

Fernando Adrián Bermúdez & Eliana De Rosa
(Directores)

FILOSOFÍA JURÍDICA y JURISPRUDENCIA



CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS / FERNANDO BERMÚDEZ,
ELIANA DE ROSA / RICARDO GRECO / MARTÍN USÓ



Esta obra ha sido realizada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Mendoza (Argentina)
en el marco de su programa de investigaciones.

Decano

Diego O. Carbonell

Vicedecano

Daniel Frúgoli

Secretario Académico Fernando Bermúdez

Secretaria Administrativa María de los Ángeles Berardini

Posgrado y Formación Continua María Valentina Erice

Extensión y Vinculación Sede Central Georgina A. Guardatti

Coordinación Académica Sede Central María Cecilia Atencio

Investigaciones Sede Central Fernando A. Bermúdez

Extensión y Vinculación Sede San Rafael Raúl A. Oyola

Coordinadora Académica Sede San Rafael María Candelaria Egea

Investigaciones Sede San Rafael Gabriela Fernández

Fernando Adrián Bermúdez
Eliana de Rosa
(Directores)

FILOSOFÍA JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA

Carlos Ignacio Massini Correas
Eliana de Rosa
Martín Usó
Fernando Bermúdez
Ricardo Greco

Colección Filosofía del Derecho

Qellqasqa
Mendoza, 2025

Filosofía jurídica y jurisprudencia / Carlos Ignacio Massini Correas ... [et al.] ;
Compilación de Fernando Bermúdez ; Eliana De Rosa ; Director Fernando
Bermúdez ; Eliana De Rosa ; Editado por Gerardo Tovar. - 1a ed. - Guaymallén :
Qellqasqa ; Mendoza : EDIUM Editorial Idearium de la Universidad de Mendoza, 2025.
Libro digital, PDF - (Filosofía del derecho ; 2)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-6551-32-0

1. Filosofía del Derecho. 2. Jurisprudencia. I. Massini Correas, Carlos Ignacio II. Bermúdez, Fernando, comp. III.

De Rosa, Eliana, comp. IV. Bermúdez, Fernando, dir.

V. De Rosa, Eliana, dir. VI. Tovar, Gerardo, ed.

CDD 340.1

FILOSOFÍA JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA

FERNANDO ADRIÁN BERMÚDEZ (DIRECTOR)

 ORCID ID <https://orcid.org/0009-0000-1663-2721>

ELIANA DE ROSA (DIRECTORA)

 ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-0675-2444>

Carlos Ignacio Massini Correas / Eliana de Rosa / Martín Usó

Fernando Bermúdez / Ricardo Greco (autores)

Edición en [Qellqasqa.com.ar](https://qellqasqa.com.ar) por Gerardo P. Tovar

 ORCID ID <https://orcid.org/0000-0001-9367-6111>

e-Der Ediciones de Derecho

Colección FILOSOFÍA DEL DERECHO (2)

Dirigida Por Fernando Adrián Bermúdez

Qellqasqa editorial

Ilustración de tapa: Honoré Daumier

Los contenidos son ofrecidos bajo Licencia

Creative Commons (CC BY-NC-SA 2.5 AR)

(Atribución-No Comercial-CompartirIgual 2.5 Argentina)

Usted es libre de:

Compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.

Adaptar: remezclar, transformar y construir a partir del material.

ISBN 978-631-6551-32-0

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Fernando A. Bermúdez & Eliana De Rosa	7
---	---

LA ENSEÑANZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA UNIVERSIDAD Y LA RESPUESTA REALISTA

Carlos I. Massini Correas	15
---------------------------------	----

DERECHOS HUMANOS: FUNDAMENTOS, Y LÍMITES

Eliana De Rosa	39
Lecturas complementarias	65
Análisis jurisprudencial	69
Actividades	82

DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

Martín Usó	83
Lecturas Complementarias	101
Análisis jurisprudencial	105
Actividades	139

LO JUSTO CONCRETO Y SUS TIPOS

Fernando Bermúdez	141
Lecturas complementarias	159
Análisis jurisprudencial	163
Actividades	183

EQUIDAD Y EL ARTE DE LO JUSTO

Fernando Bermúdez	185
Lecturas complementarias	207
Análisis jurisprudencial	211
Actividades	231

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: NORMATIVISMO Y REALISMO

Ricardo Greco	233
Lecturas complementarias	253
Análisis jurisprudencial	255
Actividades	281
SOBRE LOS AUTORES	283

PRESENTACIÓN

Fernando A. Bermúdez
Eliana De Rosa
(Directores)

Con profunda alegría y satisfacción intelectual, venimos a presentar esta obra colectiva sobre la *Filosofía Jurídica y jurisprudencia*, elaborada por los miembros de las Cátedras de Filosofía Jurídica A y B de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.

Lo primero que debemos aclarar es: *¿por qué una obra de filosofía jurídica en perspectiva jurisprudencial?* La respuesta está justamente vinculada a la misma naturaleza de 'lo jurídico' a la que adhieren los miembros de la obra y, por otro lado, a una preocupación académica de orden pedagógico, centrada en la enseñanza del derecho en general y de la filosofía jurídica en particular.

Empecemos por el principio, es decir, por la naturaleza de lo jurídico. Si bien se ha dicho que la filosofía del derecho –como todo saber filosófico– se propone la búsqueda de las últimas causas y supremos principios de la realidad jurídica, es una disciplina que va más allá de la experiencia jurídica; pero ese saber jurídico filosófico tiene como punto de partida la experiencia, es decir, los datos de los fenómenos empíricos. Como lo sintetizó con extraordinaria claridad Santo Tomás de Aquino, la inteligencia conoce las razones universales y necesarias de las cosas contingentes. Por eso, si se consideran las razones universales

de los objetos del saber, toda ciencia es de lo necesario; si bien tomando las cosas materialmente, y considerando las cosas mismas sobre las cuales trabajan las ciencias, algunas de ellas —las matemáticas, por ejemplo—, tienen por materia cosas necesarias, y otras —como la física— cosas contingentes¹.

Articulando los axiomas formulados por el Aquinate en torno al modo de discurrir de los procesos de conocimiento, resulta particularmente pertinente traer a colación aquella afirmación de Hart que expresa de modo elocuente la inquietud compartida por todos aquellos que intentamos reflexionar críticamente sobre el fenómeno jurídico:

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es el derecho? [...] No hay una basta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es química? o ¿qué es medicina?, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es derecho?².

Más recientemente, y con específica referencia al estudio filosófico del derecho, Javier Hervada afirmó que:

No es un sistema forjado por la razón sobre formas a priori, ni un producto de la razón libre de contaminación con la experiencia. No se construye sobre ideas puras o ideales de derecho y de la justicia, ni tiene por objeto tales ideas o ideales. Parte de

1 Tomás de Aquino, *la pars.*, q. 86, a. 3.

2 Hart, Herbert L. A, *El Concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 16–17.

la realidad conocida como experiencia y de ahí llega a conceptos y principios metaempíricos contenidos en la realidad jurídica... La filosofía del derecho se construye sobre realidades y alcanza lo metaempírico de lo real³.

Ahora bien, para el profesor español, el punto de partida de cualquier estudio sobre filosofía jurídica debe comenzar, en primer lugar, delimitando sobre qué realidad recae y el punto de vista en que se observará y contemplará dicha realidad objeto de la reflexión o estudio. Esto es de radical importancia porque se determina desde qué perspectiva se accede a la inteligibilidad de la realidad a contemplar. *¿Cuál es esa realidad?* Se pregunta Hervada y responde:

El objeto de la reflexión filosófica, en esa rama de la filosofía que llamamos filosofía del derecho, es la vida jurídica; esto es, la vida del foro, la dinámica de satisfacción del derecho, de cumplimiento y aplicación de las leyes. Todo ello desde la perspectiva del oficio del jurista⁴.

Por eso, para el autor, el derecho no es una idea, sino una realidad dentro de las relaciones y tráfico humano en la vida de los hombres entre sí, con las cosas, que todo ello constituye el mundo del derecho.

Esa vida del derecho, compuesta por esas relaciones, no es otra que el mundo de los operadores del derecho o, mejor

3 Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas del Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000, pág. 55.

4 Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas del Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 72.

dicho, el mundo de los juristas, y en particular, el jurista por antonomasia que es el juez. De esta manera, en esta obra nos propusimos: tratar de reflexionar sobre los grandes tópicos del derecho seleccionados a través del derecho concreto, es decir, a través de lo justo concreto y determinado por las sentencias y fallos elegidos. Esta no es otra que la perspectiva realista de la filosofía del derecho, que reconoce como punto de partida la realidad y su entramado fenomenológico, pero con la intención de universalizar los principios del derecho. En este sentido, afirma el profesor Massini Correas:

Para quienes hemos adherido a la concepción ‘realista’ del derecho, resulta de toda evidencia que ‘derecho’, en última instancia, no es sino un cierto obrar humano adecuado a los títulos de otro; siendo lo justo concreto aquella conducta máximamente determinada que se ajusta a la pretensión legítima de otros. Esto es así, toda vez que ese complejo de realidades que denominamos ‘jurídicas’: normas, sentencias, facultades, tecnicismos, etc., reciben su último sentido del obrar humano por el que se da a cada uno lo suyo⁵.

Además de resaltar la naturaleza práctica y concreta del derecho en su máxima concreción a través de la sentencia, ha sido motivo de este libro una preocupación académica de orden pedagógico, centrada en la enseñanza de la filosofía del derecho. La enseñanza del derecho en general y de la filosofía jurídica en particular sigue teniendo una impronta normativista y dog-

5 Massini Correas, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 24.

mática, salvo honrosas excepciones. De esta manera, se sigue una impronta enciclopedista, donde se busca solo transmitir contenidos y, en la medida en que sea mayor la transmisión de saberes, mucho mejor será la enseñanza. En vez de buscar la comprensión del fenómeno jurídico, se busca su memorización repetitiva, en el mejor de los casos⁶.

La jurisprudencia tiene una gran ventaja a la hora de la enseñanza del derecho, porque nos muestra, en momento último, como el derecho, a partir de la máxima generalidad de las normas, culmina en una decisión jurídica particular y concreta; es decir, en la máxima concreción del derecho, aquí y ahora, a través de una resolución judicial. En esa lógica, el propósito de la obra constituye un intento pedagógico de superar la enseñanza meramente intelectualista de la filosofía jurídica que se desenvuelve en el nivel de las meras abstracciones, prescindiendo de una real conexión con el objeto de estudio. Por el contrario, pretende asumir y reflejar la practicidad inherente a la naturaleza del objeto, sus complejidades y dimensiones, y sus devenires históricos siempre encarnados en las prácticas jurídicas concretas.

De esta manera el estudiante y el operador observan y aprecian el derecho en movimiento y sus alcances concretos en una

6 Sobre la enseñanza del derecho y su crítica se recomienda la siguiente bibliografía: Bandieri, Luis María, *La formación plenaria del abogado*, Editorial Educa de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2007. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La enseñanza del derecho en Argentina*, Ediar, Argentina, 2001. Bauman, Zygmunt, *Sobre la educación en un mundo líquido*, Paidós, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016. Cassany, Daniel, *El arte de dar clase (según un lingüista)*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2021. Martínez Carazo, Piedad Cristina, *El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica*, Pensamiento & Gestión, N° 20, Julio 2006, pp. 165 – 193, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

instancia personal y su determinación jurídica. En este sentido, hemos incorporado en cada uno de los capítulos de este libro fallos para su estudio y tratamiento de los tópicos estudiados, dando por sentado que la Filosofía Jurídica no es una mera disquisición filosófico-teórica, sino un reflejo de la vida del derecho en su determinación en lo justo concreto.

El libro lo encabeza un estudio como marco general para toda la obra sobre la enseñanza de la Filosofía del Derecho del Dr. *Carlos Ignacio Massini Correas*, que plantea sus alcances en la universidad y la respuesta realista que estructura a partir de cuatro preguntas: 1) ¿Cuáles son las razones por las que se debe mantener la Filosofía del Derecho como asignatura específica en la enseñanza jurídica contemporánea?; 2) ¿Son atendibles las críticas que se dirigen desde el foro profesional a su impacto en la formación de los abogados?; 3) ¿Se sigue enseñando la Filosofía del Derecho de la misma forma que hace cincuenta años?; y, finalmente: 4) ¿Cómo adaptar la enseñanza de la Filosofía del Derecho al lenguaje y perspectivas contemporáneas?

A continuación, se presentan los distintos capítulos de los autores. Cada uno de ellos, además de una introducción filosófico jurídica del tópico elegido, incluye textos de autores relevantes de la discusión jurídica actual como contraste entre diversas opiniones. Cerrando cada capítulo, uno o varios fallos que tratan el tópico elegido. Por último, se adjuntan algunas preguntas sobre los temas, textos y fallos elegidos, como una instancia práctica y pedagógica de la enseñanza de la filosofía jurídica.

En el segundo capítulo, *Eliana De Rosa* aborda el tópico de los derechos humanos a través de un recorrido analítico en torno al concepto, caracteres y fundamento de esta categoría central de la cultura jurídica contemporánea, resaltando la necesidad de un

cauce objetivo de racionalidad que la haga poco permeable a los embates e influjos de los contextos, la política y la ideología en que se ven sometidos los DDHH. El tercer capítulo, a cargo de *Martín Usó*, analiza la dignidad humana y el derecho, teniendo como parámetro las convergencias y divergencias sobre el tópico más importante y fundante de los derechos. El cuarto y quinto capítulo están a cargo de *Fernando Bermúdez*, sobre lo justo concreto y la equidad. En el primero de ellos, se parte de la justicia y su determinación concreta en los tres tipos de justicia: general, distributiva y conmutativa. En el cuarto, se estudia la equidad como corrección de lo justo positivo, haciendo un recorrido desde lo conceptual hasta la determinación jurisprudencial de la equidad. Por último, tenemos el sexto capítulo de *Ricardo Greco*, que tiene como objeto de reflexión la interpretación jurídica y algunas de las cuestiones problemáticas que la temática plantea, entre otras, si hay interpretaciones jurídicas correctas y qué es lo que hace que una interpretación sea correcta.

Sólo nos resta agradecer a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, especialmente a nuestro decano, el Dr. Diego Carbonell, quien generosamente nos ha abierto las puertas para generar espacios de reflexión y debate iusfilosófico. Así nació el Seminario Permanente de Filosofía Del Derecho, en el marco del Instituto de Filosofía Práctica y Humanismo Jurídico, otrora fundado por nuestro maestro y mentor, el Profesor Carlos Ignacio Massini Correas, con la pretensión de constituirse en usina de formación, discusión e ideas de problemáticas y desafíos actuales del ámbito jurídico a la luz del pensamiento de diversos autores. Nos enorgullece afirmar que el Seminario ya cuenta con dos años de vida activa y que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad

de Mendoza es la única unidad académica en la que se dicta la carrera de Abogacía de la provincia que cuenta con una iniciativa de estas características. La presente obra no es otra cosa que un fruto de la investigación, la docencia y la discusión en dichos ámbitos académicos.

LA ENSEÑANZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA UNIVERSIDAD Y LA RESPUESTA REALISTA

Carlos I. Massini Correas

En un acto de valiosa cooperación y amistad académica, la Universidad Panamericana de México invitó a algunos experimentados docentes universitarios a exponer en un *Coloquio Internacional sobre Tendencias Jurídicas Contemporáneas*, que organizó para octubre de 2023, en el ámbito específico de la enseñanza del Derecho Constitucional y de la Filosofía del Derecho. Además, y para guiar la exposición de los ponentes en este último ámbito del saber, les ha hecho llegar una serie de cuatro preguntas para que sean respondidas oralmente y por escrito, de modo de facilitar y unificar razonablemente los términos de la exposición y del diálogo posterior. Estas preguntas son las siguientes: 1) ¿Cuáles son las razones por las que se debe mantener la Filosofía del Derecho como asignatura específica en la enseñanza jurídica contemporánea?; 2) ¿Son atendibles las críticas que se dirigen desde el foro profesional a su impacto en la formación de los abogados?; 3) ¿Se sigue enseñando la Filosofía del Derecho de la misma forma que hace cincuenta años?; y finalmente: 4) ¿Cómo adaptar la enseñanza de la Filosofía del Derecho al lenguaje y perspectivas contemporáneas?

I. Introducción: el concepto de Filosofía Jurídica

Ahora bien, antes de comenzar con las respuestas a las cuestiones específicas planteadas, pareciera que conviene decir algunas palabras acerca de la noción misma de Filosofía del Derecho, a los fines de precisar con cierto rigor de qué se está hablando cuando se hace referencia a esa asignatura. A esos efectos será provechoso recurrir a un volumen de la otrora prestigiosa revista francesa *Archives de Philosophie du Droit*, dirigida por décadas por el notable profesor de la Universidad de París, Michel Villey, y cuyo número séptimo, correspondiente a 1962, se centró sobre el tema *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*¹ En ese volumen, una serie de iusfilósofos relevantes de esos años (Kelsen, Batiffol, Cossio, Dabin, Del Vecchio, Kalinowski, Legaz y Lacambra, Reale, Perelman, Recasens Siches, Villey y varios más) desarrollan sus puntos de vista acerca de la naturaleza, metodología, sentido y alcances del estudio de la Filosofía del Derecho. Si bien esa encuesta tiene ya más de setenta años, tanto por la calidad de sus participantes como por la precisión y profundidad de sus propuestas, ella merece ser tenida como referencia relevante aún en estos días, así como aprovechada para alcanzar una respuesta válida a las cuestiones acerca de qué se entiende rigurosa y justificadamente por “filosofía del derecho” y si merece la pena seguirla estudiando en los estudios universitarios.

Se comenzará la exposición de las ideas sobre este tema con una breve referencia, que a muchos les parecerá insólita y desconcertante, a la respuesta que proporciona Hans Kelsen a la pregunta formulada en la citada encuesta de los *Archives*. En

1 *Archives de Philosophie du Droit*, N° 7, París, 1962, *passim*. (En adelante: APD7)

efecto, el pensador austríaco afirma en ese lugar que “la filosofía del derecho busca responder a la cuestión de saber qué reglas el derecho *debe* adoptar o establecer; en otros términos, su objeto específico es el problema de la *justicia*. Aceptando que la justicia es un postulado de la *moral*, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética. Su método es el mismo de esta disciplina”². Sin la intención de analizar *in extenso* esta definición, es posible extraer brevemente de ella algunas conclusiones puntuales: (i) para Kelsen, la filosofía del derecho sería parte de la *filosofía práctico-moral*, ya que su sentido es el de indagar y establecer aquello que el derecho *debe ser*; (ii) el tema central del saber filosófico-jurídico es el de *la justicia*, en su sentido ético; (iii) su *método propio* es, consecuentemente, el mismo que el de la ética. Por supuesto que, para este pensador, el significado de los términos “justicia”, “filosofía”, “moral”, “deber ser” y “método propio”, es el propio y privativo de su sistema individual, por lo que sería necesario para una comprensión rigurosa del texto un análisis completo de sus supuestos filosóficos, lo que no se podrá realizar aquí por razones de espacio y pertinencia³.

Se pasará entonces ahora a la exposición que realiza en esa misma encuesta el filósofo polaco Georges Kalinowski, notable especialista en lógica y epistemología jurídica, así como en ética general, que se desempeñó en la Universidad Católica de Lublin⁴

² APD7, p. 131.

³ Véase, en este punto: ERRÁZURIZ, C., *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, EUNSA, Pamplona, 1986.

⁴ Sobre el Grupo de Lublin, que Kalinowski integró junto con Karol Wojtyła, Albert Krapiec, Stefan Swiezawski y varios otros, véase: WEIGEL, G., *Testigo de la esperanza. Biografía de Juan Pablo II*, Plaza Et Janés, Barcelona, 1999, pp. 187–199.

y en el CNRS francés. Ante todo, este autor afirma que “voy a caracterizar la filosofía del derecho como una parte integrante de la filosofía, cuyo objeto son los entes dados en la experiencia sensible y su finalidad la explicación de estos por sus causas o principios últimos”⁵. Y más adelante agrega que el término “filosofía del derecho”, es “el más adecuado para designar aquella parte de la filosofía que tiene por objeto el derecho” y que “en el marco de la filosofía que tiene por objeto material al hombre, ella tiene por objeto no el estudio de la naturaleza del hombre [objeto de la antropología], sino en el de su conducta en tanto que acción práctico-moral [objeto de la ética] y no como acción productiva”⁶.

Y en cuanto a su metodología propia, Kalinowski escribe que respecto “al método de la filosofía del derecho, la experiencia jurídica práctica tiene un rol fundamental. En efecto, si la filosofía del derecho está llamada a explicar la existencia y la esencia del derecho humano, ella necesita ante todo de una experiencia práctica”⁷. Y en un sentido similar, Michel Villey sostiene que “jamás ha existido un auténtico filósofo del derecho que no reconozca a la experiencia inmediata del derecho como materia originaria de sus investigaciones”⁸. La alternativa a este realismo será un idealismo de tipo hegeliano, un empirismo positivista o alguno de los actuales constructivismos, sobre los que el autor de estas líneas ha escrito varias páginas confutando sus principales afirmaciones⁹.

5 APD7, p. 127.

6 APD7, p. 129.

7 APD7, p. 130.

8 APD7, p. 163.

9 Véase: MASSINI CORREAS, C., *Alternativas de la ética contemporánea. Constructivismo y rea-*

De aquí se sigue que, desde el punto de vista filosófico de estos autores, la materia que nos ocupa reúne las siguientes características centrales: (i) se trata de un estudio *filosófico*, es decir, universal y en términos de raíces últimas o principios primeros; (ii) se está frente a un saber de carácter *práctico-ético*, es decir, ordenado constitutivamente a la dirección o regulación de la conducta humano-social hacia la realización de sus bienes propios, ya sean personales o comunes, dirección supone la realización de *valoraciones*, ya sea acerca de los fines a perseguir como de los medios para alcanzarlos; (iii) el punto de partida de este estudio filosófico radica en la *experiencia* práctico-jurídica, es decir, en el conocimiento directo –sea éste sensible o intelectual– del fenómeno jurídico en su integralidad y complejidad¹⁰; (iv) su método es *analítico-hermenéutico* a la vez que *analógico*, y parte desde la experiencia concreta en búsqueda de la comprensión de sus principios explicativos y directivos¹¹; y (v) en definitiva, se trata de una filosofía *realista*: que parte de la experiencia –valorativa y crítica– de un tipo de fenómenos (los jurídicos) y se dirige a guiar principalmente o en términos de principios, la conducta humana hacia un bien (también humano) real y cognoscible, con la utilización de una metodología adecuada a la realidad de su objeto¹².

lismo ético, Rialp, Madrid, 2019, pp. 43–100.

10 Sobre la noción de experiencia, véase: BURGOS, J.M., *La vía de la experiencia o la salida del laberinto*, Rialp, Madrid, 2018.

11 En este punto, véase: MASSINI CORREAS, C., *Filosofía del Derecho*, 2ª Ed., Vol. I, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

12 Véase: MASSINI CORREAS, C., *Filosofía del Derecho*, Vol. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, *passim*.

II. La primera pregunta

Luego de haber precisado qué se entiende en el presente contexto por “filosofía del derecho”, corresponde responder a la primera de las preguntas planteadas, es decir, la referida a las razones por las que se debe mantener la enseñanza de esa asignatura en las universidades de nuestros días. Pero antes de responder es conveniente efectuar una precisión semántica, referida a la expresión “filosofía del derecho”, que es la siguiente: el uso de esa expresión para referirse al estudio filosófico del fenómeno jurídico, no pertenece al pensamiento clásico y ni siquiera al moderno, sino que apareció recién en el lenguaje técnico-filosófico a comienzos del siglo XIX¹³, especialmente en la obra de Hegel *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, escrita en 1821. Pero resulta innegable que con anterioridad a ese libro, la gran mayoría de los filósofos relevantes habían realizado estudios sobre el derecho desde una perspectiva práctica y de los principios últimos, aunque integrándolos en sus estudios éticos, que incluían también las dimensiones políticas de la convivencia humana¹⁴. Y además cabe destacar que esos estudios habían integrado la currícula de la mayoría de los centros de estudios superiores, denominados desde el siglo XIII *Universitates*, mucho antes de la permanencia de Hegel en Berlín¹⁵.

Y respecto a la pregunta en sí, es posible responderla di-

13 APD7, p. 128.

14 Véase, sobre esto: WARNE, CH., *Aristotle's Nicomachean Ethics. Readers Guide*, Continuum, London–New York, 2006, passim.

15 En este punto, véase: ROSE, D., *Hegel's Philosophy of Right. A Readers Guide*, Continuum, London–New York, 2007, passim.

ciendo que las principales razones para la introducción de esa asignatura en los estudios universitarios de derecho pueden reducirse sumariamente a tres: (i) ante todo, porque la filosofía en general redundaría en claros beneficios intelectuales para los estudiantes; (ii) porque existen ámbitos del conocimiento jurídico, como la teoría de la interpretación, la metodología jurídica, la lógica y la teoría de la argumentación, el estudio de la valoración jurídica y otros, que integran la filosofía del derecho y no aparecen, en cuanto tales y específicamente, en ninguna otra asignatura; y (iii) porque su estudio acerca del significado último del derecho, hace posible que los futuros juristas conozcan el sentido y valor ético –personal y social– del ejercicio de su profesión, las habilidades–virtudes de la razón práctica que esta requiere y los fundamentos o justificación racional de la multiplicidad de elementos que componen la realidad jurídica: derechos subjetivos, normas, conductas jurídicas, saberes, virtudes, bienes humanos, y otros más que integran el fenómeno del derecho.

Respecto de la primera de las razones, es preciso recordar que la filosofía es el saber que más abre las estructuras de la mente, que –en términos de Joseph Ratzinger– “expande los horizontes de la racionalidad” más que ningún otro y que es capaz de contextualizar todos los demás saberes en profundidad y amplitud¹⁶. Por lo tanto, proporciona un saber acerca del derecho más completo, más comprensivo y más profundo que los saberes jurídicos del nivel normativo y prudencial, y por lo tanto los ilumina, precisa y justifica racionalmente de un modo eminente y con raíces

16 Cfr. RATZINGER, J., “Discurso a los participantes en el Encuentro Europeo de Profesores Universitarios”, en *Discursos del Papa Benedicto XVI al mundo académico y de la cultura*, Dirección de Publicaciones Jurídicas–Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2013, p. 225s.

universales¹⁷. Y todo esto, por supuesto, redundando en una mejora manifiesta en la dirección, valoración y determinación de las praxis jurídicas que se realizan en la vida del derecho.

La segunda de las razones enumeradas aparece como más clara aún que la precedente, toda vez que si se dejan de lado las diferentes versiones del reduccionismo¹⁸ jurídico, es decir, aquellos sistemas de pensamiento que, con la pretensión de simplificar, facilitar y defender la cientificidad –en el sentido restringido de ciencias exactas o empírico-positivas– de los saberes jurídicos, reducen el objeto de esos saberes a solo una de las múltiples dimensiones del fenómeno jurídico, para explicar luego los restantes aspectos en función excluyente de la perspectiva escogida como primordial. Tal es el caso –entre otras– de las escuelas positivistas, nihilistas, crítico-emancipatorias o idealistas (en especial los seguidores de Kant) y analítico-lingüísticas, que prescindieron total o parcialmente del recurso a la experiencia integral como punto de partida y son escépticas respecto al conocimiento de las realidades no-positivas del derecho¹⁹. Esto desemboca en una serie de visiones parcialistas, ideológicas o simplemente estrechas –y por lo tanto incompletas– de la realidad jurídica, que menoscaban el papel cognitivo de la filosofía del derecho y conducen directamente a su rechazo o menosprecio por los magistrados judiciales y jurisperitos.

17 Sobre los niveles del conocimiento jurídico, véase: SIMON, Y., *A Critique of Moral Knowledge*, Ed. R. McNerny, Fordham University Press, New York, 2002, pp. 41–50.

18 Sobre este concepto, véase: GILSON, É., *La unidad de la experiencia filosófica*, 5ª Ed., Rialp, Madrid, 2004.

19 Véase: MASSINI CORREAS, C., *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Buenos Aires–Madrid–Barcelona–Sao Paulo, 2015.

Y la tercera de las razones para estudiar filosofía del derecho, tanto en las carreras jurídicas de grado como en las de posgrado, radica en que ese saber es el único que puede otorgar justificación racional-práctica a la ética jurídico-normativa del abogado, del legislador y del juez, especificar y explicitar sus virtudes, intelectuales y morales, y otorgar una explicación rigurosa de realidades del derecho como los valores jurídicos, los derechos humanos y los bienes humanos básicos, personales o comunes, que revisten una incuestionable eticidad. Todo ello, porque un trabajo jurídico que prescindiera drásticamente de esas dimensiones, dejará de ser propiamente jurídico y se convertirá en lo que Lon Fuller denomina “dirección gerencial o administrativa”²⁰ de la conducta humana que, tal como surge de la descripción que de ella hace este autor, resulta ser una dirección manipuladora de la acción intencional y que, por lo tanto, prescinde del carácter esencialmente ético-racional del gobierno de los hombres libres. En definitiva, se trataría en este último caso de una mera técnica instrumental para la obtención y ejercicio del nudo poder sobre los hombres para la obtención de objetivos meramente útiles, puntuales, instrumentales y determinados.

III. La segunda pregunta

Lo que se ha desarrollado ayudará decisivamente en la respuesta a la segunda de las preguntas formuladas en este Coloquio: la referida a las críticas que dirigen algunos miembros del Foro a la inclusión de la filosofía jurídica en la currícula de

20 FULLER, L., *The Morality of Law*, 2a Ed., Yale University Press, New Haven and London, 1969, pp. 207 ss. y passim.

los estudios de derecho. En este caso la respuesta será doble: en primer lugar, se argüirá acerca de la pertinencia de esas críticas, y desde este punto, las objeciones aparecen claramente como inválidas en razón de que, generalmente, se trata de reproches excesivamente generalizados, cuando en realidad habría que esclarecer previamente a qué modalidades o corrientes de la filosofía jurídica se está refiriendo al realizarlas. Ello en razón de que las objeciones más comunes: abstracción excesiva, escasa vinculación con los problemas jurídicos realmente presentes en la praxis del derecho, debilitamiento de la seguridad jurídica y otros más, se dirigen acertadamente a un grupo de escuelas de filosofía jurídica, que se han mencionado más arriba como excluyendo de toda consideración filosófica los datos de la experiencia jurídica. En efecto, todas las filosofías que parten de una idea pura del derecho, de una ideología emancipatoria²¹, de una mera descripción de la facticidad del derecho o de un lingüismo excluyente, resultan claramente inservibles para los operadores de las praxis jurídicas y de sus derivados; es decir, no esclarecen nada, no ayudan a valorar las dimensiones del fenómeno jurídico, dejan fuera de consideración la mayoría de los elementos de ese fenómeno, no aportan nada al razonamiento y el juicio en el derecho, ni contribuyen a la estructuración de la ética de los profesiones jurídicas²².

Por el contrario, las filosofías del derecho que recurren como punto de partida de sus consideraciones a la experiencia

21 Véase, por todos: CAPELLA, J-R., *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas*, Fontanella, Barcelona, 1970, passim.

22 Véase, sobre este tema: CORTINA, A., "La misión de las éticas aplicadas en las universidades del siglo XXI", en *Humanitas*, N° 104, Santiago de Chile, 2023, pp. 336-345.

de las “cosas humanas”²³ jurídicas, y que, al mismo tiempo, vuelven reiteradamente a esa experiencia para verificar sus afirmaciones, no sólo son fácilmente comprensibles para los juristas prácticos, sino que proveen principios, datos y valoraciones que hacen posible la justificación racional radical de las afirmaciones práctico-jurídicas²⁴. Además, al partir de datos captados de modo objetivo, diversos de la subjetividad del hombre de derecho o de una idea meramente inventada por él, esos datos hacen posible alcanzar criterios rigurosos de verdad –de verdad práctica²⁵– y elaborar discursos prácticos que superen la arbitrariedad y el antojo en el ámbito las argumentaciones jurídicas.

Y en segundo lugar, y centrando el estudio en la finalidad que esas críticas persiguen, las objeciones de algunos miembros del Foro hacia el estudio de la filosofía jurídica pareciera que tienen como objetivo principal una salvaguarda estricta de la seguridad jurídica, entendida como la limitación del ámbito del derecho solo a las normas generales sancionadas por el estado y publicadas por éste, que por otra parte no pueden ser objeto de interpretaciones que trasciendan el mero nivel del lenguaje oficial. Ahora bien, según estos juristas, la filosofía del derecho lo único que hace es complicar lo que es simple, y poner en riesgo

23 Véase, en este punto: RODRIGO, P., *Aristote et les choses humaines*, Prefacio de Pierre Aubenque, Éditions OUSIA, Bruxelles, 1998 y HUTCHINSON, D.S., “Ethics”, en AA.VV., *The Cambridge Companion to Aristotle*, Ed. J. Barnes, Cambridge University Press, Cambridge–New York–Melbourne, 1996, pp. 195–232.

24 Véase, sobre la noción de “experiencia jurídica”: LAMAS, F.A., *La experiencia jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos, Buenos Aires, 1991, *passim*.

25 En este punto, véase: MASSINI-CORREAS, C., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnosología del derecho*, 2ª Ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pp. 205 ss.

la mencionada seguridad, al otorgar a jueces y juristas argumentos para adaptar y modalizar la ley positiva en su aplicación, interpretarla valorativamente en términos de justicia, hasta llegar al escándalo de considerar que una determinada ley, al menos en ciertas circunstancias, podría no generar razones decisivas para la acción, es decir, hacerla perder su carácter obligatorio.

El problema de esta actitud es que parte de una concepción equivocada del derecho, al considerarlo como reducido a las normas generales positivas y provistas de sanciones coactivas para el caso de incumplimiento. Esta noción, que fue desarrollada por John Austin en el siglo XIX²⁶, ha sido reavivada más recientemente por las obras de algunos positivistas que han terminado reduciendo el derecho a la mera fuerza, como es el caso de Frederick Schauer en su libro *The Force of Law*²⁷. Tal como dice Luciano Laise en su tesis doctoral, no se trata para estos autores de que “el derecho pretenda coordinar la vida humana en sociedad ofreciendo razones para obedecer [o razones para la acción] sino meros motivos para temer”²⁸.

Por otra parte, la seguridad jurídica no debe ser concebida

26 AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Hackett Publishing, Indianapolis-Cambridge, 1998.

27 Véase: SCHAUER, F., *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts & London, 2015. Este autor sostiene que “la nota característica del derecho es la forma en la cual nos dice qué hacer, y nos amenaza con consecuencias desagradables si no obedecemos”, p. ix. Sobre este texto, véase: MASSINI CORREAS, C., “Coacción en el derecho y razón práctica. Las limitaciones del positivismo jurídico en un texto de Frederick Schauer”, en *Persona & Derecho*, N° 81, Pamplona, 2019, pp. 127-150.

28 Laise, L., *Convencionalismo y realismo semántico en la interpretación constitucional*, Tesis Doctoral, 2015, *pro manuscrito*, p. 70.

como un fijismo legalista aceptado como inequívoco e inmutable, toda vez que una visión integral, realista y práctico-ética del derecho concibe a la seguridad jurídica en términos de exigencias de justicia, en este caso de justicia general o del bien común. En efecto, desde la visión realista, la firmeza, transparencia, certeza y determinación normativa son estrictamente instrumentales en orden al establecimiento de una vida social coordinada y armónica. Su valor final es la justicia del bien común, con la que el orden social de la comunidad completa²⁹, hace posible, condiciona positivamente y promueve la realización humana en sus dimensiones sociales, que innegablemente son la mayoría³⁰.

Por supuesto que, mal que les pese a los populismos ideológicos contemporáneos, ni el derecho ni la política tienen la posibilidad, ni los instrumentos, ni las estructuras capaces de constituir una felicidad y una alegría completa para todos. Es más, cuando se proponen decididamente a alcanzarlas terminan precipitando a la sociedad en el despotismo, la corrupción y el desatino³¹. Ese es el resultado de casi todas (no existe el determinismo histórico) las propuestas utópicas, ideológicas o simplemente dictatoriales, que rechazan la referencia a la observación sin prejuicios de las realidades humanas, así como la frecuentación de la literatura política y jurídica del mundo occidental.

Por todo ello, las críticas que se dirigen a la filosofía ju-

29 Véase: FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 232-233 y *passim*.

30 Sobre esta temática, consultar: MASSINI CORREAS, C., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 216 ss.

31 Véase, en este punto: RATZINGER, J., *Iglesia, ecumenismo y política*, BAC, Madrid, 2005, pp. 259 ss.

rídica por parte de algunos profesionales del derecho por sus remisiones y análisis de la justicia como valor o idea central del derecho y por su búsqueda y explicitación de los principios fundantes del orden jurídico, resultan lisa y llanamente impertinentes, ya que dejan fuera de la consideración de la filosofía jurídica su dimensión más racional –y por ello más humana– así como su punto de partida en la experiencia de la realidad jurídica y, consiguientemente, los fundamentos de su comprensión radical e integral.

IV. La tercera pregunta

Ahora bien, y con respecto a la tercera de las preguntas planteadas, su respuesta será especialmente breve, ya que se trata principalmente de una cuestión fáctica, en la que se indaga acerca de un *factum* o hecho pedagógico: cómo se realiza hoy en día la enseñanza de la filosofía del derecho, con referencia al modo de enseñarla cincuenta años atrás. Y en este caso la respuesta será especialmente concreta, ya que ella no puede ser lineal ni universal, sino más bien contingente, es decir, dependiente de los países y las universidades que se tomen en consideración. Aquí se hará referencia a solo dos de las naciones latinoamericanas, la Argentina y México.

Ahora bien, si se parte de la observación de la realidad argentina, es posible afirmar que, en general, la enseñanza de la filosofía jurídica ha evolucionado bastante desde los años sesenta hasta nuestros días, teniendo en cuenta que en ese país la hegemonía de la obra de Hans Kelsen no gozó del alcance ni de la extensión que tuvo en la mayoría de las naciones de América Latina. Esto fue debido principalmente a la vigencia que tuvo,

entre los años 1940 y 1960 la filosofía jurídica de Carlos Cossio, cuya obra principal fue la *Teoría Ecológica del Derecho*, editada varias veces y traducida al menos a ocho idiomas. Crítico de Kelsen, Cossio ocupó un lugar intelectual importante en las universidades de Buenos Aires y de La Plata, disminuyendo de este modo la relevancia excesiva del jurista austríaco, que fue común en otros centros universitarios.

Por otra parte, en el ámbito del positivismo jurídico argentino, a partir de los años sesenta del siglo XX tuvo muy fuerte influencia la obra de Herbert Hart *The Concept of Law*, traducida por Genaro Carrió al castellano y editado por la editorial Abeledo-Perrot de Buenos Aires en 1961. Ahora bien, a raíz de la difusión e influencia del libro de Hart, los pensadores de la corriente iuspositivista se insertaron rápidamente en la tradición del positivismo analítico anglosajón, crítico de Kelsen, y desarrollaron sus estudios siguiendo las obras de Joseph Raz, John Mackie, Neil MacCormick, y otros iusfilósofos anglosajones. Esta corriente perdura hasta nuestros días, representada principalmente por las enseñanzas de Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin (fallecidos hace pocos años), Martín Farrell y Ricardo Guibourg. Por lo tanto, de la reseña anterior surge claramente que, al menos en la Argentina, la enseñanza de la filosofía del derecho ha distado bastante de permanecer estática o retrógrada; por el contrario, se ha mantenido incorporando las nuevas versiones, tanto del ius-positivismo como del iusnaturalismo.

Esto último porque también ha existido en la Argentina una fuerte corriente iusnaturalista, de carácter principalmente clásico-realista, centrada principalmente en los Cursos de Cultura Católica, que comenzaron dictarse a principios del siglo XX y de donde nació la Universidad Católica Argentina, que fue

la institución que más continuó activamente el desarrollo de la corriente iusnaturalista. Allí dieron clases de iusfilosofía notables intelectuales como Tomás Casares, Abelardo Rossi, Guido Soaje Ramos, Juan Alfredo Casaubón, Eduardo Quintana, Jorge Portela, Julio Lalanne, Daniel Herrera y varios más. Pero también en el interior del País han existido numerosos centros académicos y autores que han difundido acertadamente las ideas del iusnaturalismo clásico; entre estos autores se citará solo uno, el que aparece como el más relevante: Rodolfo Luis Vigo, de quien se mencionará solo su notable libro *Las causas del derecho*³².

Si bien el autor de estas páginas no conoce en profundidad la realidad de la enseñanza de la filosofía del derecho en México, tiene en claro que desde hace varias décadas ha existido allí una fuerte y esclarecida corriente iusnaturalista, con representantes como Rafael Preciado Hernández, Efraín González Morfín, Héctor González Uribe, Antonio Gómez Robledo, Agustín Basave, Eduardo García Máñez y Luis Recaséns-Siches. Todos ellos –para el que esto escribe, el mejor de todos fue Gómez Robledo– escribieron libros valiosos, ejercieron la docencia activamente y dejaron varios continuadores, como Roberto Ibáñez, Mauricio Beuchot, Hugo Ramírez García y Javier Saldaña³³.

Pero el positivismo jurídico también hizo lo suyo, especialmente en las universidades estatales, y durante la larga hegemonía del Partido Revolucionario Institucional (oxímoron difícil de

32 VIGO, R., *Las Causas del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

33 En este punto, véase: MASSINI CORREAS, C., “El iusnaturalismo del siglo XX en Iberoamérica”, en *Ars Juris*, N° 42, Ciudad de México, 2009, pp. 173–191, y “La tradición tomista del derecho natural en algunas de sus versiones contemporáneas”, en prensa en la *Revista Jurídica Austral*, Buenos Aires, 2023.

entender), para el cual el positivismo se transformó casi en una religión sustitutiva de la Católica. Aquí, el sumo sacerdote era principalmente Hans Kelsen, que reinó por varias décadas, hasta ser sustituido por las corrientes anglosajonas, de carácter más matizado y menos dogmático. De todos modos ciertos arcaicos dogmas iuspositivistas, como el de la llamada “falacia naturalista” o “ley de Hume”, siguen vigentes en la enseñanza de varios docentes³⁴, entre los cuales vale la pena mencionar a Ulises Schmill, Rolando Tamayo y Salmorán y Fausto Vallado Berron.

Por todo ello, es posible concluir que la filosofía del derecho no se ha enseñado en estos países de la misma forma, al menos en cuanto a los contenidos, durante los últimos ochenta años. En efecto, las múltiples escuelas de pensamiento vigentes en esos años han cambiado y, dentro de las mismas escuelas, han habido desarrollos, precisiones, y la incorporación de perspectivas novedosas. Es cierto que algunas corrientes han permanecido estáticas y anquilosadas, pero pareciera que son las menos. Pero en general, las mutaciones experimentadas por las versiones del pensamiento filosófico-jurídico, han significado también una mutación en los contenidos de las asignaturas universitarias. No parece que varios de estos cambios y desarrollos hayan sido siempre para bien, pero sería falso sostener que desde hace décadas se enseña, en el ámbito de la filosofía del derecho, siempre lo mismo y de modo reiterativo.

Ahora bien, desde el punto de vista de los métodos y procedimientos de enseñanza, allí sí puede decirse que la didáctica

34 En este punto véase: ANDORNO, R., “El paso del ‘ser’ al ‘deber ser’ en el pensamiento iusfilosófico de John Finnis”, en *Persona y Derecho*, N° 19, pp. 9-32, y CIANCIARDO, J., “Modernidad jurídica y ‘falacia naturalista’”, en *Dikaion*, N° 13, Bogotá, 2004, pp. 27-42.

no ha variado demasiado, toda vez que sigue predominando el modelo de las clases magistrales, que ha sido superado hace años, preponderantemente en los países anglosajones. En este sentido, resulta bastante claro que la enseñanza de la filosofía del derecho ganaría mucho si se adoptara una didáctica más dialogal, predominantemente centrada en problemas y preguntas, en la redacción de monografías y su defensa frente al profesor y sus condiscípulos, en el tratamiento de las cuestiones filosófico-jurídicas más actuales y difundidas.

Y esto principalmente porque el estudio de la filosofía de las realidades humanas no alcanza la certeza que corresponde a otros saberes, como la matemática, la física o la lógica formal, y por ello debe ser enseñada con parámetros que sean adecuados a su carácter valorativo, principal, práctico-directivo, argumentativo y de enorme complejidad; todo ello hace que la filosofía jurídica sea filosofía práctica o práctico-ética, con sus propios métodos, argumentaciones y supuestos filosóficos. Pero esta temática metodológica no está incluida expresamente en la pregunta que debe responderse y, además, ha de ser objeto de un tratamiento más extenso, profundo y riguroso.

V. La cuarta pregunta

En esta breve exposición no es posible elaborar una solución tajante y unívoca a la pregunta acerca de cómo se podría adaptar la enseñanza de la filosofía del derecho al lenguaje y perspectivas contemporáneas; no obstante esto, resulta oportuno ensayar una o varias respuestas pertinentes y apropiadas, aunque provisionales, a la cuarta pregunta, fundamentalmente dos. La primera se refiere al *lenguaje* que debe usarse actualmente en el

derecho mismo, en su estudio y su enseñanza y aquí conviene remitirse a los textos de Tomás de Aquino que, en varias de sus obras, ha defendido que es preciso exponer las ideas filosóficas en el lenguaje corriente o usual en el momento y el lugar en el que se expresan esas ideas. Esto es así, ya que de otro modo se dificultaría su comprensión adecuada por los destinatarios del discurso. Un texto de Aquino es esclarecedor a ese respecto: “es mejor seguir el uso corriente del lenguaje [en las exposiciones], ya que según el Filósofo las palabras deben emplearse en su acepción más usual”³⁵.

De este modo, la respuesta que se propone es que resulta muy conveniente realizar la enseñanza de la filosofía del derecho –y del derecho en general– en el lenguaje corriente en el tiempo y lugar en que se realiza la praxis jurídica. Es cierto que el lenguaje, tanto del derecho como de la filosofía, adoptan fundamentalmente el habla usual o corriente, aunque incluyan siempre algunas expresiones técnicas imprescindibles para una expresión precisa y rigurosa. Pero lo que debería buscarse siempre en este lenguaje es la claridad, la coherencia, el rigor gramatical y el atractivo estilístico, de modo tal de transmitir adecuadamente el contenido de las normas, principios, sentencias, estudios, etc., que consisten en realidades proposicionales de carácter intencional-racional³⁶, y hacerlo en palabras que resulten

35 TOMÁS DE AQUINO, *Opuscula omnia*, Ed. Mandonnet, Tº III, p. 184, citado por: MARTINELLI, L., *Thomas d'Aquin et l'analyse linguistique*, Librairie Vrin, Paris, 1963, p. 76. Véase también del AQUINATE: *Summa contra gentiles*, L. I, cap. 1, primer renglón.

36 Véase: AA.VV., *Homo Loquens*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1989; en especial los capítulos de MURA, G., “Ermeneutica e ontología della parola”, pp. 77–103 y de FABRO, C., “Pensiero e linguaggio in S. Tommaso”, pp. 167–182.

comprensibles en la tarea de dirección y valoración jurídica de la conducta humana.

La segunda respuesta se refiere al término “perspectivas” que se incluye en la pregunta. El problema que plantea esa expresión, que se introdujo en el idioma castellano alrededor de 1438 y que en el DRAE se define como “conjunto de objetos que, desde un punto determinado, se presentan a la vista [o captación] del espectador [o cognoscente]”³⁷, es que existe todavía otra acepción, no recogida por la mayoría de los diccionarios, según la cual ese término se refiere al punto de vista intelectual desde el que se accede a conocer un objeto cualquiera o el aspecto de ese objeto al que se dirige la actividad cognoscente. Es decir que, más allá de las acepciones geométricas y artísticas de esa palabra, existen otras, de carácter racional-cognitivo, que son las que se utilizan en los discursos filosóficos y jurídicos, y que se refieren fundamentalmente al particular enfoque o visión desde la cual se conoce y comprende un objeto perteneciente a esas disciplinas. Y es a esta acepción a la que se referirá aquí en lo que sigue.

