

2001

50 aniversario



Lecciones y Ensayo



Facultad de Derecho - Departamento de Publicaciones
Universidad de Buenos Aires
Argentina

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Andrés J. D'Alessio

Vicedecano

Dr. Guillermo R. Moncayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Dra. Mary Beloff

Subdirectora

Julieta Rossi

Secretario

Nicolás Elíaschév

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

AUTORIDADES

Consejo Directivo 2000

Director

Alejandro Gordano

Subdirector

Justo Segura

Secretario de Redacción

Luis E. Campos

Redactores

Rodrigo F. Freire Méndez

Shunko Rojas

Demián Zayat

Miembros

Diego Freedman

Alejandro Ezequiel Glück

Romina Grinberg

Laura Denise Koch

Yu-Sheng Liao

Mariano López

Victoria Martínez Ardoz

Carolina Moyano Vargas

Diego Papayannis

Sergio Rosello

Consejo Directivo 2001

Director

Shunko Rojas

Subdirector

Luis E. Campos

Secretaria de Redacción

Victoria Martínez Ardoz

Redactores

Diego Freedman

Diego Papayannis

Miembros

María Florencia García De Salterain

Romina Grinberg

Laura Denise Koch

Yu-Sheng Liao

Mariano López

Jorgelina Luján

Carolina Moyano Vargas

*Agradecemos a Maximiliano J. Bayón por el diseño
de nuestro logo y a Guadalupe Ruiz por el diseño de tapa*

Nuestra dirección en Internet:
www.jst.com.ar/ledeslye

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

2001-76



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Publicaciones

Figueroa Alcorta 2263
1425 – Buenos Aires – Argentina

Todos los derechos reservados
© by ABELEDÓ-PERROT
LEXIS-NEXIS ARGENTINA S.A.
Lavalle 1280 – (C1048AAF) – Buenos Aires – Argentina
Tel. (54-11) 5382-8802 – <http://www.abeledo-perrot.com>
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en la República Argentina

I.S.B.N.: 950-20-1366-2

ÍNDICE

Editorial.....	9
----------------	---

LECCIONES

Ciuro Caldani, Miguel Ángel. Problemática jurídica de la fecundación asistida	13
Álvarez Echagüe, Juan Manuel. Algunas consideraciones sobre la Ley Penal Tributaria y Previsional	33
Cinzone, Stella y Dinouchi, Mara. El sujeto del discurso jurídico y el problema de la responsabilidad	43

ENSAYOS

Papayannis, Diego Martín. La debilidad contractual en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial	59
Luchinsky, Rodrigo S. y Mordoj, Vanesa. Sociedades de un solo socio	95
Spota (h), Alberto Antonio. Límites y alcances del ejercicio de los poderes implícitos del Congreso de la Nación en relación a la forma republicana de gobierno	119
Crocogna, Jerónimo. La abducción en el método jurídico	159
Alanís, Sebastián Dionisio. Jefe de Gabinete de Ministros. ¿Atenuación del sistema presidencialista?	167

ENTREVISTAS

Entrevista a Atilio Aarbal Alterini	191
---	-----

DE NUESTRA REDACCIÓN

Grinberg, Romina. La competencia de la Corte Suprema y la interpretación provincial de los códigos de fondo en las constituciones de 1853, 1860, 1949 y 1994	221
Liao, Yu-Sheng. La vida más allá de la pérdida (Memoria a la profesora Gladys Mackinson)	227

MISCELÁNEAS

Agulla, Juan Carlos, Reflexiones sobre las instituciones	231
Ubertone, Fermín Pedro, ¿No dictamos clases, no corregimos exámenes, no cobramos rentas?.....	237
Ferrara, Pablo, La historia no ha presenciado la matanza de miles de millones de hombres, sino la de un hombre, miles de millones de veces	241

UNIVERSITARIAS

Casla, José O., Carreras de posgrado en Derecho Tributario dictadas en el ámbito de facultades de ciencias jurídicas, según los datos recogidos en el III Encuentro Nacional de Profesores de Finanzas Públicas, Derecho Financiero y Derecho Tributario	249
Zayat, Demján, Aspectos fácticos en el acceso a la justicia.....	281
El razonamiento jurídico en el pensamiento de Carlos Nino	287

¿LO SABÍA?

¿Lo sabía?.....	291
-----------------	-----

EDITORIAL

No obstante el retraso que sufrió la edición de este número por razones ajenas a nuestra voluntad, en el 45 aniversario de la revista nos enorgullecio presentar un volumen pleno de novedades. Entre ellas, haciendo eco de la cultura de la imagen que define a nuestro tiempo y aprovechando los medios que las nuevas tecnologías ponen a nuestra disposición, presentamos el logo de *Lecciones y Ensayos* y un nuevo diseño de tapa.

En esta oportunidad, a más de las tradicionales lecciones de profesores y ensayos de alumnos — los cuales representan el insumo diario de nuestra revista —, nos complace publicar los dos trabajos que obtuvieran respectivamente el primer premio y una mención en el Concurso de Ensayos "Ignacio Winick" que organizara *Lecciones y Ensayos* el año pasado: "La debilidad contractual en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial" por Diego Martín Papayannis y "Sociedades de un solo socio" por Rodrigo S. Luchinsky y Vanesa Mordoj.

Por otra parte, queremos dar nuestro más sincero agradecimiento al profesor Dr. Atilio Aníbal Alterini por su generosa predisposición y su valiosa colaboración con la revista; quien gentilmente nos brindó una entrevista en la que nuestros lectores podrán apreciar no sólo las opiniones respecto de los temas más variados de uno de los referentes de la doctrina jurídica nacional, sino también podrán conocer a la persona detrás del jurista, sus ideas, sus anécdotas, sus convicciones y sus deseos. Esta entrevista, como la que publicáramos en nuestro número anterior con el profesor Dr. Germán Bidart Campos, se enmarca en una serie que pretende brindar un debido y merecido homenaje a los grandes profesores de esta Casa de Altos Estudios.

Con profundo dolor debemos decir que la preparación de esta edición se vio empañada por el fallecimiento de dos profesores que desde siempre han colaborado con la revista y trabajo por la excelencia académica de nuestra Facultad. De esta manera homenajeamos a la profesora Dra. Gladys Mackinson, quien día a día con su incansable espíritu emprendedor estimulaba en la juventud estudiantil la investigación científica y el interés académico; y asimismo recordamos con gran cariño al profesor emérito Dr. Alberto Spota, uno de los más prestigiosos juristas contemporáneos, quien con ilustre y agudo criterio consagró su vida al estudio del derecho, a la profesión y a la docencia universitaria. Sus enseñanzas permanecerán por siempre en los claustros y en las aulas de la Facultad.

El hecho de que este número que publicamos se produzca en el 45 aniversario de la revista y que su vez sea la primera edición del milenio que comienza nos hace reflexionar, realizar balances y replantear nuestras metas. Lamentablemente, al observar a nuestro alrededor vemos movimientos de "antiglobalización" o de "justicia global", el mundo se estremece ante ataques terroristas de escalas inimaginables y la realidad local se paraliza frente a una de las peores crisis políticas, económicas, sociales y morales que haya vivido el país. Resulta claro que la justicia, el bienestar y la paz social, objeto y fin del derecho, distan mucho de ser realizadas y alcanzadas.

En este contexto, aunque lo deseamos, no podemos afirmar que nuestra querida Facultad y la Universidad de Buenos Aires en general sean una excepción. Los graves problemas por los que atraviesa la educación argentina en general, y la educación universitaria en particular, redundan en un pobre y generalizado nivel académico. Esta triste situación que responde tanto a condicionamientos externos como a deficiencias internas, impide que los miembros de la comunidad académica mantengan un intercambio fluido de información, conocimientos, experiencias e investigaciones que permitan una mayor cohesión dentro de la comunidad y un debate responsable, crítico y constructivo.

Es en el afán de contribuir a la superación de dichas deficiencias que los miembros de *Lecciones y Ensayos* trabajamos teniendo como horizonte la excelencia académica. En pos de este objetivo, *Lecciones y Ensayos* ha servido de tribuna para la intercomunicación entre los alumnos y de éstos con los profesores, la cual incluso ha desbordado los límites de la función editorial. Ejemplo de ello son el Ciclo anual de conferencias que realizamos desde el año 1998, el Concurso de ensayos organizado el año pasado y el Encuentro de estudiantes y profesores del presente año.

Es nuestra firme intención contribuir a mejorar el nivel académico de nuestra Facultad y de la Universidad pública, con la convicción de que el conocimiento es una herramienta que nos permite observar, comprender y sobre todo cambiar la realidad. Pero para poder llevar adelante este cambio con éxito es necesario primero conocer esta realidad, sus necesidades y sus problemas. Y ya es tiempo de hacerlo. Es hora de que la educación argentina vuelva a cumplir el rol de ser la base para el progreso de nuestra sociedad.

Es por ello que la juventud universitaria argentina —en la que Ignacio Winizky depositó su profunda fe— debe asumir la responsabilidad de ser el brazo intelectual de la sociedad y cumplir con la obligación moral de trabajar seriamente por la excelencia académica y por una sociedad más justa.

Hoy más que nunca llamamos a todos los estudiantes que no quieren que "su paso por la Facultad sea un mecánico estudiar y rendir exámenes" a sumarse y acompañarnos en este emprendimiento, redoblando el esfuerzo y ahondando el compromiso por una mejor Universidad para todos y una sociedad más libre y justa.

LECCIONES

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI ¹

I. IDEAS BÁSICAS

/ El complejo de problemas jurídicos que presenta la fecundación asistida en seres humanos es muy rico y trascendente, constituyendo parte de las cuestiones características de la *nueva era histórica* que comienza en nuestros días ¹.

¹ Pueden verse nuestros *Ensayos de Historia del derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000; también "El derecho y la humanidad en el siglo XXV", en *Congreso de Académicos Iberoamericanos de Derecho*, Córdoba, 1999, ps. 905-920.

Un panorama bibliográfico de Bioética y Bioderecho puede obtenerse, en Enlaces de Bioética y Biotecnología, <http://www.agr.uz/~/manzo/biotecnologia/> (22/7/2001); [http://www.bioetica.org/argentina/_publicaciones_Am\(19/7/2001\)](http://www.bioetica.org/argentina/_publicaciones_Am(19/7/2001)). También cfr., p.ej., *Planario*, edición electrónica, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, septiembre de 2000, <http://www.aaba.org.ar/44/00900.htm> (22/7/2001); Edición a distancia y presencial, *Master en Bioética y Derecho: problemar de salud y biotecnología*, Barcelona, 2000-2001, <http://www.ub.edu/Alfabetizacion/area.htm> (22/7/2001); HOOPT, Pedro F., *Bioética y derechos humanos*, Depalma, Buenos Aires, 1999; KANDORFF, Jacob - KESSE, Peter (ed.), *From ethics to bioethics. De l'éthique au bioéthique*, Centre for Ethics & Law, Copenhagen, 1998. Asimismo cabe cfr. LÓPEZ CALERA, Nicolás, "La vida y la muerte ante la ética y el derecho. Paternalismo médico y desarrollo científico", *Doxa*, 13-16, vol. III, ps. 715 y ss.; WELLSHA, Carl, "Old Rights and New Medical Technology", en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 17th IVR World Congress, III, esp. p. 3067; TRIQUANO ETOREVENIA, Manuel, *¿Qué es la bioética?*, Sigüeme, Salamanca, 1998; FRACAPANI DE CUITIÓ, Marta, *Bioética*, Lumen, Buenos Aires, 1997.

Aunque el Bioderecho puede cfr., p.ej., nuestros estudios "Introducción general al Bioderecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, no. 22, ps. 19 y ss. (y en *Bioética y Bioderecho*, no. 2, ps. 11 y ss.); "El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana", *Bioética...*, cit., no. 2, ps. 65 y ss.; "La Bioética y la seguridad de genitorial y hereditaria en el hombre del porvenir", *Bioética...*, cit., no. 2, ps. 71/72; "Notas sobre el significado jurídico del lenguaje bioético", *Bioética...*, cit., no. 2, ps. 73 y ss.; "Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del Bioderecho", *Boletín del Centro de Investigaciones...*, cit., no. 21, ps. 16 y ss.; "Interrogantes bioéticos básicos respecto de la 'reproducción' asistida", *Bioética...*, cit., no. 1, ps. 29 y ss.; "Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la sanidad actual entre economía y vida 'total'", *Bioética...*, cit., no. 1, ps. 41/42; "La Bioética y el Bioderecho en la cultura de nuestro tiempo", *Investigación y Docencia*, no. 29, ps. 29 y ss. (y en *Zona*, 27/10/1997, t. 35, ps. 71/72); "Una perspectiva bioética: vida y globalización", *Bioética...*, cit., no. 1, ps. 43 y ss.; "Panorama de los fundamentos de la Bioética", *Boletín del Centro de Investigaciones...*, cit., no. 18, ps. 33 y ss.; "Perspectivas para una comprensión fáctica, lógica y axiológica de la Bioética", *Boletín del Centro de Investigaciones...*

² Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del Conicet.

Para reconocer mejor el ámbito de la fecundación asistida, es útil tener en cuenta que “fecundación” significa de cierto modo hacer “fértil”, “feraz”, que se produzcan frutos, y “asistir” indica hacer salir, nacer². Cabe preguntarse, por ejemplo, cuáles han de ser esos “frutos” y qué relación debe existir entre la fecundación y el nacer. En el vasto plexo problemático de la fecundación asistida en sentido amplio están, por ejemplo, cuestiones más simples, como la inseminación artificial, y otras particularmente complejas, como los interrogantes acerca de si la fecundación sólo ha de realizarse con miras a la reproducción de nuevos hombres o también es legítimo hacerla con otros fines; si ha de realizarse la clonación, si es legítimo modificar el patrimonio genético, etc.³.

ca., no. 20, p. 113 y ss.; “Las disciplinas filosóficas, la Bioética y el Bioderecho”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 11 y ss.; “Filosofía Jurídica Moral, Bioética y Bioderecho”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 45 y ss.; “Líneas bioético-filosóficas para la comprensión de la Bioética y el Bioderecho”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 49 y ss.; “La elaboración de las normas del Bioderecho”, *JA*, 1998-IV-306712; “Análisis cultural de la problemática bioética y biojurídica de nuestro tiempo”, *Bioética...*, cit., no. 4, p. 915; “El Bioderecho y la teoría crítica del mundo jurídico”, *Bioética...*, cit., no. 4, p. 1323; “Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud”, *Bioética...*, cit., no. 4, p. 25/32; “Ideas básicas respecto del Bioderecho de la familia internacional en la actualidad”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 57 y ss.; “La Bioética y la pretensión ciudadana de omnicomprensión y omnipotencia de la cultura de Occidente”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 63/66; “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la posmodernidad”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 83 y ss.; “Globalización/imaginación: [implantación demográfica]”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 9/14; “Las bases de la cultura occidental y la bioética en una nueva era histórica”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 15/21; “Un tema para debatir: la selección de la especie humana en una nueva era histórica”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 23/25; “Apogeo para la ubicación filosófica del conocimiento del genoma humano”, *JA*, 2000-IV-10129; también “Lineamientos teóricos para una Filosofía de la Medicina”, *Bioética...*, cit., no. 3, p. 67 y ss.

² Es posible y, COROMINAS, Juan, con la colaboración de PASCUAL, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, t. II, Gredos, Madrid, 1980, p. 878 (“fecundar”) y p. 824 (“asistir”). Según la Real Academia de la Lengua Española, Fecundación: “es la acción y efecto de fecundar”, y Asistir: “Dirigirse, hacer productiva una cosa” (1), también “Unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser” (3) (Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, t. I, Madrid, 1992, p. 956/957). Si se toma en el tercer significado de la Academia, la fecundación tendría alcances más limitados que los señalados en el texto. Para la Academia “asistido” significa “Que se hace con ayuda de medios mecánicos” (Real Academia, *Diccionario...*, cit., t. I, p. 212).

En el polo opuesto de la fecundación está la esterilización, también problemática en la Bioética y en el Bioderecho de nuestro tiempo.

³ Cabe recordar, p.ej. Institut International d'Études des Droits de l'Homme, *Modificaciones genéticas e otros del "cuerpo"*, Milán, Padova, 1987; FERRER RISA, Josep, “Derechos de reproducción, vínculos familiares y clonación”, *Revista de Occidente*, no. 214, p. 69 y ss.; también SANMARTÍN, José, “La biología hoy, entre el infierno y el paraíso”, *Revista de Occidente*, no. 214, p. 47 y ss.

Todas estas posibilidades abren por los aspectos técnicos en el terreno de la vida humana, que motivan la constitución de la Bioética y el Bioderecho, tienen en su horizonte una de las líneas problemáticas también muy importantes en nuestros días, en las que la Edad de la Ciencia ha sido seguida por la Edad de la Técnica, la “Filosofía de la Técnica” (es posible ver, p.ej. MITCHELL, Carl, *¿Qué es la filosofía de la tecnología?*, trad. César Castell Nieto - Roberto Múñez Stügl, Anthropos, Barcelona, 1989; GÓMEZ GARCÍA, Pedro, “Génesis y apocalipsis de la técnica”, *Pensamientos*, vol. 51, no. 203, p. 237/247 y nuestros artículos “Notas de filosofía de la tecnología”, en *Revista del Centro de Investigaciones...*, cit., no. 20, p. 95 y ss.; “Aspectos filosóficos de la procreación humana técnicamente asistida”, en *Investigación...*, cit., no. 30, p. 25 y ss.).

El nuevo tiempo, denominado a menudo de la "posmodernidad", en parte porque se sabe a qué época sucede pero no hacia dónde va, está signado en gran medida por el dominio de la especie humana sobre su propia existencia, evidenciado ya en la explosión de la primera bomba atómica en Hiroshima, el 6 de agosto de 1945. La fecundación asistida en sentido amplio es uno de los despliegues de ese dominio.

Al tratarse de la caracterización de una problemática "jurídica", nos encontramos con el desafío de establecer los alcances de la *ciencia del derecho*. Creemos que no existe un título que permita fijar el objeto de la ciencia jurídica si no es el *interés* de quien la cultiva. A nuestro parecer, la propuesta más interesante para la "construcción" del objeto de la ciencia jurídica es la que, dentro de la concepción tridimensional, referida a hechos, normas y valores, efectúa la *teoría trilateral del mundo jurídico*⁴.

Retomando las nociones de uno de los fundadores del tridimensionalismo, François Gény, es posible decir que en el Derecho vale atender a la *ciencia* y a la *ética*, y en el caso de la fecundación asistida una y otra resultan requeridas por nuevos desafíos⁵.

2. Aunque durante largo tiempo el pensamiento de los hombres de Derecho ha venido ejercitándose en especial en el pensamiento deductivo y la analogía, que lo han conducido a planteos "microjurídicos", también son relevantes los despliegues "macrojurídicos", que consideran el conjunto de la vida del Derecho. En ese sentido, además de la Microbioética y la Macrobioética, como niveles complementarios en el desarrollo de la Bioética, son interesantes el *microbioderecho* y el *macrobioderecho* para una perspectiva más integral del bioderecho. Es conveniente que el planteo de la fecundación asistida atienda no sólo a los enfoques microbiojurídicos, sino también a los despliegues macrobiojurídicos.

3. Parece evidente que todas las cuestiones que se suscitan en el ámbito de la fecundación asistida son profundamente discutibles, de modo que el principal objetivo de este trabajo es señalar *líneas de reflexión y debate* que puedan resultar esclarecedoras.

⁴ Respecto de la teoría trilateral del mundo jurídico pueden verse por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., 5ª reimpr., Depalma, Buenos Aires, 1987; CIURO CALDANI, Miguel A., *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Ensayos de filosofía jurídica y filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982/1984; *La construcción del sistema normativo de las normas jurídicas*, Metodología jurídica, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

⁵ Es posible consultar por ej. GENY, François, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, Paris.

II. LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN EL MUNDO JURÍDICO

1. El mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

1. La consideración trialista de la realidad social abarca temas que estimamos de gran interés para comprender los significados de las distintas manifestaciones de la fecundación asistida.

Las técnicas de fecundación asistida introducen la conducción humana en una realidad que desde tiempo inmemorial se consideraba "natural" e incluso "sobrenatural", promoviendo un fenómeno de "desmitificación". Introducir la conducción humana significa instalarse de modo más pleno en el campo del Derecho. La fecundación asistida intensifica la "juridicidad" de un área importantísima de la vida.

En términos más estrictamente trialistas, puede decirse que la conducción de la fecundación asistida, que favorece o perjudica al ser y en particular a la vida, es decir adjudica "potencia" e "impotencia", produce "repartos", que constituyen la base de la expresión sociológica del mundo jurídico. Sin embargo, esos repartos ocurren en un marco de adjudicaciones de potencia e impotencia no sólo de la naturaleza sino de las "influencias humanas difusas" y el "azar", que ahora son claramente reconocibles más allá de la conducción y constituyen "distribuciones".

La fecundación asistida repercute en el área problemática central del Derecho, pero a su vez muestra la honda vinculación con las influencias humanas difusas de la cultura en general, y de un modo destacado, con la economía, incluso aún, con el propio ámbito último de la naturaleza. Es más; como sucede siempre en los repartos, se puede reconocer que, quizás en profundidad, la libertad (en este caso la libertad "repartidora") sea una mera construcción hecha para salvar las nociones jurídicas tradicionales y, en realidad, todo es un sistema que se va desarrollando sin que podamos decidir.

2. Los repartos han de analizarse en relación con la estructura que forman sus repartidores (conductores), beneficiarios, objetos, forma y razones. En primer término, cabe preguntarse quiénes son los repartidores de la fecundación asistida. En general cabe reconocer a los padres que la piden, los médicos y los laboratoristas, pero es posible apreciar que también pueden intervenir, aunque sea de manera velada, conductores de la sociedad en general, sobre todo en la medida que manejan el desenvolvimiento económico.

Parece evidente que la conducción repartidora de la fecundación asistida, en todos sus niveles problemáticos, se produce en estrecha relación con la economía, que al menos la condiciona, no sólo mediante repartos sino a través de influencias humanas difusas. Al llegar a áreas muy comprometedoras, como la de la clonación o el cambio genético, resulta clara la posibilidad de que con estas prácticas la eco-

norma vaya imponiendo sus criterios e incluso resolviendo las grandes tensiones de la globalización/marginación que se plantean en nuestros días.

2.1. El marco de los *recipiendarios* beneficiados o gravados por la fecundación asistida es no sólo más amplio que el de los repartidores, sino muy significativamente distinto. En primer término están los propios repartidores que acabamos de señalar, pero hay que decidir en qué medida se ha de tener en cuenta al posible *hijo por nacer*, en los distintos momentos de su formación. Incluso el marco de los *recipiendarios* puede llegar a abarcar a todos los individuos pasados, presentes y, sobre todo, futuros de nuestra especie; y con un poco de imaginación, de otras especies, quizás nuevas⁶. La decisión acerca de considerar o no a todos estos posibles sujetos como *recipiendarios* es un eje de enorme importancia en el análisis del tema⁷.

2.2. Las potencias e impotencias, o sea los despliegues favorables o contrarios al ser y en especial a la vida, que constituyen el *objeto* del reparto, tienen distintos alcances según se trate de la posibilidad de los padres de acceder a su reproducción, del beneficio económico y el trabajo de los médicos y laboratoristas, de las posibilidades de salud de quienes reciban tratamientos médicos basados en los embriones o fetos, o de la vida de los eventuales seres por nacer.

Los *objetos* repartibles en la fecundación *asistida* poseen una importancia enorme, sobre todo cuando es entendida en sentido amplio, incluyendo la clonación y el cambio genético. Es posible que, ante el enorme cambio cualitativo en la duración de la vida humana, las actuales generaciones sean llamadas las últimas de "vida corta". En la medida que esas técnicas estén condicionadas por causas culturales especialmente económicas, la estructura de *clases* puede ir transformándose en una estructura de *castas*⁸.

2.3. La *forma* del reparto, o sea el camino elegido para llegar a su comienzo, permite ciertas posibilidades de audiencia, por ejemplo por vía de acuerdos logrados por negociación, pero la fuerza de la técnica conduce a manifestaciones de mera adhesión. Es notorio que, respecto de la vida por nacer y de los hombres futuros o incluso pasados, en general no cabe audiencia y se produce, sean cuales fueran los criterios que se adopten, una *mera imposición*.

⁶ En cuanto a la polémica acerca del papel de la genética en la evolución ver por ej. GIFFITHS, P. E. - GRAY, R. D., "Developmental systems and evolutionary explanation", *The Journal of Philosophy*, vol. XCI, no. 6 (qu coast); GIFFITHS, Paul E., "The historical turn in the study of adaptation", *Brit. J. Phil. Sci.*, 47, p. 511/532; "Darwinism, process structuralism, and natural kinds", *Philosophy of Science*, 63, p. 51/59; GAMBETTA, Richard A. L., "Genetic evolution, technological advancement and the foundation and fate of the law", *European Journal...*, cit., t. III, p. 282 y ss.

⁷ Desde el punto de vista del cambio de los *repartidores* y de los *recipiendarios* puede reconocerse la "transmutación" de los repartos.

⁸ El cambio de los *objetos* del reparto permite reconocer su "transmutación".

2.4. Las razones del reparto abarcan los *móviles* de los repartidores, las *razones alegadas* y las *razones sociales*, que pueden coincidir o no. En cuanto a los padres, los *móviles* pueden ser de afirmación de la propia personalidad, aunque es posible que se aleguen razones más altruistas; en los sectores más vinculados a la técnica es factible que *móviles* de lucro sean vestidos de razones *alegadas* de promoción de la vida.

Es importante investigar la medida en que las diversas prácticas resultan razonables para los distintos sectores de la sociedad. Algunos esgrimen que en la defensa de la fecundación asistida, sobre todo cuando ésta llega a las técnicas más poderosas, se esconden *móviles* de formación de una "raza superior", de tendencias totalitarias.

3. En cuanto al *origen* de los repartos, la toma de decisiones repartidoras en materia de fecundación asistida suele ser sumamente difícil, por el relativo desconocimiento de la realidad y la desorientación valorativa al respecto. Asimismo, puede ser muy difícil la efectivización de las decisiones de control.

4. Aunque muchas veces se desenvuelve mediante el acuerdo de los padres con los médicos y laboratoristas, que produce repartos al menos parcialmente *autónomos*, con la consiguiente realización del valor *cooperación*, la fecundación asistida genera posibilidades de desenvolvimiento de la imposición, que produce repartos *autoritarios* en los que se satisface el valor *poder*. La limitación de las posibilidades de formas con audiencia de todos los interesados incrementa los cauces de la autoridad.

La fecundación asistida llega a ser una importante manifestación del poder sobre la vida, con todas las consecuencias beneficiosas y perjudiciales que corresponde valorar en la dimensión axiológica. Este poder se muestra mayor si se opta por tener en cuenta como *recipiente* a la vida por nacer.

Sin embargo, creemos que siempre hay que considerar en principio *preferible* al reparto *autónomo* sobre el *autoritario*, y cuando no se muestra que es necesario ejercer autoridad no hay que ejercerla.

4.1. Los repartos pueden agruparse en un orden (régimen) en el que se realiza el valor homónimo, que puede constituirse por planificación en marcha o por ejemplaridad. En la planificación en marcha se realiza el valor *previsibilidad* y en la ejemplaridad se satisface el valor *solidaridad*. La fecundación asistida aumenta las posibilidades de la *planificación*, gubernamental, familiar, de los poderes económicos, etc. Asimismo puede generar distintos grados de *ejemplaridad* a través de la *razonabilidad social*.

Es importante considerar, por ejemplo, si en la ejemplaridad se trata de una *razonabilidad* dirigida a la expansión de la vida, al cumplimiento de las exigencias del mercado, etc. Quizás, al menos en el presente, la *razonabilidad* varíe mucho según se trate, v.g., de la inseminación artificial homóloga o de la

clonación. Parece que la primera cuenta con un importante apoyo social, en tanto la segunda suscita resistencias.

Para reconocer la ejemplaridad que las normas de fecundación asistida pueden tener en países como el nuestro, vale atender a la complejidad de nuestra composición cultural. Para el sector "hispánico tradicional" reforzado por áreas italianas meridionales, en general comunitarista, paternalista y católico de referencias medievales (más adherido a lo que se considera naturaleza quizás de obra divina de las cosas), las prácticas pueden suscitar un más generalizado rechazo. En el sector "anglofrancesado", nutrido con elementos norteamericanos, en general individualista, ausencionista y vinculado en ciertos niveles profundos al calvinismo, resultaría posible que algunos grupos acepten dichas prácticas⁹.

4.2. La fecundación asistida está promoviendo lo que quizás sea la *revolución* jurídica, y cultural en general, más grande de la historia. A través de ella pueden variar los conductores de la sociedad y es posible que entren en crisis criterios y conceptos básicos inmemoriales, como los de *padre, madre, hijo y persona*. Parece evidente que tal cambio genera cierto desorden, es decir, cierta "anarquía".

4.3. También las *distribuciones* pueden presentarse, desde una óptica humana, en orden o desorden, de modo que es posible hablar de *cosmos* y de *caos*. La fecundación asistida significa el avance del ámbito de los repartos en el cosmos, con posibilidades pertinentes de mejoramiento de dicho cosmos y de riesgo de caos.

5. La fecundación asistida se relaciona con límites necesarios muy diversos, surgidos de lo que suele denominarse "naturaleza de las cosas".

Las prácticas en sí evidencian que han cedido límites físicos inmemoriales, pero a su vez es posible que se produzcan obstáculos, por ejemplo, en la calidad de la vida generada, v.gr. si se originaran en los seres concebidos los trastornos cardíacos o las afecciones inmunológicas que se invocan en ciertos casos.

Mediante la fecundación asistida se satisface la poderosísima *vocación reproductora* de los seres humanos e incluso puede llegarse a la misma realización del deseo de "autorreproducción", expresado en mitos religiosos muy antiguos, pero también han de vencerse obstáculos psíquicos por *conceptos arraigados*, tabúes y "pre-jurios" quizás anteriores a todos los tiempos históricos.

Es posible que las fuerzas opuestas a la fecundación asistida generen algunas prohibiciones, al menos en períodos inmediatos, pero también hay que reconocer que, tratándose de cuestiones donde están en juego *intereses vitales*, el cumplimiento de todas las reglas ha de ser replanteado en cada caso.

⁹ Pueden verse nociones *Basos/antropológicas del derecho de la cultura*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993.

Siempre hay que tener en cuenta los posibles límites políticos, surgidos de fuerzas sociales "prohíbilistas" o "permisivistas", a veces orientadas sólo a obtener el apoyo de las mayorías, y los obstáculos económicos que puede representar el costo de las prácticas. En sentido diverso, suele decirse que algunas de estas prácticas han producido el abandono de otras vías de investigación que podrían superarla.

En temas como los de la fecundación asistida, donde en ciertos casos pueden mediar *temores* y "pre-juicios" ancestrales, la audiencia necesaria para que se cumplan las formas de los repartos de proceso y negociación puede hacerse a menudo imposible. Importa, además, no provocar reacciones que signifiquen pasos en contra en el camino que se desea recorrer. La renovación de las generaciones puede ser un factor de "descompresión" al respecto.

Parece que, a mediano y largo plazo, las prácticas encontrarán importantes cauces abiertos por el curso de la evolución histórica que viene evidenciando la humanidad, al menos en cuanto a la esfera de influencia creciente de Occidente, y las medidas restrictivas pueden requerir un gran empleo de la fuerza, quizás dirigido al fin al fracaso. Tal vez el hombre de la fecundación asistida sea correlativo del hombre de la energía eléctrica y atómica y del capitalismo avanzado.

