

LIBRO

**RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO (coordinador),
Lecciones de teoría del derecho. Una visión
desde la jurisprudencia constitucional
(BUENOS AIRES, ÁBACO, 2019)**

GABRIEL GÓMEZ*

Parte de la actividad de los operadores del derecho es hacer que las normas –como un abstracto distante– cobren significación e importancia en la realidad concreta que nos toca vivir. Juez o parte; las normas no se despliegan en los hechos como una deducción matemática, pues nos atañe siempre su aplicación al modo en que se hace un arte; un *ars iuris*. Pues bien, esta obra, escrita por docentes de la cátedra de Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA, a cargo del doctor RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, se propone un análisis de fallos emblemáticos procurando entrelazar las piezas que quizás estaban dispersas en la bibliografía básica de dicha cátedra (del mismo autor, *Teoría del derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, Ábaco, 2019). De este modo, el trabajo tiene como norte que lo estudiado en dicha bibliografía no sea solo un trabajo de memorización, sino que en cada capítulo quede impreso el uso de lo aprendido en la resolución de un caso determinado. Esta metodología remite a un fenómeno viejo como nuestra historia, pero que en los siglos pasados cayó en desmedro. Los romanos nos enseñaron un método casuístico, es decir, empírico, al cual es ajeno el formalismo, mediante el que se preocupaban por resolver los problemas de lo cotidiano.

Esta obra, luego de un Prólogo a cargo del coordinador, se divide en cuatro partes, y cada una de ellas gira alrededor de un eje problemático-filosófico central. La primera parte se dedica a la enseñanza de la teoría general del derecho a partir del llamado “método de ca-

* Profesor ayudante, Teoría General y Filosofía del Derecho, UBA.

sos”. En el capítulo primero, MAXIMILIANO CONSOLO nos enseña cómo en la Universidad de Chuquisaca y en la recién creada cátedra en la Universidad de Buenos Aires, ya existía un método de enseñanza que se basaba en casos prácticos. Sin embargo, recuerda que en nuestra tradición operó un cambio de paradigma. Se comenzó a priorizar un estudio “sistemático” antes que uno “problemático”. El autor señala, sin embargo, que en los últimos años se fue abandonando dicho paradigma a fuerza de muchos docentes que se basan en un estudio más operativo, más cercano a lo cotidiano, y en ese sentido es interesante hacer ver que una tradición que se reputó siempre como netamente sajona tiene en realidad profundas raíces en nuestra idiosincrasia romano-hispánico-criolla. Esta forma de ver el derecho implica que el pensamiento filosófico debe hacerse presente en la realidad de todos los días, pero sin solo atenerse al pensamiento abstracto, sino vinculándose con los problemas circundantes.

De seguido, SANTIAGO IRIBARNE presenta un método para este análisis de casos dividido en cuatro niveles, lo que deviene en una útil pedagogía para los estudiantes: el nivel filosófico o de fundamentación; el científico, es decir, la ley; el casuístico, esto es, la jurisprudencia, y, por último, el prudencial, que es el punto neurálgico de la exposición, en el que se advierte una interpretación previsor de las consecuencias decisoras del operador jurídico. Es aquí donde IRIBARNE afirma el carácter práctico del derecho recordando la máxima “*in causa ius esse positum*” y la idea de la contextualización de la mejor solución posible. A continuación, demuestra cómo opera dicho método a través de un caso ya clásico de la jurisprudencia de la Corte Suprema, “Saguir y Dib”. Los padres de Claudia Saguir y Dib requirieron una autorización judicial para que esta donase un riñón a su hermano Juan, pese a no tener la edad de dieciocho años requerida por ley. Pues bien, en el ejercicio de la prudencia jurídica, los jueces llegan a interpretar la ley no desde su mera literalidad, sino desde el aspecto axiológico y los fines que persigue. Por lo tanto, una vez que probaron que la menor sí demostraba la madurez fáctica que supone como presupuesto la mayoría de edad, le permitieron donar un órgano a su hermano, pese al óbice que presentaba la letra de la ley.

