué? La evidencia de la vinculación necesaria de los términos del juicio, que implica, de suyo, la evidencia de su verdad. Dice Santo Tomás que hay dos actos de la razón; el primero, conocer la verdad acerca de algo; el segundo se produce cuando la razón asiente a lo que conoce; y agrega: “[...] si las cosas conocidas fueran de tal modo que el entendimiento asintiera a ellas naturalmente como ocurre con los primeros principios, el asentimiento o disentimiento con estas cosas no está en nuestra potestad, sino en el orden de la naturaleza”¹¹. Séanos ejemplo de asentimiento natural ante un juicio evidente el que pone el de Aquino: los primeros principios. Cuando la mente conoce el axioma que dice “el todo es mayor que la parte”¹², capta inmediatamente la verdad de esta afirmación con solo conocer sus términos, “y así, sabido lo que es todo y lo que es parte, en el acto se comprende que el todo es mayor que cualquiera de sus partes”¹³. En ese caso, la evidencia inmediata de que el predicado del juicio pertenece a la comprensión del sujeto produce la *determinatio ad unum* en la que consiste la certeza: la inteligencia asiente con firmeza, pero no en virtud de una decisión voluntaria, sino de un modo natural y a causa de que la verdad del juicio evidente se le impone de manera inapelable.

Esta es, pues, la certeza en sentido estricto, o certeza en sentido propio, que acompaña el conocimiento perfecto que es el del juicio verdadero y evidente.

II.3. La certeza en sentido propio procede de la evidencia

La palabra “evidencia” proviene del latín *evidentia*, que a su vez deriva de *videre*, que significa ver. Es fácil apreciar la analogía de proporcionalidad presente en el término, pues así como el ojo ve con claridad un objeto sensi-

10 Ramírez, S. (1979). *La prudencia*. Madrid. Ed. Palabra, 138.

11 *Suma Teológica*, I-II, q. 17, a. 6.

12 Este ejemplo de axioma o principio universalmente evidente lo da Santo Tomás en: *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2, *respondeo*.

13 *Suma Teológica*, I, q. 2, a. 1, Objeción 2.

ble cuando es visible a la primera ojeada, hablamos, analógicamente, de la *visión* del entendimiento y decimos que algo es evidente cuando se presenta con suficiente claridad a la mente¹⁴. Sobre la base de estas aclaraciones, la evidencia puede caracterizarse como *la claridad, ostensión o patencia con la que el objeto se manifiesta a la inteligencia y engendra su asentimiento*. Cuando la conformidad de la propia mente con la realidad, propia del acto de juicio lógico, y expresada en un enunciado extramental, se manifiesta con plena claridad, decimos que el enunciado es evidente. La evidencia es una cualidad del objeto de conocimiento: consiste en la visibilidad o clara inteligibilidad de la cosa tal como se manifiesta a la mente y, por otra parte, en la “visión” tanto sensible como intelectual que acompaña a esto. Ambas dimensiones (la objetiva y la subjetiva) no pueden separarse entre sí. En efecto, una cosa es la evidencia o inteligibilidad que tenga el *objeto en sí mismo considerado* (evidencia *quoad se*) y otra muy distinta la *cantidad de evidencia*, por así decirlo, que sea captada por el acto cognoscitivo (evidencia *quoad nos*), y lo que determina el valor gnoseológico del conocer es esto segundo y no lo primero. Por lo tanto, la evidencia es una *articulación de objeto conocido y acto cognoscente, motivado por la cantidad de evidencia captada*.

La certeza no se confunde con la evidencia, pues mientras que la primera, tal como lo hemos estudiado, es propiedad del acto de conocimiento, la segunda es una cualidad del objeto conocido. El objeto se manifiesta con tal claridad, es decir, con evidencia, que determina a la inteligencia *ad unum*. Por lo tanto, si bien son cosas distintas, hay una relación necesaria entre ambas, que podemos calificar como una relación de causa a efecto¹⁵, pues la evidencia del objeto es causa de la certeza en la facultad cognoscitiva. Es que, si bien la certeza radica en la mente del sujeto que conoce, es correlativa de la evidencia objetiva de la cosa conocida. Quien ve con claridad, asiente con seguridad. Por eso, la certeza errónea o meramente subjetiva no es certeza en el mismo sentido: porque nace de un defecto de evidencia objetiva. Esta relación necesaria ha dado lugar al uso indistinto de los términos *certeza y evidencia*¹⁶.

14 Véase lo que dice, a este respecto, Santo Tomás en *Suma Teológica*, I, q. 67, a. 1: “De un nombre cualquiera conviene tener presente dos aspectos: su sentido original y el sentido con que se usa. Un ejemplo claro lo tenemos en la palabra *visión*, cuyo sentido original indicaba el sentido de la vista; pero por la dignidad y certeza de ese sentido, la palabra se ha extendido, con el uso, para indicar todo conocimiento que se tiene por los sentidos (así, decimos: *Mira cómo sabe, mira cómo huele, mira qué caliente está*); y también para indicar el conocimiento intelectual”.

15 Suárez, F. *De grat.* II 10, 11; *Disputaciones metafísicas*, XIX 6, 3; Santo Tomás de Aquino. *Suma contra los gentiles*, 3, 154.

16 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, q. 18, a. 4.

Así, la evidencia puede considerarse como el origen y la fuente *necesaria* y *suficiente* de la certeza, y ello por las siguientes razones: a) mientras no se dé una manifestación clara del objeto, la mente no queda determinada unívocamente ni adhiere con firmeza (certeza); por lo tanto, la evidencia es *necesaria* para que haya certeza; y b) una vez que se dé, la mente no necesita nada más para quedar determinada hacia el objeto, y, consecuentemente, esa clara manifestación es *suficiente*.

Todo lo dicho puede resumirse en dos tesis. La primera: la evidencia es la raíz, la fuente y el fundamento de toda certeza y, por lo mismo, de ello se desprende que, en segundo lugar: no cabe certeza que no implique alguna evidencia.

II.4. División de la certeza por el grado de evidencia del enunciado

La certeza, en cuanto propiedad del acto cognoscitivo, admite grados. Es un hecho que surge patente con una elemental carga de reflexión psicológica que el grado de certeza de nuestros juicios no es, ciertamente, el mismo. La firmeza del asentimiento es notoriamente diversa en la extensa gama de juicios ciertos que podemos formular. La razón gnoseológica de esa diversidad de grados de la certeza está en la evidencia en que se apoya. Es también un hecho gnoseológico que no existe una única clase de evidencia porque la inteligibilidad de la cosa depende de cada objeto y no es posible exigir en el orden histórico una evidencia de tipo matemático, o en el orden moral, una de orden físico. La evidencia no es la misma en todos los casos y ello repercute en la certeza que engendra. Corolario obvio de ello es que no es acertado concebir la certeza en un sentido absoluto como si fuera un concepto unívoco al modo del racionalismo de corte cartesiano, sino más bien como una noción análoga.

De acuerdo con lo que llevamos dicho, es posible realizar una división de la certeza en función de las diversas clases de evidencia del enunciado que le sirve de fundamento, división que consideramos más exacta y precisa que las tradicionales¹⁷, y que nos lleva a proponer una clasificación sumamente esquemática en dos grandes clases: *certeza perfecta*, llamada por algunos autores *certeza evidente*, y *certeza imperfecta* o *no evidente*.

¹⁷ Seguimos, en esta parte del trabajo, a José María de Alejandro, S. J., quien propone esta división en: (1965) *Gnoseología de la certeza*. Madrid. Gredos, 70, 73 y sigs.

a) *Certeza perfecta: la que procede de los juicios de evidencia intrínseca*

Hay dos formas principales de evidencia: una intrínseca, o de la verdad en sí misma, que se llama también *evidentia veritatis*; otra extrínseca o de credibilidad, que, en el marco de la Escuela tomista, suele denominarse: *evidentia creditabilitatis*. Cada una de ellas es fuente y raíz de una certeza correlativa.

1) La *evidencia intrínseca* es la manifestación del objeto mismo o de la verdad. A su vez, se subdivide en dos clases: la evidencia intrínseca inmediata y la evidencia intrínseca mediata. La *evidencia intrínseca inmediata* es el tipo perfecto de evidencia, y frecuentemente se reserva el sentido del término a ella. Se llama *intrínseca* porque aparece al sujeto como propia del mismo objeto. Que sea *inmediata* significa que puede obtenerse sin recurrir a intermediarios lógicos que deberían conocerse previamente. Es aquella que se da cuando el objeto se presenta con total luminosidad a la inteligencia y, consecuentemente, la facultad cognoscitiva capta con absoluta claridad la pertenencia del predicado al sujeto del juicio y su verdad se impone con necesidad imperativa. En estos casos, la inteligencia queda determinada y presta su asentimiento por un juicio afirmativo (o negativo) sin que la voluntad tenga que intervenir positivamente. En efecto, cuando se da la evidencia intrínseca e inmediata del enunciado con total claridad, la afirmación se lleva a cabo sin ningún influjo de la voluntad, y hasta puede ocurrir que contra su mismo influjo. Dicho en otros términos: cuando la verdad del enunciado luce patente al entendimiento y no requiere ninguna libre decisión de la voluntad, ello funda una certeza plena y total. Y lo que entonces sucede es lo que suele expresarse con la fórmula “rendirse ante la evidencia”.

Un ejemplo de esta clase de certeza es la que engendran los *enunciados de evidencia inmediata*. Son aquellos enunciados cuyos contenidos se presentan a la mente como verdaderos, por sí mismos y sin necesidad de ningún discurso o proceder demostrativo, ya que su verdad se impone en su presencialidad inmediata. La evidencia de estos enunciados se manifiesta a la inteligencia desde el mismo momento en que se comprenden sus términos porque el entendimiento conoce inmediatamente la conveniencia intrínseca entre sujeto y predicado; y es de tan alto grado, que algunos autores la llaman *evidencia perfecta*¹⁸, y otros, *evidencia absoluta o incondicionada*¹⁹. Opera al modo de una necesidad imperativa que determina y provoca un

18 De Alejandro, J. M. (1969). *Gnoseología*. Ob. cit., 65.

19 Millán Puelles, A. (2020). *Léxico filosófico*. Madrid. Rialp, 121.

asentimiento pleno y sin fisuras y, por tanto, engendra y es fundamento de lo que hemos llamado *certeza en sentido estricto*, que también merece llamarse *perfecta*. Si, tal como hemos dicho, la certeza es directamente proporcional a la evidencia, esta evidencia será la raíz de una certeza del más alto grado. En estos casos, la determinación y adhesión del intelecto es absolutamente independiente de todo influjo inmediato de la voluntad.

Esta clase de evidencia y, correlativamente, de certeza se da, típicamente, en el conocimiento de los primeros principios o proposiciones *per se notae* –“evidentes en sí mismos y, por lo tanto, vistos”²⁰– intrínseca e inmediatamente evidentes, que están en la base de toda ciencia, como, por ejemplo: el principio de no contradicción. El principio de no contradicción –nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido– es la primera verdad que surge en nuestro conocimiento de la realidad: es el conocimiento humano más cierto y la causa de la certeza de los demás conocimientos, que por él se iluminan²¹. Este mismo grado de certeza es atribuible a algunas verdades matemáticas²²: dos cantidades iguales a una tercera son iguales entre sí.

Este mismo grado de evidencia y, por lo tanto, de certeza, es la que producen también lo que podríamos llamar *juicios de experiencia sensible inmediata*, como, por ejemplo, *yo estoy leyendo, ese libro está frente a mí, llueve*, etcétera. El hecho no es necesario, es contingente, yo podría no estar leyendo; pero la percepción de ese hecho que se encuentra inmediatamente presente ante el sujeto, en cuanto acto de experiencia puntual (*percepción*, en la terminología de Félix A. Lamas)²³, pone de manifiesto una necesidad de hecho que es análoga a la necesidad de los principios: no es posible que yo no esté leyendo cuando tengo conciencia de estarlo²⁴. El sujeto cognoscente tiene plena certeza de la relación de la sensación con la existencia del objeto externo que la causa²⁵. Por lo tanto, estos enunciados no consienten incertidumbre.

20 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, q. 1, a. 5, *respondeo*.

21 Santo Tomás de Aquino. *In Post. Analyt.*, II, lect. 20.

22 Roger Verneaux atribuye lo que denomina *certeza metafísica*, que es el máximo grado de certeza, a las verdades matemáticas “porque expresan relaciones necesarias entre esencias abstractas”. En: (1981). *Epistemología general o crítica del conocimiento*. Barcelona. Ed. Herder, 141.

23 Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IEF, 90.

24 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I, q. 14, a. 13; *íd.*, I, q. 86, a. 3.

25 El mismo Pirrón de Elis no dudaba de todo como creen algunos: admitía las sensaciones en cuanto pasivas, y se resignaba a las consecuencias de estas impresiones, conviniendo en la necesidad de acomodarse en la práctica a los que ellas nos indican. Nadie hasta ahora ha negado las apariencias; las disputas versan sobre la realidad efectiva, sosteniendo los unos que el hombre debe contentarse con decir: *parece*; y otros que puede llegar a decir: *es*.

A esto parece referirse Aristóteles en el Libro VI de la *Ética Nicomáquea*, cuando dice que tanto de los “límites inmóviles y primeros”, es decir, de los primeros principios autoevidentes, cuanto de “los últimos”, esto es, de las cosas concretas, sensibles, hay intuición y no razonamiento²⁶. En efecto, en ambos casos hay *visión* del objeto, por así decirlo²⁷, es decir, un conocimiento directo e inmediato de objetos completamente evidentes y, por tanto, aptos para producir un conocimiento verdadero y cierto. Los principios más universales y el hecho presente ante mí, pues, gozan ambos de plena certeza.

La otra subespecie de evidencia intrínseca es la *evidencia intrínseca mediata*, y es la propia de las verdades conocidas no por sí mismas sino *por medio de otra (per aliud notum)*. Es lo que sucede con las conclusiones de las demostraciones científicas y, en general, con las verdades demostradas por un término medio intrínseco, por ejemplo: la demostración de la mortalidad de este hombre singular obtenida por una inferencia mediata a partir del conocimiento de la naturaleza mortal de todo hombre. En este supuesto, que merece denominarse *evidencia apodíctica*, la certeza de la inteligencia se produce en virtud de que la conclusión se resuelve, por medio del razonamiento, en unas premisas que ya son conocidas (porque son evidentes en sí mismas o porque, a su vez, han sido demostradas). Tales son los casos de las conclusiones más lejanas de la metafísica, de los teoremas matemáticos y de muchos conocimientos de las ciencias de la naturaleza y de las ciencias humanas. Si bien esta clase de evidencia no guarda estricta identidad con el caso de los enunciados autoevidentes, es también susceptible de engendrar el mismo grado de certeza, si se apoya en una estricta deducción lógica a partir de una *propositio per se notae*. Por ello, la hemos incluido en esta primera parte de nuestra división.

b) Certeza imperfecta: la que procede de la evidencia extrínseca

Es la certeza consiguiente a la evidencia imperfecta que es la evidencia extrínseca, llamada así porque tiene un motivo extrínseco o que no proviene del objeto mismo sino de un término medio, generalmente, un testimonio; por eso se llama *evidencia de credibilidad*. Es que, en esta clase de evidencia, el objeto no se presenta a la inteligencia en forma directa y de un modo susceptible de determinar necesariamente al entendimiento. Esta clase de evidencia, aun siendo verdadera evidencia, carece de exigencias imperati-

²⁶ Aristóteles. *Ética Nicomáquea*, Libro VI, 1143 a - b.

²⁷ *Suma Teológica*, II-II, q. 1, a. 4, *respondeo*.

vas en relación a la inteligencia y, consecuentemente, la adhesión en la que consiste la certeza depende (al menos en algún grado) de la determinación de la voluntad. El entendimiento no es coaccionado plenamente por la presencia del objeto y ello deja un resquicio mental para un temor que detiene o dificulta el asentimiento. Este temor ha de ser vencido por una definitiva intervención de la voluntad.

Son casos en los que el objeto es gnoseológicamente oscuro para el cognoscente, pues carece de lo que podríamos llamar *evidencia necesitante*. Por lo tanto, el entendimiento como potencia aislada no cuenta con razones que lo determinen con fuerza suficiente para el asentimiento; la adhesión exige, por lo mismo, ser completada por la voluntad. El entendimiento no ve con suficiente claridad y eso lo frena, prudentemente, de adherir con firmeza. Por ello, es menester que intervenga la voluntad como potencia complementaria en la unidad total del *suppositum cognoscens* o de la persona²⁸. La voluntad es incapaz de dar más luz o de engendrar una mayor evidencia, pero sí de dar fuerza a la adhesión. Esa firmeza o seguridad que la certeza añade cualitativamente a la verdad no proviene de la inteligencia, sino que es consecuencia de una totalidad compleja de capacidades psíquicas que, en definitiva, podemos reducir al conocer como facultad de todo el hombre.

Ejemplo típico de certeza imperfecta es la que suscitan los *enunciados de evidencia mediata o extrínsecamente evidentes*. Son aquellos enunciados cuyo contenido se presenta a la mente como verdadero, no por sí mismos sino por un medio gnoseológico extrínseco al propio enunciado que, en este caso, es lo único que se presenta como estrictamente evidente. Es lo que sucede con las verdades a las que accedemos por puro testimonio, como los enunciados en los que se afirma o se niega un hecho histórico y, en general, todos los enunciados fundados en lo que se conoce como *fe humana*.

Se trata de afirmaciones respecto de objetos que, al no ser conocidos por medio de experiencia directa, carecen de *evidencia objetiva*, pues el objeto no estimula directamente nuestras facultades cognoscitivas y esa falla en la luminosidad de la visión del objeto se suple imperfectamente por la evidente confiabilidad de quien lo atestigua o por la evidencia de la veracidad del testimonio. Empero, el testimonio, que constituye el medio a través del cual llega la mente a conocer el objeto, carece de necesidad imperativa y, por lo tanto, la hipótesis contraria se presenta, al menos, como posible, lo cual, naturalmente, crea un estado de indecisión adhesiva o, dicho en términos más precisos, un grado de certeza mucho menor.

28 De Alejandro, J. M. (1969). *Gnoseología*. Ob. cit., 195-197; íd. (1965). *Gnoseología de la certeza*. Ob. cit., 60.

En tales supuestos, la evidencia es solo del medio, pero no del objeto, por eso cabe denominarla *evidencia mediata o imperfecta*. Vale la pena detenerse en este aspecto de la cuestión: en estos casos, lo que se manifiesta directamente a la inteligencia y se ve con claridad es el medio (el testimonio, la autoridad que transmite una verdad) pero no el objeto en cuanto tal. El entendimiento tiene la evidencia de que este testimonio –de un hecho o de una doctrina– puede prudentemente ser creído, merece ser admitido como conforme con la realidad; pero no por esto posee evidencia directa de que la cosa atestiguada sea realmente así. En la medida en que la verdad del enunciado no queda ni directa ni totalmente patente al entendimiento, la facultad intelectual es incapaz de pronunciar un juicio dotado de exigencias imperativas. Queda pues un margen mucho más amplio para la intervención de la voluntad, la cual imperará el asentimiento, si bien legítimamente, puesto que existe un motivo racional para creer (la evidencia de la veracidad del testigo). En efecto, en estos casos, la firmeza de la adhesión y el grado de certeza dependerá del complemento de la voluntad en la unidad de la persona, no como complemento de la evidencia, sino como complemento de la adhesión. Esto es lo que ocurre en nuestras innumerables afirmaciones ciertas de todas clases fundadas en testimonios orales o escritos, sin que veamos razón alguna para dudar prudentemente de su veracidad; por ejemplo, que Cervantes es el autor del *Quijote*; que existe el Polo norte; que nacimos en tal fecha, etc. En realidad, la mayor parte de nuestras certezas históricas, prácticas y de la vida social no tienen otro fundamento. Incluso los expertos, fuera del objeto especial de sus estudios específicos, aceptan sin reserva los datos que les suministran los manuales, tratados o diccionarios, fiándose de sus autores.

Esa evidencia mediata o imperfecta, a su vez, puede ser de dos clases: se llama *evidentia in attestante* la que se funda en la *evidencia de la veracidad del testimonio* considerado en sí mismo, que resulta, no de la autoridad personal del testigo, que puede ser nula, sino de las circunstancias de su testimonio, de su concordancia con otros testimonios o con otros elementos de prueba, o de un cúmulo de signos ciertos que den certeza al contenido del testimonio. A la luz de una tal evidencia, la voluntad interviene necesariamente, porque el sujeto advierte que sería absurdo e inútil resistirse sin razón alguna a admitir lo que es así afirmado. En algunos casos, la certeza que es producto de esta evidencia es muy alta: son aquellos supuestos en los que la afirmación del contradictorio sería un “imposible gnoseológico”; por ejemplo, el juicio *existe el Polo norte*, aunque, de hecho, al sujeto que lo afirma no le conste su verdad más que por testimonio.

La otra clase es la *evidentia creditatis*, es decir, la *evidencia de credibilidad o de autoridad* –que no excluye, desde luego, la anterior–, que es la que se funda en la evidencia de que el testigo, la persona que afirma tal

cosa, es, por razón de su autoridad personal, digna de crédito en todo cuanto dice. Hay, pues, un motivo razonable para creer lo que es afirmado, pero aquí la voluntad es libre de imperar el asentimiento, porque se trata de otorgar confianza a la autoridad de otro.

Un ejemplo claro de certeza ante una evidencia extrínseca es la certeza de la fe. La certeza de la fe es un acto cierto que ni ve, ni sabe, ni conjetura, ni duda; es un acto que tiene firmemente por verdad algo que le dijeron que era verdad. En la fe, dice Santo Tomás, el conocimiento se determina *ab extrínseco*, y el asentimiento se determina por la voluntad²⁹. Por todo esto, se trata de una certeza en la que la primacía está en la voluntad y no en el entendimiento: “[...] en el conocimiento de la fe la voluntad tiene el primado, ya que la inteligencia asiente por la fe a las cosas que se le proponen porque quiere y no necesariamente determinada por la evidencia misma de la verdad”³⁰.

Como se ve, dentro de esta clase de certeza que hemos denominado *imperfecta*, y que también podríamos caracterizar como certeza dependiente de la voluntad, hay una amplia variedad de grados, pero no parece conveniente, por ello, abrir subespecies pues todas ellas tienen una misma esencia o naturaleza, cual es la falla en la evidencia del objeto. Lo que sí resulta claro es que no es certeza en el mismo sentido que la certeza perfecta sino certeza por participación o analogía.

Lo expuesto puede ser graficado del modo siguiente:

Evidencia	Subespecie	Ejemplo	Certeza
Intrínseca: evidencia del objeto mismo, llamada “objetiva”, “perfecta” o “absoluta”.	Inmediata: sin intermedios.	1. Propositiones <i>per se notae</i> (principios). 2. Juicios de evidencia sensible inmediata.	Certeza perfecta o propiamente dicha.
	Mediata: a través de un término medio.	Juicio que es la conclusión de una demostración científica.	Certeza perfecta o propiamente dicha.
Extrínseca: evidencia del medio.	<i>Evidentia in attestante</i> : de la veracidad del testimonio, considerado en sí mismo.	Afirmación de un hecho histórico.	Certeza imperfecta o por analogía.
	<i>Evidentia creditatis</i> : de credibilidad o de autoridad del autor del testimonio.	Opinión de un experto o una autoridad en la materia.	Certeza imperfecta o por analogía.

29 Santo Tomás de Aquino. *De Veritate*, q. 14, a. 1 inc c.

30 Santo Tomás de Aquino. *Suma contra los gentiles*, III, 40.

II.5. La certeza práctica

Toda la doctrina que antecede y todo lo que ha sido dicho corresponde a la certeza especulativa, pero existe también la certeza práctica, que no es, claro está, solamente cognoscitiva, como la especulativa, sino también directiva de la voluntad o, mejor dicho, del acto humano voluntario. La certeza práctica participa, en alguna medida, de la certeza especulativa, pero toda ella está orientada a la acción, como el mismo conocimiento práctico³¹. Se ha dicho, *supra*, que el término y el concepto de la certeza son análogos, doctrina que Santo Tomás sostiene *expressis verbis*, tal como puede verse en el siguiente pasaje: “[...] se llama certeza propiamente la firmeza de adhesión de la facultad cognoscitiva a su objeto. Mas cualquier operación y movimiento de lo que tiende a su fin procede del conocimiento que lo dirige, bien sea propio, como en los agentes voluntarios, bien sea remoto –separado–, como en los agentes naturales”³². Es decir: así como la certeza propiamente dicha es la certeza del conocimiento especulativo, que es la determinación unívoca de la facultad cognoscitiva a su objeto, así también, hay una certeza por participación que es la certeza práctica, la certeza de conocimiento directivo de la acción, llamada por Ramírez *certeza de vida*³³, y que consiste en la determinación que la razón práctica imprime en la acción libre para dirigirla hacia su fin sin titubeos ni vacilaciones.

Santo Tomás lo indica, quizás con mayor claridad, en otro lugar: “[...] la certeza se encuentra en algo de dos modos, a saber, esencialmente y por participación. Se encuentra esencialmente en la facultad cognoscitiva; de este modo se dice que la naturaleza obra certeramente, en cuanto movida por el intelecto divino que mueve certeramente cada cosa a su fin. Y también en este sentido se dice que las virtudes morales obran con más certeza que el arte, en cuanto que son movidas por la razón a sus actos al modo de la naturaleza”³⁴.

Por lo tanto, corresponde distinguir diversas acepciones de la palabra certeza, como ocurre similarmente en todos los análogos: la certeza especulativa perfecta, que es el primer análogo; la certeza especulativa imperfecta, que es un análogo secundario, tal como ha sido estudiado más arriba; y también la certeza práctica que, según enseña el Padre Santiago Ramírez, “no es, pues, una certeza de conocimiento conforme a la verdad especulativa, que es por adecuación a la realidad de las cosas, sino una verdad de dirección conforme a la verdad práctica que es por adecuación al apetito

31 Cfr. Ramírez, S. (1979). *La prudencia*. Ob. cit., 139-141.

32 Santo Tomás de Aquino. *In II Sent.*, d. 26, q. 2, a. 3, n. 134.

33 Ramírez. Ob. cit., 200.

34 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, q. 18, a. 4, *respondeo*.

recto del fin”³⁵. La certeza práctica no es certeza en sentido propio sino una certeza por analogía o por participación, precisamente porque participa de la certeza especulativa, pero en una medida limitada. Ahora bien, toda analogía implica, de suyo, que los analogados inferiores toman parte del contenido esencial presente por antonomasia en el analogado principal. ¿Cuál es ese contenido esencial de la certeza *per prius* que tiene que darse, también y de algún modo, en los analogados inferiores –certeza *per posterius*– y que, por lo tanto, tiene que estar en la certeza práctica? La determinación objetiva, la inclinación determinada a una cosa, que, en el caso de la acción humana, o del acto voluntario, es la dirección al fin³⁶.

III. La certeza del enunciado que expresa la parte dispositiva de una sentencia judicial

III.1. La lógica de los operadores jurídicos

El hombre no puede pensar de otro modo que no sea recurriendo a conceptos, ideas y enunciados generales, de una parte, para luego aplicar, entender e interpretar las cosas individuales, los actos concretos y las circunstancias singulares, mediante un proceso lógico de inclusión de esto último (lo singular) en aquello (lo general). La determinación racional del Derecho en concreto no es una excepción. Los abogados, cuando formulan planteos judiciales a fin de hacer valer los derechos de sus clientes; los propios sujetos jurídicos, cuando establecen cuál es el obrar debido en justicia que deben poner en acto y, de modo más decisivo, los jueces, cuando determinan, con autoridad, y en forma definitiva, qué es Derecho en una situación controvertida; en suma, lo que podríamos llamar “los operadores jurídicos” en general, todos ellos razonan de la misma manera. En la medida en que no pueden crear una solución de la nada, forzosamente deben tomar en cuenta como principio racional de la decisión las normas generales, o bien las pautas generales de conducta expresadas en principios jurídicos universales. Y luego intentarán establecer si el caso concreto está de alguna manera comprendido dentro de los términos generales de esas normas y principios para, finalmente, inferir una conclusión. La operación lógica consiguiente es la aplicación o subsunción, esto es, la subalternación o inclusión de un enunciado particular (o menos general) que expresa los hechos del caso, en uno universal (o más general),

³⁵ Ramírez. Ob. cit., 201.

³⁶ Véase, Lamas, F. A. (2013). Cap. VII “Introducción al dinamismo humano”. En: *El hombre y su conducta*. Buenos Aires. IEF Santo Tomás de Aquino, 211 y sigs.

que es la norma general. “Toda solución de un conflicto, o toda determinación de lo justo, de lo suyo de uno y de lo debido de otro –escribe Félix A. Lamas–, a la vez es concreción e implica subsunción, en la medida que una norma general –un criterio general, o una pauta general de conducta, o un modelo típico imperativo– sea tomada en cuenta como principio de esa determinación”³⁷.

La importancia que posee por sobre las demás modalidades de determinación del Derecho aquella que es propia del juez, tiene su fundamento en que su determinación de lo justo lo es con carácter definitivo y, en el caso de las instancias últimas del orden judicial, inapelable. “La realidad jurídica, que es esencialmente judicial –enseña Álvaro D’Ors–, aunque no se limite estrictamente a las intervenciones judiciales, las tiene siempre como último término de referencia. Todo cuanto constituye realidad jurídica va orientado al juez, pues es jurídico precisamente porque puede dar lugar, eventualmente, a una declaración judicial”³⁸. En suma, si bien es cierto que la determinación del Derecho en concreto no puede reducirse a la que hace el juez y que existe una aplicación del Derecho por parte de abogados y aún los propios particulares, parece claro que en su modo judicial es donde se pueden apreciar más claramente las notas y particularidades de la concreción del Derecho³⁹. Por esa razón, nos limitaremos en lo que sigue a ella, sin perjuicio de dejar sentado que puede aplicarse extensivamente todo lo que se diga a su respecto a las demás modalidades de determinación del Derecho en concreto.

III.2. El silogismo de aplicación de la ley

El acto mediante el cual el juez establece lo suyo y lo debido de cada parte en un proceso judicial se llama *juicio*, ya que “juicio propiamente designa el acto del juez en cuanto es juez; pues decir juez es como decir ‘el que dice el Derecho’”⁴⁰. Y ese juicio, que se exterioriza a través de un enunciado que dice cuál es la conducta jurídica concreta que el justiciable debe realizar, es la conclusión de un silogismo.

El silogismo que hace el juez es el silogismo de aplicación de la ley, que también puede llamarse: silogismo judicial o silogismo prudencial, y es asimilable al silogismo que Santo Tomás denomina, algunas veces, silogismo

37 Lamas, F. A. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas”. En: Lamas, F. A. (Editor). *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*. Buenos Aires. Educa, Colección *Prudentia Iuris*, 38.

38 D’Ors, Á. (1963). *Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid. Rialp, 18-19.

39 En idéntico sentido: Massini, C. I. (1983). *La prudencia jurídica*. Prólogo de Georges Kalinowski. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 46.

40 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 1.

operativo –*sylogismo operativo*–⁴¹ y que en otras oportunidades llama silogismo prudencial –*sylogismo prudentiae*⁴². La premisa menor del silogismo de aplicación de la ley es un enunciado que expresa las circunstancias fácticas que rodean el obrar concreto sometido a juicio, y debe ser subsumida en la mayor, es decir, dentro de la regla general expresada en la ley, para poder concluir en aquello que se debe hacer.

La tesis según la cual la decisión judicial se corresponde esquemáticamente con un silogismo de orden práctico ha sido criticada a lo largo del siglo pasado⁴³ y es todavía hoy un tópico controvertido. Excede la economía de este estudio analizar las posiciones respectivas en este debate o siquiera describirlas. Baste señalar que compartimos la opinión de quienes, dentro del pensamiento clásico, sostienen que la sentencia judicial es, esencialmente y sin perjuicio del uso de otros métodos intelectuales (inducción, interpretación, analogías, la llamada “ponderación de principios”, etc.), el fruto de un silogismo práctico: Félix A. Lamas⁴⁴, Georges Kalinowski⁴⁵, Carlos I. Massini⁴⁶, Pierre Aubenque⁴⁷, Eduardo García Maynez⁴⁸ y Etienne Gilson⁴⁹; por otra parte, están fundamentalmente de acuerdo en que la decisión judicial es el resultado de la subsunción de unos hechos en una norma jurídica, si bien, claro está, cada uno de ellos con particularidades y matices, los siguientes autores: Karl Engisch⁵⁰, Chaim Perelman⁵¹, Karl Larenz⁵², Jerzy Wroblewski⁵³ y Neil MacCormick⁵⁴.

41 *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, VI, IX, n. 889; cito de la traducción de Ana Mallea, (2000). Pamplona. EUNSA, 256. Véase también: *Suma Teológica*, I-II, q. 13, a. 3, *respondeo*.

42 *Suma Teológica*, II-II, q. 49, a. 2. Véase, asimismo: II-II, q. 74, a. 10, 2 m; *Q. D. De Veritate*, q. 12, a. 11, 3m.

43 Véase la extensa lista de detractores que enumera y analiza Recasens Siches, L. (1971) en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “Razonable”*. México. FCE.

44 Lamas, F. A. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas”. Ob. cit., 38.

45 Kalinowski, G. “Le syllogisme d’application du droit”. En *Archives de Philosophie du Droit*. T. IX, 273-285.

46 Massini, C. I. (1983). *La prudencia jurídica*. Ob. cit., 73-75.

47 Aubenque, P. (1976). *La prudence chez Aristote*. París. PUF, 139-152.

48 García Maynez, E. (1977). *Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Revisada. México. Porrúa.

49 Gilson, E. (1974). *Saint Thomas moraliste*. Paris. Vrin, 267.

50 Engisch, K. (1960). *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg. Zweite Aufl.

51 Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Traducción de Julia Sevilla Muñoz. Madrid. Gredos, 357.

52 Larenz, K. (1966). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traducción de E. Gimberanrt. Barcelona. Ariel.

53 Wroblewski, J. “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”. En *Rechtstheorie*, nro. 1, 33-46.

54 MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford. Clarendon Press, 19, 21-22, 25.

Ahora bien, el problema objeto de nuestra investigación es el siguiente: ¿qué grado de certeza tiene ese enunciado singular que es la conclusión del silogismo práctico que formula el juez para resolver el caso concreto sometido a su consideración? Ello implica preguntarse, necesariamente, por la certeza de las premisas del silogismo de aplicación de la ley, pues es una regla universal de todo silogismo que la conclusión es de la misma índole que las premisas. En lo que sigue, analizaremos, por separado, la certeza de cada una de esas premisas.

III.3. La premisa menor del silogismo de aplicación de la ley: la premisa fáctica. Su certeza

Hemos dicho que el juez es, por excelencia, quien principalmente tiene a su cargo la determinación de lo justo en concreto o, lo que es lo mismo, la función de emitir un *juicio* propiamente dicho, esto es, la misión de “decir el Derecho”. Esta determinación es el resultado de un dictamen prudencial que adopta la forma lógica de un silogismo: consiste en la aplicación de una ley general a un hecho particular⁵⁵. El término final de ese proceso intelectual y, también, de toda la actividad judicial, es la sentencia cuyo correlato externo o, por así decirlo, material, es un producto lingüístico, generalmente escrito, que expresa la atribución de lo suyo o de su derecho a cada uno de los litigantes.

La premisa menor del silogismo de aplicación de la ley es un enunciado en el que se afirma o niega el acaecimiento de un hecho, subsumible en normas jurídicas o, dicho en otros términos, un hecho jurídicamente relevante. Empero, el juez debe sentenciar *iuxta allegata et probata*, es decir, tomando en cuenta solamente la información que conste en los escritos constitutivos de la *litis* –demanda y contestación–, de acuerdo con los hechos introducidos por las partes en sus respectivas presentaciones y de conformidad con las pruebas producidas en la causa. Es fácil apreciar la especial dificultad que entraña la averiguación de esos hechos y su expresión mediante un enunciado verdadero, pues son, precisamente, hechos controvertidos; es decir, lo que una parte afirma la otra lo niega.

Los hechos acerca de los cuales el juez deberá pronunciarse ya acontecieron. En efecto, se trata de hechos singulares, pretéritos y, consecuentemente, ni el juez ni tampoco los abogados de parte pueden tener experiencia, en sentido estricto, de esos hechos, entendiéndolo por *experiencia* el

⁵⁵ *Suma Teológica*, I-II, Q. 96, a. 1, ad. 1.

conocimiento directo e inmediato de la realidad presente al sujeto cognoscente, en su concreción fenoménica⁵⁶.

Antes bien, el conocimiento que los operadores jurídicos en general y, en especial, el juez o el tribunal, tienen de los hechos pretéritos *sub iudice* es, por lo tanto, un conocimiento *indirecto y mediato*. *Indirecto* porque, tal como ha sido dicho, ni el juez ni tampoco el abogado de parte tienen experiencia –en el sentido de conocimiento directo e inmediato de la realidad concreta– de los hechos suscitados entre las partes mucho antes de que ambos siquiera tomaran intervención en el caso.

El conocimiento de un hecho pretérito juzgable es *mediato* porque el único modo de conocer ese pasado es apoyándose en los rastros, los vestigios y las huellas que han dejado esos hechos: los documentos, los registros contables, los mensajes intercambiados entre las partes, y, fundamentalmente, los testimonios de los testigos presenciales, es decir, el conjunto de elementos que constituyen la prueba de lo acaecido, en cuanto resulta pertinente para la *litis*. Es, por tanto, un conocimiento *mediato* en sentido estricto, pues se adquiere a través de instrumentos cognoscitivos que en la jerga forense se conocen con el nombre de *medios de prueba* y, cabe resaltarlos, son medios producidos por el hombre como los recién mencionados. “Al crimen lo conocerá el juez a través de la policía –observa Massini–; las causas del incumplimiento de un contrato a través de las afirmaciones de las partes, los testigos, los peritos, etc.; la pertenencia de un inmueble a otro, por intermedio de los escribanos, del catastro, de un testamento, etc.”⁵⁷. Nótese que no se trata de medios lógicos, ni metafísicos, sino humanos y, por lo tanto, no puede descartarse por completo ni el error, ni mucho menos la falta de exactitud, ni tampoco los frecuentes defectos en la transmisión de esos hechos o, incluso, el deliberado propósito de las partes de torcer la verdad. La averiguación judicial de tales hechos dependerá, en definitiva, de lo que den de sí las pruebas producidas en el litigio, lo cual puede no coincidir exactamente con lo efectivamente sucedido. En resumen y para concluir: el conocimiento del hecho pretérito judicial solo puede darse en virtud de un especial modo de conocimiento que se denomina *fe humana*, cuyo término o producto es la afirmación de un hecho por parte del juez que no es ni evidente, ni demostrable por medio de un silogismo apodíctico, sino solo conocido sobre la base de los testimonios y elementos existentes en la causa.

Ese enunciado acerca de un hecho humano, singular e irrepetible, acaecido en el pasado, y conocido de un modo mediato e indirecto por fe humana,

56 “La experiencia es la presencia intencional de lo real, en tanto se aparece al hombre en su concreción fenoménica”. Lamas, F.A. (1991). *La experiencia jurídica*. Ob. cit., 85.

57 Massini, C. I. (1983). *La prudencia jurídica*. Ob. cit., 62.

es un enunciado susceptible de conocimiento especulativo, no práctico, si bien está destinado a integrar un silogismo práctico. Ahora bien, ¿qué grado de certeza puede tener ese enunciado? Negarle toda certeza a la fe humana implicaría negar una de las fuentes más importantes del conocimiento de los seres humanos. En rigor de verdad, la vida humana sería imposible sin el conocimiento por la fe, teniendo en cuenta que son muy pocas las cosas que conocemos por otros modos. Empero, va de suyo que la certeza obtenida por fe humana está lejos de ser una certeza en sentido estricto, perfecta o absoluta. Incluso, en comparación con ésta, parece llamarse certeza solo por analogía o por participación. Esta cuestión merece ser analizada con cierto nivel de detalle y ello será nuestra próxima tarea.

Hemos dicho que la certeza depende de la evidencia del objeto. Pues bien, el enunciado del hecho pretérito judicial que hace el juez en su sentencia es una afirmación respecto de un objeto que, al no ser conocido por medio de experiencia directa, carece de lo que hemos dado en llamar *evidencia intrínseca u objetiva*. En efecto, el objeto de conocimiento, es decir, el hecho singular en cuanto tal, no es evidente al sentenciante porque el testimonio o el documento *no es el hecho* y es incapaz, por su propia naturaleza, de tornar evidente el hecho atestiguado o documentado. Esa falla en la visión del objeto se suple imperfectamente por la *evidencia del medio*, es decir, *evidencia extrínseca*. Empero, el testimonio o la prueba que constituye el medio probatorio a través del cual llega la mente –del juez– a conocer el objeto, carece de necesidad imperativa y, por lo tanto, la hipótesis contraria se presenta como posible, lo cual, naturalmente, crea un estado de indecisión adhesiva o de indeterminación en la inteligencia, la que sólo puede dar su asentimiento en virtud de un acto de la voluntad. Estamos lejos de la certeza entendida como perfecta determinación de la inteligencia ante la evidencia de la verdad. Se trata, más bien, de lo que hemos llamado *certeza imperfecta*, consiguiente a una evidencia extrínseca⁵⁸ y que, en muchos casos, no pasará de ser una mera conjetura de opinión o un juicio probable.

Sin embargo, la experiencia universal de tantísimos procesos judiciales pone de manifiesto que la dificultad gnoseológica para llegar a la certeza respecto de la afirmación de hechos sometidos a juicio es muchas veces superable e, incluso, que existen casos en los que puede adquirirse ese conocimiento con un alto grado de certeza. Por ejemplo, cuando en el juicio prestan declaración testimonial diversas personas, veraces, que dan adecuada razón de sus dichos y éstos coinciden entre sí hasta en sus mínimos detalles; si bien ello no *demuestra* ni tampoco torna *evidente* el hecho, resulta suficiente

58 De conformidad con la clasificación que hemos propuesto más arriba, en el capítulo II.4. de este estudio.

para garantizar, con muy alta probabilidad, que efectivamente ha sucedido del modo en que los testimonios concordantes lo refieren. No es casual que la evidencia extrínseca reciba el nombre de *evidencia creditabilis*.

Santo Tomás hace expresa referencia a la certeza propia de la afirmación de hechos pretéritos conocidos por medio de pruebas judiciales y dice que en esta clase de asuntos humanos “no puede darse una prueba demostrativa e infalible”⁵⁹, razón por la cual no es posible ni prudente exigir una certeza infalible, ni tampoco una certeza como la de las ciencias demostrativas, es decir, lo que hemos caracterizado como certeza perfecta o certeza propiamente dicha. Al contrario, hay que conformarse con el grado de certeza “que conviene a aquella materia, por ejemplo, cuando se prueba por testigos idóneos”⁶⁰, o sea la certeza consiguiente a la evidencia extrínseca, que es certeza imperfecta.

Recapitulando lo expuesto en este apartado, cabe concluir en que el enunciado que constituye la premisa menor del silogismo de aplicación de la ley nunca podrá gozar de evidencia intrínseca o perfecta y, por consiguiente, tampoco podrá engendrar una certeza perfecta o evidente, de conformidad con la clasificación que hemos realizado más arriba. Antes bien, toda vez que se trata de una afirmación –o negación– del acaecimiento de hechos respecto de los cuales el juez –o incluso, los abogados de las partes– tiene un conocimiento indirecto y mediato, su evidencia será, necesariamente, extrínseca y, por lo tanto, la certeza correlativa de tal enunciado es de la clase que hemos denominado *certeza imperfecta o no evidente*.

III.4. La búsqueda tópica de la premisa mayor del silogismo de aplicación de la ley: la premisa normativa

La premisa mayor del silogismo de aplicación de la ley es una norma jurídica de alcance general pues todo juicio debe hacerse “según la ley escrita”, decía ya Santo Tomás⁶¹. Sin embargo, la operación silogística presupone una labor previa de reflexión, de investigación y de búsqueda de las premisas y, en particular, de la premisa mayor, toda vez que el juez –afirmación que puede hacerse extensiva a los abogados de parte– no la encuentra ya formulada y determinada. La teoría de la subsunción es verdadera pero sólo si se la entiende en su exacta realidad. La deducción en forma de silogismo

59 *Suma Teológica*, I-II, q. 105, a. 2, ad. 8.

60 *Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 3, ad. 1.

61 “Es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo” (*Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 5, respondeo).

es tan solo la última fase de la actividad judicial, pero presupone una serie mayor o menor de preparativos y de operaciones intelectuales previas a fin de establecer las premisas de ese silogismo⁶². Para dar con la premisa mayor del silogismo forense, el juez debe realizar una tarea de indagación, de exploración y de estudio hasta encontrar la o las normas –en sentido lato: leyes, decretos reglamentarios, tratados internacionales, principios generales del Derecho– que resulten, en su combinación, más adecuadas para la resolución del caso concreto. Esa labor de búsqueda del material susceptible de operar como premisa general ha sido caracterizada, desde antiguo, como un arte de la *invención* –tomando esta palabra en su sentido etimológico: como hallazgo o descubrimiento–, es decir, una técnica de averiguación o investigación destinada a encontrar los criterios, las ideas, las reglas jurídicas que operarán como *tópicos* o *lugares desde los cuales* se empieza a argumentar, técnica que Aristóteles denominó *tópica*⁶³ y Cicerón, *ars inveniendi*⁶⁴. Esa indagación tópica, esta técnica inventiva, que ha sido descrita por algunos autores como la “construcción de la premisa mayor”⁶⁵, es relevante para nuestro tema, pues pone de manifiesto que, al igual que lo que sucede respecto del enunciado acerca de los hechos, tampoco el enunciado normativo que opera como premisa mayor del silogismo de aplicación de la ley es algo dado, necesario e indubitable al modo de un axioma o una afirmación dotada de plena certeza. Al contrario, “lo que se encuentra (*inventio*) no siempre tiene certeza”⁶⁶.

En lo que sigue, expondremos, sin pretensiones de exhaustividad, un catálogo de los problemas que presenta la construcción o el descubrimiento de la premisa mayor del silogismo de aplicación de la ley.

1) *La búsqueda tópica de la o las normas jurídicas aplicables*

Lo que podríamos llamar *tópica jurídica* o *inventio iuris* es un momento necesariamente anterior al silogismo de aplicación de la ley, ya que es la etapa de descubrimiento y captura de las premisas que posteriormente

62 “Vista de esta manera, la tópica es una meditación prelógica, pues, como tarea, la *inventio* es primaria, la *conclusio* secundaria. La tópica señala cómo se encuentran las premisas, la lógica las recibe y trabaja con ellas”. Viehweg, Th. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid. Taurus, 58.

63 Aristóteles. *Tópica*, 2, 6.

64 Cfr. Cicerón. *Orator*, 44-45.

65 Castán Tobeñas, J. (1947). *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*. Madrid. Instituto Editorial Reus, 12.

66 Santo Tomás de Aquino. *In Libros Analyticorum Expositio*, Nro. 6 (numeración de Marietti).

se utilizarán como punto de partida “desde el cual” comenzar a razonar. El repertorio de tópicos jurídicos susceptibles de ser utilizados por los operadores jurídicos como premisa mayor del silogismo judicial es amplio y diverso. Más de dos mil años de tradición jurídica occidental ponen a disposición del abogado y del juez un importante patrimonio de cultura jurídica al que pueden recurrir. Sin ningún ánimo de exhaustividad, cabe formular un muy somero catálogo de tópicos jurídicos, susceptibles de ser identificados con las llamadas “fuentes del Derecho”: la Constitución Nacional; los Tratados de Derechos Humanos; los tratados internacionales en general; las leyes; los decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo Nacional; las resoluciones de organismos administrativos; los principios generales del Derecho, muchos de ellos positivizados en los textos jurídicos de mayor jerarquía ya mencionados; los principios jurídicos de cada rama del Derecho; los aforismos, brocárdicos o máximas jurídicas; la jurisprudencia; la doctrina de los autores.

Uno de los problemas típicos de esta etapa prelógica (Viehweg), es decir, previa a la puesta en forma de silogismo del material argumentativo, es que muchas veces los hechos del caso pueden ser subsumidos en tópicos jurídicos diversos. La actividad del juez no consiste en algo tan sencillo como sería elegir una norma jurídica que es la única y la que, sin duda alguna, proporciona la solución para el caso. Antes bien, lo más frecuente es que el caso concreto pueda ser subsumido no tan sólo en una sola regla de Derecho sino en diversas normas combinadas y coordinadas entre sí, en general provenientes de fuentes de diversa jerarquía, como pueden ser: artículos de la constitución nacional, disposiciones establecidas en leyes, normas reglamentarias de esas leyes emitidas por el Poder Ejecutivo, etc. Cuando se trata de los magistrados argentinos, esta tarea de selección de la norma aplicable al caso se dificulta enormemente en razón de la gran exuberancia de la legislación vigente, lo cual torna imprescindible una tarea de depuración. En ciertas ocasiones, como se dijo, estas normas no resultan del todo coincidentes entre sí. La labor de fijación de la premisa mayor del silogismo de aplicación de la ley no es, por lo tanto, una tarea lógica que se realice por medio de silogismos previos, sino que consiste en una serie de confrontaciones: de normas jurídicas entre sí, de conclusiones inmediatas o más lejanas, de principios generales del Derecho, y, a veces, de las opiniones de la doctrina en su interpretación de dichas normas. Todo ello exige un trabajo de comparación y correlación de normas, de selección de aquella que debe prevalecer, de evaluación de la validez de cada norma, de eventual apartamiento de la que corresponde desplazar; y, de esta suerte, surgen los consabidos problemas de: prelación de normas, nulidad de normas aplicables al caso por resultar violatorias de otras de mayor jerarquía, o de equidad.