Privadas de su función "productiva" actual, como generadoras de nuevos seres humanos, no sólo la estructura familiar sino las relaciones sexuales y de pareja pueden tener casi inimaginables manifestaciones.

b) Dimensión normológica

1. Con miras a reconocer la relación entre las normas y los repartos que ellas captan, importan las categorías de fidelidad (que se realiza cuando la norma describe con acierto el contenido de la voluntad de su autor), exactitud (realizada cuando la descripción del contenido de la voluntad se cumple) y adecuación (que se produce cuando los conceptos integran en la realidad sentidos que corresponden a los fines del autor y a las necesidades de la realización). Las normas gubernamentales de la fecundación asistida plantean importantes problemas de exactitud, dado que puede ser muy difícil obtener su cumplimiento en las reservadas relaciones de asistencia. Se producen además relevantes cuestiones de adecuación, sobre todo porque los conceptos tradicionales pueden no servir para captar las nuevas realidades.

2. Las normas pueden referirse a sectores sociales pasados, que son descriptos, o a sectores sociales futuros, que son supuestos. Las primeras son individuales, se refieren a lo concreto y realizan el valor inmediato; las segundas son generales, se refieren a lo abstracto y satisfacen el valor predecibilidad. En definitiva, hay que resolver el grado de referencia abstracta, a casos futuros, que se ha de emplear para considerar estos problemas. A nuestro parecer, el em-

pleo de normas generales puede brindar cierta seguridad pero a cambio del riesgo de consagrar los contenidos culturales del presente. Como en principio somos partidarios de permitir estas prácticas hasta tanto no se demuestre, ante los casos, que resultan inadmisibles, pensamos que es mejor limitar el recurso a normas generales.

3. Las soluciones para la fecundación asistida pueden producir una diversidad de *fuentes formales* donde es dado incluir, por ejemplo, instrumentos de los actos personalísimos de los padres, que pueden no ser denominados "contratos", contratos propiamente dichos, leyes, resoluciones administrativas, etc.¹⁰

Es un tema de especial interés la discusión acerca de si son convenientes fuentes de alto nivel difíciles de modificar ("rígidas"), como suelen ser los tratados internacionales y las constituciones formales. Desde nuestro punto de vista, no vemos con simpatía esta posibilidad de cristalización de las soluciones; por el contrario, estimamos conveniente que los temas queden en la mayor medida posible librados a la evolución de la razonabilidad social¹¹.

Los pronunciamientos de los comités de bioética pueden adquirir especial significación.

4. El funcionamiento de las normas, siempre necesario para que los reparos proyectados en ellas alcancen su realización, plantea en el ámbito de la fecundación asistida situaciones muy tensas.

Los conflictos sociales resueltos en las normas hacen que su *interpretación* pueda suscitar siempre grandes discusiones. La novedad y diversidad de las cuestiones puede requerir que las normatividades sean *indeterminadas*. Quizás el problema mayor sea que la fecundación asistida presenta una enorme zona de carencia histórica por *novedad científico-técnica*, cuyos alcances resulta hoy difícil imaginar. Ante las carencias de normas, que constituyen "lagunas" del ordenamiento normativo, es necesario elaborar nuevas normas, sea por *autointegración*, recurriendo a bases que ya están en el ordenamiento normativo, o por *heterointegración*, incorporando criterios distintos. Como siempre, la *autointegración* asegura, pero genera el riesgo de no comprender los significados nuevos que pueden tener los casos. A nuestro parecer, importa recurrir a la *heterointegración*, acentuando la *creatividad cultural* para resolver casos tan nuevos con criterios también nuevos.

Una perspectiva siempre importante del funcionamiento de las normas es la *argumentación* que, en este ámbito, genera especiales tensiones dadas las diferencias culturales que pueden separar a quienes argumentan y los distintos

¹⁰ Es posible citar: NICOLAU, Néstor L., *Vida humana y derecho civil*, tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1990.

¹¹ Ver no obstante por ej. DIEZ-PICAZO, Luis M., "Bioética y legislación", *Revista de Occidente*, nro. 214, esp. p. 879.

sectores de su auditorio. De acuerdo con lo antes expuesto, es posible que se susciten también problemas en la aplicación, sea en cuanto a la subsunción de los casos en las normas o la efectivización de las consecuencias jurídicas.

5. En el campo de los conceptos, que no sólo contribuyen a describir sino integran la realidad de los repartos, es relevante decidir si se ha de utilizar el quizás más "neuro" concepto de "fecundación" o el más posiblemente cargado de cultura religiosa concepto de "pro-creación". Incluso cabe tener en cuenta el sentido relativamente comprometedor con el pasado que tiene la expresión "reproducción".

Según hemos señalado, los conceptos de que se valen las normas de la fecundación asistida se van haciendo novedosos, resultando posibles niveles de cambio hasta hace poco quizás inimaginables. Como en todos los ámbitos conceptuales, es importante decidir el grado de institucionalidad, con más carga cultural y dificultad de modificación por los particulares, o de negociabilidad, con menos carga cultural y más facilidad de modificación por los particulares, que ha de darse a los conceptos empleados. Es evidente que, como hemos indicado, en algunos niveles de la fecundación asistida se afectan incluso cargas institucionales inmemoriales, pero creemos que conviene dar cierta posibilidad de negociabilidad conceptual. Los contenidos de los conceptos "persona" y "cosa" y sus límites y los de padre, madre, hijo, etc. pueden ser replanteados¹².

6. El ordenamiento normativo puede contar con diferentes grados de fidelidad, que en este caso se refiere a la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos captado. De acuerdo con lo expuesto precedentemente, según la orientación que se adopte ese grado de fidelidad puede variar en relación con el sector cultural que se considere.

6.1. El ordenamiento normativo puede ejercer distintos grados de "presión" lógica sobre cada norma, sea por relaciones en sentidos verticales u horizontales, tanto de producción como de contenido. Las relaciones verticales de producción realizan el valor subordinación, las vinculaciones verticales de contenido satisfacen el valor ilación, las relaciones horizontales de producción cumplen con el valor infalibilidad y las vinculaciones horizontales de contenido realizan el valor concordancia. Los lazos horizontales de producción instalan en el tema de la "vigilancia del vigilante". En este marco, es importante determinar qué grado de "presión" se ha de ejercer sobre las normas de la fecundación asistida, sea porque se las oriente desde las normas superiores o desde las de

¹² En relación con el debate biológico y biojurídico respecto de Derecho y persona humana: MAHNETT, José A., *Biología*, Quirós, La Plata, 1997, ps. 30 y ss.; ANIATO, Gianluigi, "Los derechos del crímenis", en *Revista de Occidente*, nro. 214, ps. 87 y ss. Acerca de los alcances de la noción de vida cit. DWORZEM, Rosalù, *Il dominio della vita*, trad. Carla Bagnoli, di Comunità, Milano, 1994, cap. ps. 3 y ss.

su mismo nivel. Es relevante, por ejemplo, saber qué niveles de inspección se han de organizar para vigilar su cumplimiento. Estimamos que es conveniente que esa presión no pretenda bloquear la dinámica que debe permitirse al sector.

c) Dimensión axiológica

1. En la dimensión axiológica o "crítica" del mundo jurídico (que Werner Goldschmidt, fundador del *trialismo*, prefería considerar "dikelógica"¹³) intervienen valores cuya existencia y contenidos pueden recibir a nuestro parecer consideración científica sobre bases "construidas". En este caso, es necesario determinar qué valores se encuentran en juego en la fecundación asistida. Aunque reconocemos que se trata de valores respecto de los que no es fácil obtener consenso, entendemos que intervienen consideraciones de *verdad, salud, autidad, justicia, amor y humanidad*¹⁴. Creemos que es difícil, por ejemplo, saber qué es tener salud, reconocemos que no es fácil generalizar, v. gr., la acepción que la refiere al estado de bienestar pleno de la persona, pero no podemos renunciar a pensar científicamente en ello. En algunas áreas problemáticas, como la de la clonación terapéutica, las fronteras de la salud y su relación con la humanidad resultan de gran interés, pero al propio tiempo intensamente discutibles.

Pese a que su lugar sea variable, a nuestro parecer incluso porque su jerarquía deba ser construida, los valores pueden guardar entre sí relaciones de coadyuvancia o de oposición, a veces legítima y en otros casos ilegítima. La fecundación asistida ha de asegurar la coadyuvancia entre los valores que hemos señalado, evitando que unos se atribuyan ilegítimamente el espacio de otros (por ejemplo: que los desbordes utilitarios desplacen a la justicia, la humanidad, etc.).

2. El pensamiento de la justicia puede recorrer diversos caminos que vienen denominándose "etapas de justicia". Entre ellas se hallan la justicia conmutativa (con "contraprestación") y la justicia espontánea (sin "contraprestación"); la justicia sectorial (referida a una parte de la sociedad) y la justicia integral (remitida a toda la sociedad), y la justicia particular y la justicia general (dirigida al bien común). Los requerimientos de la justicia particular y la justicia general caracterizan respectivamente al derecho privado y al derecho público.

La fecundación asistida ha sido siempre más espontánea, pero la asistencia suele hacerla más conmutativa, con la diversidad problemática que esto significa. Si bien tiene perspectivas que se satisfacen desde lo sectorial, parece no-

¹³ Con el término "dikelogía" denominó, con sentido objetivo, a la "ética de la justicia". Reforzando el papel de la justicia en la axiología jurídica prefería decir *dimensión dikelógica*.

¹⁴ Es posible ver BARNES, Rosamond, "Love thy patient: justice, caring, and the doctor-patient relationship", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 4, p. 434-447.

Pese al carácter muy discutible del concepto, entendemos por "humanidad" al "deber ser vital de nuestro ser".

torio que excede estos marcos avanzando a lo integral. Es relevante saber si además de la relativa referencia a toda la sociedad la fecundación asistida se instala en el ámbito de consideración del bien común. Se plantea así el importante interrogante acerca del carácter *privado* o *público* con que han de resolverse estas cuestiones. Somos partidarios de mantener en principio una línea *privatista*, pero resulta claro que ciertos aspectos problemáticos se aproximan a los que pueden considerarse “intereses de la especie humana”, con el consiguiente carácter relativamente *publicista*.

Entre las clases de justicia pueden diferenciarse, además, las “de partida” y “de llegada”¹³. Dado el carácter “futurizo” que tiene la fecundación, creemos que es valioso referirse en especial a la justicia de llegada. En esta línea de pensamiento, pero no sin cierta vacilación, estimamos que puede proponerse considerar con dignidad humana a todo elemento que, dejándolo desenvolverse en su actual condición, sería un hombre. Esto establece una diferencia muy grande entre el embrión no implantado y el implantado pero no excluye, por ejemplo, “derechos” del embrión no implantado, incluso a ser acogido en el seno materno en la medida en que las posibilidades lo permitan, para llegar a ser hombre¹⁴.

3. El pensamiento de la justicia es “*patronómico*” (pan = todo; nomos = ley que gobierna), pues se dirige a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como esa totalidad nos es inabordable porque no somos omniscientes ni omnipotentes, es imprescindible recurrir a “fraccionamientos” que ha de hacerse cuando no es posible saber o hacer más, produciéndose así seguridad jurídica. Los avances de la fecundación asistida generan enormes influencias del *fuero* que a veces contribuyen a configurar una era nueva, cuya consideración produce gran *inseguridad*: de aquí que a menudo se piense en fraccionarlas con miras a la seguridad.

En el ámbito de la tecnología aplicada a la vida humana, las consideraciones *morales* adquieren gran significación y suelen hacerse imprescindibles para el Derecho que, en cambio, a veces por él mismo posee pocas posibilidades de brindar soluciones satisfactorias¹⁵.

4. Aunque no creemos que pueda defenderse la posibilidad de una referencia “objetiva” a los valores, entendemos que el debate al respecto puede desenvolverse, con rigor científico, entre quienes compartan ciertas bases “cons-

¹³ Cabe cfr. nuestro artículo “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (Justicia y progreso)”, *ED*, 123-715 y ss.

¹⁴ Otra línea de clasificación de la justicia siempre interesante, también en cuanto a la fecundación asistida, es la de la justicia absoluta y relativa. Esta última clase es sobre todo relevante cuando se pasa al enfoque de la asignación de recursos en que se interesa de manera particular el *Macrobiositocéntrico*.

¹⁵ Es posible ver, por ejemplo, “Recomendaciones de la Comisión Warnock (Reino Unido)”, <http://Comunidad.derecho.org/pler/genetica/ComisionWarnock.html> (23/7/2001).

truidas". En tal sentido, nos parece satisfactorio el principio supremo de justicia que, desde raíces judeocristianas e incluso kantianas y con aspiración objetiva, propuso Werner Goldschmidt: adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, es decir, para que se convierta en persona. A partir de ese punto de referencia es posible analizar el deber ser axiológico respecto de las adjudicaciones aisladas y relacionadas.

4.1. En cuanto a la justicia de los elementos del reparto, la legitimidad de los repartidores tiene dos grandes bases: una es la *autonomía* de los propios interesados, la otra la *aristocracia* emergente de la superioridad moral, científica y técnica. En relación con ellas, la bioética viene reconociendo los principios de autonomía y beneficencia.

Como la autonomía, aunque sea relativamente plena, no siempre es posible, también se legitiman en relación con ella los repartidores *paraautónomos*, que cuentan con el consenso de todos los interesados en cuanto a su intervención como tales, según sucede con los árbitros; los repartidores *infraautónomos*, apoyados en el acuerdo de la mayoría, como ocurre en la democracia, e incluso los repartidores *cripotautónomos*, que contarían con el consenso de los interesados en caso que éstos pudiesen conocer y valorar lo que hacen, según sucede con los gestores de negocios ajenos sin mandato.

La aristocracia se diversifica, por ejemplo, según los diferentes valores que pueden servirle de referencia, de modo que, sobre todo en nuestro tiempo, es importante reconocer la diferencia que media entre la *sapocracia* en sentido amplio, más orientada a la verdad, y la *terococracia*, más dirigida a la utilidad.

A su vez, urge reconocer puntos de vista integrados en los que la autonomía busca la aristocracia y ésta se legitima por cierta referencia autónoma¹⁸. En tal sentido, a medida que las cuestiones son más complejas y la "distancia" con la capacidad de los beneficiarios es mayor, para que haya confluencia "aristo-democrática" es importante que pueda presumirse el obrar acertado de los repartidores aristocráticos por su superioridad moral¹⁹. Es relevante tener cierta seguridad de que los aristócratas son conscientes y sensibles respecto de las condiciones de las vidas que dirigen²⁰.

Cuando un repartidor carece de todo título de legitimidad es considerado "antiautónomo", como sucede por ejemplo con los repartidores de la mera plutocracia tan difundida en nuestros días.

¹⁸ Puede verse nuestro artículo "Integración realista de la aristocracia y la democracia", ED, 147-187 y ss.

¹⁹ Éste es parte del apoyo de la exigencia ética en algunas profesiones, como la de médico.

²⁰ Puede verse sobre una función indicativa democrática de la calidad moral de los aristócratas del saber que los interesados pueden considerar.

Esos rasgos de legitimidad e ilegitimidad pueden ser considerados en la problemática jurídica de la fecundación asistida. No sólo es relevante la legitimación por la autonomía de los propios interesados, que siempre lleva el interrogante respecto de los seres por nacer. Teniendo en cuenta la complejidad de las prácticas, es importante la aristocracia de los médicos y los laboratoristas, que pueden respaldarse en su calidad de científicos o técnicos, pero deberían contar con una superioridad moral que fuera indicio de decisiones sensibles a la condición de los individuos. Quizás con mayor intensidad que en ningún otro caso, se necesitaría, más que técnicos, "sabios" de mentes abiertas.

Atendiendo a la voluntad de los seres por nacer, vale referirse a su *criptoautonomía*, o sea a lo que ellos consentirían si supiesen y pudiesen valorar lo que se hace. En principio, estimamos que, pese a las dificultades de la vida, todo ser vivo optaría por nacer, sea cual fuere el procedimiento que se empleara para ello.

Incluso podría decirse que, estando en juego el patrimonio de la humanidad toda, habría que conjeturar también la voluntad de las generaciones pasadas y puramente futuras. Claro está que en cuanto a los hombres del pasado habría que saber no sólo cuál sería la "intención" que, concretamente, proyectarían sobre estos problemas, obviamente en principio de resultados mayoritariamente negativos, sino cuáles serían sus "fines" en las actuales circunstancias, enfoque éste en que el resultado podría ser muy diferente. Parece que los seres vivos apostamos, al fin, a la expansión de la vida.

Un desafío especialmente significativo es, sin embargo, el de que el consenso y el saber están limitados por el desconocimiento que en muchos casos de fecundación asistida se tiene de las consecuencias mediatas del obrar.

Otro reto importante es cómo controlar el despliegue "antiautónomo" de la *plutocracia* que puede apropiarse de las técnicas de fecundación asistida.

4.2. En cuanto a la legitimación de los recipiendarios, nuestro tiempo se caracteriza por un gran cambio desde lo que se aceptaba como "natural" a los "derechos". La condición de fecundidad era tenida en gran medida como un dato de la "naturalza", ahora se reclama de modo creciente el "derecho" a la fecundidad ²¹.

Los recipiendarios pueden tener títulos de necesidad, que se denominan merecimientos, y de conducta, que son llamados méritos. Hasta nuestros días, la fecundación "natural" significaba sobre todo títulos de "necesidad" reproductiva, a tal punto que todavía suele decirse que los hijos son "tesoros de los pobres" "enviados por Dios". A partir de la fecundación asistida, los títulos comienzan a estar en relación con la conducta de los padres, que pueden gestionarlos y de los médicos y laboratoristas, que encabezan la asistencia.

²¹ VIDLA, Francesco, *De la naturalza a los derechos*, trad. Vicente Bellver, Comares, Granada, 1998. También cabe cfr. p. 23. COLLINS/KMOTZ, Werner, *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978, pp. 498 y ss.; ver no obstante BOBBIO, Norberto, *L'età del diritto*, Einaudi, Torino, 1992.

Es cierto que siempre los hijos de los pobres están sometidos a amenazas especiales antes de su gestación, durante ésta y, en particular, luego de su nacimiento, pero ahora la situación tiene un cambio de enorme importancia. El pasaje del "merecimiento" al "mérito" en la obtención de la reproducción puede traer una transformación social que acentúe los caracteres de primacía de la clase gobernante hasta llegar a convertirse en una casta.

4.2.1. Como la fecundación significa asignación de recursos privados y públicos, en el reparto respectivo hay que considerar también el equilibrio debido entre lo que se gaste en estas tareas y la enorme pobreza que existe en muchas áreas ²¹. Aunque las prácticas de fecundación no sean siempre muy costosas, un tema especialmente integrado en el macrobioderecho es el de la medida en que es justo destinar recursos públicos a solucionar un problema de falta de fecundidad cuando muchos seres humanos mueren por desnutrición. Otro es, claro está, si lo que legítimamente pueden obtener los particulares con sus propios medios no influye en la justicia de lo que se debe brindar con recursos públicos a los más necesitados.

4.2.2. Es posible que para una mejor solución de la condición de los derechos del sujeto humano a la fecundidad se deba tener en cuenta la posibilidad de que el concepto de "sujeto de derecho", desvirtuado en la modernidad, sea enriquecido, por ejemplo, con la referencia a la *dignidad* de lo humano, que caracterizó, en cambio, al período específicamente renacentista ²².

5. Todo reparto y todo régimen generan despliegues de responsabilidad. Es relevante determinar cuáles son los alcances de la responsabilidad que en cada caso y en el conjunto pueden corresponder no sólo a los médicos y laboratoristas sino a los padres y los gobernantes. Es posible que esa responsabilidad deba ser asumida mediante *seguros* muy especiales. En muchos supuestos la magnitud de los riesgos puede exceder las posibilidades privadas y públicas de responsabilidad y tal vez esto conduzca necesariamente a la no asignación de responsabilidad. Es factible que ante las dimensiones de las posibles consecuencias se llegue a una modificación muy importante de las relaciones actuales entre causalidad y responsabilidad.

5.1. La fecundación asistida brinda una enorme ampliación de las posibilidades de los objetos de los repartos, o sea de los objetos repartibles, y genera para muchos una tensión de gran significado entre ese ámbito y el de los objetos que merecen ser repartidos, o sea, son "repartideros". El dar y quitar vida, la cesión de útero y de los elementos genéticos, la libertad de reproducción, las

²¹ Ver p.ej. PovertyNet, "Información y apoyo para el estudio y el alivio de la pobreza", <http://www.worldbank.org/poverty/spanish.htm> (11/7/2001).

²² ZARBA, Yvon C., "La intención del sujeto de derecho", *Iregoria*, nro. 20, pp. 31 y ss.

particularidades de la individualidad, las relaciones humanas consideradas más hondas y la libertad de investigación son objetos crecientemente repartibles que, pese a nuestra posición en principio permisiva, merecen gran consideración en el debate acerca de lo repartidero²⁴.

La ciencia y la técnica actuales colocan al hombre mucho más cerca de los sueños occidentales de omnisciencia y omnipotencia, pero siempre vale el debate acerca de la invitación "seréis como dioses".

5.2. La dificultad para escuchar a muchos interesados, que todavía o ya no tienen "voz" para dar forma de audiencia a los repartos de la fecundación asistida, exige agudizar la sensibilidad "auditiva". Creemos que esa sensibilidad requiere abrirse a las diversas potencialidades humanas, pero la propia dificultad de conceptualizar la realidad da cuenta de la enorme dificultad de la tarea.

5.3. La fundamentación es un elemento importante de la legitimidad de todos los repartos, mas lo es de manera especial en casos como éstos, en los que los recipiendarios del discurso tienen en general tanto por ganar o perder. Importa tener en cuenta que toda fundamentación ha de ser inteligible para los diversos recipiendarios, y en estas circunstancias su enorme diversidad la hace particularmente difícil.

6. Continuando con la referencia al principio supremo de justicia que hemos propuesto como base, el régimen ha de ser humanista, es decir, debe tomar a cada individuo como fin y no como medio. Uno de los problemas grandes de algunas manifestaciones de la fecundación asistida es qué se ha de considerar individuo. ¿Es individuo y en su caso en qué medida el embrión no implantado? ¿Dónde están los límites del individuo cuya curación se pretende y dónde los del embrión a fabricar para su curación en la clonación terapéutica? No nos parecería legítimo negar que el poder de la técnica genera riesgos de mediatización innegables.

Es más: al llegar a este punto, la base de referencia a la personalización de cada individuo, que hemos adoptado, puede ser cuestionada por quienes, en cambio, con actitudes más "vitalistas" o cosmocéntricas pretendan que el principio supremo de justicia se refiera al desarrollo de la especie humana, de la vida en su conjunto o del cosmos.

El humanismo puede ser abstencionista o intervencionista (paternalista). Según el principio supremo al que nos remitimos, el primero tiene preferencia. Esto significa que básicamente las prácticas de fecundación asistida que deseen al menos algunos interesados deben ser admitidas, en tanto no haya consideraciones legítimas opuestas, referidas a otros individuos.

²⁴ Un tema de gran interés es el de la cesión de vientres (véase cfr. por ej. *LA MORA BONILLA*, Jesús, "Úteros en alquiler", *Argelia*, no. 18, p. 305 y sl.).

Para que el régimen sea humanista ha de respetar la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres. Los tres despliegues pueden resultar desafiados por la fecundación asistida. Por ejemplo: los hombres pueden dejar de ser únicos con la unicidad relativamente radical de la "naturalidad"; pueden resultar extremadamente desiguales, no sólo por el despliegue de preferencias de raza, sexo, empleabilidad, etc., sino por la formación de castas y quizás especies nuevas, y puede fracturarse la actual comunidad humana. Tal vez la clonación reproductiva fuera del marco de una pareja sea un enorme triunfo de la unicidad del individuo reproducido, contra la igualdad y la comunidad. Extremando la hipótesis, ante seres planificados y fabricados en los laboratorios, los propios conceptos de unicidad e igualdad e incluso de comunidad cambiarían su actual significación. Sin embargo, también creemos que paradójicamente dejaríamos de ser únicos, iguales y comunitarios si, por la seguridad requerida por los temores de algunos, se prohibieran lisa y llanamente todos o algunos de los procedimientos de fecundación asistida.

La realización del humanismo exige proteger al individuo contra todas las amenazas, sean de otros individuos como tales o como régimen, de sí mismo o de todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). La fecundación asistida puede realizar avances sorprendentes contra "lo demás", pero es posible que incremente los riesgos de agresiones de unos individuos contra otros y del régimen respecto de los individuos.

2. Las diversidades materiales, temporales y espaciales del mundo jurídico

En cuanto a las diversidades materiales del mundo jurídico, que lo muestran diferenciado en distintas ramas, la fecundación asistida significa problemas en los que el *bioderecho*, como comprensión "transversal" llamada a enriquecer las ramas tradicionales, abarca la conexión de las más diversas áreas del complejo.²⁵

Las transformaciones principales se producirán en el *Derecho de Familia* y al fin en la *Parte General del Derecho Civil*, en cuanto a personas físicas, pero entrarán en cuestión los actos personalísimos, las obligaciones que nacen de la autonomía contractual y las que no surgen de los contratos, el derecho sucesorio respecto de la vocación hereditaria y la primogenitura, los seguros, las reglamentaciones administrativas de las prácticas, las seguridades que se busquen por vía penal, los despliegues procesales judiciales, los derechos constituciona-

²⁵ Consideramos que las ramas del mundo jurídico se diferencian por características especiales en las tres dimensiones del Derecho y, en última instancia, por particulares representaciones de justicia (véase por ej. nuestro estudio *El derecho internacional privado, rama del mundo jurídico*, Rosario, 1963). Las ramas "transversales" se refieren a otras exigencias dialécticas distintas de las de las ramas "arborescentes" y entre sus posibilidades.

les e internacionales, etc. No sería legítimo desconocer los peligros que, también para el bioderecho, puede significar la creciente "comercialización" de todo el Derecho.

La fecundación asistida tiene gran importancia en lo temporal, en relación con la historia del derecho y la historia general, por la configuración de una nueva era, y en lo espacial, en los campos del derecho comparado y el derecho universal, dadas la gran relación de estas prácticas con Occidente y las raíces de su cultura y la nueva realidad de globalización/marginación en la que se inscribe.

Se advierte aquí cómo Occidente combina el espíritu *prometeico* de la mitología griega con el sentido *práctico* de los romanos y la vocación de *creación*, *omnisciencia*, *omnipotencia* y *omnipresencia* de la tradición judeocristiana. En la fecundación asistida producida por Occidente se desarrollan en grado descolante las tensiones que tal vez querría señalar Nietzsche entre lo *prometeico* y lo *adánico* y entre lo *apolíneo* y lo *dionisiaco*.

III. LOS HORIZONTES POLÍTICO Y FILOSÓFICO

En el horizonte del *mundo político*, que proponemos construir tridimensionalmente como conjunto de actos de coexistencia captados por normas y valorados por los valores de la convivencia, es posible reconocer distintas ramas individualizables por diferentes valores²⁶. Todas ellas, y en lugares destacados la política *sanitaria*, reconocible por exigencias de salud; la política *económica*, apreciable por requerimientos de utilidad; la política *de ciencia y tecnología*, individualizable por reclamos de verdad; la política *religiosa*, reconocible por exigencias de santidad; la política *jurídica* (Derecho), individualizable por requerimientos de justicia; la política "*erótica*", apreciable por exigencias de amor e incluso la política *educacional*, la política *de seguridad* y la perspectiva de conjunto de la política *cultural*, son áreas que pueden transformarse con la fecundación asistida.

Creemos relevante evitar que algunas consideraciones políticas, en especial las económicas o religiosas, se impongan (con sentidos quizás diversos) en las soluciones de estos grandes desafíos para el conjunto de la convivencia.

En el terreno *filosófico*, importa atender si los problemas de la fecundación asistida han de ser encarados con un sentido más *empírico* o *racional*. Tal vez no sea sólo por un equilibrio entre las diversas partes de una cultura, sino por una "secreta sabiduría de la historia", que el desarrollo tecnológico actual, con consecuencias quizás insospechadas, es encabezado por la cultura anglo-

²⁶ Puede verse nuestro libro cit. *Derecho y política*.

sajona, fuertemente empírica, menos apegada a conceptos que la vertiente "continental"²⁷.

Es relevante saber cuál será el grado de referencia que se hará a la metafísica o a la ontología, niveles en los cuales la cultura establecida puede generar fuertes resistencias. Sin embargo, además es importante recordar que la vocación totalitaria, de cierto modo derrotada en las guerras mundiales del siglo que acaba de concluir, tiene raíces en el propio Occidente que las produjo.

Aunque no discutimos que quizás la libertad sea una mera construcción, creemos que al final son siempre decisivas las posiciones más o menos optimistas o pesimistas ante el mundo. Entendemos que en este ámbito ello sucede con particular intensidad. Con un criterio quizás de cierta manera todavía "moderno", somos prudentes pero profundamente optimistas²⁸.

Todas las generaciones marchamos hacia la "tierra prometida", diríamos el "tiempo prometido", sin poder al fin alcanzarlo. Sin embargo, los que ahora parecen ir presentándose son especialmente inquietantes y quizás maravillosos. ¡Bienaventurados los que "lleguen" a ellos!

²⁷ Una vez más, los "universales" podrían servir de base para la preservación de la cultura establecida (en cuanto al debate sobre la Edad Media, cabe recordar OCKHAM, Guillermo de, *Suma de Lógica*, trad. Alfonso Pérez Pérez, Norma, Barcelona, 1994, esp. ps. 63 y ss. —caps. 14 y ss., ps. 48 y ss.—. También es posible cfr. HELLER, Agnes-PIERRE, *Porcenc*, *Requisito*, trad. José Manuel Álvarez Pérez, Península, Barcelona, 1995, p.ej. ps. 61 y ss.).

²⁸ En relación con las posibilidades de la ciencia cabe cfr. p.ej. SÁNCHEZ ROM, José Manuel, "Un nuevo mundo científico", en *Revista de Occidente*, no. 204, ps. 65 y ss. Porque fuimos nosotros quienes recorrimos el camino que nos distancia de los otros animales pero, según le agradara indicarnos a Goethe, no debemos desconocer la experiencia, como lo hizo su "aprendiz de brujo" (GOETHE, J. W., "El aprendiz de brujo", en 47 poemas, trad. y selección de Acta Keresztics, Mondadori, Madrid, 1998, ps. 30 y ss.).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY PENAL TRIBUTARIA Y PREVISIONAL

El instituto de la extinción de la acción penal

JUAN MANUEL ÁLVAREZ ECHAGUE *

A Pavón y Ferrnández, mis hermanos

I. INTRODUCCIÓN

El art. 16¹ de la Ley Penal Tributaria y Previsional 24.769², establece una serie de requisitos que deben cumplimentarse para *extinguir la acción penal* incoada con motivo de la presunta comisión de alguno de los delitos tipificados en la primera parte del mencionado cuerpo legal como evasión simple de impuestos o de recursos de la seguridad social.

Siempre he tenido particular interés por abordar este artículo en forma pormenorizada³, pues siendo un instrumento de vital importancia dentro del proceso penal, que ha sido y es utilizado permanentemente por los imputados para evitar la sanción, considero necesario intentar definir sus alcances en forma más o menos concreta y precisa, pues de la redacción del mismo surgen algunos interrogantes sobre los cuales es mi intención expedirme, con la finalidad de tratar de aportar al lector de este trabajo una nueva visión sobre esos puntos que aún hoy se presentan como conflictivos.