Pero al adoptar esta acepción intelectual, el principal problema que se plantea para responder la pregunta formulada es que las perspectivas desde las que se puede estudiar el derecho son muy numerosas: lingüística, lógica, antropológica, ontológica, ideológica, etc. Ahora bien, estos diversos modos de abordaje del derecho y de su filosofía, cuando se los asume de un modo excluyente y unívoco, adquieren el carácter de *reduccionismos*,

37 Véase: COROMINAS, J., *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Gredos, Madrid, 1976; véase también: MAGNAVACCA, S., *Léxico técnico de filosofía medieval*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005.

es decir, de doctrinas que contraen el estudio superior de una realidad a alguno de sus aspectos o a alguna de las perspectivas de estudio posibles, con exclusión de todas las otras. Esta deformación del pensamiento filosófico ha sido reseñada –y criticada– de modo superlativo por Étienne Gilson en su libro *La unidad de la experiencia filosófica*³⁸, y sobre todo explicitada por Evandro Agazzi en un trabajo titulado *Analogicità del concetto di scienza. Il problema del rigore de dell’oggettività nelle scienze umane*, en donde expone el valor del método analógico en oposición al meramente reductivo³⁹.

Pero más allá de los reduccionismos, que conducen a una depreciación de la filosofía del derecho, se ha visto en lo ya expuesto que es posible un abordaje práctico, realista y analógico de ese saber, que es *integral* (ya que comprende en su objeto *todo* lo jurídico), *realista* (porque comienza y se estructura sobre la base de la experiencia de las “cosas” jurídicas), *principlial* (pues estudia su objeto desde el criterio de los principios normativos universales), *analógico*, *dialógico* en cuanto a su metodología y *práctico-moral*, en cuanto se ordena a la realización de los bienes humanos en la sociedad política. Por todo ello, la filosofía del derecho realista, que tuvo sus primeros logros en el pensamiento de Aristóteles, y que ha continuado su andadura en todo el largo pensamiento de occidente, es la mejor perspectiva racional para la comprensión, valoración y dirección de las praxis humanas

38 Véase también: GILSON, È., *El realismo metódico*, Ed. bilingüe de E. Forment, Encuentro, Madrid, 1997.

39 AGAZZI, E., “Analogicità del concetto di scienza. Il problema del rigore e dell’oggettività nelle scienze umane”, en AA.VV., *Epistemologia e scienze umane*, Ed. V. Possenti, Editrice Massimo, Milano, 1979, pp. 57–76.

jurídicas con mente abierta y la que obtiene mejores resultados, si bien nunca perfectos, sí los más adecuados para la realización racional humana completa en el ámbito jurídico-social⁴⁰.

VI. Corolarios principales

Luego de estas ya largas consideraciones, corresponde extraer resumidamente los principales corolarios que se siguen de ellas. Si bien estos corolarios podrían ser varios, la exposición se concentrará en solamente dos:

a) Ante todo, en el que corresponde a las respuestas a las preguntas del *Coloquio*: a la *primera* (¿cuáles son las razones por las que se debe mantener esta materia en la enseñanza jurídica contemporánea?), la respuesta es claramente afirmativa, ya que ese saber (i) perfecciona el intelecto de los estudiantes, (ii) porque abarca tópicos que ninguna otra materia estudia específicamente, y (iii) porque hace posible conocer el sentido del derecho y la justificación racional de todas sus dimensiones; para la *segunda* pregunta (¿son atendibles las críticas dirigidas desde el foro profesional sobre su impacto en la formación de los abogados?), la respuesta es que decisivamente no son atendibles, ya que se refieren en prácticamente en todos los casos a versiones incompletas, infundadas y meramente constructivas de los estudios raigales y universales acerca del derecho y no a versiones de una iusfilosofía realista; la respuesta a la *tercera* cuestión (¿se sigue enseñando la filosofía del derecho de la misma forma que hace cincuenta años?), es posible dividirla en dos dimensiones:

⁴⁰ Una reciente versión del realismo jurídico puede verse en: ERRÁZURIZ, C.], *Il diritto come bene giuridico*, EDUSC, Roma, 2021.

(i) la referida a los contenidos de ese saber, y aquí la respuesta es negativa, ya que han existido mutaciones, desarrollos y actualizaciones en casi todas las escuelas de filosofía del derecho, con muy pocas excepciones; y (ii) la referida a la metodología didáctica que se ha utilizado en los últimos años, que si bien muchas veces ha permanecido estática, en otros contextos se han mejorado u optimizado los métodos de enseñanza, con una tendencia cada vez mayor a la adopción de prácticas dialogales, racional-prácticas y socrático-mayéuticas; finalmente, y en lo que se refiere a la *cuarta* de las preguntas (¿cómo adaptar la enseñanza de la filosofía del derecho a un lenguaje y perspectivas contemporáneas?), la respuesta es que ese empeño de adaptación resulta imprescindible, siempre que previamente se hagan algunas precisiones y aclaraciones: (i) la primera es que, en el marco de la tradición clásica, los desarrollos y exposiciones filosóficas, en especial las filosófico-prácticas, han de realizarse principalmente en el lenguaje habitual y vigente en el tiempo y lugar de su planteamiento, pero solo resultan válidas en el contexto de la concepción realista del lenguaje (cosas, ideas, palabras); y (ii) que si por “perspectiva” se entiende el criterio, ángulo de visión o aspecto desde el que se estudia filosóficamente al derecho, resulta conveniente conocer y utilizar todas las perspectivas serias y usuales, pero priorizando la realista clásica, ya que ella permite un conocimiento práctico-moral, integral, analógico, racional y experimental-realista de las realidades jurídicas.

b) Finalmente, la alternativa propuesta, la de la preferencia de un abordaje racional-práctico y realista de la realidad jurídica por parte de la filosofía del derecho, resulta ser indudablemente la clave de bóveda de los corolarios de todas las respuestas presentadas. En efecto, todas las réplicas estudiadas parten del

supuesto de que el estudio filosófico del derecho se inicia con un conocimiento experiencial, es decir, directo e inmediato, de los datos del conjunto de realidades sociales que normalmente se denominan como “derecho” o se las califica de “jurídicas”⁴¹. En este punto, Michel Villey ha escrito que:

“... no ha habido nunca un auténtico filósofo del derecho que no haya reconocido la experiencia inmediata del derecho como materia de sus investigaciones [...]; si prefiero –concluye– la definición del derecho de Aristóteles y de Tomás de Aquino a las que se han pedido prestadas a Hobbes y a Rousseau, es porque la primera capta mejor la experiencia”⁴².

De aquí se sigue que el carácter raigalmente experiencial-práctico del realismo filosófico-jurídico hace posible una captación del fenómeno del derecho de carácter integral, en todos sus niveles, valorativa y práctico- normativa, sin la cual la enseñanza universitaria del derecho quedaría desvirtuada, parcializada, empobrecida y privada de su sentido auténtico y esencial.

⁴¹ Véase: MASSINI CORREAS, C., “Entre reduccionismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, en *Persona & Derecho*, N° 66/67, Pamplona, 2012, pp. 353-385.

⁴² VILLEY, M., *op. cit.*, pp. 163-164.

DERECHOS HUMANOS: FUNDAMENTOS, Y LÍMITES

Eliana De Rosa

I. Introducción: Problemática actual de los derechos humanos

No se puede dudar que una de las conquistas más significativas de la cultura jurídica contemporánea vino de la mano de la segunda post guerra a mediados del siglo pasado a través de la incorporación de la llamada categoría de los derechos humanos en el ámbito tanto de la Teoría General del Derecho como de los ordenamientos jurídicos nacionales por medio de la recepción de los instrumentos jurídicos internacionales. En lo que respecta a la Teoría General del Derecho, este acontecimiento resultó sumamente significativo toda vez que implicó una ruptura con concepción positivista del derecho que, en un afán de avanzar con un abordaje estrictamente científicista del fenómeno jurídico, terminó por relegar la moral al ámbito de las subjetividades humanas, expulsándolo por completo de los esquemas de racionalidad jurídica.

Los horrores vividos durante y después de la Segunda Guerra Mundial tornaron imperioso la revisión del paradigma jurídico vigente el cual resultaba totalmente impotente para responder a los avasallamientos aberrantes a la dignidad humana en los campos de concentración del Tercer Reich. Es así como hicieron su aparición en escena los derechos humanos como categorías

jurídicas en cuya inteligencia se buscaba proteger la dignidad humana mancillada de modo aberrante durante el Holocausto, y de evitar hacia el futuro catástrofes similares, generando un sistema de protección internacional dotado de instrumentos jurídicos y de organismos de contralor y juicio frente a eventuales violaciones.

Sin embargo, como toda conquista, ésta no ha estado exenta de claroscuros y desafíos. Como afirma Serna (2024, p. 17) “los derechos humanos, considerados como un todo, poseen una dimensión casi mítica.”¹. Seguidamente prosigue Serna citando a Ignatieff:

“... que los derechos humanos constituyen el mayor artículo de fe de la cultura laica que teme no creer nada más (...) la lengua franca del pensamiento moral global, tal como el inglés se ha convertido en la lengua franca de la economía global”².

De estas ideas se sigue que la categoría “derechos humanos” está bastaste lejos de ser pacífica, sobreabundando discrepancias en torno a su auténtica existencia, fundamento y alcance, lo cual se debe, en gran medida, a su naturaleza híbrida (tanto moral como jurídica)³. Esto último ha implicado –como señala acer-

1 SERNA, Pedro, “El discurso de los Nuevos Derechos Humanos. Perspectiva genético-crítica”, en AAVV, *Los Nuevos Derechos Humanos. Teoría Jurídica y Praxis Política*, Eds. Jorge Crego y Carolina Pereira Sáez, Ed. Comares, Granada, 2024, p. 17.

2 Ibid., citando a IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, F. Beltrán Adell (trad.) Barcelona, Paidós, 2003, p. 75.

3 MARTÍNEZ DOALLO, Noelia, “La agencia intencional prospectiva de Alan Gewirth como límite a la proliferación de nuevos derechos”, en AAVV, *Los Nuevos Derechos Humanos. Teoría jurídica*

tadamente Martínez Doallo– a clasificaciones confusas, cuando no directamente equivocadas, de las normas jurídicas que los positivizan⁴. Cabe agregar que las dificultades no se circunscriben solo al ámbito legislativo, sino que se agudizan aún más en el plano adjudicativo, condicionando seriamente el razonamiento judicial en las operaciones de interpretación donde confluyen, además del material jurídico–positivo disponible y aplicable, concepciones morales subyacentes del adjudicador.

Sin entrar en la discusión sobre su existencia o no⁵, lo cierto es que la categoría derechos humanos constituye la única herramienta jurídica de la que dispone la Teoría general del derecho para resguardar la dignidad del ser humano en todas sus dimensiones. No obstante, es preciso tener en cuenta que para que cumpla esa finalidad es menester colocarla dentro de un cause objetivo de racionalidad que la haga poco permeable (lo menos permeable que se pueda) a los embates e influjos de los contextos, la política y la ideología. Ello nos obliga a una revisión sobre la temática que conduzca a su conceptualización e identificación de componentes y características esenciales, de

y praxis política, op. cit., p. 118.

⁴ Ibid.

⁵ Algunos autores mantienen una postura escéptica en torno a la existencia de los derechos humanos. En esa línea se encuentra Alasdair McIntyre, véase: MACINTYRE, Aladair, *After Virtue*, University of Notre Dame Press 1984. Traducción española: *Tras la Virtud*, Editorial Crítica, Barcelona 1987; *Ética en los conflictos de la Modernidad. Sobre el deseo, el razonamiento práctico y la narrativa*, trad. David Cerdá, Ed. Rialp, Madrid, 2017. También Onora O' Neil ha mostrado una postura bastante escéptica en torno a la operatividad de los derechos humanos. Véase, O'NEIL, Onora, "The Dark Side of Human Rights", *International Affairs*, 81 (5), año 2005, entre otros.

modo tal que posibilite que los derechos humanos *qua* dispositivo jurídico funcionen respondiendo a esa inteligencia.

II. Sobre la conceptualización y caracterización de los DDHH

No es empresa fácil la de conceptualizar los derechos humanos y no hay una única razón que explique esta dificultad. Algunas de ellas se encuentran mencionadas en la introducción. En muchos desarrollos teóricos el itinerario seguido con este propósito ha sido el de la caracterización primero para luego arribar a una noción.

No obstante, en estas líneas queremos seguir el camino inverso a fin de que, mediante una noción lo más exhaustiva posible, se logre la aprehensión intelectual de sus caracteres esenciales. En este sentido, el profesor Massini Correas propone un caso central⁶ de derechos humanos en los siguientes términos:

6 Como es sabido, la noción de caso central constituye uno de los ejes sobre los cuales se asienta el enfoque metodológico que caracterizó al modelo teórico elaborado por el profesor de Oxford John Finnis propuesto para el abordaje del fenómeno jurídico en clave analógica. Este es tomado de la filosofía práctica de Tomás de Aquino que clasifica las realidades respecto a las cuales se predicen los conceptos en *simpliciter* y *secundum quid*, según que la realidad predicada reúna todos –o la mayoría– de los elementos que comprendidos en el concepto (*simpliciter*) o solo algunos de ellos (*secundum quid*). Aplicada esta lógica a la descripción y evaluación del fenómeno jurídico, habrá realidades a las que quepa calificar como derecho (*simpliciter*) en la medida en que reúnen dimensiones formales y sustanciales. En orden a la formulación de un concepto, Finnis emplea la expresión caso central (o significado focal) de derecho con referencia al concepto comprensivo de la totalidad de dimensiones constitutivas del objeto (derecho *simpliciter*) aplicándolo igualmente a realidades carentes de dichas dimensiones vía analogía como casos secundarios, diluidos o corruptos de derecho (*secundum quid*). Sobre el

“... los derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en personabilidad de su sujeto, o en alguna de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personabilidad y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aún cuando este los niegue”⁷.

A renglón seguido el profesor Massini completa la definición haciendo referencia a una característica de los derechos humanos que en realidad configura la el núcleo central de inteligencia del concepto, a saber: la preexistencia de los derechos humanos al ordenamiento jurídico-positivo. Esa ‘*anterioridad*’ –agrega Massini Correas– esa anterioridad está fundada –o tiene su título– en una determinación propia de los entes humanos: su personabilidad, que los hace sujetos de esos derechos”⁸.

Por lo tanto, de la anterior definición se pueden deducir, *a priori* y racionalmente al menos dos caracteres esenciales de la categoría sin perjuicio de los demás notas que se han reconocido casi de modo unánime en los tratamientos doctrinarios y que serán objeto de análisis en los apartados que siguen.

(i) Por un lado, son anteriores y preexistentes a cualquier promulgación positiva, lo que permite, desde el plano formal, diferenciarlos de los restantes derechos subjetivos los cuales se originan con dicha promulgación (ii) son supraestatales, esto es,

punto, véase: FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 3–22. Véase también LEGARRE, Santiago. The concept of Law in John Finnis. *Persona & Derecho*, 1999, vol. 40, p. 65.

⁷ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho Tomo I. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 130.

⁸ Ibid.

superiores a la legislación positiva de donde se sigue el carácter vinculante que tienen para el legislador, sin que ello importe atribuirles una condición metajurídica. Dicha característica se explicita en el fin al que responde su reconocimiento jurídico-positivo que no es otro que evitar que puedan legitimarse, por esa vía, cursos de acción que importen un avasallamiento directo o indirecto a la dignidad de los ciudadanos. Al respecto apunta Andrés Ollero:

“... los derechos humanos son tan ‘jurídicos’ como cualquier otro sector del derecho (...) Como cualquier otro de sus ámbitos, es deseable que se vean reconocidos por normas jurídicas, aunque su carácter fundamental los hará obligadamente abiertos y necesitados de ulterior desarrollo. Haya o no normas que los reconozcan y desarrollen, impregnarán profundamente el conjunto de principios que mantienen el dinamismo existencial del ordenamiento jurídico. Los derechos humanos son tan jurídicos como cualquier otro sector del ordenamiento, porque apuntan al logro de la convivencia *humanamente ajustada*, cuyos mínimos contribuyen a delimitar: si parecen más “morales” que otros elementos jurídicos es por su inmediata vinculación al *modelo antropológico* que permite considerar humano a un determinado esquema práctico de convivencia”⁹.

Lo expuesto nos conduce directamente a indagar sobre el fundamento de los derechos humanos, lo cual será tratado en la sección que sigue.

9 OLLERO, Andrés, *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 124-125.

III. Acerca de la fundamentación

Hoy quizás como nunca podemos afirmar que la tarea de fundamentar los derechos humanos se ha tornado extremadamente ardua. Ello se explica por múltiples causales las cuales, a priori, podríamos sintetizar en el modo en que se ha configurado la cosmovisión antropológica occidental caracterizada fundamentalmente por profundos desacuerdos y rupturas. Occidente vive una curiosa paradoja ya que nunca como antes se dispuso de tantas herramientas para defender la dignidad humana y nunca como antes hubo tantas discrepancias en torno a su naturaleza o esencial, conocimiento, abordaje y dimensiones. En una época embanderada detrás de los consensos nunca ha sido más complejo arribar a ellos.

Concretamente, es posible identificar tres órdenes de discrepancias: (i) la primera y más evidente de todas es la discrepancia de orden moral como consecuencia del llamado fenómeno del multiculturalismo por el cual se defiende la idea de la igualdad cultural de todos los pueblos no siendo procedente valorar axiomáticamente una cultura partiendo de parámetros evaluativos de otra, aunque sea la dominante. Como es obvio, de este axioma se sigue necesariamente un relativismo en la valoración de lo que constituye la naturaleza, esencia y fundamento de los derechos humanos. (ii) La segunda discrepancia es de orden epistémico y, en cierto modo, constituye un corolario de la discrepancia moral, ya que al colocarse en tela de juicio el fundamento de orden moral transitivamente se cuestiona la posibilidad del conocimiento de su esencia y contenido¹⁰. (iii) Por último, la duda

¹⁰ Sobre el punto véase: CIANCIARDO, Juan. A "Defense" of Cognitivism and the Law. *Law Ukr.*:

acerca de su conocimiento conlleva dudas correlativas en torno al uso del concepto, lo que configura la tercera discrepancia que es de orden semántico.

En esta atmósfera de fragmentación cabe indagar entonces a qué nos referimos cuando hablamos de fundamentar. Siguiendo al profesor Massini Correas, etimológicamente el término proviene del latín *fundamentum* que originariamente significa ‘soporte’ o ‘cimiento’ de una construcción cualquiera, idea ésta que se traslada luego al orden lógico para designar al principio que otorga justificación racional a una afirmación, un razonamiento, una ley o institución¹¹. El carácter racional se explica en la posibilidad de arribar a idénticas conclusiones siguiendo el mismo itinerario lógico. Con referencia específica a los DDHH, el profesor Massini Correas explica que la tarea de fundamentación supone arribar lógicamente a principios o axiomas que, “en razón de aparecer como evidentes o directamente cognoscibles, justifiquen racionalmente, por la vinculación lógica necesaria con ellos, la existencia y extensión [o especificación] de los derechos humanos”¹², su alcance y límites.

En este orden de ideas, al tratarse de realidades intangibles la existencia, de los derechos humanos está supeditada a su inteligibilidad y, por tanto, explicabilidad que en definitiva nos conduce a la cuestión del fundamento. Para ello es preciso partir del lenguaje que emplean los instrumentos jurídicos internacionales que los reconocen. En efecto, si nos remontamos a la Declaración

Legal], 2021, pp. 139–153.

11 Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho Tomo I. El Derecho, Los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, Ed. Abeledo Perrot, 2005, p. 131.

12 Ibid.

de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se encuentran expresiones tales como “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”¹³. No obstante, es preciso tener en consideración el contexto histórico en el que emerge esta declaración no es el mismo que el que impulsa a los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, lo que explica la elocuencia de las expresiones tales como la que está plasmada en el art. 1: “*Todos los seres humanos* nacen iguales en dignidad y derechos...”¹⁴. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “*toda persona* tiene derecho a que se respete su vida, protegido por la ley desde la concepción, y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”¹⁵. Así, el lenguaje de las declaraciones permite inferir un *quid* del ser humano que sirve de base para su fundamento.

Ahora bien, el esquema fragmentario del razonamiento moral que caracteriza a las sociedades occidentales también tiene incidencia en la noción de dignidad humana, controvirtiendo también su significado y alcance. Conviene en este sentido, efectuar un breve recorrido sobre las principales posturas y corrientes a este respecto.

III. a. Teoría legal o positiva de la fundamentación¹⁶

Quienes se enmarcan dentro de esta postura mantienen y

13 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (Preámbulo).

14 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Las cursivas con nuestras.

15 Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Las cursivas son nuestras.

16 Seguimos en este tópicó a la tipología delineada por Ramírez García y Pallares Yabur. Véase: RAMIREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, Ed. Trirant Lo Blanc, México, 2021, p. 71.

comparten un juicio evaluativo del que se sigue la dificultad para reconocer objetividad a ideas como la dignidad humana o valores como la justicia¹⁷. Como representante de este posicionamiento se encuentra, por ejemplo, Norbert Hoester, quien niega que el concepto de dignidad humana tenga carácter descriptivo. “La consecuencia –escribe Hoester– es que las controversias de aplicación son necesariamente controversias de valoración ética y, en tanto tales, por razones de principio, son (...) inaccesibles a una decisión científico–racional¹⁸. Por su parte, el emblemático Hans Kelsen sentenció en su Teoría Pura del Derecho que un derecho humano no es más que un reflejo de una obligación establecida por una norma jurídica positiva¹⁹. En otras palabras, los derechos humanos carecen de existencia como tales mientras no sean expresamente consagrados por el ordenamiento jurídico, siendo la noción de dignidad una categoría demasiado volátil como para hacer depender de ella el fundamento de los derechos.

III b. Teorías subjetivas: la autonomía individual como fundamento de los derechos²⁰

Según esta postura “la dignidad humana se actualiza en la posibilidad de una existencia autónoma, es decir, dado que no existen parámetros morales objetivos para calificar las conductas humanas como buenas o malas en sí mismas, es una prerrogativa

17 Ibid., p. 72.

18 HOESTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 99, citado por RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit., p. 72.

19 Ibid. P. 73, citando a KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1991, p. 148.

20 Ibid., p. 73.

natural de todo individuo realizar esta calificación para sus propias conductas”²¹. Esta concepción responde al esquema liberal de pensamiento, y concibe los derechos como prerrogativas del individuo frente a las decisiones de la mayoría y al poder estatal. Su aproximación gnoseológica al concepto de dignidad es más bien de tipo constructivista y subjetivo, más asociado a las preferencias personales²² que a dimensiones estructurales de la realidad o de la naturaleza humana. Como exponentes destacados de esta corriente encontramos a Carlos Nino, Robert Nozick y por supuesto, Ronald Dworkin, quien, en línea como el axioma constructivista, ha expresado con elocuencia que “un derecho (individual) debe ser un derecho a hacer algo cuando la mayoría piense que hacerlo está mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar ‘peor’ porque ese algo se haga”²³.

III. c. Teorías intersubjetivas de la naturaleza humana: el fundamento dialógico de los derechos humanos²⁴

Basada en el principio de construcción de discurso moral por consenso social. Esta alternativa se presenta a sí misma como la más adecuada para la conciliación de intereses en los casos de sociedades caracterizadas por el pluralismo moral, cuando no es posible arribar a consensos de carácter sustantivo. El tipo de consenso que se propone es de corte procedimental. En este sentido explican Ramírez García y Pallares Yabur que “la legi-

²¹ Ibid.

²² Ibid., p. 76.

²³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 289.

²⁴ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit, p. 77.

timación ética de las normas morales, jurídicas, etc., no deriva de su contenido sino del procedimiento por el cual han sido obtenidas, concretamente de aquel que tenga como resultado un *consenso racional*²⁵. En este posicionamiento se enmarca por ejemplo, Adela Cortina, quien propone dos modos de entender el consenso: o bien como pacto estratégico o bien como mutuo entendimiento²⁶. Concretamente, en lo referente a los derechos humanos, Cortina entiende que su fundamento está asociado a las “condiciones que debe cumplir un procedimiento dialógico para validar normas de carácter universal”²⁷.

III. d. Teorías objetivas de fundamentación de los derechos humanos

Explican Ramírez García y Pallares Yabur que estas teorías remiten a datos de la realidad cuyo “descubrimiento y conocimiento es el punto de partida para reconocer la existencia de derechos humanos objetivos e insoslayables”²⁸. En otros términos, las teorías objetivistas remiten a dimensiones estructurales de la realidad, inmodificables y constitutivas de la naturaleza humana que serían *a priori* las que tienen verdadera potencialidad justificativa del reconocimiento jurídico de los derechos humanos, y, sobre todo, de los deberes que les son correlativos.

²⁵ Ibid., p. 78.

²⁶ Cfr. CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 174.

²⁷ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit, p. 79, parafraseando a CORTINA, Adela, *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 248.

²⁸ Ibid., p. 80.

Así las cosas, las teorías objetivistas –también llamadas realistas– se diversifican en torno a la discusión sobre la materia que constituye el fundamento de los derechos. Siguiendo esa línea, encontramos posturas que sitúan la materia del fundamento, por ejemplo, en las necesidades humanas, la cual se explica en términos de carencia de algún bien indispensable para una vida digna²⁹. Nussbaum, por su parte, propone un abordaje desde lo que ella denomina “enfoque por capacidades”³⁰, y en ese orden de ideas, los derechos humanos juegan un rol cada vez más importante en la explicación de cuáles son las capacidades más importantes³¹, indicando a los gobiernos un mínimo nivel de capacidades que es necesario promover entre los ciudadanos³². Reforzando la tesis, arguye Nussbaum:

“... una lista de derechos humanos suele funcionar como un sistema de restricciones colaterales en la deliberación internacional y en los debates políticos internos. Es decir, solemos decir a los gobiernos que persigan el bien social tal como lo conciben, siempre y cuando no violen los puntos de esta lista. Creo que esta es una muy buena manera de pensar cómo debería funcionar una lista de derechos humanos básicos en una sociedad pluralista (...). De esta manera, concebimos las capacidades como un conjunto de objetivos —un subconjunto de los objetivos sociales totales— y

29 Ibid. p. 81, En este punto los autores citan como ejemplo de esta postura a AÑÓN, José María, “Fundamento de los derechos humanos y necesidades básicas”, en Ballesteros, Jesús, *Derechos Humanos. Concepto, fundamento y sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.

30 NUSSBAUM, Marta, Capabilities and human rights. *Fordham Law Review*, 66 (2), p. 275.

31 Ibid., p. 277.

32 Ibid., p. 279–280.

afirmamos que tienen una necesidad urgente de ser promovidas, independientemente de lo que también promovamos”³³.

Otras posturas han preferido colocar el eje de la fundamentación de los DDHH en la dignidad humana como atributo inherente al ser humano. Robert Spaemann intentó formular una respuesta al problema de la fundamentación de los derechos humanos por referencia al art. 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, el que rezaba que “la dignidad del hombre es inviolable”. De ahí que la noción de dignidad humana se aprehenda como el atributo específico “que contiene la fundamentación de todo lo que puede ser considerado como un derecho humano en general”³⁴. Partiendo de esta premisa, el profesor Massini explica que, para el profesor alemán, la “idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología metafísica, es decir, en una filosofía de lo absoluto”³⁵. No obstante, el concepto de dignidad tampoco ha podido escapar de las tenazas de la lógica contemporánea que controvierte y coloca en tela de juicio absolutamente todos los componentes de la realidad. Así, entonces, se discute la naturaleza verdaderamente ontológica de la dignidad humana y se la suele asociar –siguiendo una lógica utilitaria– al goce de determinadas condiciones materiales de vida tergiversando el orden de las premisas en juego.

33 Ibid., 300.

34 SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional*, trad. D. Innerarity y J. Olmo, Rialp, Madrid, 1989, p. 93.

35 MASSINI CORREA, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho Tomo I. El Derecho, los derechos humanos y el Derecho Natural*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 139.

No es el ser humano el que es digno porque accede a la satisfacción de determinadas necesidades o determinados bienes, sino que porque es digno se le debe procurar el acceso a dichas metas en orden a propiciar su perfectibilidad. Aquello que los clásicos denominaron bienes no son otra cosa que condiciones de perfección o realización humana para cualquier agente, en cualquier contexto o circunstancia. En esta misma línea el aporte más exhaustivo es el del profesor de Oxford John Finnis, quien ha ofrecido un esquema racional de argumentación para la fundamentación de los DDHH sobre la base de la prioridad ontológica del ser humano respecto del universo³⁶.

Finnis explica que, en la gramática contemporánea, lo que está implicado en la expresión ‘derechos humanos’ provee una forma de expresar virtualmente requerimientos de la razonabilidad práctica³⁷, y afirma la naturaleza moral de los llamados derechos humanos. Éstos, según Finnis, son naturales en la medida en que son exigencias de justicia, en consonancia con el tratamiento del Aquinate sobre el análisis del vocablo *jus*. Luego de una larga argumentación sobre el tratamiento filosófico de los derechos y sus implicaciones, Finnis afirma que cuando examinamos el contenido de las listas de los *Bill of Rights* (Declaraciones de derechos), las mismas constituyen “una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común”³⁸.

A su turno, el bien común es definido por Finnis como el modo de asegurar un conjunto de condiciones que posibilite la

36 Cfr. FINNIS, J., “The Priority of Persons”, en HOERDER, Jeremy (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford University Press, 2000, pp. 1–15.

37 FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 198.

38 *Ibid.*, 214.

realización, por cada individuo en la comunidad de su desarrollo personal³⁹, lo cual solo es posible en la medida en que se garantice a cada miembro de la comunidad el acceso a bienes humanos básicos⁴⁰ en tanto condiciones de realización humana. En otros términos, para Finnis, el logro del bien común depende en gran medida de que se garantice la efectividad de los derechos humanos⁴¹, constituyéndose éstos en dispositivos idóneos y eficaces para proteger jurídicamente la dignidad de las personas.

IV. Características y límites de los derechos humanos

La sola definición de la categoría analizada en su inherencia y vinculación con la condición específicamente humana ha determinado que los desarrollos teóricos y iusfilosóficos en torno a la caracterización de los mismos sea más bien pacífica y uniforme. En efecto, no parece haber discrepancias en considerar que los derechos humanos gozan de los siguientes caracteres:

(i) Universalidad: si los derechos humanos son aquellas prerrogativas que corresponden al ser humano por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, no parece razonable admitir excepciones de ninguna naturaleza en tal sentido, porque ello importaría una suerte de discriminación arbitraria e infundada que contraría la inteligencia misma del concepto. Pese a ello, hoy parecen emerger pretensiones que se enmarcan en el discurso de los DDHH y que entran en tensión atentan o entran en tensión

39 Ibid., 154.

40 Ibid. 155.

41 Ibid. 218.

con los llamados derechos *core* o “no derogables”⁴² como el derecho a la vida, o a la libertad de expresión entre otros.

Esta afirmación resulta congruente con el lenguaje que emplean los instrumentos jurídicos internacionales. Así por ejemplo, el Preámbulo de la DUDH de 1948 invoca como fundamento y base “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y su artículo 1 establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁴³. Por su parte, la Convención Europea de DDHH de 1950, reafirma la universalidad de los derechos con particular énfasis en el derecho a la vida cuando proclama: “El derecho [a la vida] de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”⁴⁴. Y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica formula una importante mención en respecto al fundamento preexistente al ordenamiento jurídico positivo de los derechos reconocidos en los siguientes términos: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la

42 SERNA, Pedro, “El discurso de los nuevos derechos humanos y la perspectiva genético crítica”, en *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, 2024, p. 35.

43 <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

44 https://www.echr.coe.int/documents/djchr/convention_spa

persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”⁴⁵. Seguidamente proclama la Convención en su art. 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y el art. 4. 1 reza: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”⁴⁶.

Del empleo de expresiones tales como “toda persona”, “nadie”, se advierte con palmaria claridad que es la misma humanidad la que funda el reconocimiento de los derechos y que esta característica de los derechos tiene una proyección y fuerza categórica, y en esa lógica, toda discriminación entre seres humanos de la naturaleza que sea resulta infundada y, por tanto, arbitraria.

El requisito de la universalidad también se evidencia en los sujetos obligados, que constituyen un colectivo indeterminado e igualmente universal.

(ii) Inalienabilidad e Imprescriptibilidad: Algo es inalienable cuando no es susceptible de enajenación de ninguna naturaleza. Los derechos humanos son indisponibles. En esa lógica, el no ejercicio de un derecho no implica su pérdida, porque como afirman Ramírez García y Pallares Yabur, la inalienabilidad se refiere a la titularidad del derecho más que a su ejercicio⁴⁷. A idéntica lógica responde el carácter de la imprescriptibilidad, y

⁴⁵ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit, p. 103.

en este sentido, el transcurso del tiempo no incide en la titularidad del derecho, aun cuando el mismo no se ejercite por que el fundamento es inherente a la naturaleza del titular más que a sus potencialidades prácticas.

(iii) Indivisibilidad e interdependencia: el primero de los caracteres hace referencia a la imposibilidad de que el contenido de los derechos (bienes humanos básicos) admita fragmentación⁴⁸, lo que equivale a afirmar que no resulta lógica ni jurídicamente concebible que sean objeto de interpretaciones contradictorias y excluyentes fundadas en diferencias políticas o ideológicas. La interdependencia es una implicación lógica de la indivisibilidad y supone la vinculación entre derechos de modo tal que la vulneración de alguno de ellos necesariamente conlleva a la vulneración de otros. A modo de ejemplo: si una persona es detenida y torturada arbitrariamente (sin juicio ni condena) se afecta no solo su derecho a la libertad, a la integridad física, la presunción de inocencia, el debido proceso, etc⁴⁹.

(iv) Progresividad: Sobre este carácter explican Ramírez García y Pallares Yabur que se trata de “una proyección al interior de la práctica de los derechos como respeto del orden institucional que ha satisfecho el deber de reconocerlos”⁵⁰. Concretamente,

48 Ibid., p. 106.

49 A título ilustrativo podemos ejemplificar el libro titulado *El Diario de Guantánamo* del año 2015 que es el relato de Mohamedou Ould Slahi, a quien el gobierno de Estados Unidos mantuvo detenido sin cargos, sin juicio ni condena durante catorce años en la prisión de Guantánamo. Slahi durante su detención fue sometido a torturas de diversa naturaleza, lo cual fue expresamente reconocido por las autoridades estadounidenses años más tarde.

50 RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit, p. 108.

se materializa en el imperativo que asumen los ordenamientos jurídico-positivos de mejorar las condiciones para el ejercicio de los derechos. En el contexto de las prácticas jurídicas, la progresividad se concreta, en la aplicación del principio pro persona (*o pro-homine*) por el cual “ante hipótesis de concurrencia de normas o sus respectivas interpretaciones, habrá de preferirse aquella aplicación que tenga como resultado el estado de cosas más favorable para el titular del derecho”⁵¹.

V. El problema del carácter absoluto. ¿Es posible hablar de derechos humanos absolutos?

Una de las ideas que ha calado hondo en nuestra cultura actual es que no hay derechos absolutos, sino que todos los derechos son limitados, en principio por la legislación que reglamenta su ejercicio. Esto se explica en gran medida al predominio en la mentalidad contemporánea de una racionalidad netamente utilitarista que mide la dignidad humana ya sea por adecuación a estándares de maximización de placeres o ventajas materiales de la mayoría o minimización de dolor, lo que en definitiva conduce a la formulación de categorizaciones arbitrarias entre vidas mejores y peores, más y menos dignas. Aún así, resulta pertinente realizar algunas precisiones a este respecto.

Por una parte, nuestra Constitución Nacional consagra el **principio de legalidad** en su art. 19, por el cual: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”. Este principio debe ser entendido, complementado y articulado con el llamado **principio**

⁵¹ *Ibid.*, p. 109.

de razonabilidad, el cual se encuentra expresamente consagrado en el art. 28 de la Carta Magna, según el cual: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Esto implica que toda vez que el Estado ejerza su poder de policía de modo tal que suponga algún tipo de limitación a los derechos, dicho ejercicio nunca podrá implicar vulneración y/o desnaturalización de los mismos.

Sobre este último principio, la CSJN ha sostenido que las leyes “son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecúan a los fines a cuya realización procuran o cuando consagran manifiesta iniquidad”⁵². En otros pronunciamientos el Alto Tribunal se ha expedido en análogo sentido: “las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en que resulten razonables y mantengan una adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y eviten conducir a una desnaturalización de los derechos del afectado”⁵³.

De la lectura de la jurisprudencia de la Corte se sigue que efectivamente los derechos humanos se encuentran sujetos a limitaciones las que se imponen en atención al interés público y a los derechos de terceros. El ejemplo más claro es el del derecho a la libertad. En efecto, siendo la libertad una prerrogativa inherente a la dignidad humana en tanto que entraña la capacidad de autodeterminación y la agencia racional, no obstante, la libertad ambulatoria puede ser sujeta a restricciones cuando así lo demande el interés de la sociedad.

52 Fallos 319: 2151, doctrina Barry.

53 Fallos 322:2468 y 333:993, entre otros.

Otro tópico vinculado a la limitación de derechos humanos o de derechos fundamentales es el que cae bajo la órbita del llamado **principio de proporcionalidad**, el cual ha sido ampliamente desarrollado por el iusfilósofo y jurista alemán profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy. Como punto de partida del tratamiento de los derechos humanos, Alexy formula una distinción elemental que sirve de axioma para su esquema subsiguiente y que es la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. A los primeros les adscribe calidad moral y adquieren el carácter de derechos fundamentales una vez que son efectivamente receptados por el ordenamiento jurídico positivo⁵⁴.

Asimismo, distingue entre reglas y principios. Las reglas constituyen mandatos definitivos⁵⁵. Son normas que contienen descripciones precisas de esquemas fácticos con asignación de consecuencias jurídicas igualmente precisas, de modo que la forma típica de aplicación es la subsunción⁵⁶ (encaje del hecho en la norma). Mientras que los principios constituyen mandatos de optimización en la medida en que exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁵⁷, siendo estos últimos los enunciados que consagran derechos fundamentales.

54 Véase: ALEXY, Robert, Derechos fundamentales y principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, 2011, pp. 24–26.

55 *Ibid.*, p. 12.

56 *Ibid.*

57 Cfr. Robert ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (1.ª ed., 1985). Traducción al inglés de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 47–49. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 67–69.

En este esquema, Alexy introduce la problemática referente a la posible tensión entre principios (y/o derechos) lo cual se resuelve a través de la ponderación, que es la forma específica de aplicación de los principios⁵⁸. A su vez, los principios se vinculan con el principio de proporcionalidad el que se subdivide en tres sub principios:

(i) *Principio de idoneidad*, por el cual se “excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado”⁵⁹.

(ii) *Principio de necesidad*: exige que “de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra”⁶⁰.

Tanto el principio de idoneidad como el de necesidad se refieren a las posibilidades fácticas de optimización en términos de ahorro de costos.

58 ALEXY, Robert, Derechos fundamentales y principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 13.

59 Ibid.

60 Ibid., p. 14. Alexy ilustra como corolario de este subprincipio un caso en el que el Tribunal Constitucional Federal alemán se expidió “respecto de las golosinas con forma de conejo de Pascua y Santa Claus, que estén hechas con arroz inflado. Con el fin de proteger a los consumidores de confundir dichos dulces hechos con arroz inflado por productos hechos de chocolate, se decidió prohibir las golosinas a base arroz inflado. El Tribunal argumentó que la protección de los consumidores podría ser lograda «en una forma igualmente efectiva pero menos restrictiva con una obligación de señalización» («in gleich wirksamer, aber weniger einschneidender Weise durch ein Kennzeichnungsgebot») (9). Por esta razón, la prohibición fue declarada como una violación al principio de necesidad y, en consecuencia, como contraria al principio de proporcionalidad”.

(iii) *Principio de proporcionalidad en sentido estricto*: este subprincipio, a diferencia de los dos anteriores, se refiere a las posibilidades jurídicas de optimización, en cuyo caso la ponderación deviene en inevitable, la cual se rige por una regla que estatuye: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁶¹. Esta ley debe ser completada con una fórmula de peso por la cual se asignará en el caso concreto mayor peso a un principio por sobre el otro.

En resumen, con este complejo y sofisticado mecanismo, Alexy pretende resolver las posibles tensiones que se generen entre derechos. De modo que aun cuando en abstracto se predique la absolutez o inalienabilidad a priori de los derechos humanos, la aplicación de este esquema conduciría a deducir la relatividad y circunstancialidad de los mismos en contextos fácticos de resolución de conflictos admitiendo la posibilidad de sacrificar o interferir sobre algún derecho fundamental cuando el beneficio que se obtiene sobre el derecho en conflicto sea significativamente mayor.

Queda subsistente entonces la pregunta de si existe algún derecho que tenga carácter absoluto, esto es, que no sea susceptible de ser sacrificado en beneficio de ningún otro. Ya se argumentó –al tratar la cuestión atinente a la fundamentación de los derechos humanos– sobre el carácter absoluto de la dignidad humana como base y justificación del reconocimiento de los derechos. Más aún, siguiendo al profesor Massini Correas, dicha fundamentación tiene carácter absoluto ya que los prin-

⁶¹ *Ibid.*, p. 15.

cipios en los que se funda son inexcusables e inexcpcionales⁶², los cuales con conocidos de modo intuitivo y evidente sin necesidad de discurso argumentativo⁶³. Es asimismo trascendente, en la medida en que la dignidad que corresponde a la persona humana se vincula con su grado de participación en el ser, es decir, trasciende a su conciencia⁶⁴.

En esa lógica, si cada derecho constituye un corolario de condiciones básicas realización de la vida humana en sociedad, es preciso por tanto reconocer la prerrogativa de carácter absoluto en lo que concierne a aquel bien que constituye el presupuesto ontológico para el ejercicio de cualquier otro derecho, a saber: la vida. Por consiguiente, la vida constituye o debería constituir un límite claro e infranqueable a la ponderación y a la proporcionalidad en cualquier conflicto de derechos.

VI. Síntesis conclusiva

Las líneas precedentes han perseguido el objetivo de delinear a grandes rasgos un componente de la cultura jurídica contemporánea, por ser, sin lugar a dudas, un concepto que atraviesa la vida pública, y que ha acaparado prácticamente todos los espacios en los que se desenvuelven las prácticas jurídicas y que, por esa misma razón, es objeto de intensos debates iusfilosóficos.

Por lo pronto, interesa puntualmente resaltar que los derechos humanos constituyen una gran conquista tanto desde

62 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. Tomo I. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, op. cit., p. 148.

63 Ibid., p. 147.

64 Ibid., 148.

una perspectiva teórica como práctica. Desde el plano teórico, supuso la admisión, en el ámbito de la ciencia jurídica, de la necesidad de contar con instrumentos axiológicos para la conceptualización, alcance y delimitación de categorías jurídicas, generando dispositivos técnicos idóneos para materializar condiciones elementales de justicia. Desde la praxis, ha implicado la incorporación de instancias de evaluación moral en los procesos de adjudicación contando con una herramienta eficaz que permite superar el rigorismo formal que otrora impuso el modelo decimonónico del derecho.

Sin perjuicio de todas las aristas que suscita la categoría desarrollada en este capítulo, los cuales, por su extensión y relevancia, resultan inabarcables, interesa puntualmente focalizar en su conceptualización, fundamento y caracterización, procurando que su estudio pueda contribuir a una aproximación lo más objetiva posible, por referencia a dimensiones estructurales de la realidad y de la naturaleza humana que resulten inmunes a los influjos de las ideologías. En palabras del profesor Massini Correas: “la realidad gnoseológicamente trascendente al sujeto es el carácter es el carácter de persona que constitutivamente compete a todo hombre que le otorga especial dignidad y eminencia y lo coloca sobre el resto de las cosas del universo”⁶⁵.

65 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. Tomo I. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, op. cit., p. 153.

Lecturas complementarias

Derechos Humanos y Ley natural⁶⁶

JOHN FINNIS

Los preceptos de justicia nos ordenan abstenernos de actos y omisiones que perjudiquen a otra persona o personas. Los preceptos de justicia, que ya sostenía Santo Tomás, tienen como objeto, razón de ser y fundamento el derecho de la otra persona o personas, es decir, aquello a lo que la otra persona tiene derecho de quien tiene el deber; un deber que (utilizando un lenguaje distinto al de Santo Tomás) podemos decir, por tanto, que es correlativo a ese derecho. Así pues (continúa Santo Tomás) la definición apropiada de justicia es la disposición a conceder o conceder a otra u otras su derecho o derechos. Esta es, en esencia, la concepción moderna de un derecho: tener un derecho es ser beneficiario de un deber impuesto por alguna ley o principio, ya sea de derecho estatal o de derecho natural. Una expresión posterior para expresar lo mismo se refiere a los derechos naturales que conllevan las leyes morales naturales, y una expresión aún más reciente para las mismas proposiciones se refiere a los derechos humanos. Si los derechos humanos se formulan o entienden sin tener en cuenta estrictamente los deberes individuales que son sus correlativos, son meras afirmaciones programáticas de un beneficio o interés que se reivindica como importante, pero que se reivindica sin el suficiente cuidado para especificar un deber correlativo, o para especificar quién tiene dicho deber. Hablar de derechos humanos es

66 FINNIS, John, "Natural Law, Practical Reason and Created Information" en *Persona y Derecho* N° VOL. 82 / 2020, pp. 19-38.

importante y verdadero solo cuando va acompañado de la atención para identificar a la persona o personas que tienen o tienen la carga correlativa: hacer o abstenerse de hacer algo específico, cuya acción u omisión afecta a un individuo o clase de individuos especificables de una manera, y en un grado, que es contrario a algún precepto aplicable de la verdadera moralidad.

Los derechos humanos, naturales y de derecho natural más claros y ciertos son aquellos en los que un bien humano básico está directa y estrechamente en juego, es decir, donde existe un deber claro y cierto de no elegir destruir, dañar o impedir la participación de una persona en ese bien. Los ejemplos más obvios son el derecho a la vida —a no ser asesinado intencionalmente ni mutilado (a diferencia de sufrir una amputación por la propia supervivencia o la salud en general)— y el derecho de A a casarse con B, quien está dispuesto a casarse con A y quienes juntos podrían entablar relaciones maritales, relaciones de las cuales podría surgir un hijo cuyos verdaderos padres serían A y B”.

Derechos fundamentales y Principio de Proporcionalidad

ROBERT ALEXY⁶⁷

Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la constitución. sin embargo, esto no es suficiente para explicar su naturaleza. La positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o fáctico. además de esto, ellos poseen una dimensión ideal. La razón para esto consiste en que los derechos fundamentales son

67 ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales y principio de proporcionalidad*, op. cit., pp. 24–25.

derechos que han sido consagrados en una constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo —la intención, en otras palabras, de positivizar los derechos humanos (43). Esta intención a menudo es tenida en cuenta —objetiva o subjetivamente— por el legislador constituyente. además, esta intención es una pretensión elevada por aquellos que estatuyen un catálogo de derechos fundamentales. En este sentido, ella es una intención objetiva. ahora bien, los derechos humanos son, en primer lugar, morales, en segundo lugar, universales, en tercer lugar, fundamentales, en cuarto lugar, abstractos y, en quinto lugar, son derechos que gozan de prioridad por sobre los demás tipos de derechos (44). Aquí solamente interesan dos de estas cinco propiedades: su carácter moral y su carácter abstracto. Los derechos existen solamente si son válidos. La validez de los derechos humanos qua derechos morales depende únicamente de su fundamentabilidad. Lo que pretendo demostrar consiste en que los derechos humanos son fundamentables en base a la teoría del discurso. el Leitmotiv de esta fundamentación consiste en efectuar afirmaciones, preguntas y argumentaciones. esta práctica presupone necesariamente reglas que expresen autonomía e igualdad (45). nada de esto puede ser desarrollado aquí. para los fines que nos ocupan ahora, lo único que interesa aquí es que los derechos humanos qua derechos fundamentales pertenecen a la dimensión ideal del derecho.

La segunda propiedad relevante es el carácter abstracto de los derechos humanos. ellos se refieren simplemente a objetos tales como libertad e igualdad, vida y propiedad, así como a la libertad de expresión y la protección del honor. como derechos abstractos, los derechos humanos colisionan inevitablemente con otros derechos humanos y con bienes colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad pública. Los derechos humanos, en consecuencia, requieren de la ponderación.

Podría objetarse que esto no sirve como argumento para demostrar la existencia de una conexión necesaria entre la ponderación o principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. una vez los derechos humanos se positivizan, ellos pasan a ser derechos positivos y nada más que derechos positivos. esto, sin embargo, podría significar una comprensión equivocada de la doble naturaleza de los derechos fundamentales. el carácter ideal de los derechos humanos no se desvanece una vez ellos hayan sido transformados en derecho positivo. al contrario, los derechos humanos permanecen conectados con los derechos fundamentales como razones en favor o en contra del contenido que ha sido establecido a través de la positivización y como razones exigidas por la textura abierta de los derechos fundamentales. por lo tanto, la dimensión ideal de los derechos humanos sobrevive, a pesar de su positivización.

.....