Uno de los tópicos jurídicos utilizados cada vez con mayor frecuencia por jueces y abogados para argumentar en juicios son los principios⁶⁷. Y, nuevamente, puede darse el caso de que dos principios distintos concurren a regular una misma situación de hecho, es decir, el supuesto de colisión de principios, con el problema consiguiente que será optar por aquel principio que desplace al otro. La propuesta teórica más influyente de las últimas décadas destinada a resolver este problema es la de Robert Alexy. El profesor de Kiel denomina “ponderación” a la técnica de comparar y confrontar “el peso de las razones” que juegan a favor de uno y otro de los principios en conflicto⁶⁸. Ahora bien, para Alexy “existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación”⁶⁹, mientras que para nosotros lo que el profesor alemán llama “ponderación” no es una subespecie dentro del género “aplicación o subsunción”, sino más bien una operación intelectual previa a la subsunción, que integra la etapa de búsqueda, descubrimiento y justificación de las premisas. En efecto, en el caso de concurrencia conflictiva de principios jurídicos, durante la fase tópica será necesario recurrir, entre otros procedimientos disponibles, a la ponderación como una posible técnica tendiente a dar las razones que justifican la preferencia por uno de los principios en conflicto. Una vez justificada la elección de un principio, podrá ser utilizado como premisa mayor del silogismo judicial. No es este el lugar para dar este debate *in extenso*. En todo caso, baste lo señalado aquí para dejar en claro que, al juez, las normas o los principios generales susceptibles de brindar la solución de los asuntos que está llamado a resolver no le vienen dados y predeterminados por el orden de fuentes del Derecho, sino que este, en mayor o menor medida, le deja espacios para que elija entre alternativas diversas, sin perjuicio, claro está, de su deber de justificar la opción elegida.

67 En otro lugar, ensayamos la siguiente definición de principios jurídicos: “[...] son aquellas proposiciones práctico-normativas máximamente universales que expresan criterios de conducta en forma sintética, indeterminada y abstracta, y que, en virtud de encontrarse en los niveles superiores de la estructura jerárquico-normativa, operan como fundamento, explicación e instancia de unificación de todas las demás normas e instituciones del orden jurídico que se les subordinan y, consecuentemente, gobiernan la aplicación práctica de unas y otras”. En: Lalanne, J. E. (2015). “Los principios del Derecho del Trabajo”. En *Revista de Derecho*. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Nro. 11 - Julio 2015, 149.

68 Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima. Palestra Ed. Ver “Apéndice”, B) La fórmula del peso, 457 y sigs.

69 Alexy, R. (2007). Ob. cit., 457.

2) *La dialéctica abstracto-concreto*

Ahora bien, una vez seleccionada la regla de Derecho aplicable, surgirá el eterno problema de la dialéctica abstracto-concreto: las normas prescriben, mediante un modelo racional imperativo, como ha de obrar el hombre, pero esta ordenación racional es expresada mediante conceptos, tipos y términos abstractos. Pero como este modelo abstracto puede realizarse de diversas maneras, pues lo justo cambia en cada caso según las circunstancias, es imposible que la norma universal y necesariamente indeterminada señale de una vez para siempre lo que ha de hacerse en concreto, sino que será tarea primordial del juez –con el auxilio de los abogados de las partes– determinar, en cada caso, por medio de la razón prudencial, la medida razonable de lo justo en concreto para que se haga justicia. En efecto, según afirma el de Aquino, en I-II, q. 95, a. 1, *ad. 3*, deben encomendarse a los jueces “algunas cosas tan particulares que no pueden ser comprendidas en la ley”⁷⁰ ya que, redactada en términos generales y abstractos, no puede abarcar la infinita variedad de determinaciones propia de lo concreto.

Para ello, la norma operará a modo de *ratio iuris*, es decir, de razón formal de lo justo, mientras que las circunstancias fácticas singulares del caso sometido a juicio harán las veces de *materia* regulable por la norma, en la que deberá introducirse la *forma* racional de la justicia. Empero, lo relevante es que una misma norma general puede dar lugar a sentencias judiciales correctas aunque diversas entre sí según que la regla general sea aplicada a personas y a circunstancias contingentes, variables, y distintas, respecto de las cuales todo juez deberá realizar una consideración detallada y una reflexión mesurada⁷¹. Va de suyo, por lo tanto, que el pasaje de la norma general y abstracta al caso concreto no es una operación intelectual cuyo término pueda gozar de certeza perfecta o absoluta.

3) *La recíproca implicancia de hechos y normas*

Un problema afín al anterior, aunque no del todo idéntico, es el de la recíproca implicancia entre los hechos articulados por las partes en sus respectivos escritos constitutivos de la *litis*, y conocidos por el juez a través de las pruebas producidas en la causa, y la o las normas aplicables; pues, según sean aquellos, habrá que seleccionar la norma que los prevé. Afirma, lúcidamente,

⁷⁰ *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 1, *ad. 3*.

⁷¹ Dice Santo Tomás que en los actos humanos “hay juicios que requieren la consideración de diversas circunstancias” (*Suma Teológica*, I-II, q. 100, a. 1, *respondeo*).

Theodor Viehweg, en su famosa obra *Tópica y jurisprudencia*, que “lo que de un modo simplista se llama ‘aplicación del Derecho’ es, visto de una manera más profunda, una recíproca aproximación entre los hechos y el ordenamiento jurídico. Engisch ha hablado, en este sentido, de un modo más convincente, de ‘el permanente efecto recíproco’ y de ‘la ida y vuelta de la mirada’”⁷².

La comprensión y la determinación de los hechos repercute sobre la elección de las normas jurídicas en las cuales habrán de ser subsumidos y, por lo tanto, el enunciado que expresa las circunstancias fácticas del caso (la premisa menor) proyecta sobre las normas esa certeza limitada e imperfecta de la que ya hemos hablado. Se ha dicho, con precisión y lucidez, que en el silogismo de aplicación de la ley “la premisa menor, en lugar de permanecer obediente al influjo de la mayor, reacciona y obra sobre ésta, incorporando parte de su contenido. Los hechos concretos a los que aplica su actividad el juez provocan, así, a través de la actuación de éste, un Derecho especial para ellos”⁷³. En efecto, la identificación de la norma destinada a presidir la resolución del caso solo puede hacerse a la luz de los hechos; sin embargo, a su vez, los hechos sólo adquieren virtualidad jurídica en la medida en que son subsumibles en una norma jurídica. A modo de ejemplo: si el reo efectivamente cometió el homicidio, se aplica la norma jurídica que regula el homicidio simple, pero si lo hizo con alevosía, se aplica otra norma distinta que establece un castigo más severo. De tal manera que el conocimiento imperfecto de los hechos y las dificultades que conlleva arribar a una afirmación cierta susceptible de enunciar lo que efectivamente sucedió repercuten sobre las normas aplicables al caso.

4) *Las lagunas legales*

En cuarto lugar, puede darse el fenómeno de las denominadas tradicionalmente *lagunas legales*, es decir, la ausencia de una norma jurídico-positiva explícita perfectamente adecuada para resolver el caso. La ley escrita pretende regular, a modo de modelo general, la conducta social y jurídica y, para ello, el legislador anticipa lo que normalmente ocurre. Pero la legislación siempre registra vacíos y ello por las siguientes razones: (i) el legislador no puede preverlo todo, pues la riqueza de las innumerables situaciones posibles y la diversidad de alternativas que se presentan en el fluir cotidiano de la vida social, en su singularidad, mutabilidad y contingencia, rebasan la

72 Viehweg, Th. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid. Taurus, 120.

73 Dualde, J. (1933). *Una revolución en la lógica del Derecho (concepto de la interpretación del Derecho Privado)*. Barcelona, 282 y sigs.; citado por Castán Tobeñas, J. (1947). *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*. Ob. cit., 15.

previsión legislativa. Ya desde antiguo, se había llegado a la comprobación de que es imposible que las normas formuladas abarquen todos los casos posibles, tal como surge del *Digesto*: “[...] ni las leyes ni los senadoconsultos pueden redactarse de tal forma que comprendan todos los casos que ocurran dondequiera”⁷⁴. Por eso, el Derecho romano otorga a los pretores la función de subsanar y suplir las insuficiencias del Derecho escrito⁷⁵; (ii) el cambio de las situaciones sociales reguladas, que hace que una norma nacida en determinadas circunstancias resulte inadecuada para regir otras nuevas surgidas al compás del inevitable dinamismo de la vida social. Estas últimas, llamadas “lagunas sobrevinientes”, son las más comunes. Por lo tanto, es virtualmente imposible que no haya *lagunas legales*⁷⁶ y éste no es más que uno de los aspectos del problema de la concreción del Derecho: la constitutiva inadecuación entre las normas, necesariamente abstractas, que sólo pueden prever *cosas futuras y generales*, según la genial intuición de Aristóteles⁷⁷, y la multiplicidad, variabilidad e individualidad de lo concreto. De ahí que, en la resolución de casos singulares, es posible que los jueces se encuentren con vacíos o insuficiencias dentro del orden jurídico normativo, es decir: situaciones que no son susceptibles de ser subsumidas en ninguna norma jurídica existente en el orden jurídico normativo, pero que sin embargo no pueden dejar de ser resueltas por medio de una sentencia. En la literatura jurídica reciente, si bien sobre la base de un marco teórico iuspositivista, merecen citarse los aportes de Alchourron y Bulygin y la rica clasificación de lagunas que realizan estos autores como muestra de que la existencia del problema de las lagunas normativas es hoy aceptado por todos⁷⁸. Modernamente, se ha dado en llamar *integración* a la labor del

74 *Neque leges et senatus consulta ita scribi possunt ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur* (Justiniano. *Digesto*, Lib. I, Tit. 3, frag. 10).

75 *Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvanti, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia* (*Digesto*, Lib. I, Tit. 1, frag. 7)

76 “Ni la laguna, cuando se la encuentra, puede siempre imputársela al legislador: antes bien, en líneas generales, todo ordenamiento es ‘por definición con lagunas’, como lo ha visto con insuperable precisión la filosofía idealística, analizando el carácter abstracto y, por tanto, general de la norma frente a la multiplicidad y a la individualidad de lo concreto. Así como es imposible que la norma se adapte inmediata y automáticamente al caso singular antes de que en la obra de aplicación haya visto el juez el caso en su estructura racional y típica además de haberlo hecho en su individualidad y contemporáneamente haya encontrado en la ley toda su *vis* y *potestas*, así también es igualmente imposible que en la ley no haya lagunas”. López de Oñate, F. (2017). *La certeza del Derecho*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín. Santiago de Chile. Ed. Olejnik, 92.

77 Aristóteles. *Retórica*, I, 1.

78 Alchourron, C. E. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. New York/Wien. Springer Verlag. Capítulos II y VI. Hay traducción castellana de los mismos autores: (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires. Astrea.

órgano de aplicación de la ley consistente en suplir la falta de disposiciones jurídicas claras para la solución de los casos no previstos. El procedimiento tradicional⁷⁹ para suplir las insuficiencias de la legislación positiva ha sido el de recurrir a los principios generales del Derecho, a los principios de la ley natural y a la equidad, ya sea para utilizarlos, directamente, como premisa mayor del razonamiento prudencial, o bien, para elaborar, a partir de las fuentes supletorias mencionadas, una regla de Derecho particular que resulte apta para resolver el caso no contemplado en la ley positiva.

5) *El problema de la interpretación*

En quinto término, y siguiendo con este repertorio de los conflictos atinentes a la elaboración de la premisa normativa del silogismo jurídico-prudencial, se presenta *el problema de la interpretación* de los enunciados normativos que integran todo silogismo. Desde Santo Tomás de Aquino⁸⁰ hasta Kelsen⁸¹, se admite que quien aplica una norma jurídica, de algún modo la interpreta. Todo precepto jurídico encierra un sentido, pero este no siempre se manifiesta con claridad. El lenguaje natural humano no está exento de ambigüedades⁸², de vaguedades⁸³ e imprecisiones, y de lo que, a partir de Waismann se ha dado en llamar “la textura abierta del lenguaje”⁸⁴, enten-

79 A mero título ejemplificativo, cabe citar el *Digesto*: Lib. 27, Tit. 1, ley 13, párr. 7; en la Edad Media, la *Glosa de Godofredo*: Glosas 51 y 52 y la *Compilación aragonesa* de 1274, que otorgaban a la *naturalis justitia*, a la ley natural o a la equidad el carácter de instrumentos aptos para completar el Derecho escrito cuando fuera necesario. En la Edad Moderna, el Código de Austria de 1797, sancionado en tiempos de Leopoldo II para la Galitzia Occidental, tiene fama de ser el primero en mencionar a los principios generales y naturales del Derecho y, en 1838, el Código Civil Albertino establecerá por primera vez para la Cerdeña y el Piamonte la fórmula de principios generales del Derecho.

80 “Puesto que se debe juzgar según las leyes escritas, conforme a lo expuesto, el que pronuncia el juicio interpreta de algún modo el texto de la ley, aplicándolo a un asunto particular” (*Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 6, *respondeo*).

81 Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Moisés Nilve. Buenos Aires. Eudeba, 163.

82 “Ambiguo”, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, significa: “[...] que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión”.

83 Un concepto es vago cuando es dudoso si se aplica o no a ciertos entes. En el ámbito jurídico, Herbert Hart ha tematizado el tema de la vaguedad de las normas jurídicas en el capítulo VII de su obra más conocida: (1961). *The concept of law*. Oxford. Oxford University Press. Hay traducción castellana de Carrió, G. (1963). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

84 Waismann, F. (1951). “Verificability”. En Flew, A. N. G. (Ed.). *Logic and Language*. Oxford. Blackwell, 117-144.

diendo por tal expresión la posibilidad de que una palabra se aplique en el futuro a cosas diversas de aquellas a las que se aplica actualmente. Las normas jurídicas, prácticamente todas, están hechas de un material lingüístico que es por definición poroso, abierto, en alguna medida indeterminado, por lo que siempre pueden aparecer casos cuya solución resulta dudosa a la luz de dichas normas, debiendo el juez concretarlas y completarlas por vía de interpretación. La interpretación consiste en la operación intelectual destinada a “atribuir un sentido determinado a un signo lingüístico”⁸⁵. Toda vez que la norma es un enunciado expresado por medio de signos lingüísticos, es necesario realizar una interpretación de ellos con el fin de desentrañar su sentido. La interpretación jurídica está destinada a desvanecer las dudas respecto del significado de una norma jurídica, a aclarar los pasajes oscuros y, en definitiva, a asignarle un sentido al texto legal. Solo una recta interpretación de la norma, dice Betti, garantiza su recta aplicación al caso concreto⁸⁶. Los diversos mecanismos de unificación de la jurisprudencia, tales como los tribunales de casación o los fallos plenarios, ponen de manifiesto que es harto frecuente la divergencia respecto de la interpretación de una norma jurídica. Por otra parte, existe una abundante literatura jurídica dedicada al tema de la interpretación con extensos catálogos de directivas y reglas para guiar el proceso de interpretación, todo lo cual demuestra hasta qué punto estamos ante una materia controvertida, opinable y, consecuentemente, dotada de incertidumbre. Va de suyo, pues, que la asignación de un determinado significado a una fórmula normativa no es una verdad evidente susceptible de generar certeza perfecta. Tanto es así que la historia da cuenta de períodos durante los cuales se ha llegado a prohibir la interpretación por considerarla causa de incertidumbre⁸⁷.

6) Conclusión

En resumidas cuentas, y para concluir, de lo expuesto en este apartado, si bien no nos caben dudas de que toda decisión judicial tiene una estructura subsuntiva, dicha subsunción final (etapa lógica) se produce recién

85 Kalinowski, G. (1972). “Philosophie et logique de l’interpretation en droit”. En APD, Nro. 17. Paris. Sirey. Citado por Massini, C. I. (1983). *La prudencia jurídica*. Ob. cit., 66.

86 Betti, E. (1959). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid. Revista de Derecho Privado, 100.

87 Justiniano la prohibió, según informa Albertario (1935). *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*. Milano, 136. Al respecto, véase también: Calamandrei, P. (1935). *La cassazione civile. Storia e legislazioni*. Milan-Torino-Roma. Bocca. Vol. I, n. 150, y vol. II, 71.

después de una etapa previa (tópica o *inventio iuris*), que consiste en una ardua tarea de búsqueda, captura y selección de las premisas (en este caso, la mayor). Por lo tanto, el juez no podrá ser nunca un *être inanimé*, es decir, un autómatas que aplica mecánicamente las leyes, según la pretensión de Montesquieu⁸⁸ y, en general, de la Escuela de la Exégesis⁸⁹, y tampoco un *subsumtionsmaschine* (máquina de subsumir), de acuerdo con la expresión tan elocuente que ha sido utilizada por la doctrina alemana⁹⁰: un artefacto que se limita a subsumir hechos en normas jurídicas indudablemente aplicables al caso, que brindan la única solución correcta, como si se tratase de una operación mecánica. Se trata de una actitud matematizante o geométrica que propone utilizar un método para la resolución de los casos judiciales que no parece compatible con la materia jurídica. Antes bien, la premisa mayor del silogismo de aplicación de la ley es el fruto de un trabajo, frecuentemente difícil, de investigación, de búsqueda tónica, de deliberación, de comparación y de confrontación de disposiciones entre sí, de prudente interpretación a fin de establecer el significado intrínseco del enunciado normativo, de valoración y corrección de la ley general para adaptarla al caso, de integración de eventuales lagunas legales, para llegar, finalmente y con esfuerzo, a seleccionar y descubrir la o las normas legales, reglas de Derecho o principios susceptibles de operar como *topoi*, o lugares desde los cuales, o a partir de los cuales, realizar la inferencia. Va de suyo que el resultado de esta labor, consistente ya sea en la elección de una norma, o bien en la construcción de una regla para el caso, carecerá de la evidencia intrínseca susceptible de provocar una certeza perfecta, porque, en rigor de verdad, es una tarea en la que interviene no solo la razón práctica sopesando razones y valorando alternativas, sino también la voluntad, que es la que corta ese discurso deliberativo con el juicio electivo de la norma que, en definitiva, operará como premisa del razonamiento del juez.

Adviértase que esto no implica negar la existencia de principios jurídicos de máxima evidencia, los cuales, en virtud de ello, pueden engendrar el más alto grado de certeza. Tal el caso, por ejemplo, del principio *alterum non laedere*. Lo que sucede es que a medida que se desciende desde la altura de estos principios, máximamente abstractos, necesariamente indeterminados y esquemáticos, aunque dotados de plena certeza, a las leyes par-

88 “Los jueces de la nación no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” (*Del espíritu de las leyes*, XI, capítulo VI. Paris. Ed. Garnier, T. I, 234).

89 En general, sobre la Escuela de la Exégesis, puede verse, con provecho: Bonnacase (s/f). *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*, trad. de Cajica. México.

90 Expresión que emplea Binder, según señala López de Oñate, F. (2017). *La certeza del Derecho*. Ob. cit., 116.

ticulares, que son como conclusiones derivadas de los principios generales del Derecho, la exactitud y certeza van disminuyendo y, más aun, cuando se trata de la aplicación de la ley general a unas circunstancias concretas⁹¹. Parece claro, entonces, que la selección que deberá realizar el juez de la norma adecuada para resolver el caso y la consiguiente decisión de utilizarla como premisa mayor aplicable a los hechos sometidos a juicio, nunca será una decisión que se le imponga con evidencia necesitante, tal como se le imponen a la inteligencia las cosas claras, patentes y manifiestas, con la consiguiente certeza limpia y firme que ello trae aparejado. Al contrario, cuando el Magistrado opte por una determinada regla de Derecho, ello será, en alguna medida, producto no solo de su inteligencia sino también de su voluntad y, consecuentemente, su opción solo podrá gozar de una certeza imperfecta, analógica, como la que hemos analizado en un capítulo anterior de este estudio.

IV. Conclusiones

- a) La certeza, en sentido estricto, o certeza propiamente dicha, es *la firme determinación y adhesión del intelecto a alguna cosa, de manera que excluya todo temor a equivocarse*. La certeza procede de la evidencia y, por lo tanto, habrá tantas clases de certeza como formas de evidencia. Desde este punto de vista, puede dividirse en: (i) *certeza perfecta*, que es la certeza propiamente dicha, a saber: la firme determinación del intelecto que da lugar a un asentimiento sin ningún tipo de restricción, consiguiente a la evidencia intrínseca que, por lo mismo, puede llamarse, también, sin más, *certeza de evidencia*; que es la certeza de la experiencia sensible y de los principios; y, de otra parte, (ii) *certeza imperfecta*, que es la adhesión que engendran los juicios de evidencia extrínseca. En el primer caso, hay una evidencia clara que fija a la mente en su objeto de un modo infalible, pero en el segundo la evidencia es menos definitiva porque es indirecta. A punto tal que, en rigor de verdad, no parece adecuado utilizar el concepto de certeza en sentido unívoco. La certeza imperfecta o de credibilidad no es certeza en el mismo sentido que la primera y, por lo tanto, podría, o bien ser equiparada con la certeza propia de la opinión, o, en su caso, podría ser considerada certeza sólo por analogía o por participación.

91 *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 4, respondeo.

b) Los materiales que utilizan los operadores jurídicos en general para pensar, para razonar y para arribar a afirmaciones sobre lo que es justo en un caso concreto se reducen, esquemáticamente, a dos: enunciados acerca de hechos singulares pretéritos y enunciados normativos en sentido lato (que comprenden tanto las normas jurídicas particulares como también los principios más generales). O, dicho en otros términos: el silogismo de aplicación de la ley propio de los operadores jurídicos y, en especial, de los jueces, se construye con una premisa fáctica y una premisa normativa; en el caso del razonamiento del juez, la conclusión es la sentencia. Empero, lleva razón Recasens Siches cuando dice: “[...] la auténtica miga de la función judicial y la pesada carga de la misma no consiste en deducir la conclusión de dos premisas sino en la tarea, muchas veces difícilísima, de sentar las premisas correctas”⁹². Hemos tenido oportunidad de comprobar que ninguna de estas premisas goza de certeza plena o perfecta, pues ni los hechos del caso (premisa menor) ni tampoco la norma o principio jurídico en definitiva aplicable (premisa mayor) se presentan a la mente con evidencia intrínseca objetiva susceptible de imponerle una *determinatio ad unum*. Ahora bien, de conformidad con las reglas universales de los silogismos, la evidencia y la certeza –limitadas e imperfectas– de las premisas se comunica a la conclusión; por lo tanto, la conclusión del silogismo de aplicación de la ley, en la medida en que procede de premisas dotadas de una certeza con mero grado de probabilidad o verosimilitud, tendrá una certeza de la misma naturaleza. El razonamiento judicial concluye con la sentencia, acto autoritativo por el cual el juez da por terminada la deliberación y decide cuál es la solución justa para el caso concreto justiciable. Empero, en virtud de lo expuesto, ese juicio nunca podrá gozar de certeza en sentido propio o perfecta, sino solamente de certeza imperfecta, lo cual implica, necesariamente, cierta intervención de la voluntad. Por lo tanto, y de conformidad con los resultados de nuestro estudio, el juez pronunciará la sentencia conforme a la *opinión* que creyere más justa en el caso concreto, esto es: mejor apoyada por las normas jurídicas que haya considerado aplicables al caso y más ajustada a los hechos que, verosímelmente, afirme que hayan ocurrido. Esa decisión final tiene la índole de una *opinión*, que, en cuanto tal, siempre implica el temor de que las cosas sean de otra

92 Recasens Siches, L. (1971). *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. Ob. cit., 420.

manera⁹³. En efecto, como decía Santo Tomás de Aquino, “es de la esencia de la opinión aceptar una cosa con miedo de que sea verdad la opuesta; de ahí que no sea firme la adhesión”⁹⁴.

El temor del que habla Santo Tomás consiste, en este asunto, en el peligro de que la sentencia pronunciada sea errónea, es decir, que las cosas sean de un modo distinto respecto de cómo las piensa y las dice el juez. El buen juez siempre será consciente de que los motivos para fallar en determinado sentido son solamente probables y de que esa mayor probabilidad que lo inclina a pronunciarse de ese modo no excluye por completo la posibilidad de una decisión diversa o contraria. Es fácil apreciar la diferencia entre la certeza propia de la opinión y la de un juicio cierto en sentido estricto, pues en la certeza propiamente dicha la mente se rinde ante la evidencia y se decide por uno de los extremos de la contradicción sin temor alguno de error, es decir, y tal como ha sido analizado en la primera parte de este estudio, con plena firmeza.

- c) Una consecuencia que se sigue de lo dicho y que, si bien no fue tematizada en este trabajo, vale la pena señalar es que, habida cuenta de que las premisas que operan como punto de partida del discurso jurídico son solo probables o verosímiles, es decir, no son enunciados evidentes en sí mismos (*per se notae*), dotados de certeza propiamente dicha, llevan razón los diversos autores que a lo largo del siglo XX y lo que va de este han sostenido que la silogística apodíctica propia de las ciencias matemáticas y demás modos de inferencia necesaria no son adecuados para razonar jurídicamente, a saber: Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Karl Engisch, Karl Larenz, Francesco Carnelutti, Luis Recasens Siches y, en nuestro medio, Félix A. Lamas, Rodolfo Vigo, Carlos I. Massini, entre otros.
- d) Una última conclusión que se desprende de nuestro estudio es que, ante la falta de *evidencia necesitante* por parte del objeto, se incrementa el margen de intervención del sujeto cognoscente, en este caso, el juez. Parece difícil eliminar toda dosis de subjetivismo en la labor de valoración de los testimonios, comprensión de los documentos, selección e interpretación de las normas jurídicas aplicables y, finalmente, composición de hechos y normas para llegar a una conclusión; siempre habrá en toda esta compleja tarea un sello de la personalidad moral –lo que Aristóteles llamaba *ethos*– del juez. Por

⁹³ *Suma Teológica*, II-II, q. 1, a. 5 ad. 4.

⁹⁴ “*De ratione opiniones est quod accipiatur unum cum formidine alterius oppositi; unde non habet firmam inhaesionem*” (*Suma Teológica*, I-II, q. 67, a. 3, *respondeo*).

eso, cobran enorme importancia las disposiciones morales de aquellos que tienen la facultad de juzgar y, en especial, la virtud de la prudencia. Un juez prudente, consciente del terreno difícil en que se mueve, depurará sus afirmaciones, limitará sus posibilidades de certeza, distinguirá entre lo racionalmente aceptable como verdadero y cierto y lo insuficientemente luminoso y claro. Y, desde otro punto de vista, todo ello es lo que justifica la existencia de la doble instancia para permitir el control crítico de las conclusiones de los jueces y a fin de que los excesos subjetivistas de un magistrado puedan ser corregidos por la objetividad de otros.

- e) A modo de corolario final, respondemos la pregunta con la que abrimos este estudio, afirmando que la certeza propia de las resoluciones de los órganos judiciales que ponen fin a un litigio con carácter definitivo y con autoridad de cosa juzgada, es decir, las sentencias judiciales, es una certeza imperfecta, propia de la opinión.

Bibliografía

- Alchourron, C. E. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. New York/Wien. Springer Verlag. Hay traducción castellana de los mismos autores: (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires. Astrea.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima. Palestra Ed.
- Aristóteles (1998). *Metafísica*. Ed. Trilingüe de Valentín García Yebra. Madrid. Gredos.
- Aristóteles (1981). *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles (1971). *Retórica*. Edición del texto, con aparato crítico, traducción, prólogo y notas por Antonio Tovar. Madrid. Instituto de Estudios Políticos.
- Aristóteles (2015). *Tratados de Lógica (Categorías – Tópicos – Sobre las refutaciones sofísticas – Sobre la interpretación – Analíticos Primeros – Analíticos Segundos)*. Introducciones, traducciones y notas de Miguel Candel Sanmartín. Madrid. Gredos.
- Aubenque, P. (1976). *La prudence chez Aristote*. París. PUF.
- Betti, E. (1959). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid. Revista de Derecho Privado.
- Bonnecase (s/f). *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*. Trad. de Cajica. México.
- Calamandrei, P. (1935). *La cassazione civile. Storia e legislazioni*. Milan-Torino-Roma. Bocca.
- Castán Tobeñas, J. (1947). *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*. Madrid. Instituto Editorial Reus.
- Corominas, J. (2015). *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico* (6 tomos). Madrid. Gredos.

- De Alejandro, J. M., S. J. (1965). *Gnoseología de la certeza*. Madrid. Gredos.
- De Alejandro, J. M., S. J. (1969). *Gnoseología*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.
- D'Ors, Á. (1963). *Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid. Rialp.
- Engisch, K. (1960). *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg. Zweite Aufl.
- García Maynez, E. (1977). *Filosofía del Derecho*. México. Porrúa.
- Gilson, E. (1974). *Saint Thomas moraliste*. Paris. Vrin.
- Herbert, H. (1961). *The concept of law*. Oxford. Oxford University Press. Hay traducción castellana de Carrió, G. (1963). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Jenkins, J. (1997). *Knowledge and Faith in Thomas Aquinas*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Justiniano. *Digesto*. (1968, 1972 y 1975). Alvaro d'Ors (coordinador). Pamplona. Aranzadi (3 tomos).
- Kalinowski, G. "Le syllogisme d'application du droit". En: *Archives de Philosophie du Droit*. T. IX.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Moisés Nilve. Buenos Aires. Eudeba.
- Lalanne, J. E. (2014). "La ineludible estructura lógica (silogismo) del razonamiento forense". *Diario de Filosofía del Derecho – El Derecho*. Buenos Aires. Nro. 27 (julio de 2014), 7-8.
- Lalanne, J. E. (2015). "Los principios del Derecho del Trabajo", en *Revista de Derecho*. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Nro. 11 – Julio 2015, 137-161.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Lamas, F. A. (editor) (2002). *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*. Buenos Aires. Educa. Colección *Prudentia Iuris*.
- Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del Derecho*. 2ª ed. Prólogo de M. Rodríguez Molinero. Traducción de E. Gimberart. Barcelona. Ariel Derecho.
- López de Oñate, F. (2017). *La certeza del Derecho*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Rendín. Santiago de Chile. Ed. Olejnik.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford. Clarendon Press.
- Massini, C. I. (1983). *La prudencia jurídica*. Prólogo de Georges Kalinowski. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Millán Puelles, A. (2002). *Léxico filosófico*. Madrid, Rialp.
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Traducción de Julia Sevilla Muñoz. Madrid. Gredos, 357.
- Ramírez, S. (1979). *La prudencia*. Madrid. Ed. Palabra.
- Recasens Siches, L. (1971). *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "Razonable"*. México. FCE.

- Santo Tomás de Aquino (1967). *Suma contra los gentiles*. Robles Carcedo, L. y Robles Sierra, A. (Editores). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Santo Tomás de Aquino (1988). *Suma de Teología* (5 vols.). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Santo Tomás de Aquino (2000). *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Traducción de A. Mallea. Pamplona. EUNSA.
- Santo Tomás de Aquino (1956). *In Libros Analyticorum Expositio*. Turin-Roma. Ed. Marietti.
- Santo Tomás de Aquino (1996). *De Veritate*. Traducción de Humberto Giannini y Óscar Velázquez. Santiago de Chile. Editorial Universitaria.
- Suárez, F. (1960). *Disputaciones metafísicas*. Edición y traducción de Sergio Rábade Romeo, Salvador Caballero Sánchez y Antonio Puigcerver Zanón. Madrid. Gredos. Biblioteca hispánica de filosofía (7 vols.).
- Verneaux, R. (1981). *Epistemología general o crítica del conocimiento*. Barcelona. Ed. Herder.
- Viehweg, Th. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez Picazo. Madrid. Taurus.
- Waismann, F. (1951). "Verificability". En Flew, A. N. G. (Ed.). *Logic and Language*. Oxford. Blackwell, 117-144.
- Wroblewski, J. "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision". En *Rechtstheorie*. Nro. 1, 33-46.

APROXIMACIONES A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL 4.0

*Desafíos planteados por la normativa emergente sobre responsabilidad civil médica del Código Civil y Comercial de la Nación en la Argentina 4.0*¹

Approaches to medical civil liability in the Industrial Revolution 4.0

Challenges posed by the emerging regulations on medical civil liability of the civil and commercial code of the nation in Argentina 4.0

Carlos A. Fossaceca (h)^{2,3}

Recibido: 23 de junio de 2020

Aprobado: 19 de julio de 2020

Resumen: El presente trabajo versa sobre los aspectos más destacados de la responsabilidad médica. Contiene los lineamientos tradicionales, tales como el encuadre de la medicina como profesión liberal y la situación legal

1 El presente trabajo se integra en la nómina de trabajos académicos del Programa IUS sobre Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), sobre “Responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0 – Impacto de la normativa sobre responsabilidad civil del Código Civil y Comercial en la Era Digital 4.0”, que co-dirigen el Dr. Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú y el Dr. Juan Darío Veltani, junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan. Al mismo tiempo, se integra también al Programa IUS de la citada universidad sobre “Prevención y Derecho de Daños. Impacto de las reglas del *compliance* en la dinámica obligacional. Gestión de riesgos en actividades especialmente peligrosas”, con la dirección del Dr. Fernando Alfredo Ubiría, junto a un grupo de prestigiosos juristas que llevan adelante el mismo.

2 Abogado, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de Obligaciones y Daños, Pontificia Universidad Católica Argentina y Ex Profesor de Derechos Reales de la Universidad del Salvador, Pilar, Buenos Aires, Argentina, a cargo de la cátedra de Derecho Civil IV. Autor de numerosos artículos de doctrina. Correo electrónico: fossaceca_carlos@yahoo.com.ar.

3 Dedicado a la profesora Silvia Yolanda Tanzi, quien me enseñara los principios de Obligaciones y del Derecho de Daños.

de las clínicas y hospitales, y un análisis de supuestos actuales desarrollados en el orden de eventos conocidos con el nombre de Revolución Industrial 4.0. Se ha ponderado de manera especial la gravitación del actual Código Civil y Comercial de la Nación argentina en dicho tema; en particular, se ha focalizado la indagación en los presupuestos de la responsabilidad civil, verbigracia, relación de causalidad, factores de atribución y la teoría de las cargas dinámicas. Simultáneamente, la última parte del trabajo se dedica a la explicación de ciertas hipótesis de la medicina en la sociedad digital: inteligencia artificial, uso de robots, telemedicina, medicina genómica y el empleo de la nanotecnología.

Palabras clave: Responsabilidad civil médica; Revolución Industrial 4.0; Inteligencia artificial; Telemedicina; Medicina genómica; Nanotecnología.

Abstract: This article deals with the most outstanding aspects of medical liability. It contains traditional ideas, such as the framing of medicine as a liberal profession and the legal situation of clinics and hospitals, and an analysis of current situations developed in the order of events known as Industrial Revolution 4.0. The gravitation of the current Civil and Commercial Code of the Argentine Nation in the mentioned subject has been specially considered; in particular, the investigation has been focused on the requirements of civil liability, for example, causation, grounds of liability and the theory of dynamic loads. Simultaneously, the last part of the article is destined for explaining certain hypotheses of medicine in the digital society: artificial intelligence, the use of robots, telemedicine, genomic medicine and the use of nanotechnology.

Keywords: Medical civil liability; Industrial Revolution 4.0; Artificial intelligence; Telemedicine; Genomic medicine; Nanotechnology.

Sommario: Questo lavoro si occupa degli aspetti più importanti della responsabilità medica. Contiene le linee guida tradizionali, come la definizione della medicina come professione liberale e la situazione giuridica di cliniche e ospedali, e un'analisi delle ipotesi attuali sviluppate nell'ordine degli eventi noto come Rivoluzione industriale 4.0. La gravitazione dell'attuale Codice Civile e Commerciale della Nazione Argentina su questo tema è stata pesata in modo speciale; In particolare, l'indagine si è concentrata sulle ipotesi di responsabilità civile, ad esempio causalità, fattori di attribuzione e teoria dei carichi dinamici. Contemporaneamente, l'ultima parte del lavoro è dedicata alla spiegazione di alcune ipotesi di medicina nella società digitale: l'intelligenza artificiale, l'uso dei robot, la telemedicina, la medicina genomica e l'uso delle nanotecnologie.

Parole chiave: Responsabilità medica; Rivoluzione industriale 4.0; Intelligenza artificiale; Telemedicina; Medicina genomica; Nanotecnologia.

Para citar este artículo:

Fossaceca, C. A. (2020). “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0. Desafíos planteados por la normativa emergente sobre responsabilidad civil médica del Código Civil y Comercial de la Nación en la Argentina 4.0”. *Prudentia Iuris*, N. 90, pp. 117-158
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.117-158>

I. Introducción

El nuevo milenio presenta nuevos paradigmas, consecuencia de circunstancias y factores que irrumpieron en el siglo XX y proyectaron sus frutos en el Tercer Milenio.

Uno de los aspectos más destacados de tal elenco finca en la exaltación de la *dignidad* del Ser Humano⁴, tal como se constata con la lectura del artículo 51 del Código Civil y Comercial⁵. La salud, en consecuencia, se torna objeto de una extrema y cuidadosa ponderación.

Prueba de lo afirmado se trasunta en diversas disposiciones recogidas en tratados internacionales. Resultando de importancia primigenia para nuestro país los artículos VII y XI de la *Declaración Americana de los Derechos del Hombre*; el artículo 4º de la *Convención Americana de Derechos Humanos*; los artículos 3º, 8º y el 25 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; el artículo 12 del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; los artículos 6º y 24 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y los artículos 6º, 23, 24 y 26 de la *Convención de los Derechos del Niño*, entre otros. Desempeñando la función de fuentes del Derecho argentino⁶, siendo muy habitual referirse a estos como el *bloque constitucional de los tratados*.

4 “La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales”, Gross Espiell, H. (2003). *La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos*. México. PNUD, 13.

5 Artículo 51 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

6 Véase Fossaceca, C. A. (2012). “Tratados Internacionales, Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos como fuentes modernas del ordenamiento jurídico argentino

Tampoco cabe soslayar la manda del artículo 42 de la Constitución Nacional, que –en su parte pertinente– versa sobre el tópico en cuestión: “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; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”⁷.

Imbuido del espíritu de la posmodernidad, la medicina no ha sido ajena a los cambios ocurridos en los últimos tiempos⁸. En sus orígenes, se estimaba que su fin radicaba en el *arte de cuidar*. Más adelante, se erigió la concepción clásica: la finalidad de esta rama del saber consiste en la *sanación* de una *persona enferma*. En la actualidad, se ha ampliado el campo de acción, como consecuencia del asombroso desarrollo de la medicina: la cirugía estética ha conducido a que se discuta sobre novedosas nociones, por ejemplo, la *medicina modificativa*.

Fenómeno similar ha afectado al Derecho. Los viejos odres creados en la antigüedad por la incesante labor de los pretores y la sapiencia de los jurisconsultos, como Gayo, devienen insuficientes para contener los institutos típicos del siglo XXI. Harto difícil resulta que Ulpiano o Vélez Sarsfield, el “Cicerón de la República”, como solía referirse el siempre recordado Profesor Guillermo Allende, pudieran haber concebido la figura de la *relación de consumo*; en rigor de verdad, la literatura jurídica argentina hubo de esperar para ello la pluma del Profesor Roberto López Cabana, que trazó las primeras huellas del camino a seguir a fines de la década de los setenta.

Los *nuevos perfiles* que se contemplan en el Tercer Milenio encuentran un vasto ámbito de desarrollo en la responsabilidad civil. No resulta posible sostener intelectualmente que el Derecho de Daños se mantenga impasible ante los avatares de las novedosas circunstancias que han suscitado un nuevo escenario, la *Revolución Industrial 4.0*.

Irrumpen en escena vocablos que antaño los operadores jurídicos no utilizaban: *inteligencia artificial*, *derecho robótico*, *blockchain*, *smart contracts*, entre otros.

Tampoco es ocioso señalar que igual suceso ocurre en la misma columna vertebral del ordenamiento jurídico: verbigracia, principios arraiga-

del siglo XXI (su recepción en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012)”. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/tratadosinternacionales-corte-comision.pdf>.

7 El destacado no pertenece al original.

8 Lorenzetti, R. L. “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”. *La Ley online*, AR/DOC/11834/2001, Punto III, 2.

dos en la tradición histórica, que provocaban la tajante separación entre Derecho Público y Privado, han vuelto confusos sus límites⁹. La sanción y promulgación de leyes no sólo es el fruto de un procedimiento donde interviene el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, sino que debe constituir el *consenso* de diálogo entre los diversos sectores de la comunidad.

El cuerpo normativo que disciplina las relaciones *interindividuales* por antonomasia se encuentra en el Código Civil y Comercial de la Nación. El anterior modelo, producto de la labor de Vélez Sarsfield, fue redactado de acuerdo a modelos de su tiempo, los códigos decimonónicos, que, siguiendo la manda de su época, exaltaban las *facultades individuales* y los *aspectos patrimoniales*, relegando a un segundo plano las cuestiones *extrapatrimoniales* de la persona humana. Su longeva subsistencia, actualmente perimida, se explica en virtud de la reforma realizada a su articulado en el año 1968, por la Ley N° 17.771; muchos de los institutos receptados en aquella oportunidad obedecieron a la incesante labor desplegada por Guillermo Borda.

Cabe colegir que la República Argentina ha cumplido un ambicioso proyecto: realizar la tan ansiada *modernización* del Derecho Privado. Teniendo tal norte fue designada por el Poder Ejecutivo Nacional una Comisión Redactora, presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, e integrada por Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci. Fruto de tal labor se produjo el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado¹⁰, que fue objeto de aprobación por el Honorable Congreso de la Nación Argentina en el año 2014 a través de la Ley N° 26.994, tras ciertas modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional.

Merced al mentado acontecimiento, se torna posible llevar a cabo un estudio de la responsabilidad médica en el ámbito de la *Revolución Industrial 4.0*, contando con un moderno cuerpo de Derecho Común; merecen especial atención los preceptos que integran el Título V del Libro Tercero.

9 Véase Lorenzetti, R. L. “Sistema de Derecho Privado actual”. *La Ley online*, AR/DOC/15848/2001.

10 Tal aspiración motivó que el Profesor Ricardo L. Lorenzetti, en la presentación del Proyecto expresara: “[...] Lo importante es que este Proyecto respeta los grandes lineamientos de los anteriores y de la doctrina argentina [...] Sólo hace falta que tengamos la grandeza y la madurez que reclama nuestro pueblo [...]”. Ahondando en sus pensamientos, ha remarcado en su discurso, en el marco de las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, celebradas el 25, 26 y 27 de octubre de 2012, que por primera vez en la historia del Derecho argentino se ha elaborado una obra que ha recogido el abundante trabajo de más de cien eximios juristas, siendo el fruto de “un proceso integrativo de conocimiento colectivo”.

II. Presentación de los planteos a investigar

Los médicos desempeñan roles de mucha importancia en el campo de la salud. Múltiples facetas involucran su actividad: la debida relación con su paciente, el *consentimiento informado*, la *libertad de conciencia* y los *derechos personalísimos* son una pequeña enumeración de tal elenco. Lo que nos impulsa, naturalmente, a interrogarnos:

- A. ¿Qué es la responsabilidad médica? ¿Cuáles son sus principales características?
- B. ¿Qué grado de responsabilidad les atañe a los sanatorios, clínicas y hospitales?
- C. ¿Resulta suficiente a los criterios modernos la regulación del actual Código Civil y Comercial? ¿Qué novedades presenta tal cuerpo de leyes en este campo?
- D. ¿Cuáles son los aspectos médicos más sobresalientes de la Revolución Industrial 4.0?

III. Metodología

A fin de obtener un desarrollo cabal del tema, se analizarán en forma *sucesiva* los puntos de los planteos previamente descriptos.

Para entender mejor el concepto de responsabilidad médica, será menester indagar de forma propedéutica acerca del género al cual pertenece, responsabilidad profesional, y qué características presentan las profesiones liberales.

Se ponderará, en particular, la situación del médico anestesista, que ha sido objeto de atención por parte de la doctrina foránea y vernácula, y especialmente, su relación con el cirujano o jefe del equipo médico.

Por último, se deberán ponderar las facetas más peculiares de la Revolución Industrial 4.0 y su incidencia en la responsabilidad médica.

Se torna, en consecuencia, insoslayable recurrir a veces a criterios tradicionales y en otras ocasiones a modelos disruptivos para ahondar en la investigación.

III.1. Profesión liberal

Tradicionalmente ha sido *categorizada* la medicina como una especie de ella. Presenta ciertas peculiaridades¹¹:

11 Tanzi, S. "La responsabilidad profesional y el Proyecto de Código Civil y Comercial

- Habitualidad: constituye el acaecer cotidiano del sujeto.
- Autonomía técnica, propia del saber especializado: verbigracia, el conocimiento médico es ciertamente complejo y presenta ribetes particulares que lo distinguen de otra ciencia.
- Sometimiento a normas técnicas y a un régimen disciplinario: se deben cumplir ciertos procedimientos y los colegios profesionales a través de sus tribunales de disciplina se encargan de vigilar las infracciones éticas.
- Reglamentación a instancias de ejercer el poder de policía: compete al Estado nacional o provincial reglar cuestiones vinculadas con el ejercicio de las profesiones¹².
- Habilitación: en miras de poder llevar a cabo una debida fiscalización, el profesional debe contar con una matrícula.
- Presunción de onerosidad: resulta ser de índole *hominis*.

Cierta doctrina nacional entiende que debe adicionársele a este listado una característica observada desde el ángulo contrario, la perspectiva del cliente: la *inferioridad* de los profanos frente al conocimiento técnico del especialista¹³.

III.2. Noción de responsabilidad profesional

Ha sido descripta como “aquella en que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión (médicos, arquitectos, contadores, abogados, etc.), al faltar a los deberes específicos que la misma le impone. En resumen, el profesional responde porque despliega, en concreto, una conducta no acorde con los principios reguladores de su estatus, que no son sino los relativos a su respectiva *lex artis*, o conjunto de prescripciones que marcan las pautas de ejercicio de cada profesión”¹⁴.

Expresado de distinta manera, es aquella en la que incurren determinados *profesionales liberales* en orden a la infracción de los deberes especiales que su arte o ciencia les imponen.

de la Nación”. Derecho Privado. Reformas del Código Civil II. Obligaciones y Responsabilidad. Año 1, Número 3, 171.

12 Por ejemplo, la Ley N° 27.423 regula los honorarios de los abogados y procuradores que se desempeñan en el ámbito de la justicia nacional.

13 Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. (2000). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 783, n° 1841 bis.

14 Lafaille, H. (2009). *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Actualizado por Bue- res, A. J. y Mayo, J. A. Tomo II. Provincia de Buenos Aires. La Ley-Ediar, 760, n° 1303 bis.

Indudablemente constituye un *capítulo especial* del ámbito del Derecho de Daños. No hay razón de peso para rechazar la concurrencia de los cuatro requisitos básicos: *antijuricidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución*.

Tal es la razón de que se haya dedicado expresamente el artículo 1768¹⁵ del Código Civil y Comercial para su regulación.

III.3. La medicina como actividad humana

El apuntado ámbito consiste en un área de la conducta humana contingente, susceptible de equívocos. Se encuentra *influenciada* por dos polos: el *menor* error posible y el *mayor* beneficio probable.

Ha sido definido¹⁶ el llamado “error en Medicina” de la siguiente manera: “[...] acción desacertada o equivocada que sucede en el ejercicio de la ciencia o arte de precaver o curar las enfermedades del cuerpo humano y se vincula con el error en el proceso de atención médica”. Especifican los autores que “el error depende de dos tipos de fracaso: una acción concreta no resulta como se preveía (error de ejecución) o una acción intentada simplemente no era la correcta (error de planeamiento)”.

Siguiendo estas pautas, la *responsabilidad médica* acaece en aquellas *hipótesis* en que la falta de tratamiento o el error de diagnóstico obedecen a la carencia de las medidas adecuadas que se pudieron haber adoptado o a una calificación superficial e inexacta practicada por el galeno. Deben ser ponderadas en función del estado del enfermo y las circunstancias particulares, verbigracia, los síntomas que trae aparejada la dolencia.

Recae sobre el profesional de la salud el deber de *extremar* los *recaudos* para arribar a un diagnóstico verdadero, mediante el empleo adecuado de los recursos que la ciencia y práctica médica ponen a su alcance.