¹ El artículo bajo análisis sostiene: "En los casos previstos en los arts. 1° y 7° de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado, acepta la liquidación o en su caso la determinación realizada por el organismo recaudador, regulariza y paga el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Este beneficio se otorgará por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada.

² La resolución que declara extinguida la acción penal, será comunicada a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reiniciencia y Estadística Criminal y Carcelaria".

³ En la anterior ley 23.771 ya existía un artículo, el 14, que regulaba el proceso para el logro de la extinción de la acción penal, aunque con diferencias sustanciales respecto del texto actualmente vigente.

⁴ En el artículo "La Ley Penal Tributaria, 24.769. Análisis exegético", *Revista del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires*, julio de 1999, ps. 7 y ss., ha desarrollado un análisis general de la ley, en el cual por supuesto abordé el art. 16, aunque en forma muy breve y resumida.

* Profesor de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Es oportuno señalar, antes de adentrarme en el desarrollo del nudo de la cuestión central de la monografía, que entiendo por acción penal aquella que se lleva a cabo con el objetivo de determinar la responsabilidad criminal que surge de la realización de un hecho que hace presumir la comisión de un delito, la cual constituye el fundamento de la acción procesal⁴.

II. NATURALEZA JURÍDICA

La extinción de la acción penal o fuga del proceso⁵, en los términos del art. 59 del CPen., se produce por la muerte del imputado, por amnistía, por la renuncia del agraviado en los delitos de acción privada o bien por prescripción, con lo cual cesa la actividad persecutoria del estado⁶. Asimismo, existen otras causales diseminadas a lo largo del mencionado Código de fondo, como es el supuesto del casamiento del sujeto que cometió el delito contra la honestidad de la víctima (art. 132) o el pago de la multa máxima que correspondiere así como las indemnizaciones que se originaran, en los delitos que de esta manera son castigados (art. 64, CPen.).

A estas causales de extinción se ha sumado, hace ya unos años, el sistema instaurado y sometido a análisis en este trabajo, el cual ha generado una serie de discusiones doctrinarias en cuanto a la naturaleza jurídica del mismo, aunque creo es muy claro que constituye una excepción al principio de legalidad⁷.

Sobre la extinción de la acción penal hubo quienes señalaron que se trataba de un instituto típico del derecho procesal penal⁸, mientras que otros sostuvieron que era parte del derecho de fondo. Parece claro que se trata de una excusa absoluta, es decir, una cuestión material⁹ y no meramente formal, y en este sentido se ha expedido la mayoría de la doctrina española especializada, señalando que el beneficio de la fuga del proceso "...se apoya en la idea de una

⁴ En el mismo sentido, GÓMEZ, Teresa, "El procedimiento tributario y penal tributario a través de la jurisprudencia", LL, 1999-202.

⁵ Utilizo la frase "fuga del proceso", acuñada por el Dr. Vicente Oscar Díaz en su trabajo "Interpretación sobre el alcance del art. 14 de la ley 23.771", *Deposito*, LIII-563 y ss., para constatar de fines claros y acertadamente el instituto que en este trabajo analizo.

⁶ Cf. BREGIDA ARIAS, O. - GAUNA, *Código Penal y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 210.

⁷ CARRERA DÍAZ, Carlos, *Ley Penal Tributaria y Previsional*, 24.769, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 307.

⁸ Hubo quienes sostuvieron que este instituto se asemeja a la suspensión del juicio a prueba, como es el caso de Oscar Romero en su artículo "La nueva Ley Penal Tributaria: una aproximación", JA, 1997-II-736. Al respecto, reciente jurisprudencia ha señalado que la probación no puede confundirse con el sistema de extinción de la acción penal prevista en el art. 14 de la ley 24.769, aunque sí es aplicable el sistema a los delitos que sanciona esta ley (cfr. Trib. Oral Penal Económico, nro. 3, "Barras, Eduardo s/inf. an. 9° ley 24.769", del 9/6/1998. Ver especialmente consid. 4°).

⁹ DÍAZ SARRIO, Hancio, conferencia dictada en el marco del "Seminario sobre ley penal tributaria y previsional 24.769", transcripto por Teresa Gómez en el PET, nro. 140 del 30/9/1997, p. 10.

reparación que elimina la trascendencia jurídico-penal del hecho, según la cual quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria ... antes que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación tendientes a la determinación de las deudas tributarias... o en el caso de que tales actuaciones se hubieran producido, antes que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración... interponga querrela o denuncia contra aquél dirigido, o cuando el Ministerio Público o el juez instructor realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias..."¹⁰.

Las excusas absolutorias son entendidas como el camino que fue previsto por el legislador al considerar más útil tolerar el delito que castigarlo, aunque se reconoce que el delito ha existido y hay alguien que debe responder por ello. Es decir, existe una acción típica, antijurídica y culpable, así como una persona que debe responder, pero debido a la previsión del legislador que posibilita extinguir la acción penal, no hay delito¹¹.

Esta posibilidad de fugarse del proceso no sólo beneficia al imputado al eliminar el proceso penal y sus posibles consecuencias, sino que posibilita que el Estado realice un juzgamiento más simple y rápido del delito aliviando la tarea de los tribunales, los que se encuentran sobrecargados de causas y, por otra parte, cumple con el objetivo primordial y real que ha tenido en mira el legislador al sancionar la ley penal tributaria, que es el de maximizar la recaudación¹². Debe considerarse seriamente que, como ha señalado el STS alemán, "Esas cláusulas de exención de responsabilidad responden a la necesidad de soslayar cualquier clase de inseguridad jurídica cuando las fórmulas de equilibrio judicial con las exigencias recaudatorias de la Administración Tributaria, pero evitando en cualquier caso que el derecho penal se convierta en un ins-

¹⁰ Cf. NIEVO MONTERO, Juan - SÉDAME SPICALINCO, José, en la obra coordinada por GARCÍA NÓVOA, Juan C. - LÓPEZ DÍAZ, Antonio, *Temas de derecho penal tributario*, Monografía Jurídica de Marcial Pons, 2000, ps. 105 y ss. y 143 y ss., respectivamente. En el mismo sentido: CORTI - CALVO - SPERCO, "Un primer acercamiento, a gran rasgo, al nuevo régimen penal tributario", *Impuestos*, LV-A, p. 854; CHIARA DÍAZ, Carlos, *Ley penal...*, cit., p. 311; BARBARA, Fernando, "La nueva ley penal tributaria y previsional", LL, 1990-E-1003; DÍAZ, Victoria O., "Interpretación...", cit., ps. 364 y ss. En contra, entre otros: REQUIERT, Marcelo, *Caracteres de derecho penal y administrativo tributario*, Editas, Buenos Aires, 1998, ps. 124 y ss.; ARCE - MARINI, "La suspensión del juicio a prueba en la ley Penal Tributaria", *Revista de Derecho Penal Tributario*, nro. 5, Centro de Estudios Penales Tributarios, p. 25; MAIREL Julio - BOVINO, Alberto, "Delitos no convencionales", *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771...*, El Impreso de la reparación como reserva vieja, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1994, ps. 89 y ss.

¹¹ En este sentido, SÁNCHEZ AYUSA, Isabel, *Circunstancias eximentes y modificativas de responsabilidad por infracciones tributarias*, Marcial Pons, 1998, p. 87.

¹² Cf. CHIARA DÍAZ, Carlos, *Ley penal...*, cit., ps. 13 y 308; DÍAZ, Victoria, "Interpretación...", cit., p. 367; CAFFERATA MORES, José, "El principio de oportunidad en el derecho argentino", *Muerte Doctrina Penal*, 1996-A-3, Ediciones del Puerto, Buenos Aires; EDWARDS, Carlos, *Régimen penal tributario*, Auzia, Buenos Aires, 1997, p. 77.

trumento de recaudación fiscal"¹³, condición que considero no se cumple en nuestra legislación penal tributaria, donde se ha puesto al derecho penal como mero instrumento recaudatorio, con lo cual se desvirtúa su esencia¹⁴.

III. CONDICIONES PARA SU EJERCICIO

Para que la extinción de la acción penal surta efectos, deben cumplimentarse una serie de requisitos que enumera el art. 16 y que seguidamente procedo a analizar pormenorizadamente.

I. Supuestos comprendidos

Como ya señalara, en la vigente legislación la posibilidad de extinguir la acción penal solamente se da en los casos de evasión simple, sea de impuestos o de recursos de la seguridad social, lo cual viene a acotar sensiblemente el sistema establecido en el anterior régimen penal tributario¹⁵.

A quien le sea imputable cualquiera del resto de los delitos, no podrá utilizar el beneficio del art. 16, lo cual fue criticado por los legisladores opositores al momento de sancionar la ley, pues ellos consideraban debía mantenerse esta posibilidad para todos los casos previstos en la ley. En este sentido, y como bien señala Marcelo Riquert, no existe la posibilidad hoy en día de aplicar el instituto bajo análisis para los supuestos de omisión de depósito de tributos o aportes retenidos o percibidos, cuando estos supuestos fueron los que generaron la mayor cantidad de procesos bajo el anterior sistema¹⁶.

Resulta imposible de entender cuáles fueron los motivos que llevaron a los legisladores a acotar de tal manera la facultad de extinguir la acción, incurriendo en una desigualdad manifiesta, pues los arts. 6º y 9º estipulan penas de dos a seis años, idénticas a las previstas para los supuestos que sí permiten fugarse del proceso. Acotada la ley de esta forma, podrá suceder que un sujeto que ha evadido impuestos en los términos del art. 1º, sea condenado con la misma pena máxima que otro que ha retenido pero no ingresado los aportes (art. 9º),

¹³ Citado por SEDANE SERRAVALLO, José, en GARCÍA NOVOA, Juan - LÓPEZ DÍAZ, Antonio, *Temas...*, cit., p. 106.

¹⁴ Es claro que esta discusión escapa a la temática elegida para la presente monografía y será motivo de análisis en otro trabajo, pero he querido dejar sentada mi posición al respecto.

¹⁵ La ley 23.771 permitía utilizar este instituto cualquiera fuera el delito cometido de los típicos de la misma, bajo la sola condición de que la condena requerida por el fiscal, o que supuestamente iba a recibir, fuera de ejecución condicional. Posteriormente, la Cámara en lo Penal Económico, sala B, en la causa "Servicios Emprendarios SRL, s/ley 24.369", del 21/6/2000, ha sostenido que la ley 24.369 es muy clara en cuanto limita la extinción de la acción penal a los tipos descritos en los arts. 1º y 7º del mencionada campo legal.

¹⁶ Riquert, Marcelo, *Cuestiones...*, cit., pp. 143 y 144.

podiendo sólo el primero de ellos extinguir la acción penal, mientras que al segundo le está vedada esa posibilidad, aun cuando la afectación del bien jurídico tutelado tiene la misma entidad en ambos casos y, por ende, ambos deberían encontrarse en igualdad de condiciones, lo cual, evidentemente, no sucede.

Considero que la jurisprudencia, por vía de interpretación sistemática y teleológica¹⁷, deberá extender la aplicación del instituto al menos a los supuestos enunciados en el párrafo anterior, ya que la inaplicabilidad del instituto de la fuga del proceso a quienes incurran en los mismos, ocasionaría una violación al derecho constitucional de igualdad¹⁸ de los sujetos que quisieran hacer uso de la opción, pues se encuentran inhabilitados para ejercer la misma por una norma que carece de sustento lógico, es decir, que es irrazonable y, por lo tanto, atentatoria de lo establecido por el art. 28 de la Constitución Nacional¹⁹. Propugno esta salida como camino intermedio hasta tanto se produzca la modificación de la ley y se la adecue a lo expresado por la doctrina mayoritaria y, por consecuencia, a los principios de igualdad y razonabilidad²⁰.

2. Aceptación de la liquidación o determinación²¹

Para que sea viable la fuga del proceso, el sujeto imputado debe aceptar formalmente la liquidación o, en su caso, la determinación de la obligación realizada por el organismo recaudador²².

Cuando la ley menciona la palabra "determinación", no cabe duda alguna de que se refiere a la determinación de oficio practicada en sede administrativa por el organismo fiscal, la cual, según establece el art. 17 de la Ley de Procedimientos Tributarios 11.683 en su tercer párrafo, deberá incluir el capital

¹⁷ Cf. CHARRA DÍAZ, Carlos, *Ley penal...*, cit., p. 313, aunque extiende la figura del art. 16 a otros supuestos del derecho penal, con lo cual no coincidimos.

¹⁸ Cf. Fallos, 16:118; 123:106; 124:122; 134:283; 199:270, entre otros.

¹⁹ Cf. Fallos, 115:111; 118:278; 128:433; 179:98; 264:416; 270:374, entre otros.

²⁰ Marcelo Riqueni sostiene que hasta que no se modifique la ley "...no hay posibilidad de incluir en la alternativa las figuras no expresamente contempladas en el artículo mencionado..." (*Seminario...*, cit., p. 157).

²¹ No es mi intención abordar en estos líneas la cuestión relacionada con los alcances de la determinación de oficio dentro del proceso penal, pues más allá de la relación que posee con el tema que en este apartado se aborda, por su complejidad, considero oportuno realizar esta monografía específica sobre el art. 11 de la ley.

²² La ley anterior no dejaba claramente sentado quién debía liquidar la obligación, cuestión que en la nueva ley ha sido determinada en forma expresa: es el organismo fiscal quien lo hace, en la generalidad de los casos a través del proceso de determinación de oficio, aunque en algunos supuestos basta con que exista una liquidación administrativa del tributo. Ver en este sentido, CHARRA DÍAZ, Carlos, *Ley penal...*, cit., p. 311; DÍAZ SIBRO, Horacio, "Seminario...", cit., p. 10.

adeudado, actualización, intereses y multas, posición que fue adoptada por cierta doctrina²⁵ y jurisprudencia²⁶.

A pesar de lo antes expuesto, en consonancia con lo sostenido por la doctrina²⁷ y jurisprudencia²⁸ mayoritaria, entiendo que la pretensión fiscal a que alude la norma penal debe entenderse como aquella integrada por el *capitaf* y su actualización, ya que al momento de determinar el monto evadido, que sirve como condición objetiva de punibilidad que toma típica la conducta cuando supera cierto parámetro, sólo se tienen en cuenta estos dos elementos, pero no los intereses resarcitorios y las multas, con lo cual al imputado le bastará con abonar el monto que de la aplicación de aquéllos resulte para extinguir la acción penal²⁹.

3. Regularización y pago

El sujeto que desea extinguir la acción penal debe, además de aceptar la liquidación o determinación de oficio realizada por el fisco, *regularizar y pagar* en forma *total e incondicionada* el monto establecido, antes de haberse concretado el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Por lo cual no sólo es requisito el solicitar el beneficio antes de que se produzca ese acontecimiento procesal, sino que además debe haberse realizado el pago.

La nueva legislación viene a imponer severas restricciones a la posibilidad de extinguir la acción penal, pues mientras que al amparo de la anterior ley se entendía que la posibilidad de acogerse al beneficio era viable hasta tanto no hubiera sentencia firme³⁰, ahora sólo es factible invocarlo antes de que el fiscal *formule el requerimiento de elevar la causa a juicio* en los términos del art. 346 del CPPN³¹. Quien efectúa el pago luego del momento determinado por la norma, no podrá utilizar el beneficio, pero sí deberá ser tenido en cuenta ese acto

²⁵ Cfr. JARQUE, Gabriel D., "La extinción de la acción penal en el nuevo régimen penal tributario", LL, 1997-D-938.

²⁶ En los autos "Oñativore, José Ricardo", la Cámara en lo Penal Económico, sala B, sentencia del 4/3/1997, determinó que la pretensión fiscal a la que aludía la ley incluía los intereses resarcitorios.

²⁷ Ver en este sentido: DÍAZ SIEIRO, Horacio, "Seminaro...", cit., p. 10; HADDAD, Jorge, *Ley Penal Tributaria*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 48.

²⁸ Cfr. CSJN, 15/9/1997, "Signa SRL", Impuesto, LVI-A, p. 1122; C. Naz. Apela. Pen. Econ., sala B, "Athanasopoulos, Verónica", del 13/10/1994.

²⁹ Es oportuno señalar que ha variado mi posición respecto de lo sostenido en mi monografía ya citada, en la cual sostuve que debía incluirse dentro de la pretensión fiscal a los intereses resarcitorios y las multas.

³⁰ En igual sentido DÍAZ SIEIRO, "Seminaro...", cit., p. 10; RAQUET, Marcelo, Carreres..., cit., p. 144.

³¹ No coincide con la postura de Della Vía y Gutiérrez, para quienes esta limitación podría ocasionar un agravio constitucional por violación al derecho de defensa del imputado (op. cit., p. 145), pues en virtud de los objetivos de la ley, lo que se ha intentado es que en forma rápida se proceda al pago de la suma evitando dilaciones sin sentido y siendo que el sujeto le queda expedita la discusión administrativa y/o judicial del monto del tributo debido.

por el judicante a los efectos de mitigar la pena que le correspondía al imputado; es decir, el pago efectuado con posterioridad al requerimiento de elevar la causa a juicio efectuado por el fiscal, viene a actuar como factor atenuante de la sanción ³⁰.

Cuando se establece que el obligado debe regularizar y pagar el monto, entiendo que ello implica el deber del imputado, conjuntamente con la realización del pago, de adecuar su real situación fiscal en la documentación, asientos contables y todos los demás elementos que hagan a la misma, obligación que constituye un requisito que de no cumplimentarse en tiempo y forma impediría la extinción de la acción penal, aun cuando se hubiere efectuado el desembolso de la suma dineraria. No considero que regularizar y pagar constituya un único requisito que exige la ley con el objetivo de obtener el pago, sino que son dos deberes independientes, aunque complementarios, el uno con el otro.

En cuanto a la exigencia de ley que determina que el pago debe ser total, considero que la incorporación de esta frase ha tenido en miras eliminar la posibilidad de que se considere cumplida esa obligación por el hecho de que el imputado se haya acogido a los planes de pagos en cuotas (moratorias) establecidos por decretos del Poder Ejecutivo, pues de permitirse ello se mantendría abierto el proceso penal hasta que concluyera el plazo estipulado en la normativa ³¹. De esta manera la nueva legislación ³² ha venido a reflejar la posición jurisprudencial mayoritaria ³³ que al respecto se había impuesto, a pesar de opiniones doctrinarias que consideraban viable fugarse del proceso con el acogimiento a un plan de pagos ³⁴.

Con relación al hecho de que el pago es incondicionado, deben precisarse sus alcances, ya que puede originar dudas y entenderse que implica que el sujeto que extinguió la acción penal no puede valerse de los instrumentos procesales con que cuenta según la Ley de Procedimientos Tributarios, es decir, recursos o juicio de repetición. En consonancia con lo sostenido por autorizada doctrina ³⁵, considero que no puede negarse la posibilidad al contribuyente a seguir discutiendo en

³⁰ En el mismo sentido, SÁNCHEZ AYUSO, Isabel, *Cuestiones...*, cit., p. 98.

³¹ C. Nac. Apela. Pen. Econ., sala A, causa no. 32.086, del 04/1993, en LL, 1993-C-204.

³² De las discusiones parlamentarias surge claramente que no es factible cancelar la obligación a plazo.

³³ En este sentido se había expresado la CSJN en la citada causa "Signa", así como la CNC (Asociación Penal, sala L en el fallo "Amorena, Horacio Juan vinculo causación penal", del 06/10/95, *Impresión*, LVI-A-1120.

³⁴ En este sentido, RIGUERI, Marcelo, *Cuestiones...*, cit., p. 134, quien sostiene que con la actual redacción del artículo es imposible, pero que debería ser modificado permitiendo tal posibilidad. En cambio, PARRIS, Cristian, "La nueva Ley Penal Tributaria: algunas diferencias con la ley 23.771", *AJEF*, Anales 1996-1998, p. 417 y ss., sostiene que regularizar implica poder extinguir la acción penal aun por medio de planes que otorgan facilidades de pago.

³⁵ DÍAZ SERRIO, Horacio, "Sumario...", cit., p. 10; HAZDROV, Jorge E., *Ley Penal Tributaria*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 83.

sede administrativa uo judicial la procedencia y los alcances de la determinación de oficio o liquidación efectuada por el organismo fiscal.

Lo que la norma intenta es evitar que se realicen maniobras dilatorias tendientes a extender indefinidamente el plazo para el pago, pero ello de ninguna manera puede implicar cercenar los derechos del contribuyente de discutir, en sede administrativa o judicial, la viabilidad y alcances de la pretensión fiscal, ya que el imputado puede haber efectuado el pago no por considerar que la liquidación o determinación era ajustada a derecho, sino para liberarse de la presión que significa encontrarse sometido a un proceso penal con la eventual consecuencia de ir a prisión.

4. La "única vez" y sus implicancias

La ley exige que quien utilice el instituto en análisis lo haga por primera vez, pues la norma prevé que el beneficio puede ser utilizado por "... única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada".

En el debate parlamentario hubo legisladores que sostuvieron que quien se hubiera acogido al beneficio de este instituto estando en vigencia la anterior ley, no podrían ejercerlo al amparo de la actual norma (en este sentido se expresó, entre otros, el diputado Menem como miembro informante de la mayoría en la sesión del 27/11/1996).

Considero desacertada esta opinión, pues el artículo no realiza distinción alguna que permita arribar a tal conclusión, siendo que, por el contrario, la frase consignada en el articulado sostiene que el beneficio se "... otorgará...", demostrando el tiempo en que se utiliza el verbo que la opción es hacia el futuro, sin que se haga referencia alguna al pasado; todo lo cual, además, tiene sustento en el art. 3° del CPen., el cual determina que en caso de dudas al interpretar una norma penal debe estarse por aquella que sea más favorable a los imputados³⁶.

La nueva normativa ha establecido la posibilidad de que una persona jurídica sea parte en un proceso penal³⁷ y ha previsto sanciones para la misma (por ejemplo, la pérdida de beneficios fiscales, según establece el art. 5°, entre otras penas). Sobre él se ha previsto que el beneficio de la fuga del proceso será utilizable por única vez por cada persona jurídica, intentando evitar con ello que mediante la rotación o remplazo de los directivos de una persona de existencia ideal se utilice la extinción de la acción penal por más de una vez³⁸.

³⁶ En igual sentido, CHIARA DÍAZ, Carlos, *Ley penal...*, cit., p. 210 y DALLA VIA - GUTMAN, Régimen penal tributario. Ley 24.769 comentada, Mércis, Buenos Aires, 1997, p. 116.

³⁷ Con lo cual, es claro que debe otorgarsele la posibilidad de ser parte y defenderse en el proceso del cual puede salir culpada y sancionada.

³⁸ Cfr. EDWARDS, Carlos, *Régimen...*, cit., p. 79.

Este objetivo legislativo aparece como muy claro y ajustado a la realidad, aunque jurídicamente presenta aristas de difícil solución con la actual redacción del artículo (especialmente analizado desde el punto de vista del principio de personalidad de la pena), pues si bien la imposibilidad de utilizar nuevamente este beneficio recae sobre la persona jurídica, quien ha hecho uso de la opción es la persona física en cabeza de quien hubiere recaído la pena de no haberse extinguido la acción penal, conforme establece el art. 14 de la ley.

Considero que la posibilidad de limitar el ejercicio de la opción a una única vez a las personas jurídicas es viable, siempre y cuando los órganos de gobierno fueren los mismos bajo cuya conducción se comete nuevamente el mismo delito penado por la ley, pues si éstos hubieren variado (por ejemplo, por la adquisición de la sociedad por parte de un nuevo grupo empresario) no podrá cercenárseles el derecho a utilizar nuevamente el beneficio que establece el art. 16, esto en virtud del principio de personalidad de la pena³⁹; salvo que se demostrara que aun bajo la nueva denominación adoptada subyacen los mismos sujetos como reales directivos y conductores de la sociedad.

Como señalara en el apartado anterior, quien pagó para liberarse del proceso penal puede continuar discutiendo en sede administrativa o judicial el monto de la pretensión o ésta en sí misma. En el caso de que este sujeto obtuviera una sentencia firme (por ejemplo en el juicio de repetición) que determinara la sinrazón de la pretensión fiscal y, por lo tanto, del pago efectuado para extinguir la acción penal, es evidente que no deberá computarse ello como antecedente, quedando de esa forma el sujeto habilitado para utilizar por primera y única vez el instituto de la fuga del proceso. Esto debe ser entendido así porque no puede impedirse a un obligado, que fue perseguido penalmente con base en una deuda que en un proceso posterior se demuestra no era legítima, que ejerza su derecho a extinguir la acción penal en idénticas circunstancias, pues el sujeto no ha realizado el pago como demostración de culpabilidad, sino sólo para evitar las consecuencias de un proceso penal, aun cuando íntimamente estuviera seguro de que su accionar estaba ajustado a derecho. En definitiva, la ley intenta castigar al reincidente en materia de evasión simple, supuesto que no le cabe a quien demuestra que de la primera imputación era inocente⁴⁰.

No se agotan aquí las consecuencias que se derivan de la "única vez" a que refiere la norma, sino que, además, de ella se infiere que la fuga del proceso será aplicable por cada especie de tributo involucrado. Ello surge de la lectura del debate parlamentario, donde ante la pregunta realizada por el diputado Bal-

³⁹ Ver en este sentido OÍAZ SIBRO, Horacio, "Seminario...", cit., p. 9; RIQUERT, Marcelo, *Cuestiones...*, cit., pp. 153 y ss.; entre otros. Discrepo con lo sostenido por el doctor Spolansky, cuando dice que quien adquiere una sociedad debe averiguar la historia y antecedentes, pues no podrá utilizar nuevamente el beneficio (cfr. cit. de RIQUERT, Marcelo, *Cuestiones...*, cit., p. 148).

⁴⁰ Ver en similar sentido, SOLER - PRÓLICH - AMBRAGE, "Nuevo proceso penal tributario", LL, 1993-124.

ter sobre cuál es la interpretación que se le da a la mencionada frase, en el sentido si se refiere a una única vez en la vida del contribuyente, o bien, esa sola oportunidad en que puede utilizársela es por cada uno de los tributos, el diputado Pichetto respondió, en forma directa y sin dejar lugar a duda alguna, sosteniendo que "... *es por tributo y por una sola vez*...". Por otra parte, como nada aclara la norma en cuanto a la cuestión, debe estarse a la interpretación más favorable para el infractor, que es la expuesta precedentemente⁴¹, por lo cual, un contribuyente podría acogerse al beneficio de la extinción por un tributo determinado —ganancias—, y, luego, hacer lo mismo respecto de la evasión por otro tributo —IVA—. Aun en el caso de que en una misma determinación de oficio se hubieran incluido IVA y Ganancias, donde el monto evadido por cada uno de ellos superara las condiciones objetivas de punibilidad del art. 1º, se podrá extinguir la acción penal por cada uno de los impuestos mencionados⁴².

Quien ha ejercido el beneficio de la extinción de la acción penal podrá volver a utilizarlo transcurrido cierto plazo, pues no se trata de una única vez en la vida del sujeto que la utilizó, sino que la frase bajo estudio debe interpretarse en consonancia con lo previsto por art. 20 ter, segundo párrafo del CPen., que prescribe que el condenado a inhabilitación especial, si se comporta correctamente y ha reparado los daños, puede ser rehabilitado transcurridos cinco (5) años, con lo cual pasado ese plazo y habiendo cumplido con las condiciones impuestas por la norma, puede acogerse nuevamente al instituto de la fuga del proceso penal⁴³.

5. Organismo a comunicar

Por último, el art. 16 establece que la resolución que declare extinguida la acción penal, debe comunicarse a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reincidencias y Estadísticas Criminal y Carcelaria.

Estas comunicaciones tienen como objetivo la toma de conocimiento, y respectivo registro, por parte de ambos entes de la utilización del beneficio por parte del sujeto involucrado, con la finalidad de evitar que el mismo vuelva a utilizarlo en otra oportunidad, pudiendo, por ende, oponerse la Procuración del Tesoro al otorgamiento del beneficio cuando según sus constancias el que se acoge al mismo no reúne los requisitos exigidos por la norma, aunque no solamente relacionado con el de la reincidencia en la utilización de la fuga del proceso, sino también con el resto de los antes enumerados⁴⁴.

⁴¹ Cf. CORTI - CALVO - SERRAO, "Nuevo...", cit., p. 871.

⁴² DÍAZ SERRAO, Henrico, "Seminario...", cit., p. 10.

⁴³ En el mismo sentido, FARRÉS, Cristian, "La nueva...", cit., p. 417; CORTI - CALVO - SERRAO, "Nuevo...", cit., p. 871.

⁴⁴ En un sentido similar se ha expresado el autor citado en la nota en la misma obra, p. 423, así cuando en principio, la Procuración no es parte del proceso penal hasta ese momento, donde en ciertos casos pasará a estar legitimada para actuar.

EL SUJETO DEL DISCURSO JURÍDICO Y EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD ¹

STELLA CINZONE - MARA DIINOCHI ²

L. NOTAS SOBRE LA PUREZA DEL APARATO CONCEPTUAL KELSENIANO

Constatar la teoría pura del positivismo jurídico decimonónico, la teoría pura del derecho de Hans Kelsen supone la intención por parte del autor de fundar una ciencia del derecho que cumpla con la objetividad y la precisión que es ideal de toda ciencia. Es su principio metodológico eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños.

En este sentido, la teoría pura del derecho es el resultado de un trabajo de depuración por el que son extraídos los residuos iusnaturalistas que perduran —a criterio del autor— en la dogmática jurídica tradicional del siglo XIX, los elementos provenientes de las ciencias naturales y fundamentalmente, toda forma de ideología. “Es una ciencia del derecho y no una política jurídica”, afirma Kelsen tras denunciar que la injerencia del derecho sobre la psicología, la biología o la moral tanto como los conocimientos que éste ha tomado en préstamo de otras disciplinas, no podría sino acarrear la “ruina de la verdadera ciencia jurídica” ³.

Según Kelsen, en tanto principio de conocimiento toda ley natural hace aplicación del principio de causalidad. De esta manera, la conducta de los hombres puede aparecer ante todo como un fenómeno natural y algunas ciencias sociales —la psicología, la etnología o la sociología— explican las conductas humanas en términos de una vinculación de causa a efecto. Sin embargo, las ciencias normativas, como lo son la ética y la ciencia del derecho, aplican otro principio en todo diferente al de causalidad, tal es el principio de imputación.

Por la imputación, las conductas humanas son estudiadas con relación a las normas que prescriben cómo deben desarrollarse.

¹ Este trabajo se inscribe en el marco de la investigación “Función de evolución del sujeto en producciones científicas contemporáneas”, Proyecto TP12, Programación UBACyT 1998-2000. Director: profesor Raúl Casari. Instituto de Investigaciones Psicológicas, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires de la que participan: G. Arenas Pons, S. Cinzone, J. De Otisco, M. Diinochi, A. Estolaza, A. Wyczyński.

² KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, pp. 15 y 16.

³ Profesoras de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires.

Por lo tanto, toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho y no existe ninguna que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico.

Así pues, dice Kelsen: "Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no esté jurídicamente prohibida, está jurídicamente permitida, y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho"³.

Este recubrimiento de la acción humana por la ley conduce al resultado de que un orden jurídico no puede tener lagunas.

