



## DERECHO Y PANDEMIA

**Dr. Rodolfo Luis Vigo**

EX MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SANTA FE  
Y PROFESOR CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DEL LITORAL Y DE UNIVERSIDADES EXTRANJERAS

## 1. Introducción

No querría dejar de agradecer esta invitación dado que conservo una enorme gratitud al Poder Judicial de Santa Fe por todo lo que recibí a lo largo de veintitrés años. Por supuesto que ese agradecimiento institucional, se termina refiriendo a todos sus integrantes, y especialmente para aquellos con los que trabajé más cercanamente, primero en la Sala Tercera de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe (1984-1988) y luego en la Corte Suprema (1988-2007). En este recuerdo agradecido también me gustaría incluir al Centro de Capacitación Judicial de la provincia, cuya conducción tuve el honor de integrar, y desde el cual logramos concretar diversos proyectos de los que me siento orgulloso.

A los fines de satisfacer el pedido recibido, me gustaría aclarar que el tema sugerido no es de aquellos de los que me he ocupado doctrinariamente, más bien, académicamente siempre he estado en el área de la teoría del derecho en sentido estricto o de la filosofía práctica en general (moral, política y jurídica), por lo que mis consideraciones transitarán por ese andarivel teórico –entendido de una manera muy amplia–. Mi propósito será preguntarme qué se puede decir desde aquellas disciplinas en torno a la realidad que ha impuesto

la pandemia, intentando desde su lectura detectar consideraciones de interés. Debo confesar que dudé de aceptar este pedido dado mi incompetencia específica al respecto, pero mis recuerdos agradecidos me forzaron a aceptarlo.

## 2. Derechos humanos o principios jurídicos

Seguramente será fácil constatar que la teoría jurídica más extendida define al derecho como un conjunto de «normas», las que definen un supuesto fáctico genérico al que le imputan cierta consecuencia jurídica. De ese modo, el derecho se presume como respuestas jurídicas explícitas, que el jurista proyecta, sin demasiados problemas, al caso individual que le toca atender profesionalmente. Sin embargo, el derecho típico que se formula en tiempos de excepción es por medio de «principios», o sea, respuestas jurídicas concentradas o en potencia que el jurista proyecta a los casos. En esos «principios» están los derechos humanos, y desde ellos pueden derivarse soluciones inéditas para problemas inusuales. Es obvio que la enorme mayoría de normas y resoluciones administrativas que casi en simultáneo se van dictando, reflejan una situación inesperada, desconocida y cargada de intereses contrapuestos, que requiere imagina-

ción, creatividad y un conocimiento diversificado de las circunstancias comprometidas.

Esta primera nota de estos tiempos que estamos analizando, conlleva la necesidad para el jurista, de contar con una teoría idónea para comprender y operar un derecho con rasgos destacadamente principialísticos. Recordemos que los principios son «contenido moral y forma jurídica», y que para resolver casos por medio de ellos, se requiere «ponderarlos». De ese modo la presencia de principios jurídicos no solo exige del jurista alguna comprensión de la materia moral, sino también estar en condiciones de acudir a las propuestas teóricas que se han desarrollado en torno a una ponderación racional de los principios. Habitualmente en la formación de nuestras Facultades de Derecho, la eventual atención que se le brinda a los principios es muy escasa, no obstante que ellos han generado una agenda de cuestiones muy extensa que generalmente se estudian en posgrados específicos, así por ejemplo: i) principios meta-sistemáticos, sistemáticos o sectoriales; ii) principios que protegen bienes individuales o bienes colectivos; iii) principios propio del derecho procedimental o del derecho sustancial; iv) principios funcionales u ontológicos; etc. A su vez, el recurso a los principios, implica optar entre teorías conflictivistas y no conflictivas, y dentro de aquellas las diversas propuestas en orden a conciliar o jerarquizar casuísticamente a los principios. Advirtamos que en materia de ponderación hay propuestas muy sofisticadas, que incluyen hasta una ecuación matemática para pesarlos, como la construida por Robert Alexy.