15 Artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

16 Piñeiro, D. y Ferreres, A. (2009). “El error en la práctica médica”. *La prueba científica y los procesos judiciales*. Coordinadora: Iñigo, D. B. T. II. Buenos Aires. La Ley, 4-5.

III.4. Responsabilidad médica

III.4.A. ¿A qué género de responsabilidad pertenece?

Dalmacio Vélez Sarsfield se inclinó por configurar dos ámbitos, responsabilidad *contractual* y *extracontractual*, con la posibilidad de recurrir a las reglas jurídicas de la segunda estando en el ámbito de la primera, si se cumplía la hipótesis del artículo 1107¹⁷ del Código Civil (*opción aquiliana*).

La mayoría de la doctrina observaba que a pesar de ciertas diferencias, algunas *irreconciliables*, no se encontraba una causal de envergadura que obstase a sancionar un régimen común^{18, 19}: a) *Génesis*: el origen de la responsabilidad contractual se encuentra focalizado en una obligación preexistente no satisfecha, la extracontractual deviene de la infracción a un mero deber no obligacional²⁰. b) *Estructura*: en la primera, a la obligación preexistente se le suma el deber de resarcimiento; en la segunda, surge una nueva ante el hecho ilícito aquiliano. c) *Extensión de responsabilidad*: había sido otorgada una mayor amplitud en el ámbito extracontractual, pues se respondía por las consecuencias inmediatas y mediatas, y en ciertos supuestos, por las causales. En el otro –contractual– eran a cargo del deudor las consecuencias inmediatas-necesarias, si había culpa, más las mediatas, si había dolo. d) *Plazo de prescripción*: la regla general en la esfera contractual consistía en un período de diez años (art. 4023²¹ del Código Civil), mientras

17 Artículo 1107 del Código Civil original, en la actualidad derogado: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”.

18 Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. Ob. cit., 154-155, nro. 365.

19 La unificación ha sido un constante afán del universo doctrinario. Este orden de ideas ha sido desplegado en distintos encuentros jurídicos (III Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1961; V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971; Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, Chubut, 1980; II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Provincia de Buenos Aires, 1986; III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1986; Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Cíviles y Comerciales, Buenos Aires, 1986; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, Río Negro, 1989; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa, 1991). La misma tesitura fue acogida por el Proyecto de Código de 1987, los dos proyectos de reformas al Código Civil de 1993 y el Proyecto de Código de 1998. El Código Civil y Comercial Unificado ha adherido a esta postura, como se verá más adelante.

20 En la perspectiva moderna del Derecho de Daños se exalta como pieza basilar el principio de no dañar a otro. La afirmación de un mero deber no obligacional, sin indicar las actuales matizaciones, brinda una idea equívoca del avance de la materia de responsabilidad en el Tercer Milenio.

21 Artículo 4023 del Código Civil, hoy derogado: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, tratándose de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor”.

que el cómputo previsto en la aquiliana resultaba ser menor, de dos años (art. 4037²² del Código Civil)²³.

Tal *dualidad* ha sido eliminada de manera encomiada por el Código Civil y Comercial de la Nación que aplica las reglas del Título V del Libro Cuarto para ambas especies (art. 1716²⁴). Verbigracia, se ha erigido un plazo común de tres años (art. 2561, segundo párrafo²⁵). Sin embargo, no es posible predicar una completa uniformidad: se dedicaron normas especiales, si la situación lo amerita (por ejemplo, aclarar el concepto de previsibilidad contractual del art. 1728²⁶).

Autores que han analizado el moderno Derecho de Daños estiman que la responsabilidad de los médicos pertenece a la esfera contractual atendiendo a la circunstancia que se origina en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. No se constata en su origen un hecho ilícito. Sin embargo, se admite que frente a terceros se adopte el régimen aquiliano: “[...] la responsabilidad profesional es, en principio, contractual: el profesional se obliga hacia el cliente, a cambio de una contraprestación de éste, y tal obligación nace determinadamente de un acto voluntario lícito, lo cual excluye la vigencia de las reglas de la responsabilidad extracontractual [...] la tendencia a considerar contractual la responsabilidad de los profesionales es una manifestación de la denominada ‘inflación obligacional’ (Josserand), que ve contratantes donde ayer sólo se veían terceros y tienen expresión concreta en sistemas legales modernos (Código alemán: art. 611, Código suizo de las

22 Artículo 4037 del Código Civil, hoy derogado: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”.

23 Las distinciones enumeradas, a mero título ejemplificativo, demuestran que, si bien no se justificaba la dualidad normativa pretérita, no cabía aceptar sin más que fueran conceptos uniformes. La esfera contractual y extracontractual no pueden ser reducidas a una misma y única especie a tenor de su génesis: la primera surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente; la segunda, de la infracción del principio difuso de no dañar a otro. Tampoco exhibía la jurisprudencia nacional una preocupación importante sobre el encuadramiento, a menos que ciertas características particulares obligaban a cumplir la mentada labor.

24 Artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

25 Artículo 2561 del Código Civil y Comercial de la Nación, segundo párrafo: “El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

26 Artículo 1728 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

Obligaciones: art. 361; art. 119 del Código portugués de 1967; art. 1765 del Código peruano de 1984 y art. 845 del Código de Paraguay de 1987)²⁷.

Cabe predicar las siguientes *características* del contrato entre médico y paciente: a) *intuitu personae*: el segundo confía en el primero por su conocimiento técnico y sus cualidades personales; b) rescindible por cualquiera de las partes, a menos que implique una situación de peligro para el paciente; c) puede ser de cumplimiento instantáneo –verbigracia, una simple consulta–, o de tracto sucesivo –tal es el supuesto de la obtención de diagnóstico–; d) usualmente oneroso. Como se ha destacado *ut supra*, rige una presunción en el referido sentido.

Desde la visión de Lorenzetti, el objeto del contrato médico “engloba un opus configurado por la promesa por parte del facultativo de desarrollar una conducta tendiente a obtener la curación de su paciente, aplicando para ello toda su capacidad técnica y humana”²⁸.

Sin embargo, resulta posible que la trama contractual se torne más compleja: *¿Qué ocurre cuando el paciente emplea los servicios del cuerpo médico de la institución de salud a la que se encuentra afiliado?*

Una corriente de pensamiento, cuyo máximo expositor en la Argentina ha sido Alberto Bueres, califica a la relación entre el médico tratante y las autoridades de los hospitales y clínicas como una *estipulación a favor de tercero*. Es decir, concibe que entre el ente asistencial (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del paciente (beneficiario), que goza de una acción directa. En consecuencia, la responsabilidad civil del médico se rige por los principios contractuales.

Otro sector de civilistas, tal es el caso del Doctor Sebastián Picasso, integrante de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, considera que las reglas que disciplinan la situación del galeno pertenecen a la órbita *aquiliana*²⁹.

III.4.B. *¿Sufren alguna modificación los presupuestos de la responsabilidad civil en la hipótesis médica?*

No acaece ninguna derogación de los cuatro requisitos fundamentales en este ámbito. El ordenamiento vigente no contiene norma expresa al

27 Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. Ob. cit., 785-786, nros: 1847-1849.

28 Lorenzetti, R. L. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. T. I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 361-362.

29 Voto del Doctor Sebastián Picasso, Sala A, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.”, 11-5-2012, *La Ley online*, AR/JUR/25171/2012, Punto IV, c).

respecto, quedando regida la cuestión por los principios que gobiernan la responsabilidad civil. Ello sin desconocer los matices *particulares* derivados de la naturaleza de la obligación comprometida, las circunstancias del caso y la prestación que se hubiese concertado.

Siempre se ha de tener en consideración lo preceptuado por el artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto disciplina la responsabilidad de las profesiones liberales³⁰: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

Es dable ponderar los matices que presentan los presupuestos en materia de responsabilidad médica.

III.4.B.1. Relación de causalidad

Implica para el Derecho un dilema práctico: *¿qué contingencias pueden ser catalogadas como causas y cómo determinar los límites hasta donde los hombres responden por su comportamiento?*

Lorenzetti explicita los criterios que deben emplearse para contestar –en forma exitosa– el tópico planteado; afirmando que el magistrado “debe practicar un juicio de razonabilidad que contemple no sólo las relaciones causales físicas sino lo efectivamente calculado por el sujeto como agente supercausal. Además de la noción de causa que suministran los peritos, debe aplicarse sobre ella la noción de lo justo, que permitirá evaluar hasta dónde debe hacerse responsable a una persona por sus actos”³¹.

La *causa*, aquella condición de hecho que usualmente es apta para provocar un determinado resultado, no equivale necesariamente al antecedente temporal más próximo³². Su adecuación a la producción del evento dañoso, verdadero criterio para distinguir los aspectos relevantes de los superfluos, pone la cuestión en sus justos límites: ponderar si un hecho ocasiona una de-

30 Tal es la razón que explica que en este análisis se hayan ponderado inicialmente las características de la profesión liberal. Ver Punto III.1. Profesión liberal.

31 Lorenzetti, R. L. *Responsabilidad civil de...* T. II. Ob. cit., 115-116.

32 La causa adecuada no exige simultaneidad temporal ya que lo que realmente interesa estriba en determinar si un hecho goza de aptitud para generar un resultado. En otras palabras, no comparten la misma extensión y comprensión la causalidad adecuada y la causalidad inmediata.

terminada circunstancia de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas. Tal estimación debe realizarse de acuerdo a un juicio o diagnóstico de probabilidad (prógnosis) en abstracto, lo que acaece de manera acostumbrada³³.

Tal es el planteamiento del problemático fáctico de la causa. Se desarrolla un segundo capítulo en cuanto a la determinación de la extensión de la responsabilidad del sujeto sindicado como autor del evento dañoso. Confluyen visiones jurídicas conocidas con el nombre de criterios de imputación objetivo, campo que ha sido estudiado de forma profunda en Alemania y cuya teoría más renombrada resulta ser *la causalidad adecuada*³⁴.

Retornando al tema en ponderación, el problema se reduce, entonces, a establecer si la actividad desplegada por los profesionales del arte de curar proyecta su virtualidad para ocasionar efectivamente los perjuicios irrogados a la víctima. Su respuesta dependerá de la producción de la prueba volcada en el proceso.

Con su estilo habitual, el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia Argentina, el Doctor Lorenzetti, ha destacado los aspectos más sobresalientes de la relación de causalidad en el campo de la responsabilidad médica: “El facultativo es quien está en mejores condiciones de dar explicaciones al juez sobre el acontecer dañoso, pues posee no sólo los conocimientos necesarios sino también la vivencia directa y exclusiva del mismo [...] en el contrato médico hay una finalidad mediata, constituida por el provecho que buscan las partes a través del instrumento de la contratación que no es otro que una mejora en la salud del paciente. Además, existe un objeto-fin social constituido por la utilidad social que presta el mismo, que en nuestro caso consiste en la promoción de la persona a través de la prestación de salud. De manera que cuando el resultado final es adverso a ambos objetivos es posible presumir la existencia de una anormalidad, proveniente ya sea de la culpa del galeno o de un caso fortuito. Quien debía cumplir con la prestación es quien debe también cargar con la prueba de la existencia de la anormalidad. *Tales argumentaciones nos llevan a postular que, por vía interpretativa y analógica, se admite la existencia de una presunción de adecuación del nexo causal* [...] Así, cuando se trata de casos en que pueden describirse científicamente muchas causas posibles pero hay una que sobresale y que es la que normalmente es apta para producir el resultado, se ha dicho que debe estarse a esa causa [...]”³⁵.

33 Goldenberg, I. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. 2ª edición ampliada y con actualización jurisprudencial. Buenos Aires. La Ley, 175-176.

34 Véase Prieto Molinero, R. J. “Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil”. *La Ley online*, AR/DOC/1560/2014.

35 Lorenzetti, R. L. *Responsabilidad civil de...* T. I. Ob. cit., p. 191. El destacado no pertenece al original.

III.4.B.2. Daño

Se trata del elemento central de los sistemas modernos de la responsabilidad civil. La figura del daño injustamente causado *fundamenta* las actuales visiones sobre el Derecho de Daños.

La medida de la reparación de las consecuencias se basará en los parámetros que arroje la *relación de causalidad*: el grado de participación de cada uno de los sujetos en el evento dañoso o su contribución a originarlo constituirá la regla de mensura³⁶ en las relaciones entre los sujetos involucrados. La víctima podrá reclamarle la totalidad de la indemnización a cualquiera de ellos, ya sean obligaciones solidarias o concurrentes (arts. 827³⁷ y 850³⁸ del Código Civil y Comercial de la Nación).

Se torna imposible soslayar el rol destacado que cumple el dictamen pericial³⁹. Esta pieza procesal ilustra al magistrado en cuestiones ajenas a su conocimiento y propende al dictado de una sentencia justa⁴⁰. Debe

36 Conf. Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A. (1994). *Derecho de las obligaciones*. T. IV. 3ª edición aumentada y actualizada. La Plata Librería Platense, 790.

37 Artículo 827 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores”.

38 Artículo 850 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes”.

39 Resulta como lo como lo destacara el Dr. Luis Álvarez Juliá, miembro integrante de la Excelente Cámara de Apelaciones en lo Civil: “[...] Para apartarse del examen efectuado por el perito en una materia propia de su arte, se debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios previstos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjectables y no exista otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones periciales de aquél”, CNCiv., Sala A, “Mendoza, Jorge Ramón c/ Línea 227 UTE y otros s/ daños y perjuicios”, del 31-8-2011, publicado en *Gaceta de Paz*, año LXXVI N° 4504 del 6 de diciembre de 2011.

40 Ha indicado C. R. Ponce que “el proceso ha dejado de ser cosa exclusiva de las partes, en la medida en que ya no puede considerarse un fin en sí mismo, sino un instrumento de la justicia, por lo que no puede llevar a otro camino que no sea obtener el resultado de una sentencia justa”. Ponce, C. R. “El juez y la prueba científica”. Diario *El Derecho* del 12 de diciembre de 2007.

ser examinado a la luz de la sana crítica⁴¹, como establece el artículo 388⁴² del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

III.4.B.3. Factores de atribución: ¿existe la culpa médica con contenido específico?

Este presupuesto, conocido también con la denominación de criterios de imputación, consiste en la razón de justicia por la cual una persona debe responder. Modernamente se distingue entre los factores de atribución subjetivos, en donde ocurre una valoración de una conducta desplegada –la culpa es la especie más conocida–, y los objetivos, donde se prescinde del mentado juicio de reproche.

No coincide la doctrina especializada en determinar si existe una culpa profesional *per se*, en donde se verifiquen criterios *proprios* de apreciación, o si basta con el concepto de este factor subjetivo que acoge el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴³.

Se argumentaba, para sostener el primer orden de ideas, la conveniencia de no afectar la libertad de acción del galeno y el carácter conjetural del saber médico. Tales razones sustentaban el predicamento de la necesidad de acreditar la culpa grave del profesional de la salud, que tuvo recepción en el artículo 2236 del Código Civil y Comercial italiano de 1942⁴⁴.

41 Este sistema universalmente aceptado de valoración de la prueba anuda la lógica y la experiencia, sin descuidar tampoco las abstracciones de orden intelectual, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (conf. CNCiv., Sala F, del 2-9-1983, en Rep. LL XLIV,1664, sum 34; íd. íd. 18-2-1982 en ED 99-654; íd. Sala D, del 27-4-1984 en ED 111-174, entre otros). Presenta un sentido esencialmente pragmático porque le brinda al magistrado pautas razonables y flexibles que le permiten ponderar la eficacia de la prueba producida en el proceso. Véase Peyrano, J. W. “El indicio vehemente”. *El Derecho* 190-2001-659.

42 Artículo 388 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”.

43 Artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

44 Artículo 2236 del Código Civil y Comercial italiano de 1942: “Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador no responde de los daños, sino en caso de dolo o culpa grave”.

Sin embargo, se ha tornado una *communis opinio* sostener que la culpa profesional no presenta diferencias específicas que la distinguan de las pautas generales⁴⁵. Por otra parte, la distinción en las diversas hipótesis de graduación de ella (leve, levísima y grave) ha sido objeto de interpretación restricta por parte de la opinión doctrinal nacional.

La prevalencia de la última tesis obedece a la circunstancia de que la elástica fórmula diseñada originariamente por Vélez Sarsfield –su única objeción fincaba en emplear el termino *omisión* en singular, defecto corregido por el mentado artículo 1724 del Código Civil y Comercial– permite su aplicación a diversas gamas de situaciones posibles.

Por otro lado, el criterio por el cual se han volcado la mayoría de los autores y la jurisprudencia predominante local radica en que la culpa profesional debe ser apreciada en concreto. Tal postura se funda en la comparación de la conducta obrada con la conducta debida, una confrontación entre el actuar real y el actuar pertinente por el sujeto en una emergencia dada.

Como corolario deviene necesario emplear los tres estándares habituales de este factor de atribución subjetivo: *imprudencia*⁴⁶, *negligencia*⁴⁷ e *impericia*⁴⁸. Sin embargo, no resultan suficientes para resolver el debate planteado acerca de la responsabilidad médica.

La verdadera solución se halla en comprender que además de lo descrito, para apreciar el comportamiento del galeno, hay que estimar que él es un sujeto en quien se depositan expectativas por su “condición especial” o por su “facultad intelectual” (palabras del art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁹). El paciente, en su calidad de profano, confía en

45 Lorenzetti, R. L. *Nuevos enfoques...* Ob. cit., Punto 1.

46 La *imprudencia* es estimada como “acción o dicho imprudente”, según definición de imprudencia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=imprudencia>, consultado el 15-5-2020. A su vez, la *prudencia* resulta ser “templanza, cautela, moderación”, “sensatez, buen juicio”, según definición de prudencia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=prudencia>, consultado el 15-5-2020.

47 Se describe a la *negligencia* como “descuido, falta de cuidado”, “falta de aplicación”, según definición de negligencia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=negligencia>, consultado el 15-5-2020.

48 Se entiende por *impericia* “descuido, falta de cuidado”, “falta de aplicación”, según definición de impericia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=impericia>, consultado el 15-5-2020. Se predica que la *pericia* es “sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte”, según definición de pericia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=pericia>, consultado el 15-5-2020.

49 Artículo 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando

un obrar diligente del médico por la ciencia que debe poseer; los estudios universitarios acabados brindan al médico de una presunción de seriedad profesional. Tales apreciaciones encajan sin ningún problema en el supuesto contemplado por el citado artículo 1725, primer párrafo: “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

En resumidas cuentas, siempre resulta menester practicar un *cotejo* del *comportamiento exteriorizado* y el que era *esperable* en un profesional idóneo, aquél que puede ser estimado como modelo de una conducta normal. Se torna insoslayable una comparación objetiva teniendo como modelo la intervención que habría adoptado una persona prudente y diligente, ubicada en similares circunstancias externas de tiempo y de lugar.

Tal es el sesgo que mejor responde a la pregunta del presente acápite.

Adicionalmente, el artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación, transcripto *ut supra*, indica que la hipótesis de la responsabilidad de la profesión liberal es, por lo general, subjetiva, a menos que haya comprometido un resultado concreto.

III.5. Actividad probatoria: ¿obligación de medio o de resultado?

Tradicionalmente se ha estimado al quehacer médico como una *obligación de medios*, clasificación cuyo origen se encuentra en el Derecho romano, siendo expuesta en forma integral por Demogue y que fuera aceptada por la mayor parte del espectro de los civilistas argentinos⁵⁰. En consecuencia, *originariamente*, constituía carga de la parte actora acreditar el factor de atribución subjetivo en pos de procurar el resarcimiento de los perjuicios sufridos⁵¹.

existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes”.

50 La distinción entre obligaciones de medio y resultado propiciada por la doctrina francesa fue aceptada por Salas, Spota, Galli, Alsina Atienza, Martínez Ruiz, Busso, Rezzónico, Bustamante Alsina, Cazeaux y Trigo Represas. Llambías expresó ciertos reparos con respecto a ella. Por su parte, Acuña Anzorena, Borda y Aguilar la rechazaron. Véase Belluscio, A. “Obligaciones de medio y resultado. Responsabilidad de los sanatorios”. *La Ley online*, AR/DOC/13116/2001, Punto III, 8.

51 La distinción tradicional estriba en que, en las obligaciones de medio, como el deudor se ha comprometido a emplear un obrar diligente para cumplir el plan prestacional, el acreedor debe demostrar la culpa de aquél, y en las de resultado, al obligarse el sujeto pasivo a un opus concreto, le es suficiente a la parte actora acreditar su incumplimiento. Es decir, al demandado le cabe en la de medios adoptar una actitud pasiva y, en la de resultado, desplegar un compor-

Excepcionalmente, ha sido concebido que la actividad médica envuelve obligaciones de fines⁵²: a) Cirugía estética embellecedora, en atención a que el paciente se somete a la operación en aras de obtener un resultado provechoso; b) Intervenciones quirúrgicas simples merced a las grandes posibilidades de éxito motivadas en un alea casi nulo; verbigracia, extirpar un quiste sebáceo; c) Origen del daño en el riesgo o vicio de la cosa empleada por el médico; d) Realización de análisis clínicos en cuanto impliquen estudios comunes.

En virtud de las dificultades que se erigen en materia probatoria, la jurisprudencia debió valerse de la teoría de las cargas probatorias dinámicas⁵³, en miras de atribuir valor al comportamiento procesal de las partes.

A causa del mentado predicamento⁵⁴, se postula el desplazamiento del *onus probandi* en forma excepcional y según fueran las circunstancias del caso. Se lo hace recaer en cabeza de quien, como consecuencia de sus mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas, puede acreditar las probanzas de manera más eficiente. El lugar como actor o demandado y la calidad de hechos (constitutivos, impeditivos o extintivos) devienen indiferentes para su operatividad (conf. CSJN, *Fallos*: 296:646; CNCom., Sala “A”, *La Ley*, 1997-A, 356; CNFed. Civ. y Com., Sala II, *La Ley*, 1995-A, 191).

El Código Civil y Comercial de la Nación no resultó ajeno al referido orden de ideas. Gracias a su artículo 1735⁵⁵, el magistrado goza de la facul-

tamiento activo, verificando su debida diligencia y demostrar su *no culpa*. Posteriormente se introdujo en el ámbito autoral la relación de los factores de atribución objetivo y subjetivo en cada una de ellas, por Alberto J. Bueres y la distinción propiciada por Atilio A. Alterini en obligaciones de resultado atenuadas, normales y agravadas, que provocarían célebres discusiones doctrinarias en la década del ochenta.

52 Picasso, S. “Algunos aspectos de la responsabilidad civil de los médicos en el Derecho argentino”. *Cuadernos de Análisis Jurídico*. T. IV. Director: Carlos Pizarro Wilson. Colección de Derecho Privado. Santiago de Chile. Universidad Diego Portales (sin fecha), 166, <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/07.pdf>, fecha de consulta: 15-5-2020.

53 Cabe recordar como antecedentes del actual Código Civil y Comercial de la Nación que se concluyó en las V Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas en San Isidro, Buenos Aires, en 1989 y en el II Congreso Internacional de Derecho de Daños, que tuvo lugar en Buenos Aires en el año 1991, que como es imposible adentrarse en el secreto del quirófano o en la actuación específica del profesional, este último se encuentra en mejores condiciones procesales para justificar su inocencia.

54 Véase Peyrano, J. W. “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”. *El Derecho* 153-967; y Peyrano, J. W. y Chiappini, J. O., “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”. *El Derecho* 107-105.

55 Artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

tad de distribuir la demostración de la culpa o de la actividad debidamente desplegada, según la situación de las partes.

En consecuencia, el damnificado se encontrará a cargo de probar el contacto físico o material entre la conducta invocada y el resultado y los perjuicios sufridos. Verificado ello, se presume que determinada consecuencia acaece conforme al orden natural y ordinario de las cosas, adecuado para ocasionar el daño (“presunción de causalidad”⁵⁶). Re caerá sobre el profesional de la salud invocar las eximentes de su responsabilidad y desplegar una actividad tendiente a constatar su obrar diligente. En caso de que no lo haga, estando en mejor situación para ello, podrá tornarse una presunción en su contra.

De esta manera, se encuentra satisfecho uno de los objetivos principales que ha moldeado al moderno Derecho de Daños: la protección de la víctima se ha convertido en uno de los principios cardinales del sistema de responsabilidad. Tal como se ha indicado: “[...] hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora”⁵⁷. Como destaca acertadamente Lorenzetti, la judicatura ha exhibido una constante precaución en aligerar la carga probatoria “con el fin de restituir un equilibrio afectado por la masividad y la producción anónima de daños”⁵⁸.

III.6. Historia clínica

Consiste en un elemento cuya importancia se torna imposible de descartar en la apreciación del quehacer del galeno.

En este documento queda registrado el acto médico y la enfermedad que padece la víctima. Se deja constancia en ella de todos los datos del diagnóstico, desarrollo y evolución de la enfermedad del paciente⁵⁹.

56 Alterini, A. A. y López Cabana, R. M. (1988). *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*. Buenos Aires. La Ley, 37. Véase, también, Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. Ob. cit., 237-238, nro. 515. Se sostuvo en las Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín, Provincia de Buenos Aires, 1986, que la acreditación del contacto físico o material entre la conducta y un resultado corresponde a la víctima. Una vez ocurrida dicha operación, en ciertas hipótesis podrá presumirse la adecuación de la condición que concurrió a la causación del daño.

57 Fundamento del Proyecto de Código Civil de 1998, n° 259.

58 Lorenzetti, R. L. *Responsabilidad civil...* T. II. Ob. cit., 209-210.

59 Artículo 15, incisos d, e, y f de la Ley N° 26.529: “Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se deberá asentar: [...] d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes; e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere; f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementa-

En el orden nacional este tópicó ha sido disciplinado por la Ley N° 26.529 y el Decreto Reglamentario N° 1.089/2012⁶⁰. Además de prever el instituto del consentimiento informado⁶¹, contiene valiosas disposiciones de aplicación, entre las que se destacan el derecho del paciente a ser informado⁶² (art. 2°, inciso f⁶³), a acceder a su historia clínica atendiendo a su rol de titular de los datos consignados y obtener copias auténticas de ella (art. 14⁶⁴), como la obligación de custodiarlas por el plazo mínimo de diez años, como hipótesis de “prescripción liberatoria de responsabilidad contractual” (art. 18⁶⁵).

rios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas”.

Artículo 16 de la Ley N° 26.529: “Integridad. Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar, en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante”.

60 Véase para su análisis: Ghersi, C. A. “Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente”. *La Ley online*, AR/DOC/3705/2012.

61 El instituto del consentimiento informado ha sido disciplinado en forma expresa por el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

62 Véase López Mesa, M. J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”. *La Ley online*, AR/DOC/377/2016.

63 Artículo 2°, inciso f, de la Ley N° 26.529: “Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: [...] f) Información sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información”.

64 Artículo 14 de la Ley N° 26.529: “Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia”.

65 Artículo 18 de la Ley N° 26.529: “Inviolabilidad. Depositarios. La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, ‘Del depósito’, y normas concordantes. *La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de diez (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual*. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y, vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación” (el destacado no pertenece al original). Esta norma deberá ser compatibilizada con las reglas que trae el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de prescripción.

La jurisprudencia mayoritaria aprecia que la inexistencia, desaparición o presencia de irregularidades en la historia clínica provoca una presunción jurídica en contra del profesional actuante⁶⁶ (conf. voto del Doctor Oscar J. Ameal, Sala K, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Gallardo Salinas, Manuel c/ Sanatorio Otamendi Miroli S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 7-5-2007, publicado en Gaceta de Paz del 28 de abril de 2009, Año LXXIV, N° 4016 y CNCiv. Sala D, 12-5-1992, causa N° 95.276).

III.7. Una hipótesis particular: responsabilidad del médico anestesista. Su relación con el médico jefe y el cirujano

Este tópico ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina y jurisprudencia argentina. Aunque el caso del *anestesista* no se diferencia del de cualquier otro profesional del arte de curar en cuanto a los principios a aplicar, es menester resaltar que su actividad lo expone en mayor medida que a otros especialistas frente a los eventuales reclamos por resarcimientos de daños.

El conocimiento que debe adquirir no se limita meramente a la administración de la anestesia; comprende, además, diferentes disciplinas, tales como *cardiología*, *neumonología*, *terapia intensiva*, *neurología*, entre otras, y todo aquello relacionado con el cuidado del paciente antes, durante y después del acto operatorio⁶⁷. En resumidas cuentas, engloba una gama de procedimientos sumamente heterogéneos, complejos e influidos por fac-

66 Verbigracia, “1- La ausencia de ficha médica o historia clínica que determine el procedimiento seguido en el tratamiento de conducto que se le realizó al actor y el motivo por el que se fracturó el material de endodoncia utilizado (lima) constituye una presunción en contra del galeno si no fue desvirtuada por prueba alguna”, CNCiv., Sala H, “V., P. A. c/ F., S. M. y otro s/ daños y perjuicios”, 15-10-2010, Sumario N° 20381 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 1/2011.

67 El sector que domina, la anestesiología, es de suma importancia: además de cumplir un rol humanitario, el tratamiento de suministros de fármacos o técnicas adecuadas para evitar todo dolor, se vincula con el control constante durante el acto quirúrgico, que se prolonga hasta que el paciente recupere su situación normal, y con la vigilancia permanente de las funciones vitales. En algunos supuestos abarca, también, la realización de técnicas de reanimación imprescindibles para restablecer al enfermo, de acuerdo a los parámetros clínicos establecidos. Tal gama de saber especializado ha sido reflejado en la jurisprudencia: “[...] la anestesia no es un método estereotipado y sencillo, sin aleas graves, por cuanto exige una especialización *a posteriori* de concluir los estudios de medicina, de larga extensión y entrenamiento”, CNCiv., Sala J, “Pérez, Adolfo Mario y otro c/ Clínica San Camilo S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, 27-2-2001.

tores quirúrgicos e incluso extraquirúrgicos, que pueden estar hasta sujetos a reacciones imprevisibles de ciertos pacientes.

Este tema, como no podía ser de otra manera, ha sido contemplado por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el artículo 22 de la Ley N° 17.132 dispone que las anestias generales y regionales deberán ser indicadas, efectuadas y controladas en todas sus fases por médicos, salvo casos de fuerza mayor. Se deberá llevar un libro de registro en los quirófanos de establecimientos asistenciales oficiales o privados en el que consten: las intervenciones quirúrgicas efectuadas, datos de identificación del equipo quirúrgico, del médico a cargo de la anestesia y del tipo de anestesia utilizado. Serán estimados como responsables del incumplimiento de las normas descriptas el médico anestesista, el jefe del equipo quirúrgico, el director del establecimiento y la entidad asistencial.

Especial interés provoca practicar una clasificación de las distintas situaciones que han estudiado los autores y han sido objeto de decisión en los estrados judiciales. Se discriminará entre las principales etapas que integran la prestación de la especialidad en ponderación (preanestesia, anestesia y posanestesia).

III.7.A. Preanestesia

- a) Los exámenes clínicos y tests preanestésicos, particularmente en cirugías programadas, se consideran indispensables, a punto tal que su simple omisión puede acarrear responsabilidad del especialista.
- b) Detección anticipada de hipersensibilidad a los anestésicos, máxime en pacientes con antecedentes personales y familiares o cuando consta en su historia “intolerancia” o “alergia a anestésicos locales”.

III.7.B. Anestesia

- a) Elección inconveniente del tipo de anestesia.
- b) Administración excesiva de ella.
- c) Prescindir del monitoreo.
- d) Abandono del paciente en cualquier momento del intraoperatorio.
- e) Descuidar su observación continua e interrumpida, ejecutar tardíamente las maniobras de reanimación que correspondieren en forma precoz.
- f) Ausencia de información en el parte anestésico de episodios acontecidos durante el acto quirúrgico que provoquen daño al paciente.

III.7.C. Posanestesia

- a) Inadecuada vigilancia del paciente en el período posanestésico.
- b) Omisión de los cuidados exigibles.

Sólo resta determinar la relación del anestesista con el médico cirujano. La doctrina se ha interrogado si éste último resulta responsable en su rol de jefe del equipo al verificarse la mala praxis del otro, o si la autonomía científica y técnica que implica la anestesiología evita que se configure una subordinación entre los dos.

Para obtener una adecuada dilucidación es menester, previamente, describir las características atinentes a un equipo médico.

Roberto Vázquez Ferreyra las explica en los siguientes términos: “La nota característica del equipo médico la constituye la presencia de un cirujano jefe que actúa secundado por auxiliares médicos y paramédicos, como también por especialistas con autonomía científica”⁶⁸.

Lorenzetti⁶⁹ advierte que lo peculiar de este conjunto de personas radica en que ofrecen una prestación a cargo de un grupo de sujetos, no elegidos por el paciente y que pueden actuar de manera separada pero coordinada para la prosecución de la tarea encomendada. Diferencia las hipótesis en que hay una contratación directa con el equipo, de aquellos supuestos en los que interviene un prestador y éste se hace ayudar por ellos.

Messina de Estrella Gutiérrez⁷⁰ califica la situación del anestesista y del resto de los operadores como un ejemplo típico de *equipo horizontal* de profesionales. Siguiendo autorizada doctrina, destaca que se ha conformado un contrato plurilateral de organización regido principalmente por la autonomía de la voluntad y secundariamente por las reglas de las figuras más afines, las de la agrupación en colaboración y la sociedad.

¿Cómo se ha expresado la doctrina con relación al tópico planteado? Las opiniones expuestas han sido disímiles.

Dentro del espectro de autores foráneos, cabe citar a Javier Fernández Costales, jurista español que goza de gran predicamento. Estima que la especialidad de Anestesiología y Reanimación ha sido incluida en el apartado de casos dudosos respecto de la relación contractual médico-paciente. Aduce que “su finalidad propiamente dicha e inmediata no es la curación del enfer-

68 Vázquez Ferreyra, R. (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires. Hammurabi, 72-73.

69 Lorenzetti, R. L. (1998). *La Empresa Médica*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 274.

70 Messina de Estrella Gutiérrez, G. N. (1997). “La Responsabilidad Civil del anestesista”. *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 737.

mo sino que su objetivo es servir de medio para la curación a otra especialidad concretamente de tipo quirúrgico”⁷¹.

Retornado al pensamiento jurídico nacional, Bueres comparte la tesitura de la *autonomía* cuando se configura una división interna dentro del equipo, derivada de la *obligación de cuidado* en razón de su especialidad. Si bien acepta que el médico-jefe tiene a su cargo deberes de supervisión, sostiene que la garantía versa sobre el hecho del personal auxiliar, como lo regla el artículo 19, inciso 9° de la Ley N° 17.132⁷². No constata su presencia en los supuestos de médicos con autonomía científica que integran el mentado grupo⁷³.

Compartiendo ideas similares, Lorenzetti observa que el médico jefe resulta *garante* por la conducta de sus ayudantes y personal auxiliar; se proyectaría una responsabilidad *solidaria* por el hecho ajeno. No lo sería, en cambio, por aquéllos que gozan de autonomía científica, aquéllos que operan en el equipo sobre los cuales no ejerce control alguno. Debe indemnizar por el hecho propio cuando incurre en defectos de supervisión⁷⁴.

Por otra parte, hay que indicar que la interactuación de sus miembros presupone actividades compartidas o trabajos realizados en colaboración. Tal orden de ideas conlleva a una limitación, indudablemente sensata, representada en el deber de cuidado. Esta es conocida con el nombre de “principio de confianza”, frecuentemente empleado en los estrados penales: aquella persona que, sin que concurren especiales circunstancias para dudar o creer en lo contrario, obra con la expectativa en que el otro se comportará de acuerdo a la situación de hecho planteada.

También, desde tal perspectiva se plantea la eximición del médico cirujano en materia del responder civil con respecto a la actividad del anestesista. Roberto Vázquez Ferreyra concluye que resulta uno de los aspectos relevante de la cuestión: “Pensamos que en los casos en los cuales el cirujano jefe no puede realizar dicho control por tratarse de una prestación que requiere conocimiento específico y que en la práctica posee autonomía suficiente como para decidir el camino a seguir, la responsabilidad indirecta

71 Fernández Costales, J. (1988). *El contrato de servicios médicos*. Madrid. Editorial Civitas, 9.

72 Artículo 19, inciso 9°, de la Ley N° 17.132: “Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: [...] 9. Fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y, asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsables si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras personas”.

73 Bueres, A. J. (2006). *Responsabilidad de los médicos*. T. I. Buenos Aires. Hammurabi, 462.

74 Lorenzetti, R. L., *La Empresa...* Ob. cit., 285-286.

que tratamos no puede alcanzarlo. *Es lo que sucede respecto al suministro de una anestesia*⁷⁵.

¿Cómo ha reaccionado la jurisprudencia? François Chabas⁷⁶, considerado como uno de los fundadores del contemporáneo Derecho del Consumidor, sintetizó los diversos pronunciamientos judiciales del país galo, que de manera constante proyectan su influencia sobre el pensamiento doctrinario vernáculo, en cuatro tesis: 1) Ante la existencia de dos contratos independientes que vinculan al paciente de manera separada con el cirujano y el anestesista, se configuran hipótesis de culpas autónomas, no solidarias. 2) El cirujano resulta responsable contractualmente por el hecho ajeno de todos los actos del equipo, incluso el del anestesista. 3) Ha sido calificado el rol del cirujano como comitente y el del anestesista como dependiente. 4) Cada médico asume sus responsabilidades personales cuando prestan colaboración para el tratamiento del mismo enfermo.

En la judicatura argentina⁷⁷ sobresale el fallo “Verón, Nilda c/ Knaus, Omar E. y otros”⁷⁸, del 23 de abril de 2002, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Nuestro más Alto Tribunal destacó en esa ocasión la autonomía científica y técnica que le compete al anestesista. Ella se convierte en una causal obstativa para entender que existe una relación de subordinación con el equipo⁷⁹.

75 Vázquez Ferreyra, R. Ob. cit., 91. El destacado no pertenece al original.

76 Chabas, F. “Responsabilidad médica y seguro en el Derecho francés”. *La Ley online*, AR/DOC/10221/2001, Punto II, a).

77 Cabe citar a mero título de ejemplo: “3- También cabe descartar la responsabilidad del anestesista si se repara que éste controló al paciente una vez concluida la operación, después lo acompañó a la sala y de la pericia médica producida en autos no surge relación de causalidad entre los actos realizados por este médico y el shock sufrido por el menor, ello en coincidencia con los médicos forenses que intervinieron en la causa penal. 4- En cuanto a la responsabilidad del médico cirujano, la norma prevista en el art. 902 del Código Civil no significa aceptar que la falta de éxito en la prestación del servicio, necesariamente, conduzca a la necesidad de indemnizar al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que se debe requerir a quien se le confía la vida de un hombre. Esa es la diligencia asumida, ya que el médico o el cirujano no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente utilizar las técnicas adecuadas para ello. Es que, por lo general, el éxito final de un tratamiento no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de controlar. 5- Cuando se trata del desempeño de un cirujano, no cabe sino adoptar un criterio estricto”, CNCiv., Sala E, “Morales, Alfonso A. y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, 22-4-2005, Sumario N° 16463 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 12/2005.

78 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verón, Nilda c/ Knaus, Omar E. y otros”, 23-4-2002, *La Ley online*, Cita Online: 20030676.

79 Se consideró que la sentencia recurrida era arbitraria pues “en casos similares en los

IV. Responsabilidad del sanatorio, clínica y hospital

Los *especialistas* del Derecho de Daños concuerdan, generalmente, que el tópico en ponderación, lugares donde es asistido el paciente, encuentra su razón de ser en la obligación de garantía de la conducta de los dependientes como también en la circunstancia de que el deudor responde siempre de las diligencias de las personas a las cuales recurre en aras de cumplir el plan prestacional. Tal afirmación no descuida el análisis de una eventual responsabilidad de los profesionales⁸⁰.

Como ejemplo de autores que auspician la dependencia del galeno como razón de la responsabilidad de las instituciones de salud cabe citar al conocido profesor José Tobías, quien manifiesta: “[...] el fundamento resulta del principio de que el deudor responde de los hechos culposos de quien se vale para cumplir su propia obligación”⁸¹.

Lo que realmente sucede, como acertadamente lo han afirmado Bustamante Alsina⁸² y Belluscio⁸³, ex vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es que el contrato médico y de hospitalización supone una *obligación de seguridad* implícita en la *obligación principal* de este acuerdo de voluntades.

que la autonomía científica y técnica que caracteriza la función del anestesista obsta al establecimiento de una relación de subordinación con el cirujano, quien carece de facultades para ejercer un control o vigilancia respecto de los actos propios de otra incumbencia profesional, limitándose su órbita legal de fiscalización –y, por ende, su responsabilidad– a los actos del personal que ejecuta sus órdenes como auxiliar, y sobre el que tiene el poder de control (art. 19, inc. 91, Ley N° 17.132; *Fallos*: 321:473). Tratándose de responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse de modo fehaciente la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño causado (*Fallos*: 315:2397)”, Punto V del Dictamen del Procurador Felipe Daniel Obarrio, del 7-12-2011, cuyos argumentos hace suyos la Corte.

80 Véase Acuña Anzorena, A. “Responsabilidad contractual por el hecho del otro”. *Jurisprudencia Argentina*, Sección Doctrina, 53 y Bustamante Alsina, J. “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de la profesión”. *La Ley* 1976-C, 63.

81 Tobías, J. W. “En torno a la responsabilidad civil de los médicos”. *El Derecho* 84-832.

En jurisprudencia: “3- El hospital también es responsable de los daños sufridos por el paciente durante la intervención pues el hecho de que la operación no fuera programada no importa *per se* un uso indebido de las instalaciones, dado que todos los profesionales y auxiliares que intervinieron en ella –cirujanos, anestesista, enfermeras, instrumentadoras, etc.– son dependientes del nosocomio”, CNCiv., Sala D, “Yolanda Haydée y otros c/ Hospital Militar Central y otros s/ daños y perjuicios”, 15-2-2008, Sumario N° 17923 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 3/2008.

82 Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 539-540.

83 Belluscio, A. Ob. cit., Punto II, 4 y 5.

La prestación primaria de la clínica o sanatorio consiste en proporcionarle al paciente asistencia idónea por medio de los profesionales de su cuerpo médico. Debe prestarse de manera tal que el enfermo *no sufra* algún detrimento a causa de la ejecución deficiente del plan prestacional.

En consecuencia, la entidad queda comprometida directamente por los daños que le sean causados el paciente cuando el galeno incurra en la omisión de la debida diligencia que la situación concreta indique.

Siguiendo la línea de pensamiento, cabe colegir que una vez acreditada la culpa de los facultativos, surge sin problema alguno la responsabilidad de la institución de salud.

Igual solución es menester predicar cuando no ha sido posible determinar el miembro del staff que provocó el daño pero existe la certidumbre de que se originó dentro del ámbito de la clínica (autor anónimo)⁸⁴. Tal circunstancia denota el *incumplimiento* de la obligación de prestar asistencia adecuada asumida por dicho ente.

La jurisprudencia es conteste en aseverar que la prestación médica brindada por los centros de salud debe ser idónea, técnicamente irreprochable. No se satisface la obligación de seguridad con el mero hecho de suministrar profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina⁸⁵; por el contrario, hay que indagar en la conducta diligente de dichos sujetos.

Más aun, se ha propiciado la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, aunque excluyendo el régimen de responsabilidad objetiva que ella contiene⁸⁶.

84 Zavala de González, M. M. "Actualidad en la jurisprudencia sobre Derecho de Daños - Relación de causalidad". *La Ley Online*, AR/DOC/3279/2001, Punto V, donde indica cómo la identificación del agente no es requisito de la responsabilidad, su anonimato no la excluye.

85 Verbigracia: "Con relación a las clínicas y sanatorios se reconoce que pesa sobre ellos una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda. Esto es, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe. Es que si la clínica se ha obligado a proporcionar asistencia médica no solamente es responsable por el servicio que ofrece, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida. En consecuencia, se incurrió en falta de cuidado y diligencia, se ha defraudado la confianza depositada en el establecimiento médico y sobre la base de ello debe ser condenado a resarcir los daños causados", CNCiv., Sala B, "Ranieli de Floresta, Josefina María c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", 31-3-2006, Sumario N° 17229 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 6/2007.

86 "Permite advertir que las normas de la Ley de Defensa del Consumidor que estructuran la responsabilidad del proveedor (arts. 5°, 10 'bis', 40, etc.) están concebidas para el caso de incumplimiento de obligaciones distintas de las que corresponden típicamente a los profesionales liberales y que, como ya lo señalé, tienen la naturaleza de un deber de medios. So pena de adoptar una solución irrazonable, hay que entender entonces que ello excluye también la posibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva dimanante del art. 10 'bis' de la ley citada a

V. ¿Era suficiente el esquema velezano? Encomio de la sanción de un Código Civil y Comercial de la Nación típico del siglo XXI

El Código Civil argentino fue producto de las doctrinas imperantes del siglo XIX. Comenzó a regir a partir del 1º de enero de 1871. Se enrolaba dentro de los cuerpos legislativos iniciados por el Código francés. Ciertamente, Dalmacio Vélez Sarsfield redactó uno que mejoraba algunos aspectos de la fuente gala, especialmente al concebir una parte general. El Codificador, para lograr tales objetivos, se guió de manera acertada por las enseñanzas de Augusto Teixeira de Freitas, *eximio jurista del siglo XIX, consultando en forma permanente sus dos obras más importantes (Consolidação das Leis Civis y Esboço de un Código Civil para o Brasil)*.

Resulta esclarecedor cómo José W. Tobías ilustra sobre la etapa posterior de entrada en vigor del mentado cuerpo legal respecto al tema en análisis: “Durante los primeros ochenta años de vigencia del Código Civil, los fallos de los tribunales argentinos vinculados con el tema de la responsabilidad civil en el ejercicio de la actividad médica podían contarse con los dedos de las manos. Alsina Atienza, en un comentario publicado en el año 1958, computaba apenas cinco sentencias publicadas de segunda instancia”⁸⁷.

Como consecuencia del transcurso del tiempo, se torna necesario *aggiornar* los ordenamientos jurídicos⁸⁸. No es de extrañar que en el año 2014 se sancionase el Código Civil y Comercial de la Nación. Lógicamente, debían receptarse nuevas reglas para disciplinar novedosos fenómenos que irrumpen en la vida de cualquier sociedad.

las prestaciones puramente médicas comprometidas por las clínicas y las empresas de medicina prepaga”. Voto del Doctor Sebastián Picasso, Sala A, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.”, 11-5-2012, *La Ley online*, AR/JUR/25171/2012, Punto IV, b.

⁸⁷ Tobías, J. W. Ob. cit., 827.

⁸⁸ “La realidad hoy nos demuestra que la responsabilidad profesional del médico tiene cada vez un auge mayor y la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha visto poblada de numerosas sentencias condenatorias de quienes han sido demandados por daños y perjuicios a causa de los efectos de las malas prácticas médicas en intervenciones quirúrgicas, diagnósticos, tratamientos clínicos, prescripciones de medicamentos, estudios prequirúrgicos, prácticas de prevención de enfermedades, etc. Esta realidad es insoslayable, pues los servicios de salud se encuentran en permanente crecimiento, el desarrollo de la ciencia y la técnica, así como las condiciones de la vida moderna a la par que tienden a mejorar el estado sanitario de la población y prolongar la duración normal de la vida, también aumentan los riesgos de daños y exponen al hombre a un destino incierto que lo enfrenta día a día con una realidad inesperada y fatal”, Pereiro de Grigaravicius, M. D. “La medicina y la ingeniería genética como causa de daño”. *La Ley online*, AR/DOC/1600/2019, Punto I.

Tomando un aspecto básico, se torna forzoso concluir que la responsabilidad médica como se encontraba aprehendida por el Código Civil velezano resultaba insuficiente. Actos de tal especie que se prestaban en la época en la que vivía el ilustre Codificador Cordobés se estimaban como locaciones de servicios. En la actualidad, el quehacer de los galenos se ha tornado mucho más complejo, estando inserta su actividad dentro de las prestaciones que brindan las instituciones de salud⁸⁹. Como la medicina del siglo XIX no es la misma que la del Tercer Milenio, no puede permanecer inalterable el régimen jurídico que disciplina al arte de curar.

Amén de que existía la discusión acerca de la subsistencia de la figura de la locación de servicios⁹⁰, es menester contar por lo menos con un artículo específico que regule la responsabilidad de los profesionales liberales en general; omisión que el Código Civil y Comercial Unificado ha subsanado, como se verá a continuación.

V.1. Aportes de Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994/2014) que deben ser traídos a colación

Cualquier ponderación del moderno Derecho de Daños en la Argentina debe incluir necesariamente las nuevas contribuciones en la materia que ha aportado el nuevo cuerpo de Derecho Común:

- 1) Recepciona la tesis de la *unidad de la ilicitud*, presuponiendo la notable semejanza que comporte la responsabilidad del incumplimiento obligacional y la aquiliana. Asimismo, admite que no puede predicarse una completa uniformidad normativa.
- 2) *Subsiste el presupuesto de la antijuricidad*, a pesar de los embates que han postulado cierta parte de la doctrina moderna. Prevé en su propio cuerpo las causales de justificación, no siendo menester recurrir al Código Penal.