En el tercer trabajo, RENATO RABBI-BALDI efectúa una clasificación de los casos según la complejidad que estos alcancen dividiéndose en “fáciles”, “difíciles” y “trágicos”. Son fáciles aquellos en los cuales no está discutida la prevalencia de un derecho de jerarquía constitucional o convencional; difíciles, los que observan un conflic-

to entre derechos de primer orden, pero que a fuerza de un equilibrio mínimo entre exigencias contrapuestas se logra no sacrificar lo esencial de ninguno de los dos valores en disputa. Casos trágicos, por último, son aquellos en que la contraposición de derechos es de tal naturaleza que no es posible dar a uno sin quitar su derecho al otro. El caso “Espósito” es un ejemplo de estos últimos, y se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención arbitraria y posterior muerte del joven Walter David Bulacio, en la que el comisario Espósito emerge como responsable. En su voto, los jueces PETRACCHI y ZAFFARONI explicitan la tensión que existía entre los derechos constitucionales y convencionales de Espósito y los de los familiares de la víctima. Lo trascendente del tema son las objeciones filosófico-constitucionales-convencionales que poblaron el ámbito decisorio de los jueces, las que nos recuerdan que no es posible trazar una jerarquía entre derechos, ambos de primer orden y emanación de la naturaleza del hombre, por lo que es imposible subordinar graciosamente el uno al otro. Al cabo, parece emerger que cualquiera de las opciones a adoptar pone en conflicto un derecho humano frente a las responsabilidades nacionales e internacionales contraídas por la Justicia argentina.

La parte segunda versa sobre el concepto filosófico y jurídico de persona. En primer término, MERCEDES ALES URÍA aborda el derecho a conocer los orígenes genéticos de las personas engendradas mediante óvulos o espermia donados. El fallo analizado es “C., E. M., y otros c/ EN-Min. Salud s/amparo ley 16.986” de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal. Los actores solicitaron que se condenase al Ministerio de Salud a crear un registro de información genética de los donantes, como derivado de la protección al derecho a la identidad, pretensión que la Sala entendió que era prerrogativa de la política legislativa. La autora sostiene que la identidad es una conformación tanto biológica como cultural, y que es un derecho de todo individuo, autónomo, sustantivo e independiente, y no exclusivo de la niñez. A su juicio, existe no solo la obligación del Estado de abstenerse de interferir en el proceso de las personas a conocer sus orígenes, sino también la obligación positiva del Estado de preservar los datos y garantizar el futuro acceso a ellos de los interesados. Para la autora, el Estado debe garantizar el desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad de los individuos, más allá del perceptible conflicto que podría desatarse entre el derecho fundamental a conocer la identidad por parte de los propios hijos, la intimidad de los padres jurídicos y la de los donantes.

En el capítulo V, MARTÍN TRUSCELLO aborda la cuestión relativa al derecho del *nasciturus* frente al derecho a la integridad física de la gestante. El caso analizado (causa “T”, fallada por el alto tribunal) es el de una mujer que solicitó que se le practicase un aborto a causa de que se encontraba gestando un feto que presentaba anencefalia. Al no haber existido en la mujer un riesgo grave para su salud, la principal discusión versó sobre la viabilidad del *nasciturus*. La mayoría dispuso el adelantamiento del parto, aunque el voto más interesante está expresado en una de las disidencias que hace un recorrido de las razones por las que la anterior instancia –el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– negó la personalidad del *nasciturus*, considerándolo una representación subhumana dada la especial patología que este presentaba. TRUSCELLO, a su turno, recuerda que el análisis de lo humano debe versar sobre aspectos sustanciales, no sobre rasgos accidentales, recordando lo absoluto de la dignidad humana que se basa en esa sustancialidad. En este marco, hace referencia a la actualidad del tema, en razón del proyecto sobre aborto del año 2018 y reflexiona que resulta discriminatorio y arbitrario hacer recaer la humanidad de la persona en rasgos accidentales, como lo es la edad cronológica del *nasciturus*, desconociendo el carácter absoluto de la dignidad humana.