Por otra parte, la afirmación de que la conducta de los individuos está determinada por el derecho, "no significa, aclara Kelsen, que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas"⁴.

La pertinencia de esta aseveración no hace objeción a la existencia del principio básico de derecho que afirma que nadie puede alegar ignorancia de la ley, tal como consta en el art. 20 del CCiv. argentino y se halla vigente en la mayoría de las legislaciones del mundo.

Señalamos, en consecuencia, la presencia de una doble constricción:

a) La del orden jurídico, constrictivo a abarcar todo el campo de las acciones humanas.

b) La del sujeto, constrictivo a abarcar la ley en su totalidad.

La relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción responde a una regla de derecho⁵ que establece que la sanción debe seguir al acto ilícito. La imputación es pues esta relación específica de la norma jurídica e implica que la sanción es imputada al acto ilícito.

De esta forma, ni el acto ilícito es la causa de la sanción ni la sanción es efecto del acto ilícito, sino que la relación existente entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada.

La norma jurídica es el sentido que se da a uno o muchos actos cumplidos en el espacio y en el tiempo —costumbre, ley, fallo judicial, acto administrativo—. Como tal es una norma positiva, creada por un acto normativo y que se distingue de todas las otras normas que no han sido "puestas" sino sólo "supuestas" por un acto puramente intelectual.

La norma jurídica es la expresión de un valor jurídico relativo a un juicio que comprueba que un hecho es o no, conforme a una norma. Ese valor sólo re-

³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 44.

⁴ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 44.

⁵ Las reglas de derecho son proposiciones formuladas por juristas mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. La regla de derecho es una ley social.

presenta la relación entre el objeto y la norma, es decir, no es inherente al objeto juzgado y no reviste ninguna significación moral.

Asimismo, cuando se expresa que la consecuencia (la sanción) debe seguir a la condición (el acto ilícito), la palabra "debe" tampoco posee ninguna significación moral sino puramente lógica.

La autonomía del derecho respecto de la moral es subrayada por Kelsen al proponer una definición de la norma jurídica que se demuestra totalmente independiente de la norma moral.

El rasgo distintivo de la norma jurídica es que, contrariamente a la norma moral, la sanción supone coacción.

El acto coactivo consiste en la privación de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor que puede tener o no, contenido económico. Y dado que la coacción puede recurrir al empleo de la fuerza, "la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza a favor de las diversas comunidades jurídicas"⁶.

Como técnica de coacción social, el derecho induce a los hombres a conducirse de una manera determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria.

Por cierto, el autor no alude a la necesidad de examinar en qué medida alcanza su fin, admitiendo que es difícil establecer que la obediencia al derecho pueda explicarse por la amenaza de la coacción.

La concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los que se dirige es de suma importancia para la validez de ese orden, pero esto no implica que pueda serle atribuida necesariamente a la eficacia del orden mismo. "Tal concordancia —constata el jurista— nace a menudo de ideologías cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales"⁷.

Retendremos de aquí dos cuestiones:

La primera relativa al hecho de que la coacción bajo el modo de privación de bienes ya supone una transformación de la calidad y la esencia del castigo, un cambio en el objeto del castigo: la penalización ha dejado de recaer sobre el cuerpo para dirigirse hacia un sujeto jurídico portador de derechos que pueden serle suspendidos; históricamente situable, es posterior a la reforma judicial de los siglos XVIII y XIX, cuyos alcances relevaremos en los desarrollos de Foucault sobre el tema.

La segunda concierne al problema de la obediencia, pues la eficacia de una norma es una condición de su validez.

Por cierto y aun cuando Kelsen asiente los criterios de validez también en otros parámetros —la dependencia de una norma fundamental hipotética, no

⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 75.

⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 74.

positiva; validez de tiempo y espacio, material, personal— y aunque resulte una obvedidad, si los individuos cuya conducta regula no la observan en buena medida, la norma deja de ser válida.

Pero entonces, los sutiles resortes de la obediencia conducen necesariamente al autor a admitir elementos ajenos a la realidad jurídica que intenta construir; enumera así: "...motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de un modo contrario al derecho"⁸.

Respecto de la moral, Kelsen sostiene la inexistencia de un sistema moral único, de donde se deriva que los principios morales sólo pueden constituir valores relativos. Sin embargo, este relativismo no es incompatible con una responsabilidad que se acrecienta precisamente por el hecho de imponer al individuo la ardua tarea de escoger entre los distintos sistemas morales y decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo.

Esta responsabilidad que ya no puede ser puesta en manos de Dios ni confiada a la Naturaleza retorna sobre el individuo: "Resulta más cómodo obedecer una orden de un superior que ser moralmente responsable de uno mismo"⁹.

Sin embargo, los alcances de esta responsabilidad se hallan claramente recordados por los condiciones y circunstancias (algunas atenuantes) en que se desarrolla toda acción humana; condición de la que la norma social —ya sea que prescriba una acción, ya una omisión (no matarás, no mentarás)— no puede prescindir. En efecto, se torna inadmisibles la existencia de normas sociales, elevadas al rango de categóricas, que prescriban una conducta determinada sin condición o en toda circunstancia. "Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral" (p. 33), señala Kelsen haciendo un comentario que deja caer como al pasar (y no podría ser de otro modo) y del que sabemos, Freud recoge el guante.

Advertido de los efectos sobre el sujeto, el psicoanálisis se hace cargo de una responsabilidad que no se reduce a la responsabilidad jurídica ni a los límites acordados a la razón y a la voluntad, para hallar en el sueño, ese estado ideal sugerido por el jurista vienes.

Las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, por el contrario, la imputación sólo admite dos: la consecuencia (recompensa o pena) que se imputa al acto y el acto mismo que no puede ser imputado a otra cosa o a otra persona. Por esta vía, la imputación encuentra su punto final en una conducta humana; el libre albedrío se afirma, más allá de las leyes causales que determinan las conductas, cuando el hombre se constituye como el punto final de una imputación; "...únicamente el hombre —especifica Kelsen— dotado de

⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 73.

⁹ KELSEN, Hans, ¿*Qué es justicia?*, Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993, pp. 59 y 60.

razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta”¹⁸.

Ahora bien, definido el sujeto por su relación a la norma que fija su conducta como el punto final de una imputación, se plantea la cuestión de que la imputación no puede hacer abstracción del autor, pues ni la buena acción o ni el crimen pueden ser separados de su autor ya que sólo él es factible de ser recompensado o sancionado.

Esta cuestión nos introduce, no ya a la determinación de la autoría de hecho, sino al tema de la responsabilidad, verdadero problema que la imputación debe resolver. Pues si bien la sanción es imputada al acto ilícito, es necesario agregar ahora que esta relación supone que el autor del acto es responsable de su conducta. Un individuo es responsable cuando una sanción puede ser dirigida contra él o irresponsable cuando una sanción no puede ser dirigida contra él: idéntico acto cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. Por lo tanto, la calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de ese acto.

De esta manera, cuando el autor del acto es responsable de su conducta, esto es, cuanto más se halle vinculado a su acto por una determinación psicológica, encontrará también vinculado su acto a una sanción: declarado imputable en la dogmática penal — porque en el momento de cometer el delito pudo comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones —, devendrá objeto del órgano estatal encargado de aplicarle la sanción.

Por el contrario, cuando el autor del acto no es responsable de su conducta, es decir, cuanto más desvinculado esté de ella por ser indeterminada su motivación, la declaración de inimputabilidad acarrea la desvinculación del acto a la sanción. Ni inocente ni culpable, la respuesta que hubiera podido dar quedará a cargo de otros.

II. LA INSTAURACIÓN DE LA SOCIEDAD DISCIPLINARIA:

PASAJE DEL CRIMEN AL CRIMINAL

Como se ha dicho, en la medida en que los actos humanos suponen siempre un sujeto que los realiza, el castigo o pena impuesta por la sanción son aplicados contra el autor o sujeto del acto.

Sin embargo, aun cuando el castigo recae sobre el sujeto, a lo largo de la historia no siempre ha sido privilegiado el individuo como punto de aplicación de la sanción.

Michel Foucault ha podido situar en sus investigaciones un momento de pasaje en el cual la aplicación de la pena se desplaza desde el acto criminal ha-

¹⁸ Kelsen, *Hans, ¿Qué es justicia?*, cit., p. 73.

cia el individuo, al criminal mismo en tanto hombre. Ese pasaje, que traerá como consecuencia el abandono de los suplicios, coincide con la paulatina y progresiva instauración de la *sociedad disciplinaria*, principal consecuencia, aunque inesperada, de las grandes reformas y reorganización del sistema judicial en Europa y el mundo en los siglos XVIII y XIX.

Con la reforma penal de los años 1780-1840, se producen en la época clásica diversos desplazamientos en la aplicación de la pena que van desde una transformación de la calidad y la esencia del castigo, hasta un cambio en el "objeto" del castigo y una transformación de su finalidad.

Ya no son el sufrimiento físico ni el dolor del cuerpo mismo los objetivos últimos de la acción punitiva. Se cambia el supuesto que organiza la aplicación de la ley: se trata ahora de un sujeto jurídico portador de derechos que pueden suspenderse.

Estos desplazamientos se dieron en el marco discursivo de la humanización de los castigos. Michel Foucault demuestra en su obra que esta "humanización" no debe ponerse a cuenta de un progreso de la humanidad, sino entenderse más bien como el resultado de una combinación de las fuerzas de poder que tendieron a hacer más eficaz el castigo y más aplicables las penas, ya que la violencia de las mismas producía revuelta entre la gente del pueblo que se identificaba con el criminal. "(...) según ellos, (los reformadores del siglo XVIII) se enfrenta en la violencia a la rebelión; llámense la una a la otra. Doble peligro (...)".¹¹ En esta vía el autor encadena el avance, el progresivo predominio e instauración en nuestra sociedad de la disciplina, la reforma de los individuos, la vigilancia, el panoptismo, la policía y el encierro.

Sabemos que para Foucault una microfísica del poder se combina y se sostiene siempre en una determinada configuración del saber. El poder y el saber se estrechan en cada organización discursiva, de modo tal que si despejamos uno encontramos siempre sus relaciones. En esta perspectiva, puede situar en la misma línea de análisis el surgimiento de la policía en Francia y su vertiginosa expansión, la imposición sorpresiva de la cárcel como único modo de castigo, la adopción del panoptismo en la organización edilicia y funcional de las instituciones (cárceles, colegios, fábricas), el encierro como método reformativo; y junto con esto la progresiva instauración del discurso humanista. Le interesará, sobre todo en *Vigilar y castigar*, explorar la relación entre este hecho nuevo en la historia del castigo —la reivindicación del "hombre" que habita dentro del criminal y que, en vistas de su humanidad, será preciso reformar— y el desarrollo de las ciencias humanas.

El cambio de carácter del castigo coincidió también con un cambio en el método de buscar la verdad en los juicios. El antiguo "método de prueba" es

¹¹ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1989, p. 78.

reemplazado lentamente a partir del siglo XIII por el método de la indagación, producto de un resurgimiento del antiguo Derecho Romano que había desaparecido. El método de indagación prioriza el testimonio y la confesión con el objetivo de establecer la verdad del hecho delictivo. A partir de la reforma judicial que se inicia en el XVIII y con el auge del panoptismo, la indagación se sustituye por la vigilancia: "Tenemos así, (...) un nuevo saber totalmente diferente, un saber de vigilancia, de examen, organizado alrededor de la norma por el control de los individuos durante toda su existencia. Ésta es la base del poder, la forma del saber-poder que dará lugar ya no a grandes ciencias de observación como en el caso de la indagación, sino a lo que hoy conocemos como ciencias humanas: Psiquiatría, Psicología, Sociología, etc." ¹².

Es dable destacar que Foucault señala en este pasaje una sustitución del *testimonio* (tanto de los testigos como del propio acusado bajo la forma de la confesión) por la *vigilancia perpetua*. Y en esta sustitución, los nacientes saberes sobre el hombre toman la voz del acusado. "(...) este subpoder (una trama de poder político microscópico capaz de fijar a los hombres al aparato de producción), condición de la plus-ganancia, provocó al entrar en funcionamiento, el nacimiento de una serie de saberes —saber del individuo, de la normalización, saber correctivo— que se multiplicaron en estas instituciones del subpoder, haciendo que surgieran las llamadas ciencias humanas y el hombre como objeto de la ciencia" ¹³.

Decíamos que se juzga el acto pero se castigó al individuo, y esto en la medida en que existe una relación de solidaridad entre el sujeto y su acto. La relación entre el sujeto y su acto se denomina *responsabilidad*.

Esto ha sido siempre así. Sin embargo, al mismo tiempo hemos situado el momento histórico de comienzo de la aplicación de la sanción desde el acto hacia el individuo. Se abandona el suplicio de los cuerpos por penas más humanitarias consistentes en suspensión de derechos —la libertad terminará siendo el más importante en forma casi excluyente— y esto coincide con un mayor protagonismo del hombre que delinque en los tribunales. El autor del acto entra en escena toda vez que comienzan a considerarse las "condiciones" del delito: las circunstancias atenuantes y la necesidad de establecer la imputabilidad o inimputabilidad del criminal. Ya no alcanza con el crimen, es necesario para la justicia darle *sentido* al acto criminal: cómo, por qué, cuál es su razón. Será necesario establecer un *motivo*. "Todas las requisitorias prueban eso: para que pueda funcionar la máquina punitiva no basta con que exista una infracción real

¹² FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, Barcelona, 1980, p. 100.

¹³ FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, cit., p. 139.

que se pueda imputar a un culpable, es necesario también establecer un motivo, es decir, una relación psicológicamente inteligible entre el acto y su autor”¹⁴.

La relación entre el autor y su acto se psicológica. El intento es volverla explicable, sujeta a razón y a ciencia.

Por paradójico que pueda parecer, conforme se va acentuando la tendencia a considerar al individuo, más se va callando su voz y sustituyéndola por las voces de los expertos en el Hombre. Ese hombre no habla ante la justicia. Ya ha hablado lo suficiencia ante los expertos que han recogido sus discursos y los han compendiado y conceptualizado. Desde esos conceptos (monomanía en el siglo XIX, degeneración en el XIX, XX, peligrosidad, etc.), las ciencias humanas (la antropología criminal en el siglo XIX, la psiquiatría en el XX) explican el acto criminal.

Este avance de la medicina mental y demás discursos sobre el hombre en el terreno jurídico tendrá efectos importantes en la noción de responsabilidad. (...) “la vieja noción de responsabilidad penal se va a ver transformada considerablemente. (...) (el individuo) aparecerá tanto más responsable de su acto cuanto más ligado esté con él por una determinación psicológica. Cuanto más psicológicamente determinado esté un acto, mejor podrá su autor ser considerado un sujeto penalmente responsable. Cuanto más indeterminado y gratuito sea, más tendencia se tendrá a eximir de responsabilidad al sujeto. Estamos pues ante una paradoja: la libertad jurídica del sujeto se prueba por el carácter determinado del acto; su irresponsabilidad se prueba por el carácter en apariencia no necesario del gesto (...)”¹⁵.

Ese movimiento tiene, a nuestro modo de ver, dos consecuencias importantes: por un lado, en la medida en que la responsabilidad cae más del lado de la causa que del de la infracción, y esa causa está siempre en otro lado que el sujeto mismo, *desvincula al sujeto de su acto* (términos vinculados por la norma). El sujeto ya no puede responder. Responden por él las disciplinas que pueden explicarlo.

Por otro lado, hay otro efecto que no sólo tiene consecuencias subjetivas y jurídicas sino también políticas: la penalidad se centra en *quién se estima que el individuo es*. “Invidiosamente, lentamente, de forma reptante y segmentada se organiza una penalidad centrada en lo que se es” (...) “los jueces sienten cada vez más la necesidad de creer que juzgan a un hombre tal y como es y por lo que es”¹⁶.

Queda claro también que la colaboración de las ciencias humanas (particularmente la psiquiatría y psicología) con el Derecho se produce en forma coincidente con el cambio de objetivo de la pena y la sanción. Ya no se tratará del castigo sino de la *reforma* y aun de la *cura*. Cada vez más estas disciplinas

¹⁴ FOUCAULT, Michel, *La vida de los hombres infames*, Carrete Ensayos-Antanara, La Plata, 1996, p. 167.

¹⁵ FOUCAULT, Michel, *Vida de los hombres infames*, p. 169.

¹⁶ FOUCAULT, Michel, *Vida de los hombres infames*, pp. 177-178.

se transforman en "el saber" al que se recurre, tanto para la decisión de la responsabilidad (peritajes), para el arreglo de los diferendos (mediación), como para el control de la consumación de la pena (institutos psiquiátricos y de salud mental que se hacen cargo de la cura de los "delinquentes" considerados imputables; los niños en primer lugar pero también los locos).

III. LA RESPUESTA DEL SUJETO

La pureza del aparato conceptual kelseniano, para cuya construcción han sido extraídos los principios metodológicos de las ciencias naturales, las nociones del derecho natural y sus implicaciones políticas, las tendencias ideológicas justificadoras del poder y las nociones subjetivistas que se derivan de una interpretación de la naturaleza humana y luego de haber relativizado el campo de los valores, se topa, en el problema de la delimitación de la responsabilidad, con el no menos espinoso problema de la relación del sujeto a su acto y a la ley entrando, de lleno, en el terreno mismo de la interrogación ética.

Decíamos que, según Kelsen, es impensable la existencia de obligaciones categóricas que prescriban una conducta determinada sin condición o en toda circunstancia, y que de ser así, el durmiente y sus sueños configurarían el estado ideal para una constatación moral.

Este "estado ideal" supone la existencia de una constricción que se afirmaría—en el abandono del dominio sobre los propios actos impuesto por el estado de reposo— más allá de las circunstancias de la vigilia, pero fundamentalmente, más allá de la conciencia; una intromisión de la norma jurídica entre las sábanas del durmiente. Sin atenuantes, el sujeto no se hallaría en condiciones de pretextar su inocencia.

Pero es por este estado ideal, que Kelsen halla inadmisibile—ya que la conciencia es el atributo ineliminable que conecta el individuo a la norma y a su acto— que ingresa el problema de la responsabilidad. O mejor aun, el de la imputabilidad, en la medida en que ésta contempla que, en el sueño como en la locura, bajo el dominio de un determinismo absoluto hay a mayor inconsciencia mayor irresponsabilidad. Así, el sueño es el estado ideal de la imputabilidad.

Ahora bien, es por la necesidad de atender a las condiciones y las circunstancias de las conductas que el Derecho debe incluir elementos extrajurídicos. De este modo, la preciosa imputación del jurista limpia de causalidad, cae en el vacío para que otros discursos más "humanitarios" releven la pregunta por las motivaciones mórbidas, la premeditación, y las intenciones, es decir, por los fundamentos psíquicos que pueden limitar la responsabilidad de una conducta.

"La conciencia de un acto quizá concierna al sujeto que el orden jurídico quiere imaginar, pero no es éste el punto donde el psicoanálisis podría detener

su empresa" ¹⁷. ¿No es en el terreno mismo del sueño donde Freud por la vía de la responsabilidad moral introduce la pregunta ética por el deseo inconsciente que de sueños se viste?

Por cierto esta vía implica despegar la cuestión de la responsabilidad del tema de la conciencia; y esto para cualquier sujeto que deviene entonces responsable, entendiendo que responsable es aquel de quien es esperable una respuesta.

Pero no sólo eso. Desligada de la conciencia no queda por ello la responsabilidad amordazada por la operación romántica que la subsumiría bajo los "poderes ignotos" del determinismo, ahora inconsciente.

"Si el inconsciente es condición del acto, se constituye, sin embargo, en un movimiento de retroacción, aquel por el cual un acto, una vez cumplido, se muestra ignorante del saber que lo determina."

"Es pues, esta particular estructura del acto lo que permite hacer perceptible esta hendidura, esta no coincidencia entre el sujeto y su determinación (...).

"Es por ese intersticio que la cuestión ética puede tomar su lugar y el psicoanálisis encuentra su posibilidad de intervención no reductible a un 'saber más de sí mismo'." ¹⁸.

Entonces, el inconsciente nunca puede ser ni la causa ni la explicación de un acto y el sujeto, que es producido a destiempo y como efecto de las coordenadas simbólicas del acto (las cuales desconoce) nunca podrá alcanzar el saber que lo ha efectuado. O sea que, si quisiéramos mantener la idea de una determinación inconsciente del acto, no podríamos, sin embargo, pensarlo como un estado transitorio que tendiera a su anulación por la aprehensión de esa determinación por la conciencia. Para el psicoanálisis la rajadura del sujeto es irreductible. Entre el inconsciente y el acto hay discontinuidad, un agujero y en ese intersticio entre el inconsciente y el acto el psicoanálisis solicita respuesta del sujeto. ¿Quién sino podría responder?, se pregunta Freud. El que no sabe lo que dice ni lo que hace debe responder por ello.

IV. EL BENEFICIO DEL "NO HA LUGAR"

16 de noviembre de 1980. Althusser ha asesinado a su esposa Helene. Lo deduce porque la encuentra muerta entre sus manos sobre el lecho matrimonial, pero no recuerda absolutamente nada. Desesperado, corre escaleras abajo en busca del médico gritando: "asesiné a Helene". El médico acude precipitadamente. Es inútil. Luego de un breve paso por la comisaría es enviado a Sainte Anne en calidad de enfermo mental. Ha sido beneficiado con el "no ha lugar", según el art. 64 del Código reformado en 1838, que opone "el estado de no res-

¹⁷ MÓLINA, Juan, *La ética del psicoanálisis*. Cep, Buenos Aires, 1989.

¹⁸ MÓLINA, Juan, *La ética del psicoanálisis*, cit., p. 3.

ponsabilidad de un criminal que ha perpetrado su acto en estado de "demencia" o "bajo apremio" al estado de responsabilidad puro y simple reconocido a todo hombre considerado normal"¹⁹, estado que abre las puertas de un proceso judicial común con la consecuente comparecencia ante un tribunal que incluirá testimonios, declaración, defensa y acusación. Todo esto en el marco de un proceso público.

"El estado de no responsabilidad jurídico legal interrumpe el procedimiento de comparecencia pública y contradictoria ante un tribunal. Destina al homicida, previa y directamente, a un confinamiento en un hospital psiquiátrico"²⁰.

Así, entonces, se priva al criminal del derecho a la palabra. Por eso, Althusser declara sus intenciones al escribir *El porvenir es largo*: "Ésta es la razón, puesto que hasta el momento cualquiera ha podido hablar en mi lugar, ya que el procedimiento jurídico me ha prohibido toda explicación pública, he decidido explicarme públicamente (...) para liberarme de los efectos equívocos del mandamiento de no ha lugar del que me he beneficiado, sin poder oponerme ni de hecho ni de derecho a su procedimiento. Porque es bajo la losa sepulcral del no ha lugar, del silencio y de la muerte pública bajo la que me he visto obligado a sobrevivir y aprender a vivir"²¹. Ha sido beneficiado con la reclusión psiquiátrica, lo que finalmente lo dejará en libertad en algo más de tres años.

Althusser pasa unos pocos años en distintas instituciones psiquiátricas bajo diversos tratamientos: medicamentos, electroshocks, etc.

Según el Derecho, se ha hecho justicia. El hombre que ha cometido este acto es inimputable, en razón de su estado de alteración mental. Lamentablemente, Althusser no transcribe el diagnóstico que lo libera de la prisión. Debemos, por lo tanto, suponer que se trata de un diagnóstico que se ajusta a alguna de las diversas modalidades del "estado de demencia" que merece inimputabilidad. Pero, sea cual fuere el diagnóstico emitido, la consecuencia es clara: otros habrán hablado en su lugar.

El Derecho ha actuado sobre su sujeto de un modo eficaz. Sólo que el resultado fue transformarlo en objeto de las manipulaciones médicas.

Sin embargo, ese sujeto que ha sido obligado al silencio en razón de la imposición de cura y reforma por parte de la psiquiatría, todavía quiere hablar.

Esta necesidad de responder por un acto no puede, por supuesto, ser recogida por el Derecho, que la excluye en función de la cosa juzgada. Tampoco decimos que "debería" hacerlo, sólo decimos que aquí se articula una demanda, que no sabemos a quién está dirigida, pero que seguramente tiene como fondo de resonancia al aparato jurídico-legal. ¿Quién podría escucharla?

¹⁹ ALTHUSSER, L., *El porvenir es largo*, Ediciones Destino, Buenos Aires, 1992, p. 31.

²⁰ ALTHUSSER, L., *El porvenir es largo*, op. cit., p. 321.

²¹ ALTHUSSER, L., *El porvenir es largo*, op. cit., p. 43.

Como quiera que sea, esa necesidad es, a nuestro modo de ver, el signo de un retorno de la *responsabilidad* del sujeto. Hay un resto, un residuo de subjetividad que resiste e insiste en hacerse reconocer y que la noción "sujeto de derecho" no recubre. Ese residuo de subjetividad, no recubrible tampoco por las ciencias humanas (representadas en este caso por la psiquiatría que ha cumplido con un objetivo humanitario), ni subsumible en el hombre como concepto, se hace presente a través de su insistencia en seguir hablando, en su deseo de responder, de apropiarse de la palabra que le ha sido sustraída.

Este sujeto que pide reconocimiento, ¿diremos que es el del psicoanálisis? Quizá no sea el mismo, pero es un sujeto ético con el cual el psicoanálisis seguramente tiene trato: el que quiere responder por su acto. Pero, tal como dijimos, esto no quiere decir que puede dar cuenta de él.

La continuación del texto de Althusser lo demuestra. Hay una diferencia irreductible entre el sujeto producido por el acto y la explicación que el pobre hombre que lo ha cometido busca infructuosamente.

Casi cuatrocientas páginas buscan la explicación, intentan rellenar el agujero en la representación.

El final es elocuente: "Sólo unas palabras: que los que creen saber y decir más no teman decirlo. Sólo podrían ayudarme a vivir"²². Demanda patética a esta altura. El lector ha asistido durante cientos de páginas a la búsqueda estéril de una explicación. No lo ha logrado. Cientos de páginas y, sin embargo, al final, pide más saber, más representaciones. El agujero no se ha cubierto ni se cubrirá.

Ese agujero en la representación es el sujeto del psicoanálisis.

Algunos psicoanalistas²³ han situado —con razón— en el texto de Althusser las trampas, los engaños de su discurso embarcado en esta tentativa de explicación. Sin ninguna duda, es notable la diferencia enunciativa entre su declaración inicial donde se decide a tomar la palabra y lo que luego hace con esa palabra. El desesperado intento de explicación de su acto tiene el efecto de devaluarla. Althusser se tambalea en su historia. Desfilan, febrilmente, el padre, la madre, los nombres, la cobardía, la hipocondría, las miserias sexuales, las depresiones, las internaciones... Patético, surge un personaje: el miserable neurótico. Tampoco sirve demasiado.

Todo un mundo de palabras para intentar cubrir el instante de inexistencia. Dar testimonio, hablar, analizar, confesar, "rememorar hasta las heces", mostrar impudicamente la debilidad, la impotencia, la cobardía. Declarar que nada de esto merece defensa, escarbar las heridas.

Y, sin embargo, el agujero permanece.

²² ALTHUSSER, L., *El porvenir es largo*, cit., p. 379.

²³ JUREL, J. - CASTELLÓ, B., *Caja66* 27, Ediciones Sísic, Buenos Aires, mayo 1993.

Tal como dice Jorge Jinkis en su artículo, el psicoanálisis es el marco explicativo. Así es: traído a cuenta de las palabras de Freud, de Lacan, de sus amigos, de los analistas, el psicoanálisis es el marco explicativo.

De acuerdo. ¿Nos sorprenderemos? ¿Nos asombraremos los psicoanalistas de la demanda de saber que se dirige al psicoanálisis? ¿No tiene, acaso, el psicoanálisis un lugar ya instaurado en la cultura en términos de saber?

Lo que en todo caso demuestra el texto de Althusser, es que como marco explicativo el psicoanálisis pierde toda su potencia discursiva, no le sirve a nadie. En todo caso, la cuestión no es el hecho de que el psicoanálisis sea blanco de una demanda de saber. Esto no hace más que situar su responsabilidad, que es la de siempre: interpretar la demanda. La interpretación podrá transformar la acumulación estéril de sabe en la extracción de goce necesaria para que motorice el deseo.

Sólo aquí el psicoanálisis tiene algo para decir en lo que respecta a la responsabilidad del sujeto. Como saber o marco explicativo se demuestra inoperante. No se trata de explicar el acto sino de poner en relación al sujeto con el deseo que lo habita. Y esto sin que el deseo consista en nada. Ahora bien, esto no lo hace el psicoanálisis sino *un* psicoanálisis. .

Lo que llamamos "sujeto del psicoanálisis" no es desvinculable de la interpretación. La noción de sujeto dividido no es un concepto, no puede situarse con relación a ningún referente ni puede o podría tampoco constituirse en la referencia de una disciplina. No subtiende nada, ni pulsiones, ni deseos, ni fantasmas, ni representaciones. "Ese" tachado, efecto inconsciente de la articulación significante.

Entre el otro que no existe y el "ese" tachado que no consiste habrá, sin embargo, que situar al que *puede* responder. Por supuesto que la responsabilidad sólo es situable, siempre, por la interpretación. Al respecto, en el texto ya citado, Juan Molina dice: (...) "es por la interpretación que un sueño encuentra su relación con la verdad y el goce que la limita. Es por eso que un sueño no es sólo un sueño" (...) "si algo es sólo un sueño, su posible deseo puede 'salir gratis', en el sentido en que permanece en aislamiento del sujeto y cercenado de sus consecuencias. Es por la interpretación que un sueño conecta con lo real de una satisfacción y que su deseo se realiza como la verdad de un sujeto"²⁴.

Entonces, podríamos decir que es ese el lugar al que se dirige el discurso de Althusser. Pide interpretación, entendiendo por tal no la producción de un saber (biográfico, psicoanalítico) que pudiera explicar el acto inexplicable, sino la exigencia para un sujeto de responder de su acto allí donde no es agente de su decir y pagar por un deseo del que no es dueño.

²⁴ MOLINA, Juan, *La ética del psicoanálisis*, cit.

"*Wo er war soll ich werden* no es una forma de decir que el hombre está sujeto a un destino en el que todo estaría escrito, no es un modo de promulgar "será lo que deba ser", sino de afirmar que lo que era se escribe y que en esa tarea el sujeto puede encontrarse con su deseo, que en el lugar anónimo e indeterminado de "Ello era" el sujeto pueda poner su nombre en la historia que se escribirá como siendo su destino".

Pero habría que agregar: para eso habrá de desconstruir su historia, desistir de elevarla a la categoría de mito explicativo. Es el problema de la biografía de Althusser, ofrece su historia como explicación. Grave problema del análisis que se lo ha permitido. Una historia no explica nada. En el decir de Jinkis: "(...) si se pudiera reconocer en los relieves mórbidos de un crimen sus coordenadas simbólicas, no se volvería por eso irreal el crimen, y la intervención del analista siempre iría en el sentido de reintegrar esas coordenadas a la historia del sujeto, quien se volvería entonces responsable de un crimen real. Esa responsabilidad no se configuraría acabadamente sin el castigo"²³.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, Louis, *El porvenir es largo*, Destino, Buenos Aires, 1992.
 FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1988.
 — *La vida de los hombres infames*, Caronte Ensayos, Altamira, La Plata, 1996.
 — *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1980.
 FREUD, Sigmund, *La responsabilidad moral por el contenido de los sueños*, Obras Completas, t. XIX, Amorrortu, Buenos Aires, 1976.
 JINKIS, Jorge, "Vergüenza y responsabilidad", en *Colección J.J.*, Ediciones Sís, Buenos Aires, 1987.
 KILIAN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1992.
 — *¿Qué es justicia?*, Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993.
 MOLINA, Juan, *La ética del psicoanálisis*, Cep, Buenos Aires, 1989.