Análisis jurisprudencial

Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo (expediente digital).

Buenos Aires, 19 de noviembre de 2020.

1°) Que en la presente causa, cuyos antecedentes y objeto de la pretensión deducida fueron descriptos en el pronunciamiento de esta Corte del 29 de octubre de 2020, los actores solicitaron el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la Provincia de Formosa el inmediato ingreso al territorio provincial de los ciudadanos que se encuentran varados y esperando por retornar a sus domicilios y, si por la falta de infraestructura o condiciones edilicias, no se puede realizar la cuarentena obligatoria en los centros provinciales destinados al efecto, se les permita realizarla en sus domicilios o en hoteles costeados por ellos mismos.

En tal contexto, mediante la decisión ya señalada y sin pronunciarse respecto de su competencia originaria en la causa, el Tribunal decidió requerir a la Provincia de Formosa que informara la cantidad precisa de pedidos de ingreso de personas al territorio provincial que se presentaron desde la vigencia del “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado de Personas a la Provincia de Formosa” dispuesto por resolución 2/2020 del Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 o de cualquier otra medida o protocolo adoptado en el marco de la pandemia provocada por la propagación del coronavirus Covid-19, como así también cuántos de esos pedidos habían sido admitidos y rechazados, y cuántos otros se encontraban en ese

momento pendientes de autorización, debiendo precisarse la fecha en que habían sido solicitados y, en el caso de los admitidos, la fecha en la que se había otorgado la autorización y la del efectivo ingreso; debiendo en su caso informar si los ingresos se habilitan al momento de concesión de la autorización o a fechas diferidas; los criterios aplicados por las autoridades provinciales para resolverlos, el orden de prelación que se le asignan a las peticiones y las razones que podrían justificar su rechazo.

2°) Que el Estado provincial demandado informó: a) que en el marco del “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado” se habían registrado trece mil trescientos diecisiete (13.317) personas; b) que el Consejo de Atención Integral para la Emergencia Covid-19 no rechaza solicitudes de ingreso; c) que desde la implementación del aludido programa y hasta el día 30/10/2020 se habían efectivizado un total de cinco mil setecientos noventa y cinco (5795) ingresos de personas a la provincia; d) que a esa fecha se registraba la cantidad de siete mil quinientos veintidós (7522) solicitudes pendientes de autorización para los ingresos; e) que, de esas solicitudes pendientes, tres mil seiscientos sesenta y seis (3666) correspondían a personas que poseen domicilio en la Provincia de Formosa, y tres mil ochocientos cincuenta y seis (3856) a personas que registraban su domicilio fuera del territorio provincial; f) que los permisos se otorgan previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución n° 2/20 de dicho Consejo, conforme a las plazas disponibles en los Centros de Alojamiento Preventivo, a la evolución de la situación epidemiológica de la provincia, y por aplicación de los criterios y prioridades previstos en la normativa sanitaria; g) que, a la fecha informada, la provincia contaba con un total de mil cuatrocientas cincuenta y cinco (1455) plazas en sus centros de alojamiento,



los que se encontraban ocupados con ingresos programados para los meses de noviembre y diciembre; h) que conforme al orden de prioridad, se asigna una fecha de posible ingreso, supeeditando el otorgamiento de la autorización a la presentación de un test PCR (hisopado nasofaríngeo) con resultado negativo a coronavirus (covid-19), realizado dentro de las 72 horas. Señaló que la citada resolución n° 2/20 del Consejo de Atención Integral para la Emergencia Covid-19, del 21 de abril de 2020, establece el siguiente orden de prelación: A.- Personas que solicitan su retorno desde otros países. B.- Personas que solicitan su retorno desde otras provincias.

Destacó que el desarrollo del “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado de Personas a la Provincia de Formosa”, se sujeta a los siguientes Criterios Generales: a) Cantidad de plazas disponibles en los Centros de Alojamiento Preventivo (CAP) habilitados por el Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19. b) Lugar de procedencia de las personas y riesgo viral. c) Optimización de la relación capacidad–demanda del Centro de Alojamiento Preventivo (evaluación que se practica en relación a los lugares de procedencia de las personas y su riesgo viral, cantidad de solicitudes y capacidad del Centro de Alojamiento Preventivo).

d) Aceptación de las condiciones establecidas para el ingreso de personas a la Provincia de Formosa. e) Aceptación de la fecha comunicada para el Ingreso.

Explicó que también se realiza un análisis y clasificación de las solicitudes de retorno, gestionadas por el sitio web www.formosa.gov.ar/coronavirus, para la determinación del orden de prioridad, las que se autorizan siguiendo el siguiente orden de prioridades:

a) Fecha de gestión de la solicitud de retorno: otorga prioridad de orden a aquellas que poseen mayor antigüedad en la gestión de la solicitud.

b) Domicilio: otorga prioridad a las personas que posean domicilio real y efectivo en la Provincia de Formosa, asentado en el Registro Nacional de las Personas.

c) Razones o motivos por los que la persona se encuentra fuera de la provincia. Establecida la prioridad por fecha de gestión, y acreditado el domicilio o residencia efectiva en la provincia conforme los ítems a y b, enunciados precedentemente, el orden para el tratamiento de las solicitudes de autorización para retornar a la provincia, se establece a su vez, conforme los siguientes motivos:

c.1.- Salud: se refiere a aquellas personas que hayan requerido atención o prácticas médicas en centros sanitarios ubicados fuera de la Provincia de Formosa;

c.2.- Educación: se refiere a aquellas personas con residencia familiar real y efectiva en la provincia, que se encuentren en otra provincia con motivo de estudios terciarios, universitarios o de Post-grado; c.3.- Atención a Familiar: se refiere a aquellas personas que acrediten fehacientemente que se encuentran fuera del territorio provincial para prestar asistencia o atenciones a un familiar por razones de salud; c.4.- Trabajo: I. En primer orden, se refiere a aquellas personas que acrediten suficientemente una relación laboral o de servicios que deba cumplirse en la Provincia de Formosa, a quienes se asigna prioridad sobre las indicadas en el punto siguiente; II. Se refiere a las personas que se encuentran en otras provincias con motivo de una relación laboral de carácter temporal. c.5.- Vacaciones u otros motivos.

Por otro lado, indicó que se han establecido sendos controles a las personas que ingresan a su territorio.

El primero de ellos, en los ingresos habilitados a la provincia, en el que participan en forma conjunta personal sanitario y policial, oportunidad en la que se les toma la temperatura, se les realiza un cuestionario sanitario y el personal de seguridad procede a la notificación escrita e individual de cada persona, respecto del Centro de Alojamiento Preventivo asignado y su aceptación expresa por parte del interesado, como así también del formulario de aceptación de deslinde de responsabilidad y del consentimiento previo e informado de alojamiento preventivo y obligatorio, así como de la posibilidad de renunciar al cumplimiento de la medida y retornar a sus lugares de origen.

El segundo control se realiza en la Unidad de Pronta Atención de Contingencia (UPAC), ubicado en el Hospital de Alta Complejidad “Juan Domingo Perón”, en el que los profesionales de la salud realizan a las personas que ingresan un triage con toma de temperatura y se le formulan preguntas sobre síntomas compatibles con Covid-19, conforme a los protocolos sanitarios vigentes y se practica el hisopado nasofaríngeo (test PCR). En cuanto a los Centros de Alojamiento Preventivo (por motivos epidemiológicos) informó que se habilitó un sistema informático que permite el ingreso durante 48 hs. de todas las personas que van a realizar el aislamiento. Cumplido dicho término, el sistema no admite el ingreso de otras personas, de manera que se garantice que los resultados obtenidos al culminar la cuarentena sean los mismos.

Añadió que los Centros de Alojamiento Preventivo demandan que, con carácter previo al alojamiento de las personas, se lleve adelante la completa desinfección de las instalaciones y la



preparación con todos los elementos y servicios necesarios para la estadía de las personas que van a ser alojadas, como también de toda la infografía adecuada para que tengan permanente conocimiento y observen las medidas preventivas y de distanciamiento recomendadas para evitar el contagio de coronavirus Covid-19.

Cumplidos los controles a todas las personas que ingresan a un Centro de Alojamiento Preventivo (CAP), se les entrega un “Kit de Elementos de Protección Personal” que debe ser utilizado en todo momento elementos de higiene personal , y se les explica nuevamente las pautas de cuidado, prevención y manejo que habían sido notificadas y explicadas al ingreso a la provincia.

Agregó que, a todos los alojados en los Centros de Alojamiento Preventivo, se les provee de manera gratuita de todas las comidas diarias, y que cuentan con todos los servicios básicos e internet (wifi), agua fría y caliente, en cada uno de los diferentes sectores.

Las recomendaciones y medidas sanitarias que aplica el personal que asiste a las personas que son alojadas en los Centros de Alojamiento Preventivo, así como a estas últimas, se encuentran desarrolladas en los documentos “Protocolo de Prevención del Personal de Servicio en Centros de Alojamiento Preventivo Covid-19”, y “Protocolo de Prevención para las Personas Destinadas a Realizar Aislamiento Preventivo y Obligatorio en Centros de Alojamiento Preventivo”.

Puso de resalto que existen 44 Centros habilitados para la realización del Aislamiento Preventivo y Obligatorio, con -como se adelantó- una capacidad total de 1455 plazas.

A su vez, la demandada también destacó que, por fuera de lo que la provincia brinda gratuitamente, las personas que

puedan hacerlo actualmente tienen la posibilidad de ir a hoteles habilitados, en cuyo caso deberán hacerse cargo del costo de la estadía en el hotel, la alimentación, los hisopados, la atención médica y de la consigna policial extra que insoslayablemente debe haber. Y en todos los supuestos, tanto los destinados a los centros gratuitos como a los que asuman pagar hoteles, previa acreditación de PCR negativo.

3°) Que, a modo de síntesis de lo informado por la Provincia de Formosa -reseñado ut supra- en cuanto aquí importa respecto de lo denunciado por los actores y de la medida cautelar solicitada, y sin perjuicio de que la provincia no ha informado las fechas requeridas a ese respecto, corresponde concluir que, en algo más de seis meses (desde que se dispuso el sistema de ingreso ordenado y administrado a la provincia, el 21 de abril, y hasta la fecha informada, el 31 de octubre, ambas del corriente año), han logrado ingresar al territorio formoseño menos de la mitad de las personas que lo han solicitado -concretamente, un 43,5% de los pedidos registrados.

Respecto de las esperas sufridas por las personas solicitantes de ingreso para retornar a sus domicilios ubicados dentro de los límites provinciales -períodos durante los cuales se encontraban en las más variadas situaciones, algunas de ellas de alta vulnerabilidad-, conforme a la información brindada por la propia provincia respecto de tres de las personas individualizadas en el escrito inicial (Manuel Jesús Brito, Carlos Argentino Soto y Karen Elizabeth Alonso), en algunos casos se extendieron por cuatro (4) meses.

Por lo demás, habida cuenta de la información proporcionada a solicitud de esta Corte, esto es la cantidad total de plazas en los Centros de Alojamiento Preventivo, los ingresos ya

programados para los meses de noviembre y diciembre, el tiempo de permanencia mínima en dichos centros y las solicitudes pendientes de autorización, muchos de esos pedidos de ingreso demorarán varios meses más en ser satisfechos.

4°) Que los hechos denunciados que dieron lugar a la promoción de este proceso, exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 331:2925; 341:39, entre otros).

Ello es así, toda vez que le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328:1146; 330:111 y 4134;331:2925, entre otros).

5°) Que tal como este Tribunal lo señaló en la causa FRE 2237/2020/CS1 “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 10 de septiembre de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos el pasado jueves 9 de abril de 2020 emitió una Declaración titulada “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, cabe destacar, por su atinencia al caso y en tanto esta Corte la comparte, que: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

6°) Que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho a transitar libremente en su territorio, sin distinción alguna (artículos 8° y 14).

Por su parte, entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (aprobada por la ley 23.054), como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (aprobado por la ley 23.313), ambos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental), también reconocen en los incisos 1° de sus artículos 22 y 12, respectivamente, el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por él; y si bien el ejercicio de dicho derecho puede ser restringido en virtud de una ley cuando sea necesario para proteger, entre otras cosas, la salud

pública, lo cierto es que las restricciones deben ser compatibles con los demás derechos reconocidos en esos actos (incisos 3° de los artículos 12 y 22 citados).

7°) Que aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance.

8°) Que en el marco de las consideraciones particulares incluidas en la declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordada en el considerando 5°, cabe señalar que este Tribunal ha establecido que, aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, entre otros). El principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480).

9°) Que, pese a que no pueden desconocerse las facultades con las que cuenta la Provincia de Formosa para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la particular situación de emergencia sanitaria

de efectos mundiales que está transcurriendo, dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales.

Sin perjuicio de reconocer los propósitos de protección de la salud pública perseguidos por el “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado” instaurado por el Estado provincial, lo cierto es que, en los hechos, las restricciones establecidas por las autoridades locales no superan el test de razonabilidad que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional, al suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable, conforme surge del considerando 3° precedente. Sin que obste a tal conclusión la alternativa señalada por la provincia de ingresar asumiendo los costos económicos (estadía en hotel, alimentación, hisopados, atención médica y consigna policial). 10) Que, por otro lado, corresponde poner de resalto que habiendo transcurrido varios meses desde la puesta en práctica del referido “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado”, no se ha definido el tiempo de su vigencia ni de las medidas allí dispuestas, ni existen indicios de hasta cuándo se extenderán las restricciones al derecho a transitar libremente, derecho este especialmente reconocido en la Constitución Nacional y en los citados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En tales condiciones, aun cuando pudiesen resultar adecuadas a la tutela de la salud pública, las medidas adoptadas por las autoridades provinciales aparecen en su puesta en práctica, prima facie, como limitaciones irrazonables a la autonomía personal frente a la demora que se produce para concretar el ingreso de quienes lo requieren, incluso, de aquellas personas que, de acuerdo con la propia reglamentación local, se encontrarían dentro de los casos prioritarios.



Por lo demás, los planteos judiciales que se efectuaron en otras instancias por parte de los afectados por las restricciones en cuestión, y la cantidad de personas que fueron autorizados a ingresar a Formosa por esa vía –denunciados por el Estado provincial como una interferencia a las políticas sanitarias desarrolladas–, solo demuestran la insuficiencia del sistema instaurado para responder a la legítima demanda de pedidos de autorización de ingresos.

11) Que esta Corte ha sostenido que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía. La interpretación debe armonizarlos, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales (Fallos: 255:293; 272:231; 330:1989;333:2306).

Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico y de la medida de protección que el legislador ha considerado digno de revestir a uno y otro.

La cuestión radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico (Fallos: 302:1284).

En síntesis, a la luz de todo lo hasta aquí expresado, cabe puntualizar que la restricción de derechos en el marco de la aplicación de medidas de la naturaleza de las descriptas, no resulta prima facie razonable en su aspecto temporal (por las excesivas esperas reseñadas en el considerando

3° precedente) ni en el aspecto económico, en tanto supe-
 pedita el ejercicio de derechos a una determinada capacidad económica.

Por ello, en su condición de custodio de las garantías constitucionales, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida en relación a la competencia de esta Corte para entenderen el caso por vía de su instancia originaria, el Tribunal resuelve: Ordenar a la Provincia de Formosa que arbitre los medios necesarios de modo de garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial, con cumplimiento de las medidas sanitarias que estime pertinentes, de todos los ciudadanos que lo hayan solicitado, dentro del plazo máximo de quince días hábiles a partir del día de la fecha, ajustando el programa a las pautas constitucionales referidas en los considerandos anteriores. Notifíquese.



Análisis jurisprudencial



Actividades

Teniendo en cuenta el tópico desarrollado, los textos complementarios y el fallo de la CSJN responda las siguientes preguntas:

1) De la lectura de Finnis: ¿Qué rol juega la justicia en la noción de derechos? ¿Cuál sería la diferencia, según Finnis, entre derechos positivos y derechos naturales? ¿Cuál sería la naturaleza específica de los derechos humanos? ¿Cómo se define su sustancia y contenido? A partir de las tesis que surgen del texto: ¿Considera que para Finnis es posible hablar de derechos humanos absolutos? ¿Es el enfoque de Finnis un enfoque realista o constructivista? Justifique su respuesta.

2) De la lectura de Alexy: ¿Qué entiende Alexy por derechos fundamentales? ¿Hay alguna diferencia con los derechos humanos? ¿Cuál? ¿Qué característica le asigna Alexy a los derechos humanos? ¿A qué condiciona el autor la validez de los derechos humanos? A partir de las tesis que surgen del texto ¿Considera que para Alexy es posible hablar de derechos humanos absolutos? ¿Es el enfoque de Alexy un enfoque realista o constructivista? Justifique su respuesta.

3) A partir de la lectura del fallo Lee: ¿Cuál es el objeto del proceso? Describa brevemente la plataforma fáctica. ¿Qué derecho humano se ve controvertido? ¿Cuáles son los argumentos que opone el Estado demandado? ¿Qué resuelve la Corte y cómo fundamenta su resolución? ¿Qué fuentes jurídicas invoca el tribunal como fundamento de su fallo?

DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

Martín Usó

A la feliz memoria del

Prof. Juan Fernando Segovia

I. Introducción

Enseña el maestro Carlos I. Massini Correas que “la atribución al hombre de una positiva dignidad -o excelencia- que lo eleva axióticamente por sobre el resto de los entes del universo, se debe radicalmente a que, por la especial riqueza y apertura de su modo de existir, participa del ser de modo más pleno y perfecto”¹.

La noción de dignidad humana que se esboza en el párrafo transcrito, responde a la tradición del derecho natural realista, la que recoge la idea de la eminencia entitativa de la condición humana -propia de todo individuo de la especie al margen de accidentes- porque en su condición de humano, y como sustancia individual de naturaleza racional, no tiene el ser por sí mismo, sino que lo detenta, como “*imago dei*” que es, por participación del Ser Absoluto (Dios Padre Creador). A partir de tal participación en el ser es que a todo miembro de la especie humana, dotado entonces de valía por naturaleza, le es debido algo en razón de esa misma valía.

1 MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Filosofía del Derecho*. Tomo I: El derecho de los derechos humanos y el Derecho Natural. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Bs. As. 2005. Pág. 134..

A fin de ahondar en la singular condición de lo humano como ser participado, la que sustenta su dignidad, cabe citar a Massini Correas:

“.. (i) a pesar de la aceptación difundida de la idea de dignidad de la persona humana, las explicaciones modernas y contemporáneas más habituales de esa dignidad resultan radicalmente insuficientes, ya que consisten en los niveles lingüístico, social, fenoménico o dialógico, y presentan formulaciones reductivas de la personabilidad humana; (ii) una fundamentación adecuada de esa dignidad, que en cuanto tal es una perfección entitativa, ha de radicar en el principio de toda perfección posible, es decir, en el acto de ser (*esse*), principio constitutivo de todo cuanto existe, en especial de las realizaciones más plenas de los entes; (iii) el acto de ser de cada ente (lo que tiene ser) es una participación trascendental del ser en sí, del *ipsum esse subsistens*, que los entes reciben dentro de los límites estrictos de su naturaleza propia, es decir, restringidamente; (iv) en el caso del ser humano, éste es persona porque tiene una naturaleza racional, es decir, espiritual: abierta por la razón al conocimiento universal y por la voluntad al amor de todo bien; y por esto se trata de una naturaleza intrínsecamente valiosa y eminentemente superior al resto de los entes no-humanos, por lo que corresponde reconocer una especial dignidad de la persona humana; (v) esta naturaleza espiritual, que recibe el ser (*esse*) de modo excelente y por lo tanto superior, lo recibe no obstante como participación del ser en sí (*ipsum esse*) y por esta razón su conocimiento y su voluntad no son absolutas pura y simplemente sino sólo en referencia al resto de los entes naturales; (vi) de este modo, la justificación racional de la dignidad de la persona humana adquiere un carácter ontológico, referido

a la realidad misma del hombre, a su valor intrínseco, y no sólo a las manifestaciones, cualidades accidentales u operaciones que le son propias; en otras palabras, el hombre no es persona con dignidad porque conozca universalmente y actúe con libertad, sino que conoce y actúa de ese modo estrictamente porque es persona, y en cuanto tal revestido de una especial dignidad o eminencia”².

II. Noción contemporánea de matriz liberal

A esta noción de dignidad humana, se contraponen la noción contemporánea, arraigada en la matriz liberal de derecho natural, de clara filiación kantiana. Porque la noción de dignidad humana del iusnaturalismo realista, implica que todo ser humano, al margen de accidentes tales como posibilidad actual de discernimiento, capacidad intelectual, grado de desarrollo madurativo, etc., es sustancia de naturaleza racional; luego, aún sin discernimiento o conciencia actuales, que en su potencialidad o actualidad constituyen accidentes que inhieren en tal sustancia individual, está dotado de la dignidad entitativa de lo humano que constituye título jurídico válido para exigir la satisfacción de las prestaciones que constituyen los bienes básicos fundamentales que en el discurso contemporáneo se designan como derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 1 que:

2 MASSINI CORREAS, Carlos I: “Sobre dignidad humana y derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho.” Págs. 10 y 11. Recuperado de: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2808/1/sobre-dignidad-derecho-massini.pdf>

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”³.

Texto este que es literalmente reproducido por el primer párrafo del preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴.

Entendemos que en el texto transcrito la dignidad de los seres humanos depende de aquella dotación de razón y conciencia que refiere el propio texto, con lo que, implícitamente, quien no ostenta tales facultades no se ve alcanzado por la dignidad que garantiza el comportamiento fraternal de unos para con los otros.

En el lenguaje contemporáneo de los derechos humanos, la dignidad tornó de fundamento de tales derechos a singular derecho que funda derechos, en un giro tautológico de notorio carácter inmanentista. Así lo expresa el texto que tomamos de la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: “La dignidad humana es el derecho que tenemos todos los seres humanos a ser valorados como sujetos individuales y sociales, con nuestras características particulares, por el simple hecho de ser personas”⁵.

3 ONU: Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

4 OEA; *Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

5 ACNUR: “Artículo 1, igualdad, libertad y dignidad”. Recuperado de: https://eacnur.org/es/blog/derechos-humanos-articulo-1-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst#:~:text=La%20dignidad%20humana%20es%20el,simple%20hecho%20de%20ser%20personas.

Tanto los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como los más diversos cuerpos legislativos occidentales adoptan y sostienen la noción de dignidad humana, a la que los intérpretes contemporáneos, otorgan, preferentemente, el contenido de ascendencia kantiana, postulado por el filósofo prusiano en la tercera fórmula de su imperativo categórico en los términos siguientes: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio.”

Señala el Profesor Juan Fernando Segovia que para Kant:

“... la personalidad moral no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales, por eso una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma. La personalidad psicológica, en cambio, es nada más que la facultad de “hacerse consciente de la identidad de sí mismo en los distintos estados de la propia existencia”. La libertad positiva, concluye, consiste en la voluntad pura, independiente de los elementos empíricos; solo ella es el origen de la moralidad. En los sujetos racionales, la causalidad está en ellos mismos, esto es, autonomía, no heteronomía, porque las personas no son causalmente determinadas. Esto hace posible el imperativo categórico en moral: la idea de la libertad por la que el hombre pertenece al mundo de la razón, de lo inteligible, por lo cual todas las acciones se podrían conformar a la autonomía de la voluntad; y que, en tanto perteneciente al mundo sensible, se deben conformar a ella”⁶

6 SEGOVIA, Juan Fernando: “Immanuel Kant, la ilustración, el individuo y el estado”. Recuperado

III. Crítica liberal de la noción kantiana de dignidad humana

A partir de las reflexiones del profesor Thomas Gutmann de la universidad de Münster⁷, arribamos a la conclusión de que el concepto kantiano de persona humana no se identifica en absoluto con el de la antropología realista de cuño griego, latino, cristiano. Nuestro autor detecta:

“... un considerable potencial de exclusión del concepto kantiano de dignidad, según el cual solo las personas tienen derecho al respeto y solo ante ellas pueden existir deberes morales, al tiempo que, sin embargo, no todos los seres humanos son personas en sentido prescriptivo estricto (el concepto de persona en sentido prescriptivo sirve, según Gutmann –para caracterizar seres a los que se adjudican derechos subjetivos)”.

Efectuaremos seguidamente una extensa pero necesaria cita del texto del Prof. Gutmann para sustentar nuestras afirmaciones:

“Para la fundamentación de la fórmula del fin del imperativo categórico, Kant argumenta (en principio sólo como postulado) que “el hombre, y todo ser racional en general, [...]” existe “como fin en sí mismo”, que tiene, por tanto, “una dignidad, es decir, un valor incondicionado e incomparable” y puede por ello pretender “respeto” Que con los conceptos “hombre” y “humanidad” no se refiere Kant en estos pasajes a los seres pertenecientes al género homo sapiens,

de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8417392.pdf>.

⁷ GUTMANN, Thomas: “Dignidad y Autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana.” Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ef/n59/0121-3628-ef-59-00233.pdf>

se sigue del hecho de que pretende obtener los fundamentos de la filosofía moral del concepto de la razón pura práctica sin recurso alguno a los supuestos antropológicos. El principio moral fundamentado de esta manera tiene por ello que exigir validez “a todos los seres racionales” y sólo por ello y en esa medida puede “ser una ley para la voluntad humana. Por ello, la clase de los seres racionales (capaces de acción) no es idéntica a la especie biológica hombre. De una parte, seres racionales no-humanos, son imaginables, para Kant, “en otros planetas” y, de otra, no todos los hombres son seres racionales y por tanto personas caracterizadas con el atributo “dignidad”. No la naturaleza del hombre, sino la “naturaleza racional existe como fin en sí mismo”, sólo “los seres racionales se denominan personas. El estatus “persona” supone la imputabilidad de sus acciones y con ello la capacidad existente en acto para la autodeterminación según principios morales y (jurídicos). Kant aclara por ello en la Fundamentación que “moralidad” –es decir, nuestra capacidad de determinar la propia voluntad según leyes morales– es “la condición únicamente bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo”: “la moralidad y la humanidad, en tanto que ésta es capaz de la misma, es lo único que tiene dignidad”. La dignidad moral descansa en la capacidad de autodeterminación práctica según normas racionales. Por esta razón, Kant puede utilizar el respeto a la “humanidad” como sinónimo de respeto por la ley moral o por la libertad moral del hombre; sin embargo, el “verdadero objeto del respeto” es, según Kant, la voluntad individual en su capacidad de darse fines racionales (y determinarse, a la postre, moralmente, es decir, conforme al imperativo categórico). En otras palabras: “Autonomía es [...] el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”. Intrínsecamente valioso es el hombre singular, concreto, fenoménico, en virtud de su participación en lo

nouménico, es decir, si y en tanto que se distingue por la capacidad de obrar libre y racionalmente”⁸.

Las consideraciones del Profesor Gutmann se ven corroboradas por la imagen antropológica que del sujeto obligado moral y/o jurídicamente surge del opúsculo *“Acerca del refrán: ‘Lo que es cierto en teoría para nada sirve en la práctica.’* Y ello es así porque tal imagen es la de un burgués, auto nomo que se asigna a sí mismo las pautas morales y la legislación jurídico política bajo la que elige vivir. Burgués al que no se puede señalar en modo alguno el contenido de la buena vida, de la moral o del orden jurídico político, ya que cada uno ostenta el derecho a vivir según su proyecto individual de vida.

La caracterización de ese sujeto que se legisla a sí mismo, y es igual a sus congéneres, se corona en su condición de propietario (poseedor de propiedad privada de valor económico), la que le permite sustentarse con sus rendimientos.

Quien no ostenta las tres condiciones, no es sujeto jurídico pleno, luego, no es persona, luego, no está incluido entre los seres que son fines en sí mismos y nunca medios, personas y, en tal condición no ostentan la dignidad de persona.

En el apartado “De la relación entre teoría y práctica en el derecho político”, del opúsculo en comentario, el filósofo prusiano postula que:

“... el estado civil, considerado simplemente como estado jurídico, se funda en los siguientes principios a priori: 1. La libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre. 2. La igualdad

8 GUTMANN, Thomas: Op. Cit. Págs.. 4, 5.

de éste con cualquier otro, en cuanto súbdito. 3. La independencia de cada miembro de una comunidad, en cuanto ciudadano”.

“La unión de muchas personas en orden a cualquier fin (fin común, que todos tienen) se halla en todo contrato social; pero la unión de estas personas que es fin en sí misma (fin que cada uno debe tener), por tanto la unión en todas las relaciones externas, en general, de los hombres –que no pueden evitar verse abocados a un influjo recíproco–, es un deber primordial e incondicionado; tal unión sólo puede encontrarse en una sociedad en la medida en que ésta se halle en estado civil, esto es, en la medida en que constituya una comunidad. Ahora bien: este fin que en semejante relación externa es en sí mismo un deber, e incluso la suprema condición formal (*conditio sine qua non*) de todos los demás deberes externos, viene a ser el derecho de los hombres bajo leyes coactivas públicas, mediante las cuales se puede atribuir a cada uno lo que es suyo y garantizárselo frente a una usurpación por parte de cualquier otro”.

Esa *libertad en cuanto hombre*” consiste en la potestad que asigna el autor a cada individuo:

“Nadie puede obligar a otro a ser feliz a su modo... es lícito a cada uno... buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)⁹.”

⁹ KANT, Immanuel: “Acercas del refrán: ‘Lo que es cierto en teoría para nada sirve en la práctica’”. Editorial Tecnos. Madrid. 2003. Págs. 35, 36.

La determinación y ejecución de tal proyecto, implica que se es persona en el sentido kantiano, solamente si se está en ejercicio actual y activo de la racionalidad autónoma en aquel implicada. Ello es así ya que, para la gnoseología kantiana, las esencias, las naturalezas universales de los entes son incognoscibles, luego, racionalidad y libertad no constituyen al hombre por naturaleza, sino que lo tornan persona solamente cuando se hallan actualizadas en el obrar.

La igualdad en cuanto súbdito es concebida por el autor como aquella por la cual “cada miembro de la comunidad tiene derechos de coacción frente a cualquier otro.”, para continuar señalando que:

“... a cada miembro de la comunidad le ha de ser lícito alcanzar dentro de ella una posición de cualquier nivel (de cualquier nivel que corresponda a un súbdito) hasta el que puedan llevarle su talento, su aplicación y su suerte”¹⁰.

Luego, el autor se refiere a la independencia de un miembro de la comunidad en cuanto ciudadano como aquella en la cual:

“... en lo tocante a la legislación misma, todos los que son libres e iguales bajo leyes públicas ya existentes no han de ser considerados iguales, sin embargo, en lo que se refiere al derecho de dictar esas leyes... aquel que tiene derecho a voto en esta legislación se llama ciudadano (citoyen, esto es, ciudadano del Estado, no ciudadano de la ciudad, bourgeois). La única cualidad exigida para ello, aparte de la cualidad natural (no ser niño

¹⁰ Op. Cit. Pág. 37, 38.

ni mujer), es ésta: que uno sea su propio señor (sui iuris) y, por tanto, que tenga alguna propiedad (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga; es decir, que en los casos en que haya de ganarse la vida gracias a otros lo haga sólo por venta de lo que es suyo[*], no por consentir que otros utilicen sus fuerzas; en consecuencia, se exige que no esté al servicio –en el sentido estricto de la palabra– de nadie más que de la comunidad”.

Este individuo fin en sí mismo, no podría asignarse tal condición si careciera de autoconciencia. De tal modo, resulta dotado de esa especial dignidad que confiere la racionalidad moral humana, solamente el individuo que, en absoluto dominio de sus capacidades cognitivas, puede actuar según máximas que pueda pretender se erijan en norma universal, las que lo conducirán a concebirse a sí y a los demás como fines y no como medios. Este sujeto, es el dotado, para el liberalismo kantiano de la dignidad que lo entroniza como titular de derechos humanos. Y es la voluntad legisladora del individuo lo que lo hace soberano,

Enseña el Prof. Segovia, que la voluntad de todo ser racional, que es una voluntad universalmente legisladora, es el principio fundamental tanto de la ética como de la política. Esa libertad, de carácter eminentemente negativo, es caracterizada por el Prof. Segovia como:

“... aquella que consiste en la autodeterminación según la autolegislación de la voluntad racional, es, para este intelectual, absoluta; por otro lado, la independencia hace de cada ciudadano un colegislador, de modo que, en el momento constitutivo de la sociedad política, se entremezclan ambas autonomías legiferantes,

la de cada individuo para sí y la del pueblo devenido república. Sin embargo, la formulación kantiana contiene un aspecto problemático por incierto: si fuera “simplemente posible”, dice que el pueblo prestase su conformidad a una ley pública (como puede ser el contrato original), entonces –continúa– se deberá tener por legítima la ley, aun cuando cada individuo, teniendo mejor conocimiento o posición actual, “probablemente denegaría su conformidad”¹¹.

Se advierte que tras la concepción kantiana de la personalidad que se auto constituye y autoconstituyéndose, se auto norma, estableciendo ella misma por sí y para sí el marco regulatorio de conductas, late la vocación gnóstica de todo el pensamiento de la modernidad, vocación que no se circunscribe solo a ese período histórico.

Fue el sofista Protágoras, contemporáneo y rival de Sócrates quien sintetizara acabadamente el antropocentrismo absoluto con su *dictum* “el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en tanto que son y de las que no son en tanto que no son.”

El *hombre medida de todas las cosas*, se yergue desde la filosofía crítica kantiana, en el baremo que imperativo categórico mediante, establece las condiciones de posibilidad de los órdenes moral y jurídico político. Y, establecidas estas, es ese mismo sujeto el que contrato social mediante, presta su consentimiento y funda la república, dotándola de régimen jurídico cuya fuente no es otra que su propia razón.

Aquí es donde se hace evidente la vocación gnóstica del proyecto kantiano. Ya que la razón humana que el prusiano considera incapaz de conocer la cosa en sí, funda los órdenes

11 SEGOVIA, Juan Fernando: op cit. Pág. 44.

moral y jurídico mediante el imperativo categórico en su primera formulación, al establecer que resultará moral aquella conducta concebida por el sujeto auto nomo, que este pueda concebir se tornara en ley de conducta universal.

Ese mecanismo puramente formal, en el que lo correcto o incorrecto es aquello que encaja en la fórmula del imperativo categórico, sin atender a contenido alguno de bien material, es el que sitúa al sujeto kantiano como poseedor de la ciencia del bien y del mal, el hombre libre, igual a sus congéneres en tanto súbdito y propietario, se erige en legislador universal, es como Dios, aquí radica la vocación gnóstica de la concepción kantiana de la razón práctica.

Y es de esta matriz, de donde surgen los derechos humanos como guías del proyecto individual de vida de cada quien, limitado solamente por la libertad de los restantes auto nomos a desplegar y ejecutar el suyo propio.

Volvemos al librito *“Acerca del refrán: ‘Lo que es cierto en teoría para nada sirve en la práctica’*”:

“... el concepto de un derecho externo en general procede enteramente del concepto de libertad en las relaciones externas de los hombres entre sí, y no tiene nada que ver con el fin que todos los hombres persiguen de modo natural (el propósito de ser felices) ni con la prescripción de los medios para lograrlo; de suerte que, por tanto, este fin no ha de inmiscuirse de ninguna manera en aquella ley a título de fundamento para determinarla. El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal; y el derecho público es el conjunto de leyes externas que hacen posible tal

concordancia sin excepción. Ahora bien: dado que toda limitación de la libertad por parte del arbitrio de otro se llama coacción, resulta que la constitución civil es una relación de hombres libres que (sin menoscabo de su libertad en el conjunto de su unión con otros) se hallan, no obstante, bajo leyes coactivas; y esto porque así lo quiere la razón misma, y ciertamente la razón pura, que legisla *a priori* sin tomar en cuenta ningún fin empírico (todos los fines de esta índole son englobados bajo el nombre genérico de «felicidad»); como a este respecto, y a propósito de aquello en lo cual cada uno cifra su fin empírico, los hombres piensan de modo muy diverso, de suerte que su voluntad no puede ser situada bajo ningún principio común, síguese de ahí que tampoco puede ser situada bajo ninguna ley externa conforme con la libertad de todos”¹².

Más adelante añade Kant:

“La libertad en cuanto hombre, cuyo principio para la constitución de una comunidad expreso yo en la fórmula: «Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)”.

Un gobierno que se constituyera sobre el principio de la benevolencia para con el pueblo, al modo de un padre para

12 KANT, Immanuel: Op. Cit.:págs. 35/36.

con sus hijos, esto es, un gobierno paternalista (*imperium paternale*), en el que los súbditos –como niños menores de edad, incapaces de distinguir lo que les es verdaderamente beneficioso o perjudicial– se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe de Estado cómo deban ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor despotismo imaginable (se trata de una constitución que suprime toda libertad a los súbditos, los cuales no tienen entonces absolutamente ningún derecho). No un gobierno paternalista, sino uno patriótico (*imperium non paternale, sed patrioticum*), es el único que cabe pensar para hombres capaces de tener derechos, tomando en consideración, al mismo tiempo, la benevolencia del soberano. Porque el modo de pensar patriótico es aquel en que cada uno de los que se hallan dentro del Estado (sin excluir al jefe) considera a la comunidad como el seno materno, o al país como el suelo paterno, del cual y sobre el cual él mismo ha surgido, y al que ha de legar también como una preciada herencia; es aquel modo de pensar en que cada uno sólo se considera autorizado para preservar sus derechos mediante leyes de la voluntad común, pero no para someter a su capricho incondicionado el uso de todo ello. Este derecho de libertad le asiste al miembro de la comunidad en cuanto hombre, es decir, en tanto que se trata de un ser que, en general, es capaz de tener derechos.”

Se advierte en los párrafos transcriptos, que, para el filósofo, la función del poder político no es otra que la de fungir de árbitro componedor de las interferencias que los proyectos de vida de cada auto nomo puedan generar con los proyectos de vida de

cualesquiera otros, estando vedado al gobernante el establecer fines específicos de la acción pública desplegada como política.

Luego, desaparece por completo la causa final de la comunidad política tal como la concibe la doctrina iusnaturalista tradicional, esto es el bien común, que no implica en modo alguno sumas de bienes particulares.

Podemos ilustrar el concepto tradicional de bien común político con dos ejemplos:

El primero de ellos, es el del orden del tráfico vehicular en la ciudad contemporánea: este orden, establecido mediante la señalética urbana diseñada por la ley de tránsito, consiste en el conjunto de prescripciones (algunas de ellas meramente convencionales, tal como detenerse ante la luz roja del semáforo y avanzar ante la luz amarilla) mediante las cuales se ordena el tránsito por la calzada de modo de reducir a mínimos aceptables las contingencias de accidentes.

El bien descrito, es fruido por la totalidad de los transeúntes, peatones y conductores de vehículos diversos sin que el aumento del tránsito implique mengua alguna del bien de orden disponible para el resto de los habitantes.

Otro tanto sucede con el conocimiento. La apropiación de nociones de matemáticas o de cualquier otra disciplina no implica mengua del conocimiento disponible y accesible para los demás integrantes de la comunidad.

IV. Reflexiones finales

Al contenido kantiano de la noción de dignidad humana., se contrapone radicalmente la que designamos como concepción del iusnaturalismo realista, ya que esta se yergue sobre la certeza

de que el hombre no se tiene a sí mismo por fin de sus operaciones, su causa final es Dios Uno y Trino, quien, creándolo a su imagen y semejanza, le participa el ser, al otorgarle entidad de “sustancia individual de naturaleza racional” al decir de Boecio.

Es esta la dignidad que funda los derechos subjetivos inalienables de todo individuo, designados contemporáneamente como derechos humanos, de la que participan todos los miembros de la especie, al margen de los accidentes que determinen a la sustancia humana, tales como la conciencia o inconciencia, la posesión o pérdida de la razón, y que los iguala como titulares de tales derechos y como merecedores y receptores del respeto que la preservación de tal dignidad implica.

A riesgo de reiterarnos, queremos poner de resalto que, el peligro que las concepciones liberales de los derechos humanos y de la dignidad del hombre ínsita en ellos implica, radica en el hecho de que esos derechos subjetivos, consagrados por la libre voluntad autónoma del ser racional en acto que es el hombre del liberalismo, no solamente excluyen a quienes, a pesar de los accidentes de la integridad psicofísica, son ineludiblemente personas.

Dado que la lista de tales derechos “humanos” en su aceptación contemporánea, depende del legislador que así los designa desde su particular arbitrio, la idea de dignidad ínsita en ellos, depende de ese mismo arbitrio.

Así, nos encontramos en la actualidad, con sistemas jurídicos que despojan de dignidad y por tanto de derechos, a los enfermos terminales, a los niños por nacer, e inclusive, como sucede hoy en Canadá, a pacientes aquejados de dolencias psíquicas.

Y no son pocas las voces que hoy se alzan para justificar la disposición que consideramos arbitraria, de esas vidas, bajo argumentos tales como la prioridad del proyecto individual de

vida profesional por sobre el derecho a la vida del niño por nacer, o el alto costo que el tratamiento del enfermo terminar irroga al sistema de salud, costo que reputan orientable a la atención de personas con mayores chances de sobrevida o con mejores chances de reincorporarse a la vida activa.

Subyace, en el fondo de estas concepciones, un cálculo de evidente naturaleza utilitarista y crematística, que permite concluir que la dignidad humana aumentaría, para tales concepciones, con la posibilidad de sobrevida o de reincorporarse a la vida productiva, y disminuiría cuando tales probabilidades de recuperación lo hicieran,

Y no está de más insistir en que defendemos, desde la matriz tradicional del derecho natural, que la dignidad de la persona humana y la exigibilidad de las prerrogativas que en ella se fundan, brota de la condición de natura creada, de ser por participación que ostenta el compuesto humano de cuerpo mortal y alma inmaterial e inmortal.

El fallo elegido concibe en pugna la seguridad jurídica que garantiza a los acreedores en específico y a la actividad negocial en general, el régimen de privilegios de la ley falencial, contra los derechos a la vida, la salud, y la dignidad de la paciente víctima de mala praxis.

No obstante, percibimos que las disidencias que integran el decisorio comentado, asumen una noción de dignidad humana más cercana a la concepción sustancial proveniente del iusnaturalismo de tradición clásica, que a la noción del individualismo ilustrado kantiano, al priorizar el segundo término del dilema, e instaurar un privilegio *extra lege* especial de primer orden y de cobro prioritario respecto a cualquier otro, con el argumento de atender a tal acreencia y mediante ella, a la salud y dignidad de la niña.

Lecturas complementarias

Digresión sobre dignidad humana y derechos

CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS

Antes de analizar las cuestiones que se presentan ante la posibilidad de fundar los derechos humanos en la dignidad de las personas, es conveniente traer a colación algunas de las consideraciones efectuadas sobre esa problemática por el filósofo alemán Robert Spaemann. Ellas habrán de esclarecer su alcance y sus implicaciones, permitiendo afrontar luego las objeciones con el camino ya parcialmente desbrozado. Spaemann se refiere a este tema en varios de sus libros pero es fundamentalmente en una colección de ensayos, publicada bajo el título de *Lo natural y lo racional*, donde el profesor de Munich desenvuelve sus ideas sobre la dignidad de la persona humana y su vinculación con los derechos.

Para Spaemann las respuestas al problema de la fundamentación de los derechos humanos oscilan entre los extremos de una alternativa que parece insuperable: (i) o bien se entienden esos derechos como reivindicaciones que corresponden a cada hombre en razón de su pertenencia a la especie *homo sapiens*, o bien: (ii) los derechos humanos son reivindicaciones que nosotros nos concedemos recíprocamente gracias a la creación de sistemas de prerrogativas, con lo cual depende del arbitrio del creador de tal sistema de derechos en qué consistan estos derechos y cómo se delimite el ámbito de las reivindicaciones legítimas.

Esta última solución es la propuesta por los diversos positivismo, que no aceptan la idea de, un *mínimum* debido a todo hombre y sus- traído de la arbitrariedad del poder del legislador humano; pero resulta que, sin esta prepositividad, afirma Spaemann, "no tendría ningún sentido hablar de derechos humanos, porque un derecho que puede ser

anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derecho. Los derechos humanos entendidos de modo positivista –concluye– no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables.

En la búsqueda de una alternativa a esta concepción débil de los derechos, Spaemann toma como punto de partida al artículo I, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que afirma escuetamente: "La dignidad del hombre es inviolable". Este concepto de dignidad humana no indica –para el filósofo alemán– "un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de todo lo que puede ser considerado como derecho humano en, general Pero 'esto plantea' inmediatamente la pregunta de cómo se relacionan entre sí dignidad, humana y derechos humanos, a lo que responde que esta idea, relativamente tardía en la cultura occidental, remite siempre a la noción de "fin en sí mismo por antonomasia" y no se trata aquí, aclara, de que el hombre sea el mayor fin para sí mismo, sino que es "un absoluto fin en sí mismo". Y no puede tratarse de un mero fin para sí porque, entre otras cosas, "si todo valor es relativo al sujeto que valora, no se puede llamar crimen a la aniquilación completa de todos los sujetos que valoran.

Por lo tanto, para Spaemann, la idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología metafísica, es decir, en una filosofía de lo absoluto. La presencia de la idea de lo absoluto en una sociedad es una condición necesaria –aunque no suficiente– para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo absoluto que es el hombre. Dicho de otro modo, sólo unos principios éticos objetivos, es decir, que no dependan de los contenidos de conciencia de los demás hombres –y aún menos de la conciencia del titular– pueden fundar derechos humanos en serio, es decir que valga la pena exigir.

La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos

JÜRGEN HABERMAS¹³

Aunque ya en la antigüedad se estableció una estrecha relación entre *dignitas* y persona, es en las discusiones medievales sobre el hombre creado a imagen y semejanza de Dios cuando por primera vez sobresale de su estructura funcional la persona individual. Cada sujeto aparece como una persona no fungible ni intercambiable en el Juicio Final. Otra estación en la historia conceptual de la individualización es la que representan los planteamientos de la escolástica tardía española sobre la distinción entre derechos subjetivos y el orden natural objetivo. El momento decisivo es, sin duda, la moralización de la concepción de la libertad individual por Hugo Grocio y Samuel Pufendorf. Kant agudiza deontológicamente esta concepción con un concepto de autonomía que paga su radicalidad con el precio de un estatus incorporeal de la voluntad libre en un supraterrrenal “reino de los fines”. La libertad consiste ahora en la capacidad de la persona para la auto legislación racional. La relación de los seres racionales entre sí está determinada por el reconocimiento recíproco de la voluntad general legisladora de cada uno, de modo que uno “nunca [debe] tratarse a sí mismo ni a nadie simplemente como un medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí mismo”. Con ello se dibujan las fronteras de un ámbito que debe permanecer absolutamente excluido de la posibilidad de disposición de un tercero. La “dignidad ilimitada” de cada persona reside en

13“ La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos de Jürgen Habermas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol 44, año 2010, págs. 105 a 121. Recuperado de: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/501/591>

la pretensión de que todos los demás respeten como inviolable esta esfera de la voluntad libre.

Curiosamente la dignidad humana no recibe con Kant importancia sistemática alguna; la totalidad de la carga de la justificación la lleva la explicación filosófico–moral de la autonomía: “autonomía es, por tanto, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de cualquier naturaleza racional”. Antes de que podamos saber qué significa “dignidad humana” debemos “comprender el reino de los fines”. En la teoría del derecho Kant introduce los derechos humanos –o más bien el derecho “único” que corresponde a cada uno en virtud de su humanidad– en conexión directa con la libertad de todos, “en tanto que puede existir junto con la libertad de los demás según una ley general”. También él considera que los derechos humanos sacan el contenido moral, que expresan pormenorizadamente en el lenguaje del derecho positivo, de la fuente de una dignidad humana que se entiende de forma universal e individual. Ahora bien, ésta coincide con una libertad inteligible más allá del espacio y del tiempo, y abandona las connotaciones de estatus que son las que la cualifican para ser el vínculo de conexión histórica entre moral y derechos humanos. El *quid* del carácter jurídico de los derechos humanos reside, empero, en que protegen una dignidad humana que cobra sus connotaciones de autoestima y reconocimiento social de un estatus existente en el espacio y en el tiempo, en concreto en el del ciudadano de un Estado democrático.

.....

Análisis jurisprudencial

Vistos los autos: “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”.

Considerando:

1º) Que en el marco del incidente de verificación promovido en la quiebra de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los artículos 239 párrafo 1º, 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2º de la ley 24.522 y verificado a favor de M.B.L. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. Como consecuencia de ello, le asignó a dicho crédito el carácter de quirografario y dejó sin efecto el pronto pago dispuesto por el juez de grado respecto de la porción privilegiada del crédito.