Nuevamente ALES URÍA analiza, en el capítulo VI, la resolución de la Suprema Corte estadounidense en la causa “Burwell vs. Hobby Lobby”, vinculada a la objeción de conciencia de corporaciones privadas frente a la cobertura de terapias anticonceptivas abortivas. En 2012, el Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos de América prescribió que los planes de seguro de salud proporcionados por el empleador ofrecieran a sus beneficiarios ciertos métodos anticonceptivos de forma gratuita, algunos de los cuales son considerados abortivos. Hobby Lobby y otras sociedades familiares argumentaron que dicha obligación estaba en franca violación de la protección otorgada por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993. El argumento a la hora de avalar la objeción de conciencia de las personas jurídicas es la protección a los seres humanos que efectivamente conforman el ente jurídico, ya que todo el derecho está estructurado para el ser humano y no a la inversa. Por otra parte, al no haber exclusión en la letra de la ley, la persona jurídica con fines comerciales no debe verse ajena a la objeción de conciencia, máxime si el ejercicio del comercio no está ajeno a consideraciones morales. Lo mismo se entiende respecto a la libertad religiosa de estas entidades, en tanto son los accionistas y directivos los que

resultan captados por dicho derecho. El trabajo menciona los fallos “Bahamondez” y “Albarracini Nieves” de nuestra propia Corte Suprema, en los cuales también se hace hincapié en la centralidad de la autonomía de la persona en el sistema jurídico y la consecuente inviolabilidad de la libertad respecto a sus creencias. Por último, el estudio también se avoca al análisis de la importancia del examen de razonabilidad en las decisiones gubernamentales, ya que siempre se debe buscar que la instrumentación de las medidas estatales se oriente a las formas menos gravosas respecto de la autonomía de las personas, procurando evitar que la reglamentación pueda desnaturalizar ciertos derechos fundamentales.

La parte tercera se ocupa de los “títulos, medidas, fuentes y sistema de derecho”, en orden al logro del “derecho justo”.

En el capítulo VII, SONIA AMIEVA NEFA y EUGENIA FLEMING CÁNEPA analizan el caso “M. A. D.” sobre declaración de incapacidad. Marcelo Diez, a raíz de un grave siniestro vial, estaba postrado desde 1994 por lo que en 2015 sus hermanas solicitaron la suspensión de las medidas de soporte vital que se le venía suministrando desde hacía dos décadas, basándose en una supuesta manifestación de voluntad anterior de M. A. D. Pues bien, las autoras deliberan sobre el concepto de persona, observando que, cuando se ha tratado de señalar quiénes no lo son, siempre fueron descartadas las más vulnerables. Agregan que nuestro sistema jurídico no admite la cosificación del ser humano y juzgan que no puede haber discriminación entre vidas dignas e indignas, sin que sea el Estado quien tiene la potestad de juzgar la existencia de las personas y la dignidad que de ellas emana. A ese respecto, señalan la importancia de la manifestación de la voluntad del paciente, en un ejercicio de autodeterminación, respecto a los tratamientos médicos; sin embargo descreen que los tribunales puedan hacer un sacrificio de esta disponibilidad, delegándolos en cabeza de algún representante.

En el capítulo VIII, NATALIA MÜLLER presenta su estudio del fallo “Iachemet” de la Corte Suprema. La señora Iachemet, una pensionada de 93 años, era acreedora de una sentencia que le reconocía créditos indemnizatorios de parte del Estado. La ley 23.982 de consolidación de deudas del Estado le ofreció en pago bonos a diez años, lo que virtualmente implicaba su denegación. Se trata de un nuevo ejemplo en el pasaje de lo filosófico a lo científico y casuístico, y vuelta, y en el que se procura resaltar la centralidad del hombre en las decisiones jurídicas. Es que, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, resulta fácticamente imposible que la reclamante llegue a

percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada. Por ello, se realza la idea de que las “medidas” del derecho positivo se hallan en última instancia delimitadas por una “medida” natural (la “naturaleza de las cosas”) en tanto pueden importar un desconocimiento sustancial de un derecho básico.

