



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Covid 19, vacuna y urgencia: “atadas con alambre”

Por Gustavo Carranza Latrubesse¹

Sumario. 1. Introducción. 2. Los riesgos del desarrollo. 3. Los principios de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. 4. El Derecho del consumo y las cláusulas predisuestas. 5. La responsabilidad objetiva (riesgo, riesgo provecho, riesgo de empresa). 6. La sospechosa urgencia. El art. 9 de la Ley. 7. Conclusiones.

1. Introducción. Esta expresión, “atadas con alambre”, traduce en la Argentina de hoy, una solución provisoria y precaria, que se torna definitiva, y a la postre se convierte en ausencia de previsión. El día a día, como el famoso árbol que tapa el bosque, muestra que las soluciones, tan esperadas como necesarias, no llegan ni llegarán sin un fuerte y sano espíritu previsor que traiga cierta certeza sobre los problemas y planifique sobre las posibles soluciones. La pandemia azota a todos y asuela al Mundo entero con muertes inesperadas y padecimientos verdaderos; ante el fracaso de la muy extensa reclusión social (‘cuarentena’), Argentina ha logrado otro primer lugar inconcebible: es el país que más muertos por millón de habitantes tiene pese a la extensión de la llamada cuarentena y muchos sienten que los ocho meses de tanta abstinencia de deberes y necesidades, ha sido en vano; se aflojan las precauciones y, de tal modo, aumentan las penosas consecuencias: más enfermos, más muertos, más penurias, más imprevisión.

¹ Abogado (UCC). Especialista en Derecho de Daños (UB, Buenos Aires). Magister en Derecho Privado (UP Buenos Aires). Ex juez en lo civil y comercial (Comodoro Rivadavia, Chubut). Ex profesor universitario (UNP’SJB’, Comodoro Rivadavia). Miembro correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Cs Sociales de Córdoba.

El Estado que, frente al azote, ha dispuesto el riguroso aislamiento social, sin haber tomado medidas para paliar los efectos que tal exigencia crea en todos los que viven de su trabajo, como pensamos debía hacer y así lo sostuvimos en un trabajo anterior porque era prioritario asegurar la salud de la población sin olvidar la economía, ha generado una ley, la 27.573, cuyo art. 1° declara de interés público “*la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19*”; a partir de allí, cuya necesidad es opinable, autorizó al Poder Ejecutivo a insertar en los contratos que celebre para la adquisición de las vacunas, las cláusulas que autoricen la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales –judiciales o arbitrales- de países extranjeros lo que implica, lisa y llanamente, la renuncia a la jurisdicción nacional; esto es, “*la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, exclusivamente respecto de los reclamos que se pudieren producir en dicha jurisdicción y con relación a tal adquisición*”. No parece dudoso sostener que el primer perjudicado por las consecuencias adversas de la vacuna es el que la recibió; y es él, quien tendría que asumir la ‘prueba diabólica’ de acreditar que el mal que sufre es consecuencia de la aplicación de ‘esa’ vacuna, y tiene el añadido perverso que le impondría la prueba demostrativa de que el productor actuó dolosamente, ya que el art. 4° de la Ley autoriza al Poder Ejecutivo a admitir “*cláusulas que establezcan condiciones de indemnidad patrimonial respecto de indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias relacionadas con y en favor de quienes participen de la investigación, desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas, con excepción de aquellas originadas en maniobras fraudulentas, conductas maliciosas o negligencia por parte de los sujetos aludidos*”.

Significa que las consecuencias que se deriven de la aplicación de las vacunas adquiridas a laboratorios u organismos extranjeros, serán ventiladas por el Estado, ante los tribunales de esos países, reservándose a las personas (naturales y jurídicas) residentes en el país la jurisdicción nacional, en que deberán probar, cuando menos, una cuestión difícil de acreditar (que el daño que se padece es consecuencia adversa de la aplicación de la vacuna y no un daño que resulta del organismo del paciente), y otra, rayana en lo imposible (que el fabricante actuó con fraude, dolo, malicia o negligencia). Pregunto si era necesario autorizar semejante desatino. Suponiendo que esto fuera una imposición de los eventuales organismos contratantes, ya es un principio de

aceptación y sometimiento al Derecho extranjero que, como se verá, en esta suerte de temas, no será favorable a la doctrina constitucional y legal que rige en nuestro país, tal como en adelante intentaré demostrar; además, del agravante de padecer el muy dudoso éxito de una pretensión resarcitoria.