2º) Que para así decidir, la alzada destacó que el crédito de M.B.L. tenía su causa en una indemnización derivada de los daños que sufriera con motivo de la mala praxis médica durante su nacimiento y que no se encontraba alcanzado por ninguno de los privilegios previstos en la ley 24.522. Consideró que el régimen de privilegios concursales era compatible con los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las restantes normas internacionales invocadas, las que no contemplaban de modo específico la situación del niño titular de un crédito en el marco de un proceso universal, ni establecían preferencia de cobro alguna respecto de los restantes acreedores

concurrentes por su condición de tal. Por ello concluyó que no se encontraban en pugna el interés superior del niño y el derecho de los acreedores hipotecarios a hacer efectiva la preferencia que les concedía el sistema concursal.

Asimismo, el *a quo* sostuvo que los privilegios solo podían resultar de la ley y obedecían a características propias del crédito y no del acreedor; advirtió que el reclamo de M.B.L. no se encontraba conformado por prestaciones cuya ausencia pudiera poner en juego su derecho a la vida, a la dignidad y a la salud como menor discapacitada, sino que se trataba de un derecho de carácter exclusivamente patrimonial, transmisible y renunciabile que nació con motivo de un incumplimiento de una relación contractual, con absoluta independencia de su condición de niña y a la que el legislador no le había reconocido preferencia de cobro con respecto a otras obligaciones del deudor. Precisó que era el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas en las convenciones internacionales en las que el magistrado de grado había fundado su decisión y, por ende, quien debía asegurar el pleno goce de los derechos en cuestión, sin que correspondiera trasladar esa obligación a los demás acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido, como sucedería en el caso con los acreedores hipotecarios que verían postergado el pago de sus créditos.

3º) Que contra dicho pronunciamiento los incidentistas, la Fiscal General ante la cámara y la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante ese mismo tribunal –esta última al adherir a la presentación de la fiscal– dedujeron sendos recursos extraordinarios, que fueron concedidos.

4º) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el tratamiento de los agravios por la vía del recurso

extraordinario toda vez que la decisión del a quo ha sido contraria al derecho que los apelantes fundan en las normas internacionales que invocan, de incuestionable naturaleza federal (artículo 14 inciso 3° de la ley 48). Cabe recordar, a su vez, que cuando está en debate el alcance e interpretación de normas federales esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (confr. Fallos: 330:3836; 331:1369; 338:88; entre otros).

5º) Que para una mejor comprensión de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal conviene precisar, con relación al origen del crédito, que en 2006 la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil admitió la demanda por daños y perjuicios que oportunamente promovieran los progenitores de M.B.L. -como consecuencia de .la mala praxis médica sufrida por la menor al momento de su nacimiento- y condenó solidariamente al médico Pablo Roque Pantoni y a la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia a pagar S 400.000 en favor de M.B.L., \$ 100.000 en concepto de gastos y tratamientos y \$ 6.000 para cada uno de los progenitores, con intereses. Asimismo, hizo extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía “La Fortuna S. A. Argentina de Seguros Generales” en los términos del artículo 118 de la ley 17.418 (fs. 6/13).

Paralelamente a la sustanciación de ese proceso de daños y perjuicios, la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia se presentó en concurso preventivo y, finalmente, se declaró su quiebra. En ese contexto, los padres de la menor promovieron un incidente a fin de que se verificara el crédito proveniente de dicha indemnización con privilegio especial y prioritario de cualquier otro, a cuyo fin solicitaron la declaración de incons-



titucionalidad del régimen de privilegios establecido en la ley concursal y, en tanto la titular del crédito era una menor que sufría una incapacidad absoluta, pidieron su pago inmediato con los primeros fondos existentes en la quiebra (fs. 15/18 vta.).

En tal situación, los progenitores de la menor denunciaron a fs. 74 el acuerdo alcanzado, en el proceso civil, con el code mandado Pablo Roque Pantoni por la suma de \$ 164.000, monto que habrá de deducirse del total verificado con la imputación que de allí resulta.

6º) Que así delimitado el conflicto, corresponde al Tribunal decidir si la calificación del crédito en cuestión como quirografario lesiona derechos de raigambre constitucional y autoriza a admitir que M.B.L. tiene derecho a percibir el crédito' verificado a su favor con preferencia a los restantes acreedores falenciales, con sustento en las normas internacionales que invoca, en especial la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

7º) Que, en primer lugar, es importante destacar que reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, y que tal calidad solo puede surgir de la ley (artículos 3875 y 3876 del Código Civil derogado y 2573 y 2574 del Código Civil y Comercial de la Nación). Asimismo, los privilegios, en tanto constituyen una excepción al principio de la *pars conditio creditorum* -como derivación de la garantía de igualdad protegida por el artículo 16 de la Constitución Nacional- deben ser interpretados restrictivamente, pues de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley se afectarían derechos de terceros (confr. Fallos: 330:1055; 329:299 y sus citas, entre muchos otros). De tal modo, la existencia de los privilegios queda subordinada a la previa declaración del

legislador, quien cuenta con amplio margen de discrecionalidad para la distribución de los bienes o agrupación de los acreedores, sin que esté dado a los jueces realizar una interpretación amplia o extensiva de los supuestos reconocidos por la ley, para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la Ley de Concursos y Quiebras es derecho sustancial y específico, contiene un esquema de unificación de los privilegios y establece en el artículo 239 un sistema cerrado por el cual, en situación de insolvencia, estos se rigen exclusivamente por sus disposiciones, salvo las puntuales remisiones que allí se hacen a regímenes especiales.

8º) Que el régimen contemplado en el título IV, capítulo I de la ley 24.522, donde la asignación de un privilegio responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto, no confiere privilegio alguno al crédito de M.B.L. Por lo tanto, según el ordenamiento concursal, no le cabe otro carácter que el de crédito común o quirografario (artículo 248).

Esto último no ha sido cuestionado por los recurrentes, quienes fundaron la prioridad de pago reclamada en normas internacionales -entre ellas, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-, así como en la ley 26.061.

9º) Que ni las convenciones internacionales invocadas, ni la ley 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Por consiguiente, no se prevé expresamente -ni puede derivarse de sus términos- una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus

créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal.

No hay duda que las normas invocadas reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (artículos 3º, 6º, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061). De todos modos, son normas que están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social.

10) Que, en el referido contexto normativo, la pretendida inconstitucionalidad del régimen de privilegios solo podría sostenerse con el argumento de que aquella consideración general de mayor protección constitucional a favor de los niños discapacitados debe necesariamente hacerse efectiva en el específico ámbito concursal y, concretamente, a través de una preferencia en el cobro de sus créditos respecto de otros acreedores y sin una ley que así lo disponga.

11) Que, en tales condiciones, en la medida en que las normas internacionales en cuestión consagran un mandato general de mayor protección constitucional que implica obligaciones a cargo del Estado, no puede derivarse directamente de esas normas el reconocimiento de un derecho específico como el que se reclama. Ello es así, pues los tratados internacionales no solo no lo prevén sino que ni siquiera determinan en qué ámbitos y con qué alcance se hará efectiva esa especial protección que otorgan

a los niños discapacitados, materia que queda reservada entonces a cada uno de los Estados.

12) Que en virtud del principio de separación de poderes que consagra nuestra organización constitucional, no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos. El control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes. Ello es así en razón de que no compete a los tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por los otros poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto (Fallos: 317:126; 324:3345; 325:645, entre otros).

De allí se sigue que no es propio del Poder Judicial sustituir al legislador a la hora de definir en qué ámbitos debe efectivizarse aquella mayor protección constitucional, o decidir qué políticas públicas deben implementarse en materia de protección de la niñez o de la discapacidad. Se trata, por el contrario, de atribuciones propias de los demás poderes del Estado, a los cuales el judicial debe reconocer un amplio margen de discrecionalidad, por ser los órganos constitucionalmente habilitados para ello.

13) Que desde Fallos: 1:32 esta Corte reconoció a la división de poderes como un principio fundamental de nuestro sistema político, y ha expresado en forma reiterada que “la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, menoscabar las funciones que incumbe a poderes jurisdicciones, toda vez que es el

llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás [poderes] revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público” (Fallos: 155:248; 316:2940; entre muchos otros).

14) Que, a su vez, el control de razonabilidad debe realizarse siempre teniendo presente que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad que debe ser considerada ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 286:76; 288:325; 300:1087; 333:447, entre muchos otros), máxime en supuestos como el de autos, donde las decisiones enjuiciadas corresponden al ámbito de funciones privativas de los otros poderes del Estado, con amplio margen para definir las medidas que estimen más oportunas, convenientes o eficaces para el logro de los objetivos propuestos.

15) Que, además, una eventual declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios con sustento en los amplios mandatos contenidos en los convenios internacionales podría conllevar también la invalidez de toda norma o acto que no conceda a los menores y/o discapacitados un trato preferente, cualquiera sea el ámbito de que se trate; consecuencia que podría extenderse incluso a todos los sujetos comprendidos en alguno de los grupos vulnerables que cuentan con especial protección constitucional (artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional).

16) Que, por otra parte, cualquier debate sobre el reconocimiento de privilegios en el marco de un proceso falencial debe necesariamente abordarse de manera sistémica o integral, pues lo que está en juego no es solo la relación entre el deudor y sus acreedores sino –especialmente– la de estos últimos entre sí. La preferencia que se otorgue a cualquiera de ellos es correlativa con el mayor sacrificio que deberán soportar los demás, entre

los que podrían hallarse sujetos con privilegios fundados en el carácter alimentario de sus créditos, o que pertenezcan también a alguno de los demás grupos vulnerables a los que la Constitución y los tratados internacionales otorgan protección preferente.

17) Que admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, *contra legem*, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (artículo 241 inciso 4 de la ley 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio. En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad.

En síntesis, la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear.

18) Que sin perjuicio de lo que aquí se decide, es importante destacar que es deber del Estado desarrollar políticas



públicas enderezadas a garantizar el derecho a la salud reconocido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas vinculadas con la asistencia y cuidados especiales que se le debe asegurar a los niños y discapacitados, según surge de los artículos 3º, 6º, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 4º, 7º aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los artículos 4º inciso 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del artículo 24 inciso 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10 inciso 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declaran admisibles los recursos extraordinarios y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a las particularidades que presenta la cuestión (artículo 68 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Juan Carlos Maqueda:

Considerando:

1º) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en lo que aquí interesa, revocó la sentencia de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239

primer párrafo, 241, 242 parte general y 243 parte general e inc. 2º, de la ley 24.522 y verificado a favor de M.B.L. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. A raíz de ello, le asignó a la acreencia en cuestión el carácter de quirografario, lo que importó dejar sin efecto también el pronto pago que había dispuesto el magistrado.

Para así decidir, la alzada sostuvo que los privilegios constituyen una excepción a la regla general, motivo por el cual son de interpretación restrictiva; que solo pueden resultar de una disposición legal y cobran interés cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia, concurren varios acreedores sobre sus bienes y el producido de estos resulta insuficiente para satisfacer todos los créditos, y que la norma que los creaba debía contar con el respaldo de una justificación objetiva idónea basada en las características especiales del crédito a amparar y/o el interés general de la comunidad.

Por otro lado, el tribunal de alzada manifestó que el crédito verificado a favor de M.B.L. tenía como causa el incumplimiento de una obligación que le había ocasionado un daño en su salud e integridad personal, cuya reparación había sido mensurada en dinero; que era claro que no se encontraban involucradas obligaciones directamente relacionadas con prestaciones cuyo incumplimiento pusiese en juego el derecho a la vida, a la dignidad y a la salud de la menor discapacitada; que el derecho al resarcimiento era siempre relativo, patrimonial, transmisible y renunciabile, caracteres que evidenciaban la diferencia entre el bien que le había sido quebrantado a la menor y el perseguido en el marco de la quiebra.

Agregó que el régimen de privilegios establecido en el Código Civil que había sido receptado por el ordenamiento concursal

no se mostraba en pugna con las disposiciones de los tratados internacionales ni violatorio de principios y derechos constitucionales; que ni la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica, ni la ley 26.061 contemplan de modo específico la situación del niño titular de un crédito en el marco de un proceso universal. Tampoco establecían preferencia de cobro alguna respecto de los restantes acreedores concurrentes por su condición de tales.

Por último, después de señalar que era el Estado quien debía asegurar el pleno goce de los derechos en cuestión, sin que correspondiese trasladar esa obligación a los acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido, el *a quo* sostuvo que las normas concursales receptaban un sistema taxativo de reconocimiento de privilegios especiales y prioridad de pago, que no incluía créditos con causa en una indemnización resarcitoria otorgada a la víctima de un hecho dañoso, y que la sola circunstancia de que el acreedor fuese menor de edad no implicaba que tales normas contrariasen principios constitucionales, que el derecho había sido otorgado por su condición de “niño” y su objeto no se encontraba conformado por prestaciones que pusiesen en juego el derecho a la vida, a la dignidad o a la salud.

2º) Que la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial –con la adhesión de la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante dicho tribunal– y la incidentista interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos (conf. fs. 325/326).

Los apelantes expresan, en lo principal, que la indemnización reconocida a favor de M.B.L. es asistencial y que su objeto consiste exclusivamente en cubrir los tratamientos médicos

adecuados y los restantes gastos que el estado de salud de la incidentista demande. Manifiestan que las disposiciones de la ley 24.522 deben ser desplazadas frente a lo dispuesto en las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que el crédito de la entonces menor -hoy declarada incapaz- goza de un privilegio autónomo que debe prevalecer con respecto a los privilegios especiales o generales de terceros.

3º) Que el Procurador Fiscal y el Defensor Oficial ante esta Corte dictaminaron a favor de la procedencia de los recursos extraordinarios (fs. 333/334 y 338/343).

4º) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el tratamiento de los agravios por la vía elegida toda vez que la decisión del a quo ha sido contraria al derecho que los apelantes fundan en las normas internacionales que invocan de incuestionable naturaleza federal (art. 14 inc. 3º ley 48).

5º) Que a los fines de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar que el crédito de M.B.L. deriva de una indemnización concedida por la mala praxis médica ocurrida durante su nacimiento (20 de diciembre de 1994), que le provocó una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible. Como consecuencia de ello, presenta desde su alumbramiento una disfunción cerebral crónica e irreversible (síndrome de parálisis cerebral espástica) que compromete el lenguaje, la visión y la actividad motora tanto en miembros superiores como inferiores, con una atrofia muscular cuya progresión y empeoramiento solo puede evitarse con los tratamientos de rehabilitación. Por tal motivo no camina, solo emite sonidos y gritos, no puede comer por sí misma ni controla esfínteres (conf. fs. 7 vta., 10 vta./II y 15 vta./16).



Sus padres, por si y en representación de su hija menor, en el año 1996 promovieron la acción civil por daños y perjuicios contra el médico Pablo Roque Pantoni y la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia -titular del Hospital Francés-, que el 26 de diciembre de 2006 obtuvo sentencia favorable de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que condenó a los codemandados a pagar \$ 400.000 a favor de M.B.L., \$ 100.000 por gastos y tratamientos, y \$ 6.000 en favor de cada uno de sus padres en concepto de terapia psicológica, con más intereses.

La presentación en concurso preventivo de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia -luego devenida en quiebra en el año 2018- motivó a los beneficiarios de aquella indemnización a solicitar la verificación de su crédito, oportunidad en la que plantearon la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales. Con posterioridad, los incidentistas hicieron saber que en el proceso civil habían firmado un convenio homologado con el codemandado Pantoni por la suma de \$ 164.000 que debían ser oportunamente deducidos (conf. fs. 74).

Con fecha 8 de julio de 2011, encontrándose el incidente para dictar sentencia, habida cuenta de la similitud del caso -en cuanto a la graduación del crédito invocado por la menor discapacitada- con lo resuelto respecto del menor B.M.F. en la quiebra de “Institutos Médicos Antártida S.A. (incidente de verificación)”, que se encontraba con recurso extraordinario concedido en la Corte Suprema, el juez resolvió que resultaba conveniente aguardar hasta que el Máximo Tribunal fallase o el estado de la quiebra justificase emitir un pronunciamiento (conf. fs. 96).

Aproximadamente cuatro años después, frente a la existencia de un proyecto de distribución de fondos provisional

y anticipado, y con el objeto de no perjudicar a los pretensos acreedores posibilitándoles el eventual ingreso al pasivo y cobro de dividendo, el 17 de julio de 2014 el magistrado dictó sentencia, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales, verificó el crédito de la niña M.B.L. con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio especial y general, e hizo lugar al pedido de pronto pago (conf. fs. 98 y 99/112).

Así pues, M.B.L. lleva 23 años transitados con una incapacidad total y sin cobrar la totalidad de su crédito reconocido por sentencia judicial firme en el año 2006. Conforme surge del testimonio de la sentencia en que se la declara incapaz para ejercer sus derechos –que data del 28 de octubre de 2015– el examen médico legal refirió que M.B.L. no se expresa verbalmente, emitiendo sonidos guturales, su capacidad judicativa se muestra insuficiente, se alimenta por sonda, requiere el acompañamiento y la supervisión permanente por parte de personas responsables para todas sus necesidades de la vida cotidiana, mientras que el informe interdisciplinario agregó que M.B.L. cuenta con una importante limitación motora, no controla esfínteres, se alimenta a través de un botón gástrico recibiendo algunos alimentos por boca al solo efecto de no perder el reflejo deglutorio, no se puede mantener un diálogo porque carece de oralidad, su patología es irreversible, no puede vivir sola, no está en condiciones de cumplir con indicaciones o tratamientos médicos sin la asistencia de terceros, no puede emitir un consentimiento informado válido y no está en condiciones de contraer matrimonio por carecer de discernimiento, entre otras imposibilidades (fs. 288/291).

En su remedio federal, los padres –así también el Ministerio Público Fiscal– manifiestan que la indemnización cuyo pronto pago y privilegio solicitan, tiene por objeto garantizar a M.B.L.



el goce del derecho a la vida; al disfrute del más alto nivel posible de salud, a la supervivencia y a un nivel de vida adecuado para desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, de igual manera que una rehabilitación médica y social y otros servicios necesarios para el máximo desarrollo de las capacidades, habilidades y autoconfianza, lo que no será posible cubrir de no acceder a la pronta percepción del crédito reconocido a su favor (cfr. fs. 270 y 301/301 vta. y 302 vta.).

6º) Que, en este particular contexto fáctico, cabe ponderar si las normas internacionales invocadas por los recurrentes, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, alcanzan a la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra M.B.L., como titular de un crédito en el marco de un proceso universal y, en su caso, si alteran la preferencia de cobro establecida en la Ley de Concursos y Quiebras. Es decir, si el crédito de M.B.L. debe ser verificado con rango de quirografario o privilegiado y, en este último caso, qué orden de preferencia en el cobro tiene frente a otros privilegios.

7º) Que, esta Corte, en la causa “Pinturas y Revestimientos aplicados S. A.” (Fallos: 337:315), destacó que el régimen de privilegios previsto en la ley 24.522 debe ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes. Allí el Tribunal consideró que las normas internacionales invocadas por el apelante -Convenio n° 173 de la OIT-, para verificar su crédito laboral con el carácter de privilegiado, establecían expresamente que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo debían quedar protegidos por un privilegio en caso de insolvencia del deudor y que, como

consecuencia, desplazaban a las reglas de la ley concursal que se opusiesen a sus disposiciones.

8º) Que corresponde recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479;324: 3569). En lo que al caso concierne, este Tribunal ha puntualizado -con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994- que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 331:2135, entre otros, y causa “P. L., J. M.” - Fallos: 337:222-).

9º) Que dentro del citado marco, cabe señalar que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25 reconoce el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra plasmado “el de su existencia” asumiendo los Estados Partes la obligación de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad, y el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (arts. 11 y 12).

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de todo niño “a las medidas de protección

que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19).

En la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados Partes asumen el compromiso de que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). Además, se reconoce “que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad. :” (art. 23.1). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” (art. 24) y “a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (art. 27.1). En este sentido, los Estados Partes se comprometen a adoptar las “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho” (art. 27.3).

Finalmente, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad los Estados Partes se obligan a “[tomar] todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos :”; debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño; reafirman el derecho inherente a la vida y reconocen los derechos de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud; a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Asimismo, se com-

prometen a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (arts. 7, aps. 1 y 2; 10; 12; 25 y art. 28.1).

En resumen, de los mencionados tratados internacionales que cuentan, con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos.

10) Que a diferencia del precedente antes citado (“Pinturas y Revestimientos aplicados S. A.”), las normas internacionales aquí en juego no aluden en forma explícita a la prioridad de pago de las acreencias -como la de M.B.L.- que han quedado vinculadas con un deudor devenido insolvente, a raíz de un hecho ilícito que determina el deber de reparar el daño ocasionado a la vida, a la salud o la integridad física de una persona.

Si bien es cierto que el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras es una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que solo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este Tribunal no puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales citados.

Se trata -como ya se dijo- de un crédito a favor de la incidentista que tiene origen en una indemnización por mala praxis médica ocurrida en el año 1994, que le ocasionó una discapacidad irreversible desde su nacimiento, que actualmente se encuentra agravada por la pérdida de visión y del habla,



la alimentación mediante una sonda gástrica y por continuas complicaciones.

Tal resarcimiento resulta indispensable para garantizar el goce del derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social.

11) Que dadas las particularidades que presenta el caso, resulta imperativo ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud de la incidentista, que sea respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y tome ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado.

En tal sentido, la extrema situación de vulnerabilidad descripta y la urgente necesidad de afrontar los tratamientos médicos adecuados para que M.B.L. lleve el nivel más alto posible de vida digna, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a declarar la inconstitucionalidad de las normas concursales en juego -arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2º, de la ley 24.522-, habida cuenta de que no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde con la particular situación descripta al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales mencionados.

12) Que son los derechos humanos reconocidos tanto por nuestra Constitución Nacional como por las convenciones internacionales mencionadas; la extrema situación de vulnerabilidad de M.B.L. y el reclamo efectuado, que tiene por objeto



satisfacer sus derechos esenciales, los que llevan a concluir que el crédito en cuestión debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados. Ello así, con el fin de garantizar a M.B.L. -en alguna medida- el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad.

13) Que esta Corte ha sostenido que los menores, máxime en circunstancias en las que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que demandan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de jueces de la sociedad toda (Fallos: 327:2127; 331:2691 y 335:452). También ha dicho que la consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de casos que los involucran, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio (doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701; 324:122 y 335:2242).

Asimismo, ha destacado el Tribunal que de los instrumentos internacionales aquí en juego se desprende el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad (Fallos: 335:452). Es en este sentido que consideró improcedente aplicar normas que difieren el pago de la deuda cuando está ello en directa colisión con el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas (cfr. causa "M. M. G." -Fallos: 334:842-).

Además, tiene dicho la Corte que la Constitución Nacional -y los instrumentos internacionales incorporados a ella- asume

el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989 y 335:452).

14) Que, en las condiciones expuestas cabe concluir que, a criterio de esta Corte, la solución a la que se arriba es, por un lado, la que mejor contribuye a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados y, por otro, la que brinda una respuesta apropiada a la singular situación de vulnerabilidad en que se encuentra el recurrente en esta causa, signada por una inusitada postergación del cobro de su crédito por circunstancias que le resultaron ajenas.

15) Que en razón de todo lo dicho, corresponde descalificar el fallo recurrido pues ha sido demostrada la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se reputaron vulneradas (art. 15 de la ley 48).

Asimismo, atento a la citada situación de vulnerabilidad descripta que requiere de una solución que la atienda con urgencia, al tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos y a la duración que tuvo el trámite del presente incidente de verificación, corresponde que este Tribunal, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, última parte, de la ley 48, ponga fin a la discusión en examen y fije para el crédito de M.B.L. el privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia.

Tanto la suma percibida por el acuerdo celebrado por los incidentistas con el médico codemandado en la causa civil como el monto aparentemente cobrado en la presente quiebra (fs. 74;

214, 224 y 226) deberán ser oportunamente considerados por el juez de la causa.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declaran procedentes los recursos extraordinarios, se deja sin efecto la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, última parte, de la ley 48, se declara la inconstitucionalidad de los arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2º, de la ley 24.522 y se verifica a favor de M.B.L. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio, en los términos expresados en el considerando 15. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

1º) Que el 30 de marzo de 2009, en el marco de la quiebra de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia, los padres de la entonces menor de edad M.B.L. –declarada incapaz por sentencia firme– dedujeron un incidente de verificación y pronto pago respecto del crédito en cabeza de aquella, y solicitaron que se verificara dicha acreencia con privilegio especial y prioritario a cualquier otra, a cuyo fin requirieron la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios establecido en la ley concursal. Asimismo, peticionaron su pago inmediato con los primeros fondos existentes en la quiebra en razón del estado de incapacidad absoluta en que se encuentra su hija (fs. 15/18 del expediente principal).

Señalaron que el crédito reconocía su causa en la indemnización fijada en la sentencia dictada el 26 de diciembre de 2006 por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que admitió la demanda promovida por ellos, en su representación, con motivo de los daños y perjuicios derivados de la deficiente atención médica que recibió al momento de su nacimiento, ocurrido el 20 de diciembre de 1994, y consecuencia de lo cual padece en la actualidad una incapacidad física y psíquica total e irreversible (síndrome de parálisis cerebral espástica). En dicha oportunidad, el médico y la fallida fueron condenados -en lo que aquí interesa- a abonar a la menor la suma de \$ 400.000 por incapacidad y daño moral y \$ 100.000 en concepto de gastos y tratamientos, con más los intereses pertinentes.

2º) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar al recurso de apelación deducido por el síndico y revoco la sentencia de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243, parte general e inciso 2º, de la ley 24.522, y había verificado a favor de M.B.L. un crédito con privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio. En consecuencia, con sustento en la mencionada Ley de Concursos y Quiebras, asignó a la acreencia en cuestión el carácter de quirografario y dejó sin efecto el pronto pago dispuesto por el magistrado de grado respecto de la porción privilegiada del crédito (fs. 242/254 del citado expediente).

3º) Que luego de formular variadas consideraciones sobre la finalidad, el alcance y la interpretación del régimen de privilegios concursales y de remarcar que los privilegios solo podían nacer de la ley y no constituían favores o concesiones arbitrarias de ella

ni se basaban en la calidad de las personas titulares del crédito, el a quo puso el acento en la naturaleza del crédito en cuestión.

Puntualizó que la acreencia encontraba su causa en una indemnización derivada de los daños y perjuicios que sufrió M.B.L. en ocasión de su alumbramiento como consecuencia de una mala praxis médica que no se confundía con aquellos daños, en respecto del obligación pecuniaria reconocida por su condición de sujeto pasivo del hecho dañoso a la que el legislador no le había reconocido preferencia de cobro respecto a otras obligaciones del deudor. De ahí que, afirmó, no se encontraban en el caso involucradas obligaciones directamente relacionadas con prestaciones cuyo incumplimiento pusieran en juego el derecho a la vida, a la dignidad y a la salud de la titular del crédito, sino que se trataba de un derecho de carácter exclusivamente patrimonial, transmisible y renunciable que había nacido con motivo de un incumplimiento.

4º) Que a renglón seguido, sin desconocer los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Pacto de San José de Costa Rica, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incorporados con jerarquía constitucional luego de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22), y en la ley 26.061, la Cámara expresó que el régimen de privilegios establecido en el Código Civil –que se mantenía inalterado en el actual Código Civil y Comercial de la Nación– fue receptado por el ordenamiento concursal y que, contrariamente a lo afirmado en la instancia anterior, no se encontraba en pugna con las disposiciones de los citados tratados internacionales, por lo que no se presentaba violatorio de principios y derechos constitucionales.



Las directivas de los tratados referidos no hacían ninguna mención a la situación de un niño como titular de un crédito en el marco de un proceso universal, ni tampoco establecían preferencia de cobro alguna respecto del resto de los acreedores concurrentes por su condición de tal, por lo que no se apreciaba incompatibilidad y/o contradicción entre el interés superior del niño y el derecho de los acreedores hipotecarios a hacer efectiva la preferencia que les concedía el sistema concursal.

5º) Que por lo demás, señalo que era el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas en las convenciones internacionales en las que el magistrado de grado había fundado su decisión y, por ende, quien debía asegurar el pleno goce de los derechos en cuestión, sin que correspondiera trasladar esa obligación a los demás acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido, como sucedería en el caso con los acreedores hipotecarios que verían postergado el pago de sus créditos.

6º) Que contra dicho pronunciamiento los incidentistas y la Fiscal General ante la Cámara –presentación a la que adhirió la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante ese tribunal– interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos (fs. 255/275, 279/280, 287/303 y 325/326 del mencionado expediente).

7º) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el tratamiento de los agravios propuestos por la vía elegida, toda vez que la decisión del *a quo* ha sido contraria al derecho que los apelantes fundan en las normas internacionales que invocan, de incuestionable naturaleza federal (art. 14 inciso 3º, ley 48).

Cabe recordar que cuando se encuentra en debate el alcan-

ce e interpretación de normas federales la Corte Suprema no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (conf. Fallos: 330:3836; 331:1369; 338:88, entre otros).

8º) Que la cuestión en examen radica en determinar si, en el particular caso de autos y en función de lo dispuesto por las normas internacionales que gozan de jerarquía constitucional (en especial en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), la calificación del crédito como quirografario -con las consecuencias que de ello se derivan- importa lesionar derechos de máxima raigambre jurídica y, en tal caso, si es posible reconocer que M.B.L. tiene derecho a recibir el crédito verificado a su favor con preferencia a los restantes acreedores.

9º) Que más allá de las diferencias que se adviertan, el examen de la controversia impone tener presente la doctrina que se desprende del precedente de la Corte Suprema "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A." (Fallos: 337:315), según la cual el régimen de privilegios previsto en la ley 24.522 debe ser integrado con las disposiciones contempladas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes (art. 75, inciso 22, dela Constitución Nacional). En ese marco de ponderación, no puede desconocerse aquí que la pretensión debe ser analizada bajo el prisma de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad consagrados en los instrumentos de esa naturaleza, desde que -como se verá- no puede negarse que la indemnización que fue verificada tiene por único objeto satisfacer aquellos específicos derechos.



10) Que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconocen que los niños discapacitados se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad, lo que demanda una protección especial de parte del Estado, la familia, la comunidad y la sociedad, teniendo por finalidad estas obligaciones reforzadas garantizar que aquellos gocen de los derechos humanos fundamentales reconocidos en esos instrumentos así como en otras normas nacionales e internacionales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, recepta la misma consideración al establecer que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección, esto es, medidas que su condición de menor requieran por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art. 19).

Asimismo, para alcanzar esa protección especial, la citada Convención sobre los Derechos del Niño establece la noción del interés superior del niño, como un principio rector de la normativa particular y como una consideración primordial en la adopción de las medidas que deban ser tomadas por los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, proporcionando un parámetro objetivo que permita resolver las cuestiones en las que están comprometidos los intereses de menores atendiendo a aquella solución que les resulte de mayor beneficio (art. 3º de la referida Convención; doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701; 324:122 y 335:2242).

Las declaraciones contenidas en dichos instrumentos al ser ratificadas por nuestro país adquirieron jerarquía constitucional, status que es superior a las leyes y que complementan los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional. De ahí que si una norma de

rango infra-constitucional violenta los derechos derivados de la dignidad de la persona deberá concluirse que no es válida y tacharla de inconstitucional.

11) Que en el contexto normativo señalado y ante la ostensible situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la beneficiaria del crédito -presenta disfunción cerebral crónica e irreversible que compromete el lenguaje (solo puede expresarse mediante sonidos guturales), la visión y la actividad motora tanto en sus miembros superiores como inferiores, con atrofia muscular cuya progresión y empeoramiento solo puede evitarse con los tratamientos de rehabilitación, requiere de acompañamiento y supervisión permanente, no controla esfínteres, se alimenta por botón gástrico, carece de discernimiento (véase fs. 7 vta., 288/291 del citado expediente)-, es deber ineludible de los jueces evaluar si las excepcionales particularidades del caso autorizan o justifican -con apoyo en normas y principios superiores- apartarse de la solución que impone el ordenamiento legal.

La Corte Suprema ha sostenido que los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, labor en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias pues constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la decisión adoptada (conf. arg. Fallos: 302:1611; 304:1919; 315: 992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:1262, entre otros).

Cabe recordar que las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico

y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos: 300:417; 302:1209 y 1284; 303:248 y sus citas).

12) Que en esa inteligencia, la decisión de mantener la calificación legal del crédito de marras, esto es como quirografario, y negar la posibilidad -por vía de excepción en razón de las especialísimas circunstancias del caso- de darle un trato preferencial en su pago, importa efectuar un examen de la controversia sin ponderar en debida forma -a la luz del patrimonio falencial y de los numerosos acreedores que han verificado su crédito- la incidencia que esa calificación trae que cuentan con admite mayores demoras.

Más allá de su indudable carácter patrimonial -en razón de tratarse de una mensura económica del daño inmaterial causado-, resulta evidente que el crédito tiene por objeto una prestación directamente vinculada con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud que, a su vez -dada la delicada situación en la que se encuentra M.B.L.- está íntimamente relacionado con su derecho a la vida (Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 329:1638; 331:2135; 336:244, entre otros, y causa "P. L., J. M." -Fallos: 337:222-).

13) Que, en este escenario particular, el cuidado especial que demanda la situación de vulnerabilidad de M.B.L. exige que la normativa constitucional y *supra* -legal descripta se traduzca, ineludiblemente, en el reconocimiento de una preferencia en el cobro de sus acreencias -cuyo origen, en autos, en rigor, no reconoce una causa patrimonial preexistente en sentido estricto sino

la censura de daños a bienes humanos inmateriales- vinculadas con la satisfacción de sus derechos fundamentales.

La solución propuesta no importa desconocer principios básicos que rigen la materia concursal, como el de igualdad entre los acreedores y el carácter restrictivo y legal que gobierna al régimen de privilegios, ni tampoco desentenderse de que el mayor resguardo de cobro que la referida ley otorga a ciertos créditos tiene por finalidad no solo la protección del interés individual del acreedor sino de otros intereses colectivos subyacentes, sino en reconocer tratamiento diferenciados basados en tutelas jurídicas diferenciadas, contempladas en el ordenamiento constitucional, para circunstancias fácticas extremas como la que se observa en el presente caso.

No es ajena al régimen concursal la posibilidad de adoptar un trato diferenciado entre acreedores, incluso dentro de aquellos que ostentan el mismo rango. El concepto del principio *pars conditio creditorum* -pilar del derecho concursal- ha ido flexibilizándose, en cuanto a su alcance y finalidad, a lo largo del tiempo, desde que se ha intentado suplantar el rigorismo de la igualdad formal por un acercamiento a la igualdad material (conf. doctrina de Fallos: 300:1087: 303:1708). En ese proceso de cambio han cobrado particular trascendencia no solo diferencias en cuanto a la naturaleza del crédito o a la diferente personalidad del acreedor sino, principalmente, en lo referente a la capacidad patrimonial de sacrificio de los acreedores en orden a acompañar al deudor en su intento de salir del estado de crisis en que se encuentra y en el que, por razones ajenas, aquellos se han visto inevitablemente inmersos.

Frente a lo manifestado por los padres de la aquí acreedora respecto de la necesidad de contar con el crédito para atender

las necesidades que el gravísimo estado de su salud requiere, resulta evidente que la capacidad patrimonial de sacrificio que puede exigírsele deviene nula, máxime frente al tiempo ya transcurrido desde la verificación de la acreencia. La autorizan a decidir el asunto del modo que viene proponiéndose en este pronunciamiento en tanto importa, en definitiva, tutelar intereses superiores de la comunidad en general.

14) Que la conclusión precedente constituye una respuesta apropiada a la particular situación de la acreedora, pues se presenta como un modo de implementar las obligaciones reforzadas que tiene no solo el Estado, sino también la familia, la comunidad y la sociedad toda en aras de garantizar y proteger los derechos de los niños y personas discapacitadas de manera adecuada (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). Al mismo tiempo, permite hacer efectivos los derechos a una tutela judicial eficaz y a un debido proceso, prerrogativas que adquieren una valoración primordial en el caso por tratarse de un sujeto discapacitado que, por razones ajenas e imprevisibles, vio postergada la satisfacción de su crédito nacido no como un mero incumplimiento contractual u obligacional de neto carácter patrimonial, sino como resultado de la lesión a derechos humanos fundamentales (confr. arts. 8, inciso 1, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 13, inciso 1°, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Cabe recordar que esta Corte ha afirmado reiteradamente que la Constitución Nacional -y los instrumentos internacionales incorporados a ella- asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989 y 335:452).

15) Que en tales condiciones, la prioridad de pago que merece el crédito de M.B.L. ante el resto de las preferencias previstas y reguladas por la Ley de Concursos y Quiebras (conf. art. 241 de la citada norma), conduce necesariamente a declarar, para el presente caso, la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243, parte general e inciso 2º, de la ley 24.522 y, por tanto, descalificar la sentencia apelada, único modo -a esta altura- de tomarse operativa la protección especial prevista en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional aplicables al caso.

16) Que en tales condiciones, atento a que la situación de vulnerabilidad descripta requiere de una solución urgente y habida cuenta del tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos y de la demora que tuvo el trámite del presente incidente de verificación, corresponde que este Tribunal, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, última parte, de la ley 48, ponga fin a la discusión en examen y fije para el crédito de M.B.L. el privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia.

Las sumas que los incidentistas hubieran percibido durante el trámite del pleito deberán ser oportunamente consideradas por el juez de la causa (fs. 74, 214, 224 y 226 del expediente mencionado).

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declaran, de conformidad con lo expresado en este fallo, procedentes los recursos extraordinarios, se revoca la sentencia apelada y se declara, para la presente causa y en los términos del considerando 15, la inconstitucionalidad del



régimen de privilegios, y en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, última parte, de la ley 48, se admite, con el alcance señalado en el considerando 16, que el crédito a favor de M.B.L. goza de privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese y, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI



Análisis jurisprudencial



Actividades

Ante la introducción al tópico tratado, las lecturas complementarias y el fallo seleccionado, responda las siguientes preguntas:

1) De la lectura de Massini Correas responda: “¿Cuál es, según Robert Spaemann la solución positivista al problema de la fundamentación de los derechos humanos? ¿Cómo caracteriza este autor a los derechos humanos entendidos al modo positivista? ¿Dónde encuentra, para nuestro autor, su fundamento la idea de dignidad humana?

2) De la lectura de Jürgen Habermas responda: ¿Cómo está determinada la relación de los seres racionales entre sí, según Habermas? ¿Dónde reside, según el autor, la dignidad ilimitada de cada persona? ¿Dónde se encuentra, para el autor, el quid del carácter jurídico de los derechos humanos?

3) Del fallo responda: ¿Cuál es la causa del crédito cuya verificación pretende la parte recurrente? ¿Cómo caracterizaría usted al concepto de dignidad humana que recogen los votos de los Dres. Maqueda y Rosatti? ¿Cuál es el argumento que esgrime el voto del Dr. Rosatti para proponer la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la ley 24522 en su condición de norma infraconstitucional?

LO JUSTO CONCRETO Y SUS TIPOS

Fernando Bermúdez

I. Introducción

Como dejamos asentado en la presentación de esta obra, el objeto de la reflexión filosófica, en esa rama de la filosofía que llamamos *filosofía del derecho*, es la *vida jurídica*, esto es, la vida del foro, la dinámica de satisfacción del derecho, de cumplimiento y aplicación de las leyes. Todo ello desde la perspectiva del oficio del jurista. Ahora bien, en el mundo del derecho se observa, dirá Hervada, una variedad de oficios, como pueden ser los de juez, abogado, letrado de organismos oficiales, notario, etc. *¿Se podría determinar un elemento común entre ellos?* Para el profesor español sí habrá un elemento común entre los distintos oficios del jurista que se desprende del término *ius*:

“Jurista es palabra derivada del término latino *ius*, que significa derecho. Jurista viene de *ius*, como artista viene de arte. Jurista es quien se dedica al *ius*, al derecho; en concreto, el que sabe discernir el derecho y, por consiguiente, dice lo que es derecho”¹.

Por esto, el oficio del jurista será un arte, un saber práctico que permite discernir lo justo de lo injusto y, no solamente, lo legal de lo ilegal, lo correcto de lo incorrecto. Es decir, el jurista

¹ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas del Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000, pág. 74.

no será el mero leguleyo, que recurre a la ley solamente para determinar el derecho, sino aquel que ve el derecho como el arte de lo bueno, justo y equitativo. De esta manera concluye Hervada que el jurista es:

“... quien sabe el derecho, quien tiene el discernimiento de lo justo en el caso concreto, quien discierne el derecho (*ius*) y la lesión del derecho (*iniuria*) dentro de unas determinadas y particulares relaciones sociales. Allí donde un oficio requiera esa determinación del derecho, allí hay oficio de jurista, aunque sólo sea como función auxiliar. El jurista por antonomasia es el juez, cuya función central y principal es la de dictar sentencia, decir el derecho. Pero jurista es también el abogado, que dice lo que, en su opinión, es el derecho de su cliente. Y de jurista es, o tiene una dimensión de jurista, cualquier oficio o profesión en los que haya que establecer el derecho en relación a unas personas o instituciones”².

El objetivo del presente capítulo es analizar la justicia y sus tipos general y particular, en clave de lo justo concreto, es decir, tratando de ver la justicia no solo desde lo conceptual, sino en su máxima concreción jurídica. Para lo cual, además de seleccionar los fallos, hemos agregado un apartado en el capítulo sobre la justicia en la determinación judicial.

² Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas del Filosofía del Derecho*, Ob. cit., pág. 76.

II. La justicia

No cabe la menor duda de la importancia de la justicia; desde las más variadas perspectivas, es un tema principal de abordaje, estudio y discusión. El profesor escocés Tom Campbell afirma que:

“Justicia es uno de los términos morales y políticos centrales que reivindican su importancia universal y ocupan un lugar central en todas las teorías sociales y políticas. En efecto, para muchos teóricos es el concepto principal que estructura la vida pública, a pesar de que se ve cada vez más eclipsado por la atención global concedida a los derechos humanos”³.

Incluso concepciones tan radicales de positivismo jurídico como la de *Hans Kelsen* han tenido apreciaciones de la justicia como esta:

“Ninguna otra pregunta (¿qué es la justicia?) ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres –desde Platón a Kant-. Y, sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta. Quizá sea porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva sino tan solo procurar preguntar mejor”⁴.

³ Campbell, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa editores, Barcelona, 2008, pág. 13.

⁴ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Editorial Struhart & Cía., traducción de Ernesto Garzón Valdéz,

Somos conscientes de que el tema de la justicia es inabarcable, dado los múltiples aspectos, dimensiones y perspectivas de abordaje sobre los cuales se puede introducir a la temática. Sin embargo, no creemos con Kelsen que la pregunta no tenga respuesta, sino que ha habido excelentes aportes desde filósofos notables que, desde contextos y circunstancias distintas, han contribuido a su sistematización y comprensión. Entre ellos, tenemos a Aristóteles, cuyos aportes a la filosofía de la justicia siguen siendo tema de agenda y discusión actual. En este sentido, vemos el último libro del profesor de la Universidad de Londres, *John Sellers*, sobre Aristóteles, donde dice:

“La influencia de Aristóteles ha sido inmensa: no sólo moldeó la filosofía y la ciencia a lo largo de la Edad Media en las tradiciones griega, siríaca, árabe, hebrea y latina, sino que sigue determinando de forma indirecta nuestro modo actual de pensar y de vivir”⁵.

Si bien desde Homero se pueden observar aportes significativos sobre el tema de la justicia e injusticia y su vinculación al derecho⁶, Aristóteles será el primer filósofo en sistematizar la cuestión de la justicia a lo largo de su obra, realizando una de

Argentina, 2015, pág. 11.

5 Sellers, John, *Lecciones de Aristóteles. Comprender al mayor filósofo de todos los tiempos*, Taurus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024, pág. 14.

6 Jaeger, Werner, *Alabanza de la Ley. Los Orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos*, Revista de Estudios Políticos N° 67, España, 1953, pp. 17–48. También se puede consultar su obra: *Paideia: los ideales de la cultura griega*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 1151 pp.

las propuestas más satisfactorias, integrales y vigentes del tópico como lo demuestran muchos de los intentos actuales cuya insuficiencia para resolver los problemas que trae aparejado el siglo XXI ha quedado actualmente registrada.

La relevancia de la concepción aristotélica ha sido puesta en evidencia, entre muchos otros, por *Norberto Bobbio*, al escribir que la aristotélica es la "*concepción canónica*", aquella a partir de –o con referencia a– la cual se han elaborado prácticamente todas las concepciones occidentales de la justicia⁷. En un mismo sentido, *Alasdair MacIntyre* asevera que:

“... es Aristóteles quien, con su interpretación de las virtudes, constituye decisivamente la tradición clásica como tradición del pensamiento moral, al establecer con firmeza un dominio que sus predecesores poetas sólo habían sido capaces de apuntar o sugerir, y al hacer de la tradición clásica una tradición racional...”⁸.

Si bien la cuestión de la justicia se encuentra en varias de sus obras, como son la *Política* o la *Retórica*, nos detendremos solamente en el estudio de su libro V de la *Ética Nicómaco*⁹, que

⁷ Massini Correas, Carlos Ignacio, *La sistemática de la justicia en la filosofía de Aristóteles*, Revista Persona y Derecho N° 39, Pamplona, pág. 238.

⁸ MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Austral, España, 2017, pág. 186.

⁹ Sobre la significación de la *Ética a Nicómaco* el profesor MacIntyre ha dicho: “... es el conjunto más brillante de apuntes jamás escritos; y precisamente porque son apuntes, con todas las desventajas de comprensión irregular, reiteraciones, referencias incompletas, de vez en cuando nos parece escuchar el tono de voz en que Aristóteles hablaba. Es magistral y único; pero es también una voz que quiere ser más que meramente la del propio Aristóteles”, ob. cit., pág. 187.

desde el principio de la obra nos introduce al tema en un claro realismo al decir:

“Con relación a la justicia y a la injusticia, debemos considerar a qué clase de acciones se refieren, cuál es el término medio de la justicia y entre qué extremos lo justo es término medio y nuestra investigación se hará de acuerdo con el método empleado en lo que precede”¹⁰.

El método empleado para determinar la justicia será justamente, recurrir a su contrario, es decir, a la *injusticia*, como la mejor manera de conocer esta clase de acciones.

Primero se estudiará la naturaleza de la justicia y se verá luego la clásica división de *justicia general o legal* y *justicia particular*, en sus dos acepciones: *distributiva* y *conmutativa o correctiva*, como diversos tipos de justo concreto en vista al trabajo con los fallos y lecturas seleccionadas a tal fin.

Respecto de la naturaleza del término justicia, afirma:

“Ahora bien, parece que la justicia y la injusticia tienen varios significados, pero por ser estos próximos, su homonimia pasa inadvertida y no es tan clara como en los casos en los cuales el sentido está alejado; así ocurre, por ejemplo, con el término equívoco ‘llave’, que significa la clavícula del cuello de los animales, pero también el instrumento para cerrar las puertas”.

A partir de este párrafo se puede observar que Aristóteles

¹⁰ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 1129a 1, utilizamos la edición de la Biblioteca Básica Gredos, España, 2000, pág. 130.

identifica la justicia como un término *análogo*, es decir, que significa varias nociones diversas pero próximas o semejantes y vinculadas conceptualmente entre sí, por lo que no se trata aquí de un caso de mera equivocidad, en la que una misma palabra significa varias nociones, pero completamente diversas o "alejadas" entre ellas. Estas diversas nociones de "justicia" pueden ser reducidas, conforme al texto aristotélico recién citado, a tres: a) la que comprende una clase de acciones o *praxis*; b) la que abarca un cierto medio o medida de esas mismas acciones; y c) la que significa una determinada disposición o hábito humano¹¹.

A continuación, el estagirita relaciona la justicia con la ley y la igualdad, afirmando que justo es el que observa tanto la ley como la igualdad:

“Parece que es injusto el trasgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es inicuo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también la igualdad. De ahí que lo justo sea lo legal y lo igualitario, y lo injusto, lo ilegal y la no igualdad”¹².