89 Se intentó disciplinar el contrato de servicios profesionales por parte del Proyecto elaborado por la Comisión del Poder Ejecutivo Nacional, Decreto N° 468/1992.

Se previó que debían ser celebrados por las personas que reunían la calidad de profesional (art. 1214), siendo ejecutadas “personalmente” las prestaciones a su cargo (art. 1217). La terminología empleada permite afirmar que versa sobre las personas físicas. Caso contrario, se debían aplicar las reglas de la figura más general del contrato de obra intelectual (art. 1152 y sigs.). No se impedía el empleo de sustitutos y colaboradores (art. 1217).

90 Muy demostrativo resultaba que un autor de la talla de Guillermo Borda, en su *Tratado de contratos*, explicara la normativa del Derecho Laboral en el capítulo de Locación de servicios.

- 3) *Amplía las funciones de la responsabilidad civil*: la preventiva⁹¹ y resarcitoria. Nos hemos inclinado por sostener la existencia tácita de la disuasoria⁹².
- 4) Se ha adoptado el *principio de reparación plena*. Irrumpen en escena nuevos nocimientos, algunos mencionados en el Código Civil y Comercial italiano de 1942, y desarrollados en la doctrina latinoamericana por el autor peruano Fernández Sessarego.
- 5) A través del artículo 1735⁹³ se ha facultado al magistrado determinar sobre quién pesa la acreditación de los factores de atribución, *receptando la teoría de las cargas dinámicas* recogida por la jurisprudencia mayoritaria. Se ha tratado de brindar una solución elástica a un problema que había preocupado a la doctrina⁹⁴.
- 6) La responsabilidad médica se encuentra disciplinada por las normas del Título V del Libro Tercero, especialmente a través del artículo 1768, que dispone: “Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La

91 El Código Civil y Comercial de la Nación ha seguido las recomendaciones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán, en el mes de setiembre de 2011: “a) Aspectos generales (*De lege lata*): La función preventiva es prioritaria en el Derecho de Daños [...] b) Aspectos particulares: I. Prevención del daño: El principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños. El principio de prevención comprende, entre otros, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención. El deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento [...] b) *De lege ferenda*: Se recomienda plasmar normativamente estas conclusiones. En especial, se recomiendan la tutela inhibitoria y la multa civil”.

92 Lamanna Guiñazú, E. C. y Fossaceca, C. A. (h) (2018). *Reflexiones en torno a la figura de los daños punitivos (art. 52 bis, Ley N° 24.240)*. Colección Compendio Jurídico, Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio. Erreius, noviembre 2018, 895.

93 El artículo 1735 del Código Civil y Comercial Unificado se encuentra transcripto en la nota 55.

Tal orientación proviene de las conclusiones expuestas en importantes encuentros jurídicos (II Encuentro de Abogados Civilista, Santa Fe, 1988; I Jornadas Rosarinas sobre Temas de Derecho Civil, Rosario 1988; V Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, 1988; Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1989; Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, 1989).

94 La teoría de las obligaciones de medio y de resultado que desarrolló René Demogue se originó en la preocupación de los inconvenientes probatorios que suscitaba la demostración de la culpa. Cabe advertir que la potestad consagrada en el artículo 1735 no ha sido extendida al resto de los presupuestos del responder.

- actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.
- 7) Se excluye a la actividad médica de la categoría de actividades riesgosas. En efecto, así se colige de la lectura del artículo 1768, precepto transcrito en el párrafo anterior.

VI. Nuevos tiempos modernos: la Revolución Industrial

4.0

Las circunstancias típicas del Tercer Milenio resultan disruptivas si se las compara con los *moldes* tradicionales. Se ha tornado un tópico casi común aseverar que existe cierta perplejidad ante institutos que no responden a la tradición del Derecho romano en el mundo jurídico.

Cabe resolver en cada época los conflictos que se presentan. La búsqueda de dar a cada uno lo suyo constituye una meta no susceptible de renuncia para cualquier operador jurídico.

Irrumpe a nivel mundial un escenario que ha sido denominado como *Revolución Industrial 4.0*, tal como fuera presentada en el evento CeBIT de Hannover de 2013: nuevos actores interactúan en las tramas de negocios, como los *emprendedores* y *proconsumers*; modernas tecnologías, como la *inteligencia artificial* y la *robótica*, permiten desarrollar operaciones que eran solamente concebidas en obras de ciencia ficción; progresivas tendencias hacia un ambiente ecológico sustentable, el uso de recursos energéticos no contaminantes por parte de las empresas; el marketing directo para “hágalo usted mismo”, etc.

Verbigracia, el Ser Humano, además de en la vida cotidiana, se desenvuelve en un ámbito artificial, recurriendo a interfaces *amigables*, tales como *twitter*, *instagram* o *facebook*. Se emplean *datos biométricos* para reforzar la labor de identificación de las personas. Nuevas formas de trabajo emergen, y desaparecen otras a consecuencia de convertirse en obsoletas⁹⁵.

Desde el punto de vista cultural, las apuntadas características se encuentran resumidas en la frase de “sociedad digital”; y, a juicio de Garrell Guiu y Guilera Agüera⁹⁶, resultan ser:

95 Véase Díaz, V. L. “Revolución Industrial 4.0. ¿Destrucción o nacimiento de la fuerza laboral?”. *La Ley online*, AR/DOC/3593/2017.

96 Garrell Guiu, A. y Guilera Agüera, Ll. (2019). *La Revolución Industrial 4.0 en la sociedad digital*. Valencia. Marge Books, 37.

- *Tecnológica*: se recurre de manera excesiva al empleo de las tecnologías generando una dependencia excesiva hacia ellas: “Por ejemplo, un simple descalabro de unas pocas horas en la red de redes representaría una catástrofe mundial a escala económica”⁹⁷.
- *Hipermedia*: implica la conectividad entre diversos medios y canales de comunicación. Tal es la razón del hipertexto en las páginas de Internet.
- *Informada*: se constata cierta dosis excesiva de noticias que no siempre son verificadas (“*fake news*”).
- *Rápida*: la capacidad de reflexión se encuentra ciertamente opacada. La inmediatez constituye un aspecto destacado de la sociedad actual.
- *Relativa*: se han ocasionado muchos cuestionamientos a los valores tradicionales. Se verifica dicha noción en el discurso filosófico al habersele dado notable importancia al concepto de *posverdad*.
- *Condicionada*: la repercusión inmediata de la actividad de funcionarios públicos o figuras celebres influye en la toma de decisiones.
- *Superficiales*: no se indaga en profundidad en aras de obtener un proceso de razonamiento sólido.

El *campo jurídico* no ha sido ajeno a las mentadas innovaciones. Por ejemplo, una nueva tecnología llamada *blockchain* provoca enormes cuestionamientos: ¿qué son las divisas digitales?, ¿resulta posible el uso de estas en los sistemas democráticos como medio de votación?, ¿cómo tutelar la privacidad de las personas ya que emplean datos personales en gran escala?, ¿son válidos los *smart contracts*, programas que vinculan a distintas personas y al cumplirse sus condiciones, y se autoejecutan?

Los referidos aspectos justifican que se profundice la ponderación en lo que podría denominarse *medicina 4.0*.

VII. La medicina en la sociedad digital

El tópico en estudio presenta una *fisonomía* que resulta netamente distinta a la que arrojaba a mitad del siglo XX. Novedosos procedimientos contribuyen en la actualidad a que una persona humana lleve una vida digna.

Nuevas perspectivas se abren paso para el análisis doctrinario. Por ejemplo: “El volumen de datos médicos y científicos generados hace imposible que cualquier médico/a esté en condiciones de mantenerse debidamente actualizado; esta situación resiente un deber galénico repetido desde tiempo

97 Ídem.

inmemorial, vinculado a la obligación de actualización permanente; aquí se observa claramente, en términos de responsabilidad profesional, un necesario replanteo crítico de la tesis tradicional. Es así que hoy en día existen formas concretas de utilizar los recursos de salud de un modo diferente a las de antaño, la medicina digital, la telemedicina y la inteligencia artificial son los ejemplos paradigmáticos de esta nueva era que nos obligan a repensar ciertas concepciones jurídicas tradicionales, del campo del Derecho de Daños y del Derecho de Consumo, o al menos a revalorizar las conductas humanas en tales ámbitos⁹⁸.

VII.1. El uso de la inteligencia artificial y los robots

Comenzamos definiendo lo que se hace llamar como *inteligencia artificial*:

“[...] es toda técnica de procesamiento de información caracterizada por hacer cálculos sobre determinada información en un espacio dimensional virtual y construido mediante operaciones –generalmente no lineales– llevadas a cabo dentro del propio algoritmo para aprovechar diversas propiedades de espacios altamente dimensionales⁹⁹.”

Su característica central consiste en la utilización de algoritmos: y que se corresponde con *una serie metódica de pasos* que pueden ser empleados para realizar *cálculos*, resolver *problemas* y tomar *decisiones*.

Vayamos a otro de los aspectos dominantes en este Nuevo Mundo Médico 4.0, los *robots*.

Han sido concebidos como: “[...] una máquina, provista de cierta complejidad tanto en sus componentes como en su diseño o en su comportamiento, y que manipula información acerca de su entorno para así interactuar con él¹⁰⁰.”

Generalmente se indica que¹⁰¹:

- Todo *robot* goza de capacidad para *recoger* datos mediante sensores (sentir).
- Todo *robot* posee capacidad de *procesar* los datos en bruto (pensar).

98 Maglio, I. y Wierzbka, S. M. “Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil”. *La Ley online*, AR/DOC/2387/2018, Punto I.

99 García-Prieto Cuesta, J. (2018). “¿Qué es un robot?”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, Moisés. España. Kluwer Wolters, 46.

100 *Ibidem*, 38.

101 Barrio Andrés, A. “Del derecho de Internet al derecho de los robots”. *Derecho de los robots*. Ob. cit., 69-70.

- Todo *robot* tiene capacidad de *planificar y cumplir* acciones mediante conocimientos e informaciones adquiridos, generalmente en función de objetivos prefijados (actuar).

Le compete el honor a Isaac Asimov de formular las *tres reglas básicas* de la robótica:

- Un robot *no puede perjudicar* a un ser humano, ni con su inacción permitir que este último sufra daño.
- Un robot *ha de obedecer* las órdenes recibidas de un ser humano, excepto si tales órdenes entran en conflicto con la primera ley.
- Un robot *debe proteger* su propia existencia mientras tal protección no entre en conflicto con la primera o segunda ley.

Más tarde, el mentado autor incorporaría la Ley Cero, que gobierna las tres anteriores: “[...] un robot no puede perjudicar a la humanidad, ni con su inacción permitir que la humanidad sufra daño”¹⁰².

Ahora bajemos esto en el terreno de la actual facticidad, es decir, a *su empleo en el ámbito médico*¹⁰³.

1. Las prótesis robóticas ayudan a la restitución de la locomoción de la persona afectada. Órdenes emanadas del cerebro permiten que aquéllas lleven a cabo el movimiento debido. Pertenecen a este elenco los exoesqueletos y las órtesis activas.
2. *Intervienen* en la rehabilitación de los sujetos que ven disminuidos sus funciones motoras.
3. Contribuyen en la asistencia de las personas internadas en los hospitales en aras de aligerar el trabajo del personal médico. Se torna posible que ellos limpien, repartan las medicinas y verifiquen la temperatura del enfermo.
4. Se usan muy a menudo en las operaciones más complejas en donde se requieren ciertas dosis de exactitud, como por ejemplo a nivel cerebral, o de fuerza, tal como romper un hueso sin afectar el tejido.

A nivel de cirugía: “La telecirugía asistida permite, mediante una comunicación permanente por televisión entre el experto y el cirujano que está realizando la operación, aconsejar y dirigir los gestos que se han de

102 Aransay Alejandro, A. M. “Antecedentes y propuesta para la regulación jurídica de los robots”. *Derecho de los robots*. Ob. cit., 394.

103 Se han seguido las ideas vertidas en: García Portero, R. “Los robots en la sanidad”. *Derecho de los robots*. Ob. cit., 205.

realizar en cada momento para el buen éxito de la operación. La telerrobótica, en cambio, habilita a un cirujano situado a miles de kilómetros poder dar las órdenes precisas a un robot para que realice la operación. El robot reproduce en cada momento los gestos que el cirujano le está indicando”¹⁰⁴.

Quizás la máquina más conocida a nivel mundial sea el robot Da Vinci®: “Consiste en una aparatología en la que el cirujano no realiza de forma directa la cirugía, sino que la lleva a cabo en una habitación contigua al quirófano, donde controla los cuatro brazos del robot y observa las imágenes de alta definición en 3D de la cirugía que está practicando”¹⁰⁵.

VII.2. Telemedicina

Se caracteriza por la atención por parte del galeno a distancia, reemplazando la consulta tradicional, personal y presencial del paciente.

Ofrece grandes beneficios, especialmente, en épocas de la pandemia COVID-19 que nos toca vivir al momento de redactar este ensayo; permite la consulta de personas que se encuentran alejadas de los grandes centros urbanos. Torna posible profundizar los conocimientos médicos por partes de los galenos que se hayan establecido en zonas rurales. El empleo de *smart phone* posibilita que los médicos tengan acceso a las historias clínicas en tiempo real. Contribuye a una *más ordenada* distribución de turnos, seguimientos de tratamientos y reducción de costos.

Especial atención merece el uso de las aplicaciones móviles para salud que, en base a los datos suministrados, realizan diagnósticos y monitorean el estado del afectado en el tiempo. Es dable que tales situaciones susciten la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor¹⁰⁶.

Sin embargo, se advierte una gran preocupación por parte de los especialistas: se debe evitar caer en la *deshumanización* y *degradación* de las relaciones humanas¹⁰⁷. Acaece una disminución en la relación profesional, obedeciendo a que no hay un contacto cara a cara.

No obstante, sin lugar a dudas, se trata de un acto médico. Debe transcribirse en la historia clínica¹⁰⁸. La *confidencialidad* no debe ser vulnerada, resultando ilícito la publicación de los datos esenciales de la entrevista a distancia.

104 Ídem, 210.

105 Ídem, 216.

106 Maglio, I. y Wierzba, S. M. Ob. cit., Punto V.

107 Ídem, Punto II. Otra crítica que se ha esgrimido contra la telemedicina radica en ser un canal de precarización de la actividad médica.

108 La transcripción en la historia clínica posibilitará la realización de una auditoría.

Como corolario de la prescindencia de la entrevista presencial, a fin de proceder a una correcta identificación del paciente, se tornaría aconsejable que se usaren claves de acceso al entorno virtual. También, al adoptarse este mecanismo, se respetará el principio de privacidad que impera en la materia.

Si el galeno quisiera grabar la conversación a distancia, tendría que contar con el consentimiento del paciente (art. 53¹⁰⁹ del Código Civil y Comercial). La misma solución se impone si quisiera exhibir, por ejemplo, la caracterización de los síntomas a otro colega.

Se torna conveniente que se establezca una regulación al respecto donde, por ejemplo, se establezca la competencia judicial debida.

VII.3. Medicina genómica

Escurdiñar el mapa del *genoma humano* ha sido una de las investigaciones más relevantes en los últimos treinta años.

En 1986 fue conocido a nivel científico, en la publicación de la revista *Science*, el afán de llevar a cabo el Proyecto del genoma humano; simultáneamente, se organizó un consorcio en EE. UU., dirigido por el doctor James Watson, quien descubriera el ADN, a fin de alcanzar el apuntado objetivo. Su primera fase terminó en abril de 2003, y se transformó en un *gran hito* de la medicina contemporánea.

El instituto en análisis brinda un gran servicio: al permitir detectar las distintas variaciones que acaecen en el ADN humano y que provocan enfermedades que comparten muchas personas, habilita diseñar mecanismos que intentan mejorar el tratamiento de los pacientes, aquejados por aquéllas¹¹⁰. Nuevas técnicas, ciertamente *sofisticadas*, y *novedosos reactivos* han nacido del desarrollo de esta nueva rama de la medicina.

109 Artículo 53 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”.

110 “Su propósito se aplica a condiciones comunes como el cáncer de mama, cáncer colorrectal y otros tipos de cáncer, las infecciones como la tuberculosis y la del HIV, enfermedad de Alzheimer, enfermedad de Parkinson, diabetes y la obesidad”, Di Lonardo, A. M. “Medicina personalizada o medicina de precisión: consideraciones éticas”. *La Ley online*, AR/DOC/4335/2016, Punto I.

La mentada explicación obliga a que el operador jurídico haga un esfuerzo en aras de aprender nuevos vocablos. El legislador, a su vez, se encuentra obligado a plasmar nuevas soluciones que distan de las tesis tradicionales.

Imbuidos del citado espíritu, cabe indicar *cuatro* facetas:

Faz preventiva

Como consecuencia de determinarse la base genética, el genotipo, es dable predecir qué tipo de enfermedades puede contraer un individuo.

Faz predictiva

Paralelamente, permite conocer con cierta dosis de exactitud la influencia de cierto fármaco en el organismo de una persona¹¹¹.

Tal es el avance obtenido que, por ejemplo, en la doctrina se habla de la firma molecular (*molecular signature*) o la huella del cáncer (*cancer fingerprint*)¹¹².

Faz de precisión

Se trata de llevar a cabo la mayor identificación posible de las distintas etapas biológicas que arrojan las enfermedades. La información que se aspira obtener es el resultado del *entrecruzamiento* de distintas bases de datos y los aportes más profundos logrados a través de sistemas de secuenciación de última generación¹¹³.

Faz personalizada

Consiste en aplicar el tratamiento más eficaz para cada sujeto en base a los datos que surjan de su propio genoma.

Se basa en técnicas de cuidados médicos focalizados en el propio paciente (*patient-centered care*), donde se contemplan sus preferencias, sus valores, sus necesidades o su percepción de la enfermedad¹¹⁴.

La meta radica en conseguir la mayor cantidad de efectos posibles y reducir las consecuencias perjudiciales.

111 Ídem, Punto II.

112 Ídem, Punto II.

113 Ídem, Punto III.

114 Ídem, Punto IV.

VII.4. *El uso de la nanotecnología*

Se trata de *tecnología disruptiva*. Su objetivo consiste en estudiar “el comportamiento de la materia a escala nanométrica, es decir, a nivel atómico y molecular”¹¹⁵.

La escala nano permite modificar las más diversas partículas en sus aspectos fisicoquímicos y biológicos.

La idea central estriba en llevar a cabo operaciones en los elementos del átomo a niveles muy pequeños, molecular. Se estima como punto inicial de esta materia el discurso del profesor Richard Feynman, “There’s Plenty of Room at the Bottom”, pronunciado el 29 de diciembre de 1959.

Su utilidad en la medicina ha sido resumida de la siguiente manera: “Nuevos métodos para el diagnóstico de enfermedades; protocolos para la administración de medicamentos con efectos secundarios negativos mínimos (enviando los fármacos a lugares específicos); vendas que evitan infecciones y facilitan la regeneración de piel en quemaduras; sistemas de etiquetado molecular”¹¹⁶.

Sin embargo, cabe destacar que presenta una faceta que preocupa a los expertos: las cuestiones de toxicología que puede irradiar la nanotecnología y sus consecuencias nocivas en la salud de las personas que la usen¹¹⁷. Ciertas investigaciones han demostrado que si bien las nanopartículas resultan absorbidas, existe una posibilidad de que ocasionen *stress* en los órganos involucrados¹¹⁸.

VIII. Conclusiones

La primera impresión que se obtiene a través de las modestas líneas vertidas finca en observar que la responsabilidad médica resulta muy importante para el paciente visto como una potencial víctima. Deben ser ponderadas, de manera cuidadosa, por parte del operador jurídico, las novedosas cuestiones que se crean a partir de la *Medicina 4.0*.

115 Foladori, G. y Invernizzi, N. (2019). “Una visión crítica de las nanotecnologías disruptivas”. *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. Editor: Navas-Sierra, Jesús Alberto. Bogotá, Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, 68.

116 García-Guerrero, M. (2019). “La fiebre de las nanotecnologías: promesas, inversión y resultados cortos en la era de la tecnociencia”. *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. Bogotá. Editor: Navas-Sierra, Jesús Alberto. Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, 99.

117 Ídem, 100.

118 Ídem.

Retornando a los *específicos* planteos introducidos al explicar la faz metodológica, cabe predicar que:

- a) La responsabilidad médica pertenece al género de los profesionales liberales.
- b) Se encuentra sujeta, en principio, a la normativa de la esfera de la responsabilidad contractual.
- c) No se producen en los cuatro presupuestos del responder civil –anti-juricidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución– modificaciones esenciales.
- d) Se tornan elementos de primigenio valor para determinar la extensión de la responsabilidad el dictamen pericial y la historia clínica.
- e) El factor de atribución atinente al quehacer de los galenos corresponde a las pautas del artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación. No se justifica postular la existencia de una culpa grave al estilo del Código italiano, pues es suficiente con el estándar flexible del citado artículo 1724.
- f) Salvo circunstancias especiales, se califica a la obligación de los profesionales de la salud como de medios. Sin embargo, la cuestión ha dejado de poseer la trascendencia que antaño se le adjudicaba: la teoría de las cargas dinámicas ha resuelto el problema de la individualización del sujeto que debe desarrollar una actividad probatoria. Prueba de ello es el artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación, que permite al magistrado distribuir la acreditación de la culpa o de la actuación debidamente diligente.
- g) En principio, el jefe clínico del equipo médico no debe asumir la satisfacción del daño irrogado por el anestesista. El conocimiento técnico y autónomo de este último impide que se lo considere dependiente del primero.
- h) Las instituciones médicas son responsables por el deficitario cumplimiento del plan prestacional a su cargo. Resulta indiferente que haya sido determinada la persona de su staff la que provocó el daño o que se configure la hipótesis de autor anónimo.
- i) Habían devenido insuficientes las reglas del Código Civil que concibió Dalmacio Vélez Sarsfield, reformado por la Ley N° 17.771. Nuevas situaciones de la realidad imponían un marco normativo propio de los tiempos contemporáneos.
- j) Destacamos la consagración de una norma para disciplinar la de los profesionales (art. 1768).

Respecto a este último punto, solo cabe abogar por que este intento de *aggionar* el Derecho Privado argentino cumpla con el objetivo que se había propuesto la Comisión Redactora: propender a una adecua-

da tutela a la persona humana y a instaurar una *verdadera ética* de los vulnerables¹¹⁹, dignos propósitos para fortalecer a la República Argentina del siglo XXI.

- k) Los perfiles que ofrece la *Medicina 4.0* deben ser objeto de un cuidadoso análisis por parte de los operadores jurídicos contemporáneos. Se destaca en este espectro: la inteligencia artificial, la robótica, la telemedicina, la medicina genómica y el uso de la nanotecnología.

IX. Bibliografía

- Alterini, A. A. “Soluciones del Proyecto de Código en materia de Responsabilidad Civil”. *La Ley online*, AR/DOC/3802/2012.
- Alterini, A. A. y López Cabana, R. M. (1988). *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*. Buenos Aires. La Ley.
- Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. (2000). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Aransay, A. (2018). “Antecedentes y propuesta para la regulación jurídica de los robots”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, M. España. Kluwer Wolters.
- Barrio Andrés, A. (2018). “Del derecho de Internet al derecho de los robots”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, M. España. Kluwer Wolters.
- Belluscio, A. “Obligaciones de medio y resultado. Responsabilidad de los sanatorios”. *La Ley online*, AR/DOC/13116/2001.
- Bueres, A. J. (2006). *Responsabilidad de los médicos*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Bustamante Alsina, J. “Prueba de la culpa médica”. *La Ley online*, AR/DOC/8593/2001.
- Bustamante Alsina, J. “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de la profesión”. *La Ley* 1976-C, 63.
- Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A. (1994). *Derecho de las obligaciones*. 3ª Edición aumentada y actualizada. La Plata Librería Platense.
- Chabas, F. “Responsabilidad médica y seguro en el Derecho francés”. *La Ley online*, AR/DOC/10221/2001.
- Di Lonardo, A. M. “Medicina personalizada o medicina de precisión: consideraciones éticas”. *La Ley online*, AR/DOC/4335/2016.
- Díaz, V. L. “Revolución industrial 4.0. ¿Destrucción o nacimiento de la fuerza laboral?”. *La Ley online*, AR/DOC/3593/2017.
- Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., on-line, <http://www.rae.es/rae.html/>, consultado el: 15-5-2020.

119 Lorenzetti, R. (2018). “El paradigma protectorio tutela a los débiles”. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires. El Derecho, n° IX, 10.

- Fernández Costales, J. (1988). *El contrato de servicios médicos*. Madrid. Editorial Civitas.
- Foladori, G. y Invernizzi, N. (2019). “Una visión crítica de las nanotecnologías disruptivas”. *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. Editor: Navas-Sierra, J. A. Bogotá. Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia.
- Fossaceca, C. A. (2012). “Tratados Internacionales, Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos como fuentes modernas del ordenamiento jurídico argentino del siglo XXI (su recepción en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012)”. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/tratadosinternacionales-corte-comision.pdf> (consultado el: 14-12-2019).
- García-Guerrero, M. (2019). “La fiebre de las nanotecnologías: promesas, inversión y resultados cortos en la era de la tecnociencia”. *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. Editor: Navas-Sierra, J. A. Bogotá. Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia.
- García Portero, R. (2018). “Los robots en la sanidad”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, M. España. Kluwer Wolters.
- García-Prieto Cuesta, J. (2018). “¿Qué es un robot?”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, M. España. Kluwer Wolters.
- Garrell Guiú, A. y Guilera Agüera, Ll. (2019). *La Revolución Industrial 4.0 en la sociedad digital*. Valencia. Marge Books.
- Ghersi, C. A. “Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente”. *La Ley online*, AR/DOC/3705/2012.
- Gross Espiell, H. (2003). *La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos*. PNUD.
- Lafaille, H. (2009). *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Actualizado por Bueres, A. J. y Mayo, J. A. Provincia de Buenos Aires. La Ley-Ediar.
- Lamanna Guiñazú, E. C. y Fossaceca, C. A. (h) (noviembre 2018). *Reflexiones en torno a la figura de los daños punitivos (art. 52 bis, Ley N° 24.240)*. Colección Compendio Jurídico, Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio. Erreius, 887.
- Larroumet, Ch. (2001). “Tendencias en materia de hecho generador de la responsabilidad médica”. *Derecho Privado-Libro Homenaje al Profesor Alberto J. Bueres*. Buenos Aires. Hammurabi.
- López Espinoza, J. A. y Botell, M. (jul.-ago. 2002). *Avances de la medicina en el siglo XX*. Revista Cubana de Medicina General Integral. V. 18, n. 4. Ciudad de La Habana.
- López Mesa, M. J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”. *La Ley online*, AR/DOC/377/2016.
- Lorenzetti, R. (2018). “El paradigma protectorio tutela a los débiles”. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires. El Derecho, n° IX.
- Lorenzetti, R. L. (1998). *La Empresa Médica*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. L. “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”. *La Ley online*, AR/DOC/11834/2001.
- Lorenzetti, R. L. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.

- Lorenzetti, R. L. “Sistema de Derecho Privado actual”. *La Ley online*, AR/DOC/15848/2001.
- Maglio, I. y Wierzbza, S. M. “Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil”. *La Ley online*, AR/DOC/2387/2018.
- Messina de Estrella Gutiérrez, G. N. (1997). “La responsabilidad civil del anestesista”. *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 721.
- Mosset Iturraspe, J. (1982). *Responsabilidad por daños*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- Pereiro de Grigaravicius, M. D. “La medicina y la ingeniería genética como causa de daño”. *La Ley online*, AR/DOC/1600/2019.
- Peyrano, J. W. “El indicio vehemente”. *El Derecho* 190-2001-659.
- Peyrano, J. W. “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”. *El Derecho* 153-967.
- Peyrano, J. W. y Chiappini, J. O. “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”. *El Derecho* 107-105.
- Picasso, S. “Algunos aspectos de la responsabilidad civil de los médicos en el Derecho Argentino”. *Cuadernos de Análisis Jurídico*. T. IV. Colección de Derecho Privado. Director: Carlos Pizarro Wilson. Santiago de Chile. Universidad Diego Portales (sin fecha), 155, <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/07.pdf> (consultado el: 15-5-2020).
- Piñeiro, D. y Ferreres, A. (2009). “El error en la práctica médica”. *La prueba científica y los procesos judiciales*. Coordinadora: Iñigo, D. B. Buenos Aires. La Ley.
- Ponce, C. R. “El juez y la prueba científica”. *Diario El Derecho* del 12 de diciembre de 2007.
- Prieto Molinero, R. J. “Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil”. *La Ley online*, AR/DOC/1560/2014.
- Tanzi, S. *La responsabilidad profesional y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Derecho Privado. Reformas del Código Civil II. Obligaciones y Responsabilidad, Año 1, Número 3, 169.
- Tobías, J. W. “En torno a la responsabilidad civil de los médicos”. *El Derecho* 84-832.
- Trigo Represas, F. A. (2003). “Responsabilidad civil del médico anestesista”. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Tomo 4 B. Director: Bueres, Alberto; Coordinadora: Highton, Elena I. Buenos Aires. Hammurabi.
- Ubiría, F. A. (2012). “La responsabilidad civil”. *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires. El Derecho.
- Vázquez Ferreyra, R. (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Zavala de González, M. M. “Actualidad en la jurisprudencia sobre Derecho de Daños Relación de causalidad”. *La Ley online*, AR/DOC/3279/2001.

DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA, PRIVADA E INSTANCIA PRIVADA

Una indagación acerca de su razonabilidad
Crimes of public, private action and private instance
An inquiry about your reasonability

Carlos Manuel Romero Berdullas¹

Recibido: 14 de julio de 2020

Aprobado: 3 de septiembre de 2020

Resumen: Las reformas propiciadas por la Ley N° 24.147, junto a otras modificaciones efectuadas al Código Penal y la tendencia *in crescendo* a acotar el carácter público del Derecho Penal, fenómeno íntimamente ligado a los procesos de reforma abiertos a su progresiva privatización, nos interpelan a meditar sobre la medida de razonabilidad de los delitos de acción privada, los delitos dependientes de instancia privada y el novedoso instituto de la conversión de la acción pública en privada.

Este trabajo procura acercar al lector a una mejor comprensión de los motivos que fundamentan la clasificación de los delitos en nuestro país y la introducción de la conversión de la acción, además de exponer posibles contradicciones axiológicas en nuestra legislación, a través de una rigurosa relación compositiva de lo justo.

Palabras clave: Delito; Conversión; Acción; Pública; Privada; Instancia.

Abstract: The reforms promoted by Law No. 24,147 (which was sanctioned

1 Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina y Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

on 06/10/2015), along with other modifications made to the Penal Code and the growing trend to limit the public nature of criminal law, a phenomenon closely linked to the processes of Reforms open to its progressive privatization, challenge us to meditate on the reasonableness measure of crimes of private action, crimes dependent on private instance and the novel institute of the conversion of public action into private.

This work not only tries to bring the reader closer to a better understanding of the reasons behind the classification of crimes in our country and the introduction of the conversion of action, but also to expose possible axiological contradictions in our legislation, through a rigorous compositional relationship of the just.

Keywords: Crime; Conversion; Action; Public; Private; Instance.

Sommario: Le riforme promosse dalla legge n. 24.147, insieme ad altre modifiche apportate al codice penale e alla crescente tendenza a limitare la natura pubblica del diritto penale, fenomeno strettamente legato ai processi di riforma aperti alla sua progressiva privatizzazione, ci sfidano a meditare sulla misura della ragionevolezza dei delitti di azione privata, delitti dipendenti dall'istanza privata e del nuovo istituto per la conversione dell'azione pubblica in privata.

Questo lavoro cerca di avvicinare il lettore a una migliore comprensione delle ragioni alla base della classificazione dei reati nel nostro Paese e dell'introduzione della conversione dell'azione, oltre ad esporre possibili contraddizioni assiologiche nella nostra legislazione, attraverso un rigoroso rapporto compositivo che giusto.

Parole chiave: Crimine; Conversione; Azione; Pubblico; Privato; Esempio.

Para citar este artículo:

Romero Berdullas, C. M. (2020). "Delitos de acción pública, privada e instancia privada. Una indagación acerca de su razonabilidad".

Prudentia Iuris, N. 90, pp. 159-188.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.159-188>

1. Introducción

Las recientes modificaciones del Código Penal, junto a la creciente tendencia de los procesos de reforma a limitar cada vez más el carácter público del Derecho Penal, plantean la importancia de reflexionar sobre la medida de racionalidad de los delitos de acción privada y dependientes de instancia

privada, como así también, la relevancia de indagar el grado de razonabilidad del novedoso instituto de la conversión de la acción.

En traza de alcanzar el cometido propuesto, nuestro *iter* comenzará con un análisis normativo, que comprenderá la evolución legislativa de la clasificación de los delitos en nuestro país y la exégesis efectuada por la doctrina, con el objeto de precisar sus posibles fundamentos.

Luego, develadas las diferentes vías de justificación, se relacionará el conocimiento obtenido con los principios del obrar jurídico. De este modo, mediante una rigurosa relación compositiva de lo justo, que partirá de dos matrices ideológicas antagónicas (léase un garantismo fincado en los postulados del Derecho Penal moderno; y un realismo clásico, acuñado por la tradición jurídica occidental²), ordenaremos el movimiento de la razón para discurrir e inferir conclusiones sobre la medida de razonabilidad de los delitos de acción privada, los hechos penales dependientes de instancia privada y la conversión de la acción pública en privada.

2. Regulación normativa y exégesis

2.a. Delitos de acción pública

Antes de la reforma propiciada por la Ley N° 24.147 (que fuera sancionada el 10-6-2015), el artículo 71 del Código Penal establecía: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas”.

Así pues, hace casi una centuria atrás, el aún vigente Código Penal de 1921³ reemplazó el término “pueden”, que obraba en el artículo 71 del Proyecto de Código Penal presentado en 1891 por Piñero, Rivarola y Matienzo⁴, por la palabra “deberán”⁵, afianzado de esta manera un principio de legali-

2 Excede este trabajo precisar los fundamentos de cada matriz ideológica. Para mayor ilustración, véase en extenso Romero Berdullas, C. M. (2020). *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*. Buenos Aires. Ad Hoc.

3 Ley N° 11.179, 29-10-1921.

4 El proyecto de Código Penal de Piñero, Rivarola y Matienzo presentado en 1891 se hallaba encabezado por la fórmula: “Pueden iniciarse de oficio todas las acciones penales, excepto las que nacen de los siguientes hechos [...]”, y luego enunciaba los delitos que exigían acusación o denuncia del agraviado, de sus representantes o guardadores (arts. 87-88). Cfr. Piñero, N.; Rivarola, R.; Matienzo, J. N. (1898). *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*. 2ª ed. Buenos Aires. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 118 y 319-323.

5 Cfr. Jofré, T. (1922). *El Código Penal de 1922*. Buenos Aires. Valerio Abeledo – Librería jurídica, 148.

dad procesal⁶, íntimamente imbricado a los delitos de acción pública, como así también a nuestra rica tradición histórica⁷.

6 El principio de legalidad procesal podría definirse como el deber del Ministerio Público Fiscal de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública imperativo, además comprensivo de la imposibilidad de suspender, interrumpir (irretractabilidad) o desistir (indisponibilidad) de la persecución, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley. Cabe poner de relieve la significancia de la fórmula “salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley”, ya que en nuestro territorio el principio de legalidad procesal ha convivido pacíficamente con diferentes causas de extinción de la acción penal, donde no existe margen del fiscal para proseguir con la persecución penal y la misma ley establece con precisión en qué casos debe extinguirse la acción. Para una mayor ilustración sobre esta cuestión puede verse, *in extenso*, Romero Berdullas, Carlos M. Ob. cit.

7 La influencia de las leyes españolas y las Partidas en América, tanto en la época hispánica como luego de la independencia de la madre Patria, es puesta de relieve por Jiménez de Asúa, Soler, Cabral, Jofré, Vélez Mariconde, Maier y Marchisio [cfr. Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. T. I. 3ª ed. Actualizada. Buenos Aires. Losada, 965 y 1001; Soler, S. (1951). *Derecho Penal Argentino*. T. I. 2ª ed. Buenos Aires. TEA, 102; Cabral L. M. (1997). *Compendio de Derecho Penal Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot, en cap. XII, titulado La Constitución y las cárceles de la Nación, 294; Jofré, T. (1941). *Manual de Procedimiento*. T. I. 5ª ed. Buenos Aires. La Ley, 51; Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Buenos Aires. Lerner, 161; Struensee, E. - Maier, J. B. J. (2000). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 21; Marchisio, A. (2008). *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 50]. Nótese que, si bien en las Partidas no existe una enunciación expresa del principio de legalidad procesal, sí puede observarse la intención de compeler al juez a perseguir la verdad bajo todo costo (*vide* Ley XII, de la Tercera Partida); como así también se advierte ante ciertos crímenes (por su especial gravedad) y yerros el no requerimiento de demandante o acusación (*vide* Leyes X, XI y XXVIII de la Setena Partida). Cfr. *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono*, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad, Salamanca, 1555 edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974.

Por cierto, la introducción del procedimiento inquisitivo español en América habría posibilitado la persecución penal de oficio [Cfr. Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 333; Vázquez Rossi, J. E. (1995). *Derecho Procesal Penal (la realización penal). Conceptos Generales*. T. I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 143]; e instaurado la primacía del principio de legalidad procesal [Marchisio, A. (2008). Ob. cit., 52-53]. De hecho, esto fue ratificado por la directriz de perseguir todos los delitos rubricada en el art. 180 del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813, donde se prescribe, con nitidez, el deber de establecer “[...] en todas las ciudades un acusador é Irenarca [...]”; cuya obligación principal consistía en “[...] descubrir y acusar los delitos que no tuviesen acusador [...]” [cfr. Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (cfr. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-sociedad-patriotica/html/6d95c592-cdc6-439c-bbf6-6cfd2752428f_2.html), fecha de consulta: 21-2-2017]; y Sampay, A. E. (1975). *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Buenos Aires. Eudeba, 188].

Esta variable se replicaría sin solución de continuidad en los Códigos Procesales de la Nación, pues recién hacia fines del s. XX y comienzos del s. XXI se puede advertir la pione-

Aunque esta reforma no presenta suficientes fundamentos en la exposición de motivos, Jofré nos ofrece un buen indicio argumental, al explicar que el Código Penal dictado en 1921 se ocupa de la acción penal, dado que la perturbación provocada por el delito primero afecta al Estado, encargado de preservar la tranquilidad social⁸.

Más aún, añade el doctrinario que por esa razón el Estado apela a la pena y nace la acción penal de carácter público⁹; regla de oro dispensada en otras ocasiones, donde esa función es delegada en determinadas personas constituidas en árbitros del castigo, originando así al surgimiento de la acción privada. De ahí que todos los delitos den lugar a la acción pública –salvo en contadas excepciones previstas en la ley penal–, lo que a entender de Jofré constituye un progreso evidente, en tanto así se sortea la venganza privada o el rencor; y a la vez, se evita que las víctimas particulares rehúyan a formalizar o proseguir la acusación por sentimientos humanitarios, la concertación con el delincuente o a fin de eludir las molestias o gastos propios del proceso penal¹⁰.

Complementa Jofré su análisis citando la exposición de motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de 1895, donde se expresaba: “[...] la perpetración de ciertos atentados que conmueven a la sociedad, que ponen en peligro sus más caras instituciones, no son ni pueden ser sino de su resorte; la acción privada se extingue allí donde la justicia tiene que resolver, no una contienda entre particulares, sino el desempeño del más alto privilegio, el poder absoluto de castigar y corregir en nombre de las supremas exigencias de la conservación social [...]”¹¹.

Como explica Tejedor, cuyo proyecto sentó las bases del Código Penal de 1886, existen vulneraciones de derechos respecto de las cuales los medios de previsión y defensa individual devienen insuficientes. Estas lesiones, añade el citado, distinguiendo las leyes criminales de las civiles, son las “*únicas de que debe ocuparse el Derecho Penal, porque tales lesiones afectan no sólo a la persona que es la víctima, sino a la sociedad cuya protección quebrantan*”¹².

ra inclusión de criterios de oportunidad en los Códigos Procesales de las provincias, novedad luego reafirmada con la reforma efectuada en el año 2015 a los arts. 59, 71 y 73 del Código Penal por la Ley N° 24.147; y la aprobación del Código Procesal Penal Federal en el año 2019.

8 Jofré, T. (1922). *El Código Penal...* Ob. cit., 148.

9 Ídem.

10 Ídem.

11 Proyecto de Código de Procedimiento Penal uruguayo de los Dres. Acevedo, De María, etc., Montevideo, 1895, según cita de Jofré, T. *El Código Penal de 1922*, 149.

12 Tejedor, C. (1871). *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte. 2ª ed. Buenos Aires. Librería de CL. M. Joly, 13.

De ahí que las lecciones de Vélez Mariconde no pierdan vigencia con el transcurso del tiempo, ya que “la acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere, cuanto por la finalidad que persigue”¹³. Es que para “cumplir sus fines, para defender su propia vida, para mantener el orden jurídico-social, el Estado ha reivindicado del particular el derecho de acusar; éste se ha convertido en una función pública [...]”, pues el “interés individual ha quedado [...] comprendido en el interés social” y “la actividad acusatoria se ha socializado”¹⁴.

No en vano, Vélez Mariconde abreva en palabras de Mortara, quien explica que la acción penal es el instrumento jurídico mediante el cual actúa el Derecho Subjetivo del Estado “de aplicar, por la autoridad y con las garantías del poder jurisdiccional, las sanciones jurídicas necesarias a la defensa y el mantenimiento del orden social y de las condiciones externas de pacífica convivencia de los ciudadanos”¹⁵.

Si el Derecho Penal es esencialmente público, debido a que protege intereses sociales y procura preservar el orden jurídico, el delito exige la actividad directa e inmediata del Estado (o sea, la sociedad como entidad jurídica, según Vélez Mariconde); pues éste no puede desentenderse de la acción penal¹⁶. De lo contrario, de conceder al particular ofendido el solitario ejercicio de la acción penal, se supeditaría a su querer la vida misma de las acusaciones y los procesos, como así también la efectiva aplicación de la ley¹⁷. Y este aspecto no es menor, dados los peligros implícitos en una factible orfandad de acusación cuando la comunidad política lo requiera (motivada en la indiferencia de los ciudadanos ante aquello que no los toca directamente), las posibilidades de que el ciudadano-acusador se convierta en chantajista u obre impulsado por un instinto de venganza reñido con la justicia¹⁸.

Notése que Frister pone de relieve la importancia del interés público en el Derecho Penal, pues la reacción jurídico-penal contra el hecho delictivo “no es la compensación del daño causado a la víctima ni tampoco (o al menos no principalmente) el proporcionarle una satisfacción personal [...] el Derecho Penal no regula una relación jurídica entre personas privadas [...] [d]ado que la punición existe en interés público, tampoco la persecución

13 Vélez Mariconde, A. *Derecho Procesal Penal*. T. I, 282.

14 Ídem.

15 Siracusa, *Il Pubblico Ministero*, 46, según cita de Vélez Mariconde, A. T. I. Ob. cit., 283.

16 Vélez Mariconde. A. T. I. Ob. cit., 283-285.

17 Ídem.

18 Vélez Mariconde, A. T. I. Ob. cit., 289-290 y 293-294.

penal es, básicamente, asunto de la víctima, sino misión de una autoridad estatal [...]”¹⁹.

Siguiendo esta inteligencia, puede afirmarse entonces con Fontán Balestra: “*La acción pública* es la típica acción penal”²⁰. Pues el artículo 71 del Código de fondo rubrica implícitamente el principio general de que la acción penal es pública, lo que también es reconocido por Zaffaroni, aunque partiendo de un análisis crítico fundado en la denominada “expropiación del conflicto”²¹, presupuesto ya refutado en “De los delitos y los conflictos”²².

De hecho, este principio permanece inalterable por cuanto la actual redacción del artículo 71 del Código Penal de la Nación contempla que amén de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las acciones dependientes de instancia privada y las privadas. Por tanto, podemos inferir que más allá de la intención del legislador de permitir el ingreso de criterios de disponibilidad de la acción penal mediante una definición abierta a leyes procesales de las provincias, esta regla dorada no ha perimido.

En este acápite, resta efectuar una serie de observaciones sobre la clasificación formulada en el artículo 71 del Código Penal, pues Vélez Mariconde se enseña crítico con la nomenclatura usada en el Código Penal, en tanto establece un antagonismo entre acción de ejercicio público y acción de ejercicio privado, cuando a su entender la acción es siempre pública (sea civil o penal), por cuanto constituye un poder dirigido hacia un órgano del Estado²³.

Una perspectiva semejante ofrece Levene, quien considera técnicamente impropio denominar a las acciones como privadas o de instancia privada, ya que dada su naturaleza la *actio* es siempre pública²⁴, aunque sea privado el órgano a cargo de su ejercicio o se encuentre subordinada la actuación del Ministerio Público Fiscal a la acusación de determinadas personas enumeradas en la ley²⁵.

19 Frister, H. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi, 38.

20 Fontán Balestra, C. (1993). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. 14ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 710.

21 Cfr. Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ediar, 894.

22 Romero Berdullas, C. M. (diciembre 2019). “De los delitos y los conflictos”. *Prudentia Iuris*, n° 88. Buenos Aires.

23 Vélez Mariconde, A. (1969), *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Lerner, 180.

24 Levene, Ricardo (h) (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Buenos Aires. Depalma, 167-168.

25 Levene, Ricardo (h). Ob. cit., 167-168. Lo explicado respecto a la acción dependiente de instancia privada es reafirmado por Vázquez Rossi, para quien *stricto sensu*, este es un supuesto de acción pública únicamente sometida a un requisito de procedibilidad, pues una

Fierro también sigue una tónica argumental similar, pues considera que a diferencia de lo sucedido con la acción civil “*ex delicto*” promovida dentro de un proceso penal, la naturaleza de todas las acciones penales originadas de los disímiles delitos es siempre pública, por cuanto su propósito no es satisfacer un interés privado, sino castigar a una persona por la comisión de un delito²⁶. Tanto es así, que incluso sugiere clasificar las acciones nacidas de los delitos como de: a) acción pública, b) acción pública dependiente de instancia privada, y c) acción pública de ejercicio privado²⁷.

En fin, la distinción entre delitos públicos y privados no solo ha despertado polémicas en la Argentina, pues vale destacar que, en Italia, Buccellati observó oportunamente como huero de sentido hablar permanentemente del carácter público del Derecho Penal; y al mismo tiempo, admitir que la existencia de determinados delitos dependa de la iniciativa privada, contrariando de ese modo la naturaleza pública del *ius puniendi* antes predicada²⁸.

2.b. Delitos dependientes de instancia privada

El artículo 72 del Código Penal de la Nación (que fuera sustituido en 2018 por la Ley N° 27.455) prevé como acciones dependientes de instancia privada las nacidas de los siguientes delitos:

- 1°) El abuso sexual (simple, gravemente ultrajante o con acceso carnal); el abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal con personas menores de 16 años; y el rapto (propio e impropio, es decir, sin o con el consentimiento viciado de la víctima), cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas previstas en el artículo 91 del Código Penal de la Nación.
- 2°) Lesiones leves, ya sean dolosas o culposas.
- 3°) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

vez efectuada la manifestación de voluntad del ofendido de perseguir el delito mediante la denuncia, la acción prosigue idéntico *iter* al de la acción pública en todos sus efectos (Vázquez Rossi, J. E. T. I. Ob. cit., 331).

26 Cfr. Fierro, G. J. (2002). En AA. VV. *Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y jurisprudencia, 2. Parte General (arts. 71/76)*. Dirs.: Zaffaroni, E. R.; Baigún, D. Buenos Aires. Hammurabi, 772.

27 Fierro, Guillermo J. Ob. cit., 773. Por su parte, Levene también propone reemplazar la denominación de “delitos de acción privada” por “delitos perseguibles a instancia de parte” [cf. Levene, Ricardo (h). Ob. cit., 167-168].

28 Según Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. El delito*. T. III. 3ª ed. actualizada. Buenos Aires. Losada, n° 979, 280.

En todos estos supuestos, la norma fija que sólo se procede a formar causa por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, la norma también estipula circunstancias que imperan a proceder de oficio. Estas excepciones varían según cada uno de los casos contemplados en los diferentes incisos, pues de configurarse el sustrato fáctico del inc. 1º, se interviene de oficio cuando la víctima fuera menor de 18 años o hubiera sido declarada incapaz; mientras que de tratarse de una causa por lesiones leves (inc. 2º), la actuación oficiosa se dará cuando mediaren razones de seguridad o interés público²⁹.

Por lo demás, también se promoverá de oficio la persecución penal frente a las lesiones leves (inc. 2º) y el impedimento de contacto (inc. 3º), si el delito fuera cometido contra un menor sin padres, tutor o guardador; o cuando el victimario resultare uno de sus ascendientes, tutor o guardador; o de existir intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, en tanto fuera más conveniente para el interés superior de aquél.