Desde la visión del interés económico, ¿sería despreciable para un laboratorio o entidad venderle a Argentina 90.000.000 de dosis? Desde que, según se dice, son necesarias dos aplicaciones, un laboratorio serio y que actuara de buena fe, no necesitaría de las cláusulas de indemnidad. Y, si fuera dudosa la efectividad de la vacuna, el Estado no debería someter a sus súbditos a la prueba de su oscura eficacia. En lugar de ofrecer indemnidad, el Estado debería exigir garantías; la dignidad de la persona, postulada en el art. 51, Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), en el art. 11.1, Convención ADH, y los principios protectorios del Derecho del consumo, así lo exigen.

Mientras un médico e infectólogo argentino, radicado en EEUU, nos informa que es impensable aceptar la aplicación de una vacuna antes de que cumpla la fase 3, ciertos laboratorios exponen que la efectividad de la que producen garantizan una efectividad casi total (94-95%) en una suerte de competencia mediática y antes de cumplir con la antes indicada fase. Según anticipos o promesas del Gobierno, se comenzará a aplicar ‘la’ vacuna (no se sabe todavía cuál) en enero, luego tal vez en marzo, con lo que el derecho a la información, clara y confiable, que postula el art. 42, CN, luce por su ausencia con lo que la incertidumbre crece y los daños aumentan.

2. Los riesgos del desarrollo. Se entiende por tales los que resultan del uso de productos y sustancias que, al tiempo de su introducción al mercado, no era posible al fabricante determinar, en virtud de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese tiempo, que pudieran contener defectos causantes de daños al usuario y al consumidor. Esta cuestión fue abordada por la Comunidad Económica Europea, a través de la Directiva 85/374. Se previó allí como eximente de responsabilidad a los riesgos del desarrollo, en los siguientes términos: El art. 7º, en lo que aquí resulta de interés, dispuso que *“En aplicación de la presente directiva, el productor no será responsable si prueba: ...b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera al momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; ...e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los*

conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto”.

Sin perjuicio de lo allí establecido, la misma Directiva autorizó a los Estados nacionales a disponer que el productor fuera responsable, aun cuando demostrara la imposibilidad de conocer el defecto a que la norma se refiere. Una mayoría de países adaptó su derecho interno a la Directiva en orden a la excusa prevista y, otros, como Finlandia y Suecia, no admitieron que el estado de la ciencia funcionara como eximente de responsabilidad del fabricante. En el caso de España, por la Ley 22/1994, de 6 de julio, admitió la regla de la no responsabilidad, pero estableció una importante excepción en el caso de medicamentos, alimentos, o productos alimentarios destinados al consumo humano, en cuyo caso se mantiene la responsabilidad del productor; en el caso de Alemania, se adoptó la misma excepción.

Cabe preguntar, frente a estos ejemplos de previsión y prudencia, ¿por qué nuestra Argentina buscó el camino de la dependencia en favor de un productor extranjero, renunciando a la inmunidad nacional y, en especial, haciendo abandono de los principios constitucionales y legales que debieran regirnos?

3. Los principios de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. El art. 42 de la Constitución Nacional (CN), introducido por la reforma de 1994, establece que *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”*. A su vez, el CCC introdujo, en consonancia con las leyes especiales ya vigentes, regulatorias del Derecho del consumo (24.240, 26.361 y 26.993), pautas de interpretación en favor del consumidor y del usuario (arts. 7, 1092, 1093, 1095 y correlativos). Este último, establece: *“Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”*. La protección de la salud es un cometido constitucional exigible al Estado, de primera magnitud, porque es instrumental con relación al derecho a la vida; por ello, nuestra Corte Suprema federal ha dejado asentado en su doctrina constitucional, como última intérprete de la CN, que **“Ningún deber es más**

primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados”².