### 3. Rechazo al juridicismo

Otro rasgo de nuestra más extendida y tradicional cultura jurídica, auspicia que la mirada del jurista debe limitarse a las normas jurídicas y su respectivo contenido. Nino habló de «insularismo jurídico» a la hora de denunciar esa tesis, que el derecho constituía una especie de isla que solo era habitada por juristas y que en ella solo existían normas jurídicas. Dicho de otro modo, el insularismo se apoya en la convicción que el derecho se puede conocer y operar sin necesidad de recurrir a las otras dimensiones de la realidad social, tales como: economía, política, ciencias no jurídicas, religión, etc. Desde esa lógica autista se explica el escaso interés que en nuestras Facultades de Derecho suscitan disciplinas no jurídicas, o sea aquellas materias en donde no se estudian normas jurídicas.

Muchas voces se escuchan, que los juristas necesitan de una amplia apertura mental, dado que el derecho es inescindible de toda la compleja realidad social en medio de la cual se despliega. Más aún, se destaca que un juez inculto (ajeno a ámbitos como la literatura, espectáculos, redes sociales, etc.) no estará en condiciones de cumplir sus funciones de la mejor manera. Pero en tiempos de pandemia se hacen particularmente visibles bajo rótulos jurídicos, problemas de índole muy distantes tales como: bioética (por ejemplo adjudicación de respiradores, voluntarios para vacunas), medicina (pedidos de plasmas o modos de tratamientos terapéuticos), psicología (angustia, neurosis), economía (subsistencia, pago

de impuestos), religión (celebraciones religiosas, entierros), etc. Es probable que el único modo de que el jurista aporte una solución a casos de esos tipos, sea por medio de peritos que terminaran funcionando casi en sustitución del propio juez, en razón de su total ignorancia al respecto. Más allá de consecuencias, lo cierto es que se ponen al desnudo los problemas que conlleva para el servicio de de justicia una cultura juridicista.

#### 4. Ética judicial

También en la curricula vigente en la gran mayoría de nuestras Facultades de Derecho, brilla por su ausencia los estudios de ética profesional. Cierta infantilismo prejuicioso o ignorancia supina, quizás explique esos silencios formativos, no obstante es visible en occidente el alerta sobre la crisis de legitimidad que padece toda autoridad, por supuesto que se incluye en la misma, a la autoridad judicial. De lo que se trata en la ética es que se tome conciencia de que, quien ejerce un poder (con capacidad de dirigir a otros) conferido por la sociedad (conforme a la lógica democrática), debe asumir (nadie lo obliga a detentar el cargo) una serie de exigencias (positivas y negativas) discernidas racionalmente (no desde la fe ni las emociones solamente), orientadas a que en el ser y en el aparecer de su ejercicio, revele un compromiso con la excelencia (no limitada a la mediocridad compatible con el derecho).

Es conocida la distancia que existe entre el reconocimiento de un derecho y su ejercicio eficaz y garantido. A esos fines la presencia del juez se torna imprescindible, pues el ciudadano sabe que tiene poco valor los meros reconocimientos de derechos, si no van acompañados de la posibilidad de ir a tribunales a efectos de que se lo restituya o viabilice su ejercicio. Pero para que se alcance ese resultado o exista una tutela judicial efectiva, el juez debe asumir sus funciones –especialmente en estos tiempos– con las virtudes o hábitos propios de un buen juez. En ese terreno, entre otras exigencias previstas en el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica, se requiere: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad. Subrayaría de ese texto el art.53:«La integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura». La ciudadanía tiene que confiar en los jueces, y éstos aportan a esa confianza con el respeto a la ética judicial.

#### 5. Estado de Derecho

Nuestra sociedad ha asumido el modelo de Estado de Derecho Constitucional, y ello supone un poder dividido y controlado por el derecho, asumiendo que el «derecho» está por sobre la «ley» y son los jueces los encargados de equilibrar y garantizar la cuota de poder que tiene cada órgano

del Estado. Es razonable que en tiempos de excepción como el presente, el Poder Ejecutivo asuma una fuerte dinámica frente a lo perentorio e impostergable, pero la experiencia histórica enseña que, con mucha facilidad ese ejercicio y más allá de intenciones, tiende a expandirse por sobre sus límites competenciales establecidos. El que administra frente a las urgencias y demandas particularmente valiosas necesita, a los fines de la oportunidad y calidad de la satisfacción de las mismas, contar con poderes que en tiempos normales no se requirieron.