Aprécia, Vélez Mariconde, que en esta clase de acciones el ofendido no ejerce la acción penal. *Per se*, únicamente tiene la facultad de carácter sustantivo de provocar e instar la promoción de la acción penal –decisión librada al arbitrio del ofendido, quien debe ponderar intereses familiares y sociales posiblemente agonales–, mas una vez manifestada la voluntad favorable hacia la persecución, el poder de retracción se disipa de manera irrevocable³⁰. En ese sentido, Maier advierte la existencia de una persecución penal oficial, pero subordinada a una condición que concretada habilita la acción del Estado y se vuelve irrevocable³¹.

Empero, en sentido contrario a la doctrina tradicional, Binder considera que la víctima debería contar con la posibilidad de revocar esa autorización, por cuanto los motivos fundantes de esta norma (léase la revictimización o los costos de persecución demasiado gravosos para el menoscabado directamente por el delito) no armonizan con la manda de obligar a la víc-

29 Maier asimila este último supuesto a una manifestación del principio de oportunidad, pero formulada de manera inversa a la habitual. Pues en vez de describir la regla el caso genérico, en donde por lo general y sin condicionamientos existe la opción de disponer de la persecución penal, en este caso surgiría la chance de que el órgano estatal pueda prescindir de una condición inhibitoria de la persecución penal oficial, tan solo apelando a razones de seguridad o interés público, no sustentadas en baremos objetivos susceptibles de ser debatidos contradictoriamente [cfr. Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 675]. El análisis de esta interpretación exorbita el objeto de este trabajo. Si se desea evaluar las razones por las cuales no puede sostenerse esta exégesis, se sugiere la lectura de Romero Berdullas, C. M. (junio 2017). “Manifestaciones del principio de oportunidad”. *Prudentia Iuris*, n° 83. Buenos Aires, 233-234.

30 Vélez Mariconde, A. A. Ob. cit. T. I, 278-281.

31 Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 676-677.

tima a ponderar en una fase inicial cuáles serán las consecuencias del caso, pues en ese estadio incipiente aún no se pueden discernir con nitidez los potenciales perjuicios³².

Ahora bien, si analizamos la evolución legislativa de las acciones dependientes de instancia privada previstas en el artículo 72 del Código Penal, es posible observar una confusa indiferenciación inicial con las acciones privadas y un continuo vaivén en la nómina de infracciones contempladas en este supuesto³³. Así pues, a modo de ejemplo: los delitos de amenazas, violación de domicilio e insolvencia fraudulenta integraron el catálogo de delitos dependientes de instancia privada (cfr. Ley N° 17.567), mas luego fueron definitivamente excluidos mediante la sanción de la Ley N° 21.338.

Otro aspecto por destacar es que el fundamento del régimen de excepción previsto en el Código Penal de 1921 se basaba primigenia y únicamente en la necesidad de sortear el *strepitus fori* ante los delitos contra la integridad sexual, por entonces definidos como contra la honestidad.

En línea con von Liszt y Frank, Jiménez de Asúa explica que, si bien el Derecho reconoce la gravedad evidente del delito, como así también el interés y deber del Estado de perseguirlo, en ciertas circunstancias subordina su actuación a la decisión de la víctima, pues ésta puede preferir resguardar el hecho penal en su intimidad personal, a fin de no incrementar la lesión del bien jurídico adicionándole la publicidad del daño padecido³⁴.

Los delitos dependientes de acción de instancia privada comprenden, entonces, hechos graves, pero el legislador privilegia el perjuicio que la trascendencia pública del delito importaría para la víctima del hecho penal –*strepitus fori*– por sobre su represión³⁵. Es que, como enseña Soler, acontece a veces que “el delito afecta tan hondamente la esfera íntima y secreta de un sujeto, que la ley ha considerado conveniente, no obstante la gravedad de aquél, respetar la voluntad de la víctima o de quienes legalmente la representan, a objeto de que la intimidad herida por el delito no lo sea nuevamente por el *strepitus fori*”³⁶.

Como bien explica Fierro, a partir de la sanción de la Ley N° 17.567 (cuyo autor fue Soler), el *strepitus fori* perdió su carácter de fundamento

32 Cfr. Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad Hoc, 444.

33 Cfr. Leyes Nros. 13.944, 16.648, 17.567, 18.653, 20.509, 21.338, 23.077, 23.487, 24.270, 24.453 y 25.087.

34 Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. El delito*. T. III, n° 979, 277-278.

35 Navarro, G. R.; Daray, R. R. (2004), *Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires. Hammurabi, 70.

36 Soler, S. (1953). *Derecho Penal Argentino*. T. II. Buenos Aires. TEA, 500-501.

exclusivo de esta clase de acciones, amén de subsistir en casos de delitos contra la integridad sexual³⁷. De ahí que el citado coloque a la necesidad de descomprimir la saturación creciente de la carga de trabajo de los tribunales como una de las razones determinantes para introducir en esta categoría a infracciones que afectaran “escasamente la convivencia social debido a su poca entidad, en especial con la incorporación al articulado de las lesiones leves dolosas o culposas –siempre que no mediaren razones de seguridad o de interés público”³⁸.

Se añade a ello que, en 1993, también se sumó al elenco de delitos de instancia privada el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, lo que a juicio de Fierro es un desatino del legislador, en tanto así “se recargan abusivamente las incumbencias penales, promoviendo con ello el colapso del sistema” cuando “en el caso [...] se trata indubitablemente de una cuestión propia del Derecho de Familia [...]”³⁹.

Por su parte, Zaffaroni explica que el original fundamento del *strepitus fori* hoy se amplía a la necesidad de evitar la doble victimización y el daño moral susceptible de causarse a partir de la reminiscencia de vivencias desgraciadas⁴⁰. Pues en la actualidad, dadas las hipótesis incluidas legislativamente en el Código Penal y la excepción consagrada respecto a las lesiones leves, el fundamento de la acción dependiente de acción privada radicaría en “la necesidad de moderar la arbitrariedad confiscatoria de conflictos –que es la esencia del poder punitivo– procurando que la acción procesal dependa de la instancia de la víctima, como única jueza de los perjuicios que ésta puede acarrearle”⁴¹.

2.c. Delitos de acción privada

El artículo 73 del Código Penal de la Nación delimita como acciones privadas a las originadas de:

- 1) Las calumnias e injurias, en cuyo caso la acción podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.
- 2) La violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157 del Código Penal de la Nación.

37 Cfr. Fierro, G. J. Ob. cit., 753.

38 Ídem.

39 Fierro, G. J. Ob. cit., 771.

40 Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. Ob. cit., 895.

41 Ídem.

- 3) La concurrencia desleal (prevista en el art. 159 del Código Penal de la Nación).
- 4) El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Cabe añadir, que en los supuestos de los incisos 2º, 3º y 4º se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

La categoría de infracciones denominadas “delitos de acción privada” suelen ser, en palabras de Jiménez de Asúa y Soler, “de poca gravedad”; y la protección pública se halla íntimamente ligada a la voluntad de la víctima, quien no solo debe promoverla, sino también proseguirla⁴².

En la acción privada, el interés protegido por la incriminación se encuentra revestido por un carácter “señaladamente particular”, al punto tal de que cuando éste no se manifiesta como lesionado, es como si no hubiera acontecido lesión alguna⁴³.

Por ello, resultan replicables aquí las consideraciones expuestas por Frister, al analizar el Derecho Penal alemán, pues al igual que en nuestro país, en Alemania la idea de punición de infracciones del Derecho como asunto público tampoco se realiza de modo irrestricto. En efecto, allí los delitos de acción privada únicamente pueden ser denunciados por el Ministerio Público si existe un interés público en la persecución penal, pues de lo contrario, el derecho de acusar es de resorte exclusivo de la víctima⁴⁴.

Como enseña Vélez Mariconde, en esta clase de acciones el Estado no sólo confiere al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino también le concede un derecho subjetivo e individual, condicionante y enervador total de la potestad pública⁴⁵. Por este motivo es que Maier advierte un desplazamiento de los órganos de persecución penal estatal por el querer del ofendido o sus sustitutos dentro de un ámbito reservado por la ley a la autonomía de la voluntad en todas sus etapas, en donde el Estado sólo preserva el monopolio de la fuerza pública⁴⁶.

Por su parte, Binder ofrece una perspectiva peculiar, en la medida en que identifica los delitos de acción privada con criterios de selección de casos

42 Jiménez de Asúa, L. T. III. Ob. cit., n° 979, 278; y Soler, S. T. II. Ob. cit., p. 501. Vale añadir que, también, Fierro considera que en estos supuestos nos hallamos ante infracciones en las cuales no se encuentra gravemente comprometido el interés del Estado (cfr. Fierro, G. J. Ob. cit., 772).

43 Fontán Balestra, C. Ob. cit., 711; y Soler, S. T. II. Ob. cit., 501.

44 Frister, H. Ob. cit., 39.

45 Cfr. Vélez Mariconde, A. A. T. I. Ob. cit., 278-281.

46 Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 669 y sigs.

o problemas de oportunidad⁴⁷. Concretamente, si bien afirma en los delitos de acción privada la existencia de un interés público comprometido, repara en la primacía de un vigoroso interés de la persona afectada fincado en dos fundamentos: uno relacionado al resguardo de ciertos bienes demasiado personales (ej.: honor); y otro sustentado en razones de oportunidad, ajustadas a la mejor capacidad de gestión de las víctimas en estos casos⁴⁸.

No obstante, tal como se expone en *Manifestaciones del principio de oportunidad*⁴⁹ –en semejante línea a Armenta Deu⁵⁰ y Marchisio⁵¹–, no se advierte aquí una proyección del denominado principio de oportunidad en los delitos de acción privada, pues se hace patente la decisión legislativa de conferir el poder dispositivo de la acción penal a los particulares. En consecuencia, no se percibe ámbito de discrecionalidad alguno de parte de los fiscales, en pos de definir si promoverán, suspenderán o desistirán la imperativa persecución del delito ante la noticia criminal. Por el contrario, aquí la regla rectora es la disponibilidad de la acción en manos de la voluntad de los particulares.

La cuestión es que, si tal cual se demuestra en *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, este principio “alude a las facultades del Estado (por intermedio del Ministerio Público Fiscal) para no iniciar, suspender o interrumpir la persecución penal pública ante la noticia delictiva en vista a razones político-criminales, el ámbito conceptual de este principio (como también del principio de legalidad procesal) es el de la acción penal pública y su noción abarca desde el plano subjetivo una función conferida a un órgano estatal (léase fiscal)”⁵², elementos ausentes en los delitos de acción privada⁵³.

47 Cfr. Binder, A. M. T. II. Ob. cit., 438-440 y 443-444.

48 Binder, A. M. *Derecho Procesal Penal*. T. II, 438-440 y 443-444.

49 Romero Berdullas, C. M. *Manifestaciones del...* Ob. cit., 232-233.

50 Cfr. Armenta Deu, T. (2008). *Estudios sobre el Proceso Penal*. En Colección de Autores de Derecho Penal (dirigida por Donna, E. A.). Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 222-223.

51 Cfr. Marchisio, A. *Principio de oportunidad...* Ob. cit., 114-115.

52 Romero Berdullas, C. M. *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, 37-38. En similar sentido, véase Anitua, G. I.; Borinsky, M. H. (1999). “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas penales europeos”. En AA. VV. (Dir.: Hendlar, Edmundo). *Sistemas procesales comparados*. Buenos Aires. Ad Hoc, 552-553.

53 Misma conclusión cabe inferir respecto a los delitos dependientes de instancia privada, por cuanto nos topamos con una condición de procedibilidad o excepción al principio de oficialidad, que el legislador libró a la autonomía de la voluntad de las víctimas; pero ciertamente, una vez ejercitada perime ese hiato de la indisponibilidad de la acción penal del órgano estatal de persecución, y ésta prosigue de oficio e irrevocablemente, como toda acción pública informada por los principios de legalidad e indivisibilidad. Tampoco modificaría en algo que fuera revocable esta facultad de instar la promoción de la acción penal. Pues de ser así, el fiscal no contaría con espacio de discrecionalidad alguno para evaluar si dispone o no de la acción

2.d. Conversión de la acción pública en privada

Vale resaltar la novedosa introducción al artículo 73 del Código Penal de la Nación de la conversión de la acción pública en privada. Pues a partir de esta reforma suscitada en el año 2015 por la Ley N° 27.147, se incorporaron a la categoría de acciones privadas aquellas que, “de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima”⁵⁴.

Este instituto⁵⁵ también es receptado en el proyecto de reforma del Código Penal, que fuera elevado al Congreso por la Comisión creada mediante el Decreto N° 103/2017 (cfr. arts. 71, quinto párrafo y 73, inc. 5°); y es uno de los supuestos de disponibilidad de la acción regulados en el reciente Código Procesal Penal Federal (arts. 30, inc. b, 33 y 252)⁵⁶.

Como se explica en *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, este régimen es caracterizado como flexible y comprende dos alternativas: “Una [...] más bien ligada al querellante autónomo. Supuesto donde la conversión de la acción pública en privada es peticionada por la víctima frente al sobreseimiento solicitado por el fiscal o el archivo dispuesto por aplicación de un criterio de oportunidad (art. 33, incs. a y b del Código Procesal Penal Federal)”⁵⁷, y “otra sí vinculada al principio de oportunidad, a partir de la cual la víctima puede solicitar al fiscal su autorización para convertir la acción pública en privada frente a determinados delitos, en la medida de que no existiera un interés público gravemente comprometido”⁵⁸.

Resta precisar que las condiciones de aplicabilidad de esta última alternativa pueden variar según el caso⁵⁹, por cuanto dependen de decisiones

penal, ya que esa decisión (léase la revocación) dependería exclusivamente de la voluntad de la víctima (cfr. Romero Berdullas, C. M. *Manifestaciones del...* Ob. cit., 233).

54 Respecto al desatino del legislador en la aplicación de la fórmula “de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes”, corresponde remitirse a lo escrito en Romero Berdullas, C. M. (23-4-2019). “De la inconstitucional regulación de la acción penal -inconsecuencias de reformas contradictorias”. En *elDial.com*, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal. Dirigido por Gustavo E. Aboso, 1-69.

55 Que ha generado adeptos como Félix Crous (véase versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 4-11-2014, 61); y oposiciones como la de Julio B. J. Maier (cfr. mismo documento, 12); y Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, III. Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 236.

56 Aprobado por Ley N° 27.063, el 7 de febrero de 2019.

57 Romero Berdullas, C. M. (2020). *Criterios de oportunidad en el proceso penal*. Buenos Aires. Ad Hoc, 122-123.

58 Ídem.

59 A modo de ejemplo, el Código Procesal Penal Federal de la Nación contempla la posibilidad de convertir la acción pública en privada con el consentimiento del fiscal, en tanto

político-criminales orientadas a alcanzar una mayor eficacia o eficiencia en una o en un grupo de causas⁶⁰ y a redireccionar racionalmente los recursos del Ministerio Público Fiscal⁶¹.

3. Medida de razonabilidad de los delitos de acción privada

Concretada la *via inventionis*, nos hallamos en condiciones de analizar la medida de razonabilidad de los delitos acción privada. A tal efecto, nada parece más conveniente que iniciar esta fase dialéctica partiendo de la matriz ideológica garantista, pues el garantismo preconizado entre autores como Ferrajoli⁶² y Silva Sánchez⁶³ abrevia en los postulados de un Derecho Penal moderno, cuyos contenidos pétreos son ampliamente reconocidos por gran parte de la doctrina contemporánea.

Ahora bien, si estudiamos esta cuestión desde esa perspectiva, deberíamos concebir a la pena como un “mal”, lo que permitiría comprender la necesidad de restringirla al máximo posible. De hecho, si partiéramos del presupuesto de que en palabras de Silva Sánchez: “la pena es básicamente un mal”⁶⁴, luego cabría proponer la reducción de los mecanismos punitivos del Estado al mínimo necesario, en clave con el principio de intervención mínima.

Por consiguiente, en ese transitar hacia la búsqueda del punto de referencia del mínimo necesario, el principio de necesidad (*nulla lex poenalis sine necessitate*) del Derecho Penal, del cual derivarían el principio de pena mínima necesaria y el de máxima economía en la configuración de los delitos (*nullum crimen sine necessitate*), marcaría el rumbo a seguir⁶⁵.

se trata de un delito que requiriera instancia de parte, o de lesiones culposas, y no existiera un interés público gravemente comprometido (*vide* art. 33, inc. c).

60 Cfr. Binder, A. M. *Derecho Procesal Penal*. T. II, 440-441.

61 Cfr. Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 131.

62 Cfr. *in extenso* Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.

63 Cfr. *in extenso* Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Montevideo - Buenos Aires. B de f; y Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Barcelona. Atelier.

64 Silva Sánchez, J. M. *Aproximación al...* Ob. cit., 46, 291-292, 294 y 394.

65 Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y Razón...* Ob. cit., 91-93, 465-466. Así pues, anclándose en las reflexiones de Beccaria, Bentham y Montesquieu, Ferrajoli pone de relieve el ligamen entre el principio de necesidad y el de reserva de la ley, que debería reducir las prohibiciones penales a las mínimas necesarias e impedir la inflación penal (*ibidem*, 465-466).

En consecuencia, si siguiéramos las coordenadas minimalistas, se advertiría cierta tensión con la idea de convertir delitos de acción pública en delitos de acción privada⁶⁶; o la de incorporar esta última clase de hechos penales en el Código Penal, pues como enseña Pastor, estas pragmáticas contradicen los fundamentos axiológicos del Derecho Penal mínimo profesado por Ferrajoli⁶⁷.

Explica Pastor que “si las penas leves o las no privativas de la libertad muestran el carácter no fundamental de los bienes que se pretende tutelar con las figuras que prevén tal tipo de sanciones, lo mismo sucede, o mucho más todavía, cuando el Estado se desinteresa de la cuestión hasta tal punto que deja su persecución en manos exclusivas de particulares. Aquí se suman ese desinterés estatal y la escasa relevancia de la sanción que normalmente está determinada para los delitos de acción privada”⁶⁸.

Por tanto, el jurista citado afirma que sería correcto “derogar en primer lugar todas las figuras penales perseguibles privadamente y luego también todas aquellas respecto de las cuales se esté pensando en convertirlas en delitos de acción privada”, pues como “con acierto dicen Gatgens Gómez y Rodríguez Campos, los delitos de acción privada son ‘aquellos delitos leves o en los que el interés público es insignificante’, entonces es evidente que si realmente se desea un Derecho Penal mínimo y una deflación de los procesos judiciales, los delitos de acción privada deben ser derogados”⁶⁹.

De ahí que Pastor sella sus maduradas reflexiones, infiriendo: “[...] esto se debe a que por definición en estos casos se está pensando desde el comienzo en la inexistencia de interés estatal en el hecho, pues de haberle interesado al Estado lo habría configurado como delito de acción pública, más allá de la suerte que pudiera correr la persecución del hecho concreto en un proceso dado”⁷⁰.

Por cierto, si en línea con la idea de *ultima ratio* el legislador contempla únicamente como delitos los actos más gravosos para el todo social; y anuncia la imposición de la pena para retraer a quienes se encuentren dispuestos a cometer esa clase de hechos conspiratorios contra el bienestar general;

66 Diferente es el caso si ante el archivo del fiscal de una causa iniciada por un delito de acción pública se permite que la víctima prosiga el proceso. Pues en este caso, nos hallamos ante un delito de acción pública; y si bien la prosecución puede seguir en esa instancia el cauce previsto para los llamados “delitos de acción privada”, ciertamente el carácter sustancial y relevante del hecho perseguido no resulta modificado [Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 224].

67 Pastor, D. R. Ob. cit., 223.

68 Ídem.

69 Ídem.

70 Ídem.

luego se observa contradictorio tipificar conductas “de poca gravedad”⁷¹; o acciones que no comprometen gravemente el interés del Estado⁷² y revisten un interés “señaladamente particular”⁷³.

En efecto, de considerarse que algún acto humano no origina ese especial interés penal en la sociedad, no posee una significación gravosa, ni reviste la trascendencia necesaria para ultrajar la tranquila convivencia y la paz social; no debería tipificarse ese hecho como “delito”. Por ende, si ponderamos esta circunstancia desde el prisma garantista, se observan objeciones de entidad a la hora de evaluar la medida de racionalidad legislativa de la previsión de delitos de acción privada.

Veamos ahora a dónde nos conduce un examen de la cuestión desde el realismo clásico. Desde esta posición, la ley penal (o regla de prudencia determinada por la razón) delimita lo justo a realizar para preservar la sociedad humana y lograr el *bonum commune*; en tanto el Derecho constituye objeto de la justicia⁷⁴, medida que al “dar a cada uno lo suyo” y establecer o restituir el orden entre las personas (como partes de un todo), procura, así, la conquista del bien común.

Dentro de este contexto, el delito es concebido como un acto humano (acción u omisión) culpable que lesiona o pone en peligro determinados bienes amparados por las normas jurídicas. Empero, vale notar que el “delito” no es cualquier acto, “problemática” o mero “conflicto”⁷⁵, pues esta palabra alude a los hechos más graves y antijurídicos, sin cuya prohibición la sociedad no podría preservarse. En efecto, la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino sólo aquellos actos humanos exteriores revestidos de tal nocividad para las relaciones sociales, que de no prohibirse la ciudad no podría conservarse⁷⁶.

De ahí que –según Carnelutti– el Código Penal se hace “para conseguir que los ciudadanos se abstengan de ciertos actos que se consideran gravemente nocivos al bien común y realicen ciertos actos que son necesarios para ese mismo bien común”⁷⁷.

71 Jiménez de Asúa, L. T. III. Ob. cit., 278; y Soler, S. T. II. Ob. cit., 501; y Fierro, G. J. Ob. cit., 772.

72 Cfr. Fierro, G. J. Ob. cit., 772.

73 Fontán Balestra, C. Ob. cit., 711; y Soler, S. T. II. Ob. cit., 501.

74 Aristóteles (2015). *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires. Colihue, L. V, cap. I, 1129a y 1129b 1-5; y Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*, II-II (a). 3ª ed. Madrid. BAC, q. 57, a. 1 y q. 58, a. 1.

75 Sobre el distingo entre delito y conflicto, véase Romero Berdullas, C. M. *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, 293-297.

76 Cfr. Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a. 2; y II-II, q. 77, a. 1, resp. a obj. 1.

77 Carnelutti, F. (2006). *Cómo nace el Derecho*. Buenos Aires. Librería El Foro Rodamilans, 12.

Lo explicado permite comprender, entonces, que la obligación jurídica debida al otro y prevista por el legislador es una necesidad de fin, por cuanto instituye el medio particularmente más apto para realizar el bien común; y en consecuencia su lesión impone la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, pues el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento, ya que de lo contrario vería comprometida su existencia en tanto orden a fin⁷⁸.

Tanto es así, que dada la necesidad de fin⁷⁹ del orden jurídico y en tanto no fuera gravemente en desmedro del *bonum commune*⁸⁰, la amenaza de la pena debería concretarse ante el incumplimiento espontáneo de la ley penal⁸¹ y de lo justo, con el fin de restablecer el orden de justicia alterado por el ofensor; evitar la vindicta privada; y por otra parte, salvaguardar la vigencia real de las prescripciones imperadas tanto para no dañar al otro, como respetar la vida tranquila, ambos imperativos de justicia general orientados a resguardar el bien común político.

Por consiguiente, puede advertirse con facilidad la importancia de la sanción penal, pues ésta “[...] introduce la fuerza en la noción de Derecho, porque naturalmente, en cuanto no se obedezca al precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto”⁸². En definitiva, la coacción jurídica hace a la eficacia del Derecho e induce a la virtud, sin la cual no sería factible alcanzar el *bonum commune*, ya que los ciudadanos (o las partes) no se hallarían proporcionados al bien común de la ciudad (o el todo)⁸³.

Lo expuesto permite reparar, también, en una diferencia significativa en los puntos de partida del pensamiento clásico y el garantismo. Pues la doctrina garantista concibe a la pena como “un solo mal”; sumiendo así en la penumbra el aspecto de bien de la sanción penal. A tal punto, que tiende a

78 Cfr. Repetto, A. (2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, n° 11.780. Buenos Aires. *El Derecho*, 3.3.4; y Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 349-350.

79 Una necesidad de fin se configura cuando, a modo de ejemplo, no se puede lograr un determinado fin sin un medio (Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, q. 82, a. 1).

80 Así pues, se admite la posibilidad de que en el algún caso prudencial pueda justificarse la no retribución de un hecho penal si esto perjudicara gravemente el bien común, como por ejemplo acontece en el supuesto de la amnistía o el indulto.

81 Las normas expresan racional e imperativamente una necesidad de fin, que inviste el medio a cumplir con la conducta debida para la consecución de un fin necesario, o sea un bien; más allá de la posibilidad de incumplir lo ordenado e infringir la ley, a partir de un no recto ejercicio de su libertad.

82 Carnelutti, F. Ob. cit., 25.

83 Cfr. Aristóteles. *Ética...*, L. I, C. 1; Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 92, a. 1 y 95, a. 1; y Repetto, A. (2009). “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”. En *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246. *El Derecho*. Buenos Aires.

equiparar incorrectamente como “dos males” al “mal” procedente del “delito” y al “mal” originado por la “pena”, cuando en sentido estricto, mientras el “delito” es un “mal empírico y moral”, la “pena” constituye un “bien ético-jurídico”, por cuanto se trata de un acto justo⁸⁴.

En cambio, aunque el pensamiento clásico entiende desde cierto aspecto empírico a la pena como la imposición de un “mal” a quien ha perpetrado un gravísimo “mal” y en respuesta de ese “mal” de gran entidad denominado “delito” –de ahí su tipificación como una de las conductas más antijurídicas del Derecho–, no desconoce la bondad de la sanción penal, reconociendo que al dar a quien delinquirió “lo suyo” permite restablecer el orden de justicia quebrantado por ese “primer mal delito”.

Por tanto, amén de resultar la pena un “mal” desde una perspectiva meramente sensorial (pues consiste en la privación de un bien particular), el realismo clásico no soslaya su calidad de “bien” desde el punto de vista axiológico, ya que al imponerse la pena se hace justicia; y a través de la sanción penal se compensa ese primer “mal” llamado “delito”, equilibrando de esta manera el desorden provocado por el hecho penal⁸⁵, en pos del bien común. De modo que, mientras el delito es un mal tanto para quien lo realiza como para sus víctimas, la pena es un mal en cierto sentido para quien la recibe⁸⁶, pero también es un “bien ético jurídico” para quien la impone y la comunidad política cuando es justa.

Así como pagar una deuda patrimonial es justo y bueno, retribuir el delito (que es un mal) también constituye un bien. Es que la legitimidad de la pena radica precisamente en ese hacer lo justo, ya que “dar a cada uno lo suyo” es un fin en sí mismo. Por consiguiente, la aplicación de una pena se vuelve así en un bien ético-jurídico sustentado en una necesidad moral o deontológica que en defensa del bien común político exige una respuesta y reacción del Estado ante un acto de iniciativa denominado delito⁸⁷.

84 Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad* (dirigido por Hernández, H. H.). Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 289-290 y Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I, C. 46, 5; I, C. 48, 5; I, C. 48, 6 c; y I-II, C. 74, 1 ad. 4.

85 Tale, C. Ob. cit., 136, 140 y 141.

86 En cierto sentido, en tanto la justa pena ejecutada de manera adecuada puede propender a enmendar a quien ha delinquirido, resocializarlo y favorecer su reinserción social, constituyéndose así en un bien para el sancionado penalmente. Véanse, a modo de ejemplo, los resultados positivos alcanzados con el “Programa Espartanos”, donde se da cuenta de una reincidencia delictiva del 5 % de quienes forman parte de ese proyecto, cifra contrastante con una reincidencia delictiva del 65 % de quienes no participan del mismo (cfr. <https://www.fundacionespartanos.org/>, fecha de consulta: 1-7-2020).

87 Cfr. art. 75, inc. 20 de la CN.

Se entiende así, en base a la experiencia: “[s]i se reacciona contra el delito cometido porque es un mal social grave, se está aplicando el principio moral primero [...] que es ‘hacer el bien y evitar el mal’”⁸⁸, concretado en el campo jurídico en ese “dar a cada uno lo suyo”; léase lo suyo de las víctimas particulares, lo suyo de la víctima comunidad política y lo suyo de quien delinquirió.

Por ello es que Repetto clarifica un poco más esta cuestión, apelando a una cita de Santo Tomás de Aquino, quien esgrime que la imposición de la pena: “[...] tiene razón de bien, cuando el que castiga lo hace por justicia (Q.D. de malo, q. 1, a. 4., 9 obj.)”; pues “[...] el orden de la justicia conlleva la privación de un bien particular para alguien que peca, en cuanto que el orden de la justicia requiere que aquel que peca sea privado del bien que apetece. Así pues, la pena misma es buena de suyo, pero es mala para éste (Q.D. de malo, q. 1, a. 1., 1 obj.)”⁸⁹. “El bien no necesita del mal pero sí a la inversa. Por lo tanto, aquello que es necesario para la conservación del bien no puede ser de suyo malo. Y para la conservación de la concordia entre los hombres es necesario que se den penas a los malos. Por lo tanto, castigar a los malos no es de suyo malo (Tomás de Aquino, S.C.G., Libro III, capítulo 146)”⁹⁰.

Efectuada esta breve aclaración, es posible inferir desde este contexto explicativo, que todo delito es grave, salvo aquel no merecedor de ser tipificado como delito. En efecto, no existen delitos leves, aunque sí hay delitos que afectan en menor o mayor medida al bien común; y, por consiguiente, presentan una diferente gradación de gravedad, si los observamos desde una perspectiva *ad intra* del Código Penal.

Repárese que, como ya adelantamos, cuando aludimos a delitos nos referimos a los hechos más graves y antijurídicos, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría preservarse, pues la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino sólo aquellos actos humanos exteriores revestidos de tal nocividad para las relaciones sociales, que de no prohibirse la ciudad no podría conservarse⁹¹.

Es que, como explica Welzel (aunque partiendo desde un punto de vista diferente a la del realismo clásico), la “‘misión general del Derecho Penal’ es ‘proteger los valores elementales de la vida comunitaria’”; y “[...] ‘la meta

88 Cfr. Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y Garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 278.

89 Cfr. Repetto, A. *El Derecho Penal realista...* Ob. cit., acápite 9.9.

90 Ídem.

91 Cfr. Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a. 2; y II-II, q. 77, a. 1, resp. a obj. 1.

suprema de la pena' es preservar a la sociedad de los comportamientos que le son nocivos y proteger los valores elementales de la convivencia"⁹².

Por eso, precisa Welzel: “[e]l Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud [...] protección de los bienes jurídicos [...]’ que ‘[...] cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos [...]’, asegurando, así, ‘la vigencia de los valores éticos-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc.’”⁹³.

Vale añadir aquí, a su vez, que al delito le corresponde una doble razón de demérito, por cuanto no sólo hiere a la persona singular (o parte ordenada al todo) en su bien, sino también de modo prevalente lesiona a toda la comunidad política⁹⁴. Efectivamente, frente a la comisión de un delito se incumplen un deber emanado de la justicia conmutativa, que impone el imperativo de respetar la relación del titular del bien jurídico con su bien (ya sea un objeto material o inmaterial); junto a otro, expresado en la obligación de todos de no perturbar los derechos personales de los demás y respetar la paz o vida tranquila, imperativo de justicia general o legal destinado directamente a preservar el bien común⁹⁵. De ahí que los delitos o actos humanos consumados en desmedro del otro irradian un perjuicio a toda la comunidad política⁹⁶.

Por lo tanto, a tenor de lo expuesto, puede afirmarse que, si los delitos son los hechos más graves y antijurídicos, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría preservarse, luego, dejar librada la persecución penal de esas conductas disvaliosas en grado sumo, exclusivamente en manos de los particulares, enseña cierta incongruencia, por cuanto la víctima particular no se encuentra en condiciones de disponer del gravamen público provocado por el hecho penal a la víctima comunidad política.

92 Kaufmann, A. (2018). “La misión del Derecho Penal”. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. En Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40. Montevideo-Buenos Aires. B de f, 29-30.

93 Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán*, Parte General. 11ª ed. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile, 11-12.

94 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 21, a. 3. En similar sentido, aunque no desde una perspectiva realista clásica, Jiménez de Asúa plantea con claridad que siempre el Estado es titular del interés ofendido por el delito (aunque puede resultar sujeto pasivo inmediato o mediato); y a la vez, principal interesado en el cumplimiento de la ley penal, por cuanto el fin del Derecho Penal puede ser en lo inmediato el bien de una víctima particular, pero también su finalidad inmediata o mediata (según cuál sea el delito cometido) será el bien común (cfr. Jiménez de Asúa, L. T. II. 3ª ed. Actualizada. Ob. cit. Buenos Aires. Losada, n° 979, 92-93).

95 Cfr. Repetto, A. *La importancia...* Ob. cit., 3.4.

96 Cfr. ídem, 4.2.

Concretamente, esto desnuda dos posibles lecturas que tensionan con la medida de razonabilidad de la decisión legislativa de introducir delitos de acción privada. Una opción es que esos actos humanos exteriores no revisitan tal nocividad o gravedad para las relaciones sociales; no comprometan gravemente el bien común de la comunidad política y traduzcan un interés marcadamente particular. Esta clave interpretativa conduciría a pugnar por la abrogación de esas figuras delictivas; y encontraría asidero en la circunstancia de que, de lo contrario, esas conductas habrían sido tipificadas como delitos de acción pública.

Y la otra alternativa es que esos actos sí sean especialmente graves y dañosos para la comunidad política; razón por la cual deberían haber sido tipificados como delitos de acción pública, pues si el hecho penal “[...] fuese tal que redundara en detrimento del Estado, el hombre está obligado a la acusación [...]”⁹⁷, para restaurar el interés público quebrantado por el delito, en vistas del bien común. Es que como enseña Llambías, *contrario sensu* del Derecho Civil (donde se interviene para remediar los daños y perjuicios provocados a algún individuo en particular), el Derecho Penal es “una rama del Derecho Público que en líneas generales procura el bien de la comunidad, y sólo secundariamente el bien individual [...]”⁹⁸, porque lo “[...] ilícito penal comprende un número restringido de acciones que atentan contra la sociedad haciendo peligrar su digna subsistencia [...]”⁹⁹.

Esto nos interpela a interrogarnos si las calumnias e injurias, la violación de secretos, la concurrencia desleal y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar deben preverse como hechos penales o no. Es que caracterizar a esos delitos como de escaso contenido gravoso contradice la medida de razonabilidad del Derecho Penal; en tanto si una conducta no fuera de especial gravedad, ni irrogara un daño al bien común, no debería introducirse en el Código Penal como delito.

Así pues, si las conductas contempladas como delitos de acción privada fueran de poca entidad y no comprometiesen gravemente el interés público¹⁰⁰ (cuestión que debería dilucidarse), vale preguntarse ¿por qué son tipificadas como delitos, es decir, como las más gravosas lesiones a la ley, como las conductas más antijurídicas; si supuestamente carecen de entidad suficiente para ultrajar la seguridad o tranquila convivencia de la comunidad política?

97 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, II-II (a), q. 68 a. 1).

98 Llambías, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. T. II. 17ª ed. actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 277-278.

99 Ídem.

100 Jiménez de Asúa, L. T. III. Ob. cit., 278; y Soler, S. T. II. Ob. cit., 501; y Fierro, G. J. Ob. cit., 772.

En fin, cabe interrogarse, entonces, ¿cuál es el sentido de prever una determinada conducta en el Código Penal?; para luego, sujetar a la voluntad de la víctima particular la posibilidad de perseguir o no el hecho delictivo para restaurar el orden de justicia e instar la concreción de los otros fines legítimos de la pena (preventivos generales y especiales).

4. Medida de razonabilidad de la conversión de los delitos de acción pública en delitos de acción privada

Análogas consideraciones cabe realizar respecto a la conversión de la acción pública en privada, cuando es peticionada por la víctima al fiscal ante determinados delitos, en tanto no existiera un interés público gravemente comprometido¹⁰¹.

En este supuesto de conversión de la acción ligado al principio de oportunidad, también es dificultoso hallar una medida de razonabilidad (sea cual fuera la perspectiva de la cual partamos), pues “si el legislador tipifica como delitos de acción pública los actos más gravosos para el todo social y anuncia la imposición de la pena en orden a retraer a quienes se encuentren dispuestos a cometer esas clase de hechos ostensiblemente conspiratorios contra el bien común político, resulta sumamente contradictorio dotar al fiscal de un margen de discrecionalidad en pos de evaluar si se halla gravemente comprometido el interés público”¹⁰².

Por cierto, si la significación, especial trascendencia y afectación del interés público de las conductas en cuestión es lo que movió al legislador a introducirlas en el Código Penal con el carácter de delitos de acción pública para preservar las relaciones sociales y conservar la paz social; luego cabe concluir que la conversión de esas figuras delictivas en delitos de persecución privada denota una contradicción axiológica.

En efecto, “si el Estado se desentendiera de estos casos y librara la persecución penal al accionar de los particulares, en realidad demostraría que estos supuestos no deberían haber sido tipificados como delitos (de acción pública), pues claramente no tendrían entidad suficiente para ultrajar la tranquila convivencia, y por consiguiente, no despertarían el interés de la comunidad política en esta clase de hechos, ni deberían preverse como hechos penales (de acción pública)”¹⁰³.

101 Cfr. art. 33, inc. c) del Código Procesal Penal Federal de la Nación.

102 Romero Berdullas, C. M. *Criterios de oportunidad...* Ob. cit., 123-124.

103 Ídem.

Diversa es la cuestión en los casos de participación del ofendido cuando el fiscal sobresee o archiva por aplicación de un criterio de oportunidad una causa iniciada por presunta comisión de un delito de acción pública; e igualmente, se le otorga a la víctima la posibilidad de mantener viva la persecución penal, a través de la conversión. En este supuesto la inepticia no se configura, pues como explica Pastor, no se produce una mutación en la relevancia e interés estatal expresado por el legislador al tipificar la conducta como delito, ya que nos hallaríamos ante una persecución privada de un delito de acción pública¹⁰⁴.

5. Medida de razonabilidad de los delitos de instancia privada

En los delitos de instancia privada, *a priori* no se advierte mella alguna en la medida de razonabilidad, en tanto nos hallamos ante un delito de acción pública, cuya persecución se encuentra sujeta a un requisito de procedibilidad subordinado a la expresión de voluntad de la víctima particular y basado en un posible interés agonal. Por lo que no resultaría desacertada la idea de denominar a esta clase de delitos como de acción pública dependiente de instancia privada.

Concretamente, en el supuesto de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, donde más allá de la discusión que pueda darse sobre si debería tipificarse penalmente esta conducta ligada a una problemática familiar o correspondería solucionarla en el fuero civil especializado en la materia, la justificación de la condición obstativa del ejercicio de la acción se basaría en una posible tensión entre el “interés superior del niño” y la persecución penal, en tanto ésta podría agravar la relación paterno filial en desmedro del hijo menor.

Por consiguiente, aquí no se advierte mengua alguna en la medida de razonabilidad, por cuanto nos hallaríamos frente a un delito de acción pública, pero cuya persecución se encuentra condicionada a un juicio prudencial, a fin de evitar un daño mayor al menor de edad y al “bien común familiar”, bien que también refiere al *bonum commune* de la comunidad política, al resultar la familia la “célula primera y vital de la sociedad”¹⁰⁵.

En cambio, es posible observar cierta aporía si aguzamos la mirada en la redacción escogida al incluir las lesiones leves en esta categoría, pues el artículo 72 del Código Penal prevé en estos casos la actuación oficiosa,

104 Pastor, D. R. *Recodificación penal...* Ob. cit., 222-224.

105 Conc. Ecum. Vat. II, Decr. sobre el apostolado de los laicos, *Apostolicam actuositatem*, 11.

cuando mediaren razones de seguridad o interés público. De modo que así, el legislador pareciera afirmar como regla la no afectación de la seguridad e interés público, a través de la consumación de estas conductas. Por lo que vale preguntarse, nuevamente, si estas conductas no afectan la seguridad e interés público –tal cual pareciera inferirse de la redacción de la norma–, ¿cuál es la razón para introducir las en el Código de fondo como los hechos más antijurídicos; si no presentan entidad suficiente para ultrajar la armónica convivencia de la comunidad política?

En virtud de todo lo ya expuesto la medida de racionalidad también resulta apocada, si como explica Fierro, la necesidad de descomprimir la saturación creciente de la carga de trabajo de los tribunales fue el motivo para introducir en esta sección a las lesiones leves, conductas que afectarían “escasamente la convivencia social debido a su poca entidad [...]”¹⁰⁶.

Nuevamente, caracterizar determinados delitos como leves o de escaso contenido gravoso no se ajusta a la medida de razonabilidad del Derecho Penal; pues si una conducta no fuera de especial nocividad, ni pusiera en peligro o dañara al bien común, no debería incorporársela al Código Penal como delito.

Por otra parte, si efectivamente la conducta revistiera el poder perjudicial y la gravedad requeridos para tipificar una conducta como delito, el argumento de la descompresión de un sobrecargado Poder Judicial no se enseña acorde a la necesidad de concretar la justicia penal para restaurar el interés público quebrantado por el delito, en aras del bien común.

De hecho, la solución a un atiborrado sistema judicial no consiste en encuadrar hechos graves en delitos dependientes de instancia privada para así excusarse de perseguir gran parte de esas conductas sumamente perjudiciales para la comunidad política por la propia ineficiencia estatal, sino en buscar medidas organizativas idóneas en traza de alcanzar una administración eficaz del servicio de justicia¹⁰⁷. De lo contrario, se procuraría legitimar un incumplimiento estatal del derecho-deber de aplicar todos los medios adecuados para “dar a cada uno lo suyo”.

Finalmente, la medida de racionalidad también resulta horadada si evaluamos el requisito de procedibilidad previsto ante la comisión de los delitos de abuso sexual o rapto, cuando no falleciera la víctima o resultara sujeto pasivo de lesiones gravísimas, pues la justificación fundada en el *strepitus fori* despierta serios interrogantes en torno a si se ajusta al bien de la víctima y al bien de la comunidad política.

106 Fierro, G. J. Ob. cit., 771.

107 Sobre medidas tendentes a alcanzar una gestión más eficiente, puede verse Garavano, G.; Romero Berdullas, C. M. (2014). “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”. En AA. VV. *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires. El Derecho.

Por cierto, el *factum* de categorizar estas conductas como de instancia privada puede propender a aumentar la cifra negra de estos delitos por el temor de las víctimas a denunciar, una dependencia económica/emocional respecto del victimario, o una posible naturalización de la violencia en determinados contextos, como así también a potenciar el riesgo de que el sujeto pasivo de estos hechos penales sea nuevamente abusado por el mismo autor e incluso padezca otros delitos violentos¹⁰⁸.

De hecho, la no concreción de la justicia penal y la ausencia de la noticia criminal frente a estos hechos traduce, además, la posibilidad de que el abusador convierta en víctimas de actos contra la integridad sexual a otros integrantes de la comunidad política. Y esta no es una cuestión insignificante, en la medida en que “entre los elementos principales del bien común político se encuentran la ciencia, la justicia, el orden, la seguridad”¹⁰⁹; y de “su realización resulta la paz”¹¹⁰.

Se añade a esto que el no deceso o padecimiento de lesiones gravísimas no libera a los delitos contra la integridad sexual de su especial gravedad. Claramente, esta clase de actos humanos revisten tal daño para las relaciones sociales, que de no prohibirse la comunidad política no podría conservarse. Merced a esto es que estos actos intrínsecamente malos (en razón de su objeto) son gravemente ilícitos en todo tiempo; y en consecuencia, no sólo anonadan toda posibilidad de “espacio moralmente aceptable para la creatividad de alguna determinación contraria”¹¹¹, sino además imperan a la autoridad pública tanto a prevenirlos como reprimirlos.

De modo que, subordinar a la decisión de la víctima el interés y deber del Estado de perseguir hechos sumamente nocivos como los aludidos, no parece ajustarse a medida de razonabilidad alguna. Primero, porque la víctima no podría disponer del gravamen público originado por el delito (en tanto no le pertenece)¹¹², ni de la seguridad de la víctima comunidad política; pues iría en desmedro de un bien común, que no es ajeno al bien propio

108 Ilustra estas factibles circunstancias lo expuesto en Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación (2016). *Guía de actuación en los casos de violencia doméstica contra las mujeres*. Buenos Aires, 14-16 (disponible en <https://www.mpf.gov.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2016/11/Guia-de-actuacion-en-casos-de-violencia-domestica-contra-las-mujeres.pdf>, fecha de consulta: 8-7-2020).

109 Sacheri, C. A. (2007). *El orden natural*. Buenos Aires. Vórtice, 190.

110 Ídem.

111 San Juan Pablo II (1993). *Veritatis Splendor*. 3ª ed. Buenos Aires. Claretiana, n° 67-68.

112 Incluso, este interés público es potenciado ante el deber del Estado argentino de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (cfr. Leyes Nacionales Nros. 23.179 y 24.632).

de la víctima particular¹¹³; y, por su esencia, “tiene una primacía sobre el bien individual y, en consecuencia, este último se ordena a aquél, como lo inferior y menos perfecto se ordena a lo superior y más excelente”¹¹⁴.

Y segundo, debido al potencial riesgo de que el sujeto pasivo pueda sufrir otros hechos delictivos violentos, pues esta circunstancia impera a perseguir penalmente y a adoptar todas las medidas preventivas pertinentes para evitar una nueva “victimización primaria” de la víctima; como así también a sustanciar un proceso acorde a los estándares hoy vigentes¹¹⁵, en línea con la idea guía de impedir su “victimización secundaria”.

6. Conclusiones

A tenor de lo expuesto, a modo de conclusión es posible inferir lo siguiente:

- a. La existencia de delitos de acción privada tensiona con la medida de razonabilidad del Derecho Penal, ya sea que partamos desde una matriz garantista o realista clásica; y por consiguiente, debería evaluarse la posibilidad de eliminar esa categoría del Código Penal.
- b. Análoga consideración cabe reproducir respecto a la viabilidad de convertir la acción pública en privada, en aquellos supuestos donde se concede a la víctima la posibilidad de solicitar esa transformación al fiscal.

113 “El bien común no es un bien ajeno para la persona humana [...] No hay ni puede haber oposición ni tampoco ‘tensión’ [...] entre bien común y bien propio [...] el bien común es el mejor bien del singular; en este caso, en que el singular es la persona humana, cada uno de sus bienes comunes es en su orden propio el mejor bien de la persona. En efecto, si el verdadero bien de un ente es aquello que éste desea naturalmente como su perfección, entonces tal perfección es para ese ente su bien. Pero la persona concreta tiene una ordenación natural a varios bienes capaces de perfeccionarla, entre los cuales se cuenta no sólo el bien que le concierne precisamente en tanto que es un individuo, sino también ciertos bienes cuya perfección constitutiva les permite perfeccionar a este singular y a otros a la vez; es decir, bienes que son comunicables a una pluralidad de singulares, o sea, bienes comunes. Bienes que son comunes por su abundancia intrínseca y su incommensurabilidad al bien singular en cuanto tal; bienes en que se hallan contenidos y de los que dependen los bienes propios en el orden respectivo. De ahí que esos bienes comunes no tengan la formalidad de bienes ajenos respecto del singular que se halla naturalmente ordenado a ellos como a sus bienes propios, como sus mejores bienes propios, y tanto mejores cuanto más comunicables a otros, comunicabilidad que es manifestación y medida de su perfección y de su consiguiente capacidad perfectiva” [Soaje Ramos, G. (1958). *Sobre la politicidad del Derecho*. Boletín de Estudios Políticos. Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza, n° 9, 91].

114 Sacheri, C. A. Ob. cit., 191.

115 Cfr. Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación. *Guía de actuación...* Ob. cit.

- c. Resultaría más adecuado denominar a los “delitos dependientes de instancia privada” como “delitos de acción pública dependientes de instancia privada”.
- d. Las pautas suministradas para introducir las lesiones leves como delitos dependientes de instancia privada tampoco condicen con una medida de racionalidad satisfactoria, por lo que debería evaluarse si corresponde abrogar esas figuras delictivas o incorporarlas a los “delitos de acción pública”.
- e. La razonabilidad del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 72, inc. 1º, del Código Penal también resulta menguada, en tanto la justificación fundada en el *strepitus fori* no parece ajustarse plenamente al bien de la víctima particular y al bien de la víctima comunidad política; y en la actualidad, existen herramientas aptas para sustanciar los procesos de modo acorde a la idea guía de evitar la revictimización del sujeto pasivo de los hechos de violencia.
- f. Si bien correspondería analizar si el supuesto previsto en el artículo 72, inc. 3º del Código Penal debería tipificarse penalmente, dado que se trata de una problemática familiar susceptible de solucionarse en el fuero civil especializado en la materia, la justificación de la condición obstativa del ejercicio de la acción parece ajustarse a la medida de razonabilidad. Ello es así, en tanto nos hallamos ante un delito de acción pública, pero cuya persecución se encuentra condicionada a un juicio prudencial, con el propósito de impedir un daño mayor al menor de edad y al “bien común familiar”, bien también referido al *bonum commune* de la comunidad política.