Con relación a la seguridad, la Corte federal tiene aquilatada doctrina vinculada a la policía de seguridad; así, ha dicho que “quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 322:2002), responsabilidad que encuentra su fundamento jurídico en el art. 1112 del Código Civil (Fallos: 321:2310)” (CS, 29/11/2005, “Gerbaudo, José Luis”, *Fallos* 328:4175). Pero, con posterioridad, el juez Lorenzetti, sustenta una doctrina derivada del plexo constitucional al sostener que, en el art. 42, CN, “se trata de la "seguridad", entendida como un **valor que debe guiar la conducta del Estado** así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente, se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos. **Asumir una postura contraria, sería violatorio del claro mandato constitucional de seguridad inserto en el precepto constitucional en examen**” (CS, 17/03/2009, “Gómez, Mario Félix c/ VICOV S.A. y/o responsable s/ Daños y perjuicios” *Fallos* 332:405, considerando 5, segundo párrafo, de su voto; énfasis añadido)³. El derecho a la seguridad, está contenido y garantizado en el art. 7.1, Convención ADH (“*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”).

² CS, 07/02/1995, “Toscano, Gustavo Cayetano c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, *Fallos* 318:38; CS, 12/09/1995, “Scamarcia, Mabel y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y perjuicios”, *Fallos* 318:1715; CS, 31/08/1999, “Izaurre, Roque Rafael c/ Provincia de Buenos Aires y otro s. Daños y perjuicios”, *Fallos* 322:2003; CS, 20/03/2003, “Lema, Jorge H. c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios”, *Fallos* 326:820; CS, 27/05/2004, “Cura, Carlos A. c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y perjuicios”, *Fallos* 327:1738; CS, 24/11/2004, “Cossio, Susana I. c. Policía Federal y otro”, *Fallos* 327:5295; CS, 29/11/2005, “Gerbaudo, José L. c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y perjuicios”, *Fallos* 328:4175..

³³ Véase, CS, “Ferreyra”, *Fallos* 329:646; CS, “Caja de Seguros”, *Fallos* 329:695; CS, 28/03/2006, “Basualdo”, *Fallos* 329:879; CS, 07/11/2006, “Bianchi”, *Fallos* 329:4944, y *Fallos* 315:2330 y 318:1715.

Con lo hasta aquí apuntado, según creo, queda habilitada la declaración de inconstitucionalidad de la citada ley, en orden a los aspectos violatorios de los principios axiales del Derecho del consumo. En tal sentido, ha dicho la Corte federal, que se “despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos (Fallos: 112:63; 150:89; 181:264; 261:409; 264:416; 318:445); por ende, una vez constatada la iniquidad manifiesta de una norma (Fallos: 171:348; 199:483; 247:121; 312:826) o de un acto de la administración (Fallos: 292:456; 305:102; 306:126 y 400), corresponde declarar su inconstitucionalidad” (CS, 01/02/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires (Smith, Carlos Antonio c/ P.E.N.)”, *Fallos* 325:34; CS, 06/11/2018, “Lenna, Adrián Raúl y Otro s/ Incidente de verificación de crédito”, *Fallos* 341:1530; CS, 12/06/2018, “Díaz, Graciela Luisa c/ Evangelista, Jorge Daniel Pascual y Otros s/ Daños y perjuicios”, *Fallos* 341:648).

En la causa “Reynoso”, dijo la Corte federal que “el derecho a la salud - especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero [derecho a la vida] y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida” (CS, 16/05/2006, “Reynoso, Nilda N. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, amparo”, *Fallos* 329:1638).

En un penoso caso en que el actor, persona mayor, afectada de cáncer de colon, estando internado en un geriátrico, como residente particular mediante el abono de una cuota mensual (\$ 30.000) fue notificado del cierre del establecimiento y conminado a retirarse en razón de que la empresa alegó carecer de infraestructura edilicia, elementos humanos y medios económicos, para dar cumplimiento al Protocolo del Ministerio de Salud, además de la prohibición de que los residentes fueran trasladados a otros geriátricos, la Corte federal, no obstante no aceptar la competencia originaria requerida y aconsejada por la Procuración, en que sostuvo que “el Covid-19 evidenció niveles alarmantes de propagación y gravedad, y altos índices de mortalidad en adultos mayores, por lo que la situación denunciada en autos podría demandar una respuesta conjunta e inmediata del Estado nacional y provincial a fin de que no se concrete el riesgo para la salud y la vida que, además, es irreversible, e involucra un colectivo de personas mayores en situación de

vulnerabilidad”, dispuso su remisión a la Suprema Corte de Buenos Aires para que decidiera acerca de la competencia del juez de provincia que debía entender en el proceso. Con razón o sin ella, la Corte federal, reconociendo la gravedad del problema, decidió denegar su competencia originaria.