En el capítulo IX, RABBI-BALDI CABANILLAS trabaja el tema del “pluralismo de fuentes y justicia material” a través del caso “Ruiz” de la Corte de Justicia de Salta del año 2006. Un integrante de la comunidad wichi en Tartagal fue acusado de mantener relaciones sexuales con su hijastra desde que ella tenía nueve u once años. En su defensa, el acusado sostuvo que era imposible que se lo juzgase según normas extrañas a su cultura, y que la Constitución nacional le otorgaba marco legal a ese respeto cultural en el art. 75, inc. 17, por lo que una norma infraconstitucional –el Código Penal– no podía contravenir ese principio. El foco del problema consiste en determinar no tanto si dicha conducta pertenece al acervo cultural de los wichis (cosa que se había puesto en duda), sino si dicha conducta era efectivamente parte integrante de tal cultura. Al respecto, tras señalar que los derechos no son absolutos, pues conviven en un sistema que los obliga a su reglamentación y límite, debiendo resguardarse su contenido esencial, el autor afirma que no puede pretenderse subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un Estado cultural determinado; de modo que los derechos de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres se circunscriben a que estos sean compatibles con los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional e internacional, y que remiten, en última instancia, a un derecho esencial de la naturaleza humana. Sobre tales bases los derechos fundamentales de primer orden constituyen un límite moral que el legislador o las costumbres no pueden soslayar.

En el capítulo X, HÉCTOR CORNEJO D'ANDREA analiza los casos “Siri” y “Kot” del alto tribunal. El autor recuerda la diferencia entre los sistemas “cerrado” y “abierto” que se estudian en la citada obra *Teoría del derecho*, a partir de los argumentos de la mayoría y de las disidencias, y propone un método interesante desde lo pedagógico para que los alumnos puedan aprender el estudio de las cuestiones importantes de la materia en el análisis de casos. En efecto, luego de recomendar la lectura de los fallos, establece unas preguntas que deben ser respondidas antes de leer las propias respuestas del autor a fin de que sean cotejadas con las del lector. En ese marco, se ocupa de examinar la actividad de los jueces, quienes deben asegurar el goce de

los derechos y garantías constitucionales a través de la inteligencia que mejor los asegure. Aquí se aprecia el gran valor que tiene el recurso de amparo para defender los derechos constitucionales, por lo que su restricción sería ilegítima si lo que impide su concreción es solo una medida de procedimiento. Una metáfora que cierra su desarrollo es bien ilustrativa: el sistema jurídico es como una caja de herramientas y el juez un buen electricista que debe arreglar un problema. Aun cuando esta caja no tenga la herramienta adecuada, debe este operario dar respuesta civilizada a las disputas que surgen entre las personas. El derecho es una ciencia práctica, y relacionar la teoría con la práctica es un ejercicio que debe entrenarse.