Sin embargo, muchos intelectuales en el mundo, han alertado acerca de los riesgos que supone ese desbalanceo entre los Poderes del Estado, y sobre todo la tentación históricamente corroborada, de aprovechar las oportunidades como para usufructuarlas más de lo necesario, y prolongarlas innecesariamente en el tiempo. Aquellas advertencias teóricas incluyen una demanda dirigida sobre todo al Poder Legislativo y al Judicial, como para que en ejercicio de sus competencias, estén muy alertas y ejerzan oportuna y firmemente los medios a su alcance como para neutralizar aquellos peligros. Es conocido que en la política rige la regla que el poder que no se ejerce por el que lo tiene atribuido, será ejercido por otro, pero ello altera el diseño constitucional. La anormalidad para estar justificada, requiere de un permanente control para que el fin no justifique cualquier medio.

## 6. Cultura digital

Los que estamos comprometidos con la actividad académica hemos descubierto y aprendido aceleradamente, medios propios de la contemporánea y creciente cultura digital. Sería imposible cumplir con nuestros compromisos académicos si renunciamos a esos recursos tecnológicos. Esa exigencia se ha universalizado de manera que, para cobrar el sueldo, viajar en tren, realizar diversos trabajos, etc., no cabe otra alternativa que llenar aplicaciones en nuestros celulares, manejar redes, códigos *QR*, *zoom*, *meet*, hablar con las máquinas, etc. Por supuesto que todo ese mundo nuevo impone desafíos gravosos para los adultos, pues ellos no tienen posibilidad de rechazar al mismo, dado que las consecuencias se asimilan a una especie de desaparición o muerte civil.

Es obvio que el Poder Judicial y sus integrantes no pueden dejar de incorporarse activamente a las posibilidades que supone esa nueva y desafiante cultura digital. El mundo y sus instituciones funcionan en red, pero las redes suponen también un lenguaje inédito, junto a problemas, delitos, capacidades y aptitudes desconocidas, que ya no se pueden ignorar. Se impone una capacitación urgente y acelerada de los recursos en cuestión, y un aprovechamiento institucional exhaustivo de los mismos. Renunciar a ese camino supondrá bajarse del mundo y renunciar al futuro y al mejoramiento del servicio. Ese reclamo se extiende a la totalidad de la administración pública a los fines de un servicio más eficiente

## 7. Liderazgos y preguntas

La historia enseña que en tiempos de crisis se exageran los intereses y las disputas; y cada uno de los seres humanos, como las sociedades y los gobiernos, muestran crudamente sus virtudes y vicios. Estos tiempos de pandemia no son la excepción. La lucha por los respiradores y los recursos en la atención médica, las disputas ideológicas sobre los tapabocas, como el llegar a la vacuna y muchas cuestiones más, han exhibido y exhiben realidades y rostros que en tiempos normales la vergüenza descartaría. Vemos cotidianamente disputas, interpretaciones y propuestas que por su nivel de irracionalidad, sofisticación y rebuscamientos no dejan de sorprender a cualquier mortal medianamente normal con algo de sentido común.

Seguramente se coincide que estamos en la coyuntura necesitando líderes que es difícil encontrar. Hablamos de gente con auctoritas y no solamente con poder respaldado por armamentos, tecnología, presupuestos o espectáculos estupidizantes. Líderes que sean respetados y escuchados, y que en base a su valor moral sean capaces de generar consensos y señalar senderos futuros. Es muy preocupante la chatura generalizada y lo que cuesta encontrar espacios o interlocutores inteligentes dispuestos a análisis detenidos y serios. Si la filosofía nació por la admiración y las preguntas que suscita la realidad, es este un tiempo cargado de incertidumbre e interrogantes, que necesita de guías que auxilien y orienten en ese terreno.