En la citada causa “Lenna”, dijo el voto del juez Maqueda, “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-)” (considerando 8º). Con ser ello cierto y así surgir del ordenamiento cimero, el texto de la Ley 27.573 viene a derogar el orden público de las leyes de protección de consumidores y usuarios, exponiendo a todos los habitantes a las cláusulas que aquella contiene, con clara afectación del derecho de acceso a la jurisdicción judicial, debido proceso y defensa de sus intereses económicos.

La Corte IDH ha sostenido, con sustento en el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que el servicio de salud es un servicio público, que compete al Estado, y compromete su responsabilidad aunque se valga de terceros, pues en tal caso omite el contralor y fiscalización adecuada y efectiva⁴. Sostuvo que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno

⁴ Caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras”, Sentencia N° 4, de 29/07/1988, párr. 172. Se dijo allí que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”. Y Corte IDH, Caso “Ximenes Lopes c/ Brasil”. Sentencia N° 149, de 04/06/2006, párrs. 84 y 85.

constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos⁵. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público (art. 10). Además, la Corte IDH ha dicho que “Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer sin violentar”⁶.

Pongo de relieve que esta falta de previsión del Estado acerca de las posibles consecuencias adversas que la o las vacunas contra el Covid 19 puedan traer aparejadas a los usuarios, y que asegura a los eventuales entes fabricantes o proveedores de aquéllas casi una total indemnidad, no podrá excluir la responsabilidad del propio Estado frente a sus súbditos, a mérito de la doctrina de la Corte IDH que, con sustento en la Convención ADH, así lo determina. Dicha Convención exige, como instrumento de igual valor que la CN, que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas⁷. Mi afirmación precedente tiene claro sustento en la conclusión de la Corte IDH en la citada sentencia del caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, en que sostuvo que: “Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione

⁵ Corte IDH, Caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales) c. Guatemala”. Fondo. Sentencia de 19/11/ 1999, párr.144: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos”; pero implica también “que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”. Corte IDH, Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia N° 150, de 05/07/2006. párr. 63; Caso “Zambrano Vélez y otros c. Ecuador”. Fondo, Reparaciones y Costas. S. N° 166, de 04/07/ 2007, párr. 78; y Caso “Escué Zapata.c.Colombia”. Fondo, Reparaciones .y costas. S. N° 04/07/2007, párr. 40.

⁶ Corte IDH, Caso “Castillo Petrucci c. Perú”, Sentencia N° 57, de 30/05/1999, p. 204.

⁷ Corte IDH, Caso “Baldeón García c. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia N° 147, de 06/04/2006, párr. 83. Corte IDH, Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia N° 150, de 05/07/2006, párrs.63 y 64. Corte IDH, Caso “de las Masacres de Ituango c. Colombia”. Sentencia N° 148, de 01/07/2006, párr. 129.

indebidamente, por acción u omisión⁸, uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención⁹. La Corte IDH ha declarado que “Es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia”¹⁰. Y, como he sostenido también, la responsabilidad subsiste por ausencia de contralor concreto y efectivo¹¹.

La doctrina de la Corte IDH, es particularmente severa con las acciones y omisiones del Estado en materia de violación de derechos reconocidos. Así, en Caso “de la Masacre de Mapiripán”, en el párr. 110, la Corte IDH expone que “el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en ‘actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana’ (Caso “de los Hermanos Gómez Paquiyauri”, párr. 71; Caso “Juan Humberto Sánchez”, párr. 142; Caso “Cinco Pensionistas”, párr. 163), y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios (Caso “19 Comerciantes”. S. N° 109, de 05/07/2004, párr. 141; Caso “Maritza Urrutia”. S. N° 103, de 27/11/2003, párr. 41, y Caso de los

⁸ Corte IDH, Caso “Baldeón García c. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia N° 147, de 06/04/2006, párr. 81. Corte IDH, Caso “de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia”. Sentencia N° 140, de 31/01/2006, párrs. 111 y 112. Corte IDH, Caso “de la Masacre de Mapiripán c. Colombia”, Sentencia N° 134, de 15/09/2005, párr. 110.