La cuarta y última parte de esta obra se titula “Razonamiento e interpretación del derecho”. Este tema, dado el cariz pedagógico de la obra, se vuelve importantísimo. PACHECO BARASSI, en el capítulo XI, se ocupa de examinar los presupuestos y directrices de la interpretación jurídica. La introducción merece una lectura especial y un cuidadoso estudio de las definiciones allí desarrolladas. Plantea la pregunta sobre si la teoría jurídica puede verse enriquecida por la teoría política, y no solo por la teoría del derecho; y la búsqueda de una verdad práctica (la “verdad jurídica objetiva”) entendiendo el derecho como un fenómeno complejo. En esa línea hace referencia a la importancia del lenguaje como instancia comunitaria, y a la dialéctica lenguaje-polis-praxis, que no solo tiene importancia en lo jurídico, sino en todas las cosas humanas. A fin de hacer notar esa politicidad de lo jurídico, analiza el caso “Rizzo”, en el que se examina la ley 26.855 que dispuso la reforma del Consejo de la Magistratura estableciendo la elección popular de los representantes de los estamentos técnicos –abogados, magistrados, académicos–. En su estudio se explicitan las formas de interpretación que se hacen eco en los votos del fallo y las distintas directrices que hacen al decisorio. Es interesante, desde el desarrollo pedagógico, la indicación que hace el autor sobre cada directriz interpretativa y la transcripción del considerando en donde se la utiliza. Es ahí donde el ejercicio de asomar la teoría a la práctica se aprende, con gran provecho del estudiante.

La directriz de la epiqueya aristotélica es el tema del capítulo XII, escrito por EDUARDO MAGOJA. En él, la exposición del caso “Vera Barros” de la Corte Suprema muestra la corrección de la ley frente a un problema concreto a fin de mantener un claro sentido de justicia. En este asunto se trató el reconocimiento del derecho a la pensión de la hija soltera pese a no cumplir con uno de los requisitos objetivos que establece la ley, con sustento en haber convivido con el causante du-

rante toda su vida y a quien cuidó en su enfermedad hasta su muerte, sin realizar nunca trabajos fuera del hogar ni contar con preparación alguna que le facilitase el acceso al mercado laboral. Aquí se recuerda que la epiqueya es el acomodo de la regla a la realidad. En efecto, la ley tiene un carácter universal, pero la realidad es contingente e imprevisible, por lo que se debe resolver el caso particular siguiendo el espíritu del legislador, del mismo modo que él lo hubiera resuelto de haber conocido el caso: es decir, corregir la aplicación de la ley sobre su letra para poder cumplir con su espíritu. El objetivo es la aplicación equitativa y racional del precepto que se abstiene de un facilismo meramente formal, rectificándose la ley para no arribar a una solución injusta. A veces la literalidad de la ley puede generar injusticias; por lo tanto, ante la inmutabilidad de la letra, ciertas situaciones humanas contingentes pueden quedar al margen de sus términos. Y aun cuando el principio de la división de poderes lo podría desaconsejar, el sentido de la epiqueya es aplicar la solución que el legislador hubiera tomado de haber podido prever la situación en concreto. Sin embargo, la discrecionalidad del juez no es absoluta, sino que debe ser de conformidad con los derechos y garantías constitucionales; ponderándose, además, las consecuencias jurídicas que estas elecciones podrían acarrear, las que en el caso no parecen exceder las particulares circunstancias aquí referidas.

Como se anticipó, la obra vincula los conceptos planteados en el libro de cabecera de la cátedra con problemas concretos. En efecto, el estudio de la materia Teoría General del Derecho, que es en apariencia meramente abstracta, requiere que los tópicos estudiados se corporicen en aplicaciones concretas. Atento a cómo se han expuesto los casos en el libro, cabe señalar la relevancia de examinar los argumentos de los fallos más que sus meras disposiciones resolutivas, pues dichos argumentos pueden volver a usarse y alcanzar las consecuencias lógicas que se derivan de sus propias premisas.

En suma, el libro resulta una importante obra para los estudiantes que comienzan la carrera. Allí donde está el primer acercamiento al mundo jurídico, esta obra significa un empuje para entender el oficio de abogado. Sabemos que los letrados no podremos cambiar el mundo, pero, en ocasiones, podemos dar las soluciones a ciertos problemas de la realidad. La obra busca ese horizonte: demostrar a los estudiantes que comienzan esta aventura que es posible aportar un grano de arena en la tarea de forjar una comunidad mejor. Por más pequeño que sea nuestro arte, vale la pena ejercerlo con la delicadeza y dedicación que este merece.