Bibliografía

- Alfonso el Sabio. *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono*. Nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad. Salamanca, 1555 edición de Gregorio López en reproducción anastática del Boletín Oficial de Estado, 1974.
- Anitua, G. I.; Borinsky, M. H. (1999). “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas penales europeos”. En AA.VV. (Dir.: Hendler, Edmundo). *Sistemas procesales comparados*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Aristóteles (2015). *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires. Colihue.
- Armenta Deu, T. (2008). *Estudios sobre el Proceso Penal*. En Colección de Autores de Derecho Penal (dirigida por Donna, E. A.). Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Cabral, L. M. (1997). *Compendio de Derecho Penal Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

- Carnelutti, F. (2006). *Cómo nace el Derecho*. Buenos Aires. Librería El Foro Rodamillans.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.
- Fierro, G. J. (2002). En AA. VV. *Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y jurisprudencia, 2. Parte General (arts. 71/76)*. Dirs.: Zaffaroni, E. R.; Baigún, D. Buenos Aires. Hammurabi.
- Fontán Balestra, C. (1993). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. 14ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Frister, H. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Garavano, G.; Romero Berdullas, C. M. (2014). “El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA”. En AA. VV. *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires. El Derecho.
- Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. T. I. 3ª ed. actualizada. Buenos Aires. Losada.
- Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. El delito*. T. III. 3ª ed. Actualizada. Buenos Aires. Losada.
- Jofré, T. (1922). *El Código Penal de 1922*. Buenos Aires. Valerio Abeledo - Librería jurídica.
- Jofré, T. (1941). *Manual de Procedimiento*. T. I. 5ª ed. Buenos Aires. La Ley.
- Kaufmann, A. (2018). “La misión del Derecho Penal”. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. En Colección Grandes Maestros del Derecho Penal, n° 40. Montevideo-Buenos Aires. B de f.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Levens, R. (h) (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Depalma. Buenos Aires.
- Llambías, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. T. II. 17ª ed. actualizada. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, III. Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Marchisio, A. (2008). *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación (2016). *Guía de actuación en los casos de violencia doméstica contra las mujeres*. Buenos Aires.
- Navarro, G. R.; Daray, R. R. (2004). *Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de Código*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Piñero, N.; Rivarola, R.; Matienzo, J. N. (1898), *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, 2ª ed. Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional.

- Repetto, A. (2009), “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”. En *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246. *El Derecho*. Buenos Aires.
- Repetto, A. (2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, n° 11.780. *El Derecho*. Buenos Aires.
- Romero Berdullas, C. M. (2020). *Criterios de oportunidad en el proceso penal*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Romero Berdullas, C. M. (2020). *Derecho Penal Líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Romero Berdullas, C. M. (23-4-2019). “De la inconstitucional regulación de la acción penal - inconsecuencias de reformas contradictorias”. En *elDial.com*, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, dirigido por Gustavo E. Aboso.
- Romero Berdullas, C. M. (diciembre 2019). “De los delitos y los conflictos”. *Prudentia Iuris*, n° 88. Buenos Aires.
- Romero Berdullas, C. M. (junio 2017). “Manifestaciones del principio de oportunidad” *Prudentia Iuris*, n° 83. Buenos Aires.
- Sacheri, C. A. (2007). *El orden natural*. Buenos Aires. Vórtice.
- Sampay, A. E. (1975). *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Buenos Aires. Eudeba.
- San Juan Pablo II (1993). *Veritatis Splendor*. 3ª ed. Buenos Aires. Claretiana.
- Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*, II-II (a). 3ª ed. Madrid. BAC.
- Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Montevideo - Buenos Aires. B de f.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Barcelona. Atelier.
- Soler, S. (1951). *Derecho Penal Argentino*. T. I. 2ª ed. Buenos Aires. TEA.
- Soler, S. (1953). *Derecho Penal Argentino*. T. II. Buenos Aires. TEA.
- Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Struensee, E.; Maier, J. B. J. (2000). *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad* (dirigido por Hernández, H. H.). Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Tejedor, C. (1871). *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte. 2ª ed. Buenos Aires. Librería de CL. M. Joly.
- Vázquez Rossi, J. E. (1995). *Derecho Procesal Penal (la realización penal). Conceptos Generales*. T. I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Buenos Aires. Lerner.
- Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Lerner.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal alemán*, Parte General. 11ª ed. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ediar.

LA APLICACIÓN DE AJUSTES RAZONABLES AL PROCESO

*Comentario a la sentencia “C., J. C. c/ en – M° Defensa Ejército
s/ Daños y perjuicios”*

The application of reasonable adjustments to the process.

Commentary on the judgment “C., J. C. c/ EN - Defense Army s/ damages”

Maria del Rosario Monteagudo¹

Recibido: 14 de julio de 2020

Aprobado: 25 de julio de 2020

Resumen: En el caso que se comenta, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ajustó el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional al caso concreto. Teniendo en cuenta las particularidades que presentaba el actor, en especial su delicado estado de salud, la situación de discapacidad, y su edad avanzada, declaró que el crédito reconocido al actor se encontraba excluido del régimen del artículo 22 de la Ley N° 23.982.

Palabras clave: Discapacidad; Vulnerabilidad; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Derecho de acceso a la justicia; Ajustes razonables; Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional.

Abstract: In the case under discussion, the Supreme Court of Justice of the

1 Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Título de maestría en Derecho Civil Patrimonial otorgado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Ayudante de segunda en la materia Elementos de Derecho Civil, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: rosariomonteagudo@yahoo.com.ar.

Nation adjusted the procedure for the execution of sentences against the National State to the specific case. Taking into account the particularities that the actor presented, especially his delicate state of health, the situation of disability, and his advanced age, he declared that the credit recognized to the actor was excluded from the regime of article 22 of Law 23,982.

Keywords: Disability; Vulnerability; Convention on the Rights of Persons with Disabilities; Right of access to justice; Reasonable accommodation; Execution of sentences against the National State.

Sommario: Nel caso in discussione, la Corte suprema di giustizia della nazione ha adattato la procedura per l'esecuzione delle sentenze contro lo Stato nazionale al caso specifico. Tenuto conto delle particolarità che l'attore presentava, in particolare il suo delicato stato di salute, la situazione di disabilità e la sua età avanzata, ha dichiarato che il credito riconosciuto all'attore era escluso dal regime di cui all'articolo 22 della Legge n. 23.982.

Parole chiave: Disabilità; Vulnerabilità; Convenzione sui diritti delle persone con disabilità; Diritto di accesso alla giustizia; Sistemazione ragionevole; Esecuzione di condanne contro lo Stato nazionale.

Para citar este artículo:

Monteagudo, M. del R. (2020). "La aplicación de ajustes razonables al proceso. Comentario a la sentencia 'C., J. C. c/ EN – M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios'". *Prudentia Iuris*, N. 90, pp. 189-202.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.189-202>

Introducción

En fecha 30 de abril de 2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la sentencia "C., J. C. c/ EN – M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios", por medio de la cual revocó la sentencia de segunda instancia y condenó al Estado Nacional a pagar al actor la indemnización por los daños que como médico sufrió por trabajar bajo las órdenes del Ejército Argentino. La Corte determinó que el crédito reconocido al actor se encontraba excluido del régimen del artículo 22 de la Ley N° 23.982.

En términos generales, el artículo 22 de la Ley N° 23.982 establece un procedimiento de cobro de las deudas contra el Estado Nacional que no estén consolidadas, es decir, aquellas deudas que tienen su causa o título reconocido con posterioridad al 1° de abril de 1991. Respecto de esas deudas,

el pago no es inmediato, sino que el crédito reconocido debe ser incluido en las partidas presupuestarias del ejercicio próximo para poder ser cancelado.

De este modo lo explica Ascárate: “[...] si el crédito contenido en la sentencia firme no fue consolidado, luego de la liquidación se dicta a pedido de parte una intimación en los términos del artículo 22 de la Ley N° 23.982 a fin de que el organismo demandado informe si cuenta con partidas presupuestarias para cancelar el crédito y, en caso contrario, que disponga los mecanismos para incluirlo en el presupuesto”².

En el caso que se comenta, la Corte tuvo por acreditado que el actor era una persona que padecía un grave y progresivo deterioro funcional y, que, por lo tanto, sujetarlo al plazo de espera de cobro que prevé el artículo 22 de la Ley N° 23.982 implicaba frustrar la esencia de su derecho.

Nuestro Máximo Tribunal entendió que el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional, previsto en el artículo 22 de la Ley N° 23.982, aplicado al caso concreto, conducía a una solución injusta. Sujetar al actor al plazo de espera de cobro implicaba que podría ver comprometida seriamente su calidad de vida y/o su existencia.

En la sentencia que se comenta, la Corte basó sus argumentos en la figura de los ajustes razonables, sin mencionar expresamente el concepto. Ajustó el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional al caso concreto. A entender de la Corte, la Ley N° 23.982, aplicada a la generalidad de la población, no luce irrazonable, pero aplicada al caso particular implicaba para el actor una barrera para el acceso a la justicia, por lo que la misma debía ser removida.

La figura de los ajustes razonables fue receptada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención). A fin de asegurar a las personas con discapacidad, en adelante PesD, el pleno goce o ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás, la Convención compele a los Estados Parte a adoptar todas aquellas medidas que impliquen llevar a cabo las modificaciones y adaptaciones necesarias a efectos de adecuar el entorno, entendido en un sentido amplio, a las necesidades y los requerimientos de las PesD.

En el presente trabajo se propone analizar la sentencia a la luz de la figura de los ajustes razonables. Se intentará demostrar que la Corte basó sus argumentos en la figura de los ajustes razonables, sin decirlo expresamente, adecuando el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional al caso particular del actor.

2 Ascárate, A. (2016). “Ejecución de sentencias contra el Estado: ¿Hacia una ley de consolidación?”. En *El control de la actividad estatal*. Vol. II. Alonso Regueira, E. (Dir.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 43-57.

Considerando lo decidido por la Corte, y teniendo en cuenta sus posibles implicancias respecto de casos similares, se propone introducir una excepción en el artículo 22 de la Ley N° 23.982, que contemple la situación particular de las personas en situación de vulnerabilidad que, a su vez, sean acreedoras del Estado Nacional, a efectos de que no se sometan a los plazos de espera que conlleva la aplicación del procedimiento previsto la norma.

En primer término, se presentará una breve reseña del caso. Luego, se desarrollará la figura de los ajustes razonables. Posteriormente, se analizará el fallo a la luz de la figura. Por último, se planteará la necesidad de introducir una excepción al artículo 22 de la Ley N° 23.982, que contemple la situación de las personas vulnerables acreedoras del Estado Nacional.

I. Breve reseña del caso

El actor, quien se desempeñaba como profesional médico bajo las órdenes del Ejército Argentino, promovió demanda por daños y perjuicios contra el Estado Nacional –Ejército Argentino–, en su carácter de empleador, con motivo de los daños a su salud provocados durante el ejercicio de sus funciones, como consecuencia de su prolongada exposición a rayos X.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por el actor y condenó al Estado Nacional –Ejército Argentino– a abonar al actor una suma de dinero en concepto de daños y perjuicios. Además, ordenó la aplicación por analogía del artículo 39 de la Ley N° 26.546, el cual permite excluir de la consolidación el pago de ciertas diferencias de haberes del personal de las Fuerzas Armadas que cumplan ciertas condiciones. Consecuentemente, intimó al Estado Nacional a fin de que en el plazo de diez días cancelara la condena.

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia. Consideró que el pago de la condena debía hacerse siguiendo los lineamientos del artículo 22 de la Ley N° 23.982, lo cual implicaba que el Estado Nacional debía incluir el crédito reconocido al actor en la ley de presupuesto del ejercicio próximo. Consecuentemente, el actor debía esperar cierto plazo para percibir su crédito.

El actor interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara, por considerarla violatoria de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional. Sostuvo que la sentencia, en cuanto sujetaba el cobro de la condena a los plazos previstos en las Leyes Nros. 11.672 y 23.982, frustraba la cosa juzgada emanada de la sentencia de condena, teniendo en cuenta el delicado estado de salud del actor.

La Cámara rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el actor, lo que dio lugar al recurso de queja, el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró admisible.

En fecha 30 de abril de 2020, nuestro Máximo Tribunal, por mayoría, revocó la sentencia de la Cámara y declaró que el crédito reconocido al actor se encontraba excluido del régimen del artículo 22 de la Ley N° 23.982.

II. De los ajustes razonables

La Convención, ratificada por la República Argentina en fecha 2 de septiembre de 2008, y elevada a la jerarquía constitucional mediante Ley N° 27.044, define en su artículo 2° la figura de los ajustes razonables del siguiente modo: “Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

De la definición dada, y siguiendo los lineamientos aportados por Finsterbusch Romero, se desprenden los siguientes caracteres constitutivos de los ajustes razonables: “La existencia de un acto u omisión proveniente de una norma jurídica, una política o un procedimiento, aplicado a la generalidad de la población (los sujetos pasivos receptores del acto son la sociedad en general o un conjunto de personas que se encuentran en igualdad de condiciones); el acto, en su aplicación general, no es contrario al principio de igualdad y posee criterios de razonabilidad; el acto se vuelve contrario al principio de igualdad y resulta discriminatorio al ser aplicado a una situación específica, a un caso concreto; la existencia de un acto de autoridad que determina que la acción aplicada al caso concreto en particular resulta discriminatoria, normalmente se manifiesta a través de los fallos de los tribunales de justicia en procedimientos contenciosos; la realización de una conducta positiva de actuación de transformación del entorno dirigida a adaptar y hacer corresponder éste a la situación específica de las PesD, en todas las situaciones concretas en que éstas puedan hallarse, con el objeto de subsanar el acto discriminatorio, proporcionándoles una solución. Concretamente acomodando la aplicación de una norma, ley o política a favor de una persona o grupos de personas víctimas o amenazadas por discriminación; el ajuste realizado debe servir para remover efectivamente la barrera que impide la plena inclusión y participación de las PesD en igualdad de condiciones con las demás personas en la sociedad; el ajuste no debe producir una carga desproporcionada para el individuo que deba realizar

la acción en consideración a las posibilidades que éste posee para su realización, tomando en cuenta los beneficios tanto individuales (para la PesD) como generales (para la comunidad) que el acto genere; la finalidad del acto corresponde a la inclusión de las PesD en igualdad de condiciones a la sociedad, debiendo poseer, por tanto, los elementos que posibiliten alcanzar el cumplimiento de dicho objetivo”³.

Por su parte, Kraut y Palacios explican del siguiente modo la figura de los ajustes razonables: “Los ajustes razonables son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas, que, por diferentes causas, se encuentran en situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal”⁴.

Los ajustes razonables constituyen una garantía del derecho a la igualdad de las PesD cuando una norma, una política o un procedimiento que se aplica a la generalidad de la población resulta discriminatorio adjudicado al caso concreto y particular de la PesD. Cuando eso sucede, se requiere una medida de acción positiva para remover esa barrera que impide la plena inclusión de la PesD.

La Convención recoge el principio de igualdad y la garantía de no discriminación por motivo de discapacidad, reconociendo que en ocasiones se requiere adoptar ajustes razonables para alcanzar la igualdad material. El artículo 5º, inciso 3º, de la Convención dice: “A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

En su comentario al artículo citado precedentemente, Palacios sostiene: “El inciso siguiente reconoce que, en ocasiones, para alcanzar la igualdad material, los Estados deben impulsar la adopción de ajustes razonables”⁵.

En este punto, resulta importante destacar que la no realización del ajuste razonable implica un acto discriminatorio por motivos de discapacidad. Al respecto, el artículo 2º de la Convención dice: “Por ‘discriminación por motivos de discapacidad’ se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igual-

3 Finsterbusch Romero, C. (2016). “La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos”. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200008&lng=es&nrm=iso&tlng=es. Consultado en fecha: 2-6-2020.

4 Kraut, A.; Palacios, A. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. T. I. Artículos 1º a 256. Lorenzetti, R. (Dir.); De Lorenzo, M.; Lorenzetti, P. (Coords.). Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 169.

5 Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid. Grupo Editorial CINCA, 283.

dad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

La Convención identifica dos tipos de discriminación: una, por motivos de discapacidad, y otra, por la negativa a la realización de los ajustes razonables. De este modo lo explica Alderete: “[...] a la luz de la CDPD se pueden notar dos tipos distintos de discriminación por discapacidad. El primero de ellos, relacionado con la *prohibición de discriminación por discapacidad*, de forma tal que habrá discriminación si se realizan diferencias basadas en elementos característicos del colectivo desfavorecido. El segundo guarda relación con la *obligación de adoptar ajustes razonables*, de modo que estaremos en presencia de una discriminación cuando el destinatario de la norma se niegue a la realización de dichos ajustes requeridos”⁶.

La figura de los ajustes razonables ingresa en escena cuando fracasan los dispositivos de accesibilidad universal y de diseño para todas las personas. Explica Pérez Bueno que los entornos, entendidos en un sentido amplio, deben ser accesibles para todas las personas, incluidas aquellas personas con discapacidad. Además, los entornos, desde su origen, se deben concebir, proyectar, planificar, implementar y funcionar con arreglo a pautas que permitan su uso y empleo en la mayor extensión posible por el mayor número de personas, incluidas, aquellas con discapacidad. Cuando los dispositivos de accesibilidad universal y diseño para todas las personas fracasan, entran a operar los ajustes razonables⁷.

Ahora bien, no todos los ajustes pueden ser realizados, sino sólo aquellos que poseen el carácter de “razonables”, en palabras de Pérez Bueno: “La institución de los ajustes razonables lleva en sí misma su propio límite. No todos los ajustes resultan obligados, solo procede imponer aquellos que sean razonables”⁸. Los ajustes razonables son los que no implican una carga excesiva para aquellos obligados a implementar el ajuste. Existen diversos criterios a efectos de establecer el límite entre el ajuste razonable y la carga excesiva, los cuales siempre deben evaluarse en el caso concreto.

Un criterio de distinción es de acuerdo a la teoría de los costos y beneficios. Este criterio pondera los beneficios que obtiene la PesD luego de implementado el ajuste y los costos económicos que implica la realización del ajuste para aquel que lo debe llevar a cabo.

6 Alderete, C. (2019). “Los ajustes razonables y la igualdad de derechos. Orígenes, desarrollo y aportes para su exigibilidad plena”. *El Derecho*, Universitas. Vol. 282, 665- 676.

7 Pérez Bueno, L. (2012). “La configuración jurídica de los ajustes razonables”. Recuperado de www.cermi.es. Consultado en fecha: 2-7-2020.

8 *Ibíd.*

Explica Finsterbusch Romero que en esta concepción el sujeto que requiere el ajuste (beneficiario del mismo) debe demostrar que éste es eficaz y proporcional a los costos para realizarlo, es decir, que el beneficio obtenido será mucho mayor a los costos que éste representa para la persona obligada a la realización del mismo. Mientras que el sujeto que posee el deber de acomodar, de realizar el ajuste, puede presentar dos excepciones: por un lado, que los costos son excesivos en relación a los beneficios obtenidos, y, por otro, la imposibilidad de llevarlos a cabo por su condición financiera⁹.

Otro criterio es el empleado en la jurisprudencia canadiense, fundamentalmente en materia de Derecho Laboral. Explica el autor citado precedentemente que, a diferencia de la teoría de costos y beneficios, la determinación de la carga excesiva para esta tesis no engloba sólo el contenido de índole económico, sino que incorpora otros aspectos, como los límites funcionales, lo que comprende los límites de los recursos financieros, los fines de la institución obligada a aplicar el ajuste y el derechos de otros empleados o usuarios, y los límites sociales, constituidos por el orden público y la seguridad, los valores democráticos y el bienestar en general¹⁰.

Por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del caso “Glor v. Switzerland”, de fecha 30 de abril de 2009¹¹, aplicó el “test de proporcionalidad” al momento de analizar la razonabilidad de una medida estatal que obligaba al reclamante, quien no podía cumplir con el servicio militar obligatorio por presentar una discapacidad, al pago de un impuesto por la exención del servicio militar debido a que su discapacidad era menor al 40 %, el rango mínimo para ser exceptuado del impuesto.

La aplicación del “test de proporcionalidad” consiste, primero, en que el Estado debe demostrar en el caso de una norma en litigio que dicha medida persigue un fin legítimo; segundo, que los medios elegidos para alcanzar ese fin son idóneos, y tercero, que no existen medios alternativos menos lesivos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al aplicar el “test de proporcionalidad” al caso, decidió que existió violación del artículo 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar, y del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, relativo a la prohibición de discriminación.

Además, el Tribunal señaló que a las personas en las circunstancias del reclamante se les deberían ofrecer formas alternativas de realizar el servicio militar que requieran menor esfuerzo físico y compatibles con sus

9 Finsterbusch Romero. Ob. cit.

10 *Ibid.*

11 European Court of Human Rights. Case of “Glor v. Switzerland”, Solicitud N° 13444/04, 2009. Recuperado de [http://hudoc.echr.xoe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-92524#{"itemid":\["001-92524"\]}](http://hudoc.echr.xoe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-92524#{). Consultado en fecha: 26-6-2020.

limitaciones, o la realización de la prestación social sustitutoria, aunque no sean objetores de conciencia¹².

En consecuencia, siguiendo los lineamientos de la sentencia “Glor v. Switzerland”, al analizar la decisión estatal a la luz del “test de proporcionalidad”, y teniendo en cuenta las particularidades del caso, el Tribunal verificó que la decisión estatal aplicada al caso no resultaba razonable ya que existían medios alternativos menos lesivos de los derechos del reclamante. Teniendo en cuenta ello, el Estado debía ofrecerle al actor alternativas adecuadas a la situación de discapacidad que presentaba.

En suma, los ajustes razonables deben aplicarse a un caso particular, en virtud del cual una norma, política, acción o procedimiento, no habiendo sido concebido con carácter discriminatorio, adquiere ese carácter aplicado al caso concreto de la PesD, por lo que deben adoptarse los ajustes necesarios a efectos de remover esa barrera que luce discriminatoria y que impide la plena inclusión de la persona.

La cuestión radica en determinar en qué supuestos los ajustes serán razonables y en cuáles constituirán una carga excesiva o desproporcionada para aquel que deba implementar el ajuste. A tal efecto, existen diversos criterios: de acuerdo a la teoría de los costos y beneficios, conforme la jurisprudencia canadiense, o de acuerdo con el “test de proporcionalidad”.

III. Análisis del caso que se comenta a la luz de la figura de los ajustes razonables

En el caso que se comenta, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y, en consecuencia, declaró que el crédito reconocido al actor se encontraba excluido del régimen del artículo 22 de la Ley N° 23.982.

Para así decidir, nuestro Máximo Tribunal tuvo presente el delicado estado de salud del actor, quien padecía un grave y progresivo deterioro funcional. La Corte entendió que sujetar al actor al plazo de espera que conlleva la Ley N° 23.982 para el cobro de su crédito implicaba frustrar la esencia de su derecho, afectando la cosa juzgada emanada de la sentencia de condena.

En el caso, la Corte refirió al actor como una persona que padece una discapacidad, teniendo en cuenta las constancias de autos, en particular, factores como la edad; al momento de dictar la sentencia el actor tenía 70 años,

12 Finsterbusch Romero. Ob. cit.

el certificado de discapacidad que acompañó, que da cuenta de que presenta múltiples patologías de gravedad, y la pericia médica realizada. Siguiendo los lineamientos de la Convención, la Corte no solamente consideró el criterio médico a efectos de tener por acreditada la situación de discapacidad, sino que valoró el grado de funcionalidad e independencia que presentaba el actor en las actividades de la vida diaria, es decir, la interacción del actor con las distintas barreras que se le presentan (conforme considerando 10°).

Al considerar la Corte que el actor padece una discapacidad, en consecuencia, forma parte de un grupo vulnerable que requiere de medidas de acción positiva por parte de la autoridad pública. Sobre el particular, la Corte dijo: “[...] a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. En ese orden, ha señalado que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales” (conforme considerando 9°).

Al analizar la situación de vulnerabilidad que presenta el colectivo de PesD, y en particular el actor, la Corte remitió al artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 27.360, y a los artículos 13 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, referidos al derecho de acceso a la justicia y el derecho a la salud, respectivamente. El plexo normativo referenciado obliga al Estado a tomar medidas de acción positiva y diferenciada a efectos de garantizar un adecuado y progresivo acceso a los derechos por parte de las PesD.

En el marco de las medidas de acción positiva que el Estado está obligado a tomar, tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho de acceso a la justicia de las PesD, incluso, de ser necesarios, implementando ajustes o modificaciones en el procedimiento, tramitación, resolución y ejecución de resoluciones judiciales y administrativas, teniendo en cuenta las características de vulnerabilidad del colectivo.

En el caso que se comenta, al ser acreedor de un crédito contra el Estado Nacional, en principio, el actor se encontraba sujeto al plazo de cobro que conlleva la aplicación del artículo 22 de la Ley N° 23.982. El actor debía esperar a que su crédito ingresara en las partidas de la ley presupuestaria del ejercicio próximo.

Según criterio de nuestro Máximo Tribunal, la Ley N° 23.982, aplicada a la generalidad de la población, no luce irrazonable (conforme inciso 11°, apartado iii, párrafo 2°). A entender de la Corte, “el régimen de ejecución

de sentencias de condena dineraria contra el Estado procura armonizar la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia (*Fallos*: 322:1201; 339:1812). Se trata de un procedimiento que pretende que la Administración pueda adoptar los recaudos de orden contable o presupuestario y evitar así ser sorprendida por un mandato judicial perentorio que la coloque en una circunstancia que podría llegar a perturbar el funcionamiento de algún servicio esencial que deba brindar el Estado” (conforme inciso 11°, apartado iii, párrafo 1°).

Lo que se trata, entonces, es de determinar si la aplicación del artículo 22 de la Ley N° 23.982 resulta discriminatoria y contraria al principio de igualdad aplicada al caso concreto.

A entender de la Corte, la aplicación del artículo 22 de la Ley N° 23.982 al caso implica frustrar la esencia del derecho reconocido al actor, afectando la cosa juzgada emanada de la sentencia de condena. La Corte ponderó especialmente el delicado estado de salud del actor, su edad avanzada, y que la discapacidad y el envejecimiento obligan en general a las personas a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su calidad de vida y/o su existencia.

En sus fundamentos, la Corte propone, sin referirse expresamente al concepto, un ajuste razonable en el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional. La Ley N° 23.982 resulta razonable aplicada a la generalidad de la población; de hecho, la Corte resalta el valor del procedimiento previsto en la normativa, pero resulta discriminatoria y contraria al principio de igualdad aplicada al caso concreto. Para el actor, quien padece una discapacidad, no contar con el dinero proveniente de la sentencia de condena y sujetarlo al plazo de espera que conlleva la norma implica que vería comprometida seriamente su calidad de vida y/o existencia.

La Ley N° 23.982 implica para el actor una barrera en el acceso a la justicia, en el cobro de su crédito, y que, por lo tanto, debe ser removida. De lo que se trata entonces es de acomodar o adaptar el procedimiento de ejecución de sentencias previsto en la norma a la realidad que atraviesa el actor.

En los argumentos esgrimidos por la Corte subyace la noción de equidad. La aplicación de la norma al caso conduciría a una solución injusta. Sobre la equidad, Tale enseña: “La epiqueya (equidad) se suscita respecto de reglas legales que son razonables en general pero que se tornan injustas en su aplicación a un caso particular. Se trata de la cuestión de si deben hacerse excepciones a las normas generales y de cuándo deben hacerse”¹³.

13 Tale, C. (2011). *La equidad o epiqueya (concepto, criterios y aplicación)*. Buenos Aires. Ediciones Trajo y Sanabria, 8.

A efectos de ajustar el procedimiento, la Corte ponderó si el ajuste que proponía resultaba razonable o, por el contrario, implicaba una carga excesiva para el Estado obligado a aplicar el ajuste. Al evaluar la carga presupuestaria del ajuste, la Corte resaltó que se trata “de procurar entonces un marco equidistante, que evite caer en los extremos de irresponsabilidad estatal, por un lado, y la falta de una visión solidaria, por el otro”.

De lo que se trata, en definitiva, es de armonizar la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia. La Corte aplicó un criterio que no solamente tiene en cuenta los costos y beneficios medidos en términos económicos y financieros, sino las necesidades del resto de la población, considerando los escasos recursos con los que cuenta el Estado y la necesidad de tener una visión solidaria por el otro.

El procedimiento previsto en la Ley N° 23.982 implicaba una barrera en el acceso a la justicia por parte del actor, la cual debía ser removida para garantizar su acceso pleno a la tutela judicial y el efectivo cobro de su crédito. En efecto, la mayoría en la sentencia decidió remover la barrera que implicaba la norma y declaró que el crédito reconocido al accionante se encontraba excluido del régimen previsto en la Ley N° 23.982.

IV. Sobre la necesidad de contemplar excepciones

El artículo 22 de la Ley N° 23.982 dice: “A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Poder Ejecutivo nacional deberá comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones de causa o título posterior al 1° de abril de 1991 que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento. El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo”.

La norma citada prevé un régimen por el cual los pasivos que contrae el Estado Nacional, luego de su reconocimiento, deben cancelarse con los fondos previstos en las partidas presupuestarias de la ley de presupuesto del ejercicio próximo, lo que implica que el acreedor del Estado debe esperar que su crédito ingrese en la ley presupuestaria próxima para poder cobrar.

El artículo 22 de la Ley N° 23.982 no contempla excepciones, todos los acreedores del Estado Nacional reciben el mismo tratamiento. En el presente trabajo, y tomando en consideración los argumentos esgrimidos por la Corte en la sentencia que se comenta y sus posibles implicancias en casos

similares, se propone introducir una excepción en el artículo 22 de la Ley N° 23.982, que prevea la especial situación de aquellas personas vulnerables, aquellas que por razones inherentes a su identidad o condición resultan privadas sistemáticamente del pleno goce y ejercicio de sus derechos, y que sean a su vez acreedoras del Estado Nacional, a efectos de que sean exceptuadas del régimen previsto en el artículo y que puedan percibir el monto de sus créditos de forma anticipada, sin estar sujetas al plazo de espera que conlleva la normativa.

En este punto, nuestra opinión coincide con la de Cicero, quien también advierte la necesidad de que el sistema ordinario de pago por parte del Estado Nacional contemple válvulas de escape o acortamiento de plazos para aquellas personas que presentan situaciones de alta vulnerabilidad. Sobre ello sostiene: “[...] aunque el mecanismo de previsión presupuestaria pueda ser idóneo a los efectos de sistematizar la gestión de los pagos de las deudas del Estado, se impone contemplar por vía legal situaciones especiales derivadas de la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita del Estado que queden por fuera del régimen general de espera”¹⁴.

Conclusión

A modo de conclusión se puede sostener que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso que se comenta, estructuró sus argumentos en la figura de los ajustes razonables, sin referirse expresamente a ésta. En la decisión de la Corte se vislumbran los elementos constitutivos de los ajustes razonables.

Primeramente, existe una norma jurídica, el artículo 22 de la Ley N° 23.982, que se aplica a un conjunto de personas que se encuentran en igualdad de condiciones. La norma, en su aplicación general, no luce irrazonable, ni resulta contraria al principio de igualdad, y no presenta carácter de discriminatoria.

Sin embargo, el artículo 22 de la Ley N° 23.982 presenta carácter de discriminatorio y conduce a una solución injusta aplicado al caso particular del actor, quien sufre de una discapacidad y muestra un deterioro progresivo e irreversible en su salud. Para el actor, el procedimiento previsto en el Ley N° 23.982 se presenta como una barrera en el acceso a la justicia y en su derecho al cobro efectivo de su crédito.

14 Cicero, N. (2020). “Novedades jurisprudenciales en temas de responsabilidad estatal: una brisa de aire fresco durante la pandemia”. *La Ley*. Cita online: AR/DOC/1717/2020.

Por tal motivo, se requiere de una medida de acción positiva por parte de la autoridad estatal a efectos de remover esa barrera que impide la plena inclusión y participación de la PesD. En el caso que se comenta, la Corte decidió que el crédito del actor se encontraba excluido del régimen del artículo 22 de la Ley N° 23.982, removiendo de esa forma la barrera que impedía el efectivo goce de sus derechos.

Bibliografía

- Alderete, C. (2019). “Los ajustes razonables y la igualdad de derechos. Orígenes, desarrollo y aportes para su exigibilidad plena”. *El Derecho*. Universitas. Vol. 282, 665-676.
- Ascárate, A. (2016). “Ejecución de sentencias contra el Estado: ¿Hacia una ley de consolidación?”. En *El control de la actividad estatal*. Vol. II. Alonso Regueira, E. (Dir.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 43-57.
- Cicero, N. (2020). “Novedades jurisprudenciales en temas de responsabilidad estatal: una brisa de aire fresco durante la pandemia”. *La Ley*. Cita online: AR/DOC/1717/2020.
- Finsterbusch Romero, C. (2016). “La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos”. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200008&lng=es&nrm=iso&tlng=es.
- Kraut, A.; Palacios, A. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. T. I. Artículos 1° a 256. Lorenzetti, R. (Dir.); De Lorenzo, M.; Lorenzetti, P. (Coords.). Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid. Grupo Editorial CINCA.
- Pérez Bueno, L. (2012). “La configuración jurídica de los ajustes razonables”. Recuperado de www.cermi.es.
- Tale, C. (2011). *La equidad o epiqueya (concepto, criterios y aplicación)*. Buenos Aires. Ediciones Trajo y Sanabria.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

LA DIGNIDAD: ENTRE UNIVERSALISMO Y PARTICULARISMO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

Dignity: Between Universalism and Particularism in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

La dignità: tra universalismo e particolarismo nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani

María Helga Lell²

Aprobado: 28 de julio de 2020
Recibido: 31 de agosto de 2020

Resumen: La dignidad constituye un concepto relevante en el discurso de la Corte IDH. No obstante, resulta difícil establecer una definición certera acerca de qué entiende el organismo por este. En un contexto de multiplicidad de sentidos posibles, este trabajo se aboca a la dignidad como nota de las personas humanas y, en particular, a dos notas de esta acepción: el universalismo y el particularismo. Aquí se pretende mostrar que la Corte no solo no resuelve esta tensión, sino que, en muchas ocasiones, utiliza ambos extremos en conjunto. En ese marco, a partir de una indagación en casos contenciosos y opiniones consultivas, se trae a colación cómo la Corte se refiere a la dignidad en relación con estas dos características.

1 Este trabajo se corresponde con la presentación realizada en el marco del Ciclo de Encuentros “La dignidad a debate”, organizado por la Universidad Católica Argentina, a través del grupo PICTO-UCA-2017-0032, el día 25 de junio de 2020.

2 Conicet; Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Centro de investigación en Ciencias Jurídicas, Santa Rosa, La Pampa, Argentina. Correo electrónico: helgalell@conicet.gov.ar.

Palabras clave: Dignidad; Universalismo; Particularismo; Corte IDH.

Abstract: Dignity is an important concept in the discourse of the Inter-American Court. However, it is difficult to find a definition of what this institution means by it. In a context of a multiple possible meanings, this paper addresses dignity as a note of human persons and, specially, two notes of this meaning: universalism and particularism. Here it is intended to show that the Court not only does not solve this tension, but that, on many occasions, it uses both characteristics together. In this framework, based on an investigation into contentious cases and advisory opinions, it is brought up how the Court refers to dignity in relation to these two characteristics.

Keywords: Dignity; Universalism; Particularism; Inter-American Court.

Sommario: La dignità è un concetto rilevante nel discorso della Corte Interamericana. Tuttavia, è difficile trovare una definizione corretta di ciò che l'istituzione comprende. In un contesto di una molteplicità di possibili significati, questo documento affronta la dignità come una nota delle persone umane e, in particolare, due note di questo significato: universalismo e particolarismo. Qui si intende dimostrare che la Corte non solo non risolve questa tensione, ma che, in molte occasioni, usa entrambi gli estremi insieme. In questo quadro, basato su un'indagine su casi controversi e pareri consultivi, si evince come la Corte si riferisca alla dignità in relazione a queste due caratteristiche.

Parole chiave: Dignità; Universalismo; Particularismo; Corte Interamericana.

Para citar este artículo:

Lell, M. H. (2020). "La dignidad: entre universalismo y particularismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

Prudentia Iuris, N. 90, pp. 205-219.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.205-219>

Introducción

Entre 1982 y 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha utilizado el término "dignidad" en 183 sentencias y opiniones consultivas sobre un universo de 397 documentos. Esto significa que este concepto ha aparecido en el 46,09 % de los textos jurisprudenciales de este órgano. A su vez, en cada uno de ellos suele ser mencionado en más de una oportunidad.

En la gran mayoría de los casos, la noción resulta clave para fortalecer argumentos en pos de evaluar la responsabilidad internacional estatal en el marco de violaciones a Derechos Humanos. De hecho, en 130 casos, la Corte IDH ha utilizado la idea de dignidad para ampliar derechos de las víctimas, lo que aumenta de manera directamente proporcional la responsabilidad que tienen los Estados a la hora de concretar y velar por los respectivos derechos. De hecho, este uso ampliatorio ha ido en aumento a lo largo de las décadas y se ha mostrado particularmente frecuente en los últimos años. La dignidad concebida de esta forma no solo cualifica los derechos, sino que también establece una mayor exigencia sobre las acciones estatales. Ahora bien, la pregunta que surge de inmediato en un contexto en el cual los Estados deben realizar el control de convencionalidad de todos sus actos es qué es la dignidad para la Corte IDH, último órgano de revisión de la respectiva convencionalidad.

No obstante, cuando se procura establecer una definición acerca de qué es la dignidad para este tribunal, resulta difícil hallar parámetros que aporten certeza. Por el contrario, en esta tarea, se hacen presentes diversos sentidos posibles. A veces, la Corte menciona la dignidad como una nota de los seres humanos; otras, lo hace para caracterizar otros elementos o derechos (vida digna, vivienda digna, retorno digno, sepultura digna, tratos dignos, etc.). En algunas ocasiones, el tribunal se detiene a analizar la fuente de la dignidad y apunta con certeza a que esta es la autonomía. Sin embargo, en otras, no es tan explícita y el discurso pareciera dejar en claro que es la humanidad misma, como esencia, como un todo (no solo la autonomía como expresión de la posibilidad de tomar decisiones y elaborar un plan de vida) la base de aquella. Según los textos, la dignidad aparece como un derecho, o como un principio, o como un fundamento para los derechos. Como puede vislumbrarse, no existe una claridad semántica que brinde certeza respecto de qué entiende la Corte IDH por dignidad.

En ese marco, el PICTO-UCA 2017-0032, “El concepto de Dignidad Humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas”, procura realizar una sistematización de posibles sentidos. Para ello, a partir de una indagación bibliográfica se han construido cinco criterios *a priori* que, a su vez, derivan en subcategorías de posibles significados de la dignidad en el discurso de la Corte IDH. Luego, se ha llevado a cabo la lectura de los fallos y opiniones consultivas y se ha procedido a realizar una categorización con el fin de publicar una aplicación con una base de datos respecto de este tema.

Una de las categorías semánticas relevadas es aquella que concibe la dignidad como una nota del ser humano. Respecto de este sentido cabe detallar múltiples características. Este trabajo se concentra solo en dos, que son, en apariencia, contradictorias y que, por lo tanto, generan diversas tensio-

nes a la hora de interpretar desde la casuística en qué consiste la dignidad para la Corte IDH. Estas son la universalidad y el particularismo de la dignidad.

El método utilizado ha sido analítico. A partir de los casos categorizados dentro del grupo que alude a la dignidad como nota de las personas humanas, se ha procedido a relevar las características que la Corte atribuye a esta acepción. En ese marco, a partir de una indagación conceptual y que toma como insumos centrales los enunciados lingüísticos, se ha procurado dilucidar de qué manera el órgano en cuestión menciona la universalidad y el particularismo en relación con la dignidad. Como podrá verse más adelante, con el fin de describir cómo se da la tensión, se trae a colación un colectivo y se especifican los tratos considerados como dignos e indignos en el discurso del tribunal. De esta manera, se indaga de manera indirecta en qué se dice y cómo se dice algo acerca de la dignidad.

A partir de lo antedicho, cabe preguntarse, entonces, si la Corte introduce menciones al universalismo y al particularismo de la dignidad, ¿son realmente incompatibles estas dos características? Si no lo son, al menos sí se encuentran en tensión en el sentido de que apuntan en direcciones contrarias. En ese marco, el propósito aquí es indagar cómo la Corte IDH incorpora a su discurso la respectiva tensión y de qué manera intenta resolverla. De esta manera, podrá notarse que la aporía es más aparente que real, aunque no por ello deja de ser compleja. Precisamente, el abordaje de dicha complejidad permite vislumbrar algunas carencias en relación con la definición de la dignidad para la Corte IDH.

El aporte principal de este trabajo radica en la exhaustividad en la revisión de las fuentes conforme a la metodología comentada. Así, quien desee profundizar el tema, cuenta con un listado categorizado de los textos de la Corte IDH que hacen alusión a los temas que aquí se abordan.

La dignidad y sus características

Bohórquez Monsalve y Aguirre Román señalan que la dignidad como inherente a la persona humana tiene como característica ser universal, lo cual implica que no depende del contexto histórico o político ni del reconocimiento social³. Así, existe una sola dignidad aplicable a todo individuo,

3 De esta manera, la contraponen con la dignidad como estatus institucional, un sentido que aún subsiste en muchas legislaciones y que se relaciona con la representación de las máximas investiduras en el Antiguo Imperio romano. A su vez, este se modificó a lo largo de los siglos para asociarse con el respeto debido a cargos o también a jerarquías y estamentos sociales. Sobre esta acepción y su evolución (y cómo ha subsistido junto a otras), ver Labernia

en todo tiempo y lugar y es en esta incondicionalidad en donde reside su fuerza. No obstante, debaten también estos autores sobre la existencia de un contenido particular que refiera a cómo puede concretarse la dignidad en situaciones particulares⁴.

De forma semejante, la Corte IDH ha hecho planteos al respecto, aunque sin ponerlos en debate entre sí y, por lo tanto, sin explicitar la tensión subyacente o su posible solución. Para indagar en esta cuestión, en primer lugar, es necesario traer a colación algunas referencias de la Corte. La primera que interesa destacar aquí se encuentra en el caso “Petroperú”, cuando, sobre la racionalización de una empresa estatal en la cual se cesaron trabajadores, la Corte IDH manifestó que el reconocimiento de la dignidad debe encuadrar en una lógica universalista y evolutiva a efectos de que la interpretación de los Derechos Humanos acompañe las transformaciones de los tiempos y las condiciones de vida⁵.

Esto permite pensar, entonces, que la dignidad tiene un contenido dinámico y variable que puede y debe ser hallado o atribuido por los jueces conforme al contexto. Si a ello se agrega que el tribunal ha expuesto que el objetivo y el fin de la Convención apuntan al reconocimiento de la dignidad humana⁶, podemos pensar que este documento tiene un contenido variable y sujeto a lo que puedan reconocer los intérpretes. Esto puede ser llamativo en tanto debilita la nota de universalidad que revisten los Derechos Humanos.

En relación con lo antedicho, en un voto concurrente del juez Caldas en una opinión consultiva, se especificó que el mínimo existencial sustentado en la dignidad humana abarca los recursos indispensables para una vida

y Esteller, P. (1844). “Dignitas”. *Diccionario de la lengua castellana*. Vol. 1. J. M. De Grau, 698; Meltzer Henry, L. (2011). *The Jurisprudence of Dignity*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 160, Núm. 1, 169-233; Pele, A. (2010). *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. Madrid. Dykinson; Pele, A. (2015). “La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales”. *Revista Brasileira de Direito*. 11(2). Julio-Diciembre de 2015, 7-17; Peces Barba, G. (2007). “La dignidad humana”. Maza Zorrilla, E.; Bondía García, D.; de Asís, R. (Coords.). *Los desafíos de los Derechos Humanos hoy*. Madrid. Dykinson, 157-172; Peces Barba, G. (2010). *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*. Madrid. Dykinson, 32; Delgado Rojas, J. I. (2018). “Dignidad humana”. *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*. Nº 15. Octubre de 2018-Marzo de 2019, 176-197.

4 Al respecto, ver Bohórquez Monsalve, V. y Aguirre Román, J. (2009). “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6, 41-63.

5 Corte IDH. “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.

6 Corte IDH. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

digna que se determinan en función del contexto socioeconómico de cada Estado⁷. Entonces, se puede agregar que la dignidad funciona como un piso de condiciones existenciales que puede ampliarse o retraerse en función de las condiciones contextuales estatales.

Para moderar lo antedicho sobre el riesgo del relativismo, podemos recurrir a otro caso en el que la Corte ha mencionado que puede haber diferencias en la situación de las personas en relación con sus Derechos Humanos, esto es, ya no vinculado con el contexto del Estado, sino con la situación del individuo. Así, el particularismo se justifica si la distinción parte de supuestos de hecho desiguales y que expresen de modo proporcionado una conexión con dichas diferencias y los objetivos de la norma. Hay un límite: la imposibilidad de repugnar la naturaleza humana⁸. En estas expresiones, se puede notar que, aunque se piensa en un particularismo interpretativo, se traza una barrera cuando se corre el riesgo de avasallar un elemento universal (aunque no se establezcan parámetros para reconocer esa frontera).

Como contracara de aquel particularismo limitado, es decir, que tiene lugar hasta tanto corra riesgo la naturaleza humana como factor mínimo existencial, la Corte también incluye menciones a la universalidad de la dignidad como factor ontológico, más que interpretativo. A modo de ejemplo, es posible traer a colación dos textos. El primero de ellos surge del voto razonado del juez Cançado Trindade, en donde se manifiesta que todo ser humano tiene dignidad, independientemente de su condición existencial, de la situación y de las circunstancias en que se encuentre⁹.

El segundo texto surge de una opinión consultiva en la cual se explica la dignidad esencial de la persona: “[...] es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”¹⁰. También se ha

7 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

8 Corte IDH. “Caso Duque *vs.* Colombia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310. Una idea semejante ha sido reiterada en Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

9 Corte IDH. “Caso La Cantuta *vs.* Perú”. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173.

10 La cita es tomada de Corte IDH. “Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. La misma frase aparece en Corte IDH. “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) *vs.* Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

dicho que no se deben crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza¹¹.

Como vimos algunos párrafos más arriba, la Corte no reniega de la posibilidad de trazar grupos, sino que permite esto en algunos casos hasta el límite de repugnar la naturaleza humana. El problema surge cuando hay falta de parámetros.

A raíz de lo dicho, entonces, podemos afirmar que la dignidad como nota universal se corresponde con la naturaleza humana, pero como tal, funciona a modo de límite infranqueable, como un mínimo que no se debe avasallar. Para concretarse, en la práctica, requiere de un particularismo que obliga al Estado a generar tratos que se condigan con la dignidad o bien que no sean contrarios a ella en relación con colectivos específicos, esto es, debe respetar y tomar medidas adecuadas¹². No obstante, la Corte también se ha detenido a destacar que la dignidad es el fundamento del trato a los sujetos como iguales.

En este punto, se explicita la tensión entre universalidad e igualdad, por un lado, y particularismo y distinciones de colectivos como forma de concretar la dignidad, por el otro. Simultáneamente, parece que, aunque vayan en direcciones opuestas, son inescindibles y se necesitan mutuamente.

En ese marco, la Corte pareciera inclinarse, al menos en algunos casos en especial, por destacar categorías en función de características que podrían hacer a los individuos que a ellas pertenecen más vulnerables. Podemos relevar las siguientes: personas privadas de la libertad, reclutas, mujeres, extranjeros, niños y niñas, personas con discapacidad, personas con identidades de género diversas, entre otras. Es posible ampliar la lista con otros colectivos sobre los que la Corte ha evaluado casos contenciosos y opiniones consultivas. No obstante, aquí se han incluido solo las menciones de los textos en los que aparece una relación inmediata entre la dignidad y la pertenencia al grupo en el discurso de la Corte.

Para ejemplificar cómo opera la dignidad como característica universal que impone límites a la actuación del Estado y como característica particu-

Serie C No. 279; Corte IDH. “Caso Espinoza González *vs.* Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289; Corte IDH. “Caso Duque *vs.* Colombia”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Flor Freire *vs.* Ecuador”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315; Corte IDH. “Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

11 Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

12 Corte IDH. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Velásquez Paiz y otros *vs.* Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.

lar que demanda tratos específicos, a continuación, se tomará una de estas categorías: aquella de las personas privadas de la libertad.