⁹ Corte IDH, Caso ‘Ximenes López c. Brasil’, Sentencia N° 149, de 04/06/2006, párr. 84.

¹⁰ Caso de la “Masacre de Mapiripán c. Colombia”. Sentencia N° 134, de 15/09/2005, párr. 108; Caso “de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú”. S. N° 110, de 08/07/2004, párr. 72; Caso “Cinco Pensionistas c. Perú”. Sentencia N° 93, de 28/02/2003, párr. 63.

¹¹ Cabe insistir en la existencia de obligaciones a cargo del Estado, aun cuando los daños, como violación de derechos humanos “garantizados” por el Estado, sean consecuencia de la acción de particulares. No es ocioso aquí, recordar que ha dicho Antonio A. Cançado Trindade, juez de la Corte IDH, quien ha desarrollado la tesis de las obligaciones *erga omnes*, precisamente con el objeto de atrapar la responsabilidad del Estado por omisión, en orden a su deber de protección. Remito a su voto en la sentencia del caso “Masacre de Mapiripán c. Colombia”, Sentencia N° 134, de 15/09/2005, párr. 13: “la atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos radica en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales *erga omnes* de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones inter-individuales”; y sus citas.

“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). S. N° 63, de 19/11/1999, párr. 75). Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención (Caso “19 Comerciantes”, párr. 141; Caso “Juan Humberto Sánchez”, párr. 44, y Caso “Cantos c. Argentina”, S. N° 97, de 28/11/2002, párr. 28), u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones”. Cabe insistir en la existencia de obligaciones a cargo del Estado, aun cuando los daños, como violación de derechos humanos “garantizados” por el Estado, sean consecuencia de la acción de particulares (Corte IDH, Caso “de la Masacre de Mapiripán”, párr. 111).

4. El Derecho del consumo y las cláusulas predispuestas. Como es sabido, las reglas de interpretación de los contratos determinan que en los celebrados por adhesión y en formulario, las obligaciones asumidas por las partes deben interpretarse en contra de la parte proferente o predisponente. El art. 984, CCC, establece: *“Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”*. Según esta regulación, las cláusulas de indemnidad, deben tenerse por no escritas, no obstante lo cual se puede generar cuestión interpretativa desde que es el mismo Estado quien las ha previsto, en favor de fabricantes y laboratorios, con lo que viola los arts. 37, 38 y correlativos de las leyes de protección del consumidor; el art. 37, en su primer párrafo establece: *“Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o **limiten la responsabilidad por daños**; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”* (énfasis añadido) Y el art. 40, sobre responsabilidad por daños, establece: *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que*

correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Cabe recordar que por el art. 65, se establece de modo expreso que *“La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial”.*

De allí que me parezca, algo más que plausible, que la ley 27.573, por las exenciones antes apuntadas que dejan a la suerte de los individuos las consecuencias de una vacuna, autoriza la imputación que la Corte IDH le atribuye, en orden a la ausente protección de los derechos humanos reconocidos y que el Estado se obligó a garantizar.