## 8. Diálogo y persuasión

En el siglo XIX y en buena parte del XX, el derecho se nutrió de voluntarismo. Es que el escepticismo en torno a la razón práctica o valorativa, impidió confiarle a la razón pedidos de respuestas a preguntas morales o axiológicas. La ley se declaró infalible por Rousseau en tanto fruto de la voluntad general; Kelsen, sin pudor, refrendó que la justicia era un «ideal irracional» y que el acto de interpretación no era de conocimiento sino de voluntad. De algún modo la enseñanza en las Facultades de Derecho se inscribe en ese mismo modelo insuflado de dogmatismo y autoridad que clausuraba todo espacio para la polémica y la duda.

En una sociedad angustiada y cargada de incertidumbres, parece que lo aconsejable es promover diálogos y buscar consensos desde competencias comunicativas habermasianamente definidas. Es un momento delicado y de futuro inquietante, de ahí que hoy más que nunca corresponde aconsejar y promover la conveniencia de generar todos los espacios de diálogos posibles, donde bajo ciertas reglas definidas por la razón procedimental, se intercambien argumentos y contraargumentos buscando persuadir o acordar con el otro. Contra la presunción intuitiva de que los juristas nos nutrimos de la palabra, el discurso y el diálogo, poco y nada es lo que nos han enseñado al respecto. Abundan entre los juristas la tentación de imponer voluntades, incluso por atajos reñidos con la buena fe. Vaya como disculpas el modo con el que aprendieron el derecho en la Facultad, pero

es una hora en donde si queremos un mejor futuro, se impone el diálogo y la persuasión sin trampas.

## 9. Validez jurídica

Es éste un concepto central de la teoría jurídica dado que compromete la existencia misma de la norma, pero desgraciadamente, se mantiene la definición diseñada por Kelsen que circunscribía los requisitos a órgano, procedimiento estipulado y coherencia con la norma superior. De ese modo la validez jurídica confía exclusivamente en lo que está puesto por las normas jurídicas positivas, todo ello en sintonía con Hobbes: «*Auctoritas, non veritas, facit legem*». Así se prescinden de otros requisitos orientados a exigirle a la norma que esté justificada racionalmente, porque de lo contrario es mera violencia pretender que se cumpla aquello que es inequívocamente irracional.

Recordemos que la invalidez de una norma implica la inexistencia de la misma, de ahí la relevancia de esa calificación que le corresponde en última instancia a los jueces. La pauta central es que ella luzca justificada racionalmente, de modo que sea posible no solo su comprensión, sino hasta su aceptación voluntaria. En ese terreno cabe reclamarle a la norma: que se formule en el lenguaje que usa el destinatario, que respete la lógica, que imponga un medio que lleve al fin procurado, que se adecue a las costumbres de la sociedad, que prescriba comportamientos posibles, que no contradiga verdades científicas, que no imponga alguna disvaliosidad grave y manifiesta, etc. Una vez más cabe esa advertencia, frente a la alternativa que en búsqueda de la eficacia y el resultado, se incurran en excesos o abusos, de ahí el reclamo de juzgar celosamente que las normas que obliguen, sean aquellas que resulten coherentes con la razón sustancial y procedimental.

## 10. Bien común

Cada sociedad asume necesariamente un cierto «modo de

ser» centrado en valores desde los cuales juzga y define objetivos y propuestas para la misma sociedad. Ese bien común paradigmáticamente puede entenderse en términos individualistas (como la mera suma de los bienes individuales) o colectivistas (se sustancializan construcciones como la raza, el partido, etc. que absorban los bienes individuales), aunque parece más ausplicable escoger una noción de bien común que no incurra en los excesos de aquellas posiciones extremas. Alternativas como las de un personalismo solidario conjugan mejor con la misma naturaleza humana, con su dimensión individual y social, de modo de potenciar y diversificar el buen vivir en común, proveyendo bienes individuales y bienes comunes.