De este último texto se puede percibir que la justicia tendría dos modos de conformidad, tanto a la ley como a la igualdad, entendida la primera como lo justo en cuanto se asemeja a la ley y su formalidad, independientemente de su contenido; y la

11 Massini Correas, Carlos Ignacio, ob. cit. pág. 241

12 Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 1129b 1, ob. cit., pág. 132. La traducción que seguimos, al final de la frase dice "... y lo no equitativo", en vez de la no igualdad. Hemos cambiado la misma, por la observación que realizara el profesor Massini Correas, siguiendo la traducción de Gómez Robledo, que cita en su trabajo sobre la sistemática de la justicia en la filosofía de Aristóteles.

segunda, lo justo que se asemeja a la igualdad, pero ya no conforme a su forma sino con su contenido. Esto último se relaciona con lo que en derecho se distingue entre los aspectos formales y materiales, o normas de fondo y de forma, donde a veces por un apego desmedido a la formalidad de la norma se llega al *excesivo rigor formal* o *rigor formal manifiesto*, descuidando la justicia material del caso¹³.

Por último, y previo al estudio de las clases de justicia, queda resaltar el ámbito propio de la justicia, ya que este será uno de los puntos más sobresalientes de la justicia en Aristóteles que lo diferenciarán de las corrientes liberales – individualistas que, como las de *David Hume* o *John Rawls*, resaltan la visión individual y material, olvidando la dimensión comunitaria e inmaterial de la justicia. En un pasaje de la *Política*, afirma:

“... la ciudad es una de las cosas que existe por naturaleza, y que el hombre es por naturaleza un animal político; y resulta también que quien por naturaleza y no por casos de fortuna carece de ciudad, está por debajo o por encima de lo que es hombre”¹⁴.

En el mismo sentido, afirma:

“El por qué sea el hombre un animal político, más aún que las abejas y todo otro animal gregario, es evidente. La naturaleza no hace nada en vano; ahora bien, el hombre es, entre los

¹³ Sobre el tema se puede consultar: BERTOLINO, Pedro, *La verdad jurídica objetiva*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007. TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

¹⁴ Aristóteles, *Política*, 1253a 2, seguimos la edición de Alianza editorial, Introducción, traducción y notas de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Madrid, 2000, pág. 47.

animales, el único que tiene palabra. Pero la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto; y lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, de otras cualidades semejantes, y la participación común en estas percepciones es lo que constituye la familia y la ciudad”¹⁵.

De las citas se puede concluir que Aristóteles considera que la justicia se dará en el marco de la *Comunidad Política* y que las relaciones de justicia pueden establecerse solo entre hombres iguales ante la ley; por lo tanto, los extremadamente virtuosos, como los irremediabilmente malvados, no son sujetos de Justicia.

Ahora sí, ya establecidos los puntos preliminares de la justicia, a saber: *el uso corriente del término justicia, su analogía y la politicidad de su ámbito*, nos queda introducirnos a las clases de justicia. “*Es evidente, pues, que existen varias clases de justicia, y que, junto a la virtud total, hay otras. Vamos a investigar cuáles son y de qué clase*”¹⁶. Como ya se anotó, el criterio de clasificación partirá de la distinción entre justicia “*general*” y “*particular*”; en esta última, se incorporan la justicia *distributiva* y *conmutativa*.

III. Justicia general y particular

III. a) Justicia general

La *justicia general o legal* es aquella que ordena todas las virtudes humanas hacia el *bien común político*, propio de la

15 Aristóteles, *Política*, 1253b 1, ob. cit., pág. 48.

16 Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 1130b 5, ob. cit., pág. 135

comunidad política que tiene como ámbito natural. Así, en virtud de este tipo de justicia, la ley o la costumbre jurídica pueden exigir al soldado la fortaleza, al cirujano la templanza, al político la prudencia, al juez la equidad y todo tipo de justicia. Esta justicia *legal o general* regula las obligaciones de las partes de la sociedad para con el todo, y es la más excelsa de las virtudes según Aristóteles.

Como se puede observar, lo primero que se resalta en este tipo de justicia es la ordenación del hombre en relación al todo. Por esto, la justicia legal regula todas las virtudes hacia el *bien común*, como son los ejemplos del soldado, cirujano, político y juez. Es decir, que los miembros de la comunidad se relacionan con la comunidad como la parte con el todo. Más la parte, en cuanto parte, es del todo, por lo cual cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo. En la lectura seleccionada de *MacIntyre*, se explicará justamente que no habrá contradicción entre el bien individual y el bien común en mis obligaciones para conmigo y para con los demás.

Otro aspecto que se debe resaltar es la cuestión de la primacía de la virtud legal, previniendo ulteriores deformaciones individualistas.

“Y por más que este bien sea el mismo para el individuo y la ciudad, es con mucho cosa mayor y más perfecta la gestión y salvaguarda del bien de la ciudad. Es cosa amable hacer el bien a uno solo, pero más bella y más divina es hacerlo al pueblo y a las ciudades”¹⁷.

17 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1094b 5, ob. cit., pág. 25.

En este sentido, observa el filósofo argentino *Juan Alfredo Casaubon* que todo bien singular o individual es también personal; pero no todo bien personal es mero bien singular o individual, por alto que este sea, precisamente porque el bien común –todo tipo de bien común: familiar, político o divino– es también bien personal; más aún, es el mejor bien de las personas, como acertadamente lo sostuviera C. De Koninck¹⁸.

III. b) Justicia particular: distributiva y conmutativa

Además de la justicia *general o legal*, existen también dos clases de justicia llamada particular, porque en ellas el término de la relación justa son los particulares. Entonces la justicia particular puede ser, según la división clásica, *distributiva y correctiva o conmutativa*.

La *justicia distributiva* es la que regula las relaciones entre el todo social y los particulares: la justa distribución de recompensas y cargas. Como no todos los ciudadanos están por igual obligados para con la sociedad política, sino de acuerdo a sus capacidades monetarias, físicas y psíquicas, es, por lo tanto, una igualdad proporcional y no estricta, como se verá en la justicia conmutativa. Asimismo, la sociedad política, a través de sus representantes –el gobierno y la administración, llamada hoy “Estado”– no está igualmente obligada para con todos los ciudadanos, sino proporcionalmente a los méritos, posibilidades o necesidades de éstos.

Esta última es llamada por Aristóteles igualdad *geométrica* y consiste en que el todo está, con respecto al todo, en la misma

¹⁸ Casaubon, Juan Alfredo, *Contemplación, bien común político y aristocracia*, Instituto de Estudios Iberoamericanos Vol. II, Buenos Aires, 1981, pág. 41.

relación que cada parte con respecto a cada parte. Pero esta proporción no es continua, porque ningún término numéricamente uno puede representar la persona y la cosa. Lo justo, entonces, es *la proporción*, y lo injusto lo que va contra la proporción¹⁹.

Ahora bien, y dado que no podríamos tomar la igual en sentido absoluto, como nos recuerda *Alf Ross*²⁰, ya que implicaría una uniformidad absoluta sin reconocer las diferencias reales del hombre y la sociedad, debemos entenderla en sentido relativo, optando por un criterio. Por lo cual, surge entonces la pregunta: *¿cuáles serían esos posibles criterios de distribución proporcional?* *Robert Spaemann* nos habla de dos respuestas extremas: la primera, el criterio de *la fuerza* que se impone; es decir, el criterio del más fuerte. La segunda respuesta dice que la distribución puede hacerse con criterios *a gusto de cada uno*²¹. Por su parte, *Chaim Perelman* nos enumera seis posibles criterios de justicia:

- 1) A cada quien la *misma cosa*.
- 2) A cada quien según *sus méritos*.
- 3) A cada quien según *sus obras*.
- 4) A cada quien según *sus necesidades*.
- 5) A cada quien según *su rango*.
- 6) A cada quien según *lo que la ley le atribuye*²².

19 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1131 b, 10, ob. cit., pág. 134/135.

20 ROSS, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, 1959, pág. 269. Hay una versión traducida al español por Genaro Carrió, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997, pág. 334 y 335.

21 SPAEMANN, Robert, *Ética: Cuestiones fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2010, pág. 71 y 72.

22 PERELMAN, Chaim, *De la Justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, traducción Ricardo Guerra, 1964, pág. 17.

El autor concluye, después de un estudio particular de cada uno de los criterios, que la justicia consiste en *la igualdad de tratamiento que reserva a todos los miembros de una misma categoría esencial*²³. Como se puede apreciar, esto podría objetarse, ya que tendríamos que determinar qué significa estar en una misma categoría esencial. En otro sentido, *Rawls* resaltaré el principio de igualdad respecto a las *necesidades de los menos aventajados*, como se podrá leer en la lectura que se acompaña en los presentes. Lo importante de estas posturas es que en ninguna de ellas se tiene en cuenta el criterio del *mérito*, que justamente será el que utilizará el mismo Aristóteles a la hora de distribuir los bienes escasos:

“... todos están de acuerdo –afirma– en que lo justo en las distribuciones debe estar de acuerdo con ciertos méritos, si bien no todos coinciden acerca del mérito mismo, sino que los democráticos lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza, y los aristocráticos en la virtud²⁴.”

De esta manera, el estagirita zanja la discusión, reconociendo que el criterio de distribución de acuerdo al mérito está determinado por el criterio aristocrático, es decir, *el de la virtud y su contribución a la vida buena en comunidad*. Si bien este criterio ha sido uno de los grandes aportes aristotélicos a la filosofía práctica, debemos resaltar también su insuficiencia, ya que habrá bienes que no podrían distribuirse conforme al mérito, como son la seguridad, la salud y la asistencia social.

23 PERELMAN, Chaim, ob. cit., pág. 77.

24 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1131 a, 25, ob. cit., pág. 138.

Por último, nos resta hablar de la otra especie de justicia parcial, que es la *conmutativa*. La *conmutativa* es la que se da entre los particulares mismos, como cuando cumplo lo estatuido en un contrato. En este tipo de justicia rige el principio de una estricta igualdad: si he depositado una cosa, me deben devolver exactamente esa cosa; si he prestado 100, me deben devolver 100, es decir, algo que equivalga “realmente” a los 100 prestados, y no sólo nominalmente; de allí los problemas del interés y –en estas épocas inflacionarias– de la actualización o “indexación”. El principio nominalista del viejo Código Civil condujo a grandes injusticias en esos tiempos de inflación, que Vélez Sársfield no previó; de allí que el tener en cuenta la desvalorización monetaria sea un acto de justicia y equidad, que se fue introduciendo progresivamente por obra de la jurisprudencia²⁵, hasta su regulación actual en el Código Civil y Comercial.

Esta equivalencia de las prestaciones en las obligaciones tiene su base en la doctrina de la igualdad *aritmética*. Es preciso igualar cosa a cosa, de suerte que cuando éste tenga de más en lo que le corresponde, otro tanto debe restituir a aquel a quien pertenece. Esta forma de establecer la igualdad según la “*medida aritmética*”, es esencialmente cuantitativa, a diferencia de la justicia distributiva, cuya proporcionalidad es geométrica. El error del igualitarismo moderno es querer implantar la igualdad aritmética también en las justicias de bien común, esto es, en la *legal o general* y en la *distributiva*²⁶, cuya naturaleza y alcances son distintos como se ha visto.

Si bien la forma típica de la *justicia conmutativa* es

25 CASAUBON, Juan Alfredo, *Justicia y Derecho*, ob. cit. pág. 109.

26 CASAUBON, Juan Alfredo, *La justicia y el derecho positivo*, ob. cit. pág. 28.

el contrato, no se debe, sin embargo, reducirlo a este tipo especial de relación jurídica, como lo quería el *liberalismo*. A estos efectos, es necesario recordar que la justicia conmutativa surge siempre en una relación de individuo a individuo y, por consiguiente, los términos de la relación sobrepasan los del contrato e incluso, de hecho, son más trascendentes que este. Así, por ejemplo, la fidelidad entre los esposos o las relaciones amigables de los hombres entre sí son también regidas por este tipo de justicia.

IV. Perspectiva jurisprudencial de los tipos de justicia

Los alcances de la justicia legal y su criterio de bien común, se han puesto de manifiesto en varios fallos de nuestra Corte Suprema, como se verá en los que han sido seleccionados, a modo de ejemplo se puede ver en la causa *Correa*, donde se afirma:

“Que por lo que hace al primer punto (desconocimiento del derecho de propiedad y de igual) esta Corte ha declarado que en casos de grave perturbación económica y social es lícita la reducción temporal por el Estado de los alquileres y la prórroga de los contratos de locación. No es que durante la emergencia se suspenda la garantía constitucional de la propiedad. Lo que durante la emergencia puede hacerse legislativamente a su respecto es una reglamentación de uso que contemple las consecuencias de las excepciones circunstancias en orden a la dependencia en que muchos se hallan de la propiedad ajena. No toca el fundamento de su inviolabilidad el ordenamiento de ella que subordine su ejercicio al bien común según las modalidades de cada circunstancia, porque no se es inviolablemente dueño de imponer mediante ella

cualesquiera condiciones a la vida de todos los demás que estén necesariamente constreñidos a recurrir a su uso”²⁷.

En un mismo sentido en la causa *Castellano* se concluyó:

“En suma, que le derecho de propiedad es inviolable en tanto en cuanto su ejercicio no obste el bien común, fundamento de todo derecho individual y por ende anterior y superior a ellos”²⁸.

Como en el caso de la justicia legal, la justicia parcial también se ve reflejada en más de un precedente judicial de nuestra Corte, como por ejemplo se observa en la causa *Valdez*:

“Que en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa, como la de autos, ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo sino un medio que, como denominador común permite commensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de los valores y a la finalidad de cada una de ellas; situación equitativa que resulta alterada cuando, como en el caso, por culpa del deudor moroso la prestación nominal a su cargo ha disminuido su valor real, su poder adquisitivo, en relación a sus fines propios de naturaleza alimentaria, por influencia de factores que no dependen del acreedor”²⁹.

27 Fallos: 208:10

28 Fallos: 208:430

29 Fallos: 295:937.

En un mismo sentido, la causa “*Emaco*”, se afirma:

“..., la actualización monetaria de un crédito, no tiene por finalidad establecer un acrecimiento del mismo sino preservarlo idéntico en el tiempo. Correlativamente, el aumento del monto nominal no hace la deuda más onerosa en su origen, solo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda”³⁰.

Por eso, la actualización monetaria tiende a salvaguardar los principios de la justicia conmutativa o correctiva al tratar de mantenerla en el tiempo y no un incremento de la deuda, porque estaríamos ante un enriquecimiento sin causa.

V. Reflexiones generales

El presente capítulo no ha tenido otro objetivo que presentar uno de los tópicos más importantes de la filosofía del derecho, como es la justicia y su delimitación conceptual y determinación concreta a través de cada uno de los tipos estudiados por Aristóteles, como son la justicia general, distributiva y conmutativa. De esta manera, se verá cómo lo conceptual permite delimitar y determinar en la praxis jurídica lo justo concreto, así como suprimir incertidumbres a la hora de identificar la justicia y sus tensiones.

En las lecturas seleccionadas se podrán leer las dos fundamentaciones de la justicia distributiva: la clásica, basada en el bien común, y la moderna, basada en el criterio de la desigualdad,

³⁰ Fallos: 304:937.

como una forma de observar el debate contemporáneo sobre las concepciones constructivistas y las corrientes clásicas.

Hemos querido ver los tipos de lo justo concreto en tres fallos que van a delimitar cada tipo estudiado y presentado en el presente capítulo, que, sumadas las dos lecturas elegidas, nos permitirán introducir el tópico de una manera integral y abarcativa.

Lecturas complementarias

Justicia Distributiva

JOHN RAWLS

“El problema de la justicia distributiva no es el de repartir un conjunto dado de cosas a individuos particulares cuyos gustos y preferencias se conocen. No debemos mirar como casos típicos los ejemplos de justicia asignativa, como son aquellas situaciones en que una persona acaudalada está decidiendo cómo dividir su hacienda, dado su conocimiento de los deseos y necesidades de los diversos individuos que son posibles destinatarios de su beneficencia. En este caso el conocimiento relativo a personas determinadas es pertinente para la decisión; además, sus deseos y necesidades se consideran fijos, en tanto que, al determinar la justicia del sistema social en su conjunto, queremos tomar en cuenta solo hechos generales, esto es, los rasgos generales de política, economía, psicología, etc., según los expresan las leyes establecidas por las ciencias respectivas. Se trata de instalar un sistema funcional y justo, y, como el propio sistema va a afectar las necesidades y preferencias que las personas llegan a tener, no se puede considerar que esas necesidades y preferencias están dadas. Es más, hay que escoger entre sistemas, en parte, de acuerdo con los deseos y necesidades que ellos generan y estimulan. Para juzgar dichos deseos y necesidades hacen falta ciertas normas y aquí es donde el concepto de justicia desempeña un papel junto con otros principios morales.

Por último, necesitamos alguna forma de definir las expectativas de individuos representativos, puesto que las expectativas determinan lo que conviene. Ahora voy a suponer que las expectativas están especificadas por el patrón esperado de bienes primarios, es decir, de aquellas cosas que se puede presumir que las personas racionales van

a desear, sean cuales fueren las otras cosas que desean. A los seres humanos les interesa tener estos bienes, por dispares que sean sus propósitos más particulares. Por ejemplo, entre los bienes primarios se cuentan libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, salud e inteligencia educada. El bien primario más importante es tal vez la autoestimación, una fuerte convicción del propio valer, una certeza firme de que lo que uno hace y lo que se propone hacer tienen valor. Más adelante, el bien de la autoestimación cumple una función para demostrar los méritos de los dos principios; pero para simplificar el análisis se hace a menudo sobre la base de los otros bienes primarios. Así, voy a decir que cuando una persona representativa puede esperar justificadamente un índice mayor de bienes primarios, digamos un patrón preferido de libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, está en mejor situación. Las desigualdades convienen a todos si aumentan las expectativas de cada persona representativa, entendidas en este sentido"³¹.

Justicia y racionalidad

ALASDAIR MACINTYRE

"La justicia distributiva, entonces, consiste en la aplicación de un principio de merecimiento a una variedad de tipos de situaciones. Pero los conceptos de merecimiento tienen aplicación sólo en los contextos en que se satisfacen dos condiciones. Debe haber alguna empresa común en el logro de cuyas metas los que se consideran más merecedores han contribuido más que los que se consideran

³¹ Rawls, John, *Justicia Distributiva*, en libro *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, editorial Tecnos, Madrid, 1986, pág. 67 y 68.

menos merecedores y debe haber una opinión compartida tanto de cómo tales contribuciones han de medirse como de la manera en que las recompensas han de asignarse. Estas dos condiciones se satisfacen en la vida de la polis. Es una empresa que se dirige al logro del bien humano en cuanto tal, y a esta empresa común contribuyen las diferencias profesiones y cargos públicos, de modos y grados distintos. Así, ese logro tiene que medirse considerando no solo la importancia del papel o del cargo desempeñado. La estructura de la *polis* también supone un acuerdo sobre como el logro ha de medirse, no solo para la ordenación de los bienes alcanzados por aquellos que desempeñan diferentes cargos y papeles –un general, un poeta trágico, un labrador, un orador, un cantero, etc.– y la ordenación de los honores conferidos, sino también negativamente, para su baremo de castigos y privaciones.

Estos acuerdos socialmente incorporados y parcialmente constituidos de una *polis* consiguen integrar y ordenar todos aquellos bienes específicos de las formas de actividad en las que los griegos post-homéricos habían venido a reconocer criterios e impersonales de excelencia: la guerra y el combate, el ejercicio atlético y gimnástica, la poesía de diversos tipos, la retórica, la arquitectura, la escultura, la labranza y una multitud de otras *tehnai*, y la organización y el sostenimiento de la misma *polis*. Así el bien del ciudadano se constituye, en una parte clave, por su excelencia *qua* jinete o *qua* soldado o *quo* poeta dramático, y el bien de un artesano es, en una parte importante, su excelencia *quo* fabricante de flautas o fabricante de bridas. Las actividades se ordenan jerárquicamente en función de la relación de “estar al servicio de”: la excelencia en fabricar flautas está al servicio de la excelencia en tocarlas, la excelencia en fabricar bridas está al servicio de la excelencia en la equitación, la excelencia en la equitación está, en parte, al servicio de la excelencia militar, la excelencia militar está al servicio de la excelencia política.

La excelencia política y, sobre todo, la excelencia del legislador consiste en la excelencia en ordenar los bienes, tanto general como en situaciones particulares. De ahí no se sigue, ni tampoco es la opinión aristotélica al respecto, que los únicos bienes a los que la *polis* se dirige sean de naturaleza política. La *polis*, al menos, el mejor tipo de *polis*, se dirige hacia el logro del bien sumo que haya de alcanzarse; lo que, en una vida individual, es aquello por lo cual todas las demás actividades se acometen –la *theoría* o una especie de entendimiento contemplativo–. Las actividades virtuosas que le capacitan a uno para servir bien a la *polis* se culminan y se perfeccionan en un logro intelectual que es interno a la actividad del pensamiento (Política VII, 1325b, 14–23).

Por lo tanto, no hay incompatibilidad entre la búsqueda de la virtud cívica y búsqueda de la virtud individual. La virtud con la que el hombre bueno desempeña sus papeles sociales le lleva finalmente a perfeccionar su propia alma en una actividad contemplativa³².

.....

32 MacIntyre, Alasdair, *Justicia y racionalidad*, Ediciones Internacionales Universitarias, EIUNSA, S.A., Barcelona, 1994, pág. 118 y 119.

Análisis jurisprudencial

“Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros s/ amparo”

Fecha: 26 de octubre de 2004

Fallos: 327:4495

Que la Cámara Federal de Paraná, al confirmar el fallo de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo promovida por Alberto Roque Bustos, Gracia Luz Don, Ramón Evaristo Giacchi y Graciela Guadalupe Dappen contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina, el Banco de Entre Ríos y el BBVA Banco Francés S. A., declarando la inconstitucionalidad de las leyes 25.557 y 25.561, de los decretos 1570101, 71/02, 141/02, de los arts. 1., 2°, 4°, 92 y 10 del decreto 214102, del art. 3° del decreto 320102, de las resoluciones 6, 9, 18, 23 y 3612002 del Ministerio de Economía de la Nación, de las comunicaciones "A" 3446, 3467 y 3468 del Banco Central de la República Argentina, y toda otra norma que impida, limite o restrinja de cualquier manera a los actores la posibilidad de disponer inmediatamente de sus depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista, y ordenó que las entidades financieras' intervinientes devolvieran los depósitos en el signo monetario efectuado, en el plazo de diez días. Que el Estado Nacional y los bancos demandados interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 132/145, 147/150 y 156/172, los que fueron concedidos por el *a quo* únicamente por la cuestión federal compleja planteada y desestimados por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional también invocadas. El contenido de dichos recursos aparece correctamente reseñado en el punto II del dictamen del señor Procurador General de la

Nación, al cual corresponde remitirse a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Principales Considerandos

8°) Que, a pesar de la ausencia de prueba en este proceso, existen circunstancias que por su pública notoriedad no pueden ser ignoradas ni pasadas por alto. Así, es evidente que el prolongado mantenimiento de una artificial equivalencia de valor entre el peso argentino y el dólar estadounidense, unido a circunstancias económicas que la mencionada ausencia de prueba impide clarificar, condujo a un proceso de deterioro del aparato productivo nacional con su secuela de desocupación, miseria y hambre, al que no eran ajenas las inusuales tasas de interés que se pagaban por los depósitos en dólares, a una amenaza de "corrida bancaria" que se intentó paliar mediante esas tasas, y finalmente a un riesgo cierto de que esa amenaza se concretase, e inclusive a su iniciación, que fueron las causas determinantes de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo y el Congreso con la finalidad de impedir la falencia generalizada del sistema bancario y la consiguiente ruina del conjunto de depositantes.

9°) Que es teniendo en cuenta la realidad palmaria descrita en rasgos generales en el considerando anterior que debe ser examinada la posible pugna entre las normas atacadas y los preceptos constitucionales. Por cierto, no cabe poner en tela de juicio que el derecho de propiedad está garantizado por el art. 17 de la Constitución, pero lo que sí corresponde examinar es si las medidas económicas –en suma, la suspensión de la devolución de los depósitos bancarios y la opción para los depositantes entre el reintegro en determinados plazos, en moneda argentina y con valores actualizados, o en la moneda de origen a plazos mayores

y en valores comercializables- afecta el mencionado derecho. En otros términos, si a pesar de las normas dictadas a fin de evitar que la situación de emergencia desembocara en la quiebra del sistema bancario y la pérdida de sus depósitos por la mayor parte de los depositantes, la propiedad de éstos sólo puede ser defendida mediante el reintegro de sus valores a breve plazo y en la moneda extranjera en que fueron inscriptos.

Resulta indiscutible -en el somero examen que puede realizarse en un proceso sin pruebas- que la devaluación de la moneda nacional era una medida ineludible frente a la grave emergencia resultante del desfase de valor con el dólar estadounidense y el comienzo de una importante "corrida bancaria".

En esa situación, parecería a primera vista que la conversión de los créditos a moneda argentina un tipo de cambio determinado por el Estado afectase el derecho de propiedad del acreedor, que tendría derecho de obtener el reintegro, por lo menos, de la cantidad exactamente equivalente a los nuevos tipos vigentes en el mercado; sería, por otra parte, el resultado de la ciega aplicación de los arts. 617 y 619 del Código Civil. Sin embargo -y esto no podrían discutirlo ni siquiera los más ardientes defensores de la propiedad intangible de los dólares en los contratos de depósito bancario que motivan litigios como el presente, el propósito del acreedor no era el de conseguir moneda extranjera específica que no pudiera ser sustituida por ningún objeto sino el de lograr la estabilidad de la prestación dineraria, es decir, asegurar un poder adquisitivo constante.

En tal contexto, y en tanto no se trate de moneda extranjera que estuviese específicamente destinada al cumplimiento de obligaciones en el exterior, la "pesificación" se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o



mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor. Fue, por lo demás, una medida razonable frente a la situación de fuerza mayor trasuntada en la emergencia. Por el contrario, pretender la devolución inmediata en dólares o en su equivalente en moneda argentina en el mercado libre de cambios implica un desmesurado beneficio para el acreedor, que no puede determinarse en su medida aritmética como consecuencia de la ausencia de producción de prueba en este proceso pero que en algunos momentos alcanzó alrededor del doble del poder adquisitivo originario.

A falta de daño producido por el Estado no hay acción. La actora no ha demostrado que el reintegro a \$ 1,40 por dólar más el coeficiente de estabilización de referencia no alcance a cubrir el mismo poder adquisitivo del dinero depositado; y si lo que pretende son dólares, por dos veces el Estado le ha ofrecido bonos por el monto originario del depósito, que, si bien tienen plazos más largos –pero, en todo caso, bastante más cortos que los emitidos con igual fin en 1990 con el aval constitucional de la mayoría de esta Corte en el ya citado caso de Fallos: 313:1513–, al ser comercializables en bolsa permiten en un plazo más reducido convertirlos en moneda contante, con un descuento, si, pero que después de un tiempo razonable difícilmente afecte el poder adquisitivo que tenían en su momento los dólares supuestamente depositados.

10) Que frente a una situación no idéntica, pero con muchos elementos similares a la que se presenta en el caso, la Suprema Corte de Estados Unidos dictó una sentencia de la que pueden extraerse conceptos perfectamente aplicables al *sub lite*, y, en general, a todos los reclamos deducidos por depositantes contra los bancos o contra el Estado Nacional.

Se trata de la causa *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935), en la cual el tenedor de una obligación de los Estados Unidos por diez mil dólares, emitida en 1917, pagadera en moneda de oro del nivel de valor del tiempo de la emisión y vencida el 15 de abril de 1934, con fundamento en su derecho de propiedad reclamaba el pago de la cantidad de oro equivalente o su valor en moneda legal.

La Corte, por el voto del *Chief Justice Hughes*, dio respuesta negativa al reclamo, estableciendo que el actor no podía pretender que las restricciones monetarias consecuentes a la gran crisis de 1929 y el cambio de valor en oro del dólar le ocasionasen un perjuicio. A tal fin, señaló en primer lugar cuál era el objeto "de la cláusula oro, diciendo: "Esta obligación debe interpretarse con imparcialidad. El 'actual nivel de valor' (expresión usada en el bono emitido) se contrapone a un nivel de valor más bajo. La promesa obviamente tuvo la intención de protegerse contra la pérdida. Esa protección quiso ser asegurada mediante el establecimiento de un determinado nivel medida de la obligación del gobierno. Creemos que el alcance razonable de la promesa es que tuvo la intención de asegurar a quien prestaba su dinero al gobierno y tomaba su bono que no sufriría pérdidas por la depreciación del medio de pago". Y más adelante añadió: "Para considerar qué daños –si acaso hay alguno– el actor ha sufrido debido al presunto incumplimiento de contrato, es inadmisibles suponer que tenía derecho a obtener moneda de oro para recurrir a mercados extranjeros o para operaciones en moneda extranjera o para otros fines contrarios al control sobre moneda de oro que el Congreso tenía el poder de ejercitar, y que ejercitó, por medio de su regulación monetaria. Los daños del actor no pueden ser calculados haciendo caso omiso de la



economía interna del país en el momento en que el presunto incumplimiento ocurrió ... El actor exige 'el equivalente' en circulante a la moneda de oro prometida. Pero 'equivalente' no puede significar más que el monto de dinero que la moneda de oro prometida valdría para el tenedor del bono a los fines para los cuales ésta podría ser legalmente utilizada. Este equivalente o valor no puede ser determinado apropiadamente salvo a la luz del mercado doméstico y restringido que el Congreso había establecido legalmente ... El actor no ha mostrado, ni intentado mostrar, que en relación al poder adquisitivo haya sufrido algún tipo de pérdida. Por el contrario, en vista del acomodamiento de la economía interna a la única medida de valor establecida por la legislación del Congreso, y a la disponibilidad y uso universal a través de todo el país de la moneda de curso legal para cumplir con todas las obligaciones, el pago al actor de la suma que exige constituiría, no un recupero de pérdida en sentido estricto, sino un enriquecimiento injustificado".

Tampoco se justifica la extensión desmesurada del amparo para revisar lo que no viola los derechos y garantías constitucionales con manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, en los términos del art. 43 de la Constitución, convirtiendo a la administración de justicia en una suerte de festival de amparos e inconstitucionalidades que traba el ejercicio de sus atribuciones por los poderes legislativo y ejecutivo.

13) Que de la crisis de 2001 nadie ha salido indemne. Sin entrar a considerar que hubo hasta quienes perdieron la vida en los incidentes callejeros, muchos habitantes del país perdieron su patrimonio o lo vieron mermado a consecuencia de aquélla: los asalariados, por la reducción del poder de compra de sus sueldos, y en algunos casos también por la disminución de su

monto nominal; los jubilados actuales, por igual reducción y la rebaja de los haberes; los jubilados futuros, por la licuación de los activos de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones; los comerciantes, por la disminución de las ventas; las empresas, especialmente las que utilizan insumos importados, por la elevación de los costos y la depreciación de sus activos; los particulares, por la reducción del valor de sus bienes y la dificultad o imposibilidad de afrontar las deudas contraídas en moneda extranjera, con riesgo de perder sus viviendas.

Frente a ello, reconocer que a los depositantes en dólares se les devuelva sin más demora el mismo importe de la moneda extranjera en que se registraron sus depósitos implicaría la creación de una clase privilegiada, que no sólo se habría beneficiado durante un tiempo más o menos largo con intereses en dólares a una tasa inconcebible en el resto del planeta sino que ahora percibiría cantidades que, traducidas a la moneda argentina, tendrían un poder adquisitivo en el mercado interno considerablemente mayor al de lo originariamente depositado.

14) Que, como a todas luces es evidente, el caso tiene una gravedad institucional de insospechable trascendencia por el impacto que el pago más o menos inmediato tendría sobre la economía, las finanzas y, en verdad, sobre la vida nacional. Sería, pues, gravemente imprudente dejar de considerar las consecuencias de un fallo de esta Corte en las presentes circunstancias. Un *fiat iustitia peream ego perem mundis*, hacer justicia, aunque se caiga el mundo, en rigor no es hacer justicia sino destruir las bases mismas de las relaciones en las cuales se persigue hacer valer la llamada justicia. Hacer justicia conmutativa, singular y pura entre bancos y depositantes sin atender el contexto de las enormes injusticias distributivas existentes y las nuevas que

sobrevendrían, conculca la idea misma de justicia a secas, legal, general o como quiera llamársela en doctrina. La justicia conmutativa que debe presidir las relaciones contractuales no puede entrar en conflicto con el interés general o el bien común, con el bien de todos y no sólo el de algunos.

Desde esta perspectiva sería insostenible cualquier desarrollo estable del país sin sistema financiero alguno, sin crédito, sin financiación del comercio exterior, cuyas operaciones típicas de compra y venta internacionales quedarían sin auxilio bancario local alguno, y en general, todo el comercio de bienes y servicios se vería retrotraído a etapas de tal primitivismo y rusticidad que probablemente excluirían al país del comercio internacional. Sería casi impensable sostener la economía y, por ende, los servicios públicos y privados, y las transacciones de bienes quedarían a merced de quienes pudieran prevalecer en la lucha de intereses. Naturalmente, sería de prever una enorme emisión monetaria que desplazaría en los hechos a la moneda nacional. Decisiones de política económica con tal repercusión para la subsistencia de la Nación, sin ninguna duda no incumben a esta Corte sino a los poderes emanados del voto popular.

Por todo ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia recurrida y se rechaza la demanda de amparo. Costas por su orden en todas las instancias en razón de que, frente al funesto precedente de Fallos: 325:28 del que derivó un descomunal trastorno económico-financiero y aun judicial, y que dio ocasión a numerosos y conocidos casos de corrupción, los actores pudieron creerse con fundado derecho de litigar. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT (en disidencia) - ANTONIO BOGGIANO (según su voto) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI (según su voto) - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (según su voto).

“Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ solicita se declare estado de emergencia económica” (PVA)” (Kiper)

Fecha: 28 de diciembre de 2001

Fallos: 324:4520



Análisis jurisprudencial



El Banco de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (incorporado por el art. 50 del decreto 1387/01) solicita la intervención directa de V.E. para que declare la vigencia del estado de emergencia económica, la validez constitucional del decreto 1970/01 (en rigor, debe entenderse 1570/01), así como que el amparo no es idóneo para ordenarle cumplir, dado su carácter de banco oficial, medidas cautelares dictadas en juicios en los que no es parte y que pueden hacer colapsar la regularidad de los pagos, con grave daño al patrimonio público (fs. 23/24 de la copia de la presentación directa remitida a este Ministerio Público). Indica que es un banco público, estatal creado por ley como agente financiero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que está siendo objeto de medidas cautelares dictadas por distintos jueces laborales y del fuero Contencioso Administrativo Federal, en los que se le ordena devolver en efectivo los depósitos que se encuentran alcanzados por el decreto 1570/01, entre las que se incluye la dictada en la causa: “Kiper, Claudio Marcelo y otros

c/ Estado Nacional –(Poder Ejecutivo Nacional)– decreto 1570/01 s/ medida cautelar autónoma” (expte. N° 28.297/01), en trámite ante Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, de la Capital Federal.

También señala que la medida le causa un perjuicio directo, que ha sido dictada en el marco de un proceso del cual no es parte y que fue adoptada con total imprudencia, sin ponderar la situación general del país. En este sentido, expresó que se están viviendo momentos extraordinarios, que requieren –de las autoridades políticas– la adopción de medidas de igual carácter, dado el estado de emergencia del que nadie puede escapar. Así, si el Estado Nacional, por medio de sus funcionarios administrativos o de los jueces, pretende imponer cargas a algunos y liberar a otros, estará cometiendo la peor de las transgresiones al espíritu y a la norma de la Constitución Nacional, por la desigualdad de trato. En el caso, crítica la decisión del magistrado porque –a su entender– no tuvo en cuenta que no fue este banco quien decidió no devolver los fondos, sino que fue el Estado Nacional el que adoptó dicha medida con carácter general; que es evidente que, si se ordena devolver un depósito a un particular, sin que el régimen bancario le permita, a su vez, recibir fondos en efectivo, conduce, a la entidad, a una situación de quebranto. Respecto de la necesidad y urgencia de la presentación, dice que, sin perjuicio de la vía intentada, el magistrado ordenó el secuestro de las sumas depositadas, bajo amenaza de procesar a los funcionarios del banco, por desobediencia, situación que pone en riesgo su operación normal y justifica su solicitud, a fin de ponerle término con una declaración de emergencia y de que el amparo, o las medidas cautelares, no constituyen vías aptas para que los habitantes recuperen los fondos depositados en el sistema financiero.

Principales Considerandos

Procurador

En mi concepto, debe tenerse presente que dicha entidad financiera no es parte en el proceso en que se dictó la medida cautelar que la afecta, toda vez que allí se demandó al Estado Nacional por la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 1570/01, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional y que alcanza a todas las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Bancarias del Banco Central de la República Argentina (art. 1º), entre las cuales, obviamente, se encuentra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, con independencia de su carácter estatal.

Así lo creo, porque la mencionada disposición legal –sobre cuya constitucionalidad no me expido, por no ser ésta la oportunidad adecuada–, habilita a las entidades estatales a ocurrir directamente ante el Tribunal cuando se dicten medidas cautelares que, en forma directa o indirecta, afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de sus actividades esenciales, pero siempre, según mi modo de ver, que el presentante sea parte en el proceso en el que se adopta dicha decisión, toda vez que los terceros que puedan verse afectados por aquélla, poseen otros medios procesales para hacer valer sus derechos.

Opino, por tanto, que la vía intentada no es apta para suscitar la intervención de V. E., sin que ello importe, claro está, un pronunciamiento sobre la validez de la medida cautelar que aquí se cuestiona, la que podrá ser examinada, eventualmente, por los remedios adecuados, a instancia de partes legitimadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe poner de manifiesto que, tal como es de público y notorio conocimiento, la situación por



la que atraviesa la Nación es sumamente grave y no puede ser ignorada. Prueba de ello es la declaración de emergencia dispuesta legalmente, así como los recientes sucesos que afectaron a las instituciones políticas, económicas y sociales del país, algunos de cuyos efectos se manifiestan en nuestros días y otros todavía no se vislumbran. En tales condiciones, la Corte, que tiene a su cargo el ejercicio de una de las funciones del poder estatal que resulta único y, en este sentido, coparticipa en el Gobierno de la Nación, además de ponderar tales circunstancias, a efectos de verificar la existencia de gravedad institucional, puede, si lo estima pertinente, adoptar las medidas a su alcance, dentro de los cauces previstos en el ordenamiento jurídico.

En tales términos, dejo expuesta mi opinión. Buenos Aires, 28 de diciembre de 2001.

MARÍA GRACIELA REIRIZ

Fallo

5º) Que, en su presentación ante esta Corte, el mencionado banco solicita, por una parte, que el Tribunal declare la validez constitucional del decreto que dispuso restricciones a la extracción de fondos de las entidades bancarias y la vigencia del estado de emergencia económica. Por otra parte, aduce que medidas cautelares como las adoptadas en las presentes actuaciones pueden hacer colapsar la regularidad de los pagos con grave daño al patrimonio público. Señala que si se ordena la devolución de fondos en circunstancias en que el sistema bancario imperante no permite que, a su vez, el banco reciba dinero en efectivo, se coloca a la entidad en una situación insostenible, ya que se encontrará “sin caja”. Manifiesta asimismo que el juez carece de

competencia para adoptar la medida cuestionada, y que en una situación de emergencia no pueden imponerse cargas a unos y liberaciones a otros que en definitiva transgreden el principio constitucional de la igualdad.

6º) Que el pedido reseñado en el primer párrafo del considerando que antecede es manifiestamente improcedente en el restringido marco de la vía procesal por la que este pleito ha sido traído a conocimiento y decisión del Tribunal, por lo que debe ser desestimado. En consecuencia, lo que aquí se resuelve no implica emitir juicio sobre el fondo del asunto.

7º) Que sin embargo, a juicio de esta Corte, los argumentos enunciados en la segunda parte de aquel considerando justifican la intervención del Tribunal por la vía elegida.

8º) Que al respecto debe advertirse que la medida cautelar cuestionada le causa un perjuicio directo a la recurrente, lo que le da legitimación para impugnarla.

9º) Que resulta indudable que la medida cautelar otorgada en favor de los actores reviste los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a una demanda, y ejecutado la sentencia, cuando aquella demanda aún no se ha iniciado.

10) Que ello constituye un claro exceso jurisdiccional, que importa, por lo demás, un menoscabo del derecho de defensa en juicio del Estado Nacional. En orden a ello, esta Corte ha señalado que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos: 316:1833; 320:1633, entre muchos otros), con el agravante, en el caso de autos, de que la causa ni siquiera ha sido promovida.



Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General sustituta, se deja sin efecto la resolución impugnada, y en consecuencia, se requiere a los actores que restituyan la cantidad de doscientos mil dólares en efectivo en la caja de ahorro del Banco de la Ciudad de Buenos Aires de la que son titulares, el primer día de actividad bancaria. Notifíquese con habilitación de días y horas. Agréguese estas actuaciones a los autos principales y, oportunamente, devuélvase.

JULIO S. NAZARENO — CARLOS S. FAYT (*según su voto*)
— AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO —
GUILLERMO A. F. LÓPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO
ROBERTO VÁZQUEZ.

Fernández, Juan Vieytes de (sucesión) c/ Buenos Aires,
Pcia. de s/ cobro ordinario de alquileres”

Fecha: setiembre 23 de 1976.

Fallos: 295:973

Se promueve demanda contra la Provincia de Buenos Aires, por cobro de la suma de \$ 48.815,76 en concepto de alquileres atrasados desde enero de 1966 hasta mayo de 1973, en su carácter de locadora del inmueble sito en la calle Resistencia N° 1125 del partido de Lanús, destinado al funcionamiento de una escuela provincial. Al efecto señala que el contrato respectivo se celebró en el año 1938, con un alquiler mensual de \$ 300 suma que durante la prórroga legal del término de dicho convenio fue objeto de pequeños aumentos por parte del Estado Provincial. Así pagó éste \$ 1.162 durante los años 1963, 1964 y 1965, suma que

pretendió no alterar durante los años siguientes, desoyendo los legítimos reclamos de la locadora. Al formular el detalle de los alquileres posteriores impagos, señala que los correspondientes a los años 1966, 1967 y 1968 los ha calculado de acuerdo con el art. 13 inciso b, de la ley 16.729, incrementando el monto originario en un 14% anual y acumulativo. En cuanto a los debidos por los años 1969 y 1970, aclara que su estimación al respecto deberá reajustarse de acuerdo con la prueba que se produzca. Por último, con referencia a los valores mensuales que reclama por los años 1971, 1972 y 1973, manifiéstala actora haberlos alcanzado incrementando el valor básico con el porcentaje de aumento del costo de vida, conforme a lo previsto en las normas pertinentes, sin perjuicio de lo cual solicita asimismo fijación judicial del valor locativo correspondiente a esos años. La demandada se presenta en nombre de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, planteó la prescripción quinquenal con respecto a todos los alquileres desde el correspondiente a enero de 1966 hasta el de mayo de 1968 devengados más de cinco años antes de promoverse la demanda y, por otra parte, la excepción de falta de personería. Se opuso también la accionada a la determinación judicial de los alquileres correspondientes a los años 1969 y 1970, por entender que la inacción de la contraria al respecto, importó una tácita renuncia al derecho de solicitar aquélla, fuera de los incrementos que autoriza el art. 13 de la ley 16.739, defensa que hace extensiva a la determinación de los alquileres por los años 1971, 1972 y 1973, por haber mostrado la actora análoga inactividad.

Principales Considerandos

3) Que la pretensión de reajuste de los alquileres a partir del año 1966 no aparece declinada en momento alguno por parte

de la actora, de los que es muestra el reclamo que presentó el 7 de octubre de 1968, donde reiteraba una notificación telegráfica del 8 de febrero de 1966, sobre la base de lo previsto por la ley 16.739. Siendo así y dada también la negativa de la actora a percibir los alquileres no reajustados, no cabe tener por formulada la renuncia que se arguyó en cuento al derecho que emana de la ley citada.

4) Que el art. 3º, inciso m) , de la ley 16.739 dispone que, cuando el Estado Nacional o provincial, municipios y entes autárquicos sean inquilinos, ellos podrán continuar en la locación del inmueble por el término que aquélla prevé (con vencimiento el 31 de diciembre de 1970), pese a que en principio están excluidos de su régimen, siempre que abonen los alquileres que convengan con el locador o que en su defecto se determinen judicialmente, norma que permitió a la provincia demandada continuar en el uso y goce del inmueble de que se trata hasta el 31 de diciembre de 1970 con el reajuste referido y que no resulta obstáculo para la renovación de este último cada dos años, término aplicable en función del art. 1307 del Código Civil

5) Que el mismo artículo 3º, inciso m), de la ley 16.739 proporciona las pautas para aquel reajuste, al disponer que se tomará "...como base para ello el valor real y actual del inmueble, conforme con el destino posible del mismo, atentas las características de su construcción y a la renta que presumiblemente se obtendrán en el caso de concluir la locación. El alquiler que se fije, convencional o judicialmente, nunca podrá exceder del 30 por ciento anual de la tasación vigente al momento del reajuste para el pago de la contribución directa, impuesto inmobiliario o su equivalente". Toda vez que la actora no acompañó los elementos necesarios para fijar el porcentaje límite que menciona

la norma pretranscripta, y ante la coincidencia entre los valores determinados por ambas partes para el año 1971, cabe tomar esos guarismos como referencia para el lapso regido por la ley 16.739, con lo cual aparece como razonablemente adecuado el cálculo de la actora. Tanto más cuanto que la accionada en ningún momento alegó que el alquiler estimado por la accionante pudiera superara el 30 % de la valuación fiscal del inmueble motivo de la causa. Procede así aceptarlo -y de acuerdo con lo que se señaló en el considerando que antecede- en la siguiente forma: período 1966/67: 4 75; ídem 1968/9: \$ 350; íd. 1970: \$ 700.



6) Que la ya mentada coincidencia entre ambas partes, extendida asimismo a las sumas que se adeudan por alquileres de los años 1972 y 1973, impone adoptar como decisorias las cifras a que aquéllas arriban, con lo cual la demandada adeuda por esos años las cantidades mensuales de \$ 780, \$ 1.053 y \$ 1.687,14, respectivamente, en los términos de los arts. 4° y 6°, incisos a), b) y c) de la ley 18.880.

7) Que, a falta de prueba sobre las variaciones del índice de los salarios del peón industrial de la Capital Federal, cuya consideración procede a partir de la vigencia de la ley 20.625, corresponderá que en la etapa de cumplimiento de este fallo se liquiden los alquileres demandados correspondientes a 1974 y 1975 de acuerdo con las previsiones del art 7 de aquella, teniendo como base la suma mensual de \$ 1.687,14.

8) Que la falta de pago de los alquileres por la demandada a partir de enero de 1966 hace que corresponda se abonen intereses desde que se devengaron, intereses que se liquidarán hasta el momento del efectivo pago de las sumas debidas, para lo cual deberá tenerse en cuenta el que se realizó a fs. 78.

9) Que a la conclusión que aquí se alcanza no obsta lo

previsto por el art. 13, segundo párrafo, in fine, de la ley 16.739, que se refiere al régimen de precios para las locaciones sujetas a la prórroga -las contratadas por el Estado como locatario estaban excluidas, según ya se puntualizó- por lo cual nada se opone a que los alquileres reajustados se deban a partir de la constitución en mora de la demandada, es decir, desde el 8 de febrero de 1966 y con sus intereses sobre el total, teniendo en cuenta que la demandada no pagó en su oportunidad en medida alguna. Debe también señalarse que no es el *sub lite* aplicable el art. 13 de la ley 18.880 que rige un supuesto distinto (reajuste de alquiler en proporción a los ingresos) del que se debatió en autos.

12) Que, entrando a considerar la sustancia de la solicitud en cuestión, cabe señalar que en situaciones regidas por los principios de justicia conmutativa, como los de autos, ha de estarse al igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo sino un medio que como denominador común, permite conmensurar casos y acciones muy dispares en el intercambio aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas, situación equitativa que resulta alterada cuando, como en el caso, por culpa del deudor moroso la prestación nominal a cargo ha disminuido notablemente su valor real, su poder adquisitivo, por la influencia de factores que no dependen del acreedor.

El principio de la reparación justa e integral, admitido pacíficamente por la jurisprudencia, ha de entenderse en un sentido amplio de compensación justa e integral de manera que permita mantener la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numé-

rica equivalencia teórica que ha perdido su originaria medida representativa; aquel denominador común, a que se hizo referencia *supra*, afectado por progresiva depreciación, ya no resulta apto en su signo nominal para conmensurar con adecuada equidad prestaciones cuyo cumplimiento se ha distanciado en el tiempo por la mora culpable o la conducta ilegítima de quien ha permanecido deudor. En tal situación, de no actualizar los créditos conforme a pautas que equilibren los valores tenidos en cuenta en el origen de la obligación, no se daría el necesario ajuste que exige la justicia, pues mientras el derecho del ahora deudor fue plenamente satisfecho, el del que permaneció acreedor por culpa de aquél se vería correspondido sólo en ínfima parte.