²³ JINKIS, J., "Vergüenza y responsabilidad", en *Colección J.J.*, Ediciones Sís, Buenos Aires, 1987, p. 16.

ENSAYOS

LA DEBILIDAD CONTRACTUAL EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL *

DIEGO MARTÍN PAPAYANNIS **

I. PREFACIO

En esta oportunidad ocupa nuestra atención el análisis de la debilidad jurídica y el impacto que una eventual reforma, de unificación civil y comercial, pueda tener en el contexto de la República Argentina. Es sin duda una tarea harto difícil, porque se trata de analizar un texto en abstracto. Es cierto, sin embargo, que muchas de las pautas incorporadas en el mismo encuentran su razón de ser en la experiencia, en el análisis de situaciones preexistentes; pero también es cierto que al realizar una predicción se corre el riesgo de que el tiempo ridiculice una postura que en su momento pareció razonable. La predicción, en conceptos de Oliver Holmes, sólo es posible en un sistema en curso de ejecución, mas no en uno que recién comienza. Esto en cuanto "*dichas predicciones surgen, principalmente, del manejo de los repertorios de jurisprudencia*"¹. La imposibilidad de apreciar el desempeño de los tribunales frente a este nuevo texto no significa que el análisis propuesto carezca de sentido, sino que nuestras conjeturas serán simplemente eso, conjeturas con sustento lógico pero no fáctico. Un nuevo texto legal trae consigo una ideología inspirada en las necesidades de un determinado tiempo y lugar. Es nuestra misión, entonces, comparar la propuesta del Proyecto con las necesidades del actual sistema jurídico para verificar o no su adecuación. Advertido el lector, sin más dilaciones, presentamos nuestro ensayo.

II. INTRODUCCIÓN. UN LARGO ADIÓS A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El poder de negociación de una persona resulta disminuido o afectado por diversas causas. Estas causas pueden resumirse en tres grandes grupos: a) cau-

¹ HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Ateneo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

* Trabajo ganador del concurso "Ignacio Winisky" organizado por *Lecciones y Ensayos*. El jurado estuvo integrado por los doctores Alberto Bueres, Pedro Di Lella, Sara Palomón de Cárdenas, Lily Flak, Gabriel Mazzinghi, Mario Yordan y Teófilo Zamudio.

** Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

lidades personales del sujeto; b) acto de necesidad; y c) la relación de consumo (opinamos que el acto de consumo será en muchos casos un acto de necesidad. Por ello si bien establecemos la diferencia, no afirmamos que sean compartimientos estancos).

Las dos primeras fueron receptadas en la reforma de 1968 por el art. 934, CCiv. La relación de consumo, en cambio, debió aguardar hasta 1993, año en que fue promulgada la ley 24.240 de defensa de los derechos del consumidor. Posteriormente, la reforma constitucional de 1994 elevó al más alto rango posible la tutela de los consumidores y usuarios. Quedan, sin embargo, desprotegidos aquellos que no actúan estrictamente como consumidores pero que tampoco tienen poder de negociación como consecuencia de su condición económica. A todas estas situaciones deben extenderse los principios generales de la ley 24.240, porque si bien surgieron como protección del sujeto en la relación de consumo, no pueden agotarse ahí. "De hecho lo que nació como derecho del consumidor se está convirtiendo en protección del individuo particular"². De la misma opinión es Farina, para quien la ley 24.240 debería prever la aplicación de su normativa aun en aquellos casos en que la parte débil del contrato no sea un consumidor, ya que indirectamente éste resulta afectado; "piénsese en el comerciante minorista frente a la gran empresa productora de bienes o servicios"³. En este sentido, el programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) del 14 de abril de 1975, precisó que "en lo sucesivo el consumidor no será considerado solamente como comprador o usuario de bienes o servicios para su uso personal o colectivo, sino como una persona a la que concierne los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directamente o indirectamente como consumidor"⁴.

Hablar de debilidad jurídica en la contratación es hablar del vértice opuesto al pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad. El derecho otorga a todos los individuos la posibilidad de realizar acuerdos a los cuales deberán someterse como a la ley misma, con las limitaciones impuestas por el orden público, la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Semejante facultad se basa en la creencia de que los hombres son libres e iguales. Pero la práctica indica que no todos participan en la determinación del contenido de esos acuerdos, sin que esto sea en principio razón suficiente para excluir su obligatoriedad. Es muy común hoy en día denunciar la crisis de la autonomía de la voluntad como si se tratase de un mal de la posmodernidad, mientras que lo cierto es que las concep-

² BERCOVITZ, A. y R., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.

³ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

⁴ BRIZZIO, Claudia R., "La teoría general del contrato y el derecho del consumidor", LL, 1999-D-1285, *op. cit.*

iones de igualdad y libertad se hallan en crisis desde los tiempos mismos de su formulación⁵. La diferencia entre la realidad de la época de Vélaz Sarsfield y la actual es puramente cuantitativa. No existió igualdad entonces y no existe ahora. La variación está dada por un progresivo aumento en la desigualdad. Stiglitz ilustra claramente estas ideas: "la contrapartida de un mayor poder de negociación a favor de las empresas lo constituye la eliminación de la escasa autonomía de la voluntad que resta a favor del consumidor y que se refleja sólo en la posibilidad (hoy relativa) de elegir con quién contratar"⁶. Nos gustaría, sin embargo, hacer una modesta observación a estas palabras. Consideramos que no es correcto hablar de un aumento en el poder de negociación de la empresa frente al consumidor; nos parece más apropiado referirnos a este fenómeno como un incremento en el poder de imposición de una parte, dado justamente por la imposibilidad de la otra de discutir los términos del contrato.

El concepto de autonomía de la voluntad en su versión más pura implica que el sujeto pueda decidir:

— *contratar o no contratar*: es prácticamente imposible la abstención de contratar ciertos servicios básicos como la luz o el gas, y es por esta razón que el derecho debe intervenir para asegurar un trato equitativo y digno. Aun cuando no se trate de servicios de primera necesidad, como celulares o tarjetas de crédito ("las técnicas de marketing seguramente se encargarán de incorporar en la conciencia de la población la necesidad de contratarlos")⁷, las empresas pueden constreñir al consumidor a contratar servicios complementarios como condición necesaria para acceder al principal. También, en estos casos, es función del derecho evitar que una voluntad se imponga sobre otra.

— *con quién contratar*: la empresa monopólica atenta contra este principio. En nuestro país el proceso de privatización dejó como saldo que el consumidor no tenga la posibilidad de seleccionar, respecto de los servicios básicos, a su cocontratante, reduciéndose de esta manera su libertad contractual.

— *el contenido del contrato*: los contratos de consumo se caracterizan por el hecho de no haber negociación previa, "pues la publicidad inductiva la reemplaza..., y el adherente sólo necesita incorporarse al sistema asumiendo..."⁸. Las empresas producen en serie y contratan en serie, dando origen a la modalidad de contratación por adhesión. La contratación por adhesión se da "cuando una de las partes, colocada en la disyuntiva de aceptar o rechazar íntegramente

⁵ STIGLITZ, Rubén S., "Autonomía de la voluntad: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

⁶ STIGLITZ, Rubén S., "El contrato del año 2000: perspectivas y desafíos", JA, 1994-II-888.

⁷ ZAGO, Jorge Alberto - ALIB, Virginia - DIAMANTI, Ernesto - PRIZANTZ, María Paula, "Contratos de adhesión", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

⁸ GILLES, Carlos A., "La reforma de los Códigos Civil y Comercial por la Ley de Defensa del Consumidor", JA, 1994-I-870.

las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”⁹. Estos cambios requieren una tutela legal importante para evitar que sus efectos sometan a los consumidores al capricho de los capitales organizados en forma de empresa. En cuanto al contrato discrecional, Stiglitz profecía en 1994 que para el año 2000 éste habría desaparecido en la práctica. Debemos decir que no estuvo muy errado; basta pensar que todos los bienes y servicios a los que accedemos en nuestra vida cotidiana se nos presentan con una única alternativa: “una libertad de no querer”¹⁰.

“Los tipos puros o tipos ideales son conceptos construidos racionalmente a partir de la experiencia, que describen aquellos aspectos más salientes del objeto de estudio, pero que en su conjunto, son distintos al modo en que efectivamente se dan en la realidad”¹¹. La autonomía de la voluntad es justamente esto: una construcción racional que sirve como elemento de análisis, o al menos sirve hasta ahora como presupuesto para regular el acceso a bienes y servicios, pero no puede seguir siendo, parafraseando a Ghersi, “el paladín de la regulación jurídica”¹². El modelo económico liberal no puede seguir avanzando sobre el bienestar general. No son aceptables en una sociedad madura los conceptos de Spencer referidos a la libre actuación del individuo sin intervención del Estado, porque es cierto que sólo triunfarían los más aptos, pero entonces nada diferenciaría al hombre del resto de los animales. La concepción neoliberal acerca del progreso en nada se diferencia de la teoría de la selección natural de Darwin, por lo tanto, el verdadero progreso está en un sistema solidario, integrador y protector de todos los hombres. “El rol de la autonomía de la voluntad no puede traducirse en una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales...”¹³. En otras palabras, el derecho de contratar debe ser ejercido con un propósito socialmente útil.

¿Qué es la autonomía de la voluntad entonces? Como dijimos es un tipo ideal, pero en realidad tampoco importa. Lo que importa es definir al contrato como una función social. Ningún hombre que viva en sociedad podrá nunca absentarse de contratar. Cuando un hombre contrata no hace uso de la autonomía de su voluntad, sino que realiza una función lógica inherente a la vida en sociedad. El derecho debe impedir que quien se encuentra en la necesidad de contratar (todos) acepte hacerlo en forma desventajosa para poder continuar

⁹ ALTERINI, ANJÓ A., “Los contratos de consumo”, LL, 1993-E-1058.

¹⁰ CARBONIER, J., citado por ENGEL, P., *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, nro. 12: “in price”, a su vez citado por ALTERINI, A. A., “Los contratos de consumo”.

¹¹ DEL PERCIO, Enrique M., *Tiempos modernos, otros aún en-castada*, tesis de doctorado aprobada en forma sobresaliente.

¹² GHERSI, Carlos A., *La primacía jurídica*, Gowa, Buenos Aires, 1993.

¹³ STOLTZ, Rubén S., “Autonomía de la voluntad: problemática actual”, ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

normalmente con su vida diaria. "Reconocer que hay contratación sin libertad es fundamental, pues a partir de esta base debemos diseñar un conjunto de reglas jurídicas tendientes a nivelar la posición de las partes del contrato..."¹⁴. Esta equiparación de las partes sólo se logra por medio de la limitación de la llamada autonomía de la voluntad (término que seguiremos empleando, debido a su utilidad, en el mismo sentido en que lo hace la doctrina jurídica), es decir, por medio de las limitaciones establecidas por el orden público. La inclusión de cada vez más cantidad de normas de orden público en el derecho privado no altera los hechos, no limita la autonomía de la voluntad, sino que solamente impide el abuso por parte de quienes ostentan una posición dominante. Cabe remarcar esta idea con una adaptación, ajustada a nuestro propósito, de las elocuentes palabras de Marx y Engels: "*Os horroricáis de que queramos abolir la autonomía de la voluntad en el derecho privado, pero en la sociedad actual la autonomía de la voluntad está abolida para las nueve décimas partes de sus miembros*"¹⁵.

Como puede apreciarse, cualquier proyecto de ley que pretenda ser útil a la sociedad no puede ignorar la realidad descripta. Debe tener particularmente en cuenta la relación de consumo, ya que todos nos encontramos en el mercado¹⁶ desde la soledad del consumidor frente a lo sofisticado y organizado de una red de distribución.¹⁷ No pueden escapar a la regulación las distintas capacidades cognitivas, necesidades personales y situaciones económicas de los sujetos contratantes¹⁸. Los personajes del mercado no son iguales, afirma Mosset Iturraspe, la profesionalidad de unos se opone a la necesidad de otros.

No cabe más, pues, que analizar el Proyecto de Unificación Civil y Comercial a la luz de estos conceptos para evaluar su conveniencia.

III. SUPUESTOS DE DEBILIDAD

I. Mayoría de edad a los dieciocho años

El art. 20 del Proyecto establece la mayoría de edad a los dieciocho años. Los fundamentos de la comisión redactora son los mismos que se vienen sosteniendo en los proyectos anteriores. Se invoca una necesidad de adecuar nues-

¹⁴ BAY, Rosa Nélida - RIVEROL, Antonio J., "Autonomía de la voluntad: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

¹⁵ Adaptación de una frase del manifiesto del partido comunista (Marx y Engels) referido a la propiedad privada.

¹⁶ John Fitzgerald Kennedy en el mensaje al Congreso del 15/5/1962 afirmó: "consumidor por definición nos incluye a todos".

¹⁷ GASTALDI, José M., y otros, "Autonomía de la voluntad: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

¹⁸ Consultar las sugerencias sobre el tema BAZANTA, Alicia - RAFAELLI, Adriana, "Autonomía de la voluntad. Contratos de adhesión: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

tra legislación a la tendencia universal y en especial a la de los países del Mercosur. La idea es facilitar el libre desplazamiento de las personas y la libertad de establecimiento, para lo que es más conveniente un régimen uniforme de adquisición de la plena capacidad de ejercicio. Corresponde hacer varias observaciones. Primero, la mayoría de las legislaciones prevé, al igual que nuestro Código Civil, que la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio del actuante (arts. 6º, 7º y 138, CCiv.), salvo para mantener la capacidad otorgada por la ley de su país de origen (139, CCiv.); por lo tanto, si un argentino mayor de dieciocho años pero menor de veintiuno mudase su domicilio a un país donde la mayoría de edad fuese a los dieciocho años, sería reputado mayor de edad aunque fuese menor de acuerdo con la ley Argentina. En segundo lugar, la ley debe regular para la generalidad de los casos, es decir, "de acuerdo con lo que habitualmente ocurre". Nos preguntamos entonces ¿cuántos son los jóvenes de entre dieciocho y veintún años que desarrollan su principal actividad en el ámbito del Mercosur? Cifras del INDEC muestran que entre 1994 y 1998 se radicaron 68.680 personas en la Argentina (en total, no sólo contando jóvenes de entre dieciocho y veintún años). De todas esas personas, 19.460 provienen de países del Mercosur (Brasil: 2328; Paraguay: 12.987; y Uruguay: 4145). Se observa además que desde 1997 el índice de inmigrantes viene descendiendo significativamente. ¿No debería regularse este fenómeno, minúsculo a comparación de lo que generalmente ocurre, mediante una ley especial? Modificar la mayoría de edad para todos los ciudadanos por una cuestión que sólo afecta a unos pocos no parece ser una solución aceptable. La decisión legislativa de bajar la mayoría de edad a dieciocho años no puede basarse en supuestos motivos de integración económica, sino que debería tenerse en cuenta si los jóvenes argentinos, considerando su desarrollo intelectual, formación, posibilidades, etc., son lo suficientemente maduros como para dirigir autónomamente su vida y sus negocios. Hay que considerar que la situación de los países que otorgan plena capacidad de ejercicio a los dieciocho años es distinta que la nuestra. Esta corriente comenzó en países económicamente desarrollados donde los jóvenes están contenidos por una estructura social. Incorporar al mundo de los negocios a jóvenes inexpertos es una forma más de determinar la debilidad jurídica en la contratación. Actualmente, el mundo exige a los jóvenes una rápida capacitación, esto es, el ingreso prematuro a la actividad laboral, desempeñando tareas cuasimotóbicas. No se propende a la formación del individuo logrando que éste tenga un panorama del mundo que le permita decidir por sí mismo lo más conveniente para su persona. Y éste es el más grave error: confundir capacitación con formación o madurez. El art. 20 del Proyecto, al incentivar la temprana independencia de los jóvenes, contradice la opinión de gran cantidad de economistas y sociólogos que proponen retrasar el ingreso laboral de los jóvenes y ampliar a la vez el período de educación (formación, no

capacitación): "ésta habría de ser extendida hasta cuatro años, al tiempo que la finalidad de esta formación habría de ser la de obtener unos niveles más altos en la habilidad y en la calificación profesional si es que ha de tener un impacto significativo"¹⁹. Tampoco guarda coherencia este art. 20 con el art. 583 del mismo Proyecto, que extiende la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos hasta los veinticinco años "en tanto la prosecución de sus estudios o preparación profesional les impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente". Esta última norma (art. 583), y no la primera (art. 20), es adecuada a las necesidades del mundo moderno.

Nuestra atención a este tema se debe a que consideramos fundamental para la protección de los jóvenes evitar la reducción de la mayoría de edad al límite indicado. La reducción implica dotar de plena capacidad de ejercicio a quien no tuvo aún la posibilidad de acumular la experiencia que la sustente. Que el ordenamiento jurídico atribuya cierta madurez a quien no la tiene es una forma más de debilidad jurídica. Lo mismo ocurre con el principio de autonomía de la voluntad. Si la ley declara a ambos sujetos en igualdad de condiciones para negociar un contrato, y resulta que uno de ellos no tiene otra opción más que adherir a la propuesta del otro, es evidente que el sistema perjudica a quien reconoce una capacidad que en realidad no tiene. El problema se complica aún más cuando se analiza el rol de la publicidad y la creación de falsas necesidades. Cuando desde el discurso dominante se imponen ciertas pautas o metas a alcanzar para lograr la "felicidad", y el derecho permanece inmutable frente a este acontecimiento, omitiendo legislar el correcto uso de la publicidad, se genera nuevamente una desprotección de todos en general pero de los jóvenes en especial, ya que son éstos los más sensibles a los efectos de la misma.

Por último, es importante destacar que nuestro sistema es flexible en cuanto permite la emancipación por habilitación de edad de los menores que hubieren cumplido dieciocho años. El menor adquiere capacidad civil con las restricciones previstas por los arts. 134 y 135 del CCiv. Sería acertado receptor legislativamente la opinión de parte de la doctrina que propone establecer la posibilidad de adelantar la mayoría de edad, por lo tanto eliminar las prohibiciones antes mencionadas, por decisión de los progenitores con conformidad del menor, o incluso mediante solicitud judicial de éste cuando existan causas que justifiquen dicha determinación.

2. Lesión

La incorporación de este instituto fue uno de los grandes aciertos de la reforma de 1968. En palabras de Ghersi, "nos devuelve el derecho inalienable de

¹⁹ HADDY, Charles. *El futuro del trabajo humano*. Ariel, Barcelona, 1986.

ser desiguales, pues la igualdad teórica y abstracta de Vélez Sarsfield nos estaba asfixiando”²⁰. La lesión (art. 954, CCiv.), la imprevisión, la buena fe (art. 1198, CCiv.) y el abuso de derecho (art. 1071, CCiv.), son principios paradigmáticos del derecho moderno. En ellos se basa la protección del consumidor, materializada por la ley 24.240. Son los pilares de la equiparación de las partes en el mercado. El Proyecto recepta en su art. 327 la lesión subjetiva-objetiva, agregando algunos elementos. El art. 954, CCiv. establece que podrá demandarse la nulidad o modificación del acto jurídico cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperience de la otra, obtuviera una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. La lesión subjetiva está dada por la explotación de cualquiera de estas tres circunstancias, a las que debemos sumar las incorporadas por el Proyecto: a) la condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones asumidas por el explotado; b) la edad avanzada del sujeto explotado; c) el sometimiento del explotado al poder del explotador resultante de la autoridad que éste ejerce sobre aquél o de una relación de confianza. Las situaciones definidas en a) y b) hoy son abarcadas, mediante una interpretación amplia, por el concepto de ligereza, que alude a una imposibilidad de razonar en concreto. De esta manera el Proyecto parece utilizar el término “ligereza” en un sentido restringido, refiriéndose a “una situación patológica de debilidad mental”²¹, un debilitamiento que no alcanza a la demencia ni a la inhabilitación (Zannoni). Suponemos que igualmente la doctrina seguirá interpretando en forma amplia, posibilitando concebir como “ligereza” a situaciones no previstas por el legislador.

Es una novedad muy interesante la explotación que se basa en la autoridad que una persona ejerce sobre otra, o la derivada de una relación de confianza. Actualmente, el art. 940, CCiv. enuncia que “el temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos”. Al decir “no es causa suficiente” el Código admite implícitamente que el acto no es jurídicamente sano, pero no ofrece ninguna solución. “No es suficiente” quiere decir que se requiere algo más para que el acto sea anulable. Ese “algo más”, a partir del Proyecto, es la ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación. Hoy el Código deja vacante esta posibilidad, porque sólo acepta para que se configure la lesión, que el aprovechamiento se funde en razones de necesidad, ligereza o inexperience. Este acierto del Proyecto cierra el sistema perfectamente.

No es tan feliz, sin embargo, la disposición siguiente del mismo artículo que se refiere a la presunción de explotación. El art. 954, CCiv. prescribe que

²⁰ GIBER, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, 4ª ed., Azules, Buenos Aires, 1998.

²¹ MOSSET ITURBASPÉ, Jorge, *Comentarios*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.

la explotación se presume, salvo prueba en contrario, en caso de notable desproporción de las prestaciones. El Proyecto exige además de la prueba de la ventaja desproporcionada, la prueba de alguno de los extremos mencionados en el art. 327 referidos al estado subjetivo de inferioridad (ligereza, necesidad, edad avanzada, etc). Semejante requisito no puede ser más que perjudicial. ¿Se pretende penar la explotación o lograr el restablecimiento de la ecuación económica? Las consecuencias para el explotador no son nada gravosas, ya que la invalidez o el reajuste lo privan de una ventaja injustificada. En cambio, para el explotado la situación es distinta: no se le debe exigir más que la prueba de la notable desproporción de las prestaciones. El sometimiento de la parte débil a un certamen probatorio es en este sentido un retroceso ideológico. En los fundamentos la Comisión sostiene que "se sigue el criterio de atribuir la prueba a quien está en mejores condiciones de proveerla"²¹. Se trata de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que exige que "el demandado no permanezca quieto e indiferente ante los esfuerzos del actor"²². Lo que se está olvidando es que este principio nace para proteger a la parte débil, no al explotador. Además, hablar de desplazamiento sólo tiene sentido cuando se traslada la carga probatoria del actor al demandado. Pero el Proyecto deja la prueba en manos del actor, con lo cual no se está aplicando la mencionada teoría sino el principio por el cual quien alega un hecho debe probarlo. Se están aplicando a favor de la parte fuerte los mecanismos que surgen para defender a la parte débil.

Otra cuestión importante es la aplicación de la lesión subjetiva en el ámbito comercial. La doctrina y gran cantidad de fallos judiciales²³ han interpretado que si bien no puede negarse su aplicación, "la misma debe ser hecha con sumo cuidado y precaución, cuidando que no sea utilizada por los comerciantes para librarse de sus malos negocios"²⁴. No cabe duda de que el instituto es aplicable cuando una parte explota la necesidad de la otra. De hecho se da en la realidad que comerciantes agobiados por sus deudas contratan en situaciones desventajosas con la ilusión de poder salir adelante. La ligereza no podrá, en principio, ser alegada por el comerciante para solicitar la nulidad del acto o el reajuste de las prestaciones. Lo mismo ocurre con la inexperiencia. Así quedó determinado en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, 1976). Si podrá alegarse, en cambio, por el no comerciante que realiza actos de comercio. Admitir esta posibilidad para el comerciante sería tanto como permi-

²¹ Punto 48 de los Fundamentos.

²² ENRIQUE IBAÑEZ, "Desplazamiento de la carga probatoria", LL, 1994-C: 946.

²³ C. Nac. Com., sala D, 30/3/1984, "Diminución, Marcos v. Puj Lavín, Pábriz". "Quien es comerciante no puede —por regla general— invocar ligereza o inexperiencia, pudiendo excepcionalmente alegar necesidad si ello se vincula con la falta de elementos indispensables para el comercio, pero no el dinero que se precisa para nuevas especulaciones".

²⁴ MONTELEONE LANZARICO, Alejandro P., "Lesión subjetiva en materia comercial", cit.

tilite alegar su propia torpeza. La actividad mercantil exige diligencia y prolijidad²⁶. El Proyecto trata por igual a los desiguales al no prever una solución diferenciada para comerciantes y no comerciantes. En este caso es imposible unificar. Se debe prestar especial atención a las características personales de los sujetos. Cuando la relación es entre comerciantes, se debe analizar la posición de uno y otro en el mercado, el poder de negociación y la necesidad de contratar. Esto es claro en aquellos casos en que un distribuidor por ejemplo, contrata con una multinacional. Hay ciertos productos líderes en el mercado que el pequeño comerciante no puede dejar de tener, ya sea que los necesite para la producción de su mercancía o para no quedar excluido por la competencia. Tal fenómeno es denominado contrato de agotamiento (Santos Beiz) o extorsivo (Farina).

3. Contratación

En este punto la regulación se refiere tanto a los contratos discrecionales como a los de contenido predispuesto, siempre que no se trate de contratos de consumo. “*El Proyecto, procurando buscar el ideal del equilibrio, asume que éstos tienen su continente en la legislación especial*”²⁷. El art. 903, PU establece que en caso de concurrencia de las normas del Proyecto y de la legislación especial relativa a contratos, se deben aplicar en primer lugar “las normas indisponibles de este Código y de la ley especial”, por lo cual debe entenderse que en la relación de consumo la ley 24.240 mantendría plena vigencia.

El art. 899, PU adopta ciertas definiciones gestadas por la doctrina del contrato moderno. Estos conceptos serán de utilidad en la medida en que permitan al intérprete encuadrar jurídicamente las distintas situaciones presentes en la actualidad del mundo de los negocios, y siempre que la ley brinde respuestas adecuadas para cada problema. La inclusión de definiciones en el texto del Proyecto es sin duda un acierto. Generalmente, coadyuvan a una tipificación más precisa²⁸ y “obligan a todos aquellos que usen o apliquen las normas jurídicas, a entenderlas y emplearlas con el mismo sentido que le fuera dado por el legislador”²⁹.

En la definición de contrato (art. 899, inc. a)) no se mantiene la antigua concepción de “*varias personas*” que se ponen de acuerdo, sino que se habla de “*dos o más partes*” que manifiestan su consentimiento. Cada parte puede estar formada por “*varias personas*”. Se emplea un lenguaje preciso, ya que “*las palabras propias del lenguaje natural suelen adolecer de ambigüedad y de va-*

²⁶ MONTELEONE LANFRANCO, Alejandro P., “Lesión subjetiva en materia comercial”, LL, 1999-B-1070.

²⁷ Punto 159 de los Fundamentos.

²⁸ GHERSI, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

²⁹ CARRASO, cit. por GHERSI, Carlos A., en *Contratos civiles y comerciales*, cit.

iedad"³⁰. Por eso dice la Comisión: "No hemos vacilado en incluir las definiciones que consideramos necesarias"³¹.

A. Contrato discrecional: el inc. b) del mismo artículo lo define como *aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes*". Mosses Ibarra se señala que es el fruto de la libre negociación entre personas de un similar poder económico. Es un fenómeno cada día más real e impropio de la actualidad económica³². Pero una vez verificada la paridad en el poder de negociación, estos acuerdos obligan a las partes como la ley misma (art. 964, PU). Es lógico que, no habiendo una parte que se encuentre en inferioridad de condiciones respecto de la otra, la autonomía de la voluntad rebote la fuerza perdida en el contrato moderno, siendo sus principales límites o preceptos contenidos en los arts. 953, 954, 1071 y 1198 CCiv.

B. Contrato predispuesto: es "aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes" (art. 899, inc. c f). Una parte impone a la otra, en virtud de un mayor poder de negociación, las cláusulas del contrato. Por lo general, aunque puede no ser así, es consecuencia de la contratación masiva. La producción en serie de bienes y servicios que son ofrecidos en el mercado a un número ilimitado de personas requiere, en función de la celeridad del tráfico comercial, que el contenido de todos los contratos sea uniforme. Los autores suelen confundir el contrato predispuesto con el contrato de adhesión, y ello se debe a que son conceptos promiscuos, por más que el proyecto intenta diferenciarlos. Stiglitz observa que el contenido de este tipo de contratos "es constante y por lo tanto rígido e inmodificable"³³, lo que conlleva su aceptación o rechazo (característica típica del contrato por adhesión).

El art. 905, PU exige que los contratos predispuestos sean redactados de manera clara, completa y fácilmente legible. El principio *clare loqui* (hablar claro) implica explicar concretamente a qué se obliga el adherente³⁴. Los alcances de la obligación deben ser entendibles por cualquier persona con aptitud intelectual media. Se pretende evitar la inclusión de letras pequeñas, casi ilegibles, que suelen contener limitaciones a la responsabilidad del predisponente, excepciones a la garantía y todo tipo de cláusulas abusivas.

C. Condiciones generales: son "las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos par-

³⁰ Nota de Elevación del Proyecto.

³¹ Nota de Elevación del Proyecto.

³² MOSES IBARRA, Jorge. *Comercio*, cit.

³³ Cit. por MOGLIA CLAPS, "Los contratos con cláusulas predispuestas. Criterios a seguir para su imprescindible legislación", LL, 1994-C-1073.

³⁴ FARIÑA, Juan M., *Derecho*... cit.

particular, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado" (art. 899, inc. d)). Son impuestas por el estipulante, sin previa negociación, a todos los que deseen contratar con él. Por eso dice Farina que son "generales, abstractas e uniformes"²¹. El contrato predisponente puede ser redactado para un negocio específico, en cambio, las condiciones generales tienden a regular todas las futuras contrataciones. Al redactarlas no se tiene en mira a un sujeto en particular, sino que deben servir para un número indeterminado de casos. Puede que se hayan tenido en cuenta los rasgos más salientes de quienes suelen contratar un determinado bien o servicio, pero ello de ninguna manera implica la individualización del sujeto, sino la caracterización del grupo al que éste pertenece como potencial contratante (segmentación del mercado). Además de esto último, lo único que diferencia a las condiciones generales de contratación de los contratos predisponentes es que aquéllas pueden ser impuestas por una autoridad administrativa (ej. pólizas de seguro).

La ley española sobre condiciones generales de contratación de 1998 establece en su art. 1º que: "*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*". Se aclara, además, que el hecho de que algunas cláusulas hayan sido negociadas individualmente no excluye la aplicación de la mencionada ley. La ley española prescinde de la autoría material de las condiciones generales justamente para aceptar legislativamente que estas cláusulas pueden ser redactadas por una autoridad administrativa. Tampoco importa la "aparencia externa" de las condiciones generales de contratación para ser calificables como tales. Éstas se presentan, como advierte Farina, en diversas formas. Pueden figurar: en cateles (pero para que sean alegables por el predisponente, éstos deben ser llamativos), en la envoltura del producto, en pantallas de televisión (requiriéndose en este caso suficiente tiempo de exposición), en catálogos o cualquier otro medio. Esto se relaciona con el art. 906, PU que dispone que "*las condiciones generales deben ser asequibles al no predisponente*". Deben estar "al alcance" del adherente. La ley española es mucho más protectora cuando establece en el art. 5º que "*no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*". Cuando el contrato se celebre verbalmente, el predisponente debe exhibir las condiciones generales en el lugar en donde se realiza la transacción. Creemos que de estos artículos de la ley so-

²¹ FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Azusa, Buenos Aires, 1997.

bre Condiciones Generales de Contratación se desprenden principios que bien pueden ser utilizados para interpretar el art. 906, PLU, porque debido a lo escueto de su redacción corre el riesgo de no cumplir con su cometido. Admitimos que el adherente sea responsable cuando le fuera posible conocer las condiciones generales y, faltando al deber de buena fe, obre con total indiferencia, sin cumplir con lo que le era exigible que hiciese para conocerlas. El límite está dado por la actuación diligente del adherente considerando la importancia del contrato. Una mayor exigencia al no-predisponente atentaría contra la seguridad jurídica: significaría que las condiciones generales, al igual que la ley, se presumen conocidas por todos.