Los tiempos de excepción, incertidumbres y temores, son propicios para los extremismos que recurran a salvaciones individuales o mesiánicas, fomentadas o proporcionadas por construcciones ficticias. Por eso la necesidad de que los gobiernos se esfuercen en generar climas de entendimiento en sintonía con aquellos valores más compartidos y esperanzadores, evitando plantear disputas radicales o que las alternativas sean todo o nada. Hemos visto reacciones institucionales en ciudades o provincias de aislamiento y clausura que no parecen ajustarse al interés del país, del derecho y la razonabilidad. Por supuesto que los momentos de crisis también son de oportunidades para tomar fuerza o reencauzar caminos, pero a esos fines se impone que los dirigentes piensen con grandeza y generosidad.

## 11. Medio ambiente

Cada vez es más visible que el poder y la libertad humana pueden pulverizar cualquier orden intrínseco a la realidad. Así es posible esquilmar exhaustivamente un río sin respetar ningún límite natural, pero el costo será perder el río con los beneficios que le son propios. La capacidad destructiva del hombre es sorprendente, y el derecho es un medio demasiado limitado como para confiar en ese control. La clave

sigue estando en la conciencia ética de cada uno, de manera que ella lo conduzca –aún en soledad– de manera coherente con lo que exige la casa en común. Más allá de no estar claro el origen de la presente pandemia, sí son evidentes muchas otras manifestaciones de los daños onerosos que genera violentar a la ecología.

Se impone principalmente seguir insistiendo en una pedagogía de respeto del medio viviente en donde importan todas las vidas, la vegetal, la animal y la propiamente humana. Esa educación con valores requiere de un compromiso mayor en las generaciones adultas, en donde habitualmente hay hábitos y miradas incorporadas distantes del respeto del medio ambiente. También la cultura jurídica necesita impregnarse mucho más de una conciencia funcional a dicho reclamo, y al respecto, estimamos que las Facultades de Derecho pueden ser un instrumento muy importante en ese sentido. Es obvio que el tema remite en última instancia a una cuestión ética y antropológica, y es en ese campo donde se requiere el debate esclarecedor y raigal, porque de lo contrario se terminará en respuestas meramente emocionales, superficiales y transitorias.

## 12. Pluralidad gnoseológica

En nuestras Facultades de Derecho se promueve la ciencia jurídica, construida en base a algunas de las ramas del derecho a la que busca describir y sistematizar, sin valoraciones y asumiendo una perspectiva exegética, dogmática y memorística. Desde esa lógica, quedan devaluadas otras disciplinas, especialmente la filosofía jurídica y el saber aplicativo; respecto a este último se lo asimilaba a un trabajo nada complicado y meramente subsuntivo, luego de desentrañar el sentido de la norma aplicable mediante los métodos interpretativos.

Hoy parece haber advertencia de la relevancia del concepto de derecho y la teoría jurídica que suscribe el jurista, dado

que según el mismo será la ciencia jurídica que se propone y serán las posibilidades de respuestas jurídicas. Mucha difusión existe en torno a la problemática aplicativa del derecho bajo el nombre de «argumentación jurídica», que en sus dimensiones de la justificación interna y justificación externa, abarca una enorme complejidad de problemas que generalmente se estudian en posgrados y maestrías específicas. Testimonios importantes como el que fuera por mucho tiempo juez de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak, acredita la importancia para el trabajo judicial el asumir una cierta filosofía jurídica, en orden a proveer un resultado jurisprudencial coherente, persuasivo y previsible. Por supuesto que no estamos auspicando «filosofismos», sino solamente cuestionando los «cientificismos».

## 13. Conclusión

En los once señalamientos precedentes, hemos intentando llamar la atención sobre cuestiones o reclamos que se dirigen directamente al derecho, a los juristas y a las teorías que proporcionan el aparato conceptual que requiere la comprensión y la operatividad del derecho mismo. Por supuesto que, en la lectura hecha, seguramente están los defectos propios de nuestro enclave académico, y hemos dejado de lado problemas más urgentes y complejos, pero vaya como disculpa que no hemos resistido al pedido proveniente del poder judicial santafesino, al que tanto queremos y le debemos. ■