Si la demandada hubiera cumplido sus obligaciones al tiempo en que debió hacerlo, no se habría visto compelida al pago de la deuda actualizada; por lo cual, dependiendo el reajuste de la propia conducta del deudor, resulta inaceptable cualquier planteo constitucional.

Por estas consideraciones y las análogas vertidas por esta Corte en las causas “Camusso, Vda. De Marino, Amalia c/Perkins S. A. s/demanda” de fecha 21 de mayo de 1976 y “Valdez, José Raquel c/Gobierno Nacional s/reincorporación”, resuelto en la fecha, corresponde hacer lugar al reajuste del crédito de la actora por depreciación monetaria.

Teniendo en cuenta la forma en que se condena en la presente sentencia, cuyo monto surgirá de la pertinente liquidación, el ajuste del crédito que de ella resulta deberá ser establecido luego de aprobada a misma.

Por todo lo expuesto, habiendo dictaminado el Señor Procurador General, se falla la presente causa rechazando la defensa de prescripción y haciendo lugar a la demanda con el alcance

que resulta de los considerandos 5), 6), 7), 8) y 12).

En consecuencia, se condena a la Provincia de Buenos Aires a que en el plazo de treinta días contados desde que se apruebe la liquidación definitiva actualizada, abone a la actora el monto resultante, con deducción de lo pagado, más intereses al 6% anual desde que cada obligación fue debida hasta el vencimiento del plazo de treinta días señalado, y los que se devenguen con posterioridad hasta que se haga efectivo el pago han de liquidarse conforme a las tasas oficiales vigentes. Son costas.

HORACIO H. HERRERA - ADOLFO R. GABRIELLI - ALEJANDRO R. CARIDE - FEDERICO VIDEAL ESCALADA - ABE-LARDO ROSSI.

.....



Actividades

Teniendo en cuenta la introducción al tópico, como las lecturas complementarias y los fallos seleccionados, responda las siguientes preguntas:

1) De la lectura de Rawls, responda: ¿Cuál sería el problema de la justicia distributiva? ¿Cómo se juzgarán los deseos y las necesidades? ¿Cuáles serían los bienes primarios? ¿En qué casos las desigualdades convienen a todos? ¿por qué? De un ejemplo de necesidades y trate de distribuirlo conforme al criterio de Rawls.

2) De la lectura de MacIntyre, responda: ¿En qué consiste la justicia distributiva? ¿Cuáles son las dos condiciones que se necesitan para aplicar el mérito? ¿Donde se darán estas condiciones? ¿A qué se dirige la empresa? ¿Qué relación encuentra entre la excelencia y el criterio de la justicia distributiva? ¿Por qué las actividades se orden jerárquicamente? ¿En qué consiste la excelencia política? ¿Por qué no hay incompatibilidad entre la virtud cívica y la virtud individual?

3) Del Fallo Bustos, responda: ¿En qué se puede ver afectado el derecho de propiedad del art. 17 de la Constitución Nacional en el presente caso? ¿Por qué la devolución inmediata del depósito en dólares o en su equivalente en moneda argentina implica un desmesurado beneficio para el acreedor? ¿Por qué no se podría medir aritméticamente la devolución conforme al criterio de la justicia conmutativa? ¿Cómo ha resuelto la Corte Suprema de las EEUU este problema? Relacione el considerando 14) Con

el tópico estudiado ¿Qué criterio de justicia prima (legal, distributivo y conmutativo)? Justifique su respuesta. Con que autor de las lecturas complementarias crees que estaría más a fin a lo resuelto con el tribunal.

4) Del Fallo Ciudad de Buenos Aires, responda: Sintetice los argumentos del procurador Del fallo ¿Qué argumento utiliza la Corte para invalidar el retiro de fondos? Realice una comparación del presente fallo con el fallo Bustos teniendo en cuenta el tónica de la justicia general o legal.

5) Del Fallo Fernández, responda: ¿La normativa citada otorga algún beneficio al Estado Nacional? ¿Qué criterio de justicia utiliza la Corte para resolver el problema? ¿Qué implica el principio de reparación justa e integral? ¿Podría considerarse que la actora (administradora de la sucesión) con los incrementos autorizados ha tenido un enriquecimiento sin causa?

EQUIDAD Y EL ARTE DE LO JUSTO

Fernando Bermúdez

I. Introducción

Entre los tópicos más sobresalientes de la filosofía del derecho, sin lugar a dudas, está *la equidad*, cuyos equívocos a veces la hacen pasar por distintos estadios, pero que ha tenido un importante reconocimiento desde lo teórico hasta lo normativo, pasando por lo jurisprudencial. Solo basta recordar la frase de *Celso* sobre el derecho como *el arte de lo bueno y de lo equitativo* para comprender hasta qué punto el derecho en su origen romano estuvo precedido por esta apelación a la equidad y su determinación jurídica.

En el presente capítulo, se quiere presentar una aproximación iusfilosófica de la equidad, clarificando sus distintas acepciones y viendo su vinculación ontológica con la justicia y, por sobre todo, en el *arte de lo justo*. Ya lo decía el maestro Juan Vallet de Goytisolo cuando afirmaba que el sentido de todo el arte jurídico es el sentido de la justicia y, para desarrollarlo, no basta el conocimiento de las leyes, sino que hace falta algo más:

“Tal como el sentido de la proporción, de la belleza, del color, son presupuestos para llegar a expresar lo bello... Más, de igual modo que todos los sentidos corporales pueden educarse, también los sentidos internos, y naturalmente el de lo justo, puede

ser educado y guiado a través del arsenal de datos suministrados por la experiencia jurídica”¹.

Por esto, el jurista debería tener un agudo sentido de lo justo junto a una percepción adecuada de la realidad para poder llevar a cabo dicho arte.

En un mismo sentido, Francesco Carnelutti, en su excelente libro titulado *Arte del Derecho*, recordaba que:

“El arte, como el derecho, sirve para ordenar el mundo. El derecho, como el arte, tiende un puente desde el pasado hacia el futuro.”² Y en otra obra, siguiendo la misma idea dice: “Todos sabemos que la misma interpretación es una creación; y no hay gran diferencia entre el intérprete de la música y el intérprete de una ley; quiero decir que para ser científico hay que ser primero artista del Derecho. La verdad es que leer el Código es como leer una partitura; según que pase o no pase por el cerebro de Toscanini, la música de Wagner es una cosa u otra. ¿Cuánto pone el creador y cuánto pone el recreador?”³.

En primer lugar, se llevará a cabo una aproximación conceptual de los distintos sentidos de la equidad, para ver cuál es el sentido *stricto sensu*, y luego se analizarán las tres concepciones de equidad que, desde lugares distintos y concepciones enfrentadas, vinculan a la equidad con la justicia o la consideran inde-

¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Metodología Jurídica*, editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 74.

² CARNELUTTI, Francesco, *Arte del derecho*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2006, pág. 14.

³ CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2006, pág.

pendiente de la justicia. Por último, se examinará cómo, desde la jurisprudencia, se ha determinado la equidad para justificar y fundamentar muchas de las decisiones de los jueces en distintas materias que van desde lo penal hasta el derecho administrativo y privado argentino.

II. La equidad: aproximación y sentidos

El exministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Dr. *Abelardo Rossi*, en un excelente trabajo sobre la justicia y la equidad, nos aclara que la palabra equidad y sus derivados son multifacéticos:

“La equidad, pues, en esta primera aproximación etimológica aparece siempre como parte de la justicia, pero no de una justicia teórica o a sus principios generales sino a su aplicación concreta que se resuelve equitativamente, de acuerdo a lo justo, a lo que respecta a una cierta igualdad... Agregamos que en el empleo vulgar y corriente del término equidad se encierra la idea de una justicia flexible y bondadosa que apacigua el rigor de la ley escrita, lo que tampoco responde al exacto sentido de la epiqueya”⁴.

Previo a determinar los sentidos del término equidad, es importante dejar asentado lo que no es equidad, de manera que se pueda posteriormente entender mucho mejor el alcance del tópico. Rossi⁵ nos aclara: en primer lugar, la equidad no es

4 ROSSI, Abelardo, *Aproximación a la justicia y a la equidad*, ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2000, pág. 117.

5 ROSSI, Abelardo, *Aproximación a la justicia y a la equidad*, ob. cit., pág. 119.

una especie de instinto o sentimiento de justicia que nos lleva a buscar la solución justa en una cuestión jurídica; en segundo lugar, tampoco consiste en humanizar la ley en el estudio previo al dictado de una ley o en el momento de concretarla en una sentencia determinada; es decir, la equidad no es benignidad, mansedumbre, misericordia, caridad o benevolencia en la interpretación y aplicación de la ley; en tercer lugar, la equidad no es *laxismo jurídico* que se inclina por la libertad mal entendida, malsana y permisiva, a favor de interpretar siempre la ley en beneficio del deudor o reo sin considerar sus obligaciones, es decir, olvidando los deberes; por último, la equidad tampoco es un simple buen sentido ejercido por un vecino benevolente y lego que reparte los bienes de la mejor forma posible para terminar un conflicto; aquí encontramos frases como “solución de equidad”, por ejemplo, para oponerla a la solución de derecho.

Respecto de los sentidos de la equidad, Rossi distingue tres, a saber, el sentido impropio, el sentido propio y el *stricto sensu*.

El *sentido impropio* se puede decir que una ley particular es equitativa cuando resuelve una cuestión social con justicia. Es impropio por la sencilla razón de que la palabra equidad en el lenguaje jurídico corriente y aún en la doctrina se emplea siempre para designar la solución de un caso concreto con todas las numerosas particularidades y circunstancias que lo rodean. En *sentido propio* se habla de equidad cuando se resuelve con justicia un caso concreto en el mismo sentido que lo estipula la ley, pero aplicando esta teniendo principalmente en cuenta todas las particularidades que rodean la situación litigiosa que, generalmente, son muy numerosas. La equidad en *stricto sensu* se trata, en cambio, de la solución de un caso concreto pero decidido a pesar o en contra de lo dispuesto

en el texto expreso de una ley positiva, con el fin de salvar ahí el principio supremo de todo el orden jurídico: el valor justicia o lo justo concreto. Es decir, se trata de cumplir con el espíritu de la ley a costa de no cumplir con su letra; se trata de salvar el valor justicia frente al texto literal de la ley, que en sí mismo no era injusto, pero que se convertiría en tal y en inhumano por las circunstancias particulares y concretas de la situación⁶.

Termina Rossi, diciendo que la equidad en stricto sensu consiste en:

“... evitar que, ateniéndose a la literalidad del texto justo, expreso y claro de la ley, se cometa, en un caso concreto, una flagrante injusticia contra una persona o contra el bien común, dos de los valores supremos de todo el orden jurídico; la persona como sujeto esencial y principal en la esfera del derecho y del bien común como fin de la ley”⁷.

El derecho en la matriz continental europea configura a la equidad en tres tradiciones culturales distintas, según el Prof. *Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*, a quién seguimos en un excelente y completo trabajo sobre la equidad en los fallos de la Corte Suprema Argentina: la *griega*, la *romana clásica*, correspondiente a la época del nacimiento y apogeo del derecho romano, y la *romana post-clásica*, propia del periodo conocido como vulgarización del derecho, fuertemente influenciado por la moral de matriz cristiana. Además de las tres citadas, el autor agrega una

6 ROSSI, Abelardo, *Aproximación a la justicia y a la equidad*, ob. cit., pág. 119 y ss.

7 ROSSI, Abelardo, *Aproximación a la justicia y a la equidad*, ob. cit., pág. 125.

cuarta que, si bien no se reconoce como tal, asume, de hecho, una función semejante: es la que se origina con la *declaración de inconstitucionalidad de la ley* en los sistemas judiciales que tienen prevista dicha posibilidad, ya de forma concentrada (España), ya difusa (Argentina), ya, finalmente, mixta, es decir, comprensiva de ambas (Brasil)⁸.

En el presente tópico, sólo nos interesa introducir la equidad en la primera de las tradiciones, es decir, la *griega*, en cabeza de Aristóteles y su ética. Para las otras tradiciones, por razones de extensión, nos remitimos al trabajo citado, donde se podrá ver cada una de ellas y su reflejo en diversos fallos de la Corte Argentina.

Como se vio en el capítulo V de esta obra, Aristóteles estableció las bases de una filosofía de la justicia cuyos presupuestos, principios y alcances se siguen discutiendo en la actualidad. En el mismo sentido pasará con *la equidad* que desarrollará también en el libro V de su *Ética Nicomáquea*. Para introducirnos al tópico, debemos recordar la distinción ya vista entre lo justo natural y lo justo positivo:

“La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez que ha sido establecido, por ejemplo, que el rescate sea de una mina o que deba sacrificarse una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes para casos

8 Rabbi – Baldi Cabanillas, Renato, “La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, *Persona y Derecho* 41, Pamplona, pág. 447.

particulares, como ofrecer sacrificios en honor de Brásidas, o las decisiones en forma de decretos”⁹.

Esta distinción dentro de lo justo político muestra dos instancias de validez distintas, ya que lo *justo natural* posee una razón de validez que no depende del parecer de los hombres y, respecto de cada problema, representa, desde su origen, una posibilidad única de solución; en cambio, lo justo legal tiene su fundamento en la voluntad del legislador y constituye, contrariamente a lo justo natural, el resultado de una elección entre diversas posibilidades, cada una de las cuales parece, en un principio, indiferente, pero deja de serlo cuando, al ser elegida, se convierte en materia de una prescripción¹⁰.

Teniendo en claro esta observación de lo justo político, el estagirita nos introduce al tópico de la equidad y su relación con la justicia al afirmar: “Nos queda por hablar acerca de la equidad y lo equitativo, en qué relación está la equidad respecto de la justicia y lo equitativo respecto de lo justo”¹¹.

Lo primero que trata es la cuestión de si lo equitativo es justo o no y, en caso afirmativo, qué tipo de justicia será:

“... lo equitativo, si bien es mejor que una cierta clase de justicia, es justo, y no es mejor que lo justo, como si se tratara de otro género. Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque

9 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1134b 20, utilizamos la edición de la Biblioteca Básica Gredos, España, 2000, pág. 148.

10 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Doctrina aristotélica de la justicia*, México, UNAM, 1973, pág. 135.

11 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1137a 35, utilizamos la edición de la Biblioteca Básica Gredos, España, 2000.

ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal¹².

Es decir, que la equidad será una forma de *justicia*, pero no de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. El error no radica en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza de las cosas, pues tal es la índole de las cosas prácticas. El problema será la universalidad de la ley y la falta de previsión de circunstancias por parte del legislador.

“Por tanto, cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido¹³.”

No es que la ley sea injusta o incorrecta jurídicamente, sino al contrario, la ley es justa y correcta; el problema es la imposibilidad de prever todos los posibles casos concretos que se darán en la realidad. De esta manera, la equidad, mediante la aplicación de lo justo natural, corregiría la omisión de lo justo legal o positivo.

12 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1137b 10.

13 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1137b 20.

“Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta”¹⁴.

En definitiva, coincidimos con Ana Marta González en que la función de la equidad no es juzgar la bondad de la ley, ni, en consecuencia, rebelarse contra una ley injusta, sino rectificar la injusticia particular que sobrevendría en el supuesto de que se aplicara una ley, de suyo justa, en un caso que no pudo ser contemplado por el legislador, dado el contraste entre el carácter general de la ley y la contingencia de las acciones humanas.¹⁵

III. Concepciones de la equidad

Dentro de la filosofía del derecho podemos encontrar diversas concepciones de la equidad y su relación con la justicia. Solo veremos tres de estas concepciones, a las que hemos identificado como: *la equidad como justicia matizada*; *la equidad como muleta de la justicia*; y, por último, *la equidad como independiente de la justicia*, que estarán representadas, a su vez, por tres iusfilósofos.

III. a) La equidad como justicia matizada

La primera de estas concepciones es la que desarrolla el

¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1137a 25.

¹⁵ González, Ana Marta, “Dos visiones del derecho. La epiqueya en Aristóteles y en Kant”, *Persona y Derecho* 46, Pamplona, pág. 250.

profesor español Javier Hervada, donde se observará que hay una clara impronta aristotélica y tomista en su concepción. “La equidad, afirma, es la justicia matizada por otras virtudes, y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes”. Es decir, que la equidad se daría en una:

“... relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas. Lo equitativo es o justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho”¹⁶.

Ahora bien, esta atemperación de lo debido puede tener varias causas; unas proceden de la benignidad o de la misericordia (indulto); otras de la solidaridad humana (moratoria en los pagos); otras proceden de la moderación necesaria para que el rigor de la justicia no dañe otros valores no menos importantes (inembargabilidad del patrimonio familiar); en otros casos, en los que, no siendo posible satisfacer el derecho, la equidad lo acomoda a las circunstancias particulares, dándole una cierta satisfacción, que cancela la deuda correlativa. Hay otros supuestos en los que no existe un derecho estricto, pero puede –y no pocas veces debe– satisfacerse por vía de equidad lo que postulan las circunstancias del caso.

Por último, el profesor Hervada nos demuestra que el arte de la equidad y de lo equitativo es una extensión del arte de lo

16 HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2007, pág.70.

justo, pues la equidad opera en relación con la justicia¹⁷. Como se ha podido ver, la equidad estaría en el ámbito de la justicia y sería una forma de atemperarla. A continuación, se podrán ver dos posturas, donde la equidad ya no estaría dentro de la justicia y sería como criterios de corrección o valores jurídicos que muchas veces entran en conflicto.

III. b) La equidad como muleta de la justicia

La equidad como muleta de la justicia es la tesis desarrollada por *Chaim Perelman*. Como se pudo observar en el capítulo quinto, el autor define a la justicia con un criterio formal: la justicia formal es el principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera. De ahí, concluye el autor que la aplicación de la justicia supone una clasificación u ordenación de los seres a partir de la característica esencial que sirve de base¹⁸.

Ahora bien, dicha concepción no tendría drama mientras se aplique esa categoría esencial de base, pero justamente la realidad es mucho más complicada, ya que las características esenciales en la práctica no concuerdan unas con otras y dan lugar a las antinomias en la vida normal. Aquí es donde nuestro autor ve como una forma de salir del malestar creado por las antinomias jurídicas a través de dar preferencia deliberadamente a una característica esencial en detrimento de todas las demás. Dice Perelman:

17 HERVADA, Javier, ob. cit., pág. 72.

18 PERELMAN, Chaim, *De la justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1964, pág. 43.

“Cuando las antinomias de la justicia aparecen y la aplicación de ésta nos obliga a transgredir la justicia formal, se recurre a la equidad. A ésta se le podrá considerar como la muleta de la justicia, y en el complemento indispensable de la justicia formal siempre que su aplicación resulte imposible”¹⁹.

Surge a continuación la pregunta de cómo llevará a cabo la función que le asigna Perelman a la equidad, a lo que dice: “Consiste en una tendencia a no tratar de manera demasiado desigual a los seres que forman parte de una misma categoría esencial”²⁰. Es decir, que, en la aplicación de la justicia formal a través de la igualdad, la equidad trataría de disminuir las desigualdades cuando aparezcan dos o más características esenciales que están produciendo la antinomia. Como se puede observar, la equidad actuaría por fuera de la justicia formal, como algo externo que vendría a reducir las contradicciones de la aplicación de la característica esencial en la tesis del autor. De ahí su nombre y su referencia a la muleta.

III. c) La equidad como independiente de la justicia

Por último, tenemos a la equidad como independiente de la justicia, que será la tesis de Ronald Dworkin. En primer lugar, la equidad, junto a la justicia y al debido proceso, sería un valor, un ideal de la estructura política justa, pero se distinguiría de cada uno de ellos en esa estructura:

19 PERELMAN, Chaim, ob. cit., pág. 46.

20 Ídem.

“La equidad en política significa hallar los procedimientos políticos (métodos para elegir funcionarios y hacer que sus decisiones sean responsables ante el electorado) que distribuyen el poder político de la forma adecuada. Por otra parte, la justicia se preocupa por las decisiones que las instituciones políticas permanentes, hayan o no sido elegidas justamente, deben tomar. El debido proceso se refiere a los procedimientos correctos para juzgar si un ciudadano ha violado las leyes establecidas por procedimientos políticos; si lo aceptamos como una virtud, queremos que las cortes e instituciones similares utilicen procedimientos de evidencia, descubrimiento y revisión que prometan el nivel adecuado de exactitud y traten a las personas acusadas de violación como se debe tratar a las personas en dicha posición”²¹.

Ahora bien, estos ideales jurídico-políticos muchas veces entran en conflicto, haciendo que se determine cuál de ellos es el que debe primar. A esto responde Dworkin:

“Algunos filósofos niegan la posibilidad de un conflicto fundamental entre equidad y justicia porque creen que una de estas virtudes deriva de la otra. Algunos sostienen que la justicia no tiene otro significado aparte de la equidad, que, en la política, al igual que en la ruleta, sucede lo que suceda a través de procedimientos legítimos, es justo. Ese es el extremo de la idea denominada justicia como equidad. La mayoría de los filósofos políticos (y creo que la mayoría de las personas) piensa que la equidad y la justicia son en cierto grado independientes una de otra, de modo

²¹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la Justicia*, editorial Gedisa, 1988, pág. 123.

que a veces las instituciones imparciales producen reglas injustas e instituciones no-imparciales, decisiones”²².

A partir de aquí se interroga si en la política corriente deberíamos elegir entre las dos virtudes para decidir qué programas políticos apoyar y hasta qué punto el gobierno por mayoría es la decisión más justa en política, porque muchas veces la mayoría toma decisiones injustas acerca de los derechos de los individuos.

Concluye Dworkin afirmando que estas difíciles preguntas surgen porque la equidad y la justicia están a veces en conflicto.

“Si queremos que la integridad es un tercer ideal independiente, por lo menos cuando la gente no está de acuerdo sobre los primeros dos, podemos pensar que a veces es necesario sacrificar la equidad o la justicia por la integridad”²³.

IV. La equidad como arte de lo justo en la jurisprudencia

La equidad, no solo ha sido objeto de discusión filosófica, sino también un recurso constante en la jurisprudencia de los tribunales, en particular de la Corte Suprema. Así se puede ver en los primeros fallos desde su fundación. Así, en Fallos: 3:87, “*considerando en equidad*” que la pena de tres años de trabajos forzados impuesta a un peón de Aduana por el hurto de una botella de aceite era desproporcionada, remitió las actuaciones al Poder Ejecutivo invitándolo a ejercer el derecho de indulto. Y en Fallos: 5:74 indicó que no existiendo una disposición

22 DWORKIN, Ronald, ob. cit., pág. 133.

23 Ídem.

legislativa que comprendiera el caso en estudio, debía ocurrirse para resolverlo, a los principios de justicia y equidad, que son los fundamentos del derecho²⁴. No solo se ha utilizado como criterio de determinación, sino también como pauta interpretativa y de criterio de juzgamiento en general. Así vemos que sostuve que es regla de interpretación que en caso de duda debe resolverse a favor de la liberación, y de lo que sea más arreglado a la equidad (ley 47, tít. 7, lib. 44, Dig.) (Fallos: 23:290). También, aclaró que, si bien el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos. Y si el juez no puede, en principio, juzgar de la equidad de la ley, no sólo puede, sino que debe, juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho (Fallos: 302:1611).

En *materia penal*, se podría poner como ejemplos, los siguientes casos. Desde Fallos: 5:459 había expresado que tratándose de personas desvalidas y a quienes se ha hecho sufrir una prisión inmerecida, puede la Suprema Corte, por equidad, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de una condenación injusta, que no se había apelado por ignorancia de los acusados o por descuido del defensor. En relación al régimen especial establecido por la ley 22.278 para los imputados menores, señaló que en modo alguno puede calificarse como "más benigno" respecto del sistema penal de adultos, ya que no se trata de situaciones comparables en términos de similitud. Explicó que un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales

²⁴ La selección de fallos se encuentra en la Nota de Jurisprudencia, *Equidad*, secretaria de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aun definitivamente consolidada (Fallos: 330:5294).

Asimismo, decidió que cabía hacer lugar al recurso extraordinario, no obstante, la insuficiencia de fundamentación, si la Corte había declarado la nulidad del fallo de condena en virtud del estado de indefensión del recurrente y extendido los efectos del pronunciamiento a la situación procesal del otro coprocesado por un elemental principio de equidad (Fallos: 319:1496). En Fallos: 346:1296 consideró arbitraria la sentencia que había desestimado el recurso presentado por el letrado del imputado contra la condena a prisión perpetua, por inobservancia de lo estatuido en un artículo del código procesal provincial, pues el *a quo* había resuelto con un criterio ritualista susceptible de menoscabar el derecho de defensa invocado por el apelante.

Recordó que, en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. Indicó así que la tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, y que ha dejado sentado que es de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor.

En materia Civil, se ve en distintas ramas que van desde los contratos hasta la emergencia económica, pasando por compraventa, la actualización de los créditos y las indemni-

zaciones. En materia de contratos, ha dicho el Tribunal que es un principio general, que los contratos deben ejecutarse siempre de buena fe y obligan no sólo a lo que se expresa en ellos, sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza (art. 109, Cód. Com. ant.) (Fallos: 17:262). En Fallos: 302:1316 consideró que, si la Cámara había reajustado prudencialmente el precio de la compraventa en el marco de la demanda por escrituración, atendiendo a las diversas circunstancias del caso, a fin de corregir el ejercicio abusivo del derecho y salvar los principios de moral y equidad, mitigando de tal modo la injusticia que resultaría de que se cumplieran literalmente las contraprestaciones según habían sido pactadas, era improcedente el recurso extraordinario si lo que se perseguía por el apelante era una paridad aritmética del reajuste. También sostuvo que corresponde actualizar los créditos cuyo valor real se ve disminuido cuando, por culpa del deudor moroso, el dinero afectado por la progresiva depreciación no resulta apto para conmensurar con equidad prestaciones cuyo cumplimiento se ha diferido por la conducta ilegítima del deudor (Fallos: 298:501).

Un capítulo interesante, se ve en el caso de las indemnizaciones, donde se utiliza la equidad para determinar muchos de los supuestos de responsabilidad civil. En otra causa en que la Corte en su anterior intervención había dejado sin efecto la sentencia de la cámara en cuanto había condenado al Banco de la Nación Argentina a abonarle al actor una determinada suma en concepto de lucro cesante y daño moral, indicó que luego el *a quo* se había apartado de lo resuelto por el Tribunal. Ello ya que, si bien había disminuido el monto establecido en su primer fallo, estableció un importe que distaba de ser una

ponderación prudencial del daño inferido y no consultó los criterios de equidad señalados por la Corte y que resultaban apropiados cuando se trata de establecer el menoscabo moral que representa la separación de un agente de la función pública (Fallos: 339:638). En esa línea, en el marco de reclamos de daños y perjuicios, ha dejado sin efecto sentencias que al fijar el monto indemnizatorio correspondiente no habían realizado una ponderación apropiada del daño inferido y no habían consultado los necesarios criterios de equidad (Fallos: 318:2600), desvirtuando el principio de reparación integral de daño (Fallos: 320:2230). Sostuvo en el año 1899 que, reconociéndose por el demandado el deber de indemnizar, y versando la controversia solamente sobre el monto de la indemnización, ésta debe fijarse teniendo en cuenta los antecedentes que sirvan a establecerla con equidad (art. 1084, Cód. Civ.) (Fallos: 80:128). Ha expresado que, si bien el pronunciamiento al hacer lugar a una indemnización por muerte había hecho mérito que se trataba del hijo varón de una familia de reducidas posibilidades económicas, no bastaba esa sola enunciación para justificar la cuantía de la reparación fijada de una manera exigua e irrazonable. Ello toda vez que aun cuando el daño material a resarcir sea el representado por la frustración de la esperanza de ayuda y eventual sostén económico invocado por la actora, el monto establecido por todo concepto daño material y daño moral distaba de ser una ponderación apropiada del daño inferido y no consultaban los criterios de equidad que resultan particularmente necesarios cuando se trata de evaluar el menoscabo originado por la muerte de un hijo menor (Fallos: 307:2027). También indicó que no era arbitraria la sentencia que daba fundamentos suficientes para sustentar el pago de una indemnización, aplicando, por razones de equidad, soluciones

contempladas en leyes análogas (leyes 21.274 y 22.160) (Fallos: 302:979).

Respecto de la materia previsional, la Corte consideró que encontrándose en vigencia a la fecha del fallecimiento del afiliado el decreto ley 31.665/44, que nada establecía sobre el reembolso, con los haberes impagos al causante fallecido, de los gastos de sepelio y última enfermedad hechos por un tercero, era de aplicación lo dispuesto al respecto por el Código Civil, que reconocía el derecho de repetir tal importe a quien hizo el pago. Indicó que la misma solución, de equidad natural, era la establecida en la figura genérica de la gestión de negocios (Fallos: 243:227). En otra oportunidad, un auxiliar principal de un juzgado peticionaba el reconocimiento de legítimo abono de sus haberes, habiendo sido designado suplente de otro agente y nombrado con carácter definitivo a raíz del fallecimiento del titular. El Tribunal sostuvo que era equitativo acceder a la petición dado que el requirente había prestado servicios en forma ininterrumpida desde tres meses antes y como titular a partir de dicho fallecimiento (Fallos: 313:734). En Fallos: 289:430 “Berçaitz” recordó lo dicho en el ya citado precedente de Fallos: 5:459 en cuanto a que tratándose de personas desvalidas es de equidad y aun de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes o del descuido del defensor. Y posteriormente refirió al fallo “Berçaitz” para reiterar tal criterio en Fallos: 342:411 “García, María Isabel”. Los jueces Barra, Fayt y Cavagna Martínez indicaron que en materia previsional, la aplicación de la ley debe efectuarse equitativamente, de acuerdo con la valoración de los hechos específicos traídos a conocimiento de los magistrados (Fallos: 316:3043). En otro pronunciamiento se ha dicho que la recusación fundada en el hecho de que el

juez puede llegar a ser parcial por ser un futuro beneficiario de la ley 18.464 debía ser rechazada por cuanto resultaba vejatoria de su integridad moral, pues el apelante consideraba que el juez podía interponer un interés personal en un pronunciamiento en el que se debe buscar por sobre todas las cosas la equidad y la justicia (Fallos: 312:974 - Voto del juez Laurencena).

En materia administrativa, en particular sobre el empleo público, la La Corte sostuvo que la estabilidad del empleado público no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función sino el derecho a una equitativa indemnización cuando, por razones que son de su exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleado, sin culpa de éste (Fallos: 330:4713). En Fallos: 333:311 “Ramos”, el Tribunal consideró que la aplicación de la indemnización prevista por el artículo 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (25.164), resultaba una medida equitativa para el caso de la ruptura del vínculo de empleo que unía al actor con la Armada Argentina. En efecto, durante veintidós años se había prorrogado el contrato de locación de servicios que vinculaba al actor con el Estado Nacional, ingresando como técnico y encuadrándose su relación en el Régimen para el Personal de investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas, aprobado por decreto 4381/73 -que, si bien autorizaba a contratar personal sin que ello generara derecho a indemnización por rescisión, limitaba la posibilidad de renovación de dichos contratos a un máximo de cinco años. Al rescindir el contrato -tras haber violado el régimen de contratación al exceder el límite mencionado-, el actor no tenía derecho a ser reincorporado en el cargo -lo que vulneraba el régimen legal de la función pública, y el principio constitucional que prevé que

corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Pública Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima-, pero debían repararse los perjuicios sufridos.

V. Reflexiones Finales

A lo largo del presente capítulo se ha tratado de ofrecer una aproximación a la equidad, desde los distintos sentidos hasta su concreción judicial en distintos precedentes donde la operatividad del tópico se vio en cada una de las materias del derecho seleccionadas, pasando por distintas concepciones.

También se ha podido ver la importancia que posee en el quehacer jurídico que, dada su naturaleza compleja y limitada, es necesario muchas veces prever a través de la equidad aquellos casos que no fueron previstos por el legislador, pero que responden a la finalidad de la norma y del ordenamiento jurídico.

En las lecturas elegidas se podrá ver en contraste las concepciones que hemos desarrollado y, a través de sus divergencias, los alcances de lo visto en las páginas precedentes. Asimismo, en los fallos elegidos, se verán en los dictámenes del procurador y en los votos de los ministros las distintas concepciones del derecho y cómo juegan a la hora de determinar o no su solución justa a través de la equidad.

Lecturas complementarias

Equidad y Prudencia

CARLOS I. MASSINI CORREAS

“Pero no solo el acto de legislar requiere de la participación de la prudencia; con más imperiosidad aún, la determinación de lo justo concreto requiere del juicio certero de la prudencia, que “regula inmediatamente la conducta a realizar aquí y ahora, por un juicio y una decisión proporcionados a la absoluta individualización del caso singular”. El derecho, que pertenece a “las cosas que pueden ser de otra manera, pues dependen de la obra del hombre y por tanto están sometidos a la contingencia que produce su libre albedrío, escapa por completo a cualquier pretensión de inmutabilidad y certeza permanente. Cada situación jurídica es distinta de la anterior y lo será de la siguiente, pues el derecho se ubica al orden de la praxis, que está expuesto a todos los riesgos, a toda la imperfección de la humanidad, de la contingencia, como el arte, como todo lo que sale de manos del hombre, que construye en el tiempo fugitivo. Por eso es necesario el juicio de la prudencia jurídica, que aplica los principios universales a las conclusiones particulares del orden de la acción.

Al consistir la equidad en la virtud que dispone a realizar la solución objetivamente justa en un caso concreto, aún contra el texto de la ley positiva, es evidente que requiere como presupuesto el juicio de la prudencia que le indique el contenido exacto de dicha solución justa. El dictamen prudencial será el que marque el yerro de la norma general y las exigencias del bien común en la situación que requiere una solución equitativa. “La epiqueya supone –escribe Bernhard Haring– como hija de la prudencia, el juicio claro de que, dadas las circunstancias, se obra mejor abandonando la ley, o cumpliéndola de otra forma”. Tanto para

Aristóteles como Santo Tomás, existe una parte o aspecto de la prudencia directamente ordenado a determinar la solución equitativa. Aristóteles la llama “comprensión” en el texto que ya hemos citado; Santo Tomás, más preciso, coloca al juicio equitativo como acto propio de una parte potencial de la prudencia, la *gnome* o perspicacia: “Acaece a veces la necesidad de hacer una obra al margen de las reglas comunes de la acción; así, el denegar el depósito al traidor a la patria o cosas semejantes. Por lo cual debe juzgarse de estos casos conforme a principios superiores a las reglas comunes, por las que juzga la “*synesis*”. Y, en conformidad con principios superiores, se exige una virtud más allá para juzgar, a la cual llamamos “*gnome*” o perspicacia, y que lleva consigo cierta agudeza en el juicio.

La equidad pertenece, según lo visto, a la justicia como parte subjetiva o esencial, pero pertenece también y en cierto sentido a la prudencia, desde el momento en que ésta es quien determina la medida precisa del acto equitativo. Escribe Santo Tomás a este respecto, que el juicio es acto de justicia, en tanto ésta inclina a juzgar rectamente y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncia el juicio, palabras que se aplican con toda propiedad al juicio equitativo. Por eso es que el imprudente no puede ser equitativo, pues desconoce la medida de la injusticia que importa la aplicación estricta de la ley positiva al caso, así como la solución que debe procurarse para que se dé efectivamente a cada uno lo que le es debido”²⁵.

25 Massini Correas, Carlos Ignacio, *Sobre la equidad*, en *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1978, 101 y 102.

Las antinomias de la Justicia y la Equidad

CHAIM PERELMAN

“La vida social presenta un continuo equilibrio entre la justicia y la equidad. Se recurre a ésta siempre que en la elaboración de una ley o reglamento no se ha tomado en cuenta características esenciales a las que capas importantes de la población, la llamada opinión pública, conceden importancia. Molestaría, en efecto, el tratamiento demasiado diferente reservado por la ley o la fórmula de justicia que se aplica a seres que forman parte, de acuerdo con esa característica olvidada, de la misma categoría esencial. Se querrá apelar a la equidad para dirimir esta diferencia tan grande. Por el contrario, se preferirá atenerse a la letra de la ley en la medida en que ésta expresa, de manera suficiente adecuadamente, el sentimiento público.

Se ve de inmediato que el recurso a la equidad, condicionado por la introducción de nuevas categorías esenciales, será más frecuente en las épocas de transición, en que cierta tabla de valores está a punto de ser reemplazada por otra.

Se recurrirá también a la equidad en épocas de perturbación económica y monetaria, cuando las condiciones que existen en el momento de la fijación de las reglas se modifican a tal punto que se percibe una diferencia muy grande entre las reglas adoptadas anteriormente y las que admiten luego. En esta eventualidad, no existe el conflicto entre fórmulas diferentes de la justicia sino entre las reglas que se deducen de ella ahora, y las que se han deducido anteriormente, debido a un estado de cosas profundamente modificado.

Supongamos que se vive durante un periodo de inflación, y que un artesano se ha comprometido a entregar una obra que exige tres meses de trabajo por un salario equivalente al de un obrero calificado. Si el día en que el trabajo del artesano debe ser pagado, el salario

de un obrero calificado ha subido cien veces, nos molestará que a él se le trate con diferencia, es decir que no se le pague conforme a la nueva tarifa, ya que fue tan imprudente que hizo el contrato con base en la antigua. La equidad exigirá la disminución de esa diferencia. El día en que una ley ordene la revaluación obligatoria de los contratos anteriores, la equidad dejará el sitio a la justicia formal; pero durante el periodo de transición habrá que contentarse con recurrir a la equidad.

Para concluir, se apela a la equidad siempre que la aplicación simultánea de más de una fórmula de justicia concreta o la aplicación de la misma fórmula en circunstancias diferentes, conduzca a antinomias que hacen inevitable la no conformidad con las exigencias de la justicia formal. Se utiliza a la equidad como muleta de la justicia. Para que ésta no cojee, para poder dispensarse de la equidad, es menester que no se desee aplicar más que una sola fórmula de justicia concreta, sin que se deban tener en cuenta cambios que son susceptibles de determinar modificaciones imprevistas de la situación. Esto no es posible mas que si nuestra concepción de la justicia es muy estrecha o si la fórmula de la justicia utilizada es suficientemente compleja para tomar en cuenta las características consideradas esenciales²⁶.

.....

²⁶ Perelman, Chaim, *De la Justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 164, pág. 49 y 50.

Análisis jurisprudencial

“Vera Barros, Rita E. c. Estado nacional”

Fecha: 14 de diciembre de 1993.

Fallos: 316:1025

Que contra el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al revocar el fallo de primera instancia, no hizo lugar a la demanda tendiente a obtener el reconocimiento del derecho a la pensión demandada, la actora dedujo el recurso extraordinario. De los antecedentes del caso, surge que la actora, hija soltera de Tomás A. Vera Barros, convivió y cuidó a éste durante una larga enfermedad que había derivado en la pérdida total de vista y sin que hubiera realizado nunca trabajo fuera del hogar. Al fallecer el progenitor, solicita a la Armada el otorgamiento de la pertinente pensión, solicitud que fue denegada por tener la peticionante, 48 años y cinco meses de edad y no 50 años, como lo exige el inc. 5 del art. 82 de la ley 19.101.

Principales Considerandos

3. Que, al respecto, cabe señalar que en el proyecto de elevación al Poder Ejecutivo de la ley 19.101 que reemplazó a la ley 14.777, se adujo que las modificaciones que se efectuaban al título IV limitaban algunos derechos y extendían otros buscando una mayor adecuación de las pensiones militares al nuevo rol que desempeñaba la mujer en la sociedad. En esta inteligencia se reglamentó el beneficio de la hija soltera eliminando el presupuesto de la carencia de medios propios de subsistencia y en su lugar se exigió haber convivido con el causante en forma habitual

y continuada durante los diez años anteriores a su muerte y tener a esa fecha cincuenta años de edad (art. 82, inc. 5).

4. Que, por otra parte, en el art. 84 se estableció, como principio general, que los familiares del personal militar que petitionaran la pensión deberían acreditar que reunían los requisitos legales al día del fallecimiento del causante, pues no podrían solicitar el beneficio en condiciones diferentes salvo los supuestos de excepción previstos en los incs. 7 y 8 del artículo aludido.

5. Que no cabe duda que, para efectuar las modificaciones citadas, el legislador tuvo en cuenta que en la actualidad un significativo número de mujeres desempeñan tareas remuneradas que les permiten proveerse los medios propios de subsistencia y que, por lo tanto, aun cuando se trate de hijas solteras la muerte del progenitor no es por sí sola causal suficiente para tener por probado el desamparo que justificaría el otorgamiento de la pensión. Empero, este criterio general no impide, a la luz de los principios de contenido social que informan a la materia, examinar las particularidades que puede presentar el caso concreto.

6. Que los antecedentes agregados a la causa demuestran que la actora, hija soltera del suboficial Tomás Vera Barros convivió con éste durante toda su vida y lo cuidó en la enfermedad que había derivado en la pérdida total de la vista, sin que hubiera realizado nunca trabajos fuera del hogar, aspecto éste que no fue considerado por el *a quo* cuya sentencia propuso una solución que demuestra un excesivo apego a la letra de la ley y omite examinar todas las cuestiones planteadas en apoyo de la pretensión, lo que importa un ritualismo que resulta incompatible con el derecho de defensa.

7. Que ello es así puesto que si bien es cierto que la apelante tenía 48 años y cinco meses al producirse el deceso de su

padre y no los 50 que exige la disposición, no lo es menos que la circunstancia de no haber ejercido nunca tareas remuneradas ni contar con preparación alguna que le facilite el acceso al mercado laboral, autorizan a afirmar que en la causa está acreditada la incapacidad de ganancia y el estado de precariedad y desamparo, contingencias que habilita el acceso a la pensión conforme lo ha señalado el tribunal en conocida jurisprudencia (Fallos 286:93; y 314:250, entre muchos otros).

8. Que, por último, cabe destacar que esta solución es la que se compadece con el mandato constitucional que garantiza la protección integral de la familia (art. 14 bis) y con el principio que impone a los jueces actuar con suma cautela cuando deciden cuestiones que conducen a la denegación de prestaciones de carácter alimentario, habida cuenta de que en la interpretación de las leyes previsionales el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de no desnaturalizar los fines que las inspiran (Fallos 290:288; 292:367; 303:857; 306:1312 La Ley, 1982A, 189; 1984D, 467).

Por ello, se declara bien concedido el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia. Costas por su orden, atento a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, párr. 2º, Cód. Procesal). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a la expresado.

Rodolfo C. Barra (por su voto). Antonio Boggiano. Augusto C. Belluscio (en disidencia). Enrique S. Petracchi. Carlos S. Fayt (por su voto). Mariano A. Cavagna Martínez (por su voto). Julio S. Nazareno. Ricardo Levene (h.). Eduardo Moliné O'Connor.

Voto de los Ministros Barra, Fayt y Cavagna Martínez

Considerando: 1. Que contra el pronunciamiento de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al revocar el fallo de primera instancia, no hizo lugar a la demanda tendiente a obtener el reconocimiento del derecho a la pensión demandada, la actora dedujo el recurso extraordinario a fs. 145/149 que fue concedido a fs. 154.

2. Que los agravios planteados tienen entidad para habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48, habida cuenta de que se vinculan con la interpretación de normas de naturaleza federal y la sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa es adversa al derecho que la recurrente sustentó en aquellas disposiciones (art. 14, inc. 3º, ley 48).

3. Que, de los antecedentes del caso surge que la actora, hija soltera del suboficial Tomás A. Vera Barros, convivió y cuidó a éste durante una larga enfermedad y que, al fallecer su progenitor, solicitó de la Armada el otorgamiento de la pensión pertinente, solicitud que fue denegada por tener la peticionante 48 años y cinco meses de edad y no 50 años, como lo exige el inc. 5 del art. 82 de la ley 19.101 que regula la presente materia.

4. Que, al respecto, cabe señalar que en el proyecto de elevación al Poder Ejecutivo de la ley 19.101 que reemplazó a la ley 14.777, se adujo que las modificaciones que se efectuaban al título IV limitaban algunos derechos y extendían otros buscando una mayor adecuación de las pensiones militares al nuevo rol que desempeñaba la mujer en la sociedad. En esa inteligencia se reglamentó el beneficio de la hija soltera eliminando el presupuesto de la carencia de medios propios de subsistencia y en su lugar se exigió haber convivido con el causante en forma habitual

y continuada durante los diez años anteriores a su muerte y tener a esa fecha cincuenta años de edad (art. 82, inc. 5).

5. Que, por otra parte, en el art. 84 se estableció, como principio general, que los familiares del personal militar que peticionaran la pensión deberían acreditar que reunían los requisitos legales al día del fallecimiento del causante, pues no podrían solicitar el beneficio en condiciones diferentes salvo los supuestos de excepción previstos en los incs. 7 y 8 del artículo aludido.

6. Que, si bien una aplicación literal de las normas precedentemente citadas privaría a la peticionante del beneficio que solicita, tal interpretación importaría desconocer que, como se reconoce desde antiguo, el derecho no es sólo lógica, sino también experiencia, entendiéndose por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso. Este temperamento también ha sido compartido por esta Corte, de modo especial al ocuparse de temas como el que ahora toca resolver, en relación al cual ha expuesto que "el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines que los inspiran", fines éstos que, en lo esencial, consisten en cubrir los "riesgos de subsistencia" (Fallos 224:453; 266:107; 282:425 La Ley, 149411; 286:93; 306:1650; F. 292.XXIII, "Fío de Nahón, Nilda N. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", el 17 de marzo de 1992; A. 255.XXIV, "Altobelli, Yolanda L. c/ Caja de Previsión Social de la Provincia y Provincia de Salta", del 3 de noviembre de 1992, y sus citas). De ahí que, en relación al "*sub lite*", "la aplicación de la ley debe efectuarse equitativamente de acuerdo con la valoración de los hechos específicos traídos a conocimiento de los magistrados" (Fallos 308:1978 y sus citas).

7. Que no cabe duda que para efectuar las modificaciones

citadas, el legislador tuvo en cuenta que en la actualidad un significativo número de mujeres desempeñan tareas remuneradas que les permiten proveerse los medios propios de subsistencia y que, por lo tanto, aun cuando se trate de hijas solteras la muerte del progenitor no es por sí sola causal suficiente para tener por probado el desamparo que justificaría el otorgamiento de la pensión. Empero, este criterio general no impide, a la luz de los principios de contenido social que informan a la materia, examinar las particularidades que puede presentar el caso concreto.

8. Que, a este respecto, se advierte que concurre en el caso "*sub examine*" una circunstancia especial, no contemplada específicamente por la ley pero que, en opinión de este tribunal, no escapa el sentido último que anima a ésta: la actora no sólo se limitó a convivir con el causante por un período superior al mínimo exigido por la ley, sino que, desde 1970, cuidó a éste de la enfermedad (ateroesclerosis cerebral) que padecía, a la cual debe sumarse la pérdida progresiva de la visión que derivó en 1977, en ceguera total. Dicha conducta, a la que debe agregarse la circunstancia de que, con anterioridad y a raíz del fallecimiento de su madre la peticionante debió abocarse al cuidado de sus hermanos menores, imposibilitó a ésta el desarrollo de actividades laborales ajenas a las específicas del hogar, lo que, a la postre, derivó en la imposibilidad de contar con una preparación adecuada para acceder al mercado de trabajo y en la dependencia económica respecto de su padre y hermanos (confr. sobre estos extremos, las constancias y los testimonios de fs. 28/38, 91, 94, 100/100 vta. y 103).

9. Que, la situación recién descrita no considerada por el *a quo* en la sentencia recurrida autoriza a afirmar que en la causa se encuentra acreditada la incapacidad de ganancia y el estado de

precariedad y desamparo, contingencias que habilitan el acceso a la pensión conforme lo ha señalado este tribunal en conocida jurisprudencia (Fallos 286:93; 310:2159; 313:578; 314:250, entre otros).

10. Que, por lo demás, un atento examen de la norma del art. 82, inc. 5 permite concluir que la finalidad que anima a la misma dentro de la política legislativa de adecuar el acceso a la pensión por parte de la hija soltera de acuerdo con las circunstancias sociales de la época no aspira tanto a verificar el mero cumplimiento formal de los requisitos allí establecidos, cuanto a premiar la actuación de quien, de forma efectiva, se involucró en la suerte de su familia.