Las condiciones generales deben evitar contener remisiones a otros textos que, siendo ajenos al conocimiento público, no se entreguen al adherente previa o simultáneamente a la celebración del contrato¹⁶.

D. *Contrato celebrado por adhesión*: es el "*contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación*" (art. 899, inc. e). La ley modelo de "*Consumers International*" para la protección de los derechos del consumidor en América latina y el Caribe dispone en el art. 21: "*se entenderá por contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar*". Si bien se trata de un proyecto de ley de defensa del consumidor, el concepto de contrato por adhesión no varía en los contratos de consumo. La ley federal de protección del consumidor de México define al contrato por adhesión diciendo: "*se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato*". El predisponente no admite discusión alguna, debiendo la otra parte aceptar las cláusulas o no celebrar el contrato. Dicho de otro modo, el adherente no puede modificar el contenido del contrato, es decir, no participa en la formación del negocio, o su participación se limita a aceptar lo que muchas veces no puede rechazar. Esta modalidad contractual supone una parte fuerte que impone su esquema a la otra en un sentido de "*lo tomas o lo dejas*" (Messinero)¹⁷. Frente a esto surgieron teorías anticontractualistas que consideran que el contrato por adhesión es un acto unilateral que beneficia o perjudica a quien se adhiere a él. Esta adhesión no hace que el acto sea bilateral. "No puede decirse, uno sobre una ficción, que son obligatorias en virtud de un lazo contractual aquellas cláus-

¹⁶ La ley modelo de "*Consumers International*" contiene un concepto similar.

¹⁷ Cfr. por Farina, en *Contratos comerciales modernos*, cit.

sulas cuyo conocimiento ha sido a veces imposible”²⁸. Esta postura extrema juzga que la adhesión al contrato es lo que la promulgación a la ley: un requisito de validez. Existe también una posición intermedia que califica al contrato por adhesión como un negocio con base contractual y fondo reglamentario. Es una figura intermedia entre el contrato y la institución, en la cual se hace imprescindible la intervención del legislador para equilibrar el poder de las partes; de esta manera una de ellas tendrá el poder económico y la otra el poder del amparo legal. Lamentablemente es fácil advertir que el primero de estos poderes suele imponerse sobre el segundo. Nuestra posición respecto del contrato por adhesión es la expresada en la introducción de este trabajo. Por eso nos parece importante la inclusión en el Proyecto de esta categoría de actos jurídicos.

La definición adoptada por la Comisión puede parecer incompleta a comparación de las acogidas por otras legislaciones, pero en este caso creemos en la conveniencia de una conceptualización amplia que no restrinja al intérprete. Definir es limitar. Una definición puede incluir más o menos elementos. Si se incluyen muchos elementos, a la vez se restringe el objeto de estudio; si se incluyen pocos elementos el objeto de estudio se expande posibilitando encuadrar dentro de ella un mayor número de fenómenos. Si se definiere al contrato por adhesión describiendo detalladamente sus requisitos, nos encontraríamos con que una menor cantidad de actos jurídicos reúnen las condiciones necesarias para ser considerados como amparados por la norma que protege a la parte no-prodisponente.

La relación que existe entre el contrato por adhesión, las condiciones generales y los contratos predisuestos es de necesidad. Ante la presencia de condiciones generales o cláusulas predisuestas la modalidad de celebración del contrato será necesariamente la adhesión. La diferencia es que las condiciones generales regulan sin tener en cuenta a un sujeto determinado, en cambio, las cláusulas predisuestas pueden ser redactadas para una persona precisa, con lo cual el primer concepto queda subsumido en el segundo. Otra postura (C. Nac. Civ., sala D, 19/6/1990) considera que las cláusulas predisuestas por sí solas no configuran un contrato por adhesión, ya que para ello se requiere, además, que el adherente no haya tenido la posibilidad de elegir a su cocontratante. Por lo tanto, únicamente sería correcto hablar de contrato por adhesión en presencia de un monopolio. Al igual que Farina, no compartimos esta opinión. Por más que el adherente pueda elegir entre varias empresas, siempre tendrá que someterse a las condiciones generales de cualquiera de ellas²⁹, y esto es lo relevante en materia contractual.

²⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit.

²⁹ FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, cit.

3.1. Fuerza obligatoria del contrato

"Los contratos discrecionales obligan a las partes como la ley misma, y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos" (art. 964, PU). La consecuencia de que un contrato sea considerado discrecional de acuerdo con la definición provista por el art. 899, inc. b), PU, es que la voluntad de las partes resulta suficiente para crear una ley individual, siempre y cuando no se vulneren los principios antes mencionados —buena fe, objeto lícito, derechos de terceros, orden público, moral y buenas costumbres, etc.—. Lo mismo dispone el art. 965, PU para los contratos predispuestos: "Sin perjuicio de disposiciones especiales, los contratos predispuestos, y las cláusulas predispuestas, obligan en general con los mismos alcances que los establecidos en el artículo anterior". También el contrato predispuesto, salvo disposiciones especiales, obliga a las partes como la ley misma. El problema es que el "legislador", autor de las cláusulas contractuales, no tiene en mira el interés general sino el propio. Pero no tiene sentido quejarse porque no podría ser de otra forma. No es posible eliminar el contrato por adhesión aunque sí orientarlo a una finalidad social. El contrato por adhesión es el único instrumento idóneo con que cuenta la empresa para ofrecer bienes y servicios masivamente. La negociación individual, salvo supuestos especiales, no beneficiaría al consumidor. El hombre moderno requiere agilidad en las transacciones comerciales como nunca en la historia. Entonces, el contrato por adhesión debería ser un medio para el fácil acceso a bienes y servicios, y su consecuente ahorro de tiempo. Claro que lo que generalmente ocurre es que el predisponente aprovecha su condición dominante para mejorar su posición jurídica respecto de sus cocontratantes. Aparece así la cláusula abusiva, con el objetivo, según explica Ghersi, de consolidar la maximización de la tasa de beneficio de la empresa y la limitación o previsión del riesgo⁴⁰. Para Stiglitz, la principal causa de inclusión de este tipo de cláusulas es la limitación de la responsabilidad por daños⁴¹. Los contratos predispuestos tienen la misma fuerza obligatoria que los contratos discrecionales, exceptuando los casos en que se verifiquen cláusulas abusivas (arts. 965 y 968 y ss., PU). Ésta es la importancia de definir el contrato predispuesto: la aplicación de normas específicas que protegen al adherente de los abusos del estipulante fuera de la relación de consumo.

3.2. Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos

Señala Mosset Iturraspe que la inclusión de cláusulas abusivas en las condiciones generales de contratación es una de las características más salientes

⁴⁰ Ghersi, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, cit. 1998.

⁴¹ STIGLITZ, Robert, "Contrato de consumo y cláusulas abusivas", JA, 20/5/1997.

del consentimiento por adhesión. Son cláusulas abusivas "las impuestas unilateralmente por el empresario y que perjudican a la otra parte, o determinan una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes"⁴². Dice Rezzónico: "es evidentemente irrita a un orden contractual justo, porque mientras concede todos los derechos al estipulante, a la vez los niega al adherente"⁴³. Se intenta, sin éxito, legitimar el ejercicio abusivo de la facultad de predisponer el contrato a través del principio de la autonomía de la voluntad (Mosses Iturraspe). El sistema queda desnaturalizado cuando el estipulante aprovecha su situación para alterar el equilibrio contractual mediante estas prácticas. La Ley española sobre condiciones generales de contratación define a la cláusula abusiva como aquella estipulación no negociada individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato⁴⁴. Mientras que algunos autores opinan que la cláusula abusiva es exclusiva de los contratos por adhesión (H. Bricks, y el criterio de la ley española), la mayor parte de la doctrina considera que "el asiento de la cláusula abusiva puede ser tanto el contrato individual negociado como las condiciones generales"⁴⁵. La ley de Bélgica establece que es abusiva toda cláusula o condición general que por sí sola o combinada con una, otras cláusulas o condiciones generales, cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes. En la Argentina, el decreto reglamentario de la ley 24.240 indica que lo determinante a los fines de calificar a una cláusula como abusiva es la afectación inequitativa de los derechos del consumidor, tomando en cuenta las obligaciones de ambas partes.

La cláusula abusiva puede estar en la génesis del contrato —vgr., cuantificar el incumplimiento del adherente y no el del predisponente—, o puede aparecer durante la ejecución del mismo —vgr., cuando se permite a ambas partes del contrato la rescisión incausada—⁴⁶. Las que devienen abusivas se presentan en su origen como situaciones de igualdad.

El Proyecto no brinda una definición de cláusula abusiva, pero establece supuestos de nulidad cuando ellas se presentan.

⁴² FARINA, Juan M., *Defectos...*, cit.

⁴³ REZZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predisponentes*, Astma, Buenos Aires, 1987.

⁴⁴ Art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, agregado por la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación del 13/4/1998.

⁴⁵ REZZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predisponentes*, cit., De la misma opinión es Sigüenza.

⁴⁶ GIBBS, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, cit.

3.3. *Nullidad de la cláusula abusiva*

Art. 908. "*Estipulaciones prohibidas en los contratos predispuestos. En los contratos predispuestos se tienen por no convenidas las estipulaciones que, por sí solas o combinadas con otras:*

"a) *Desnaturalizan las obligaciones de las partes.*

"b) *Limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida.*

"c) *Limitan la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica.*

"d) *Importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o asunción de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias.*

"e) *Obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares. En tal caso se los tiene por no convenidas en la demasía, y se aplica el art. 723 para los pagados en exceso.*"

Se trata de la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas. Se las tiene por no convenidas "sin perjuicio de la validez del contrato"⁴³, que seguirá siendo eficaz siempre que las cláusulas afectadas sean separables del resto. La nulidad puede ser total o parcial. En caso de nulidad parcial el juez integrará el contenido del contrato (art. 908, PU) "*con: a) Las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas. b) Las normas supletorias. c) Los usos del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables*" (art. 908, PU), "*salvo que con esa integración se afecte el equilibrio negocial*" (art. 908, inc. c), PU). "De modo que el predisponente continúa contractualmente ligado, aunque demuestre que él no habría contratado sólo con las cláusulas que quedan (...). Si rigiesen los principios que gobiernan la nulidad parcial tradicional, el predisponente podría colocar al adherente en la alternativa de hierro de tener que escoger entre soportar las cláusulas abusivas (e incluso las ininteligibles) o impugnarlas y resignarse a la plena ineficacia del contrato, perdiendo así el bien o el servicio que podría ser para él de vital importancia"⁴⁴. Debe procurarse, por directiva del Proyecto, la conservación del contrato siempre que sea posible (art. 1034, PU), atendiendo principalmente a la finalidad perseguida por las partes (Stiglitz)⁴⁵. En cuanto a las cláusulas abusivas por conexidad hay que tener en cuenta que se trata de cláusulas que aisladamente no son abusivas, lo que presenta el problema de determinar cuál debe ser eliminada. En estos casos lo más conveniente es modificar el contrato de acuerdo con la mejor

⁴³ Así lo establece el art. 37 de la ley 24.240. Se mantiene el mismo criterio en el Proyecto.

⁴⁴ FERRER, Juan M., *Defensa...*, cit.

⁴⁵ STIGLITZ, Rubén, "Contrato de consumo...", cit.

funcionalidad del mismo, *procurando asumir qué actitud habría adoptado un contratante de buena fe* (art. 908, PU).

El art. 968, PU introduce dos cláusulas abiertas: 1) las que desnaturalizan las obligaciones de las partes, y 2) las que importan renuncia o restricción de los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos de la otra parte; y tres cláusulas específicas: 1) las que limitan la responsabilidad del estipulante por daños al proyecto de vida, 2) las que limitan la responsabilidad del estipulante por daños patrimoniales, y 3) las que obligan a pagar al adherente una tasa de interés desproporcionada respecto del valor de mercado del dinero para deudores en condiciones similares.

Como puede apreciarse, las cláusulas abiertas "son estructuras desplegadas en su acción hacia múltiples hipótesis, no limitadas en su posibilidad por la restricción proveniente de la eventual aplicación ceñida a un caso particular"³⁰.

A. Cláusulas que desnaturalizan las obligaciones de las partes: "se trata de un *standard* de gran amplitud que permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación comercial de cambio"³¹. Según Lorenzetti, son las que importan un apartamiento injustificado, sin base en el sentido común, del derecho dispositivo³². El legislador diseña un modelo que considera razonable y lo ofrece a las partes para que lo tengan en cuenta, aunque no es obligatorio. Cuando una cláusula se aparta, sin una razón válida, de este esquema que el legislador propone, se convierte en irrazonable³³. El apartamiento está justificado cuando la intención de las partes es crear un marco jurídico más ajustado a su negocio "concreto" (en contradicción con el ideal abstracto de la ley), respetando los valores de equivalencia, reciprocidad y justicia. Agrega Stiglitz que este tipo de cláusulas alteran significativamente la relación contractual, ya sea: a) ampliando los derechos del estipulante, o reduciendo sus cargas; o b) suprimiendo los derechos del adherente o ampliando sus cargas³⁴. De cualquier forma se vulnera el principio de equivalencia de las prestaciones, y "sin ella, el contrato como instrumento de intercambio pierde su utilidad social"³⁵. Estas cláusulas deberán ser valoradas por el juez en el caso concreto. Farina comparte estos conceptos y presenta una se-

³⁰ REZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predisponentes*, cit.

³¹ ALTERINI, Adolfo A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abellido Perini, Buenos Aires, 1997.

³² LORENZETTI, Ricardo, "Autonomía de la voluntad: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

³³ LORENZETTI, Ricardo, "Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240", LL, 1994-C-918.

³⁴ STIGLITZ, Babel, "Contratos de consumo...", cit.

³⁵ GIBBS, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, cit.

de ejemplos ³⁶: 1) *Facultad del comerciante de desistir el contrato a su libre arbitrio* (piénsese en una empresa de medicina prepaga que, en virtud de una cláusula de este tipo, decide rescindir el contrato con un adherente que ha ido tal durante veinte años, pero que debido a su edad avanzada significa un mayor costo); 2) *Indeterminación de la fecha de cumplimiento por parte de la empresa*; 3) *Indeterminación del precio*; 4) *Imprecisión respecto del lugar de cumplimiento*; 5) *Falta de reciprocidad en el trato* (ej: las empresas de servicios domiciliarios deben aplicar para los reintegros los mismos criterios que establezcan para cargos por mora) ³⁷.

B. Cláusulas que importan la renuncia de los derechos del adherente: la renuncia de los derechos del adherente o la ampliación de los del predisponente en dos formas igualmente útiles para alcanzar el desequilibrio contractual. Lorenzetti interpreta que el solo hecho de la renuncia no es causa de ineficacia. No todos los derechos son irrenunciables; esto sería excesivo e imposibilitaría a negociación. Una tutela exagerada se traduciría en una traba al comercio. La idea central de este autor es que la renuncia puede estar justificada en el caso concreto, siempre que no se trate de derechos principales. Estamos parcialmente en desacuerdo con esta opinión, simplemente porque en los contratos por adhesión no existe negociación que imposibilite. Ni con la mejor buena voluntad podrá hallarse un verdadero acuerdo entre partes en un contrato por adhesión (Rezzónico). La propuesta de Lorenzetti ³⁸ —expresada en referencia al art. 37 de la ley 24.240— es totalmente coherente tratándose de contratos discrecionales, pero en el supuesto aquí regulado, al igual que en los contratos de consumo, el adherente nunca obtiene un beneficio como contrapartida de renunciar a alguno de sus derechos. La renuncia se torna requisito esencial para el acceso al bien o servicio. Paradójicamente Lorenzetti concluye que cuando esto ocurre, la renuncia es ineficaz. Admitimos que podría ocurrir que un contrato por adhesión imponga la renuncia de un determinado derecho compensando al adherente de otra manera. Pero es un supuesto infrecuente. Es por ello que pensamos que el razonamiento del mencionado autor es válido pero abstracto. Farina comparte la opinión de Lorenzetti (aunque agrega algunos elementos) al decir que la finalidad de esta norma es “evitar que se le puedan imponer renunciaciones —(al adherente)— que impidan su acceso al bien o servicio, o que afecten aspectos no patrimoniales (integridad física, salud, honor) o que desequilibren la justicia conmutativa del contrato” ³⁹. Tampoco aceptamos este criterio, ya que nunca

³⁶ FARINA, Juan M., *Defensa...*, cit.

³⁷ LORENZETTI, Ricardo, “Principios generales...”, cit.

³⁸ LORENZETTI, Ricardo, “Principios generales...”, cit.

³⁹ FARINA, Juan M., *Defensa...*, cit.

puede ser la finalidad de la norma impedir la renuncia de derechos que son irrenunciables *per se*⁴⁰.

Nuestra posición:

a) Como principio general no debe admitirse la validez de la renuncia hecha por el adherente, salvo que haya sido negociada individualmente dentro del contrato por adhesión.

b) Excepcionalmente, comprobado el beneficio obtenido a raíz de la renuncia, ésta puede admitirse, siempre y cuando haya cierta equivalencia entre lo obtenido y lo cedido.

c) Ante la duda se debe presumir que la renuncia únicamente perjudica al adherente, es decir, no lo beneficia, manteniéndose en este caso la ineficacia de la cláusula.

d) El intérprete debe tener particularmente en cuenta la condición económica, social y cultural (posibilidad de comprensión) y la finalidad perseguida por el adherente, para evaluar su real intención (cuando la cláusula haya sido negociada individualmente), o conveniencia (cuando la cláusula fue aceptada como única forma de acceder al bien o servicio).

Esta propuesta pretende proteger al adherente pero a la vez mantener el mínimo de flexibilidad que requiere toda interpretación normativa. Nunca la tutela legal será suficiente para salvaguardar los derechos del no predisponente, que paga el altísimo precio de ser anónimo en el contrato.

C. Cláusulas que limitan la responsabilidad del predisponente: el estipulante, aprovechando su condición de "legislador contractual", traslada los riesgos del negocio al adherente mediante cláusulas que lo relevan de la obligación de indemnizar por violación de los compromisos contractuales respecto de éste, sea por un daño físico o económico. O dicho de otro modo: "el deudor de una prestación se exonera de reparar los daños que una ejecución imperfecta o una inexecución pudiera causar a la persona, a los bienes o a los intereses patrimoniales de su cocontratante"⁴¹. No es difícil entender por qué estas cláusulas son nulas. Dice Rezzónico: si "el débil se halla a merced del fuerte, que puede permitirse gratuitamente todas las imprudencias", entonces, "no habrá servido para nada edificar la teoría protectora de la responsabilidad"⁴². Se ha dicho que la asunción de responsabilidad por parte de la empresa, al aumentar sus gastos —por ejemplo contratando un seguro— eleva el costo del bien o servicio. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina opina que los precios bajos no autorizan cláusulas irrazonables o inmorales. Estudiosos del tema han asegurado además que, habiendo cláusulas de irresponsabilidad, el estipulante tiende a no cumplir

⁴⁰ Los derechos mencionados por Farina son desde un punto de vista sustantivista inextinguibles e irrenunciables, y desde un punto de vista positivista, están sancionados por normas indisponibles.

⁴¹ NORDMANN, *Le contrat d'adhésion*, citado por Rezzónico.

⁴² REZZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas prejudiciales*, cit.

con las diligencias exigibles a un buen hombre de negocios para la ejecución del contrato. Estaríamos ante una obligación meramente potestativa. En palabras de Llambías, “semejante obligación no tiene de tal sino el nombre”⁶³, ya que su cumplimiento depende de la voluntad del deudor. Para evitar esto, la doctrina restringió la validez de las cláusulas de exoneración que *resulten razonables* a aquellos casos en que el estipulante cumplió con el contrato. Recién una vez cumplida la prestación a cargo del predisponente es dable analizar la eficacia de la cláusula de exoneración, salvo cuando ésta se refiera a la dispensa anticipada de la responsabilidad por daños causados con dolo o culpa grave. La exclusión o limitación de la responsabilidad por daños fundada en otros factores de atribución es posible siempre que no exista una prohibición expresa. Respecto de la limitación o exclusión de la responsabilidad por daños al proyecto de vida, el principio es inverso: no es válida a menos que la ley la autorice. Estos preceptos se encuentran en el art. 1642 del Proyecto.

Cabe preguntarnos ahora, ¿qué es precisamente lo que protegen los incs. b) y c) del art. 968, PU? El inc. b) se refiere a los daños al proyecto de vida, y el inc. c) a los daños patrimoniales. El art. 1600, PU, al definir el daño, explica qué comprende cada una de estas categorías:

a) *Daño patrimonial*: “comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por *daño emergente* a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por *lucro cesante*, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud de realizar actividades remunerables” (art. 1600, inc. a), PU).

b) *Daño extrapatrimonial*: “comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afeciones legítimas” (art. 1600, inc. b), PU). “La persona, dice Fernández Sessarego, es un proyecto de vida, y todo lo que afecte a ese proyecto configura daño a la persona. Se pone el acento en el daño a la salud, que consiste en el impedimento para gozar de los bienes de la vida, independientemente de la capacidad de trabajar o de ganar dinero. Dentro del daño a la salud se incluyen el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño psíquico, el daño sexual...”⁶⁴.

Hay cláusulas que indirectamente pueden limitar la responsabilidad por daños, como las que imponen la inversión de la carga de la prueba en contra del adherente (art. 37, inc. c) de la ley 24.240). “Pactos como éstos llevan al consumidor a una situación de indefensión produciendo por vía indirecta los mis-

⁶³ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, 14^o ed., Petrol, Buenos Aires, p. 362.

⁶⁴ ALTEIRI, AGÜE A. - AMEAL, OSCAR J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones...*, cit.

mos efectos que una cláusula limitativa de responsabilidad, pues pone a su cargo una prueba prácticamente diabólica”⁶⁵. Si bien la apreciación de Farina está dirigida a la relación de consumo, no hay que olvidar que el consumidor no se halla en peores condiciones que un pequeño comerciante cuando contrata con una gran empresa. La debilidad contractual afecta a ambos por igual, siendo la única diferencia, que el primero de ellos es amparado por la ley 24.240 dado que adquiere el bien o servicio para su consumo final, y el otro no. Viene al caso reiterar que los principios que inspiran la defensa del consumidor deben ser extendidos a la protección del individuo en el mercado, cualquiera sea su carácter.

D. Cláusulas que obligan al adherente a pagar una tasa de interés desproporcionada: se debe tener en cuenta el costo del dinero para deudores en operaciones similares para determinar si hay o no desproporción. La norma declara no convenidos los intereses en lo que excedan sin justificación el índice referencial del mercado. Se ha receptado la actuación de nuestros tribunales en este artículo: “la tasa pactada es abusiva si se toma en consideración que el 2 % pactado excede en mucho al interés utilizado (...) en el circuito interbancario...”⁶⁶. “Este Tribunal ha señalado reiteradamente que si bien la ley deja librado a la voluntad de las partes el establecimiento de la tasa de interés que ha de aplicarse al pago de la obligación, adquiriendo plena validez lo convenido al respecto en la medida en que la tasa fijada no resulte abusiva, caso en el cual puede ser reducida por los jueces aun de oficio”⁶⁷. “La apreciación del ajuste de las tasas de interés a los límites de la moral y las buenas costumbres constituye una cuestión de hecho, dependiente de las distintas variables en que se desenvuelve la economía general, determinando el mercado diversas tasas de interés según se modifican las circunstancias”⁶⁸.

3.4. El problema del art. 969, PU

Art. 969. “Aprobación por el no predisponente. Sin embargo, las estipulaciones previstas en los incs. c), d) y e) del artículo anterior son oponibles al no predisponente si el predisponente prueba que, antes de concluir el contrato, aquél las ha conocido, o hubo de haberlas conocido; y que las ha aprobado expresa y especialmente por escrito, si esta aprobación resulta razonable”.

⁶⁵ Farina, Juan M., *Defensa...*, cit.

⁶⁶ C. Nac. Com., sala B, 13/9/1985, “Estévez Cabral v. Andía, Edmundo”.

⁶⁷ C. Civ. y Com. Buenos Aires, “Basino, Osvaldo José v. Parraluis, Rubén Alejandro hipotecario”.

⁶⁸ C. Civ. y Com. Buenos Aires, 30/3/1985, “Banco de Crédito Argentino SA v. Basílico, Roberto Alfredo y otros s/ajecación hipotecaria”.

Es un artículo altamente perjudicial que desequilibra el sistema jurídico. Su confusa redacción posibilita diversas interpretaciones, de las cuales no todas benefician a la parte débil del contrato.

¿Qué significa el enunciado “hubo de haberlas conocido”? Es una frase ambigua y puede significar que el adherente tuvo el deber de conocer las cláusulas que al momento de contratar eran accesibles por el público en general o, que dadas las circunstancias es lógico presumir que efectivamente las conoció. Ambas hipótesis se descartan cuando la norma exige que el adherente las haya aprobado expresa y especialmente por escrito, con lo cual el supuesto analizado carece de sentido. Pero aun podría interpretarse que son válidas las cláusulas que limitan la responsabilidad por daños patrimoniales, importan renuncia de los derechos del adherente, u obligan al no predisponente a pagar una tasa de interés desproporcionada, si éstas se encuentran en el mismo instrumento firmado por el adherente. La suscripción del contrato implicaría el conocimiento (no la comprensión) y la aprobación por escrito de sus cláusulas, con lo que se completan los requisitos exigidos por la norma. Ahora bien, el problema central de la contratación predispuesta no es el desconocimiento o “no-aceptación” expresa de las cláusulas, sino que por el contrario, lo que generalmente ocurre es que el adherente habiéndolas conocido no puede resistirse a aceptarlas sin perder el acceso al bien o servicio.

El art. 970, PU establece que las excepciones previstas en el artículo anterior no son aplicables cuando el contrato ha sido celebrado por adhesión. Tiene vital importancia la teoría en que cada uno se enrole. Si se adopta un concepto restringido de contrato por adhesión ⁶⁹, el resultado será elogiable desde el punto de vista de las empresas.

Nuestra posición. El encuadre legal puede resumirse de la siguiente manera: se tienen por no convenidas las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos (art. 968, PU), a menos que sean aprobadas expresamente por el no predisponente (art. 969, PU), salvo que se trate de un contrato por adhesión (art. 970, PU). El esquema así presentado es incoherente. Basta señalar que el contrato predisuesto siempre se celebra por adhesión. El intento de separar estos conceptos es inútil.

4. Interpretación del contrato

La interpretación del contrato no es otra cosa que determinar su sentido y alcance. A tal efecto, el Proyecto cuenta con un capítulo que contiene ciertos principios-herramientas en los cuales debe basarse el razonamiento jurídico ⁷⁰.

⁶⁹ C. Nac. Civ., sala D, (1996/1990). Para que el contrato sea por adhesión se requiere redacción unilateral (cláusulas preelaboradas) e imposibilidad del adherente de elegir a su conveniencia (monopolista).

⁷⁰ PERELMAN, “La lógica jurídica y la nueva estética”, citado por GARRÉS, Carlos en *Contratos civiles y comerciales*, cit.: “el razonamiento jurídico es la actividad intelectual discursiva (propositiva)

4.1. Buena fe como principio rector

"Las partes deben actuar de buena fe durante la celebración y la ejecución del contrato" (art. 966, PU). Se trata del "convencimiento en quien realiza un acto jurídico de que éste es verdadero, lícito y justo". La buena fe aplicada al cumplimiento de las obligaciones contractuales presenta dos aspectos fundamentales: la buena fe-creencia, en cuanto conocimiento de no estar actuando en detrimento de un interés legítimo, y la buena fe-lealtad, como intención de cumplir con los deberes jurídicos que resultan del contrato⁷¹. El art. 1023, PU impone la interpretación de buena fe como principio rector. Remite al art. 967, PU en el cual se reproduce con ligeras modificaciones el art. 1198 CCiv. El límite de la obligación está en la razonabilidad del compromiso contraído por un contratante cuidadoso y previsor. Se incluyen en las obligaciones las consecuencias que resulten de la naturaleza del contrato, las negociaciones previas, las prácticas usuales entre las partes, la conducta ulterior de ellas⁷², los usos si no han sido excluidos expresamente, y la equidad⁷³, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte⁷⁴. Si el contrato es celebrado por una parte que actúa profesionalmente, para la interpretación de buena fe se toma especialmente en cuenta la adecuación a las pautas razonables de actuación leal en la actividad a la que corresponde el contrato (art. 1026, inc. b), PU).

Se debe asignar especial relevancia a:

A. La real voluntad de las partes: se ha de privilegiar lo que ha sido común intención de las partes, antes que la literalidad de lo manifestado [art. 1023, inc. a), PU]. El art. 218, inc. 1º, CCom. consagra, como afirma Mosset Iturraspe, la denominada interpretación subjetiva, que concuerda con la fórmula aquí analizada. "Se debe buscar la intención común de los contratantes y no la individual de cada uno de ellos, lo que tuvieron en mira ambas partes y no lo que cada uno pudo perseguir como finalidad personal"⁷⁵. El art. 1362 del CCiv. italiano

y volitiva del jurista, órgano de los poderes públicos o no, dirigida a interpretar las normas de un ordenamiento jurídico positivo dado (en nuestro caso, un contrato es una norma particular).".

⁷¹ OSIZOBEKI, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasa, Buenos Aires, 1997.

⁷² El art. 218, inc. 4º, CCom. C. Nac. Civ., sala D, 28/1194: "La conducta de las partes posterior al contrato constituye un elemento muy valioso para interpretar la voluntad expresada en los convenios...".

⁷³ El inc. 3º del art. 218, CCom., consagra la interpretación basada en las reglas de la equidad.

⁷⁴ C. Nac. Com., sala B, 11/4/1995: "El tribunal debe buscar el mantenimiento del equilibrio en los acuerdos de voluntades, utilizando como principio rector la buena fe... la lealtad recíproca, y los usos y prácticas observados en casos análogos, por lo que no puede aceptar un comportamiento contradictorio respecto de otras conductas del mismo sujeto que quiere ejercer el derecho".

⁷⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, cit.

dice: "al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras". La doctrina, en general, concuerda en que este principio es apropiado para la interpretación de contratos discretionales, pero en los contratos predispuestos "el intérprete debe prescindir de las circunstancias particulares y la voluntad común de los contrayentes, pues se trata de un texto no redactado para ese supuesto, sino para la generalidad de casos, el cual refleja sólo la voluntad del predisponente"⁷⁶. Según Rezzónico, se debe otorgar prioridad al *punto de vista objetivo*, ya que la relación individual se encuentra superada por las nuevas modalidades negociales. En ellas, a los comportamientos y expresiones se les atribuye un significado constante con prescindencia de la opinión de las partes en el caso concreto⁷⁷. En estos casos tienen gran relevancia los usos, por ello aclara el art. 967, PU que "las *costumbres abusivas no constituyen usos, aunque sean de práctica*".