Un ejemplo de dignidad entre particularismo y universalismo

La Corte ha remarcado la vulnerabilidad de quienes se encuentran en situación de detención, en particular cuando estos se hayan incomunicados o aislados del mundo exterior¹³. En ese marco, el órgano jurisdiccional ha dicho que el Estado es responsable de velar por la dignidad humana en situación de detención dado que es también el responsable de los establecimientos en los que se encuentran los reclusos¹⁴. Por estas razones, debe proveer una explicación satisfactoria sobre lo que ha sucedido a las personas que presentaban condiciones normales al comenzar la detención y cuya salud empeoró al término¹⁵. Asimismo, los Estados no pueden invocar razones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales y que sean incompatibles con la dignidad humana¹⁶.

13 Corte IDH. “Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador”. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35; Corte IDH. “Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; Corte IDH. “Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú”. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; Corte IDH. “Caso Maritza Urrutia *vs.* Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103; Corte IDH. “Caso De La Cruz Flores *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115; Corte IDH. “Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; Corte IDH. “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

14 Corte IDH. “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94; Corte IDH. “Caso Bulacio *vs.* Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100; Corte IDH. “Caso De La Cruz Flores *vs.* Perú”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Yatama *vs.* Nicaragua”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; Corte IDH. “Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

15 Corte IDH. “Caso Bulacio *vs.* Argentina”. Ob. cit.

16 Corte IDH. “Caso Boyce y otros *vs.* Barbados”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169 y Corte IDH. “Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

Como tratos que se desprenden de la dignidad humana en relación con esta categoría particular han mencionado la prevención razonable de situaciones que puedan lesionar los derechos protegidos¹⁷ y, cuando por razones de salud y la no existencia de medios para una detención adecuada, el arresto domiciliario¹⁸.

Como tratos que avasallan la dignidad como límite podemos encontrar:

- el uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el comportamiento de la persona detenida¹⁹ o que no se atenga a motivos legítimos, a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad²⁰;
- la acción por sí sola de meter a un detenido en el maletero, aunque no exista maltrato físico o de otra índole²¹;
- la incomunicación de una persona por más de 36 días y el aislamiento del mundo exterior²²;
- las detenciones ilegales²³;
- malos tratos, como producir ahogamiento; la intimidación con amenazas; las restricciones al régimen de visitas; la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación; el aislamiento en una celda reducida sin luz natural²⁴; pésimas con-

17 Corte IDH. “Caso Baldeón García *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

18 Corte IDH. “Caso Chinchilla Sandoval y otros *vs.* Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.

19 Corte IDH. “Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú”. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33; Corte IDH. “Caso J. *vs.* Perú”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275; Corte IDH. “Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) *vs.* Colombia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287; Corte IDH. “Caso J. *vs.* Perú”. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 291; Corte IDH. “Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú”. Ob. cit.

20 Corte IDH. “Caso Fleury y otros *vs.* Haití”. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.

21 Corte IDH. “Caso Castillo Páez *vs.* Perú”. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34; Corte IDH. “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala”. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63; Corte IDH. “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

22 Corte IDH. “Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Maritza Urrutia *vs.* Guatemala”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso De La Cruz Flores *vs.* Perú”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador”. Ob. cit.

23 Corte IDH. “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú”. Ob. cit.

24 Corte IDH. “Caso de las Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador”. Interpretación de

diciones de higiene, dormir sobre periódicos²⁵, la falta de atención médica²⁶; los azotes²⁷; que no se permita trabajar o estudiar o tener alguna ocupación²⁸; encierro en celdas muy pequeñas²⁹; la desnudez forzada³⁰; que los reclusos deban hacer sus necesidades en baldes de recolección; el deficiente régimen de ejercicio; la falta de privacidad; la falta de interacción real (no virtual) con familiares y amigos³¹; la falta de medidas para proteger la integridad física de agresiones de otros presos y guardias³².

Reflexiones

La Corte IDH utiliza con frecuencia el concepto de dignidad como nota de las personas humanas. Para intentar develar lo que esto implica y significa, una revisión de los casos nos permite ver múltiples características. Entre ellas, este trabajo se ha concentrado en la universalidad y el particularismo.

Al respecto, en primer lugar, hay que destacar que, *a priori*, parecen dos aspectos contradictorios. No obstante, al analizar las manifestaciones de la Corte, parecen más bien inescindibles: mientras que la universalidad funciona como una condición de mínima que limita las acciones estatales, ya

la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131.

25 Corte IDH. “Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; Corte IDH. “Caso Familia Barrios *vs.* Venezuela”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237; Corte IDH. “Caso Pacheco Teruel y otros *vs.* Honduras”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241; Corte IDH. “Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela”. Ob. cit.

26 Corte IDH. “Caso Bulacio *vs.* Argentina”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso De La Cruz Flores *vs.* Perú”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Mendoza y otros *vs.* Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260; Corte IDH. “Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú”. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

27 Corte IDH. “Caso Caesar *vs.* Trinidad y Tobago”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.

28 Corte IDH. “Caso Raxcacó Reyes *vs.* Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

29 Corte IDH. “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

30 Corte IDH. “Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú”. Ob. cit.; Corte IDH. “Caso Ruano Torres y otros *vs.* El Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

31 Corte IDH. “Caso Boyce y otros *vs.* Barbados”. Ob. cit.

32 Corte IDH. “Caso Yvon Neptune *vs.* Haití”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

sea por acción o por omisión, el particularismo, concentrado en características de posible vulnerabilidad que respeten la naturaleza humana, facilita la concreción de los Derechos Humanos.

Ahora bien, lo anterior conduce a indagar cuál es el rol del Estado en este marco y qué tratos demanda y repudia la dignidad ubicada en esta tensión.

Sobre lo primero, la Corte pone al Estado como garante de la dignidad como un mínimo existencial y, por ejemplo, en el caso de las personas privadas de libertad, este no puede invocar causales económicas para aliviar su responsabilidad. No obstante, cuando destaca la interpretación evolutiva y adaptable de la dignidad al contexto económico de los Estados, provoca algunas dudas respecto de qué podría invocar un Estado ante denuncias por violaciones de Derechos Humanos. No obstante, aún en este escenario habría un mínimo insoslayable: la naturaleza humana. El contexto socio-económico quizás podría operar para aumentar las exigencias hacia el Estado, pero no para excusarlo. El problema radica en que la incondicionalidad de la naturaleza se reduce a un mínimo y su expansión queda ligada a las mejores o peores condiciones socio-económicas de los Estados.

En cuanto a los tratos contrarios a la dignidad, esta última sirve como un criterio evaluativo. El relevamiento muestra que la Corte IDH no brinda parámetros genéricos para detectarlos *a priori*, aunque sí es posible hacer una enumeración de ellos. Los casos son extremos, aberrantes y en los que no queda duda de la afrenta a la dignidad.

De manera semejante, la Corte tampoco da criterios para detectar cuáles son los tratos que se condicen con la dignidad y el tribunal se detiene en pocas ocasiones a dar ejemplos. Los escasos casos que se pueden mencionar son traídos a colación porque se niega una petición o de las víctimas o de los Estados, pero no es parte de la agenda de la Corte IDH hablar de los tratos que se condicen con la dignidad y, por lo tanto, no podemos deducir cuánto de exigencia establece para los Estados la dignidad.

Finalmente, cabe señalar que la Corte se concentra en la violación a Derechos Humanos en primer lugar y que refiere a la dignidad de manera colateral, llega a ella como consecuencia y no como punto de partida. Esto parece totalmente normal puesto que la tarea de la Corte IDH es juzgar violaciones a Derechos Humanos, pero lo interesante es que el tribunal no partiría de una noción de dignidad *a priori* desde la cual juzgar los casos, sino que a partir de los casos se puede intuir una noción de dignidad que, a veces, revela tensiones implícitas y que encierran el riesgo de no ser siempre bien resueltas desde una perspectiva conceptual.

Referencias bibliográficas

- Bohórquez Monsalve, V. y Aguirre Román, J. (2009). “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6, 41-63.
- Delgado Rojas, J. I. (2019). “Dignidad humana”. *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*. Nº 15. Octubre de 2018-Marzo de 2019, 176-197.
- Labernia y Esteller, P. (1844). “Dignitas”. *Diccionario de la lengua castellana*. Vol. 1. J. M. De Grau, 698.
- Meltzer Henry, L. (2011). *The Jurisprudence of Dignity*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 160, Núm. 1, 169-233.
- Peces Barba, G. (2007). “La dignidad humana”. Maza Zorrilla, E.; Bondia García, D.; de Asís, R. (Coords.). *Los desafíos de los Derechos Humanos hoy*. Madrid. Dykinson, 157-172.
- Peces Barba, G. (2010). *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*. Madrid. Dykinson.
- Pele, A. (2015). “La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales”. *Revista Brasileira de Direito*. 11 (2). Julio-Diciembre de 2015, 7-17.
- Pele, A. (2010) *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. Madrid. Dykinson.

Casos contenciosos y opiniones consultivas de la Corte IDH (por orden alfabético)

- Corte IDH. “Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. “Caso Baldeón García *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.
- Corte IDH. “Caso Boyce y otros *vs.* Barbados”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Corte IDH. “Caso Bulacio *vs.* Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. “Caso Caesar *vs.* Trinidad y Tobago”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.
- Corte IDH. “Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú”. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Corte IDH. “Caso Castillo Páez *vs.* Perú”. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.
- Corte IDH. “Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

- Corte IDH. “Caso Chinchilla Sandoval y otros *vs.* Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.
- Corte IDH. “Caso Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) *vs.* Ecuador”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.
- Corte IDH. “Caso De La Cruz Flores *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.
- Corte IDH. “Caso de la Masacre de Las Dos Erres *vs.* Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- Corte IDH. “Caso de la ‘Masacre de Mapiripán’ *vs.* Colombia”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. “Caso de las Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador”. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131.
- Corte IDH. “Caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia”. Sentencia de 1º de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala”. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH. “Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH. “Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.
- Corte IDH. “Caso Duque *vs.* Colombia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- Corte IDH. “Caso Espinoza Gonzáles *vs.* Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.
- Corte IDH. “Caso Familia Barrios *vs.* Venezuela”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.
- Corte IDH. “Caso Familia Pacheco Tineo *vs.* Bolivia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.
- Corte IDH. “Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.
- Corte IDH. “Caso Fleury y otros *vs.* Haití”. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.
- Corte IDH. “Caso Flor Freire *vs.* Ecuador”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

- Corte IDH. “Caso Furlán y familiares *vs.* Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- Corte IDH. “Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú”. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- Corte IDH. “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.
- Corte IDH. “Caso J. *vs.* Perú. Excepción”. Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- Corte IDH. “Caso J. *vs.* Perú”. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 291.
- Corte IDH. “Caso La Cantuta *vs.* Perú”. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173.
- Corte IDH. “Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú”. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- Corte IDH. “Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- Corte IDH. “Caso Maritza Urrutia *vs.* Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
- Corte IDH. “Caso Masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala”. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.
- Corte IDH. “Caso Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
- Corte IDH. “Caso Mendoza y otros *vs.* Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- Corte IDH. “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. “Caso Nadege Dorzema y otros *vs.* República Dominicana”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.
- Corte IDH. “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) *vs.* Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Corte IDH. “Caso Pacheco Teruel y otros *vs.* Honduras”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.
- Corte IDH. “Caso Quispialaya Vilcapoma *vs.* Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308.
- Corte IDH. “Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.
- Corte IDH. “Caso Raxcacó Reyes *vs.* Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

- Corte IDH. “Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.
- Corte IDH. “Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.
- Corte IDH. “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.
- Corte IDH. “Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.
- Corte IDH. “Caso Vélez Loor vs. Panamá”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Corte IDH. “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte IDH. “Caso Yatama vs. Nicaragua”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. “Caso Yvon Neptune vs. Haití”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
- Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. Condición jurídica y Derechos Humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

PARTE IV

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

DISERTACIÓN EN EL ACTO CONMEMORATIVO DE LOS 40 AÑOS DE *PRUDENTIA IURIS*, 5 DE OCTUBRE DE 2020

Félix A. Lamas¹

Para citar este artículo:

Lamas, F. A. (2020). “Disertación en el acto conmemorativo de los 40 años de *Prudentia Iuris*”. *Prudentia Iuris*, N. 90, pp. 223-226
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.223-226>

I. Proemio

Es un honor para mí, un viejo profesor, más antiguo en esta universidad que *Prudentia Iuris*, que se me haya invitado a participar en esta celebración, y que he aceptado no sólo en mi carácter de Profesor Emérito sino también como miembro del Comité Científico de la revista. Lo hago con la alegría de hablar entre amigos que comparten un común ideario y el amor a la Universidad Católica Argentina, a esta facultad, y a la Iglesia.

En ocasión de conmemorar 40 años de vida fructífera de *Prudentia Iuris*, parece adecuado y oportuno reflexionar sobre su cometido, es decir, su función y finalidad en el ámbito de la Facultad de Derecho, la Universidad Argentina y la Santa Iglesia Católica, y sobre su concreta identidad, teniendo en cuenta que se trata de un órgano principal de expresión de la vida académica y científica. A mi entender, ella y el Doctorado deben ser el punto más alto y representativo de nuestra facultad.

1 Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: felixlamas@uca.edu.ar.

II. La identidad esencial de *Prudentia Iuris*

En este punto no caben dudas ni titubeos. Su perfil está definido por su acto fundacional, debido a ese gran hombre –y, en mi caso, gran amigo– que fuera Santiago de Estrada. Y, además y sobre todo, por la índole católica de la Universidad, la recta Filosofía, la Sagrada Teología, el Magisterio de la Iglesia y la Tradición Apostólica.

De acuerdo con lo anterior, su función esencial podría resumirse así:

1. Es y debe ser órgano de expresión de la Verdad sapiencial del Derecho como ciencia subordinada a los saberes universales, la Sagrada Teología y la Filosofía Primera, y siempre sujeta al criterio rectificador del Magisterio de la Iglesia y la Tradición Apostólica. Esto implica, en nuestro ámbito específico, ser instrumento de esclarecimiento, difusión y defensa de los principios de la ley y el Derecho Naturales, que son los que permiten al conocimiento jurídico constituirse en verdadera *Scientia iuris*. Por otra parte, si se considera al Derecho vivido como *prudentia iuris*, no debe olvidarse que lo que Santo Tomás de Aquino llamaba *intellectus* y Aristóteles *noûs*, como hábitos de los primeros principios, son parte integrales de la prudencia. De modo que no hay auténtica *prudentia iuris* sin la iluminación de los principios.
2. El Derecho, como ciencia práctica, está subalternada a los principios de la Antropología. Por esta razón, la fuente ontológica de los saberes jurídicos y de sus principios, de los que *Prudentia Iuris* es instrumento de expresión y defensa, es la naturaleza específica del hombre como espíritu encarnado.
3. *Prudentia Iuris* fue creada con la idea de inscribirse como órgano académico de la tradición clásica y tomista, según los documentos fundacionales de la Universidad. Y ese fue su itinerario, en continuación de una notable fidelidad activa y creativa de lo que más de una vez el Decano Herrera denominara la tradición académica de nuestra facultad. Tradición de la que nos honramos y que fuera lúcidamente continuada por todas las autoridades de esta facultad, hasta nuestros días.
4. Fue, desde sus orígenes, órgano y estímulo de la investigación, función que se ha ido incrementando e intensificando, alcanzando resultados de alto valor científico y que nos orgullecen a todos los miembros de la comunidad universitaria. Esto, claro está, depende de las políticas en esta materia de la Universidad y, además, está limitado por las restricciones presupuestarias.
5. Nuestra revista es y debe ser foro de la comunicación y discusión

científica según un sano pluralismo académico, que permita insertarse en la comunidad científica universal, pero sin perder su propia identidad constituida radicalmente por sus principios. Y en esa misma línea, se constituye en instrumento bibliográfico docente que permite la participación de los alumnos en la alta tarea de investigación y discusión académica.

III. La identidad accidental o circunstancial de *Prudentia Iuris*

Pero la concreta identidad de *Prudentia Iuris* está enmarcada en circunstancias generales y públicas que determinan el orden de las urgencias, y que, en algunos casos, condicionan la libertad de la Universidad y afectan el diseño de su actividad.

Señalemos algunos casos:

1. La crisis moral y cultural que opera como circunstancia general de nuestra época, en la que el relativismo, el gnosticismo, el nominalismo, y las nuevas ideologías disolventes del orden natural constituyen el enemigo radical de la vigencia de los principios: soberanía de Dios, primacía del bien común, ley natural como emanación de la sabiduría divina y de la verdad inmanente de la naturaleza humana.
2. La confusión, y consiguiente ambigüedad, aun en no pocos pensadores católicos, que no discernen con claridad la verdad de los principios, que desconocen el orden epistemológico clásico, tradicional y cristiano y que optan por una apertura al mundo actual en su descomposición, torna difícil un sano pluralismo sapiencial.
3. En este contexto epistémico, y como consecuencia del cientificismo de moda, el Derecho corre el peligro de convertirse en un instrumento de control social, o en palabras de Francesco Gentile, en una “Geometría legal”, que admite como principio la fuerza –expresada en la ley meramente positiva– como criterio de validez y vigencia.
4. La creciente injerencia del poder público en la vida de la universidad. Ejemplo de ello son las reglas formales que se imponen para el reconocimiento científico de la publicación y de la investigación que, aunque en algunos casos son beneficiosas, en otros pueden llegar a desnaturalizar los cometidos, funciones y finalidad de nuestra revista, imponiendo una uniformidad que responde a idearios epistémicos diversos y a veces contrarios al ideario sapiencial al que hemos aludido.

5. Por último, deben señalarse los ataques públicos a núcleos de nuestros principios no negociables: aborto legal, destrucción de la familia y del orden natural del matrimonio, ideología de género, eutanasia, desacralización de la vida pública y del Estado, relativismo cultural como pensamiento único y obligatorio, y tanto otros que sería imposible enumerar aquí. Esta situación ha exigido y exige cotidianamente que *Prudentia Iuris*, como órgano de la Universidad y de la Iglesia, agregue a su tarea de iluminación científica la actitud agonal de defensa, al servicio de la Fe, de la racionalidad y de la misma vida humana.

IV. Conclusión

Hoy es ímprobo el oficio de dirigir la Facultad de Derecho y nuestra querida *Prudentia Iuris*. Como siempre, pero más que nunca, requiere ejercer y hacer realidad el nombre de nuestra publicación. Es tarea de prudencia el compatibilizar con orden los distintos aspectos constitutivos de la identidad esencial de la revista. También lo es, y aún más exigente, dejar a salvo esa identidad esencial en un marco circunstancial adverso.

Y quizás, no esté de más recordar que la prudencia requiere de principios claros, de razón rectificadora de la acción y, sobre todo, de virtud moral, en especial fortaleza y justicia, transfiguradas por la gracia de Dios.

EL PROGRAMA CONSTITUCIONAL PARA EL DESARROLLO HUMANO A LA LUZ DE *LAUDATO SI*¹, 20 DE OCTUBRE DE 2020

Pablo María Garat²

Para citar este artículo:

Garat, P. M. (2020). “El programa constitucional para el desarrollo humano a la luz de *Laudato si*”. *Prudentia Iuris*, N. 90, pp. 227-239.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.227-239>

Leer los acontecimientos a la luz del magisterio fecundo de la Iglesia siempre ha contribuido a encontrar respuestas, especialmente cuando estas resultan más urgentes para el hombre y la sociedad.

Sin duda, en la historia política moderna, el acordar una constitución como modo propio de organización política, jurídica e institucional, representa un acontecimiento trascendente. Más recientemente, las constituciones –escritas o no– establecen también un marco para la vigencia efectiva de los derechos de las personas, las familias y los grupos sociales intermedios, así como sus deberes para con la comunidad política de la que forman parte.

Nuestra organización constitucional, consecuencia de cuarenta años de guerras civiles en su versión original, establece todo ello. Pero en la dinámica constituyente, el proceso de reformas llevó al constitucionalismo de cuño liberal e iluminista del modelo de 1853/60 a incorporar, primero, la cláusula

1 Texto completo sobre el que el autor expuso en “Ciclos de Diálogos con la Cultura”. Economía y Desarrollo desde una mirada social. Reflexiones en torno a “Laudato Si”, UCA, 20-10-2020.

2 Profesor de Derecho Constitucional. Decano de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: pablogarat@uca.edu.ar.

social del artículo 14 bis en 1957 y la ampliación de derechos y obligaciones en 1994.

Con ello, el modelo originario de la “cláusula del progreso” se amplió con sentido social y con el concepto de “desarrollo humano” que establece la última reforma de 1994. Desarrollo humano que, como lo pide la misma Constitución reformada, es al mismo tiempo –o debería ser– federal, con justicia social y equidad territorial.

Anticipamos que, para nosotros, la Argentina no necesita un nuevo pacto político. Está escrito –y en gran medida incumplido– por el acuerdo unánime de Santa Fe-Paraná en 1994; con los antecedentes de los acuerdos partidarios de 1986-87 y el Acuerdo Federal de Luján de 1990.

Pero lo notable que intentaremos demostrar aquí es que este programa puede ser leído especialmente en clave de la encíclica *Laudato si'* del Papa Francisco.

No podemos efectuar una composición completa que, pensamos, asombraría, pero trataremos de efectuar algunas precisiones fundamentales.

Para ello nos parece pertinente comenzar por esta cita de la encíclica:

“Lo que le está pasando a nuestra casa

17. Las reflexiones teológicas o filosóficas sobre la situación de la humanidad y del mundo pueden sonar a mensaje repetido y abstracto si no se presentan nuevamente a partir de una confrontación con el contexto actual, en lo que tiene de inédito para la historia de la humanidad. [...]

19. Después de un tiempo de confianza irracional en el progreso y en la capacidad humana, una parte de la sociedad está entrando en una etapa de mayor conciencia. Se advierte una creciente sensibilidad con respecto al ambiente y al cuidado de la naturaleza, y crece una sincera y dolorosa preocupación por lo que está ocurriendo con nuestro planeta” (escrito cinco años antes de la pandemia que sufrimos).

Afirma también el Papa acerca de la “Política y economía en diálogo para la plenitud humana”:

“189. La política no debe someterse a la economía y ésta no debe someterse a los dictámenes y al paradigma eficientista de la tecnocracia. Hoy, pensando en el bien común, necesitamos imperiosamente que la política y la economía, en diálogo, se coloquen decididamente al servicio de la vida, especialmente de la vida humana. [...]

197. Necesitamos una política que piense con visión amplia, y que lleve adelante un replanteo integral, incorporando en un diálogo interdisciplinario los diversos aspectos de la crisis. Muchas veces la misma política es responsable de su propio descrédito, por la corrupción y por la falta de bue-

nas políticas públicas [...] Si la política no es capaz de romper una lógica perversa, y también queda subsumida en discursos empobrecidos, seguiremos sin afrontar los grandes problemas de la humanidad. Una estrategia de cambio real exige repensar la totalidad de los procesos, ya que no basta con incluir consideraciones ecológicas superficiales mientras no se cuestione la lógica subyacente en la cultura actual. Una sana política debería ser capaz de asumir este desafío”.

Poco más de un año después de darse a conocer *Laudato si'*, el 17 de agosto de 2016, mediante un *motu proprio*, el Papa Francisco instituyó un nuevo Dicasterio para “el Servicio del Desarrollo Humano Integral”.

La Carta Apostólica comenzaba afirmando: *“En todo su ser y obrar, la Iglesia está llamada a promover el desarrollo integral del hombre a la luz del Evangelio. Este desarrollo se lleva a cabo mediante el cuidado de los incommensurables bienes de la justicia, la paz y la protección de la creación”.*

Meses después, los días 3 y 4 de abril de 2017 el Papa recibió en audiencia a los participantes en el congreso promovido por el Dicasterio para el Servicio del Desarrollo Humano Integral, con motivo del 50º aniversario de la encíclica *Populorum Progressio*.

En dicha oportunidad expresaba: *“Están reunidos en este Congreso Internacional porque el nacimiento del nuevo Dicasterio coincide de manera significativa con el 50º aniversario de la encíclica Populorum Progressio, del beato Pablo VI. Fue él quien precisó en detalle en aquella encíclica el significado de ‘desarrollo integral’ (cf. n. 21), y fue él quien propuso aquella fórmula sintética y afortunada: ‘de todo hombre y de todo el hombre’ (n. 14).*

¿Qué significa hoy y en el futuro próximo, desarrollo integral, es decir, el desarrollo de cada hombre y de todo el hombre? Siguiendo la estela de Pablo VI, tal vez en el verbo integrar –tan querido por mí– podemos individuar una orientación fundamental para el nuevo Dicasterio. [...]

Se trata de ofrecer modelos viables de integración social. Todos tienen que dar una contribución a la sociedad en su conjunto, todos tienen una característica que puede servir para vivir juntos, nadie está excluido de aportar algo por el bien de todos. Esto es a la vez un derecho y un deber. Es el principio de subsidiariedad el que garantiza la necesidad de la aportación de todos, sea como individuos que, como grupos, sí queremos crear una convivencia humana abierta a todos.

Se trata, además, de integrar en el desarrollo todos aquellos elementos que realmente hacen que sea así. Los diferentes sistemas: la economía, las finanzas, el trabajo, la cultura, la vida familiar, la religión son, cada uno en su especificidad, un momento irrenunciable de este crecimiento. Ninguno de ellos puede ser absoluto y ninguno de ellos puede ser excluido de un concepto de desarrollo humano integral, es decir, que tenga en cuenta que la vida hu-

mana es como una orquesta que suena bien, si los diferentes instrumentos se armonizan y siguen una partitura compartida por todos.

Se trata, por último, de integrar cuerpo y alma. Ya Pablo VI escribió que el desarrollo no se reduce a un mero crecimiento económico (cf. n. 14); el desarrollo no consiste en tener cada vez más bienes a disposición para un bienestar puramente material. Integrar cuerpo y alma también significa que ninguna obra de desarrollo puede lograr su objetivo si no respeta el lugar donde Dios está presente para nosotros y habla a nuestros corazones”.

Pero también encontramos una importante referencia acerca del concepto de “desarrollo humano”, que aparece ahora en los artículos 75, inc. 19 y 125 de la Constitución Nacional, cuando revisamos el Informe Anual del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 1995, que en la página 139 y siguientes expresa:

“Hay un acuerdo bastante amplio respecto de algunos aspectos del concepto de desarrollo humano: El desarrollo debe colocar al ser humano en el centro de sus preocupaciones. El propósito del desarrollo es ampliar todas las opciones humanas y no sólo el ingreso, de modo que el concepto de desarrollo humano se centre en toda la sociedad y no meramente en la economía. El desarrollo humano atañe a la vez a ampliar la capacidad humana (mediante inversiones en las personas) y asegurar el aprovechamiento cabal de esa capacidad (mediante un marco propicio). El desarrollo humano se basa en cuatro aspectos esenciales: productividad, equidad, sostenibilidad y potenciación. Considera que el crecimiento económico es imprescindible, pero destaca la necesidad de prestar atención a su calidad y distribución y analiza detalladamente su vínculo con las vidas humanas; además, trata de opciones que sean sostenibles de una generación a la siguiente”.

Y en el Informe PNUD 1996 se expresa:

“El camino hacia adelante: futuras prioridades

En el primer Informe sobre Desarrollo Humano se elaboró el concepto de desarrollo humano y su medición; y también se analizó la relación entre crecimiento económico y desarrollo humano y se demostró que: El crecimiento económico es necesario pero no suficiente para el desarrollo humano. Es menester contar con políticas acertadas y ámbitos económicos correctos a fin de que los beneficios del crecimiento se traduzcan en las vidas de las personas.

A menudo, el principal obstáculo para encarar simultáneamente el crecimiento económico y el desarrollo humano es la falta de compromiso y voluntad política, y no de recursos.

Las estrategias de desarrollo sostenible deberían responder a las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la capacidad de futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades.

[...] En el umbral del siglo XXI, todos los países enfrentan el reto de integrar adecuadamente el crecimiento económico con el desarrollo humano”.

El desarrollo humano como desarrollo federal en la Constitución Nacional

Por lo que hemos visto, el desarrollo humano –en cualquier forma de estado– debería tener siempre como objetivos su evolución y concreción, de modo que asegure sus beneficios para todas las familias y grupos sociales, así como también concretarse en un marco de equilibrio y equidad territorial.

En un régimen político o forma de estado federal, estos objetivos plantean el desafío adicional de proponerse alcanzar la justicia social con equidad regional y pleno respeto de la unidad en la diversidad, en el marco del reconocimiento de las autonomías locales, por la vigencia del principio de subsidiariedad.

En materia económica y social, nuestra Constitución establece el federalismo también para asegurar los derechos en la materia que garantiza en el Preámbulo y los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 25 a 28, 33, 41 y 42, con el marco de los artículos 1°; 4°; 75 incisos 1°, 2°, 3°, 6°, 8°, 9° a 11, 13, 17, 18, 19, 22 y 24; 99, incisos 8° a 10; 100, inciso 1°; 103; 121 a 125; 128 y 129.

Pero un orden constitucional de plena inclusión socioeconómica requiere reconocer –al menos y en nuestra opinión– cuatro objetivos estratégicos permanentes: el arraigo de las familias en el municipio, la nutrición y educación primaria universales efectivas, el fortalecimiento de las economías regionales por la mayor integración de las cadenas de valor, la distribución equilibrada y solidaria de la renta tributaria federal. Todo esto nos recuerda que gobernar sigue siendo poblar, pero al mismo tiempo, promover la creación de trabajo genuino.

El programa constitucional para el desarrollo federal

El texto constitucional hasta 1994 hablaba de “bienestar general” (Preámbulo); “bienestar” (ex art. 67, inc. 16); “bien general” (ex art. 67, inc. 2°); “prosperidad” (ex art. 67, inc. 16); “progreso” (ex art. 67, inc. 16 y ex art. 86, inc. 12); “intereses económicos” y “trabajos de utilidad común” (ex art. 107).

El texto de 1994 incorpora en los artículos 75, inciso 19 y 125 segundo párrafo –con indudable conexidad programática entre sí–, los términos “desarrollo”, “desarrollo humano”, “crecimiento”, “crecimiento armónico de la Nación”, “generación de empleo”, “progreso económico con justicia social” y “productividad de la economía nacional”.

Y ello, también en nuestra opinión, con una indudable “bisagra” programática en el artículo 14 bis incorporado por la reforma de 1957.

Esta estructura programática, insistimos, la consideramos desde el texto constitucional originario, su ampliación con los derechos sociales en 1957 y el iter de la recuperación programática federal desde 1983 a 1994.

Partiendo entonces del supuesto según el cual el programa constitucional de 1853/60, fundado en la protección de los derechos individuales y la más amplia libertad económica para el progreso y bienestar de la población en su conjunto, fue ampliado con la incorporación de los derechos sociales en 1957 y los nuevos derechos y garantías, ordenado todo a alcanzar el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social y equidad territorial en 1994, podemos ahora ensayar una composición con determinados puntos de *Laudato si'*, directamente relacionados con otros tantos de relevancia en dicho programa.

Elegimos cuatro de ellos:

1. La promoción y protección integral de la familia.
2. La asociación, antes que el conflicto, entre el capital y el trabajo.
3. El desarrollo humano y federal como eje del programa de estado de la Constitución.
4. El derecho a un medio ambiente sano en el marco de dicho desarrollo.

Veamos:

1. Dice el Papa en *Laudato si'*:

“213. [...] quiero destacar la importancia central de la familia, porque ‘es el ámbito donde la vida, don de Dios, puede ser acogida y protegida de manera adecuada contra los múltiples ataques a que está expuesta, y puede desarrollarse según las exigencias de un auténtico crecimiento humano. Contra la llamada cultura de la muerte, la familia constituye la sede de la cultura de la vida’. En la familia se cultivan los primeros hábitos de amor y cuidado de la vida, [...] La familia es el lugar de la formación integral, donde se desenvuelven los distintos aspectos, íntimamente relacionados entre sí, de la maduración personal”.

Establece la Constitución Nacional, sostenida además ahora en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional incorporados en 1994:

“[...] En especial la ley establecerá: [...] la protección integral de la familia; un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el

tiempo de lactancia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna” (arts. 14 bis y 75, 23).

2. Dice el Papa en *Laudato si'*:

“Necesidad de preservar el trabajo

124. En cualquier planteo sobre una ecología integral, que no excluya al ser humano, es indispensable incorporar el valor del trabajo, tan sabiamente desarrollado por San Juan Pablo II en su encíclica Laborem Exercens. Recordemos que, según el relato bíblico de la creación, Dios colocó al ser humano en el jardín recién creado (cf. Gn 2,15) no sólo para preservar lo existente (cuidar), sino para trabajar sobre ello de manera que produzca frutos (labrar). Así, los obreros y artesanos ‘aseguran la creación eterna’ (Si 38, 34). [...]

127. Decimos que ‘el hombre es el autor, el centro y el fin de toda la vida económico-social’. No obstante, cuando en el ser humano se daña la capacidad de contemplar y de respetar, se crean las condiciones para que el sentido del trabajo se desfigure. Conviene recordar siempre que el ser humano es ‘capaz de ser por sí mismo agente responsable de su mejora material, de su progreso moral y de su desarrollo espiritual’. El trabajo debería ser el ámbito de este múltiple desarrollo personal, donde se ponen en juego muchas dimensiones de la vida: la creatividad, la proyección del futuro, el desarrollo de capacidades, el ejercicio de los valores, la comunicación con los demás, una actitud de adoración. Por eso, en la actual realidad social mundial, más allá de los intereses limitados de las empresas y de una cuestionable racionalidad económica, es necesario que ‘se siga buscando como prioridad el objetivo del acceso al trabajo por parte de todos’.

128. Estamos llamados al trabajo desde nuestra creación. No debe buscarse que el progreso tecnológico reemplace cada vez más el trabajo humano, con lo cual la humanidad se dañaría a sí misma. El trabajo es una necesidad, parte del sentido de la vida en esta tierra, camino de maduración, de desarrollo humano y de realización personal. En este sentido, ayudar a los pobres con dinero debe ser siempre una solución provisoria para resolver urgencias. El gran objetivo debería ser siempre permitirles una vida digna a través del trabajo. Pero la orientación de la economía ha propiciado un tipo de avance tecnológico para reducir costos de producción en razón de la disminución de los puestos de trabajo, que se reemplazan por máquinas. Es un modo más como la acción del ser humano puede volverse en contra de él mismo. La disminución de los puestos de trabajo ‘tiene también un impacto negativo en el plano económico por el progresivo desgaste del capital social, es decir, del conjunto de relaciones de confianza, fiabilidad, y respeto de las normas, que son indispensables en toda convivencia civil’. En definitiva, ‘los costes humanos son siempre también costes económicos y las disfunciones

económicas comportan igualmente costes humanos'. Dejar de invertir en las personas para obtener un mayor rédito inmediato es muy mal negocio para la sociedad".

Establece la Constitución Nacional:

"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; [...] de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; [...]"

"Se garantizan para ello constitucionalmente los derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita; el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes que asegurarán las condiciones dignas y equitativas de labor, la jornada limitada, el descanso y vacaciones pagas, la retribución justa, el salario mínimo vital y móvil, igual remuneración por igual trabajo, la participación en las ganancias de las empresas [...]" (art. 14 bis).

3. Dice el Papa en *Laudato si'*, anticipando lo que dos años después afirmarí­a con ocasi3n de los 50 años de *Populorum Progressio*:

"194. Para que surjan nuevos modelos de progreso, necesitamos 'cambiar el modelo de desarrollo global', lo cual implica reflexionar responsablemente 'sobre el sentido de la economí­a y su finalidad, para corregir sus disfunciones y distorsiones'. No basta conciliar, en un término medio, el cuidado de la naturaleza con la renta financiera, o la preservaci3n del ambiente con el progreso. En este tema los términos medios son sólo una pequeña demora en el derrumbe. Simplemente se trata de redefinir el progreso. Un desarrollo tecnol3gico y econ3mico que no deja un mundo mejor y una calidad de vida integralmente superior no puede considerarse progreso. Por otra parte, muchas veces la calidad real de la vida de las personas disminuye –por el deterioro del ambiente, la baja calidad de los mismos productos alimenticios o el agotamiento de algunos recursos– en el contexto de un crecimiento de la economí­a. En este marco, el discurso del crecimiento sostenible suele convertirse en un recurso diversivo y exculpatorio que absorbe valores del discurso ecologista dentro de la l3gica de las finanzas y de la tecnocracia, y la responsabilidad social y ambiental de las empresas suele reducirse a una serie de acciones de marketing e imagen".

"129. Para que siga siendo posible dar empleo, es imperioso promover una economí­a que favorezca la diversidad productiva y la creatividad empresarial. [...] Las autoridades tienen el derecho y la responsabilidad de tomar medidas de claro y firme apoyo a los pequeños productores y a la variedad productiva. Para que haya una libertad econ3mica de la que todos efectivamente se benefician, a veces puede ser necesario poner límites a quienes tienen mayores recursos y poder financiero. Una libertad econ3mica sólo

declamada, pero donde las condiciones reales impiden que muchos puedan acceder realmente a ella, y donde se deteriora el acceso al trabajo, se convierte en un discurso contradictorio que deshonra a la política. La actividad empresarial, que es una noble vocación orientada a producir riqueza y a mejorar el mundo para todos, puede ser una manera muy fecunda de promover la región donde instala sus emprendimientos, sobre todo si entiende que la creación de puestos de trabajo es parte ineludible de su servicio al bien común”.

Establece la Constitución Nacional en relación con la elevación del concepto de progreso al de desarrollo humano y los derechos de las personas y las familias, en tanto que destinatarios de los bienes y servicios como usuarios y consumidores:

“Proveer así lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento [...]” (art. 75, inciso 19, primer párrafo).

“[...] Asimismo, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura” (art. 125).

“Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promoviendo políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (art. 75, inciso 19, segundo párrafo).

Para todo lo anterior se asegura *“la distribución de la renta tributaria federal por una ley convenio, [...] (que) será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”* (art. 75, inciso 2°).

“El Gobierno Federal fijará anualmente (conforme a las mismas pautas) el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas” (art. 75, inciso 8°).

Pero además: *“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; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de

distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios” (art. 42).

4. Dice el Papa en *Laudato si'*:

“139. Cuando se habla de ‘medio ambiente’, se indica particularmente una relación, la que existe entre la naturaleza y la sociedad que la habita. Esto nos impide entender la naturaleza como algo separado de nosotros o como un mero marco de nuestra vida. Estamos incluidos en ella, somos parte de ella y estamos interpenetrados. Las razones por las cuales un lugar se contamina exigen un análisis del funcionamiento de la sociedad, de su economía, de su comportamiento, de sus maneras de entender la realidad. Dada la magnitud de los cambios, ya no es posible encontrar una respuesta específica e independiente para cada parte del problema. Es fundamental buscar soluciones integrales que consideren las interacciones de los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales. No hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental. Las líneas para la solución requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza. [...]

147. Para que pueda hablarse de un auténtico desarrollo, habrá que asegurar que se produzca una mejora integral en la calidad de vida humana, y esto implica analizar el espacio donde transcurre la existencia de las personas. Los escenarios que nos rodean influyen en nuestro modo de ver la vida, de sentir y de actuar. A la vez, en nuestra habitación, en nuestra casa, en nuestro lugar de trabajo y en nuestro barrio, usamos el ambiente para expresar nuestra identidad. Nos esforzamos para adaptarnos al medio y, cuando un ambiente es desordenado, caótico o cargado de contaminación visual y acústica, el exceso de estímulos nos desafía a intentar configurar una identidad integrada y feliz”.

Establece la Constitución Nacional:

“Al mismo tiempo se garantiza que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

Conforme a ello las autoridades proveerán a la protección de este derecho y consecuentemente proveerán a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales, correspondiendo al Gobierno Federal dictar las normas que contengan los presupuestos

mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales” (art. 41).

En el final, necesito volver otra vez a lo que hemos afirmado en nuestra Facultad recientemente: frente al exterminio de miles de niños por nacer, a la pobreza e indigencia de casi el sesenta por ciento de los niños nacidos, a la amenaza que sobre ellos se cierne en el proceso educativo a partir de lo que el Papa Francisco no dudó en calificar como el “colonialismo de género”, tenemos que señalar que nuestra Argentina no tiene futuro, que no habrá desarrollo humano con equidad y justicia social, con igualdad de calidad de vida y oportunidades en todo el territorio nacional, como lo pide la Constitución Nacional, si los niños no constituyen nuestra prioridad; si –casi como un símbolo– la generación de los Bicentenarios no encuentra en nosotros el compromiso ineludible de asegurar la concordia política y con ello el desarrollo como nuevo nombre de la paz social.

Se preguntaba el Papa Francisco en *Laudato si'*:

“160. ¿Qué tipo de mundo queremos dejar a quienes nos sucedan, a los niños que están creciendo? Esta pregunta no afecta sólo al ambiente de manera aislada, porque no se puede plantear la cuestión de modo fragmentario. Cuando nos interrogamos por el mundo que queremos dejar, entendemos sobre todo su orientación general, su sentido, sus valores. Si no está latiendo esta pregunta de fondo, no creo que nuestras preocupaciones ecológicas puedan lograr efectos importantes. Pero si esta pregunta se plantea con valentía, nos lleva inexorablemente a otros cuestionamientos muy directos: ¿Para qué pasamos por este mundo?, ¿para qué vinimos a esta vida?, ¿para qué trabajamos y luchamos?, ¿para qué nos necesita esta tierra? Por eso, ya no basta decir que debemos preocuparnos por las futuras generaciones. Se requiere advertir que lo que está en juego es nuestra propia dignidad [...] Es un drama para nosotros mismos, porque esto pone en crisis el sentido del propio paso por esta tierra. [...]

178. El drama del inmediatismo político, sostenido también por poblaciones consumistas, provoca la necesidad de producir crecimiento a corto plazo. [...] Se olvida así que ‘el tiempo es superior al espacio’, que siempre somos más fecundos cuando nos preocupamos por generar procesos más que por dominar espacios de poder. La grandeza política se muestra cuando, en momentos difíciles, se obra por grandes principios y pensando en el bien común a largo plazo. Al poder político le cuesta mucho asumir este deber en un proyecto de nación”.

En esta perspectiva y a la luz de *Laudato si'*, podemos y queremos afirmar que el programa constitucional para el desarrollo federal de la Nación Argentina considera que gobernar es poblar, creando empleo, con arraigo de la población, crecimiento regional en equilibrio y equidad, igualdad de

oportunidades en todo el territorio nacional para el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social y ambientalmente sustentable para las futuras generaciones.

Pero los derechos económicos y sociales y los de tercera generación solo se pueden ejercer en el territorio en concreto. Por esto tiene sentido lo del Papa Francisco: “tierra, techo y trabajo”.

En el lenguaje constitucional esto es propiedad, vivienda digna, empleo y seguridad social.

Pero además, sin rentas no hay gobierno, como también se ha señalado. Si gobernar es todo lo anterior, los recursos públicos deben distribuirse con equidad y solidaridad federal.

Hay una relación en este programa entre la generación de empleo, el desarrollo humano y el progreso con justicia social y proveer al crecimiento equitativo de provincias y regiones con igualdad de oportunidades y calidad de vida en todo el territorio nacional.

Y para esto la protección integral de la familia y el arraigo local por la autonomía municipal en el marco provincial y regional para el desarrollo federal son orientaciones programáticas muy claras que deben atenderse.

Y subrayamos que se trata también de entender el arraigo como un valor existencial absolutamente estratégico en la perspectiva política del siglo XXI, en el que la población de familias vinculadas a su tierra constituye el primer requisito para la integridad territorial de una Nación. Este y no otro es el basamento de un auténtico desarrollo humano y federal. El de los lazos de la tierra y de la sangre.

Y ello tiene que ver con el amor al que nos convoca una y otra vez, hoy mismo, el Papa Francisco.

En *Laudato si'* expresa:

“231. El amor, lleno de pequeños gestos de cuidado mutuo, es también civil y político, y se manifiesta en todas las acciones que procuran construir un mundo mejor. El amor a la sociedad y el compromiso por el bien común son una forma excelente de la caridad, que no sólo afecta a las relaciones entre los individuos, sino a ‘las macro-relaciones, como las relaciones sociales, económicas y políticas’. Por eso, la Iglesia propuso al mundo el ideal de una ‘civilización del amor’. El amor social es la clave de un auténtico desarrollo: ‘Para plasmar una sociedad más humana, más digna de la persona, es necesario revalorizar el amor en la vida social –a nivel político, económico, cultural–, haciéndolo la norma constante y suprema de la acción’. [...] Cuando alguien reconoce el llamado de Dios a intervenir junto con los demás en estas dinámicas sociales, debe recordar que eso es parte de su espiritualidad, que es ejercicio de la caridad y que de ese modo madura y se santifica”.

O como en aquellos versos que sin duda nos remiten a la catequesis permanente del magisterio social del Papa Francisco:

*“Amar la Patria es el amor primero,
y es el postrer amor después de Dios,
y si es crucificado y verdadero,
ya son un solo amor; ya no son dos”³.*

³ Fragmento de “Canción del Amor Patrio”, Paul Verlaine, traducción del P. Leonardo Castellani.

RECENSIONES

RECENSIONES

Köpcke, Maris, *Legal Validity: The Fabric of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2019, 184 pp.

Esta obra acerca de la validez legal, un tema de constante interés para la Filosofía del Derecho, merece ser leída por sus múltiples aciertos e incluso a pesar de ciertas flaquezas que la misma autora parece reconocer y ayuda a detectar.

El primero de sus aciertos, en el cual quisiera detenerme, aunque pudiera parecer menor, es la estructura del libro. Köpcke presenta su argumento y la forma en la cual será expuesto en las primeras páginas; luego lo desarrolla de manera sistemática y metódica; remite a lo dicho en capítulos anteriores; señala aquello que será aclarado más adelante, y concluye por resumir la idea central de la obra. Ortega tiene dicho que la claridad es la cortesía del filósofo, y esto ciertamente se aplica también a la Filosofía del Derecho. Estoy de acuerdo con esta frase, siempre y cuando por claridad se entienda no la sencillez del lenguaje, puesto que es ineludible emplear vocablos técnicos y precisos cuando los conceptos los requieren, sino lo cristalino en la construcción teórica y la exposición. No hay nada más molesto, al leer una obra de literatura académica, que hallar argumentos que se abren pero no se cierran, se presentan pero no se exponen o bien se introducen en momentos inconvenientes. Ninguna de estas cosas se encuentra en el trabajo de Köpcke, y por ello su lectura es sumamente apacible.

El segundo acierto, sin el cual el primero no tendría mucho valor, se refiere al correcto análisis que se hace del tema central del libro, la validez legal.

El tratamiento de la cuestión surge a partir de una pregunta, que da origen a toda la obra: ¿por qué se permite la invocación de este concepto para decidir cuestiones fundamentales de la vida en sociedad? Así, Köpcke menciona, entre otros, órdenes de deportación legalmente válidos, contratos legalmente válidos, pasaportes legalmente válidos, testamentos legalmente válidos, estatutos penales legalmente válidos, etcétera. Resulta, en efecto, intrigante, que “aspectos críticos del bienestar humano dependan constantemente de si algo es o no válido” (p. 2). El primer paso de la autora es buscar si la “validez” y palabras anexas a ella responden a un modo distintivo de razonar en el Derecho, y a partir del cual pueda indagarse en la respuesta a

la pregunta planteada. Para ello, recurre al concepto de poder legal, ya que “todo lo que es legalmente válido es el resultado del ejercicio de poder legal, y el mismo ejercicio del poder legal es la misma cosa que un acto legalmente válido” (p. 14).

Una vez aclarado esto último, el segundo capítulo de la obra se dedica al análisis del poder legal, recurriendo para ello a la obra de Hart, de Kelsen y de Raz, y señalando las limitaciones de estos autores. Así, se parte de la distinción hartiana entre normas que imponen deberes y normas que confieren poderes, siendo lo característico de estas últimas que proveen facilidades para cumplir sus deseos al alterar la propia posición legal. No obstante, tal concepción es excesivamente vaga, y no determina exactamente lo que importan estas reglas, ya que existen muchas formas de lograr lo que uno quiere alterando la posición legal, como el caso del “súper-indigente” (*super-tramp*) de McCormick, quien conseguía dormir bajo techo todas las noches al cometer delitos menores y ser arrestado. Kelsen, pese a todos sus esfuerzos para delimitar el poder legal como aquellos supuestos en los cuales un acto cuenta con la aprobación del ordenamiento jurídico, también se queda corto, toda vez que su definición abarca a cualquier acto que esté simplemente permitido, tal como cambiar de residencia. Raz, por su parte, se acerca más al concepto que se está buscando, ya que considera que un acto importa el ejercicio de poder legal cuando conlleva un cambio de posición legal que no está simplemente consentido por el ordenamiento jurídico, sino que es deseable para la ley. No obstante, la autora señala que el análisis de Raz es incompleto, en tanto no concibe el poder legal como una manera distintiva de alterar posiciones legales; para él, cualquier manera de lograr estos cambios normativos que sea querida por la ley puede implicar el ejercicio de poder legal, lo cual “dado la riqueza de recursos de razonamiento y técnica legal, las incontables formas que la regulación legal puede adoptar, [...] no puede sino aparecer sospechoso” (p. 23). Para Köpcke, en cambio, lo característico del poder legal es la posibilidad de alterar posiciones legales con el sólo *decir* que se quiere hacerlo. Así, luego, los actos que redundan en resultados legalmente válidos involucran un método particular de cambiar de posiciones legales “con el sólo manifestar el propio deseo de cambiarlas, con decirlo” (p. 26). A este método, que no es sino el ejercicio del poder legal en los términos de la autora, se lo refiere como una *técnica legal*.