11. Que, bajo tal orden de ideas y de conformidad con las constancias de autos, surge que la conducta de la actora, en cuanto al cumplimiento de uno de los requisitos legales (años de convivencia) supera lo exigido por el tenor literal de la ley y que, si bien no reúne el requisito de la edad exigido, ello acontece por un margen mínimo que no puede, en este caso, y en virtud de las razones anteriormente expuestas (consids. 8° y 9°) ser valorado restrictivamente (Fallos 302:1284 La Ley, 1981A, 401). Por ello, parece plausible realizar al "*sub lite*" una aplicación equitativa de ese aspecto de precepto, en aplicación del criterio de esta Corte según el cual "no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un formalismo paralizante; debiendo buscar en todo tiempo un valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas, pudiéndose arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa como de la judicial" (Fallos 305:2040



La Ley, 1984B, 196 y 311:2223, entre muchos otros).

12. Que, por último, cabe destacar que esta solución es la que se compadece con el mandato constitucional que garantiza la protección integral de la familia (art. 14 bis), de suerte que, si bien "es principio general en materia de pensiones que éstas deben acordarse con arreglo a la situación existente al día del fallecimiento" (Fallos 282:425; 300:1195 y sus citas), también lo es que "en materia de previsión social no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con extrema cautela" (Fallos 266:299; 280:317 La Ley, 125332; 144612, 296:23; y sus citas, entre muchos otros), cautela que ha de depender de una meditada ponderación de las circunstancias del caso.

Por ello, se declara bien concedido el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden, atento a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, párr. 2º, Cód. Procesal). Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo resuelto en la presente.

RODOLFO C. BARRA. CARLOS S. FAYT.
 MARIANO A. CAVAGNA MARTÍNEZ.

Disidencia del Ministro Belluscio

Considerando: 1. Que contra el pronunciamiento de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que al revocar el fallo de la primera instancia rechazó la demanda incoada contra el Estado nacional tendiente a obtener el reconocimiento de un derecho a pensión, la interesada interpuso el recurso extraordinario de fs. 145/149 que fue concedido a fs. 154.

2. Que el remedio federal es formalmente procedente pues se halla en debate la inteligencia acordada a una ley de esa naturaleza, en la cual la apelante fundó su derecho y lo resuelto por el a quo ha sido contrario a su pretensión.

3. Que si bien en materia de seguridad social el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder a fin de que no se desnaturalicen los fines superiores que la informan, no cabe admitir un criterio de valoración de los hechos e interpretación de las leyes aplicables que conduzca una comprensión de la norma que equivalga a prescindir de sus términos. No es dable, pues, apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste. De hacerlo así se olvidaría que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquélla (Fallos 218:56; 299:167 La Ley, 60625; 1978B, 308).

4. Que sobre la base de tales principios corresponde precisar que la ley en examen 19.101 al reemplazar a la anterior 14.777 señala, en el proyecto de elevación al Poder Ejecutivo Nacional, que "las modificaciones que se introducen al título IV 'pensionistas del personal militar' limitan algunos derechos y extienden otros buscando una mayor adecuación de las pensiones militares al nuevo rol que desempeña la mujer en la sociedad", de suerte que "dentro de ese criterio se limita el derecho de la hija soltera". Así se elimina el requisito de la carencia de medios propios de subsistencia y en su lugar el nuevo art. 82 inc. 5° en lo que al caso interesa, exige dos: haber convivido con el causante



en forma habitual y continuada durante los 10 años anteriores a su muerte y tener, a esa fecha, 50 años de edad.

A su vez, el art. 84 sienta el principio general según el cual los familiares del personal militar concurren a ejercitar su derecho a pensión con arreglo a la situación existente al día del fallecimiento o de la baja del causante. Y textualmente expresa que, con la sola excepción de los supuestos indicados en los incs. 7 y 8 del precitado art. 82, no podrán hacerlo si no lo tuvieron en aquel momento.

5. Que en tales condiciones y de acuerdo con la correcta inteligencia que corresponde asignar a los preceptos reseñados, compatibilizados con la finalidad perseguida por la ley, no resulta de un rigorismo reñido con los principios que sustentan al derecho previsional la exigencia del cumplimiento de los específicos requisitos previstos, y en virtud de los cuales no es factible el acceso a la pensión por parte de la hija soltera del causante ante la ausencia de alguno de ellos.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68, Cód. Procesal).

AUGUSTO C. BELLUSCIO

“Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/pensión (ley 23.226)”

Fecha: 29 de abril de 1993.

Fallos: 316:779

Que en la presente causa el señor juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4 resolvió, en su pronunciamiento del 20 de septiembre de 1991, que el Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares debía pagar en efectivo a la señora María Luisa Iachemet las sumas correspondientes al haber de pensión, que le habían sido otorgadas a la nombrada en virtud de la sentencia de fs. 152/155, dictada el 28 de diciembre de 1989.

Fundó su decisión en la circunstancia de que las disposiciones de la Ley de Consolidación, N° 23.982 (B.O. del 23 de agosto de 1991) –que establecen para las obligaciones a cargo del Estado, como la del caso, un pago diferido o, alternativamente, el pago en Bonos de Consolidación emitidos a diez años de plazo–, “.. resultan inaplicables en las especialísimas circunstancias del caso; la acreedora cuenta con noventa y un años de edad (ver actuación notarial a fs. 43). De hecho, darle a su crédito el tratamiento de consolidación allí instrumentado, importaría, en los hechos –esto, es, en el desenvolvimiento natural de éstos–, la negativa implícita al pago, contrariando la voluntad del legislador, autor de la norma que, en definitiva, parte de reconocer la voluntad de pago del Estado Nacional..” (fs. 175). Dicho pronunciamiento fue apelado por el representante de la entidad previsional.

Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso

Administrativo Federal (Sala IV) examinó, en primer lugar, las consecuencias que tendría para la señora Iachemet la aplicación en su caso del procedimiento previsto en la ley 23.982 y de su decreto reglamentario 2.140/91 para el cobro de los créditos, a cargo de entidades estatales, emanados de sentencias firmes. En tal sentido, señaló el *a quo*: “... en la mejor de las hipótesis para la actora –es decir considerando: 1o) que el Congreso sancione la ley de presupuesto en el período de sesiones correspondientes al año en curso; 2o) que se asignen fondos suficientes como para permitir cancelar la totalidad de sus créditos contemplados en el inciso a) del artículo 16 del decreto 2.140/91 (hasta \$ 1.560) por acreedor, y 3o) que a la Sra. Iachemet se le reconozca –ya sea por su edad, o por el importe total de su crédito– prioridad dentro de ese grupo de acreedores–, la aplicación de este régimen le permitiría cobrar esos \$ 1.560 a comienzos del año 1993 en que entrará en vigencia la referida ley, y cumplirá 93 años. Es incierta, en cambio, la oportunidad en que podrá percibir las sumas que superan la de \$ 1.560 (\$ 35.195, 20, según liquidación de fs. 171) ...” (fs. 207 vta.). A continuación, la instancia anterior observó que las circunstancias reseñadas permitían razonablemente afirmar que la aplicación del régimen mencionado afectaría el principio de la cosa juzgada, pues atento a la edad de la actora (92 años), darle a su crédito el tratamiento de consolidación allí establecido, importaría en los hechos, no una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia, sino el incumplimiento de la consecuencia jurídica en ella declarada, esto es, la no percepción del haber de pensión por la beneficiaria (fs. 207 vta.). Todo lo expuesto, llevó a la cámara a concluir: “... que sería inconstitucional aplicar las disposiciones contenidas en la ley 23.982 y sus normas reglamentarias con relación al

crédito reconocido en autos, en tanto se mantengan las actuales circunstancias de hecho y de derecho...” (fs. 208/208 vta.). En consecuencia, confirmó la resolución de primera instancia en cuanto a la inaplicabilidad de la ley citada para el caso de autos y la dejó sin efecto en punto al plazo fijado para su cumplimiento, el que debía hacerse efectivo conforme a la forma establecida en la sentencia. Contra dicho pronunciamiento, el representante del organismo previsional interpuso recurso extraordinario, que fue concedido a fs. 225/225 vta.

Principales Considerandos

3º) Que el apelante formula los siguientes agravios contra la sentencia de cámara: a) la inconstitucionalidad de la ley 23.982 habría sido declarada sin que ninguna de las partes hubiese formulado planteamiento expreso en tal sentido, a pesar de que el principio *iura novit curia* no resultaba aplicable en el caso; b) contrariamente a lo sostenido en el fallo recurrido, el principio de la cosa juzgada no estaría afectado por la sanción de la ley citada, toda vez que la sentencia firme ya habría tenido cumplimiento en lo principal y, en consecuencia, únicamente sería el cobro de las retroactividades lo que estaría sometido a las modalidades de la ley 23.982; y c) atento el estado de necesidad económica en que se encontraba el país, el Congreso de la Nación pudo legítimamente sancionar la ley en cuestión, conforme la conocida jurisprudencia del Tribunal –citada por el apelante– respecto de los poderes de emergencia del órgano legislativo.

4º) Que los planteos reseñados son formalmente admisibles pues se ha controvertido la inteligencia de normas constitucionales y de otras disposiciones federales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14, inc. 3o, ley 48).



5º) Que el primero de los agravios mencionados no resulta idóneo para desvirtuar los fundamentos del fallo apelado ya que no es correcto lo afirmado en el sentido de que el *a quo* habría declarado la inconstitucionalidad de la ley 23.982 sin pedido de parte. En efecto, al contestar el memorial presentado ante el “*a quo*” por el representante del ente previsional, la actora señaló expresamente que, en caso de prosperar la pretensión de la contraparte respecto del alcance de la ley citada, se produciría la violación de los arts. 14 y 17 de la Constitución (fs. 187). En consecuencia, no corresponde hacer lugar a los planteos del apelante respecto de esta cuestión.

6º) Que, a diferencia de lo que parece desprenderse del agravio señalado bajo la letra “b”, el Tribunal considera que en autos ha existido una restricción al principio constitucional de la cosa juzgada –cuya legitimidad deberá ser resuelta en los considerandos siguientes– pues, al haber dispuesto la sentencia firme de fs. 152/155 el pago del haber de pensión a partir de la vigencia de la ley 23.570 (B.O. del 25 de julio de 1988), resulta claro que “las retroactividades” allí previstas también forman parte de la cosa juzgada que se ha visto alcanzada con la sanción de la ley 23.982. Por tal razón, cabe resolver que tampoco asiste razón al recurrente en este punto.

7º) Que, antes de entrar a resolver si en el caso la ley 23.982 constituye o no un legítimo ejercicio de las facultades del Congreso (punto “c” de la apelación extraordinaria), resulta conveniente determinar si la norma mencionada prevé excepciones en favor de las personas que se encuentran en la situación de la señora Iachemet. Ello se funda en el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última *ratio* del orden jurídico, a la que solo cabe acudir cuando no existe otro

modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 312:2315 y sus citas, entre muchos otros).

8º) Que la ley 23.982 establece, en primer lugar, que se consolidan en el Estado Nacional las obligaciones vencidas o de causa o título anterior al 1 de abril de 1991 que consistan en el pago de sumas de dinero, cuando –en lo que al caso interesa– el crédito haya sido reconocido por pronunciamiento judicial (art. 1o, inc. c). La consolidación comprende, entre otras, a las obligaciones a cargo de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (art. 2o). Según el art. 6o, los organismos comprendidos en el art. 2o formularán los requerimientos de créditos presupuestarios a la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, que los atenderá exclusivamente con los recursos que al efecto disponga el Congreso de la Nación en la ley de presupuesto de cada año, siguiendo el orden cronológico de prelación y respetando los privilegios que se establecen en esa ley. Por su parte, el art. 7º dispone que los recursos que anualmente asigne el Congreso para atender el pasivo consolidado del Estado Nacional se imputarán al pago de los créditos reconocidos, de acuerdo al siguiente orden de prelación: “...a) Las deudas por diferencia de haberes jubilatorios y pensiones hasta el monto equivalente a un año de haberes mínimos, por persona y por única vez. A este fin el Congreso de la Nación constituirá un fondo específico con los recursos fiscales que afecte especialmente para su atención. La prioridad de pago de esa categoría se limitará a los recursos anuales del fondo específico, y se distribuirán entre los acreedores atendiendo en primer lugar a los de mayor edad que tengan menores acreencias a cobrar,



en las condiciones que determine la reglamentación...” Por su parte, el art. 10 prevé que, alternativamente a la forma de pago prevista anteriormente, los acreedores podrán optar por suscribir a la par, por el importe total o parcial de su crédito los Bonos de Consolidación en moneda nacional, cuya emisión autoriza la ley citada. En el mismo artículo, se establece que el crédito en cuestión podrá ser recalculado para ser expresado en dólares. Por último, la ley dispone que los “..Bonos de Consolidación se emitirán a dieciséis (16) años de plazo. Durante los seis (6) primeros años los intereses se capitalizarán mensualmente y a partir del inicio del séptimo año el capital acumulado se amortizará mensualmente en la forma y condición que determine la reglamentación...” (art. 12).

9º) Que el examen del texto legal reseñado permite concluir sin hesitación que éste no contiene norma alguna que exima a las personas que se encuentran en la situación de la Sra. Iachemet, del régimen allí previsto. Es más, el art. 7º de la norma –al establecer que en el orden de prelación para el pago tendrán prioridad “los acreedores de mayor edad”– indica claramente que estos últimos se encuentran explícitamente incluidos en las disposiciones de la Ley de Consolidación. En consecuencia, corresponde ahora resolver la cuestión constitucional planteada en autos.

10º) Que, en el conocido caso “*Russo*” (Fallos: 243:467), esta Corte resolvió que no era violatoria de la Constitución Nacional la legislación que había dispuesto la paralización de los lanzamientos decretados en los juicios de desalojo. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta que: a) las normas impugnadas habían sido dictadas para paliar una grave situación de emergencia, como lo era la “angustiosa crisis



de la vivienda”; b) habían suspendido sólo “temporalmente” los efectos de las sentencias firmes y c) por lo tanto, habían salvado la “sustancia” de los derechos reconocidos en los pronunciamientos judiciales. En dicha oportunidad, se dejó bien en claro la pauta distintiva entre las restricciones legítimas a los derechos provenientes de la cosa juzgada y las que no lo eran: “...la seguridad jurídica sería dañada si la ley alterara o degradara la sustancia de una decisión judicial, es decir, si anulara el pronunciamiento imperativo sobre el derecho litigioso contenido en la sentencia o privara a ésta de eficacia ejecutiva. Así lo ha declarado uniformemente el Tribunal al resolver casos parecidos al de autos. Mas es preciso observar que la generalidad de los fallos respectivos versó sobre supuestos en que la decisión judicial había sido ‘desconocida’ o bien lisa y llanamente ‘dejada sin efecto’ (Fallos: 199:466; 200:411; 201:159 y 414; 204:199; 235:171 y otros). Téngase presente por ejemplo, lo dicho en ‘Mango v. Traba’, verdadero ‘leading case’ en la materia. Allí la Corte sostuvo que había mediado violación de la cosa juzgada, es cierto, pero en razón de haberse producido ‘la anulación de una sentencia firme que imponía al locatario la obligación de restituir el inmueble arrendado...’ (Fallos: 144:219) (voto de los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, cons. 11; doctrina reiterada, entre otros, en el caso: P.137 XXIII, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCR”, del 27 de diciembre de 1990, voto de la mayoría, cons. 36/47 y sus citas y los diferentes votos emitidos en la causa: V.61 XX, “Videla Cuello, Marcelo sucesión de c/La Rioja, Pcia. de s/ daños y perjuicios”, del 27 de diciembre de 1990). En este último caso, que luego se analizará en detalle pues es de particular relevancia para el *sub lite*, la Corte resolvió que no

era pasible de objeción constitucional el régimen de suspensión de ejecuciones, creado por la ley 23.696.

11) Que resta ahora determinar, a la luz de la doctrina judicial reseñada, si la ley 23.982 –atento a las circunstancias fácticas de autos– es o no compatible con los principios de la Constitución Nacional. En primer lugar, resulta indudable que la ley impugnada fue sancionada con el objeto de remediar la grave situación económico-financiera en la que se encontraba el Estado Argentino (confr. mensaje del Poder Ejecutivo, transcrito en el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, del 31 de julio y 1 de agosto de 1991 y lo manifestado por los legisladores en el debate correspondiente: Diputados, 1 de agosto de 1991 y Diario de Sesiones del Senado del 20 y 21 de agosto de 1991, entre muchos otros). Por lo demás, la existencia de dicha situación de grave emergencia, que sirvió de fundamento a la ley, no ha sido controvertida en autos. De tal forma, en el *sub lite* se encuentra ampliamente satisfecho el primero de los requisitos enunciados en el citado caso “Russo” para convalidar el tipo de legislación como la del caso. Sin embargo, el Tribunal considera que la norma en cuestión no respeta la segunda de las exigencias sentadas en el recordado precedente: a saber, que la restricción al principio constitucional de la cosa juzgada sea sólo “temporal”, de tal forma de no “degradar su sustancia”. En efecto, tal como surge de las conclusiones del *a quo* que se reseñaron en el cons. 2o de la presente, resulta virtualmente imposible que la Sra. Iachemet, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, llegue a percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial de fs. 152/155, pasado en autoridad de cosa juzgada. Resulta, así, aplicable al caso lo expresado por la Corte en la causa “Ferrari” (Fallos:



199:466), citada en la transcripción del considerando anterior: “... ha declarado esta Corte que, ocurriendo una grave perturbación económica y social, es lícita la reducción temporal por el Estado de los alquileres, la prórroga de los contratos de locación y de las obligaciones hipotecarias, como así también la rebaja del interés de las mismas, como medidas que justifica la emergencia, razonables para combatir sus efectos –Fallos: 172:21–. Más la doctrina de los fallos de esta Corte ampliamente analizados en la causa Avico v. de la Pesa (Fallos: 172:21) desde los distintos puntos de vista que ponen de manifiesto los votos de la mayoría y de la minoría en los que se hace un estudio cabal de los mismos, no puede extenderse hasta el punto de desconocer los efectos jurídicos de un fallo ejecutoriado, ...” (pág. 473).

Por todo lo expuesto, cabe concluir que la aplicación al caso de autos de la ley 23.982 llevaría, no a una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sino al desconocimiento sustancial de ésta. En consecuencia, al no ser posible –sin forzar la letra ni el espíritu de la ley citada– efectuar una interpretación de ella que la haga compatible en el *sub lite* con la garantía del art. 17 de la Constitución (Fallos: 312:2467, considerando 9º y su cita), corresponde resolver que resulta acertado el pronunciamiento de cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad.

En nada se opone a esta solución, lo resuelto por el Tribunal en la causa “Videla Cuello”, cit. *supra*, ya que todas las opiniones concurrentes allí emitidas hicieron hincapié, al reconocer validez constitucional a la ley impugnada, en el “breve lapso” –dos años– en la suspensión de las ejecuciones de sentencia. Precisamente, fue la brevedad de dicho plazo el elemento central tenido en cuenta por la Corte para considerar que no había existido en ese

caso un desconocimiento sustancial del derecho constitucional en juego (conf. voto de la mayoría, cons. 9o; voto de los jueces Fayt y Barra, cons. 22 y voto del juez Belluscio, cons. 10). En el caso de autos –como se ha visto– las circunstancias fácticas son completamente diferentes, lo cual impide aplicar en el *sub lite* la solución contenida en “Videla Cuello”. Por ello, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO — RODOLFO C. BARRA — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — RICARDO LEVENE (H) — MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ — JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O’CONNOR.

Actividades

Teniendo en cuenta la introducción al tópico, como las lecturas complementarias y los fallos seleccionados, responda las siguientes preguntas:

1) Realice un cuadro comparativo de las tres concepciones de equidad sintetizando las principales ideas de cada una.

2) De la lectura de Massini Correas, responda: ¿Por qué se requiere de la prudencia para la determinación de lo justo? ¿Por qué el derecho escapa a cualquier pretensión de inmutabilidad y certeza permanente? ¿Qué marcará el dictamen prudencial respecto a la equidad?

3) De la lectura de Perelman, responda: ¿Cuándo se recurrirá a la equidad para Perelman? ¿En qué épocas o circunstancias serán más propicias recurrir a la equidad? ¿Por qué será una muleta de la justicia la equidad?

4) Del Fallo Vera Barros, responda: ¿Por qué la Cámara rechaza la pensión a Rita Vera Barros? ¿Qué aspectos no fueron considerados por la Cámara y que según la Corte demostró un excesivo apego a la letra de la ley? ¿Qué artículo de la Constitución Nacional invoca la Corte y que hubiera permitido conceder la pensión? ¿Sintetice los principales argumentos invocados por el Ministro Belluscio y por qué él no considera que se haya cometido un excesivo rigorismo al rechazar la pensión?

5) **Del Fallo Iachemet, responda:** Sintetice los hechos y lo determinado en primer y segunda instancia. ¿Qué decía el caso “Russo” invocado por la Corte y en que sentido lo invocan? Realice una comparación desde la equidad con el fallo Vera Barros.

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: NORMATIVISMO Y REALISMO

Ricardo Greco

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objeto de reflexión la interpretación jurídica, y se propone aclarar –o por lo menos intentar– algunas de las cuestiones problemáticas que el tema presenta. Más concretamente, se intentará responder a las siguientes preguntas: ¿qué es la interpretación jurídica? ¿qué es concretamente lo que se interpreta? ¿hay interpretaciones jurídicas correctas? ¿qué es lo que hace que una interpretación sea correcta? ¿quién es el sujeto que interpreta? ¿cuál es el objetivo de la interpretación jurídica? ¿es necesario interpretar en todos los casos? ¿cuál es el método que debe utilizar el intérprete? Antes de ello, y con el objeto de responder de la manera más clara posible a tales interrogantes, se harán algunos comentarios generales respecto del derecho y el lugar que ocupa la interpretación respecto del mismo, y luego se hará referencia a las concepciones centrales sobre la temática en la teoría jurídica moderna.

Como señala Santiago (h):

“... aun antes que en las diversas organizaciones humanas se sancionasen las primeras normas escritas por las que ellas se rigen, surgen los problemas humanos de convivencia y ellos

deben ser resueltos con justicia por alguna clase de autoridad, de modo que se superen los conflictos y se recree la armonía y la paz grupal”¹.

A su vez, para resolver esos problemas concretos, y que en la actualidad se denominan “casos”, es necesario conocer el derecho, ya que la conducta o solución justa existe porque existe el derecho, este es su objeto. Este, propia y estrictamente, es una cosa realmente existente entre diversos sujetos, que posee la cualidad de ser justa –en el sentido de ajustada, proporcionada, adecuada– respecto de alguno de ellos: es aquello que es lo propio o suyo de un sujeto. Es la cosa –material o inmaterial, ventajosa u onerosa– que está asignada o atribuida a un sujeto como suya, y que, por tanto es debida a este². De allí que todo lo que puede ser calificado como jurídico –norma, poder, relación, institución, saber, etc.– puede serlo en cuanto relativo o concerniente al derecho en ese sentido. Como sostiene Santiago (h), las normas jurídicas escritas:

“... suelen llegar en un segundo momento como modo de prevenir, encausar y solucionar los conflictos y de recoger con cierta sistematicidad las experiencias adquiridas previamente en su resolución. El problema suele preceder aunque no siempre a la normas”³.

1 SANTIAGO (h), ALFONSO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, ps. 106–107.

2 CRUZ PRADOS, ALFREDO, *Sobre la realidad del derecho*, Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), Pamplona, 2021, ps. 34–35.

3 SANTIAGO (h), ALFONSO, *En las fronteras...* ps. 106–107.

En definitiva, puede decirse que el derecho, el *ius*, es decir, lo justo, no surge de la norma jurídica, sino que esta surge porque antes existe el derecho. Y por esto la ciencia jurídica es un saber orientado al conocimiento de lo justo en orden a resolver casos concretos.

Ahora bien, la existencia de las normas jurídicas, en la medida en que sean escritas, supone la necesidad de su interpretación, ya que su contenido se manifiesta a través de textos más o menos complejos. Y este carácter “textual” del derecho normativo –sostiene Massini Correas– se debe a que las normas jurídicas sólo pueden servir para determinar lo justo si gozan de cierta estabilidad, certeza, cognoscibilidad generalizada y fijación⁴. Esta característica, afirma el autor referido, constituye “una de las notas que diferencia más claramente al derecho de los restantes ámbitos normativos de la conducta humana [...] El derecho normativo se concreta inevitable y (al menos casi) completamente en textos institucionales, es decir, elaborados, establecidos y publicitados a través de procedimientos y organismos determinados y organizados también jurídicamente”⁵. La textualidad del derecho, de esta manera, hace que la interpretación jurídica sea necesaria para conocerlo. Y esta necesidad, además, se intensifica en los complejos sistemas jurídicos de las grandes comunidades políticas (como las actuales), en cuanto están integrados por múltiples textos jurídico-normativos que se relacionan

⁴ MASSINI CORREAS, CARLOS, *Filosofía del derecho, tomo III*, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 79.

⁵ MASSINI CORREAS, CARLOS, *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 80.

entre sí de muy diversas maneras⁶. Finalmente, cabe señalar que las normas no son los textos mismos; estos, más bien, son los portadores de las normas jurídicas, que son proposiciones⁷ del entendimiento. De allí que, como primera aproximación, puede decirse que la interpretación jurídica es la actividad que busca determinar el significado de textos jurídico-normativos.

II. La concepción normativista de la interpretación jurídica

Hay un hito en la evolución de la materia que es particularmente relevante, y es el fenómeno de la codificación europea que tuvo lugar a comienzos del SXIX. Los juristas y filósofos del SXVIII, plenamente confiados en la capacidad de la razón humana, se habían esforzado por descubrir los principios universales del derecho, de los cuales se derivarían todas las demás normas jurídicas, lo que derivó en “sistemas de derecho natural”.

6 SANTIAGO (h), ALFONSO, *En las fronteras...* ps. 106–107.

7 En cuanto a la noción de “proposición” vale referirse a las expresiones de Ponferrada. Este afirma que el concepto es el fruto de la aprehensión, acto intuitivo por el que el entendimiento capta una estructura esencial, es decir, un aspecto inteligible de lo real. Se distingue así el acto mismo de aprehensión de su expresión mental, que es el concepto. A su vez, la expresión externa del concepto es el “término”, oral o escrito: una palabra significativa convencional. El juicio, por su parte, es el acto intelectual que afirma o niega, restableciendo la unidad existencial rota por la abstracción conceptualizante. Sólo en el juicio, por lo tanto, la mente capta lo real, es decir, descubre lo que es y lo que no es; y en él hay un proceso implícito: en primer lugar la aprehensión de los términos, luego la intelección de su relación mutua, después la aprehensión de la predicabilidad, la afirmación o negación, y por último, la expresión interior de esta afirmación o negación: la proposición; siendo que la expresión externa, oral o escrita, de la proposición, es la enunciación. PONFERRADA, GUSTAVO ELOY, *Introducción al tomismo*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970, ps. 96–100.

Esta actitud respondía a la convicción de que el conocimiento jurídico debía adecuarse a los métodos de la ciencia moderna (paradigmáticamente representada en esa época por la física y la matemática) y abandonar las “reflexiones vulgares” que hasta entonces generaban el saber jurídico. Se trataba de transformar este último en una auténtica ciencia (en el sentido moderno, se entiende). Es así que los pensadores del derecho la época intentaron arribar a ciertas verdades que funcionarían de la misma manera que los axiomas en las matemáticas. Y esto, a su vez, tenía un fin práctico, ya que se pretendía que los “sistemas de derecho natural” fueran recogidos por los ordenamientos jurídicos de los nuevos tipos de Estado que surgían en ese tiempo. Y es así que los códigos pretendieron ser la cristalización definitiva del derecho natural, del verdadero derecho, lo cual suponía prever anticipadamente todos los conflictos y darle una única solución posible a cada uno de ellos. Esto suponía que el juez debía ser la mera voz de la ley, limitando toda su tarea a encuadrar el caso en el supuesto previsto y deducir la consecuencia. La interpretación, entonces, era vista como una actividad innecesaria e incluso peligrosa en tanto suponía la creación de derecho (que en este contexto se identificaba plenamente con la ley estatal) por órganos a los que no correspondía tal tarea. Lifante afirma que:

“Napoleón temía que la obra de los juristas, pensaba que si estos penetraban en su estudio y desenvolvimiento, su código estaría perdido. Sin embargo la escuela de la exégesis francesa, que surgiría precisamente en torno de la obra codificadora de Napoleón, viene a desmentir todos estos temores”⁸.

8 LIFANTE VIDAL, ISABEL, *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea* [tesis de

Y esto es así porque los juristas consideraron al código como un “oráculo viviente”, y que la interpretación sólo debía tener lugar cuando el texto era oscuro, caso en el cuál lo que debía hacerse era reconstruir la voluntad del legislador. Interpretar, en este contexto, era descubrir el sentido exacto y verdadero de la ley, lo que dará lugar al desarrollo de los métodos de la interpretación⁹. Fue Savigny quien elaboró los famosos cuatro métodos de la interpretación jurídica, que debían ser utilizados conjuntamente (en diferentes grados según el caso) a fin de conocer el sentido auténtico de las leyes: a) método gramatical, que atiende a sus palabras; b) método lógico, que procura descomponer el pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes; c) método histórico, que tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer; y d) método sistemático, que tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad¹⁰. La interpretación que se admitió, entonces, fue puramente gnoseológica, esto es, no política, de allí que si no se encontraba la solución jurídica para un caso ello se debía inexorablemente a una deficiencia en el conocimiento (de las normas) o en el razonamiento (deductivo).

El presupuesto de esta concepción de la interpretación era que el derecho (como sistema de normas) era completo, cerrado, claro, coherente y no redundante. Y en ese marco, la

doctorado, Universidad de Alicante], 1997, pp. 30–31.

⁹ LIFANTE VIDAL, ISABEL, *La interpretación...* pp. 30–31.

¹⁰ Cfr. CABANILLAS, RENATO–BALDI, *Interpretación jurídica*, p. 21.

interpretación es concebida como una labor de carácter "científico" que tiene por objeto desentrañar el cabal significado de los documentos en los supuestos excepcionales en los que así se requiera¹¹. De allí que Zuleta Puceiro expresa que:

"... la interpretación es, por ello, exclusivamente doctrinal - descriptiva de contenidos ya dados, no finalista, no operativa, no valorativa, no constitutiva-. A partir de esta idea se erige una de las categorías fundamentales del paradigma científico de la dogmática: la distinción entre un elemento lógico y racional del derecho -objeto del quehacer propiamente científico -y un elemento práctico -alógico, irracional- objeto de la política, de la ética"¹².

Y como expresa Cabanillas, el desarrollo más relevante de estos postulados:

"... corrieron por cuenta, en las islas británicas, de los planteamientos analíticos llevados a cabo por Bentham y su discípulo Austin y, en el continente europeo, en Francia, por conducto de la Escuela de la Exégesis sobre la base de los postulados racionalistas [...] y, en Alemania, por intermedio de la Escuela Histórica comandada por von Savigny"¹³,

todo lo cual da origen a lo que desde entonces se conoce como "dogmática jurídica".

11 CABANILLAS, RENATO-BALDI, *Interpretación...* p. 23.

12 ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, *Interpretación constitucional*, ConTexto, Buenos Aires, 2019, p. 56.

13 CABANILLAS, RENATO-BALDI, *Interpretación...* p. 28.

Posteriormente la concepción formalista pasó progresivamente del legalismo al conceptualismo, lo que suponía empezar a contemplar las normas jurídicas como un sistema asentado en conceptos fundamentales que se relacionan lógicamente entre sí. La tarea de la ciencia jurídica era, de esta manera, extraer aquellos conceptos del ordenamiento jurídico y contribuir a la elaboración del sistema (de conceptos). Windcheid, reconocido como el artífice más consumado de la “jurisprudencia de conceptos”, va a decir que:

“... la especie de un caso a decidir raramente corresponde [...] a la especie de una sola norma jurídica sino que lo normal es que los diversos supuestos se contemplen en normas jurídicas diferentes, de modo que sus efectos jurídicos se determinen y entrecrucen. Como hemos dicho, desde esta perspectiva la decisión final a adoptar será necesariamente el resultado de un cómputo cuyos factores son los conceptos jurídicos, los cuales se requieren tanto para la tarea práctica de aplicación del derecho como para la teórica de elaboración del sistema”¹⁴.

Se suponía que incluso en los casos más complejos existía una única interpretación correcta y auténtica, como si se tratara de armar un difícil rompecabezas: por más de que en apariencia sea irresoluble, quien se propone armarlo sabe que existe una solución, más allá del nivel de complejidad de los razonamientos que tal solución requiere.

Ahora bien, el modelo formalista, por su irrealidad, mostró ser impracticable y ofrecer numerosas fallas como modo de

14 LIFANTE VIDAL, ISABEL, *La interpretación...* p. 39.

conceptualizar y guiar la actividad judicial. Su concepto de interpretación reducido a reproducir en el caso la decisión del legislador, se mostró falso e insuficiente. Y esto es así en tanto: i) en muchos casos son varias y no una o muy pocas las normas que se refieren al caso y es necesario compatibilizarlas; ii) hay casos que no tienen una norma que claramente le sirva de antecedente; iii) se dan supuestos en los que las normas son contradictorias entre sí por lo que hay que escoger una; iv) otros en que la norma general es vaga o ambigua; también situaciones en las que el contexto en el que fue dictada la norma difiere profundamente de aquél en el cual debe ser aplicada, por lo que la aplicación de la norma en su formulación inicial puede resultar claramente inconveniente; v) se dan situaciones en que la solución prevista en la norma general, si bien es válida y justa en la gran mayoría de los supuestos, no se ajusta a una particularísima situación; y vi) la norma puede contradecir otras de carácter superior y en estos casos aquella no debe aplicarse. Al ser esto así, como dice Lifante, se producirá una:

“... fuerte escisión entre la doctrina y la jurisprudencia, llevándose a cabo un importante distanciamiento entre la teoría y la práctica jurídica: la ciencia jurídica se convierte en algo muy poco útil en la vida del derecho, mientras que la jurisprudencia no tiene más remedio que permanecer en contacto con las necesidades, intereses y voluntades de la vida social”¹⁵.

Además, sin perjuicio las deficiencias intrínsecas de la concepción formalista de la interpretación, apunta Santiago (h),

15 LIFANTE VIDAL, ISABEL, *La interpretación...* p. 33.

hubo otro factor importante en el cambio de perspectiva, y es que:

“... el esquema legal característico del período inicial de la modernidad europea se hará aún más complejo con el establecimiento de las constituciones como normas supremas que fijan los procedimientos de creación normativa y los contenidos que las demás normas inferiores habrán de respetar necesariamente y atribuyen a los jueces la facultad de controlar y asegurar esa supremacía constitucional”¹⁶.

Más allá de todo esto, el paradigma formalista –en sus distintas formas– de la interpretación predominó en Europa hasta fines del SXIX. Y fue R. Von Ihering, con su obra “El fin del derecho” (1883), quien realizará uno de los aportes más significativos para superar el paradigma aludido¹⁷. Se produjo lo que se ha denominado la “revuelta contra el formalismo”, y esto supuso que la interpretación empezara a pensarse en función de sus consecuencias sociales. El derecho, así, comenzó a ser considerado como un instrumento al servicio de fines, lo que hace surgir el criterio teleológico como principal método de interpretación. Es

16 SANTIAGO (h), ALFONSO, *En las fronteras...* p. 119.

17 Sin embargo, Prieto Sanchís entiende que el modelo legalista es “uno de los mitos más persistentes de la ciencia jurídica de los últimos dos siglos”. “Si bien ha sido ya superado conceptualmente por la doctrina iusfilosófica y dejado de lado por la práctica de los tribunales, especialmente de aquellos de más destacada actuación, siguen estando presente de modo preponderante en la enseñanza jurídica y en la mentalidad de muchos abogados, jueces y del público en general”. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 24.

así que esta debe estar fundamentada en los intereses, valores y necesidades sociales existentes. Para Heck, por ejemplo, el fin último de los jueces es la satisfacción y el equilibrio entre los distintos intereses. Asimismo, tanto Geny como Kantorowicz sostienen que en lugar de pretender una aparente suficiencia de la ley mediante una aplicación tan extensiva o analógica que, en el fondo, la desfigura, lo necesario es mantener la ley en su sentido estricto, y reconocer, en los casos en que se dé, su insuficiencia o inexistencia, admitiendo en tales casos la necesidad de una investigación libre y creadora del derecho por parte del juez, en la que éste recurre a fuentes extralegales. Entre los movimientos que dieron forma a la “revuelta” se pueden destacar las aportaciones de la jurisprudencia de intereses de Heck, la escuela del derecho libre de Kantorowicz, el pluralismo jurídico de Gierke, la escuela científica del derecho de Geny, el sociologismo de Duguit o Ehrlich, o la jurisprudencia sociológica de Pound. Más allá de esto, Prieto Sanchís entiende que estos movimientos:

“... compartirían simplemente una crítica a los dogmas del positivismo formalista, en particular, a aquellos referidos a la plenitud del ordenamiento y a la interpretación lógica de las normas y construcción de los conceptos, poniendo en duda el papel de la razón como medio de conocimiento e interpretación del derecho”¹⁸.

Esto último es especialmente importante, ya que a partir de fines del SXIX y hasta la finalización de la segunda guerra mundial, la manera predominante de concebir la interpretación

18 PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología...* p. 35.

jurídica iniciará un camino progresivo hacia el irracionalismo, lo que puede verse de forma muy clara en las reflexiones de Kelsen durante la década de 1930, o en algunas frases típicas del realismo jurídico norteamericano que tuvo lugar en las primeras décadas del SXX. Holmes, por ejemplo, uno de los precursores de tal movimiento, afirmó que “el derecho es lo que los jueces dicen que es”, lo que, por lo menos tomado de forma aislada, supone que no hay una vinculación real entre el sistema normativo y la actuación del juez. Y para el jurista vienes, en efecto, lo único que puede determinarse racionalmente son las distintas posibilidades de interpretación que brindan las normas, ya que la elección de una de ellas por parte del juez constituye un puro acto de la voluntad. En definitiva, y contrariamente a lo que se pensaba en la “época formalista”, era cada vez más aceptado que los jueces, en mayor o menor medida según el autor que se considerara, crean derecho. En otros términos, el pensamiento jurídico diluía cada vez más la vinculación entre el interprete y el texto jurídico.

Tras la SGM, apunta Santiago (h), se producen notables modificaciones en el ordenamiento jurídico y en la ciencia del derecho. Este no se reduce más a la ley, se reconoce el carácter normativo de la Constitución (antes se la entendía más bien como el esquema mediante el cual se ordenaba institucionalmente el poder político), surgen y se desarrollan los principios jurídicos y los jueces asumen un rol mucho más activo. El sistema jurídico, a su vez, se volvió mucho más variado y complejo, ofreciendo así a través de la diversidad de sus elementos componentes, una multitud de posibles interpretaciones¹⁹. Esto,

19 SANTIAGO (h), ALFONSO, *En las fronteras...* op. cit, p. 121.

si bien parece implicar una mayor indeterminación del derecho, no condujo a un avance de la visión irracionalista de la interpretación jurídica. Más bien, a partir de la década del sesenta se produjo el conocido “movimiento de rehabilitación de la razón práctica”, integrado por autores de diversas tradiciones –muchos de los cuales reivindicaban las reflexiones de Aristóteles– pero convencidos de que las cuestiones éticas y, por supuesto, jurídicas, podían ser dirimidas a través de métodos racionales que no responden a los moldes típicos de la ciencia moderna. Y en esta época surgen también las teorías procedimentales de la argumentación jurídica (cuyo exponente paradigmático es Robert Alexy), que constituyen un intento de determinar la corrección de las soluciones jurídicas y, así también, de las interpretaciones de ese tipo, considerando su adecuación a ciertos procedimientos dialógicos o condiciones del diálogo.

III. La concepción realista de la interpretación jurídica

La primera muestra de racionalidad y condición de cualquier otra –afirma Cruz Prados–, es reconocer el grado de precisión y certeza que cabe en el conocimiento de una materia en virtud de la naturaleza de esta. En este sentido, hay asuntos sobre los que no cabe demostración estricta, conocimiento perfectamente deductivo, pero esto no significa que no quepa sobre ellos racionalidad alguna²⁰. Es así que para esclarecer las cuestiones centrales que plantea la temática de la interpretación jurídica lo primero que corresponde hacer es descartar tanto la postura racionalista y admitir que no es posible demostrar, al modo de

²⁰ CRUZ PRADOS, ALFREDO, *Sobre la realidad...* p. 343.

las ciencias naturales y exactas, que una interpretación es correcta; así como también la irracionalista, en el entendimiento de que existen métodos racionales como la deliberación y la argumentación que puedan dar cuenta del carácter convincente o razonable de una interpretación o, por el contrario, del carácter absurdo de la misma.

Por otra parte, se dijo en un comienzo que el derecho, el *ius*, es decir, lo justo, no está determinado por la norma jurídica, sino que esta existe porque antes existe el derecho como realidad previa, y que los saberes jurídicos están intrínsecamente orientados al conocimiento de lo justo, que siempre se da en concreto. De allí que la interpretación jurídica, al ser una actividad que busca un conocimiento de tipo jurídico, está orientada al mismo fin; en otros términos, la búsqueda del significado de los textos jurídico-normativos tiene como objetivo conocer el *ius* en casos concretos. Y por esto el criterio de la interpretación jurídica es necesariamente teleológico, siendo que los demás (histórico, sistemático, literal, etc.) adquieren utilidad en tanto sirvan para arribar al conocimiento antes aludido. En este sentido, afirma Santiago (h), “toda interpretación se hace finalmente desde el caso y para el problema que se quiere resolver”²¹. Es decir, el caso a resolver es como el lente a través del cual se analizan los textos jurídico-normativos en orden a conocer lo justo. El significado jurídico-normativo de un texto, apunta en el mismo sentido Cruz Prados, sólo se comprende en toda su riqueza a partir de la vivencia del caso que el intérprete debe resolver con justicia²². De allí que, de acuerdo con Massini Correas, la

21 SANTIAGO (h), ALFONSO, *En las fronteras...* op. cit, p. 111.

22 CRUZ PRADOS, ALFREDO, *Sobre la realidad...* p. 346.

interpretación jurídica en su sentido estricto es la judicial, siendo que las demás (la que realizan los teóricos del derecho, los abogados, etc.) buscan condicionar o conformar la interpretación de los jueces (u otros aplicadores del derecho)²³.

Todo ello, cabe señalar, “no niega al sistema normativo ni deja de ver la trascendente función que cumple en el mundo jurídico. Sin embargo, rechaza considerarlo como algo acabado, cerrado, completo. Nos propone, por el contrario, una imagen mucho más real, ya que lo considera algo abierto, incompleto, poroso, evolutivo, dinámico, instrumental”²⁴. Esto, como apunta Cruz Prados, se corresponde con la concepción clásica de la ley (de la norma jurídica escrita y promulgada), según la cual es la regla de prudencia que guía a la razón en la determinación de lo justo²⁵, contrariamente a la concepción decimonónica que la identificaba con el derecho mismo y la consideraba como una expresión acabada y definitiva de la racionalidad y la voluntad general. En otros términos, las normas jurídicas (manifestadas en textos jurídico-normativos) son un instrumento que está al servicio del conocimiento del derecho. Por lo que la interpretación jurídica es más que la explicitación del contenido del texto, más bien, se traduce en la creación de una nueva norma elaborada a partir de la combinación de múltiples textos normativos²⁶. Esta norma elaborada, a su vez, que pasa a integrar el orden jurídico en su carácter de norma jurisprudencial, constituye la premisa mayor del silogismo judicial. Este culmina en una conclusión, que es la

23 MASSINI CORREAS, CARLOS, *Objetividad...* ob. cit., p. 80.

24 SANTIAGO (h), ALFONSO, *En las fronteras...* op. cit, p. 111.

25 CRUZ PRADOS, ALFREDO, *Sobre la realidad...* p. 35.

26 Cfr. SANTIAGO (h), ALFONSO, *En las fronteras...* op. cit, p. 117.

sentencia, y necesita de aquella norma, como premisa mayor, y de una premisa menor que se constituye mediante la determinación de los hechos del caso, y que también es el resultado de valoraciones²⁷. En el mismo sentido se pronuncia Vigo, quien expresa que interpretar es elaborar la norma jurídica individual que resolverá el caso concreto sometido a la jurisdicción del juez²⁸.

Lo expuesto implica que la tarea interpretativa debe ser realizada en todos los casos. Puede parecer evidente que en un caso concreto debe aplicarse una norma determinada, sin embargo,

“... afirmar la aplicabilidad de una norma es un juicio reflexivo, sobre la base de un juicio precedente que versa sobre la orientación que debería tener, en el caso en cuestión, la aplicación de una norma. No es posible identificar una norma como válida para un caso particular, sin contar con un juicio previo y pre-normativo sobre dicho caso”²⁹.

27 El pensamiento moderno consagró la separación entre juicios sobre hechos y juicios sobre valores, entre descripción y valoración, considerando los primeros como objetivos, incuestionables e independientes de los segundos, y asumiendo que los juicios de valor son necesariamente subjetivos y constitutivamente problemáticos. Pero esta metodología no responde a la realidad: en los problemas en que los hechos interesan de cara a una decisión, la determinación de los mismos no es un proceso completamente previo e independiente de la entrada en juego de los factores que guían la decisión: posibilidades prácticas, valores, disposiciones, etc. En otros términos, en la interpretación de los hechos pesan desde el principio las posibilidades de valoración previsibles y el fundamento normativo de estas. Por lo que, en definitiva, la determinación de los hechos del caso y de la norma aplicable no son dos momentos perfectamente sucesivos.

28 Cfr. VIGO, RODOLFO, “La interpretación de la ley como saber prudencial-retórico”, *Revista El Derecho*, N° 113, Buenos Aires, 1985, ps. 813–858.

29 CRUZ PRADOS, ALFREDO, *Sobre la realidad...* p. 348.

Es decir, qué norma sea invocable depende de lo aceptable que sea, en el caso, lo que se siga de invocarla³⁰. En definitiva, para llegar a la conclusión de que se debe aplicar una norma antes se deben interpretar los textos jurídico-normativos y valorar los hechos del caso, lo cual, por lo demás, no son dos momentos perfectamente sucesivos, sino que se afectan mutuamente de cara al establecimiento de las premisas del silogismo judicial. En el otro extremo, asimismo, se presenta la cuestión de las “lagunas” del sistema normativo, lo que manifiesta la falta de plenitud del mismo. En este caso hace falta llevar a cabo un mayor esfuerzo de interpretación. Se debe buscar más allá de la norma, en los principios generales, el criterio de la analogía, esto es, de la discriminación entre lo relevante y lo prescindible en el caso concreto. Como dice Cruz Prados, “hace falta llegar hasta los principios para encontrar orientación de cara a la reducción del suceso a un contenido reconocible por el ordenamiento”³¹. Los principios, que son fórmulas que expresan un valor de un modo más concreto y cercano a la práctica, propugnan una línea de razonamiento, una orientación o sentido predominante en el enjuiciamiento, por lo que sólo son seguidos y materializados en la medida que ello es posible en función de las condiciones fácticas y jurídicas del caso.

Ahora bien, ¿cuál es el método que debe utilizar el juez para extraer del sistema la norma que constituye la premisa mayor del silogismo judicial, y funciona como un “traje a medida” para la resolución del caso? El método adecuado, dada la naturaleza compleja y particular del objeto a conocer, es el

³⁰ CRUZ PRADOS, ALFREDO, *Sobre la realidad...* p. 348.

³¹ CRUZ PRADOS, ALFREDO, *Sobre la realidad...* p. 348.

tópico-dialéctico. Como los casos presentan múltiples aspectos, se deben considerar todos los puntos de vista o modos de consideración (los *topoi* o lugares comunes) que sean pertinentes, ya que esto permite percibir los perfiles, aspectos o dimensiones relevantes del problema a resolver. En este marco, las normas jurídicas -escritas- (que son la condensación de conocimientos jurídicos previos obtenidos también de forma tópica-dialéctica) son un factor de obligada consideración, y aunque se presenten como “razones excluyentes” lo cierto es que siempre persisten como relevantes y pertinentes (en mayor o menor grado) otros puntos de vista o *topoi*. Y es a partir de tales puntos de vista que se establece la controversia o el diálogo a fin de establecer, mediante una confrontación de argumentos, premisas (siempre revisables en tanto nunca se clausura la posibilidad de introducir nuevas perspectivas) convincentes que permitan avanzar progresiva y lógicamente en el razonamiento con el fin de arribar a una conclusión, a una solución del problema (esto revela la importancia del proceso judicial en el que se enfrentan pretensiones y argumentos que pretenden validarlas). No hay, a su vez, argumentos que por sí solos conduzcan al establecimiento de las premisas, sino que lo que conduce a ello es el tejido de argumentos más o menos convergentes³². En este tipo de conocimiento lo verdadero es aquello que cuenta a su favor con más y mejores argumentos, siendo que estos últimos son los que se apoyan en las premisas más plausibles y aceptables. Y la sucesiva confrontación de argumentos, en definitiva, culmina en la elaboración de la norma ad-hoc que se extrae del sistema normativo

32 Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos, *La prudencia jurídica*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 90-123.

y que se ordena, junto con la valoración de los hechos del caso, a conocer el derecho, lo justo.