Por nuestra parte creemos que la respuesta no es tan sencilla. Es cierto que en los contratos discretionales se debe atender a la voluntad común de las partes por sobre la literalidad de los términos empleados. También es cierto que esta voluntad común no existe en los contratos predispuestos, por lo tanto debe ser dejada de lado. Pero interpretar un contrato de este tipo objetivamente tal vez no sea lo mejor para el adherente, que muchas veces se ve obligado a aceptar lo que no quiere para no perder el acceso al bien o servicio. El sistema rígido de los formularios no permite cubrir las diversas necesidades del no-predisponente. Como ejemplo podemos citar, en el campo de las tarjetas de crédito, cuando el cliente quiere realizar un reclamo y el banco le ofrece un formulario de desconocimiento de compra; la intención del adherente no es desconocer la compra, sin embargo, para ser oído debe firmar ese documento, que es el único con que cuenta el banco para atender las quejas del usuario. Sería injusto responsabilizar al adherente por desconocer la compra, cuando su intención nunca fue ésa. Como vemos la voluntad de la parte débil no puede ser dejada de lado, ya que interpretar en sentido objetivo es casi lo mismo que interpretar la voluntad del predisponente.

B. Lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender: es "el sentido que razonablemente hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes una persona en la situación y las condiciones de la otra" (art. 1023, inc. b). Dice Mosset Iturraspe: "las partes sólo entendieron (o pudieron entender) lo que conocieron (o pudieron conocer); es decir, básicamente lo declarado o exteriorizado". Más allá del deber de diligencia que integra la buena fe, el problema termina siendo de relevancia de la voluntad real, tratado en el punto anterior.

⁷⁶ FAJANA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, cit.

⁷⁷ REZZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predispuestas*, cit.

C. La diferencia en el poder de negociación: es una cláusula abierta que permite al intérprete equilibrar la relación jurídica. La creación o modificación legislativa de la última década tiene como principal fundamento la disparidad económico-jurídica. Es una pauta de interpretación que existe desde el mismo momento en que las consecuencias de la masificación fueron observadas por los juristas.

D. La equivalencia de las prestaciones: el inc. d) del art. 1023, PU impone este criterio en los contratos a título oneroso. Es un principio general del derecho de contratos. El art. 932 del Proyecto del Ejecutivo dice en su parte final: "en los contratos onerosos se perseguirá la mayor equivalencia entre las prestaciones". El ser humano canjea su "capacidad laborativa" por valor dinerario y con ello accede a la contratación para la adquisición o uso de bienes o servicios; esto representa un esfuerzo económico que requiere de un esquema de equivalencia⁷⁸. El contrato no es otra cosa que la forma jurídica de este mismo fenómeno descrito. La equivalencia de las prestaciones es entre otros, un elemento más, que conforma la finalidad social que debe cumplir el contrato.

4.2. El significado de las palabras

Como principio general, las palabras empleadas en los contratos deben ser entendidas en el significado que tienen en el lenguaje corriente (art. 1027, PU). El lenguaje (sistema de símbolos) está regido por la regla de uso común. Según ella es conveniente utilizar las palabras con el significado convencional que a las mismas se les ha atribuido⁷⁹. Las personas se comunican cotidianamente por medio de símbolos. Estos símbolos son tales porque su uso recibió adhesión por parte de los miembros de la comunidad. Es lógico que la ley interprete las manifestaciones externas de los individuos de la misma manera en que lo hace la generalidad de los sujetos que integran un grupo social. El art. 217 del CCom. confirma la norma de interpretación aquí explicada: "*las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general...*" El Proyecto no se refiere únicamente a las palabras, sino que abarca dentro de la regla de uso común "*a las conductas, expresiones corporales, signos, símbolos, señales, siglas, abreviaturas, y demás grafías, caracteres y fonemas, con los que haya sido manifestado el consentimiento*".

Excepciones. La regla de uso común no es aplicable:

a) Si de la convención o de la ley resulta que debe serles atribuida una comprensión específica (art. 1027, inc. a)). La libertad de estipulación es otra regla del lenguaje que suele emplearse cuando los términos resultan "vagos" o

⁷⁸ GHERA, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, cit.

⁷⁹ GÓMEZ, Astrid - BIVERA, Olga M., *Análisis del lenguaje jurídico*.

"ambiguos". La estipulación elimina la imprecisión de las palabras brindando un marco de referencia al intérprete, con lo que las partes pueden ahorrarse ulteriores problemas.

b) Si los usos del lugar de celebración del contrato o las prácticas establecidas entre las partes asignan a las palabras un significado propio (art. 1027, inc. b)). El art. 218, inc. 6°, CCom. expresa: "el uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras".

c) Si se trata de palabras científicas, técnicas, o del arte, de una actividad específica. En este caso son entendidas con el significado propio del lenguaje específico si el objeto del contrato pertenece a esa actividad y las partes son idóneas en ella (art. 1027, inc. c)). El Proyecto del Ejecutivo en el art. 931 prescribe idéntica regla. Puede ocurrir que los contratantes utilicen una palabra ambigua a la cual correspondan un significado de acuerdo con el uso común y otro con el uso técnico de una determinada ciencia. Dado el caso, la palabra se entenderá con el significado atribuido por el uso técnico, si el objeto del contrato se relaciona con ello y los contratantes son igualmente idóneos en la materia.

4.3. Interpretación contextual

"Las cláusulas del contrato son interpretadas las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto" (art. 1028, PU). El contrato debe ser interpretado como un todo indivisible, debiendo sus cláusulas ser armonizadas. El Código de Comercio recepta este principio en el art. 218, inc. 2°, así como el Proyecto del Ejecutivo en el art. 932. "Todas las cláusulas del contrato han de observarse, no debiendo merecer una consideración aislada sino que han de valorarse en conjunto"⁸⁰. La jurisprudencia por su parte ha dicho: "las palabras, las frases, deben interpretarse según el contexto en que se articulan (...), ya que fragmentando el contrato en cláusulas no se llegará a una correcta hermenéutica"⁸¹. "Ante el conflicto, el juez debe investigar cuál es el contenido del contrato, considerándolo como un todo integral..."⁸².

El mismo criterio rige cuando, en lugar de cláusulas de un contrato, se trata de varios contratos celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global (art. 1030, PU).

⁸⁰ SCHMIDT-SALZER, citado por RIZOVIC, en *Contratos con cláusulas predisponentes*, cit.

⁸¹ C. Civ. y Com. Rosario, sala 4, 21/9/1995.

⁸² Aug. Civ. Com. Rosario no. 3, 9/5/1996.

4.4. Cláusulas generales, especiales, predisuestas y negociadas

"Las cláusulas especiales prevalecan sobre las generales, aunque éstas no hayan sido canceladas; y las incorporadas, sobre las predisuestas" (art. 1028, PU). El primer supuesto (especiales sobre generales) no presenta inconvenientes. El segundo en cambio, es un aporte interesante que sigue lo dispuesto por el art. 1342 del CCiv. italiano. Las cláusulas incorporadas pueden identificarse porque generalmente presentan, como dice Farina, una expresión gráfica distinta. Suele tratarse de adiciones, modificaciones o supresiones que se realizan en el contrato predisuesto. El Proyecto se refiere a las cláusulas "incorporadas" en contraposición con las predisuestas, por lo que debe entenderse que aquellas son producto de la negociación de las partes. Sin embargo, deben ser analizadas en el caso concreto, ya que sería muy fácil para el estipulante burlar la protección legal de que goza el adherente, insertando en el texto predisuesto cláusulas escritas a mano⁸³. La prioridad de las cláusulas particulares sobre las predisuestas ha sido fundamentada de diversas formas por la doctrina. Messina justifica este principio con el hecho de la *posterioridad cronológica* de las cláusulas agregadas; siendo éstas las que mejor representan la voluntad de las partes. En opinión de Farina, la razón de ser de esta norma es que las cláusulas agregadas "aparecen como genuina expresión de un acuerdo de voluntades"⁸⁴ (1137, CCiv.). Por último, corresponde aclarar que la cláusula particular prevalece sobre la predisuesta sólo cuando sea más beneficiosa para el adherente.

4.5. Cláusulas vagas o ambiguas

Son las que generan dudas sobre el modo en que debe desarrollarse el contrato, o bien sobre la extensión de las obligaciones de las partes. El Proyecto establece en el art. 1032 las reglas de interpretación señaladas a continuación:

A. Interpretación contra el predisponente: es un antiguo principio del derecho romano (*in dubio contra stipulatorem*). Es el estipulante quien diseña el esquema del contrato, quedando a la otra parte la alternativa de adherir o no, pero de ninguna manera participar en su redacción. Se interpreta en contra de quien pudo hablar claro (*clare loqui*) y no lo hizo. Fontanarrosa dice: "quien prepara un contrato para someterlo a la adhesión del otro contratante, debe hablar claro; y si no lo hace, imputese a sí mismo su propia torpeza o malicia". En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se aprobó por unanimidad la tesis según la cual las condiciones generales deben ser interpretadas, en caso de

⁸³ REZZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predisuestas*, cit.

⁸⁴ FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, cit.

oscuridad o duda, en contra del predisponente y a favor del adherente. El Proyecto dispone que este principio se aplica aun a los contratos discrecionales (art. 1032, inc. a)). Es a nuestro juicio una concepción errada, ya que en este caso le es reprochable al cocotratante, que se encuentra en igualdad de condiciones, haber aceptado la oscuridad, de manera que no se justificaría sancionar únicamente al redactor⁸⁵. No importa quién sea el autor material del contrato, sino que lo relevante es la posibilidad real del cocotratante de modificar la redacción. En este sentido, la doctrina española exige que la oscuridad sea imputable a sólo una de las partes. Distinto es el caso de los contratos predisuestos en los que no corresponde reprochar al adherente aceptar lo que no es claro.

B. Interpretación a favor de la parte débil: *"en los casos dudosos, que no pueden resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación"* (art. 218, inc. 7°, CCom.). Es el llamado *"favor debitoris"* que se diferencia del *"in dubio contra stipulatorem"* en que éste, a diferencia del primero, se aplica únicamente a los contratos predisuestos. La Ley de Defensa del Consumidor recepta este principio en el art. 37: *"la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa"*. El Proyecto (art. 1032, inc. b)) prescribe la interpretación en sentido favorable a la liberación de la parte débil, o de quien contrató con un profesional, *"o menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad"*. El esquema puede resumirse de la siguiente manera: a) cuando contraten dos personas no profesionales, se debe interpretar a favor de la liberación del más débil; b) cuando contraten un profesional con un no-profesional, la interpretación debe inclinarse por la liberación de este último; y c) cuando contraten dos profesionales, nuevamente se interpreta a favor del débil.

El único problema se presenta cuando un profesional contrata con un no-profesional que resulta ser la parte fuerte del contrato. ¿Cuál es el criterio de interpretación en este caso?⁸⁶

C. Interpretación en subsidio, en la comprensión más adecuada al objeto del contrato: (art. 1032, inc. c)) lógicamente debe entenderse que se trata de cláusulas (vagas o ambiguas) secundarias. En realidad no vemos la utilidad de esta regla de interpretación, ya que queda subsumida en el *"favor debitoris"*, *"contra stipulatorem"*, y principalmente en la regla de interpretación contextual.

⁸⁵ REZZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predisuestas*, cit.

⁸⁶ Se nos ocurre, entre otros, el caso de una persona adinerada que contrata a un agricultor desconocido para que dirija una cosecha.

4.6. Contratos y cláusulas predispuestas

"Los contratos predispuestos, y las cláusulas predispuestas, son interpretados en sentido favorable a la parte no predisponente. Si ésta no actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato, cuando es dudosa la existencia de una obligación a su cargo, se presume su liberación, y cuando son dudosos los alcances de su obligación, se está a la que es menos gravosa" [art. 1033, PU]. Son aplicables los mismos principios analizados en el punto anterior (*favor debitoris y contra stipulatorem*), al cual nos remitimos.

4.7. Denominación del contrato

"La denominación asignada al contrato por las partes no determina por sí sola su índole, sin perjuicio de lo que pueda sugerir conforme a las circunstancias" (art. 1029, PU). La denominación contractual es la caracterización del negocio jurídico de acuerdo con su funcionamiento en la realidad. Es, en palabras de Rezzónico, la manera de ser del contrato, su identificación, su idiosincrasia. Cumple sin duda alguna con una finalidad social, que es que todos los individuos puedan conocer medianamente a qué se obligan cuando celebran un determinado contrato. Así, cualquier persona sabe que cuando celebra un contrato de locación de cosas, sus obligaciones principales son pagar el precio y restituir la cosa en el mismo estado en que la recibió. Lo que la norma del Proyecto pretende es que no se enmascare bajo una denominación contractual una realidad distinta ⁸⁷.

4.8. Presunción de onerosidad

Se presume que las prestaciones a cargo de quien actúa profesionalmente son a título oneroso (art. 1036, inc. a), PU). Se sigue la línea del art. 218, inc. 5°, CCom., en cuanto *"los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos"*, y del art. 1627, CCiv. que establece que *"el que hiciere un trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir"*. Es una presunción que admite prueba en contrario. El Proyecto no habla de comerciantes sino de profesionales, siendo este último término comprensivo del primero. La jurisprudencia ha dicho: *"toda vez que los contratos mercantiles no se presumen gratuitos, sino generadores de lucro, el incum-*

⁸⁷ En el fallo "Compañía Singer y Ciaora" el tribunal sostuvo: "La denominación dada al contrato por los contratantes no puede variar su verdadera naturaleza y calificación jurídica, disimulada bajo el nombre de locación a venta a plazos para crear al vendedor un derecho real o un privilegio que le cubra los riesgos de la insolvencia o quiebra del comprador en la venta a plazos".

plimiento de los mismos, aun cuando no esté demostrada su cuantía, origina la obligación de resarcir...”⁸⁸; y respecto de los profesionales: “la actividad profesional de abogados y procuradores, se presume de carácter oneroso, excepto en los casos en que conforme a las excepciones legales pudieren o debieren actuar gratuitamente”⁸⁹; “...la onerosidad de la tarea se presume, y aun cuando se prestare fuera de la esfera propia de la actividad habitual del prestador, rige idéntico principio a menos que por las circunstancias no se presumiese la intención de beneficiar a aquel a quien el servicio se hacía...”⁹⁰.

4.9. Principio de conservación del contrato

Permite a las partes lograr la finalidad perseguida con la celebración del acto. Es de suma importancia en los contratos por adhesión, en los que la ineficacia del negocio priva al no-predisponente del bien o servicio y lo obliga para el futuro a aceptar cláusulas que le son inconvenientes. La norma tiende a evitar situaciones como la descripta. El art. 1034, PU puede desmenuzarse, para su mejor comprensión, de la siguiente manera:

a) *Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe procurarse interpretarlos de modo que sean eficaces*: claro está que nunca podrá declararse la eficacia de una cláusula que perjudica al adherente o a la parte débil (art. 1032, PU); en este caso el juez debe declarar la nulidad de la cláusula e integrar el contrato (art. 908, PU). Actualmente, el principio de conservación se halla en el art. 218, inc. 3°, primera parte del CCom. También fue receptado por el Proyecto del Ejecutivo.

b) *Si esto [la eficacia] resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos en el alcance más adecuado al objeto del contrato*: tanto su teleología como el contexto en que fue celebrado tienen vital trascendencia. Los usos y costumbres del tráfico en masa deberán ser tenidos particularmente en cuenta al momento de interpretar. Las reglas de la equidad y la naturaleza del contrato, dice el art. 218, inc. 3°, CCom. (y el Proyecto del Ejecutivo), son el eje de la interpretación en el supuesto aquí analizado.

4.10. Casos particulares

— Cláusulas que permiten modificar unilateralmente lo convenido: se exige que no contraríen el principio de buena fe (art. 1024, PU). Para Farina, estas cláusulas “son las que resultan más claramente contrarias al equilibrio del

⁸⁸ C. Nac. Com., sala E, 26/11/1993.

⁸⁹ C. Nac. Cons. Adm. Fed., sala IV, 8/3/1993.

⁹⁰ SCBA, 1485/1994.

contrato, por no decir al propio concepto de contrato”⁹¹. Coincidimos con el autor y agregamos que, si por estar permitidas por la norma (PU) han de ser toleradas, la interpretación de las mismas debe ser extremadamente restrictiva, llegando incluso a sostener la presunción de nulidad como principio general. Excepcionalmente serán válidas cuando el funcionamiento del negocio requiera esta modalidad.

— Interpretación estricta: el Proyecto prevé la posibilidad de una interpretación basada en la *literalidad textual de los términos*, cuando ésta proceda por estipulación o disposición legal (art. 1025, PU). Esta pauta también debe ser aplicada en sentido restringido. Se debe evaluar la condición económica, social y cultural de las partes, la profesión de uno y otro y demás elementos antes de interpretar literalmente. El límite de este principio está dado por otro principio de mayor jerarquía: “la regla de uso común” (ver “el significado de las palabras”).

— Contrato marco: “*si un contrato marco determina las reglas a las que serán sometidas las relaciones ulteriores de las partes, sus cláusulas rigen los contratos de aplicación, salvo estipulación en contrario*” (art. 1031, PU). Los contratos-marco son producto de la negociación individual, ya que de lo contrario estaríamos frente a condiciones generales de contratación⁹². Es nuestra opinión que corresponde aplicar al contrato-marco las normas referidas a condiciones generales de contratación, cuando se compruebe que aquél no ha sido producto del pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. De esta manera se evita el fraude a la ley.

5. Oferta y publicidad

Es publicidad cualquier forma de anuncio público destinado a ayudar directa o indirectamente en la venta de un producto o en la prestación de un servicio⁹³. Tiene como carácter fundamental la finalidad de influir en las decisiones de los destinatarios de la misma. De un modo más simple: “es todo mensaje dirigido al público con el fin de estimular la demanda de bienes o servicios”⁹⁴. Como bien lo explica Ghersi, “la formación de un modo de consumo social ha desplazado axiomáticamente el concepto de consumo individual, basado en la

⁹¹ FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, cit.

⁹² Messeri Iurriage lo define como una reglamentación de origen bilateral, susceptible de ser discutida y destinada a aplicarse en el futuro. *Contratos*, cit.

⁹³ FARINA, Juan M., *Defrevo*,... cit.

⁹⁴ CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, citado por REZBONERIO en *Contratos con cláusulas predatorias*, cit.

elección permanente condicionada por la necesidad y los recursos"⁶⁵. También señala como responsable de esta situación a la empresa, que mediante el empleo de publicidad inductiva crea hábitos de consumo, invitando a los consumidores a ser "parte del todo" o quedar marginados del sistema. En toda publicidad hay una comunicación subliminal que se impone como reflejo a las masas. El art. 7º de la Ley General de Publicidad de España (1988) define a la publicidad subliminal como "la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades frías con los umbrales de los sentidos o análogos, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida". Las formas de llegar al consumidor son variadas, pero todas tienen en su médula espinal un elemento social-psicológico. Siempre queda en el inconsciente un residuo del mensaje recibido, que condiciona en mayor o menor grado la voluntad del destinatario⁶⁶. La publicidad crea "necesidades" y hábitos, prepara el terreno psicológico dentro del cual se va a desenvolver la operación jurídica. El predisponente no se encuentra con un cliente neutro, sino con un adquirente motivado, mucho menos dispuesto a discutir los términos del contrato⁶⁷. Mediante estas técnicas se genera una expectativa razonable que de no ser cumplida debería ser reparada. El problema es que con el actual sistema del Código Civil la publicidad rara vez es una oferta. El art. 1148, CCiv. exige para que haya oferta, que ésta sea a persona determinada sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos del contrato. Si a esto sumamos que el art. 454, CCom. establece que las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o circular no obligan al que las ha hecho, tenemos un régimen en el cual la publicidad, con todos los efectos que produce en el receptor no obliga jurídicamente al emisor. La ley 24.240 modifica (sólo cuando se trate de un contrato de consumo) el primer requisito del art. 1148, CCiv., pero no el resto; es decir, posibilita la oferta a consumidores potenciales indeterminados.

El Proyecto prescribe que la oferta realizada a persona indeterminada es una invitación a ofertar, salvo que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente (art. 923). La publicidad puede ser encuadrada perfectamente en este artículo. El Código Civil italiano en su art. 1336 determina un sistema inverso, en el que se entiende que la oferta realizada al público en general vale como propuesta, salvo que de los usos o circunstancias resulte otra cosa. Massimo al referirse a esta norma, expresa que la oferta pública es hecha "para que eventualmente sea aceptada por la persona a quien le convenga"⁶⁸. En el Proyecto, la publicidad/oferta es la excepción, y se configura cuando de la misma resulta la intención de contratar del emisor. ¿Qué persona que invierte

⁶⁵ GIBERTI, Carlos A., "La publicidad inductiva integra la relación contractual", JA, 1989-II-908.

⁶⁶ LORTICO, Gianella, "La contratación profesional. Publicidad y oferta", *Revista Digital Plenarios*.

⁶⁷ BIZCARRÓN, Juan C., *Contractos con cláusulas predatorias*, 40.

⁶⁸ ARICO, Rodolfo, "La oferta es la formación del consentimiento específico", LL, 1996-B-818.

en publicidad no está interesada en contratar? Por otra parte, quien alega que a pesar de publicitar sus productos no tiene como objetivo celebrar un contrato, debe explicar cuál es su motivación, porque el derecho de publicidad tiene un límite. La libertad de comerciar y trabajar implica la posibilidad de ampliar la gama de clientes del comerciante, ampliar las dimensiones económicas del negocio. La manera de lograr un mercado más vasto es por medio de la promoción, anuncios, folletos, publicaciones, etc. El principio general, establecido por los tribunales norteamericanos, es que "el derecho a llevar a cabo un negocio lícito entraña el derecho de llamar al público, por medio de la publicidad, para que lo patrocine"⁹⁹. Pero "el derecho de publicidad no puede ser ejercido indiscriminadamente, sino que debe adoptar una forma acorde con mecanismos que contemplan el interés en la producción y circulación de bienes, pero que simultáneamente cumplan un fin socialmente atendible"¹⁰⁰.

El art. 920. PU dice que: "*las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo*". Aun cuando no se acepte que la publicidad es una oferta, no puede negarse que el deber de buena fe, unilateral en este caso ya que la publicidad se dirige a persona indeterminada, debe ser respetado por el emisor. El desarrollo de una actividad comercial o profesional debe darse en un marco de seriedad, incompatible con la publicidad negligente o dolosa. Por último, nos parece oportuno transcribir unas palabras de Leiva Fernández que resumen nuestra posición: "las tratativas precontractuales no conducen necesariamente a la celebración del contrato, pero si se quiebran deben concluir de buena fe. Si no sucede así debe resarcirse el costo de los gastos efectuados, trabajos, estudios realizados, etc."¹⁰¹.

IV. CONCLUSIÓN

A esta altura anhelamos que el lector haya sacado su propia conclusión. Sin perjuicio de ello haremos algunas observaciones.

No puede negarse la prolijidad del Proyecto en cuanto a su técnica. La notable reducción en el número de artículos respecto del Código Civil denota un mejoramiento en la conceptualización del derecho aplicable; ya no se trata de infinitos casos particulares compilados en un texto legal, sino de principio rectores.

⁹⁹ "Hilson v. Foster", 80 Fed. 896, 897, citado por ZAVALA RODRÍGUEZ, Código de Comercio, t. II, p. 346, nro. 1479.

¹⁰⁰ OBERSL Carlos A., "La publicidad...", cit., p. 940.

¹⁰¹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio", LL, 1998-D-1229.

En la Nota de Elevación, la Comisión Redactora cita un pensamiento que Borda expresó en ocasión de presentar a la opinión pública la ley 17.711, declaró que "aun a riesgo de ser considerado herético, estaba tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional, porque ella está más alejada de la vida cotidiana del hombre". Hoy en día podríamos decir lo mismo de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario respecto de la Teoría General del Contrato, sin embargo, la relación de consumo no se incluyó en el Proyecto. Nos parece una omisión muy criticable, desde que la doctrina más respetada sostiene que el contrato discrecional es un fenómeno cada vez más inusual.

El Proyecto cuenta con grandes aciertos, pero no por ello podemos dejar de preocuparnos por los puntos de dudosa conveniencia. Puede percibirse un dualismo permanente en su normativa. Por un lado consagra los mayores derechos para la parte débil, y a la vez los hace, en algunos casos, de difícil operatividad. Ese afán de equidad que menciona la Comisión en los Fundamentos sea tal vez la causa de tales circunstancias. Ese afán de equidad... se transforma en miedo a excederse en la protección del débil. No estamos diciendo que legislar para las condiciones actuales sea una tarea fácil; por lo que en este caso únicamente observamos, sin criticar. El caso es distinto en las normas que son abiertamente perjudiciales como el art. 1617, PU: "si se estipula que un hecho determinado es considerado caso fortuito, o impedimento ajeno a la voluntad del deudor, se lo tiene por tal con la sola producción del hecho". Nos preguntamos ¿quién será el que imponga el caso fortuito, el débil o el fuerte? ¿No es ésta una cláusula limitativa de responsabilidad por lo tanto inválida de acuerdo con el art. 968, PU?

Para finalizar, sostenemos que es necesaria la unificación civil y comercial en un Código moderno. El Proyecto es un valioso aporte que requiere algunos ajustes que esperamos se realicen.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Aníbal A., "Los contratos de consumo", LL, 1993-E-1058.
 ALTERINI, Aníbal A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
 ARICO, Rodolfo, "La ofensa en la formación del consentimiento negocial", LL, 1994-D-818.
 BASANTA, Alicia - RAFFAELLI, Adriana, "Autonomía de la voluntad. Contratos de adhesión: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
 BERCOVITZ, A. y R., *Estudios sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.
 BOSSERT, Gustavo - ZANENONI, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, Astec, Buenos Aires, 2000.
 BRIZZO, Claudia R., "La teoría general del contrato y el derecho del consumidor", LL, 1999-D-1385, See. Doct.
 DEL PUERTO, Enrique M., "Tiempos modernos", obra aún no editada. (Tesis del doctorado).
 ESTER, Isidoro, "Desplazamiento de la carga probatoria", LL, 1994-C-846.

- FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*. Astrea, Buenos Aires, 1995.
— *Contratos comerciales modernos*. Astrea, Buenos Aires, 1997.
- FANLIANARROCHA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino. Parte general*. Zavala, Buenos Aires, 1997.
- GASTALDI, José María, y otros, "Autonomía de la voluntad: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
- GHERM, Carlos A., "La reforma de los Códigos Civil y Comercial por la Ley de Defensa del Consumidor", JA, 1994-I-870.
— *La postmodernidad jurídica*. Gowa, Buenos Aires, 1997.
— *Contratos civiles y comerciales*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.
— "La publicidad inductiva integra la relación contractual", JA, 1989-II-938.
— *Derecho civil. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1993.
- GÓMEZ, Amílir - BRUBRA, Olga M., *Análisis del lenguaje jurídico*, Fundación Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1982.
- HARDY, Charles, *El futuro del trabajo humano*. Ariel, Barcelona, 1986.
- HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Responsabilidad precontractual. Aperturas para su estudio", LL, 1988-D-1229.
- LLAMBLAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 14ª ed., Perrot, Buenos Aires.
- LORENZETTI, Ricardo, "Autonomía de la voluntad: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
— "Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240", LL, 1994-C-918.
- LOVECE, Graciela, "La contratación profesional. Publicidad y oferta", *Revista Digital Plenarios*, año 4, nro. 36, noviembre 1997.
- MEXILIA CLAPS, Guillermo A., "Los contratos con cláusulas pendopuestas. Criterios a seguir para su imponible legislación", LL, 1994-C-1072.
- MONTALEONE LANFRANCO, Alejandro P., "Lesión subjetiva en materia comercial", LL, 1999-B-1070.
- MÓSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Cultroni, Santa Fe, 1997.
— *Responsabilidad por daños*. Ediar, Buenos Aires, 1971.
- OSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Helianita, Buenos Aires, 1997.
- REY, Néida R. - RINDELL, Antonio J., "Autonomía de la voluntad: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
- REZZONICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas pendopuestas*. Astrea, Buenos Aires, 1987.
- SFRUTZ, Rubén S., "Autonomía de la voluntad: problemática actual", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
— "El contrato del año 2000: perspectivas y desafíos", JA, 1994-II-868.
— "Contrato de consumo y cláusulas abusivas", JA, 20/5/1997.
- ZACÚ, Jorge A. - ARIZ, Viviana - DUARTELL, Ernesto - PACCANTO, María P., "Contrato de adhesión", ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

SOCIEDADES DE UN SOLO SOCIO

Estudio de la doctrina y del derecho comparado.
Análisis crítico del Proyecto de Unificación del derecho privado*

RODRIGO S. LUCHINSKY - VANESA MORDOI**

I. PRELIMINAR

La posibilidad de otorgar al comerciante individual que desea iniciar un emprendimiento económico el beneficio de la limitación de la responsabilidad, evitando arriesgar su patrimonio personal y familiar, ha sido objeto, y lo es aun hoy, de interminables discusiones en el ámbito de la doctrina nacional y extranjera. El panorama en la legislación comparada es similar: si bien existe una tendencia hacia la regulación de las "sociedades unipersonales"¹, ello no es así en todos los sistemas jurídicos, y aun entre los sistemas que sí las han receptado, existen grandes diferencias en torno a su normativización. En nuestro país la discusión ha sido rica en todos los ámbitos de debate, y la proliferación de proyectos legislativos—todos ellos hasta el día de hoy sin éxito—, confirman esta aseveración.

El "Proyecto de Unificación" de los Códigos Civil y Comercial de 1998 admite expresamente la incorporación de las sociedades de un solo socio—bajo la forma de "sociedades unipersonales"—, al régimen de la actual ley 19.550. Esta incorporación, que en líneas generales, modestamente aprobamos, generará un nuevo y provechoso debate, aunque advertimos, junto con Odriozola, que "la discusión por el modelo no debe demorar la decisión de crear el producto"².

El presente trabajo pretende reseñar el estado de la cuestión en el ámbito de la doctrina nacional, y mostrar algunas soluciones a las que se ha arribado en el derecho comparado. Por último, describiremos algunas propuestas de ad-

¹ La denominación de las sociedades unipersonales en principio es indiferente. Roción con la incorporación a la discusión doctrinaria (y la recepción en algunos sistemas jurídicos) de las llamadas "empresas individuales de responsabilidad limitada", es necesario hacer alguna distinción.

² Obisozzola, Juan María, "Sociedad de un solo socio o empresa unipersonal de responsabilidad limitada", VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. I, Buenos Aires, p. 373.

* Este trabajo obtuvo una mención en el concurso "Ignacio Witolsky" organizado por *Lecciones y Ensayos*. El jurado estuvo integrado por los doctores Alberto Baeriswiler, Pedro Di Lella, San Polidoro de Cárdenas, Lily Pluh, Gabriel Muzinghi, Mario Yessierli y Tardoni Zamiatini.

** Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

misión legislativa del instituto en cuestión, y efectuaremos un análisis del actual Proyecto de Unificación, tarea para la cual hemos sido convocados.

Desde ya, agradecemos sinceramente a las autoridades y profesores de nuestra Universidad y de nuestra Facultad, por esta gentil convocatoria, y por todo el trabajo que diariamente hacen por nosotros. Su ejemplo nos genera un noble compromiso, que esperamos con gusto asumir, de colaborar con su tarea, y permanecer junto a la Universidad luchando para que cada día nos enorgullezca más.