5. La responsabilidad objetiva (riesgo, riesgo provecho, riesgo de empresa). Este modo de responder implica prescindir de aspectos subjetivos en la conducta del agente dañador (dolo, culpa, negligencia, imprudencia e impericia en el arte o profesión), basado en factores objetivos (garantía, riesgo en sus diversas vertientes, equidad, protección del crédito, etc.), que requieren una investigación causal (causalidad adecuada) entre aquélla y el daño producido y una norma legal que la prevea. Se introdujo en el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, en reforma del Decreto ley 17.711, de 1968, a partir del riesgo o vicio de las cosas intervinientes en la producción del hecho (art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, CC); aunque tal modo de responder era perfectamente conocida en el mismo CC, en distintos supuestos que ese ordenamiento preveía (casos de responsabilidad indirecta: de los padres por el hecho de sus hijos; de los posaderos, por hechos padecidos por sus huéspedes; por los capitanes y patronos de buques, por daños padecidos por los pasajeros; de los maestros artesanos, frente a los daños sufridos por sus alumnos; por el hecho de los animales; y casos de responsabilidad colectiva: por las cosas arrojadas y caídas de los edificios). Menos difundida aunque claramente desarrollada, aparece en el Código de Minería argentino, sancionado el 25 de noviembre de 1886, cuyo at. 58 estableció que *“El propietario de una mina es responsable de los perjuicios causados a terceros, tanto por los trabajos superficiales como por los subterráneos, aunque estos perjuicios provengan de accidentes o casos fortuitos”* (primer párrafo). Su redactor y comentarista, doctor ENRIQUE RODRÍGUEZ, sostenía que *“El riesgo por más incierto que sea, está en la naturaleza misma de la empresa, y el minero, haciendo trabajo que sólo consultan su exclusiva conveniencia, debe*

pagar los perjuicios causados a la propiedad ajena íntimamente ligada y hasta cierto punto confundida con la suya”¹². La Ley de riesgos del Trabajo 9688, de 1915, previó expresamente la responsabilidad objetiva del empleador por los daños padecidos por su dependiente en ocasión de trabajo.

En función de apretada síntesis y con aplicación de la sabia teoría desarrollada por el jurista alemán MERKEL, nuestra Corte federal ha establecido con firmeza, con fundamento en el art. 42, CN, que la obligación de seguridad “está a cargo de quienes desarrollan la prestación o la organizan bajo su control, porque no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas”; y la ha aplicado en números supuestos y, entre ellos, a los daños padecidos en espectáculos deportivos¹³. La ha aplicado también a la responsabilidad del Estado, sosteniendo que “cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas. Esta idea objetiva de la falta de servicio -por hechos u omisiones- encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030 y 331:1690, entre otros)” (CS, 17/08/2010, “Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto s. daños y perjuicios”, elDial.com - AA6262, publicado el 31/08/2010. En igual sentido, CS, “Zacarías”, *Fallos* 321:1124, ya citado). En opinión de ENOCH AGUIAR, son únicos requisitos para que nazca esta responsabilidad, que el acto perjudicial se realice en ejercicio de la función, y que el daño se ocasione por el cumplimiento irregular de las

¹² *Código de Minería de la República Argentina*, Lajouane Editores, Buenos Aires, 1958, p. 91.

¹³ CS, 06/03/2007, M. 802. XXXV. “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos* 330:563; elDial.com - AA3BB5, publicado el 07/03/2007, En igual sentido, CS, “Zacarías”, *Fallos* 321:1124.

obligaciones del cargo, “sin necesidad de la prueba de la culpa del funcionario, y con mayor razón si ésta se probare”¹⁴.

Cuando se trata del “riesgo provecho”, quien introduce el riesgo en la sociedad y obtiene provecho de ello, es autor mediato del daño que resulte a terceros; y no importa que la actividad sea alentada por el Estado por cuanto es el ‘riesgo’ lo que funda la antijuridicidad que sostiene el reproche; el segundo párrafo del art. 1757, CCC, lo evidencia: *“Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”*.

Por cierto, nadie duda de que hay una obligación positiva del Estado en la búsqueda de la cura a este nuevo flagelo de la humanidad, lo que me recuerda un ya antiguo fallo de la sala IV de la CNac.Cont.Adm.Fed., en que dictó una sentencia que obligó al Estado a hacer efectiva la tutela de la salud en un caso puntual -a fabricar la vacuna que preserva de la fiebre hemorrágica- considerando que el Estado había incurrido en omisiones lesivas del derecho a la salud¹⁵.