Hecha esta última averiguación, el tercer capítulo del libro, quizás el más denso en contenido, comienza por enfocarse en cuatro aspectos centrales del poder legal: un dicho válido (*a valid say-so*) puede invocar un régimen legal que está más allá de lo que pretende quien habla; un dicho válido puede permanecer en el tiempo y circular de manera prácticamente autónoma; un dicho válido puede producir efectos no queridos por quien lo dijo; un dicho válido no lo es tal hasta tanto no adopte el fraseo y las formas

adecuadas. Köpcke señala que si la validez legal es una técnica legal, debe poder dar cuenta de estos cuatro aspectos. Para ello, comienza indagando en la filosofía del lenguaje y en la forma en la cual las personas normalmente conseguimos aquello que queremos a través de la comunicación, y finalmente llega a una definición de la técnica de la comunicación como la manera en la cual “expresamos un mensaje manifestando razonablemente la intención de suscitar una respuesta a través de él” (p. 42). La autora luego afirma que la técnica de la validez legal es una técnica paralela a la de la comunicación, y desarrolla los cuatro aspectos centrales discutidos al inicio del capítulo a partir de esta afirmación. Sobre la base de ello, finalmente llega a una definición de la validez legal como la manera en la cual “cambiamos de posiciones legales, hasta la extensión que permita la ley, manifestando legalmente la intención de hacerlo” (p. 59). Esta definición responde a los cuatro aspectos tratados anteriormente, ya que un dicho válido al cambiar de posición legal invoca un régimen legal dado, permanece en el tiempo debido a que las posiciones legales perduran, puede lograr efectos no deseados por quien lo dijo porque puede invocar una intención no querida por quien lo dijo y no lo será tal hasta que no adopte el fraseo y las formas adecuadas, ya que se precisa manifestar legalmente la intención de cambiar de posiciones legales.

El cuarto capítulo retoma la pregunta central del libro y se cuestiona por los fundamentos de la validez legal, el motivo por el cual se utiliza esta técnica para dirimir situaciones centrales al bienestar humano y ocupa, por ende, el lugar que solo merecen ocupar las decisiones justas. Para ello, comienza hablando de la justicia en la comunidad política y de la manera en la cual se logra a través de la convergencia específica, es decir, de la conducta convergente de múltiples personas que sigue determinados patrones. La autora parte de la premisa de que “tenemos una razón permanente para preocuparnos por el bienestar de otros” (p. 70). Ocurre a veces que esa razón es independiente de la conducta de otros, como por ejemplo el deber de no matar a otros, pero en ocasiones tenemos la obligación de actuar de una determinada manera solo si otras personas actúan de la misma forma, como por ejemplo el pago de impuestos. Esta comprensión presupone entender la obligación como una necesidad para lograr un determinado fin: si la conducta convergente de otros es necesaria para lograr ese fin, entonces solo si esa conducta de otros acontece es que uno está, a la vez, obligado. La necesidad de generar esta convergencia específica como una forma de realizar la justicia dentro de la comunidad política requiere de conductas que estén claramente señaladas y que se hagan cumplir. Ambas necesidades se refuerzan mutuamente, ya que una conducta clara va a ser más conocida y por ende más acatada, así como también serán más conspicuos los incumplimientos. Köpcke postula que “la validez legal es la señalización de la ley” (p. 83), toda vez que logra que determinadas conductas estén lo suficientemente identificadas como actos vá-

lidos que pueden perdurar y circular a lo largo del tiempo, invocan todo un régimen legal, y requieren del cumplimiento de ciertas formalidades. Es fácil, por lo demás, leer lo que antecede en clave tomista: decir que la ley señala determinadas conductas para lograr la convergencia específica necesaria para consolidar la justicia en la comunidad política parece armonizarse con la idea clásica de la ley como una ordenación de la razón al bien común.

Los capítulos cinco y seis del libro, por su parte, se dedican a profundizar en la necesidad de la técnica de la validez legal como medio de lograr que se realice la justicia en la comunidad política. Así, el capítulo quinto se enfoca en las razones por las cuales se le confiere o no poder legal a determinados sujetos, poder que a su vez es utilizado para realizar actos válidos. Así, menciona motivos tales como los conocimientos especializados, la proximidad con los hechos relevantes para tomar las decisiones, el Estado de Derecho que justifica la existencia de reglas generales que otorguen poder legal como un medio de limitar la arbitrariedad y la falta de predictibilidad, las decisiones judiciales y administrativas que apliquen las reglas generales a los casos concretos y, por último, el valor de la autodeterminación que justifica otorgar poder legal a individuos privados para celebrar negocios jurídicos concernientes a su propia vida. Tales motivos justifican, a su vez, que el poder legal sea difuminado a lo largo de la comunidad y no esté concentrado en un número limitado de individuos.

El capítulo sexto, por su parte, se enfoca en la necesidad de la positividad de la ley, vale decir, que sea creada por actos humanos, y que estos estén sistemáticamente vinculados entre sí y a lo largo del tiempo. En particular, Köpcke justifica la positividad de la ley por la necesidad de determinación que no puede ser suplida por la moral. Esto se debe a que “la moral, por así decirlo, se agota en numerosas coyunturas en las cuales una directriz determinada es moralmente requerida, se precisa de *algo más que la moral* para proveer a los requisitos específicos” (p. 124). Además, menciona como otros motivos el hecho de que la ley identifica adecuadamente las conductas que son requeridas para realizar la justicia en la comunidad, y también el hecho de que permite que los individuos formen sus propias relaciones jurídicas entre sí. Por último, el capítulo se enfoca en el requisito de sistematicidad del significado legal, el cual impide que las decisiones tomadas por los distintos sujetos a los cuales se les otorga poder legal se solapen o entren en conflicto entre sí. Tal requisito se cumple gracias a la técnica de la validez legal, que impone límites a los actos individuales en tanto estos requieren de una serie de condiciones para ser tales y en tanto invocan un régimen legal que está fuera de la voluntad del sujeto que realiza el acto. Es decir que “si un acto es o no legalmente válido, y su significado legal en un momento dado, dependen de los actos de otras personas e instituciones” (p. 135). Esto permite la coherencia entre los distintos actos, y hace que estos vayan, en

su conjunto, “tejiendo la tela de la ley”. Tal premisa implica una concepción dialógica y dinámica del ordenamiento jurídico, en la cual el actuar de cada individuo que ejerce su poder legal en coherencia con los restantes va formando el sistema a través de la realización de actos legalmente válidos y de esta forma logra afianzar la justicia en la comunidad.

Lo dicho resume a grandes líneas el esquema del libro y el correcto tratamiento que Köpcke hace de la validez legal. No obstante, no puede dejar de mencionarse un aspecto en el cual la obra se queda corta: se trata precisamente de la justificación moral de la técnica de la validez legal. Si bien, y como se dijo, es fácil leer el libro en clave tomista y, por ende, entender lo que la autora pretende decir cuando habla de la necesidad de la validez legal para realizar la justicia en la comunidad, lo cierto es que se detiene poco en este tema. En efecto, en el capítulo cuarto del libro, referido a la justicia y a la necesidad de la convergencia específica para lograrla, únicamente dice que “tenemos una razón permanente para preocuparnos por el bienestar de otros” (p. 70), sin explicar con mayor abundamiento el porqué de ello. Podría argumentarse que la obra es estrictamente jurídica y por ello rechaza asumir posturas morales, pero lo cierto es que el libro se propone justamente demostrar la necesidad moral de la validez legal. La misma autora parece admitir esta falencia hacia el final del séptimo y último capítulo, cuando reconoce los riesgos de la validez legal y de evitar ver más allá de esta. En efecto, dice que “la tela de la ley, como cualquier tela, puede ser utilizada para propósitos malvados” (p. 163). En este punto, la obra no termina de cumplir con aquello que promete. Porque, en definitiva, hablar de la fundamentación moral de la validez legal exige una referencia al orden moral y a aquellos bienes humanos básicos que sólo podemos alcanzar a través de la comunidad política. La justicia de un ordenamiento jurídico, globalmente considerado, solo puede evaluarse en relación a la aptitud que tiene de conducir a su propia perfección a quienes participan de él. Sin estas nociones, el *bienestar de otros* al que remite Köpcke no deja de ser una fórmula demasiado maleable, potencialmente justificativa de muchas y grandes injusticias.

Pero esto último no es motivo alguno para dejar de leer el presente libro, el cual además de estar excelentemente escrito aventura argumentos originales y enriquecedores. Debido al amplio alcance de la obra, y lo apacible de su lectura, es indudablemente atractivo para cualquier persona interesada en la Filosofía del Derecho.

JULIÁN PRIETO¹

1 Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: julianprieto97@gmail.com.

Strang, Lee J., *Originalism's Promise: A Natural Law Account of the American Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2019, 310 pp.

El libro que tengo el honor de reseñar es una obra realmente completa y explicativa sobre el tema del originalismo jurídico. Desde los países en los cuales rige el sistema de derecho continental o “*civil law*”, el originalismo jurídico podría parecer una extravagancia doctrinaria, fantasía de algunos teóricos¹, pero al analizar la cuestión intentando ser objetivo puede que la realidad muestre otra cosa. Como dije anteriormente, este libro sirve para comprender de manera completa e inteligente un tema profundo y complejo, que hace a las raíces y al buen funcionamiento del sistema constitucional estadounidense.

Para comenzar esta reseña analizaré particularmente la estructura del libro, el cual gira alrededor de dos partes de dos capítulos cada una. Son cuatro capítulos en total: en el primero, hace una descripción del originalismo y da los argumentos principales que postula; en el segundo, se encarga de mostrar una de las aristas más importantes de esta teoría interpretativa sobre lo que el autor llama modelo originalista de comunicación constitucional; en el tercero, se expone que el originalismo es el modelo interpretativo que mejor explica la práctica judicial constitucional estadounidense; y finalmente, en el cuarto, finaliza postulando y, consecuentemente, demostrando que el originalismo es el mejor sistema en cuanto a que las personas puedan desarrollarse plenamente en una comunidad, como ciudadanos que siguen y respetan la ley. Se analizarán brevemente los puntos más importantes de este libro, para luego poder hacer unos comentarios en general.

1 En general, se caracteriza de forma errónea y simplista a este movimiento filosófico como extremadamente conservador y por eso impracticable debido a la importancia que asigna al significado original de las disposiciones. Esto, como se verá, está lejos de explicar de forma precisa el originalismo.

A lo largo de las primeras páginas, el autor manifiesta claramente cuáles son sus principales postulados. El argumento principal que da Strang es que el originalismo es el método correcto de interpretación constitucional. Este se define como la teoría de interpretación constitucional que identifica al significado original (de las disposiciones) con el significado obligatorio y, por lo tanto, al que se deben atener los tribunales a la hora de decidir sobre un caso, especialmente la Suprema Corte. Además, dentro de la concepción particular del autor, la adopción del originalismo tiene como causa y consecuencia asegurar el bien común y permitir el desarrollo pleno (entendido desde la idea de “búsqueda de la felicidad” de la declaración de la independencia estadounidense). Como nota de la sutileza y profundidad de su análisis, Strang trae a colación un tema mayormente olvidado en los debates: el concepto y el rol de las virtudes. Se refiere a las mismas en el marco de una comunidad, respecto tanto de los ciudadanos como de funcionarios públicos y magistrados, de manera que informen el comportamiento social de todos los que la integren. Volveré sobre este punto más adelante.

En el segundo capítulo, en el cual se describe extensamente de qué se trata el modelo originalista de comunicación constitucional, nos encontramos con una idea novedosa, que no había leído en ninguna bibliografía sobre el tema. Este modelo descrito como “[...] la manifestación de la constitución como un acto legislativo deliberado por los ‘framers’ y ‘ratifiers’ [...]”². Lo que es importante en este capítulo, que además contiene un recorrido histórico sobre la Constitución, es entender que, respecto de la interpretación constitucional, el acto legislativo mismo (la constitución) funciona como la vía de comunicación de las razones jurídicas (y yo agregaría, políticas) que tuvieron los constituyentes en su época para guiar la conducta de los sujetos y formar una comunidad política que pueda sostenerse en el tiempo. Y esto es importantísimo. Viéndolo a largo plazo y de forma coherente con lo afirmado, se comprende que el significado original es el adecuado a la hora de la labor interpretativa en orden a respetar el juicio práctico de los “framers”, la autoridad de los “ratifiers” y la coordinación social de la comunidad política generada a lo largo de los años. Un aspecto de esta coordinación es la generación en los ciudadanos de expectativas razonables a través de la costumbre y precedentes judiciales respecto de la manera en la que podrían comportarse de acuerdo a la ley, es decir, previsibilidad. Entonces, a lo largo de todo ese recorrido en el plano cronológico e institucional es que transcurre la comunicación constitucional que, por supuesto, genera consecuencias a nivel social en miras al bien común y a la estabilidad institucional. Estas expectativas, es válido resaltarlos, al ser

2 Strang, Lee J. Obra analizada, p. 43.

abruptamente cambiadas por una decisión judicial disruptiva frente al significado original y la previsibilidad a lo largo de los años, dañan esa forma de coordinación social.

La idea de comunicación constitucional se relaciona con la idea del respeto a los precedentes, que Strang explica al decir que “el precedente (originalista, tener en cuenta) es una herramienta crucial utilizada por la constitución para que sea efectiva en la realidad y asegurar el bien común”³.

En el tercer capítulo, se afirma que el originalismo es el modelo interpretativo que mejor explica la práctica judicial constitucional estadounidense. El postulado concretamente es que este modelo se ajusta mejor a los aspectos fundamentales del sistema constitucional, en particular: la constitución escrita (caracterizada por una expresión que realmente me gusta por su carga histórica, “*the supreme law of the land*”). A partir de ahí el autor realiza una fundamentación teórica explicando cómo actúa el originalismo en el marco de esta dinámica, una parte sumamente enriquecedora del libro. También menciona que el originalismo actuaría manteniendo un balance razonable entre estabilidad y cambio del precedente, desarticulando los cambios abruptos y a veces arbitrarios de interpretaciones no-originalistas, que tendrían los efectos señalados anteriormente.

Finalmente, en la cuarta parte, fundamenta teórica y moralmente que el originalismo es el mejor modelo para lograr el desarrollo pleno del sujeto en el sentido ya aclarado. Describe los fines del sujeto y la persona recurriendo a la filosofía aristotélica, partiendo del concepto de *eudaimonia*⁴. También hace consideraciones al respecto de la autoridad, las virtudes y el Derecho Natural y su ubicación en esta dinámica. Con relación a ello dice que el lugar de las virtudes es establecer un puente entre el Derecho Natural y las situaciones prácticas concretas. Explora el lugar también de conceptos muy importantes en la filosofía tomista, como puede ser el proceso de *determinatio* enmarcado en la legislación y la creatividad en la que se pueden manejar las autoridades para el establecimiento de sistemas y autoridades concretas. Concluye, luego también de un avance magistral, que el originalismo funciona como el mejor *background*⁵ para el desarrollo del hombre como individuo y en relación a su comunidad jurídico-política.

3 Ibidem.

4 Palabra proveniente del griego εὐδαιμονία, cuya traducción generalmente es *felicidad*. Resulta más precisa de todas formas su traducción a “florecimiento humano”, siendo además la acepción que Strang utiliza, pp. 221 y otras.

5 Strang, Lee J. Obra analizada, palabra exactamente utilizada, pp. 298 y otras.

Habiendo terminado el análisis de la estructura del libro, pasamos al planteo de algunas temáticas tratadas más generales que encuentro muy importantes. Estos puntos son: el rol del contexto histórico en el originalismo, su conveniencia frente a los modelos no-originalistas, lo realista de la propuesta de Strang, comentarios sobre la politización de las decisiones judiciales, las virtudes y el Derecho.

El rol del contexto histórico en el originalismo es muy importante, esencial podría decirse, pero también prudente. Strang se encarga de justificar muy precisamente las distintas corrientes de este modelo de interpretación, algunos que se inclinan por el “*original meaning*”⁶; otros, por el “*original intend*”⁷, por ejemplo. La cuestión es que, a diferencia de lo que muchos creen, no se toma de manera irracional un concepto de la época de la creación constitucional para aplicarlo de forma anacrónica, ciega y fundamentalista. Lo que se hace es un trabajo prudencial y minucioso que involucra muchas fuentes históricas no por su gran valor en sí (que por supuesto lo tienen), sino en orden a poder descifrar el significado público y original de las palabras para poder tomar una decisión judicial fidedigna a los fines y propósitos con los que la constitución fue creada. Esto implica respetar lo buscado por los constituyentes (“*framers*” y “*ratifiers*”) y, por lo tanto, conforme al pacto político originario que dio nacimiento a los Estados Unidos. Así también, dentro de lo que mencioné respecto de la comunicación constitucional, el autor enfatiza el hecho de incluir a los autores de la constitución y a quienes institucionalmente la ratificaron como agentes de un proceso en tanto se busque mantener su significado para aplicarlo a un caso concreto. De más está decir que se desarrolla también en el libro el tema de la apropiada indeterminación de las cláusulas constitucionales, como manera de lograr darle concreción en base a las fuentes históricas y para facilitar las decisiones judiciales actuales.

En cuanto a sus conveniencias no voy a decir mucho, pues usando un neologismo no quiero “*spoilear*” algunos temas tratados en el libro. Lo que sí puedo decir es que, frente a interpretaciones no-originalistas, el modelo del autor se encarga de explicar el daño que ese tipo de hermenéutica judicial puede realizar a las coordinaciones sociales provenientes de muchos años de comportamientos continuos y decisiones judiciales. Agrega, además, las razones por las que no sería la forma más adecuada por los desajustes que produce en las expectativas razonables. Uno de los aspectos que más resalto

6 Strang, Lee J. Obra analizada, expresión extraída en inglés para reflejar mejor su significado.

7 *Ibidem*.

en este punto es la búsqueda de la coherencia lógica de todo un sistema que hay en el pensamiento del autor.

Luego, respecto de lo realista del modelo de Strang, me refiero a que la opción que él plantea con el modelo de comunicación constitucional no es para nada alejada de la realidad sino practicable. Pero ¿en qué aspecto podemos decir esto? Pienso que la fuerza de esta afirmación se halla en la resolución prudencial que hace con el problema de lo que pasaría si se adoptare por la generalidad de los jueces la interpretación originalista, y qué ocurriría con algunos precedentes no-originalistas que indudablemente fueron un avance y llegaron a resultados justos. Al respecto, es potente la explicación que da utilizando el ejemplo del caso "*Brown v. Board of Education*". Para profundizar recomiendo enfáticamente leer la obra.

Con relación a la cuestión de las notas de politización de la práctica judicial es evidente que fluye muchísimo más en donde prevalecen los modelos interpretativos no-originalistas. Puesto que los magistrados están más dispuestos a alejarse del significado original de los textos y es más probable que les den su propio enfoque a los términos para aplicar una solución favorable a sus propios intereses ideológicos, más aún ante temas controversiales, como aborto, pena de muerte, control de armas, entre otras. Por supuesto que en base a soluciones no-originalistas se puede llegar a resultado justos en algunas oportunidades, pero la realidad es que nunca va a ser bueno permitir a los jueces que se excedan en sus atribuciones a la hora de decidir en un caso, porque ya hay un órgano para sancionar leyes y usar la prudencia política, el congreso. Es entonces que en pos de ganar estabilidad jurídica y una lenta pero segura evolución jurisprudencial el originalismo se vuelve el modelo más apto para lograrlo, de forma que no altere la coordinación social.

El Derecho Natural y las virtudes por supuesto aparecen también en esta obra. Una de las motivaciones que me llevó a leerla y ciertamente estudiar este tema es la relación con el Derecho Natural que podría tener el originalismo. En este punto me quiero detener porque el trabajo que hace Strang en relacionarlos es de una precisión que me convenció afirmativamente. En un principio era medio desconfiado de que pudiera haber una relación y compatibilidad directa, pero descubrí que no sería tan así. La relación puedo decir que se da en distintos órdenes, no solo el legal, lo atraviesa, pero se eleva un poco más en el nivel de abstracción. Para esto es necesario traer a la mesa al concepto de virtudes.

Como se dijo, esta relación se da entre varios órdenes; en un principio tenemos, en un hipotético caso, al originalismo como modelo preponderante de interpretación judicial y, en otro, y en un nivel mucho más elevado, al Derecho Natural. Strang postula, en una teoría por demás interesante, que el originalismo es el sistema que más se ajusta a que cada ciudadano (en base

a la razonable previsibilidad del ordenamiento jurídico) pueda perseguir su felicidad o desarrollo pleno en uso de la libertad, pero para que finalmente se pueda dar cumplimiento a ese fin, debe haber un *background* en la sociedad y sus comportamientos informados por las virtudes éticas, que funcionan como puente para poder aplicar el Derecho Natural (y la solución justa) a casos concretos que se presenten. Además de darle un contenido a la sociedad, las virtudes eventualmente son fundamentales en los jueces para poder arribar a soluciones conformes con la justicia y en armonía con el significado original de la constitución. Apelo a que para profundizar en esta cuestión se pueda leer el libro, en el cual está perfectamente desarrollada la explicación.

Al inicio de la obra se cita la definición de ley de Santo Tomas de Aquino: “[R]ationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata”⁸; ésta, en nuestro idioma, significa una “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”, y creo que sin forzar una compatibilización en estas líneas hay mucho que une a esta definición con el modelo propuesto en la obra que se reseña. El concepto de “razón”, porque claramente los seres humanos somos seres racionales, nos distingue de los animales y nos da dignidad y responsabilidad, así que la creación de una ley que oriente a los ciudadanos a comportarse de forma racional eleva plenamente estas dos características, y de eso se trata el originalismo también. Leyes como actos de razón pensados para sostener comportamientos informados por las virtudes, en el marco de una sociedad política a lo largo de los tiempos, formando de a poco ese *background* que permite el florecimiento humano. “Ordenada al bien común” porque también se tiene en cuenta que se deben mantener las expectativas razonables en miras a la coordinación social. Pero también se permiten soluciones que a veces se alejen un poco del significado original, si su resultado fue auténticamente justo. “Promulgada por el que tiene a su cuidado la comunidad”, en este punto recomiendo el excelente apartado sobre el contenido de virtud de la función judicial, ya que es su primaria responsabilidad (así como de las autoridades en general) velar por el mantenimiento y el respeto del significado original de la constitución y la autoridad de quienes la crearon y ratificaron, en orden a asegurar que los ciudadanos puedan tener un campo de acción que les permita perseguir su desarrollo.

Creo que tanto la precisión con la que se describe al originalismo como su vinculación con otras materias de interés lo hacen un trabajo muy rico y realmente informativo. La búsqueda de la coherencia en general, al ser

8 Strang, Lee J. Obra analizada, páginas previas.

motivada por el buen espíritu, trae buenos resultados. Creo que la labor intelectual de Strang tiene mucho de eso. Personalmente, debo destacar al autor por su excelente trabajo. Desde antes de ingresar a la carrera de Abogacía me vi interpelado por ese extraño fenómeno del originalismo, creo que por primera vez pude alcanzar alguna comprensión real del mismo. Ciertamente, era una inquietud intelectual que tenía desde que, sentado en un café durante mi último año del secundario, leí por primera vez sobre este método en un artículo sobre la muerte del juez Antonin Scalia. Por lo que haber tratado esta obra fue realmente muy gratificante desde el punto de vista intelectual y moral.

ALEJANDRO E. PONTEL⁹

⁹ Abogado, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: alejandroepontel@gmail.com.

Rosler, Andrés, *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Katz, 2019, 206 pp.

El libro que tengo el gusto de reseñar fue escrito por Andrés Rosler, Doctor en Derecho por la Universidad de Oxford, Investigador Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina, y Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. La actualidad y relevancia de la obra saltan a la vista porque se trata de una investigación que se incorpora de lleno a los debates contemporáneos sobre la dimensión interpretativa del Derecho.

Como es sabido, resulta casi un lugar común que uno de los problemas centrales de la teoría y Filosofía del Derecho contemporánea es la teoría de la interpretación del Derecho. No me refiero solo a la relevancia que tiene la interpretación de normas jurídicas en el supuesto de “casos difíciles”. Alexy, Ferrajoli, Dworkin y Esser han puesto de relieve, por medio de diversas estrategias argumentativas, que la interpretación constituye una parte significativa de nuestro Derecho y no meramente un fenómeno excepcional. O, parafraseando a Dworkin, el Derecho es una práctica interpretativa desde su creación hasta su aplicación¹. El giro copernicano radica en que el problema de la interpretación ya no es un fenómeno periférico de la práctica jurídica, sino que el mismísimo caso central del concepto de Derecho es de naturaleza interpretativa.

La estrategia argumentativa de Rosler para presentar y cuestionar esa centralidad del concepto interpretativista del Derecho se estructura a partir de un orden histórico-conceptual; es decir, se presenta y discute al interpretativismo a partir de las concepciones teóricas que le han precedido. De esta manera, el primer capítulo aborda una descripción de la tradición iusnaturalista, pero a partir de un autor que es uno de sus máximos referentes internacionales desde hace varias décadas: John Finnis.

1 Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 31-35.

La elección de poner el epicentro en la obra del profesor emérito de la Universidad de Oxford quizá no satisfaga a todos los iusnaturalistas, pero ciertamente es una decisión justificada en tanto y en cuanto John Finnis representa uno de los epígonos de la tradición iusnaturalista y, en lo que respecta al trabajo que se reseña, su teoría jurídica no ha sido fuertemente debatida por otros autores de esa tradición. Lo que ha sido más cuestionado de la labor intelectual de Finnis, especialmente por otros iusnaturalistas, ha sido su teoría política.

En resumen, el primer capítulo de Rosler presenta una síntesis que pretende ser lo más fiel posible al objeto retratado y no a las representaciones o prejuicios que el artista tiene sobre lo que pretende retratar. Se trata de una descripción fiel, basada en un estudio meticuloso de los principales trabajos de John Finnis en temas de teoría del Derecho y razonamiento jurídico. No se incurre, pues, en la “falacia de hombre de paja”, en la cual se le achaca al iusnaturalismo clásico tanto una visión ingenua como absurda de la caracterización del concepto de Derecho y sus límites interpretativos. Rosler se ha propuesto dialogar seria y directamente con el iusnaturalismo, sin basarse en “testimonios de segunda mano”; esto es, no apeló a lo que los positivistas o interpretativistas entienden sobre lo que significa la tradición iusnaturalista. Así, Rosler pudo evitar la injusta atribución de determinadas posiciones que el iusnaturalismo jamás ha defendido, como, por ejemplo, que la ley injusta no es Derecho².

El segundo capítulo pretende formular una caracterización del positivismo jurídico que supere el normativismo kelseniano, el empirismo de la escuela escandinava y que, en muy pocas palabras, pretende aclarar y precisar el sentido del alcance de la tesis de las fuentes sociales. En efecto, el núcleo fundamental de la tradición iuspositivista, tal como lo entiende Rosler, consiste en una defensa robusta de la autonomía normativa del Derecho; es decir, que el Derecho puede proporcionar “razones para la acción” que no dependen necesariamente de nuestras razones morales. Es posible que coincidan las razones morales y las razones jurídicas pueden estar en una tensión más o menos aguda, pero eso no interfiere en el juicio de reconocimiento del Derecho válido.

Ahora bien, ¿en qué se basa el test de reconocimiento para identificar al Derecho? Aquí el autor se pone del lado del positivismo jurídico anglosajón y defiende que este se caracteriza por su origen institucional; esto es, el origen del Derecho se remonta a una convención social que atribuye a

2 Para un desarrollo sistemático sobre este asunto, cfr. Massini Correas, C. I. & García-Huidobro, J. (2011). “Valoración e inclusión en el Derecho. La máxima ‘Lex injusta non est lex’ y la iusfilosofía contemporánea”. En AA. VV. *Razón jurídica y razón moral: estudios sobre la valoración ética en el Derecho*. México DF. Porrúa, 117-145.

determinados actores institucionales la función de crear, modificar, extinguir derechos y deberes que vinculan a los habitantes de la comunidad de un modo particular. Más en concreto, la normatividad del Derecho responde a que proporciona “razones excluyentes”; esto es, razones que excluyen o, mejor dicho derrotan a otras razones de tipo moral o político que el agente pudiera tener para obrar.

En el tercer capítulo Rosler se ocupa de los actores institucionales que se encargan de aplicar y hacer cumplir aquella obra institucional que es el Derecho: los jueces. La explicación que proporciona el autor en este tramo de su obra es altamente estimulante y, en efecto, es uno de los capítulos más refrescantes de todos. Porque aquí se ofrece una visión panorámica, erudita en términos de historia intelectual, que reconstruye cuál es la concepción de la tarea judicial en el marco de la tradición positivista. Contra la creencia de que el juez es un autómatas o un rígido aplicador de normas jurídico-positivas; contra el exceso de formalismo legalista, Rosler aclara que el positivismo jurídico no pretende una obediencia ciega de los jueces al Derecho. Lo que más bien sostiene la tradición positivista es la autonomía del Derecho frente a otra clase de órdenes normativos, como la moral. Y, por ende, el juez ha de aplicar el Derecho “tal como es” y no en base a sus preferencias o elecciones morales.

Entonces, ¿cuáles son las razones que justifican tal autonomía del Derecho? Precisamente, el Derecho emerge como el resultado de la composición del conflicto político. Dicho de otro modo, el Derecho se origina para zanjar nuestras disputas sobre cómo llevar adelante nuestros problemas de coordinación social. En efecto, la relevancia del Derecho se incrementa a medida que aumenta nuestro nivel de desacuerdo. Así, una norma jurídica que regulase aquello en que todos estamos de acuerdo sería no solo redundante, sino superflua –*p. e.*, una norma que disponga que los años a los que se refieren los plazos procesales deben computarse en función de años solares y no lunares³.

El cuarto capítulo se enfrenta directamente con el interpretativismo. De un modo muy sugestivo, el autor argumenta que el auténtico rival del positivismo jurídico no es el iusnaturalismo –al menos en sus versiones clásicas, muy especialmente en la que elabora la Nueva Escuela de Derecho Natural–, sino el interpretativismo. Porque el iusnaturalismo no defiende que el Derecho sea una mera continuación de la moral por otros medios. De hecho, como bien lo ha remarcado John Finnis en una discusión con Robert

3 Cabe subrayar que se supone un contexto en que el calendario que nos rige es el calendario gregoriano, tal como sucede en sociedades occidentales que se desglosan históricamente de la tradición europea y occidental. Tal cosa no sería igual de obvia es países de medio oriente, como, por ejemplo, Israel.

Alexy, el Derecho extremadamente injusto podrá ser un caso defectuoso del concepto de Derecho, pero no por ello deja de ser Derecho⁴.

Como dice Rosler, en tono de broma, no tiene mayor sentido decir “mi vecino es tan mal vecino que no es mi vecino”. Quizá se vea esto mejor con otro ejemplo que pone el autor: cuando una hinchada de fútbol le canta a su contraria “no existís”, estamos lejos de afirmar que no es posible constatar la existencia de la facción rival. Lo que se pretende poner de relieve es más bien que la hinchada opuesta es tan insignificante que, *en un sentido metafórico*, pareciera que no existe. Del mismo modo, cuando se afirma que una norma jurídica es tan injusta que no resulta ser Derecho, lo que se está queriendo decir es que la injusticia advertida es tan grave que tal norma jurídica no merece llamarse Derecho⁵.

En cualquier caso, el punto que Rosler remarca con esta línea argumentativa es que el iusnaturalismo recoge o incorpora consideraciones morales, pero no en la noción misma de Derecho, sino en su caracterización del “concepto central”. Por ende, al menos en el pensamiento de autores como John Finnis, el reconocimiento del Derecho válido presenta una cierta autonomía normativa. De hecho, el citado profesor oxoniense reconoce expresamente que su noción del Derecho como razón excluyente se nutre de la teoría de Raz, un reconocido defensor del positivismo jurídico excluyente⁶. En esta cuestión, por ende, no existen mayores desacuerdos o diferencias entre la tradición iusnaturalista y el positivismo jurídico de corte analítico.

En cambio, la concepción interpretativista sí que presenta una visión del Derecho que es una estricta continuación con la moral y, por tanto, estamos ante la auténtica némesis del positivismo jurídico. La noción de autonomía normativa del Derecho ha sido completamente dejada de lado por los interpretativistas. El elemento decisivo para identificar y aplicar el Derecho no consiste en su origen institucional. El Derecho constitutivamente depende de su corrección moral. El juez no aplica el Derecho que reconoce como válido en una comunidad en virtud de su autoría institucional. Los jueces interpretativistas aplican el Derecho como un mero instrumento subordinado a su funcionalidad para arribar a una respuesta (moralmente) correcta.

4 Finnis, J. (2014). “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s Ideal Dimension”. *American Journal of Jurisprudence*. Vol. 59, N° 1, 105. Cabe aclarar que Finnis no plantea que esas normas extremadamente injustas deban aplicarse sin más. Al contrario, un elenco de razones morales basadas en la justicia podría llegar a justificar la desobediencia de una norma extremadamente injusta. *Ibíd.*, 107.

5 Rosler, A. (2019). *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Katz, 48.

6 Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2nd. ed. New York. Oxford University Press, 234.

O, lo que es lo mismo, el intérprete judicial aplica las normas morales a través de una argumentación que solo retórica y contingentemente apela a razones y normas jurídicas.

Por último, el trabajo de Rosler finaliza con un apartado de conclusiones en que sintetiza las principales contribuciones de su investigación. El desenlace es simplemente atrapante y guarda correspondencia con una sólida peroración, como dirían los antiguos retóricos. Quiero decir que el autor finaliza su obra con un llamado de atención muy severo que nos invita a reflexionar sobre la relevancia práctica de lo que estamos discutiendo cuando abordamos el problema de la interpretación jurídica: “Decir que estamos ‘interpretando’ el Derecho cuando en realidad lo estamos desobedeciendo o haciendo una excepción solo nos lleva a confusiones que no son meramente conceptuales, sino que además pueden llegar a ser políticamente muy peligrosas”⁷.

Quien reseña esta obra no puede dejar de pensar que la concepción teórica sobre la que latía el Tercer Reich tenía más de interpretativismo que de positivismo jurídico. Al fin y al cabo, los jueces debían aplicar las normas del sistema jurídico según el espíritu del pueblo alemán o, dicho más llanamente, de acuerdo con la voluntad del Führer. De hecho, el principio de legalidad penal se entendía de una manera tal que había quedado abolida la prohibición de analogía en materia criminal⁸. Por consiguiente, el problema de la autonomía normativa del Derecho se vuelve muy preocupante cuando el sistema jurídico resulta ser la continuidad de un orden moral perverso.

En síntesis, ¿qué razones podrían llevar al lector a leer otro libro más sobre interpretación jurídica? Pues, en primer lugar, Rosler se esfuerza por ofrecer un retrato lo más fiel posible de las teorías con las que discute. La “falacia del hombre de paja”; esto es, la presentación del argumento contrario de un modo que este resulta prácticamente reducido al absurdo, resulta demasiado frecuente en la escena teórica contemporánea. Las leyendas negras abundan en todos los bandos. No faltan positivistas que ven a los iusnaturalistas como camuflados intentos por imponer elevados estándares morales o éticos a través del Derecho Positivo. Los iuspositivistas, por parte de algunos de sus adversarios, son vistos como totalitarios que se ocultan detrás de una máscara de formalidad legal. Los interpretativistas, en cambio, son caracterizados como los defensores de un gobierno de los jueces que se impone por la fuerza del mazo y desoye lo que el pueblo delibera a través de sus representantes políticos.

7 Rosler, A. (2019). Ob. cit., 185.

8 Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de Derecho Penal: parte general*. T. II. Buenos Aires. Ediar, 369.

El segundo mérito de la obra de Rosler es que combina dos cuestiones íntimamente relacionadas, pero escasamente conectadas en buena parte de las contribuciones académicas a estos debates sobre la interpretación jurídica. Me refiero a que no abundan esfuerzos que, haciendo pie en la teoría del Derecho, aborden el problema de la interpretación jurídica a través de un diálogo profundo y verdaderamente interdisciplinar con la teoría política. La teoría del Derecho y la teoría política contemporánea, especialmente en el tema que nos ocupa, parecen desplegarse en torno a una lucha de dominación de una sobre la otra. De un lado, las posiciones parecieran reducirse a una subordinación de lo político a la práctica interpretativa constitucional y, del otro, no falta quien reduce el Derecho a una máscara o epifenómeno del poder político.

El único punto que se podría echar en falta a la obra de Rosler, quien tiene una profunda formación tanto en filosofía política como Filosofía del Derecho, es el magro espacio que ocupan los presupuestos políticos sobre los que descansa el interpretativismo. Es decir, ¿en qué medida las preconcepciones o prejuicios políticos y morales —en el sentido propio de la filosofía hermenéutica— inciden sobre la caracterización del Derecho que proponen autores como Dworkin? O, dicho más crudamente, ¿cuáles son los motivos ideológicos sobre los que descansa esa robusta continuidad de la moral por medios jurídicos que propone el interpretativismo? Probablemente Rosler, o alguno de sus discípulos, recorra esa senda en próximos trabajos. En cualquier caso, *La ley es la ley* será un libro que iluminará el camino de quien emprenda tal recorrido.

LUCIANO D. LAISE⁹

9 Doctor en Derecho (U. Austral, Argentina). Investigador Asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), lugar de trabajo: Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas, Universidad Nacional de Chilecito, 9 de Julio N.º 22, Chilecito, Prov. de La Rioja, Argentina. Correo electrónico: lucianolaise@conicet.gov.ar.

***Roman Law and the Idea of Europe: Europe's Legacy in the Modern World*, Kaius Tuori and Heta Björklund (eds.), Bloomsbury, Helsinki, 2019, 294 pp.**

This book is a collection of fourteen essays which seek to present a common European legal tradition based upon Roman law. However, it is primarily concerned not with a broad sweep of the Roman law tradition and its constitutional and jurisprudential effect on various European countries but with its influence over and against the Revolutionary Russian and Nazi regimes in 20th century and their totalitarian ideologies.

The authors are largely about those who fled from Russia and Germany and who settled into academia abroad. The editors admit that Roman law, and classical civilization generally, was appealed to by Nazi leaders as providing a basis for their contemporary agendas but that this was countered by scholars who fled from the Nazi's and who went on to lay the foundations for a common European project in the first half of the last century.

These scholars argued that Roman law was in total opposition to totalitarian legal theories, which is interesting given the actual operational structure of the Roman Empire in its time was not a forerunner of anything "liberal" or "democratic". As a result of the rise of National Socialism, many scholars emigrated to Britain and the United States where they continued their work and reflected on what they had left behind as regards Roman law thinking in their homelands. To this end, they sought to argue against the racial and nationalistic ideas of Communism in Russia and National Socialism in Germany and looked to Roman law as a source for European law.

The obvious future for such an enterprise was in the shared European integration project with Roman law as its foundation, at least in part, since it certainly contributed to legal traditions in different European countries with common or codified law, general culture, and history.

This collection of essays covers a wide range of Roman law thought ranging from "The Impact of Exile on Law and Legal Science, 1934-64", "Francis de Zulueta (1878-1958): An Oxford Roman Lawyer between Totalitarianisms", "The Idea of Rome: Political Fascism and Fascist (Roman) Law", and "Conceptions of Roman Law in Scots Law: 1900-60", among

others. The idea of a united Europe in modern times stems largely from the aftermath of the Second World War and the desire of the victors for nations to unite across borders and so constitutional thought, especially in regards to law, sought to provide a blueprint for this endeavour.

The Roman law scholars in exile got to work to fulfil this need to construct a common European legal culture. Their different experiences of their new academic homes in Britain and the U.S. provided the scholars with a fresh start in Roman law thinking, not least in their having to reimagine their work for a new audience which proved creative for all concerned. However, Roman law was also appealed to by fascists in Italy, and so it can be seen that a retrospective on this type of law could yield very different results depending on who was addressing the issue and for what purpose: Roman law was flexible enough to provide an accommodation for totalitarians and liberal democrats, depending on one's contemporary needs and retrospective lenses.

The context for revisiting Roman law is, of course, essential and this is exemplified by the chapter on Francis de Zulueta (1878-1958) who was a Catholic in Oxford whose religion gave him a particular take on legal thinking at a university which had only recently readmitted Catholics a few decades prior to his arrival.

He was the first Catholic to hold the Regius Chair of Civil Law since the English Reformation and was one of only four Catholics in a senior academic post. His Catholic faith meant that he was supportive of Franco in Spain at that time and so he was called a fascist but he may have been misunderstood since his primary concern was the defense of the Catholic Church and, indeed, he helped German refugees and Polish soldiers who fought Germany. Nevertheless, his support of Franco buttressed by his faith and his interpretation of Roman law stained his reputation for many years even after his death.

Another Catholic, Baron Mikhail von Taube, was originally a Russian intellectual but fled Russia at the time of the Revolution and he blamed Roman law for the demise of political debate and social and personal morality. It is noted that both Russia then, and Germany during the Third Reich, were hostile to Roman law thinking. Taube held onto his Eastern European influences and argued that Western Europeans were wrong in seeking territorial forms of sovereignty in Roman law and sought to reinterpret it as a means of uniting Eastern and Western Christianity and thus providing a foundation for an emerging European idea. To his credit, Taube viewed the 1917 Code of Canon Law for the Catholic Church as a new type of Christian law which promised to unite Christians.

These essays provide an extraordinary glimpse into the difficult worlds of émigré Roman law scholars who had fled totalitarianism of different

kinds and who tried to think of a better way forward for the continent of Europe with reference to their academic speciality. However, as can be seen from the current situation across Europe, there has been no settled agreement across the affected nations on how the idea of a united or unified Europe should be run and even if that is a good idea.

This book seeks to provide specialized accounts of the range of émigré and expert scholarly thinking in the first half of the twentieth century when the idea of Europe was tentatively being formulated and discussed. It comes with a bibliography and index and is a most worthy addition to the field of European constitutional thought. Roman law certainly did have a strong influence on the idea of Europe.

JAMES CAMPBELL SJ¹

1 James Campbell SJ is currently the Chief Librarian and Senior Lecturer in Canon Law at Hekima University College, Nairobi. Before training for the priesthood he worked as a consultant in environmental pollution for several government agencies and has an honours science degree from Strathclyde University. Since his ordination has been Chaplain to Stonyhurst College, parish priest of Farm St., London, Tutor in Canon Law at Champion Hall, Oxford as well as several other posts. He read Philosophy, Politics and Economics at Oxford and holds an LL.M. from Cardiff Law School and a joint PhD/JCD Doctorate in Canon Law from the University of Louvain. Correo electrónico: james.campbell@hekima.ac.ke

PRUDENTIA IURIS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

A) Normas referidas a cada sección

I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

Se publicarán en esta sección artículos de investigación o notas y comentarios que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio de la Dirección Editorial merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que para las Secciones “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” según sea la índole del texto.

II. Artículos de Investigación

- 2.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 2.2. Los trabajos enviados a esta sección no podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras.
- 2.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 2.4. Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores

harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.

- 2.5. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma castellano, inglés e italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma castellano, inglés e italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada. El resumen debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Debe ser breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.

III. Notas y Comentarios

- 3.1. Se publicarán en esta sección trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión debe ser menor a 4.000 palabras.
- 3.2. Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.
- 3.3. Deberá enviarse el título en idioma original, en inglés y en italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original, en inglés y en italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada. El resumen debe ser una descripción abreviada del contenido del artículo mencionando sólo la idea central y los puntos principales. Debe ser breve, exacto y claro en el lenguaje evitando la redundancia.
- 3.4. Los trabajos se someterán a evaluación por un árbitro externo conforme a las normas respectivas.

IV. Documentos y crónicas

La Dirección Editorial de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc. Igualmente se incluirán en esta sección crónicas de actividades académicas o de relevancia para el ámbito de la investigación jurídica.

Recensiones

Se publicarán en esta sección reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras. Los trabajos, para su inclusión en esta sección, deberán ser aprobados por, al menos, un miembro del Comité Editorial.

Proceso de revisión por pares

Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos respectivos. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.

Además, la Revista hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje.

Prudentia Iuris sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas de publicación. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.

Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para las secciones que requieren evaluación por pares serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros. La Dirección Editorial asegurará el anonimato del artículo eliminando del texto y archivo los nombres o referencias al autor.

Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los trabajos conforme a las normas de publicación, según el formulario correspondiente y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.

El plazo para la realización del arbitraje desde su aceptación será como máximo de 30 días. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará al árbitro un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido y se le expedirá un certificado por su actuación. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado - Aprobado con cambios opcionales - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar

por la Dirección Editorial - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por el árbitro - Rechazado. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro. En caso de que se trate de un texto aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 30 días para el envío de la nueva versión. Por su parte, en caso que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.

En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.

En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

Frecuencia de publicación

Prudentia Iuris es una publicación semestral. Los números son publicados en la primera semana de los meses de junio y diciembre de cada año.

Política de acceso abierto

La revista *Prudentia Iuris* adhiere a la filosofía del acceso abierto a la literatura científica, permitiendo descargar, distribuir, copiar e imprimir su material sin restricciones, asegurando así el cumplimiento de dos objetivos fundamentales:

- Acceso irrestricto a la información, sin barreras económicas, legales o técnicas.
- Aumento de visibilidad e impacto de la institución y de sus investigadores.

Indexación

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Política de detección de plagio

El procedimiento de control de plagio de *Prudentia Iuris* involucra las siguientes etapas:

- En las instrucciones a los autores es manifiesta la exigencia de originalidad de los trabajos presentados.
- A la par, la presentación de trabajos inéditos es un requisito excluyente de aceptación de originales.
- Se exige también a los autores la mención explícita de las fuentes en todas las citas, de acuerdo con las normas de la revista.

- Una vez recibidos, los trabajos pasan por el control simultáneo de las siguientes herramientas de software anti-plagio: Plagium, Plagiarism Checker y Plagiarisma.
- La revista no publicará el texto enviado por un autor si: se detectara plagio total o parcial del texto o se localizara el artículo ya publicado por el mismo autor.
- En los casos mencionados, se comunicará al autor el motivo de rechazo explicando de manera clara las evidencias del plagio.

Código de conducta y buenas prácticas

La revista *Prudentia Iuris* adhiere al Código de conducta y buenas prácticas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE). De acuerdo con este Código, los editores son responsables de todo el contenido publicado en su revista y, por lo tanto, se comprometen a:

- Esforzarse por satisfacer las necesidades de sus lectores y autores.
- Procurar la mejora continua de la revista.
- Disponer de procesos para asegurar la calidad del material que publican.
- Defender la libertad de expresión.
- Mantener la integridad académica del contenido publicado.
- Evitar que cuestiones comerciales comprometan estándares intelectuales y éticos.
- Publicar correcciones, aclaraciones, retractaciones y disculpas cuando sea necesario.

B) Normas referidas a los autores

1. Los autores se registrarán en el sistema de gestión en línea de la Revista (<http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) para el envío de sus contribuciones, debiendo completar los datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores a que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional y al Portal

de Revistas de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica. Las obras estarán sujetas a las licencias Creative Commons conforme se indica en el sitio de internet de la revista: <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>.

5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses, por ejemplo, si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.
6. Los autores deberán declarar la originalidad de los trabajos enviados conforme a las normas de publicación. La Revista revisará que no se incurra en plagio a través del sistema Plagium (<https://www.plagium.com/>) y de la búsqueda de coincidencias por Google Scholar. En caso de detectarse esta situación, el trabajo será rechazado.
7. La Revista adhiere al Código de Ética del Comité de Ética en las Publicaciones (Committee on Publication Ethics - Code of Conduct and Best Practices Guidelines for Journals Editors, COPE) y los autores al remitir los trabajos se comprometen a cumplir tales normas.
8. Para las secciones de Recensiones y Crónicas, excepcionalmente, a criterio de la Dirección Editorial, se aceptarán trabajos de alumnos de grado de destacado desempeño académico.

Formato básico para textos y citas bibliográficas:

- Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: NEGRITA DE 14 puntos para el título, negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página. El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra Negrita de 11 puntos Times New Roman.
- Citas bibliográficas: Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.
- Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). Título en cursiva. Ciudad. Editorial.
Ej. Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.
- En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). Título. Recuperado de <http://www.wwww>.
Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de.

- Capítulo de un libro: Apellido, A. A. “Título del capítulo”. En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.
Ej. Barrow, R. H. (1980), “El genio práctico romano”. En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.
- Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. Nombre de la Revista (*cursiva*), Volumen, Número, Páginas.
Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.
- Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), Nombre del Congreso, Simposio o Jornada (*cursiva*) (páginas). Ciudad. Editorial.
Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.
- Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. Nombre del diario (*cursiva*), páginas.
Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.