Así, es claro que el proceso cognoscitivo en que consiste la interpretación jurídica no es perfectamente secuencial, aunque su resultado se exponga posteriormente en la forma de un discurso plenamente lineal en el que las premisas son claras y seguras y están definidas desde un comienzo y sólo cabe extraer las conclusiones que de ellas se derivan mediante razonamientos puramente deductivos.

IV. Reflexiones finales

Las consideraciones realizadas permiten sostener que la enseñanza del derecho debe partir de la reflexión sobre los problemas jurídicos que se dan al interior de la comunidad política. El conocimiento descontextualizado de las normas (expresadas en códigos, leyes, reglamentos, ordenanzas, etc.), es decir, abstraído de los problemas que las originaron, de las circunstancias en las que se dictaron, de los objetivos que las impulsaron, de su influencia en la realidad jurídica, etc., no contribuye de forma relevante al conocimiento del derecho y, por esto, tampoco a la preparación práctica de los futuros operadores del derecho (jueces, fiscales, abogados, etc.). Más bien, si el conocimiento jurídico es tópico-dialéctico, es razonable pensar que la enseñanza del derecho debe partir de los casos concretos y del ejercicio de la argumentación. Esto, por lo demás, permite arribar directamente a las normas relevantes de la vida jurídica, lo que implica una mayor eficiencia y una mejor utilización de recursos en el proceso de enseñanza-aprendizaje. De tal modo, es preciso superar la visión normativista del derecho en el ámbito de la enseñanza.

Finalmente, todo lo expuesto pone de manifiesto el carácter central que cumplen los jueces en la vida política, ya que conocer y decir el derecho, y obviamente concretarlo mediante las conductas correspondientes, es un elemento central del bien común. En este sentido, la calidad moral de estos es determinante en orden al logro tal bien. Y esto es así porque el conocimiento de lo justo requiere de virtudes morales, de ciertas inclinaciones estables de la voluntad que se adquieren mediante el hábito. La voluntad y la razón no operan de forma separada, sino que se condicionan recíprocamente, y es por esto que para conocer lo justo se requiere la virtud de la justicia y la prudencia. En definitiva, sin jueces moralmente rectos la justicia del orden social es un ideal difícilmente alcanzable.

Lecturas complementarias

Teoría Pura del Derecho

HANS KELSEN

“Interpretar una norma jurídica significa determinar su sentido. Toda norma general abarca más de una posibilidad de aplicación. No determina un único acto de ejecución, sino un conjunto de actos posibles. La elección de uno de estos actos posibles constituye la aplicación de la norma. Cuanto mayor es la generalidad de la norma, tanto mayor es la esfera de libertad que se deja a quien la aplica”.

Sobre el Derecho y la Justicia

ALF ROSS

“La interpretación no es un proceso mediante el cual el juez busca el contenido de una norma preexistente, sino la formulación misma de la norma. Interpretar es una actividad creativa, una decisión disfrazada de una afirmación sobre lo que es el derecho”.

El concepto de derecho

HERBERT HART

“Cuando las reglas de un sistema jurídico identifican las diversas fuentes del derecho, usualmente lo hacen por referencia a clases generales de normas jurídicas. En un caso particular, el juez debe determinar si una disposición particular entra dentro de esas clases generales. Esto suele ser una cuestión sencilla; pero en el caso de las

leyes que emplean términos generales, puedo que no haya instrucciones explícitas que resuelvan las dudas sobre su aplicación. En tales casos, el juez debe ejercer una discrecionalidad no limitada por normas autoritativas”.

Introducción crítica al derecho natural

JAVIER HERVADA

“Interpretar el derecho no es simplemente desentrañar el sentido de un texto legal, sino buscar la justicia que ese texto pretende realizar. La inteligencia del intérprete ha de dirigirse no sólo a las palabras, sino a la realidad ordenada por el Derecho, y en última instancia al orden justo que da la razón de ser a la norma”.

Lecciones de Filosofía del Derecho

GIORGIO DEL VECCHIO

“La interpretación jurídica no puede limitarse al análisis lingüístico del texto legal, ni a la mera voluntad histórica del legislador: debe buscar el sentido racional y teleológico de la norma, en cuanto expresión de una idea de justicia que trasciende lo meramente positivo”.

Análisis jurisprudencial

CSJN – FALLO DENEGRÍ – 2022. Vistos los autos: “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. S/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”.

Considerando:

1°) Que la actora demandó a Google Inc. con el objeto de que se le ordene suprimir ciertos sitios web que identificó en los que se exponía información suya relativa a hechos ocurridos hace más de 20 años que podían obtenerse mediante el ingreso de su nombre en el motor de búsqueda de la demandada. La lista de los sitios web identificados incluía videos de la actora en programas de televisión y noticias periodísticas. Sustentó su pretensión en el llamado “derecho al olvido” admitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González” (sentencia del 13 de mayo de 2014, en adelante, “caso Costeja”). Sostuvo que la información aludida —la que tildó de perjudicial, antigua, irrelevante e innecesaria— le ocasionaba serios perjuicios al referirse a hechos periodísticos ocurridos en el pasado vinculados a una causa penal de trascendencia (el “caso Cópola”) que —argumentó— había perdido al momento interés público. Señaló que, aunque se trataba de información real sobre hechos de los que formó parte y en los que se vio involucrada, el mero paso del tiempo había generado que en la actualidad no revistiera ninguna importancia informativa ni periodística para la sociedad en general que autorizara su difusión, además de que la avergonzaba, ya que formaba parte de un pasado que no deseaba recordar. Puntualizó que el derecho



a la información en este caso debía ceder frente a los derechos personalísimos afectados: su intimidad, su privacidad, su honor y su reputación y la de su familia. Adujo que la información en cuestión afectaba en forma grave su vida actual personal, profesional, laboral y familiar.

2°) Que el juez de primera instancia le imprimió el trámite ordinario a la demanda y admitió parcialmente la pretensión. En lugar de eliminar los sitios web, dispuso que la empresa demandada suprimiera “toda vinculación de sus buscadores, tanto del denominado ‘Google’ como del perteneciente a ‘Youtube,’ entre las palabras ‘Natalia Denegri,’ ‘Natalia Ruth Denegri’ o ‘Natalia Denegri caso Cóppola’ y cualquier eventual imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, que exhiban eventuales escenas que pudo haber protagonizado la peticionaria cuyo contenido pueda mostrar agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile, así como también, eventuales videos de posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada” (fs. 372 del principal). Asimismo, desestimó los planteos de la demandada atinentes a la falta de individualización de los sitios a bloquear. La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó esa decisión. Puntualizó que el caso presentaba un matiz particular en razón de que se invocaba un “derecho al olvido”, lo que implicaba aceptar la veracidad de las noticias difundidas por el buscador pero que el paso del tiempo debería enterrarlas al ser perjudiciales, sin causar su difusión beneficio alguno “por falta de interés público, histórico, científico, etc.”. Precisó que el ejercicio de tal derecho no importaba suprimir la información en sí misma, sino restringir u obstaculizar su acceso por parte de los medios tradicionales de búsqueda; asimismo,

aunque reconoció que no existía una norma específica que lo regulara, entendió que la cuestión debía examinarse como una derivación de los derechos al honor o a la intimidad al ser una herramienta útil para hacerlos valer, al margen de que con el mismo objetivo pudiera acudir por analogía a la ley que regulaba el *habeas data*, bajo ciertas circunstancias. No obstante, señaló que el referido “derecho al olvido” debía ser interpretado de modo restrictivo, pues su ejercicio en forma extralimitada o abusiva era susceptible de hiperextender (sic) el derecho de autodeterminación informativa y personalísima a la privacidad por sobre otros derechos de índole colectiva, máxime cuando la veracidad de la información que se pretendía olvidar no se encontraba discutida, como tampoco su relación inmediata con eventos cuya calificación como de interés público o periodístico no estaba debatida. Señaló que, aunque la vulneración del honor de una persona era de difícil reparación ulterior, también cabían sacrificios en aras del interés general, por lo que la cuestión pasaba por encontrar el equilibrio. En ese contexto, el *a quo* expresó que los agravios de la actora vinculados con la desestimación de su pretensión en punto al bloqueo de acceso de los usuarios de internet a la información referida al “caso Cóppola” resultaban inadmisibles. Destacó que era acertada la decisión del juez de grado en este aspecto, pues no se advertían motivos suficientes que autorizaran una solución diferente. Argumentó que se trataban de hechos de indudable interés público que exigían su difusión para conocimiento de la sociedad pues —según manifestó— condujeron a la destitución y condena penal de un juez federal, un secretario y ex policías, más allá de que refirieran a una investigación penal fraudulenta donde se hubiera demostrado que la actora fue víctima de maniobras delictivas. Al

respecto, hizo mérito de lo resuelto por esta Corte Suprema en la causa “Rodríguez, María Belén” (Fallos: 337:1174) en cuanto a que el bloqueo de acceso a contenidos digitales por parte de quienes ofrecían servicios de búsqueda debía estar precedido del examen respecto de la ilicitud del contenido. Por el contrario, consideró acertada la decisión de grado que admitió el bloqueo de acceso a aquellas noticias que reproducían escenas de peleas o discusiones entre la actora y alguna otra entrevistada, generalmente vinculadas con el mencionado “caso Cópola”, razón por la cual rechazó los agravios de la demandada en este aspecto. Después de destacar que era el derecho al honor de Denegri el que se encontraba afectado y no el de su intimidad desde que ella se había expuesto públicamente, señaló que Google no había cuestionado de modo expreso la valoración que el juez de grado había efectuado de dicha información en punto a que se trataba de escenas cuya relevancia estuvo vinculada más a lo grotesco que a lo informativo y no hacían al interés general que pudo revestir dicho caso, sino a la parafernalia de contenidos excéntricos de nulo valor cultural o informativo que cobraron notoriedad por el culto al rating de ciertos programas televisivos. Entendió que la peticionaria tenía derecho a que se dejaran de reproducir sus grotescas peleas en televisión con otros personajes que cobraron notoriedad en su época por protagonizar escándalos televisivos, máxime cuando habían transcurrido más de veinte años desde su ocurrencia. Hizo mérito de que en aquel entonces se trataba de una persona joven, sin experiencia, que seguramente se había visto confundida por su extraña fama circunstancial y que hoy debía sentirse mortificada por apreciar esas imágenes poco decorosas, en especial luego de tanto tiempo y de haber formado una familia y de desempeñarse profesionalmente. En esa línea de



razonamiento, concluyó que no advertía que una decisión como la adoptada en el caso afectara el derecho de la sociedad a estar informada ni a la libertad de prensa, ejercida durante un lapso prolongado sin censura previa de ningún tipo. Con apoyo en el reconocimiento del “derecho al olvido” en materia crediticia y en antecedentes penales, ponderó que la actora no había cometido ningún delito y que si el ordenamiento brindaba protección a quien había sido deudor en el pasado, no había razón para no otorgarla a quien había participado de una suerte de shows televisivos pseudo periodísticos. Por último, desestimó la queja de la demandada sobre la falta de individualización de los sitios a bloquear, pues entendió que la actora había indicado varios de dichos sitios en su demanda y que el juez había diferido la cuestión a la etapa de ejecución de sentencia por lo que —a su criterio— no había agravio actual en este aspecto.

3°) Que contra dicho pronunciamiento Google dedujo recurso extraordinario federal que fue concedido por cuestión federal y denegado por arbitrariedad, lo que dio lugar a la interposición de la queja correspondiente. Sostiene que la sentencia ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión reconocido en los artículos 14 de la Constitución Nacional, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la ley 26.032, en el decreto 1279/1997 y en la doctrina de la Corte Suprema en la materia; que ha admitido una limitación irrazonable a su actividad y una censura indiscriminada de contenidos lícitos vinculados a figuras públicas y sobre una materia de interés público con sustento en un “derecho al olvido” de impreciso alcance y sin norma alguna que lo contemple. Expresa que la cámara, sin fundamento legal alguno, ha reconocido un supuesto derecho a bloquear el acceso

a contenidos totalmente lícitos solo porque el transcurso del tiempo denotaría la pérdida de interés en su acceso —incluso en contra de lo que surge en este caso— o porque puede llegar a generar cierta incomodidad en la persona involucrada. Según su posición, el mayor o el menor grado de calidad artística, interés informativo o aporte a la cultura de tales contenidos es el resultado de una apreciación subjetiva irrelevante para justificar la supresión o bloqueo pretendido, en tanto no exista contradicción con una norma ni vulneración de derecho alguno. Alega que la libertad de expresión no se limita al contenido de “buen gusto” y protege muy especialmente aquel que promueve el disenso o cuya valoración no resulta uniforme. En ese contexto, enfatiza que no existe en el caso una real afectación al derecho al honor o a la privacidad que justifique un sacrificio del interés general mediante el impedimento de acceso a la información pública involucrada. Sostiene que se trata solo de ceder al deseo de una figura pública para “moldear” su pasado privando a la sociedad de buscar y acceder a contenidos lícitos y verdaderos en internet en los que la actora ha participado voluntariamente. Señala, con apoyo en el precedente de la Corte Suprema “Paquez, José” (Fallos: 342:2187), que el bloqueo de contenidos hacia el futuro constituye un acto de censura prohibido que no resulta justificado por el hecho de que hubieran estado disponible para los usuarios por un prolongado lapso de tiempo. Aduce que no existe norma positiva que disponga un “derecho al olvido” para ciertos hechos del pasado como sucede respecto de la información crediticia y de las sanciones penales o administrativas donde una ley dispone un límite temporal para su difusión con fundamento en la agilidad del tráfico mercantil (artículo 26, inciso 4°, ley 25.326) y en la reinserción social (artículo 51 del Código Penal). En ese

lineamiento, destaca la inaplicabilidad de la doctrina emanada del “caso Costeja” en el que se admitió el “derecho al olvido” en razón tanto de las diferencias fácticas con el *sub examine*, como de la existencia de una norma europea que lo reglamenta. Por último, señala que las distinciones que formula la cámara entre los diferentes contenidos relativos al denominado “caso Cópola” y/o entre lo que resulta de interés público o de buen o mal gusto se presenta arbitraria por ausencia de fundamentos, al no expresar criterio, fórmula o test alguno para sustentarlas más que la simple apreciación subjetiva y dogmática de los jueces actuantes.



4°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo que se desarrolló durante los días 17 y 18 de marzo de este año, en la cual fueron escuchados los Amigos del Tribunal, el señor Procurador Fiscal y las representaciones letradas de cada una de las partes, que fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.



5°) Que el recurso extraordinario es admisible ya que plantea agravios con relación a la interpretación de normas de carácter federal vinculadas con la garantía de la libertad de expresión (artículos 14, 32 y 75, inciso 22, Constitución Nacional; artículo 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la impugnante fundó en ellas (artículo 14, inciso 3°, ley 48). Cabe recordar, además, que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de cláusulas del carácter antes señalado, esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto dispu-

tado, según la interpretación que rectamente le otorgue (conf. Fallos:323:2054; 325:1194; 326:3038 y 4711; 327:1220, entre otros). Por lo demás, las causales de arbitrariedad invocadas guardan vinculación inescindible con la cuestión federal planteada en el caso, por lo que corresponde su examen en forma conjunta (Fallos: 323:2519; 327:5640; 330:2206 y 341:1130, entre otros).

6°) (LO QUE HAY QUE DECIDIR: DOS OPCIONES) Que la cuestión en debate se centra en determinar si una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público tiene —según invoca— un “derecho al olvido” por el cual pueda solicitar que se desvincule su nombre de determinados contenidos que la involucran, alegando que por el paso del tiempo han perdido dicho interés y que, a su criterio, resultan inapropiados a la auto percepción de su identidad actual y, en consecuencia, lesionan sus derechos al honor y/o a la intimidad; o si, por el contrario, la medida de desindexación de información ordenada —tendiente a hacer cesar la continuación del daño que alega— restringe indebidamente el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva.

7°) Que la Constitución Nacional garantiza una amplia protección a la libertad de expresión, la cual tiene un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales, entre otras razones, por su importancia para el funcionamiento de una república democrática y para el ejercicio del autogobierno colectivo del modo por ella establecido (conf. doctrina de Fallos: 315:1943; 321:412 y 2250; 331:1530; 335:2090; 337:1174; 340:1364; 343:2211 y causa CSJ 755/2010 (46-S)/CS1 “Sujarchuk, Ariel Bernardo c/ Warley, Jorge Alberto s/daños y perjuicios”, sentencia del 1° de agosto de 2013, entre otros). En este sentido, esta Corte en reiteradas oportunidades se ha referido a la importancia de



la libertad de expresión en un régimen democrático: “[e]ntre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmembrada o puramente nominal” (Fallos: 331:1530, entre otros). También ha manifestado que “[i]ncluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncia derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica” (Fallos: 321:2250). Asimismo, este Tribunal ha señalado que la libertad de expresión no solo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento, sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un Estado democrático (conf. doctrina de Fallos: 306:1892 y 310:508). De ese modo, tal como lo sostuvo esta Corte en Fallos: 337:1174, “la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática [...] como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política. Como lo ha manifestado la Corte Suprema de los Estados Unidos: ‘[s]e trata de la esencia misma del autogobierno’ (‘Garrison v. Louisiana’, 379 U.S. 64, 1964)’”.

8°) Que esta libertad comprende el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones a través de internet, herramienta que se ha convertido en un gran foro público por las facilidades que brinda para acceder a información y para expresar datos, ideas y opiniones. Así ha sido reconocido por el legislador nacional al establecer en el artículo 1° de la ley 26.032 que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a tra-

vés del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”. Esa ley resulta reglamentaria del artículo 14 de la Constitución Nacional y del artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto prescribe que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

9°) Que esta Corte se refirió a la importancia de esta herramienta por su alcance global en los precedentes “Rodríguez, María Belén” (Fallos: 337:1174), “Gimbutas, Carolina Valeria” (Fallos: 340:1236) y “Paquez, José” (Fallos: 342:2187). En esos pronunciamientos —sin perjuicio de las consideraciones particulares de cada uno de los jueces en relación con la decisión del caso concreto— el Tribunal entendió que el derecho de expresarse a través de internet fomenta la libertad de expresión tanto en su dimensión individual como colectiva. Así, a través de internet se puede concretar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar o a no hacerlo sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, dicha red constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Es por ello que en los distintos votos de los precedentes citados se coincidió acerca de su carácter transformador, como medio que permite que una cantidad incalculable de personas en todo el mundo exprese sus opiniones y suministre información de manera plural y descentralizada respecto de múltiples temas y que, por consiguiente, aumente de manera significativa

la capacidad de buscar información y acceder a ella (conf. doctrina de Fallos: 337:1174, considerandos 10 y 11 del voto de la mayoría y 12 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda; 340:1236 y 342:2187, considerando 7° del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, ya citados).

10) Que en los fallos referidos en el considerando anterior este Tribunal también destacó la indudable importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda en el funcionamiento de internet, en tanto actúan como una herramienta técnica que favorece el acceso al contenido deseado por medio de referencias automáticas. Se trata de intermediarios entre los usuarios y los sitios que existen en la red, no crean información disponible en ella, sino que la recorren e indexan automáticamente. De este modo, prestan un servicio que permite a cualquier usuario conectado a internet, tras ingresar una o varias palabras en el buscador, recibir como respuesta una lista ordenada de sitios de la red que están vinculados, según criterios predeterminados de indexación de contenidos, con la preferencia del usuario, fijada según las palabras con las que este orientó su búsqueda. En este sentido, estos motores cumplen un rol esencial dentro de la libertad de expresión, pues potencian el ejercicio de su dimensión social (conf. doctrina de Fallos: 337:1174, considerandos 15 del voto de la mayoría y 15 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda; 340:1236, considerando 3° del voto de la mayoría y 6° de la disidencia parcial de los jueces Maqueda y Lorenzetti en cuanto remiten, respectivamente, a las consideraciones efectuadas en la materia en “Rodríguez, María Belén” y 342:2187 ya citado, considerando 7° del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco). Además, esta Corte —con cita del “caso Costeja”— señaló que la actividad de



los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos (conf. Fallos: 337:1174; 340:1236, ya citados y 342:2187, considerando 7° del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, ya citado).

11) Que la importancia que tiene la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional conduce a que este Tribunal considere que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623 y 337:1174, ya citado, entre otros). Toda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción (conf. doctrina de Fallos: 315:1943, considerandos 10 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Cavagna Martínez, 7° del voto del juez Levene, 25 del voto del juez Fayt y 11 del voto del juez Belluscio; 337:1174, voto de la mayoría y considerando 13 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda; 342:2187 ya citado, considerandos 9° y 11 del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco y arg. del voto de los jueces Maqueda y Rosatti por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación). En el mismo sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha manifestado que cualquier sistema de restricciones previas tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad (380 U.S. 51 -1965-; 393 U.S. 175 -1968-; 372 U.S. 58 -1963-; 402 U.S. 4315 -1971-; 420 U.S. 546 -1975-). Sin embargo, ha señalado también que la libertad de expresión no

confiere una inmunidad absoluta de estas restricciones. También ha agregado que el interés del Estado justifica las restricciones previas solo en casos excepcionales (249 U.S. 47 -1919-, 283 U.S. 697 -1931-). En el marco de los principios enunciados, el Tribunal ha aceptado doctrinas fuertemente tutelares del ejercicio de la libertad de expresión, particularmente en materia de interés público. Las doctrinas “Campillay” (adoptada en Fallos: 308:789 y desarrollada en numerosos precedentes posteriores), de la “real malicia” (incorporada a partir de Fallos: 310:508 y reafirmada en diversos precedentes), “Ponzetti de Balbín” (Fallos: 306:1892) y el criterio de ponderación estricto para generar responsabilidad por la emisión de opiniones (Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert; 335:2150, “Quantín”; 337:921, “Irigoyen” y 343:2211, “Pando”, entre otros) constituyen líneas jurisprudenciales que brindan una protección intensa a la libertad de expresión y que resguardan un espacio amplio para el desarrollo de un debate público robusto. En lo que respecta a la censura propiamente dicha, este Tribunal ha considerado revertida la presunción referida en un caso sumamente excepcional en el que se buscaba prevenir una lesión al derecho a la intimidad de una menor de edad. Allí se entendió —con fundamento en el interés superior del niño consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional— que en ese supuesto la prevención del daño se imponía como única forma de lograr la protección judicial efectiva. Sin embargo, esta Corte siguiendo la naturaleza excepcional de la medida dispuesta, la redujo a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva (conf. doctrina que surge de Fallos: 324:975). Es decir, la presunción de inconstitucionalidad implica —además de la inversión de la carga de la prueba antes referida— que el

Tribunal interprete restrictivamente los supuestos en los cuales podría corresponder hacer la excepción, si los hechos del caso encuadran en alguno de ellos y, de ser así, que la medida que adopte sea la estrictamente indispensable para satisfacer la finalidad.

12) Que la aplicación de estos principios a la función que desempeñan los motores de búsqueda puede llevar a concluir que una eventual decisión judicial de desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado —y, de ese modo, hacer cesar su repetición—, implicaría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional, pues al vedar el acceso a dicha información se impediría la concreción del acto de comunicación —o, al menos, dada la preponderancia que revisten los motores de búsqueda, se lo dificultaría sobremanera—, por lo que tal pretensión configura una medida extrema que, en definitiva, importa una grave restricción a la circulación de información de interés público y sobre la que pesa —en los términos antedichos— una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina de Fallos: 315:1943; 337: 1174 y 342:2187, ya citados en el considerando anterior). Además, si bien es cierto que la eliminación de contenidos web difiere conceptualmente de la supresión de una de las vías de acceso a ellos, no cabe descartar de antemano que, en determinadas circunstancias, los efectos de ambos sobre el discurso público pueden resultar igualmente gravosos. No puede soslayarse que el remedio —aparentemente más leve— que solo inhabilita un nombre propio como uno de los canales para acceder a cierta información o contenido, podría extenderse a todos los participantes involucrados en el tema. Ante esa eventualidad, el efecto de tal truncamiento en la búsqueda de información pública podría justificar su análisis



bajo los principios, ya reseñados, aplicables a las restricciones previas a la libertad de expresión. Con relación a este tema, cabe aclarar que en materia de solicitudes de bloqueo se podría aceptar —con carácter absolutamente excepcional— un supuesto de tutela preventiva, con fundamento en la acreditación de la ilicitud de los contenidos y del daño sufrido, en un contexto —el de los motores de búsqueda— en el que dicho daño, una vez producido, continúa generándose. Una posición contraria, que solo admitiese la responsabilidad ulterior, llevaría al absurdo de pretender que la persona que probó la afectación a sus derechos constitucionales deba iniciar constantemente nuevos reclamos reparatorios, debido a que el buscador mantiene los contenidos ya sentenciados como dañosos en la web. Es decir, en estos casos si se parte de un supuesto de responsabilidad ulterior por el daño acreditado, se podría eventualmente admitir la supresión o bloqueo de los contenidos perjudiciales para evitar o prevenir daños similares futuros. Mediante esta tutela preventiva resulta posible que una vez corroborada la existencia de vinculaciones que claramente lesionan derechos personalísimos de una persona, esta pueda requerir judicialmente a los "motores de búsqueda" que, acorde con la tecnología disponible, adopten las medidas necesarias para suprimir la vinculación del damnificado con enlaces existentes de idénticas características. De esta forma, la protección preventiva opera con independencia de una nueva efectiva configuración del daño en la esfera jurídica del titular, pues la sola amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado habilita su procedencia (conf. doctrina de Fallos: 337:1174, ya citado, disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 34). Por último, cabe señalar que este razonamiento no se contradice con lo resuelto por esta Corte en

el caso “Paquez”, en el que no se justificó la disposición de medidas cautelares preventivas de bloqueo del acceso a contenidos de internet, por cuanto de las constancias de la causa surgía que las expresiones contenidas en las páginas web que se indicaban como presuntamente agraviantes consistían en acusaciones contra un funcionario público en relación con hechos relativos al ejercicio de su cargo.

13) Que a fin de examinar si la desvinculación ordenada por el tribunal de alzada constituye una restricción indebida a la libertad de expresión, resulta indispensable evaluar si dicha medida afecta el acceso a un discurso constitucionalmente protegido, conforme se ha especificado en los considerandos anteriores, aun cuando pudiese molestar, ofender o incluso avergonzar a sus protagonistas. En esta causa los contenidos cuestionados por la actora –y que la involucran– se vinculan con la amplia cobertura mediática que tuvo el “caso Cópola” que incluyó en sus avatares a diferentes personajes del deporte y de la vida pública argentina, y que concluyó con la destitución y condena penal de un juez federal y de funcionarios judiciales y policiales. La investigación criminal cobró notorio interés y tuvo un importante seguimiento por parte de los medios de comunicación —en particular, por la televisión abierta— a través de emisiones periodísticas informativas y de programas de entrevistas en vivo a los que concurrían las personas que se encontraban relacionadas con dicho proceso penal, con altos índices de audiencia. Los contenidos respecto de los cuales se ha dictado la medida que ordena desvincular los sitios de los resultados de búsqueda con el nombre de la actora, corresponden tanto a estos últimos programas televisivos como a otras intervenciones derivadas de la fama adquirida a causa de aquellos. En ese marco, Natalia Denegri cobró notoriedad por

su vinculación con el “caso Cópola” y por su participación en los referidos programas de entrevistas que efectuaban la cobertura mediática de sus avances, notoriedad que mantiene hasta la actualidad. En efecto, la actora continúa siendo una persona pública, empresaria de medios, conductora de programas de televisión y ganadora de numerosos premios internacionales por su labor profesional. En el escrito de demanda admite haber obtenido un lugar en el periodismo en los Estados Unidos, como Corte Suprema de Justicia de la Nación periodista de la CNN y en su página web se presenta como “una celebridad de la televisión latinoamericana” (www.nataliadenegri.com) (fs. 5 del escrito de demanda y 19 y 32 del recurso extraordinario).

14) Que concluir que por el mero paso del tiempo la noticia o información que formó parte de nuestro debate público pierde ese atributo, pone en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social que se nutre de los diferentes hechos de la cultura, aun cuando el pasado se nos refleje como inaceptable y ofensivo para los estándares de la actualidad. En todos los casos es necesario demostrar todos los presupuestos de la acción descriptos en los considerandos precedentes. Si se permitiera restringir recuerdos del acervo público sin más, se abriría un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar. En el contexto de una sociedad democrática, la información verdadera referida a una persona pública y a un suceso de relevante interés público —reflejado, principalmente, en las graves consecuencias que se derivaron de los hechos que lo componen—, exige su permanencia y libre acceso por parte de los individuos que la integran, pues ella forma parte de una época determinada cuyo conocimiento no cabe retacear a quienes conforman —y conformarán— dicha



sociedad sin motivos suficientes que tornen aconsejable una solución con un alcance distinto.

15) Que en virtud de la naturaleza que caracteriza a la información respecto de la cual Denegri pretende desvincularse — se trata de una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público, interés que se mantiene hasta la actualidad—, cabe concluir que el contenido en cuestión goza de la máxima tutela que nuestra Constitución Nacional proporciona a la libertad de expresión y, en consecuencia, la pretendida desvinculación —por lesionar, según la actora sus derechos al honor y a la intimidad— debe analizarse bajo el marco constitucional que regula el debate público.

16) Que en ese examen, cabe recordar que el honor, en tanto derecho personalísimo que tiene todo individuo, ampara a las personas frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecedora en la consideración ajena al ir en su descrédito (conf. Fallos: 331:1530, “Patitó, José Ángel y otro”, voto de la jueza Highton de Nolasco; 337:1174, ya citado y 342:1735). Esta Corte Suprema ha destacado que el reconocimiento y la protección del derecho al honor encuentran fundamento constitucional en el artículo 33 de la Ley Fundamental y en los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional desde su reforma en 1994 (conf. artículos 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica; 17 y 19.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; V y XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), e infra-constitucional en el artículo 52 del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. “Pando de Mercado, María Cecilia”, Fallos: 343:2211). La divulgación de hechos relativos a la vida de una persona o de su familia sin su





consentimiento que afecten su reputación y buen nombre, así como la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de una persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación pueden, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, configurar un ataque al referido derecho fundamental. Ello así, pues la protección constitucional tiende a tutelar el citado bien jurídico frente a una agresión ilegítima —por difamatoria, injurante, inexacta, falsa— y ajena, susceptible de dañar de manera infundada la reputación, fama o autoestima de un individuo, salvaguarda que, prima facie, no cabría considerar comprensiva de aquellos supuestos en que la lesión invocada es consecuencia de las acciones libres adoptadas por el propio individuo en el desarrollo de su personalidad.

17) Que ante las tensiones entre el derecho al honor y la protección de la libertad de expresión, este Tribunal sostiene que esta última goza de una protección más intensa siempre que se trate de publicaciones referidas a funcionarios públicos, personas públicas o temas de interés público por el prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran personalidades públicas o materias de interés público como garantía esencial del sistema republicano (conf. doctrina de Fallos: 327:183; 342:1777).

18) Que a fin de analizar si media una afectación al honor según los principios desarrollados en los considerandos anteriores, cabe señalar que la actora no plantea que los contenidos de los que pretende desvincularse resulten falsos o inexactos. Por el contrario, los URL que pide desasociar de su nombre incluyen videos de programas de televisión en los que ella efectivamente participó, sin que las solas manifestaciones de la interesada revistan

entidad suficiente para cuestionar dicha participación, aspecto que, además, no ha integrado la demanda. Las circunstancias particulares del caso ponen de manifiesto que la información cuyo bloqueo se pretende refleja contenidos veraces referidos a una etapa de su vida pública en los que ha participado en forma activa adquiriendo, por ello, el carácter de figura pública dada la notoriedad de su intervención en los sucesos que conforman la señalada información que, valga reiterarlo, reviste indudable interés público. Nadie podría poner en duda la entidad de los acontecimientos que la conforman en tanto hacen a la historia de una sociedad democrática. En ese escenario, no existe espacio suficiente para producir una lesión ilícita del derecho al honor mediante la difusión de información veraz vinculada con un asunto de interés público y referida a una persona pública, de modo que se autorice una restricción al ejercicio de otro derecho fundamental como lo es la libertad de expresión. El mayor o menor agravio o mortificación que la difusión de dicha información pueda suscitar en la actora —y, eventualmente, en su familia— no es un argumento suficiente para limitar, sin más, el legítimo derecho a la libre circulación de ideas, desde que la intromisión ilegítima en el derecho al honor exige, como se dijo, la falta de veracidad o exactitud de la información que se divulga, lo que no ocurre en el caso.

19) Que la medida ordenada tampoco podría sustentarse en el hecho de que el contenido de las publicaciones señaladas expone discusiones y peleas entre sus protagonistas que, al decir del magistrado de grado —replicado en forma parcial por el tribunal de alzada—, no presentan “por la procacidad o chabacanería propiciada por el espacio televisivo del momento [...] interés periodístico alguno sino que su publicación sólo parece hallarse fundada



en razones de morbosidad [...] y no hacen al interés general que pudo revestir el ‘caso Cópola’ sino, más bien, a la parafernalia de contenidos excéntricos de nulo valor cultural o informativo, que cobraron notoriedad más por el culto al rating de ciertos programas, que por el interés social que podían despertar” (fs. 371 y vta.). En efecto, el cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público no podría despojarlas de protección constitucional sin incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlas; el solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas, tampoco podría sustraerlas, sin más, de esa protección constitucional (conf. arg. “Pando”, Fallos: 343:2211, ya citado). Admitir razonamientos de esta naturaleza, basados en gustos o puntos de vista particulares, introduce en el estándar de análisis una variable extremadamente maleable y subjetiva que abre la puerta a la arbitrariedad y, por ende, debilita la protección de la expresión. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostiene que la calidad de indignante o grotesca como pauta de valoración “en el ámbito del discurso político y social tiene una subjetividad inherente que permitiría [...] imponer responsabilidad legal sobre la base de gustos o miradas, o tal vez sobre la base del desagrado respecto de una expresión particular” (“Hustler Magazine, Inc. v. Falwell”, 485 U.S. 46, 55 -1988-; “Snyder v. Phelps et al”, 562 U.S. 443, 458 -2011-).

20) Que tampoco se advierte que la difusión de la información cuestionada importe una grave afectación de la privacidad —derecho que también cuenta con una fuerte protección en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículos 19 de la Ley

Fundamental, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)— que, desde este punto, lleve a confirmar la decisión recurrida. Al respecto, cabe recordar lo expresado por esta Corte en el precedente “Ponzetti de Balbín” en cuanto a derechos personalísimos: Acciones relacionadas. que “el art. 19 [...] protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad” (Fallos: 306:1892, ya citado, considerando 8°). En efecto, la información conformada por programas de audiencias masivas y entrevistas periodísticas emitidos en medios de acceso público como lo fueron —y lo son— los canales de televisión, aun cuando revelan aspectos personales e incluso imágenes que exponen episodios que pueden resultar mortificantes para la actora, suscitados en el marco de los referidos programas televisivos, no lesiona su derecho a la intimidad. Tal como se ha manifestado en el dictamen del señor Procurador Fiscal, la protección de la privacidad no alcanza a aquellos aspectos de la vida personal que el titular consiente revelar al público. Como ya se ha manifestado, sin perjuicio de la escasa argumentación expresada por ella en sentido contrario en sus diferentes presentaciones y en la audiencia ante este Tribunal, no se advierten elementos de entidad que den sustento a su postura y conduzcan a tener por descartada la existencia de su consentimiento en la difusión de la información que hoy cuestiona. Ello así, pues además de

que no ha sido alegado en la demanda –ni acreditado en debida forma– vicio alguno del consentimiento, la exposición pública de la actora en medios masivos de comunicación de difusión general y su participación en el marco de debates relativos a un asunto de indudable trascendencia pública que la tenía como una de las protagonistas principales, desdibujan la alegada vulneración del derecho a la intimidad.

21) Que, en conclusión, en las circunstancias descriptas, no se advierte fundamento constitucional ni legal alguno que sustente la pretensión de Denegri. Concretamente, no se han brindado argumentos suficientes que demuestren que una persona que fue y es figura pública tenga el derecho a limitar el acceso a información veraz y de interés público que sobre ella circula en internet y resulta accesible al público de acuerdo a su propia discreción y preferencias, restringiendo de este modo esa información a los aspectos que ella misma considera relevantes o, por el contrario, inapropiados a la auto percepción de su identidad actual.

22) Que resulta importante destacar que la causa en estudio tiene una diferencia sustancial en relación con las circunstancias examinadas en los precedentes “Rodríguez, María Belén”, “Gimbutas” y “Paquez” ya citados, respecto del estándar de responsabilidad que en dichos casos se aplicó a los motores de búsqueda. Mientras que en los precedentes mencionados se pretendía la eliminación o desindexación de las vinculaciones —y sugerencias de búsquedas y thumbnails derivadas— consideradas ilícitas, la pretensión de la actora en autos, como se dijo, no se fundó en la ilicitud de las publicaciones periodísticas y videograbaciones en las que participó. Por el contrario, el fundamento de su pretensión es que el mantenimiento de la disponibilidad

de información verdadera que alega no representarla en la actualidad, por un largo período de tiempo, habría generado una suerte de ilicitud sobreviniente que lesiona su derecho al honor. En este sentido, como se expresó anteriormente, de los términos de la demanda no se desprende la invocación de un vicio que —previamente acreditado en el proceso— permita concluir que la publicación de los actos grabados y emitidos en programas de televisión de acceso abierto y general, vinculados con hechos de interés público no haya sido consentida. Por ende, mediando interés público (artículos 31 de la ley 11.723 y 53 del Código Civil y Comercial de la Nación), no puede reputarse ilícita la reproducción del contenido de los registros de video en internet —tampoco que esa reproducción devino ilícita con posterioridad por el paso del tiempo— cuya desindexación del motor de búsqueda la demandada ordenó la sentencia apelada.

23) Que finalmente, más allá de que los fundamentos de la petición de la actora no alcancen para justificar el bloqueo de vínculos referidos a información de interés público, los planteos que ha efectuado, así como los temas debatidos en la audiencia pública vinculados con los criterios que utilizan los motores de búsqueda para determinar sus resultados —tales como el número de veces que las palabras-clave aparecen en el sitio, el lugar en el que aparecen, el título y la calidad del sitio, la cantidad de sitios que abrevan en tal lugar, el orden en el que los contenidos se presentan, entre otros factores— no pueden ser ignorados. Es así que el presente pronunciamiento no implica desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría “Inteligencia Artificial” (IA), suscita numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos



fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público. Aun cuando el tema no haya sido objeto de debate en la presente causa, cabe destacar la existencia de un foro de discusión mundial acerca del modo de compatibilizar los problemas que en algunas ocasiones podrían suscitarse entre los mencionados derechos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos (como ejemplo de los temas en debate en la materia, puede consultarse las “Directrices Éticas para una IA fiable”, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018)”. En este marco, y específicamente referido a los criterios de ordenamiento de la información por parte de los buscadores, la representación de la demandada sostuvo en la audiencia que el modo en que el algoritmo ordena los resultados “no necesariamente sigue una cronología. Sale lo que Google estima que es más relevante para ese usuario. Aparte es distinto si uno lo busca en Argentina, si lo busca en Estados Unidos, porque lo relevante va a ser distinto. [...] Es una cosa complejísima (...)”. Posteriormente agregó que no era ese un criterio “neutro” (respuesta del Doctor Grondona p. 46 y 50 de la versión taquigráfica de la audiencia). En base a la forma en que Google manifestó que aparecen los resultados, se podría generar un cierto perfil de las personas que podría condicionar la composición de lugar que el internauta se hará de la identidad de la persona auscultada. De ahí la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos. Por ello, en sentido concordante con lo

dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, ley 48). Con costas. Reintégrese el depósito. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.



Análisis jurisprudencial



Actividades

1. Explique sintéticamente a) cuál es la pretensión de la actora; b) cuáles son los argumentos que expone para fundamentarla y; c) cuáles son los argumentos que aduce la demandada para resistir la pretensión de la actora.

2. Explique qué es lo que se resolvió en cada instancia judicial antes de que el caso llegue a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como también los motivos que adujeron los jueces actuantes en fin de justificar sus decisiones.

3. Enumere cuáles son para el Máximo Tribunal de la Nación las normas jurídicas relevantes en orden a resolver el caso ¿Considera que existen normas relevantes que no fueron consideradas por el Tribunal? ¿cuáles serían?

4. Si se consideran las distintas concepciones sobre la interpretación jurídica que fueron desarrolladas a lo largo del texto ¿cuál de ellas considera que es la que subyace al modo de tratar el caso que adopta el Alto Tribunal de la Nación? Fundamente su respuesta.

5. En el supuesto de que el caso tuviese que ser resuelto por los pensadores formalistas del SXIX, ¿con qué dificultades cree que se enfrentarían?

6. ¿Qué piensa que responderían Kelsen, Ross o Hart si se les preguntara si el fallo de la Corte Suprema es jurídicamente correcto, esto es, si constituye una aplicación correcta del

derecho vigente en la Argentina? Considere las citas transcritas de estos tres autores.

7. Si se analiza el caso desde las categorías propias de la concepción realista de la interpretación jurídica, ¿cuáles son los *topoi* que el Tribunal Supremo considera a fin de dar inicio a la deliberación? ¿a qué premisas entiende que arribó la Corte mediante la deliberación? ¿Cómo formularía la norma jurídica que construye la Corte a fin de resolver el caso, y que funciona como premisa mayor del silogismo judicial?

SOBRE LOS AUTORES

Carlos Massini Correas

(1944): Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y Doctor en Filosofía; Catedrático Contratado de Filosofía Jurídica en la Universidad de Mendoza–Argentina, donde dirige el Instituto de Filosofía Práctica. En el nivel de posgrado, es profesor de los Doctorados de la Universidad Austral de Buenos Aires, de la Universidad Panamericana de México y lo ha sido de la Universidad de Los Andes de Santiago de Chile, de la Universidad de Navarra y de La Coruña, entre otras. Se desempeñó como Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET), como Director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe y como Secretario Académico de la Universidad de Mendoza. Tiene publicados 33 libros y más de 200 artículos científicos en América y en Europa sobre Filosofía del Derecho, Filosofía Política, Ética y Bioética, así como numerosas traducciones del inglés, francés, alemán e italiano. Entre los últimos libros publicados cabe destacar: *Alternativas de la ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético* (Madrid, Rialp, 2019); *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico de John Finnis* (Madrid, Marcial Pons, 2019), *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida* (México, UNAM, 2020). Ha sido *Visiting Scholar* en las universidades de Münster, París, Navarra, La Coruña, Notre Dame–Indiana, Panamericana de México, De los Andes de Santiago de Chile. Es Doctor *Honoris Causa* de la Universidad Austral de Buenos Aires y Egregius Magister de la Universidad Panamericana de México.

Fernando Bermúdez

Doctor en Derecho, Abogado y Profesor de Grado Universitario en Ciencias Jurídicas, egresado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la UNCUYO. Postdoctorado por la Universidad de Navarra, 2018, director de tesis Dr. Juan Cianciardo y codirector Carlos Massini Correas y por Universidad Nacional de Córdoba, 2023, director de tesis Dr. Carlos Parma. Estudios de posgrado y estancias de investigación en las Universidades de *San Andrés*, *George Washington University*, *Navarra (Pamplona - España)*, *Urbaniana (Roma)*, *Nacional de Córdoba*. Profesor Titular por concurso de *Problemática del Conocimiento de la Facultad de Derecho de la UNCUYO* y de *Filosofía Jurídica, Argumentación y Retórica Jurídica* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Docente de posgrado en *Epistemología y Metodología de la Investigación*, y ética en diversas universidades del país y del extranjero. Investigador Categorizado 1 y director de Proyectos de Investigación en curso. Editor Adjunto de la Revista *República y Derecho* de la Facultad de Derecho de la UNCUYO. Libros titulados “*La Filosofía Realista del Derecho*,” Prólogo Daniel Herrera, Estudio Preliminar Carlos Massini Correas. Director del Libro Colectivo “*El razonamiento jurídico y el relato policial de Arthur Conan Doyle a Gilbert K. Chesterton*,” en prensa. Como coordinador titulado “*Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*” *Aportes y Sugerencias*, y diversos artículos científicos de su especialidad en revistas nacionales y extranjeras como *El Derecho*, *La Ley*, *Prudentia Iuris*, *Sapientia*, *República y Derecho*, *Opúsculo Filosófico*, *Revista Internacional de Derecho Humanos (Universidad de Zaragoza, España)*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Colombia, Bogotá)* *Apuntes Jurídicos*, *Revista El Foro*, entre otras.

Es secretario Académico en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza y secretario del Instituto de Filosofía Práctica y Humanismo Jurídico (director Carlos Ignacio Massini Correas) y coordinador del Seminario Permanente de Filosofía del Derecho FCJS UM. Evaluador Experto de CONEAU en el proceso de acreditación de las Carreras de Abogacía en la Argentina desde el año 2018 hasta la fecha.

Eliana De Rosa

Abogada, Profesora de Grado Universitario en Ciencias Jurídicas y Doctora en Derecho egresada de la Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la UNCUYO. Profesora Adjunta de las Cátedras de Filosofía Jurídica de la Facultad e Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Docente e investigadora categorizada en la Universidad Juan Agustín Maza, en la Universidad de Mendoza y en la Universidad de Congreso. Ha dirigido varios proyectos de investigación. Autora del libro: *El carácter analógico del derecho y el problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis* (2023). Ha traducido el libro, *Aristotle and Law. The Politics of Nomos (Aristóteles y el Derecho. La Política del Nomos)* del profesor de la Universidad de Deakin (Australia) George Duke (2020). Ha participado en publicaciones colectivas tales como *El derecho a la salud: una revisión interdisciplinaria*, Editorial EUNSA. Universidad de Navarra, Pamplona, 2021, y más recientemente en *El Misterio de la vida y la injusticia del aborto. John Finnis y la inviolabilidad de la vida*, Abaco Depalma (2024). Ha publicado artículos científicos en revistas nacionales e internacionales, entre otras, *Persona y Derecho* (Universidad de Navarra, Pamplona), *Dikaion* (Universidad de la Sabana, Colombia), *Prudentia Iuris* (UCA, Argentina), *Quaestio*

Iuris (Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Río de Janeiro, Brasil) entre otras. Además, se desempeña como abogada en el ámbito privado. Miembro del Seminario Permanente de Filosofía del Derecho y del Instituto de Filosofía Práctica y Humanismo Jurídico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza

Ricardo Greco

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la UNCUYO, Especialista en *Legal Tech an Innovation* (George Washington University), Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral de Buenos Aires) y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza). También es Maestrando en Derecho Empresario (ADEN Alta Dirección Escuela de Negocios). Es Jefe de Trabajos Prácticos de Filosofía Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Juan Agustín Maza, Profesor Titular de Ética Profesional de la Abogacía en ADEN, Profesor Titular de Derecho del Consumidor y también de Ética y Derechos Humanos en Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas ESEADE. También es autor de varios artículos en revistas de investigación sobre temas referidos a la filosofía y a la ciencia del derecho. Es secretario de Investigación de ESEADE y miembro del Consejo Académico de la institución.

Martín Usó

Abogado, Universidad de Mendoza. Posgrado en Asesoramiento Tributario, Fundación Alta Dirección, Mendoza, Universidad Austral de Buenos Aires. Curso de doctorado con orientación en Derecho Público, impartido por Facultad de Ciencias Jurídicas

y Sociales, Universidad de Mendoza. Posgrado en Mediación, Redes Alternativas –Universidad del Aconcagua, Mendoza. Extensa experiencia judicial en distintos cargos judiciales de secretario en los Juzgados de Familia, siendo el último como Coordinador de Derivación del Fuero de Familia, 2017 a la fecha. Jefe de Trabajos Práctico Meritorio de Filosofía Jurídica Universidad de Mendoza iniciada desde el año 2016 a la fecha. Miembro del Seminario Permanente de Filosofía del Derecho y del Instituto de Filosofía Práctica y Humanismo Jurídico de la Universidad de Mendoza.



Se terminó de
componer en
agosto de 2025 en
Editorial Qellqasqa.
San José de Guaymallén
Mendoza, República Argentina.

editorial@qellqasqa.com.ar
qellqasqa.com.ar
qellqasqa.com