Esta responsabilidad impuesta al Estado, que se ha intentado escamotear a través de la sanción de leyes locales por mandato del art. 1765, CCC y la ley 26.944, tiene prosapia del siglo XIX, que no era desconocida por VÉLEZ SANSFIELD. AUBRY y RAU sostienen que las disposiciones de los arts. 1382 y 1383 del ‘Code’ son ajenas a las faltas cometidas en ejecución de obligaciones contractuales y cuasi contractuales; en punto aparte agregan: *“Mais elles doivent être appliquées, sauf les modifications résultant de dispositions spéciaux, aux fautes que les fonctionnaires publics et les officiers ministériels commettent dans l’exercice de leur fonctions, en n’accomplissant*

¹⁴ AGUIAR, HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos*, TEA, Buenos Aires, 1950, t. II, N° 68, pp. 457 y 458.

¹⁵ El fallo, del 2 de junio de 1998, fue motivo de un comentario mío: “Hacia la protección de los derechos en serio”, en *Jurisprudencia Argentina*, al que remito.

que d'une manière irrégulière les obligations légales qui leur sont imposées¹⁶, ainsi qu'à celles dont les médecins, chirurgiens, pharmaciens, officiers de santé et sages-femmes se rendent coupables dans la pratique de leur art¹⁷.

6. La sospechosa urgencia. El art. 9 de la Ley. El tema de la urgencia en la autorización de contratos beneficiosos para los eventuales fabricantes de la esperada vacuna, cuando todavía no hay certezas de que pueda lograrse una segura, efectiva y barata, genera susceptibilidades y sospechas que encuentran fundamento en la corrupción que campea en diversos estamentos del Estado; se ha citado como probable adjudicatario de la comercialización de la vacuna, a un laboratorio de dudosa capacidad técnica lo que, ante el clamor popular, pareciera haberse abandonado aunque los memoriosos recuerdan que fueron 'los Laboratorios' quienes derrocaron al ex Presidente Illia, tal vez el más probo y honrado de los presidentes argentinos de todos los tiempos.

Mi preocupación adicionada, radica en el texto del art. 9 de la ley, cuyo texto dice: *“En el marco de la Emergencia Sanitaria establecida por la ley 27.541 y ampliada por el decreto 260/20, su modificatorio y normativa complementaria, en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) con relación a la COVID-19, autorízase, por la excepcionalidad del contexto pandémico, a los organismos competentes a realizar la aprobación de emergencia de las vacunas objeto de esta ley, con el debido respaldo de la evidencia científica y bioética que permita comprobar su seguridad y eficacia”*. Me parece dudoso y altamente peligroso, que nuestra ANMAT u organismo similar a quien pueda atribuirse la citada “aprobación de emergencia”, esté en condiciones de evaluar, con suficiencia técnica y científica, la seguridad y eficacia de una eventual vacuna. Tal vez, con exceso de celo de mi parte, sea plausible sostener que si estuviera en condiciones de dar absoluta seguridad y eficacia a la respectiva vacuna, bien podría suponer que estaría en capacidad de producirla. El derecho al reconocimiento de la dignidad de la persona, “en cualquier circunstancia” (art. 51, CCC), el derecho a la vida y a la salud, no

¹⁶ Citan, en nota 8, expresamente a los jueces, oficiales del ministerio público, los oficiales del estado civil, los conservadores de hipotecas, los notarios, etcétera.

¹⁷ AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zacharie*, IVª edición, t. IV, Marchal, Billard, París 1871, N° 446, pág. 756 y nota 8.

puede ser puesta a prueba con el argumento de la emergencia. La doctrina de la ‘emergencia’ ha traído a la nación Argentina tiempos sucesivos de zozobra que no cabe admitir en cuestiones donde el Hombre, en su excelsa dignidad y naturaleza trascendente, pone en juego nada menos que su propia vida.

7. Conclusiones. Debo expresar que no soy “anti vacuna”; en la muy apretada síntesis de fundamentos aquí expuestos, sólo debe verse justificada preocupación por el respeto de los derechos humanos y de las obligaciones que pesan en el Estado como custodio principal de la vida, de la salud, de la seguridad y de los intereses económicos de quienes habitan este suelo. Y, en definitiva, porque es necesario, como sostuvo JEAN CARBONNIER, “adaptar las leyes al conocimiento del corazón humano y a las lecciones de la historia”¹⁸.-

Villa Carlos Paz, Córdoba, 23 de noviembre de 2020.

¹⁸ JEAN CARBONNIER, Ensayo sobre las leyes, Civitas, Madrid, España, 1ª ed., 1998, p. 199.