II. LA LEY ARGENTINA COMO PUNTO DE PARTIDA

Siguiendo la tendencia marcada por el art. 1832 del CCiv. francés, Vélez Sarsfield concibió a las sociedades como *contratas*, en donde "...dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado...", desechando *ab initio* la posibilidad de constituir una sociedad por medio de una declaración unilateral de voluntad. Idéntica solución había adoptado el Código de Comercio, y dicho principio se ve cristalizado en la ley 19.550 —art. 1°³—: "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas...".

Asimismo, la citada ley exige como requisito-esencial la pluralidad de socios, no solamente para la constitución de la figura societaria, sino que la requiere durante toda la vida del ente. Es por eso que la reducción a uno del número de los socios ocasiona la disolución de la entidad, permitiendo, —excepcionalmente— al único socio la continuación de la actividad social por un plazo de tres meses a la espera de nuevos asociados, pero imponiéndole durante ese lapso una responsabilidad ilimitada y solidaria por las deudas sociales (art. 94, inc. 8°, ley 19.550). La clásica concepción contractual de la sociedad —tanto civil como comercial—, así como también la concepción civilista del patrimonio como único, justifican la existencia de este requisito legal.

Por otro lado, a los fines de evitar fraudes mediante la utilización del beneficio de la limitación de la responsabilidad, constituyendo sociedades en apariencia pluripersonales, la legislación concursal argentina ha previsto la figura de la *extensión de la quiebra*. Según la ley 24.522 —art. 161, inc. 1°— la quiebra se extiende "a toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores".

La única persona que puede constituir y mantener una sociedad sin necesidad de concurrir con otra u otras personas, en el sistema argentino, es el Estado. La ley 20.705 de 1974 establece en su art. 2° que "Las sociedades del Estado podrán ser unipersonales, y se someterán en su constitución y funcionamiento, a

³ En la Sección VII de la Exposición de Motivos de dicha ley se ve reflejada en forma clara esta posición: "Se supera toda discusión en punto a la pretendida legitimidad de las sociedades de un solo socio".

las normas que regulan las sociedades anónimas". Esta facultad, según el art. 1º de dicha ley, atañe tanto al Estado nacional, como a los Estados provinciales, municipios, organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o a las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la mencionada ley⁴, con el fin de desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos⁵.

III. LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL

Hemos agrupado en cuatro grandes corrientes a las posturas que prevalecieron, y prevalecen entre nuestros autores, desde mediados del siglo pasado hasta estos días. Nótese que las dos primeras posturas fueron las que dominaron mayormente las discusiones en un principio, y las dos segundas son quizás las más actuales.

a) La posición "clásica"

En nuestro Código Civil se caracteriza a la sociedad como de esencia contractual. Dicho contrato provoca la generación de una nueva persona, distinta de la de los fundadores, quienes pasan a ser terceros en relación a ésta. La relación entre fundadores y la sociedad que crearon se rige por la normativa común de las obligaciones. Las prestaciones aportadas o comprometidas no tienen como destinatario a los cocontratantes, sino que le pertenecen a la sociedad, quien puede accionar en determinadas circunstancias contra los socios.

Ésta es la posición de los autores clásicos, algunos de ellos inspiradores del autor de nuestro Código Civil como Planiol y Zachariae, y entre la doctrina nacional se destacan Malagarriga, Borda, Gare, Zavala Rodríguez, Aztría, Videla Escalada y Salvat. Según este último, la sociedad constituye un contrato porque ella reposa sobre el concurso de la voluntad de los socios. Dicha natu-

⁴ Nótese que en este caso se da el supuesto en que una sociedad unipersonal puede crear otras, y a su vez, estas "nuevas" sociedades pueden crear otras, y así sucesivamente, un otro límite que el del art. 31 de la ley 19.550, el correspondiente. (Se trata de una posibilidad prohibida expresamente en muchos sistemas jurídicos extranjeros)

⁵ Al respecto, sostiene Fernando Pérez Hualde: "No podemos ignorar la crisis que culminó en el decreto del art. 50 de la ley 23.696 de Emergencia Administrativa y Reorganización del Estado, donde se declaró en suspensión la ejecución de sentencias y laudos arbitrales contra esas sociedades por el plazo de dos años. Se prolongó esa situación a través de la ley nacional 23.982 de Deuda Pública que consolidó las obligaciones vencidas o de causa o título anterior al 1º/6/1991 que tuvieron las sociedades del Estado... Observamos entonces como puede fundamentar la negativa expresada por algunos autores, a la constitución y subsistencia de sociedades unipersonales sobre la base del precepto de no haber seguridad en la solvencia o crear posible la comisión de abusos" (PÉREZ HUALDE, Fernando, "Patrimonio independiente con personalidad jurídica", en Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa - V Congreso de Derecho Societario, t. I, Advocatas, Córdoba, 1990, p. 297).

raleza jurídica obsta, por tratarse de un *situéncido*, a la posibilidad de la existencia de sociedades compuestas por un solo socio.

La concepción contractual de la sociedad ha sido, en cierto sentido, superada y virtualmente reemplazada por la doctrina del "contrato pluralilateral de organización". No obstante ello, también se objeta al instituto en cuestión desde esta postura, por entenderlo contrario a ciertos preceptos de la ciencia jurídica⁶.

b) La corriente que propicia la prohibición por su "peligrosidad"

Esta corriente de doctrina no rechaza las sociedades unipersonales por implicar una "contradicción" dentro de la ciencia jurídica, sino que recomienda su no acogida en razón de cuestiones de política legislativa, por así decirlo. Posibilitar el fraccionamiento del patrimonio del comerciante, discriminando de esta forma la garantía de los acreedores, facilitaría la consecución de maniobras fraudulentas. Argumenta Le Pera: "(Existe) la presunción de que en las sociedades unipersonales son más altas las posibilidades de que la forma societaria sea usada para fines que no merecen protección jurídica (fraude a los acreedores, violación de prohibiciones legales, vaciamiento de sociedades conyugales, burla a las reglas sobre la legítima hereditaria, y todo el extenso y conocido catálogo de fines *non sanatos* para los cuales la sociedad anónima ha revelado ser tan buen instrumento. La prohibición de sociedades unipersonales aparecería entonces como una manera indirecta de prevenir estos abusos"⁷. En similar sentido, expresa Zavala Rodríguez: "No creemos que sea el caso de oponerse a la empresa de responsabilidad individual por razones de moralidad, ... sino porque en un país de economía y comercio incipiente como el nuestro, con una legión de comerciantes o industriales, muchas veces improvisados, es riesgoso propiciar una institución que facilitaría la irresponsabilidad"⁸.

c) La incorporación de la unimembre como un modo de receptor un instituto ya inserto en la realidad jurídica

Se ha esgrimido que la aceptación de la sociedad de un solo socio no sería sino un medio para clarificar las relaciones comerciales y "moralizar" el tráfico

⁶ "La generación de sociedades unimembres a través por la simple declaración unilateral de voluntad (que contradice el espíritu contractualista pluralilateral) se introduce en un cuerpo legislativo de signo contrario.": BARRERO, Rafael - TURKIN, Daniel M., "Sociedad unimembre: Su importancia e innecesaria contemplación en el Proyecto de ley modificatorio del régimen de sociedades comerciales elevado al Congreso de la Nación en septiembre de 1991", en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992, p. 313.

⁷ LE PERA, Sergio, "Sociedades unipersonales", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 5, no. 25, p. 12.

⁸ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, "Código de Comercio y leyes complementarias comerciales", t. I, Depalma, Buenos Aires, 1959.

mercantil. Quienes sostienen esto entienden que el requisito meramente formal e la pluralidad de socios exigido por las legislaciones societarias es violado onstantemente mediante la utilización de prestanombres, quienes "figuran" n el acto constitutivo como fundadores, pero luego se desentienden absoluta- mente del destino de la sociedad, tal cual fuera pactado con el verdadero y único mpresario. Argumentaba Menotti de Francesco, que la admisión de las uni- vombres responde a la "creación del derecho en relación a una realidad social el mismo modo que la persona es una creación del derecho en relación a una alidad corpórea"⁹.

En abierta oposición a la corriente que niega la posibilidad de la existencia e sociedades de un solo socio con basamento en la noción contractual de la so- iedad, y criticando, asimismo, la supuesta escisión entre las realidades nego- iales y las formalidades legales, expresa Althaus¹⁰: "apunto mi discrepancia on la tesis que repudia la sociedad unipersonal con fundamento en que ella no oncilia con la noción de contrato, presuponedora de la pluralidad de partes organtes del mismo. Advierto en tal actitud una manifestación del acendrado onceptualismo que palpita en buena parte de la doctrina patria, que erige a me- as categorías clasificatorias de probada utilidad para la elaboración científica n realidades sustantivas, cuyo ser en sí se supraordina a los fenómenos reales le la siempre más rica y proteica vida social"¹¹.

Corresponde agregar, a los efectos de apoyar la opinión de los citados au- ores, que las cifras estadísticas de los países que han incorporado a su derecho ositivo la sociedad unipersonal, reflejan su éxito. Así ha ocurrido, por ejem- plo, en Alemania, que en el año 1980 reguló la SRL unipersonal, y en el año 1992, sobre un total de 350.000 SRL existentes, entre 50.000 y 60.000 eran unipersonales¹². En Francia, asimismo, el informe de 1978 de la Comisión presidida por Claude Champaud de creación de la "Empresa Unipersonal de Responsabilidad imitada" menciona que una encuesta realizada entre 200 expertos contables re- veló que, con anterioridad a la recepción legislativa de la sociedad unipersonal, xistía una gran cantidad de comerciantes individuales que utilizaban falsamente as sociedades pluripersonales. En efecto, al menos un 53% de 8.000 sociedades de

⁹ Ensayo de PÉREZ HUALDE, Fernando, "Patrimonio...", cit., p. 298.

¹⁰ ALTHAUS, Alfredo Alberto, "Sociedades devenida unipersonales", en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Adharcas, Córdoba, 1992, p. 265.

¹¹ En similar sentido, la Dra. Ana E. Paggi argumenta: "nunca hemos comprendido que no se admita una nueva forma jurídica con el pretexto de que se opone a criterios tradicionales o teorías jurídicas... El derecho no debe ser una cacería que apriete a la sociedad humana impidiendo su desarrollo, sino que debe cambiar su progreso" (tomada de BODORF, Angella G., "Sociedad de socio único, empresa unipersonal de responsabilidad limitada", en *VI Congreso Argentino de Derecho Societario* / *III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Buenos Aires, 1998, p. 212).

¹² Cf. PÉREZ HUALDE, Fernando, "Patrimonio...", cit., p. 298.

las cuales los contadores tenían un real conocimiento, eran en realidad "empresas puramente individuales revestidas de forma social"¹³.

d) Las sociedades unimembres ideadas como un incentivo al desarrollo económico

Esta corriente entiende que las figuras de limitación individual de la responsabilidad serían un recurso para generar en el pequeño y mediano comerciante la confianza de poder iniciar emprendimientos empresariales de mediano u alto riesgo económico, sin poner en peligro su patrimonio personal y familiar. La justificación no radica en este caso en la necesidad de sincerar el tráfico jurídico ante la existencia en los hechos de sociedades unipersonales "disfrazadas" de figuras formalmente pluripersonales. El objetivo buscado es la creación de condiciones más favorables para la proliferación de los emprendimientos comerciales; la canalización del capital ocioso en proyectos productivos.

El doctor Villegas extiende la utilidad de incorporar sociedades de un solo socio, no sólo con el objeto de permitir al empresario individual el fraccionamiento de su patrimonio, resguardando aquella porción que destine a su familia o relaciones personales. La admisión de la figura en estudio también redundaría en una mayor seguridad jurídica para los terceros que contraten con la sociedad unipersonal. El autor sostiene que "conferirá mayor seguridad a los terceros que sabrán a ciencia cierta con quién están contratando finalmente, y quién es el responsable de la toma de decisiones de la empresa... contribuirá en suma a facilitar las inversiones y el desarrollo económico, lo que constituye razón más que suficiente para su admisión legislativa"¹⁴. He aquí otro aspecto en favor de la acogida de estas sociedades.

IV. ALGUNAS SOLUCIONES QUE OFRECE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Establecidos los términos de la discusión en el ámbito local, corresponde reseñar algunas propuestas del derecho extranjero.

a) Liechtenstein¹⁵

Las medidas tendientes a la creación y promoción de un "paraíso fiscal" llevaron a las autoridades del Principado a permitir la constitución de socieda-

¹³ CHAMPAUD, Claude. "La empresa personal de responsabilidad limitada", *trad.* Ana I. Piaggi, *BOCO*, 1980-305 y ss.

¹⁴ VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Derecho de las sociedades comerciales*, Abelardo Perros, Buenos Aires, 1994.

¹⁵ VÍAS, ARAMOUNI, Alberto, "Empresa individual de responsabilidad limitada", en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, *Advocatos*, Córdoba, 1993, p. 335.

des por un único socio, siendo dicha posibilidad, sin embargo, desvirtuada en 1980. Mediante la sanción de la ley del 5 de noviembre de 1925, se definen dos institutos distintos, a saber: 1. la empresa individual de responsabilidad limitada; y 2. la persona jurídica unipersonal¹⁶.

El primer instituto, la empresa individual de responsabilidad limitada, nace solamente con la correspondiente inscripción en un registro creado al efecto. Una misma persona, física o jurídica, puede constituir varias empresas individuales de responsabilidad limitada. Esta amplísima posibilidad casi no se encuentra en el derecho comparado.

Regulando este instituto "se crea un patrimonio de empresa, que sólo puede ser agredido por los acreedores de la empresa misma, no respondiendo por las deudas de los acreedores del titular, ni por los acreedores de otras empresas limitadas del titular. Solamente cabe la acción en casos muy particulares: daño por incumplimiento de normas de reducción de capital, simulación de capital superior, etc."¹⁷.

El segundo instituto, la persona jurídica unipersonal, es definida por el art. 637 del cuerpo legislativo de 1925: "Toda persona jurídica prevista por la ley como sociedad por acciones, sociedad por cuotas o sociedad de responsabilidad limitada puede ser constituida por una persona o por una firma individual como único socio de una agregado asociativo unipersonal. Cuando el número de los socios de tal ente se reduzca a uno, puede continuar sus actividades, siempre que los estatutos sean modificados"¹⁸.

b) Francia

Desde aquella contundente posición del art. 1832 del CCiv., la doctrina francesa mostró una interesante evolución, que luego fue proyectada en la legislación. En 1978 una comisión encabezada por Claude Champaud preparó un informe titulado "La empresa personal de responsabilidad limitada", por encargo del Ministerio de Justicia. Dicho trabajo propiciaba la incorporación de la empresa personal bajo la metodología del patrimonio de afectación, sin personalidad jurídica, y con un régimen estructural específico¹⁹.

Desechado el trabajo de Champaud —que inviste, sin embargo, un importante valor doctrinario—, se adoptó un régimen de sociedad unipersonal, y se modificó el art. 1832 del CCiv. (Ley 85-697 de 1985) agregando el siguiente pá-

¹⁶ En realidad, también se define en dicha ley el "Amal", de características ínicas no aplicables a nuestra legislación.

¹⁷ ARAMOUNI, Alberto, "Empresa...", cit., p. 336.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ver CHAMPAUD, Claude, "La empresa personal de responsabilidad limitada", trad. Ana I. Paggi, ADIC, 1980-487 y ss.

rafo: "Puede constituirse en los casos previstos en la ley, por el acto de voluntad de una sola persona".

La reforma de la legislación comercial permitió, como se adelantó, la constitución de sociedades de responsabilidad limitada mediante la declaración de voluntad de una sola persona. La sociedad puede constituirse por una persona física o por una de existencia ideal, mas la persona jurídica que constituya una unipersonal no puede ser a su vez sociedad unimembre. En similar sentido, a cada persona física sólo le es permitido constituir una sola sociedad unipersonal. Se exige un capital mínimo inicial de 50.000 francos (unos 7.500 pesos), permitiéndose su aportación en dinero o en especie.

La administración de la persona queda en manos de un gerente, que puede ser indistintamente el socio único, o bien un tercero designado al efecto. El órgano de gobierno de la persona, la asamblea, está manejado íntegramente por el socio único, y posee competencia para todos los aspectos para los cuales la tiene en las sociedades plurimembres. El socio único debe mantener un libro en donde se hagan constar todas las decisiones de gobierno de la persona.

La responsabilidad por las deudas sociales se extiende —en virtud de los efectos de la responsabilidad limitada—, sólo al patrimonio de la sociedad. Sin embargo, en determinados casos es posible ejercer la acción de extensión de responsabilidad a los bienes personales del socio único. Este supuesto se da en los casos de faltas en la gestión, ya sean estas por simple negligencia o se trate de maniobras fraudulentas. Asimismo, en caso de no respetarse el requisito legal que permite sólo una sociedad unipersonal por persona, se puede demandar la nulidad del ente ²⁰.

c) Alemania

La ley de sociedades de responsabilidad limitada, reformada en 1980, introduce las SRL unipersonales. Su reconocimiento ha tenido una importante acogida en la práctica mercantil, que se revela por los datos estadísticos que presentaron los registros societarios de dicho país ²¹.

²⁰ Art. 34: La sociedad de responsabilidad limitada se constituye por una o más personas que aportan las pérdidas más allá que hasta la concurrencia de sus aportes. Cuando la sociedad se componga de una sola persona, ella se denomina socio único. El socio único ejerce los poderes atribuidos a la asamblea de socios por las disposiciones del presente artículo. Art. 36-II: En caso de reunirse en una sola persona la totalidad de las partes de una sociedad de responsabilidad limitada, las disposiciones del art. 1844-S del CCv. relativa a la disolución judicial no son aplicables. Art. 36-III: Una persona física no puede ser asociado único más que de una sola sociedad de responsabilidad limitada. Una sociedad de responsabilidad limitada no puede tener como asociado único a otra sociedad de responsabilidad compuesta de una sola persona. En caso de violación de las disposiciones del apartado precedente, cualquier interesado puede demandar la disolución de sociedades irregularmente constituidas...

²¹ Véase III, c).

La referida reforma del GmbH Gesetz determinó que "una SRL constituida por dos o más socios se transformará en una SRL unipersonal, cuando todas las cuotas sociales recaen sobre una sola persona". Así, se opera la transformación sin necesidad de una declaración de voluntad expresa al respecto.

Por otro lado, la fundación *ab initio* de una SRL unipersonal también es permitida, procediéndose a su formación por medio de una declaración contenida en una escritura pública. A partir de la firma de dicho instrumento se entra en el *iter* constitutivo, con la posibilidad de actuar jurídicamente. Sin embargo, hasta que no se completa la debida registración del estatuto no existe ni personalidad jurídica ni limitación de la responsabilidad. Se exige, asimismo, la integración de un cuarto del capital social, que no podrá descender de 25.000 marcos alemanes, y otorgar una garantía por el aporte del resto. Tal garantía puede constituirse por una simple declaración, pero su no efectivización puede acarrear sanciones penales. Con el cumplimiento de los requisitos se procede a la registración, y todas las obligaciones anteriores al registro pasan a tener como titular a la nueva persona.

Esta obligación de integrar efectivamente el monto del aporte tiene una importancia "capital": se ha de sentar claramente el principio de separación de los patrimonios.

Una vez concluido el *iter* constitutivo, la responsabilidad personal del actuante y socio desaparece. Sin embargo, si al momento de la inscripción existiera un balance negativo con respecto al capital comprometido, el socio deberá compensar esa diferencia, con lo que se refuerza la protección de los terceros que contratan con la sociedad.

La cuestión de la responsabilidad del socio único ha sido tratada en forma específica por la jurisprudencia, atento a la insuficiente reglamentación²². Así, se ha resuelto que el socio no responde con su patrimonio personal, salvo en casos de fraude, abuso o mala fe. En los casos de mala administración se ha resuelto la responsabilidad personal del socio único frente a los terceros, e incluso frente a la sociedad, que será titular de una acción frente a su administrador.

d) Inglaterra

El principio general es el requisito de la pluralidad de socios para la constitución y funcionamiento de las sociedades. Sin embargo, la elaboración jurisprudencial y doctrinaria desde hace más de un siglo lo han atenuado significativamente. Actualmente, solamente se exige una pluralidad "formal".

²² ROVIDE, Marta B., "Sociedad de un solo socio una complexa preferencia. Sin análisis a través de distintas legislaciones", en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Adharcus, Córdoba, 1992, ps. 382 y ss.

A tenor de las disposiciones del *Companies Act*, el número mínimo de socios necesarios para la constitución y funcionamiento de una sociedad es dos. En caso de reducción a uno del número de ellos durante un plazo mayor de seis meses, el socio que permanezca será responsable personalmente por las deudas contraídas luego de ese plazo²³.

Resulta obligada la mención del caso "*Salomon v. Salomon and Co. Ltd.*", que sentó un precedente importantísimo. Salomon, propietario de una industria, constituyó una sociedad por acciones junto a su esposa y sus cinco hijos, de modo que cada uno recibió una acción de una libra, sumando siete en total. Con posterioridad, Salomon enajenó la fábrica a "*Salomon and Co. Ltd.*" en ocho mil libras. Por dicha transacción Salomon recibió debentures emitidos por la sociedad y un saldo en efectivo.

Posteriores dificultades económicas determinaron el concurso liquidatorio de la compañía. Realizados los activos, sobró un saldo de mil libras que los acreedores entendieron que les pertenecía. Pero Mr. Salomon, en su carácter de debenturista, se opuso aduciendo un preferente derecho. Ante tal postura, los acreedores argumentaron que la sociedad era nula porque de los hechos se demostraba que se trataba de una sociedad unipersonal constituida a los efectos de beneficiarse con la limitación de la responsabilidad. La tesis fue aceptada por el tribunal de primera instancia y la corte de apelaciones, pero la Cámara de los Lores revocó la sentencia. A esos efectos, utilizó los siguientes fundamentos: "Se ha dicho en este caso que los seis accionistas que existen además del apelante son meros testaferros, mandatarios de él, y que tienen sus acciones en beneficio e interés del mismo. Voy a presumir que esto es así. En mi opinión ello no establece ninguna diferencia. La ley... ciertamente no dispone que cada una de las siete personas suscriptoras del acta constitutiva deben ser los reales titulares del interés de la acción o acciones que suscriben. Las personas que suscriben el acta constitutiva, o aquellas que han acordado hacerse miembros de la compañía y cuyos nombres se encuentran en el registro de accionistas, son las únicas a las que se considera accionistas y además ellas son, en verdad, los accionistas"²⁴.

e) Estados Unidos de América

Si bien por los caracteres propios del sistema político de dicho país, no es posible encontrar una legislación uniforme, existe una clara tendencia hacia la aceptación de las sociedades de un solo socio. Un grupo de estados no requiere en absoluto la pluralidad de miembros y existe otro grupo que sólo la exige des-

²³ *Companies Act*, art. 31.

²⁴ Citasomada de FARRA, Juan M., *Tratado de sociedades comerciales. Parte general*, Zivati Editores, Rosario, 1980, pp. 62 y 63.

de un punto de vista formal, en forma similar al sistema inglés, aceptando de ese modo la figura antaño repudiada del "prestanombre". Los tribunales han establecido que la extensión de la responsabilidad a los bienes personales de quien utiliza una sociedad formalmente plural solamente opera cuando se acredite la existencia de perjuicio a terceros.

Para la fundación de una *corporation* (similar a nuestras sociedades anónimas), sólo se requiere la suscripción del acto constitutivo, el *certificate of incorporation*, por una sola persona (y dicha voluntad puede ser expresada tanto por una persona física como por otra *corporation*) y la entrega de un ejemplar al Secretario de Estado, que hace las veces de organismo de registro, del lugar de constitución de dicha compañía²⁵. Sin embargo, como advierte Anaya, estas personas que suscriben el "instrumento de registración"²⁶ guardan similitud con lo que en nuestro derecho se denominan "promotores", antes que fundadores²⁷. Por último, ciertos estados, como New York, si bien permiten la unimembre, sólo le conceden dicho beneficio a las personas físicas.

f) Japón

El Código de Comercio japonés de 1899 tuvo una de sus últimas modificaciones el 29 de julio de 1990. Anteriormente, se exigía para la constitución de una sociedad anónima un mínimo de siete fundadores. Para las SRL sólo se exigía la pluralidad.

Lo excesivo del requisito de pluralidad para las anónimas ha ocasionado su continua violación por medio de "hombres de paja", circunstancia que el legislador japonés no pudo desconocer: la mencionada reforma de 1990 deroga tanto el requisito de los siete socios como la causal de disolución cuando la SRL quede en manos de un solo socio.

Otra innovación que introdujo dicha reforma fue el requisito de capital mínimo para la constitución de anónimas. El espíritu de la norma radica en resguardar la garantía de los terceros, intención que se logra asegurando, además de un capital mínimo, la relativa intangibilidad de ese capital. En efecto, se requirieron 10 millones de yenes (aproximadamente 92.000 pesos) de capital inicial como mínimo. Por otro lado, se elevó el capital mínimo para las SRL de 100 mil a 3 millones de yenes (unos 27.500 pesos).

²⁵ Según el Model Business Corporation Act.

²⁶ Nuestra traducción.

²⁷ ANAYA, Jaime Luis, "Sociedades inicialmente unipersonales", ED. 134-728.

g) La 12ª Directiva de la CEE

Finalmente, y antes de comenzar con el análisis de los proyectos y las tendencias en el orden nacional, debe tenerse presente esta resolución, sancionada el 21 de diciembre de 1989 por el Consejo de las Comunidades Europeas, pues influirá definitivamente en las legislaciones de los estados miembros.

Esta Directiva establece la intención de incorporar a los sistemas jurídicos de las naciones que integran la Comunidad, la figura de la sociedad unimembre. A tales fines, dispone que el supuesto de que todas las participaciones accionarias o las cuotas de la SRL queden en manos de una sola persona, operándose la transformación, sea una circunstancia objeto de registro a los fines publicitarios.

Dispone, asimismo, que el socio único ejercerá los poderes atribuidos a la asamblea, y que las decisiones adoptadas en esa circunstancia deberán registrarse por escrito en el respectivo libro de actas del órgano gubernamental. Asimismo, establece que los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad, en los casos de operaciones que excedan lo considerado "corriente", deberán consignarse por escrito.

Por último, si bien el referido dictamen recomienda a los Estados la regulación expresa de las sociedades unimembres, exige, sin embargo, la implementación de regímenes especiales que tiendan a evitar las maniobras fraudulentas. Incluso, recomienda la acogida de regímenes sancionatorios en dos casos específicos, a saber: 1. Cuando una persona física sea socio único de varias sociedades; y 2. Cuando una sociedad unipersonal, o incluso otra persona jurídica, sea socio único de una sociedad,.....

V. LOS PROYECTOS EN NUESTRO PAÍS

Entre nosotros, han existido numerosas propuestas promoviendo el instituto, tanto en el mundo de la doctrina ²⁸ como en el de los proyectos parlamentarios. Así, se destaca el proyecto de 1929 del senador Guzmán de introducir la empresa unipersonal de responsabilidad limitada ²⁹ y el de 1949 del senador Gómez del Junco que recibió media sanción pero finalmente no recibió tratamiento en diputados. En 1990 el diputado Alberto Aramouni presentó un proyecto de ley proponiendo la incorporación de la "empresa individual", que también tuvo un tratamiento disvalioso.

El Proyecto de Unificación Civil y Comercial, preparado por una Comisión especial de la Cámara de Diputados de la Nación, registrado como ley 24.013

²⁸ Cabe mencionar los trabajos del doctor Mario A. Rivarola (1934), Esteban Lamadrid (1937), Alberto Sordelli (1940), Waldemar Ancochea (1942), Arturo de la Vega (1943), entre muchos otros.

²⁹ El proyecto del senador Alfredo Guzmán indicaba: "Las empresas o sociedades formadas por una sola persona podrán constituirse igualmente con capitales limitados, sujetándose en todos sus puntos a las prescripciones de la presente ley".

y que fuera vetado por el Poder Ejecutivo por medio del decreto 2719/91 tuvo la virtud como ninguna otra propuesta anterior de acelerar las discusiones en todos los ámbitos.

El mencionado Proyecto, que despertó encontradas discusiones³⁰, permitía la constitución por una sola persona de una SRL o una SA. En efecto, comienza modificando el art. 1º de la ley 19.550: "...Habrá sociedad comercial cuando una o más personas...". También se proponía la introducción del siguiente párrafo al inc. 8º del art. 94: "Lo dispuesto precedentemente no será aplicable cuando el socio único lo sea de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada".

Los redactores del proyecto optaron en ese entonces —al igual que en el actual proyecto que se analizará— por un régimen de sociedad unipersonal, bastante flexible, y utilizando las ya conocidas estructuras de las sociedades pluripersonales.

Descartado aquel significativo proyecto, en estos últimos años diversas propuestas se han discutido en los distintos ámbitos; mas la tendencia general es hacia la aceptación del mencionado instituto, variando por cierto las técnicas propuestas para su eventual acogida legislativa. El doctor Vitolo³¹ agrupó en dos grandes corrientes las posiciones que dividen a la doctrina actual. El primer grupo plantea la necesidad de incorporar al empresario individual al sistema de la ley 19.550, creando un ente con personalidad jurídica distinta de la del único socio, basándose en las siguientes ideas:

1. En la realidad, existen sociedades que sólo mantienen la pluralidad en forma aparente, y con una tenencia mínima o simbólica por parte de otro u otros socios.
2. Es conveniente que el régimen de limitación pueda instrumentarse a través de las sociedades comerciales, ya que es un régimen conocido y sobre el cual se tiene una importante experiencia.
3. La indudable ventaja de que en el futuro el titular pueda incorporar otros socios sin afectar la estructura societaria, proceso que se llevaría a cabo por el previsto para el aumento de capital.

³⁰ Al respecto, véase Britta, Guillermo A., "Una medida necesaria: El veto a la ley de unificación civil y comercial", ED. 146-883; "La Cámara de Diputados sancionó hace cuatro años a libro cerrado, el proyecto elaborado por una comisión designada al efecto. Es decir, sin que los diputados vieran la menor idea de lo que venían y, desde luego, sin haber leído el dicho proyecto, como lo dijo uno de ellos al tratarlo", ZALDIVAR, Enrique, "¿Caso intanto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales? (De cómo no debe legislarse)", ED. 146-953; GARCÍA BELLONCE, Horacio A., "Sociedad de un solo socio", ED. 146-925.

³¹ VITOLO, Daniel Roque, "Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal", en Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, I. L. Adrovas, Córdoba, 1993, pp. 319 y ss.

Por otro lado, otro gran sector de la doctrina nacional —brindando similares razones que aquellas que brindara la comisión presidida por Claude Champaud en su trascendente informe³²— se inclina por el establecimiento de un régimen de empresa individual de responsabilidad limitada, otorgándole personalidad jurídica en algunos casos, y en otros simplemente acudiendo a la figura del patrimonio de afectación, basándose en lo siguiente:

1. La inconveniencia de incorporar al régimen societario, de naturaleza contractual, un instituto que conviva bajo las mismas normas, con naturaleza de declaración unilateral de la voluntad.
2. La imposibilidad de aplicar un amplio haz de relaciones intrasocietarias en los casos en que haya un solo titular del paquete accionario.
3. La incorporación de futuros socios no se ve enervada si se prevén mecanismos adecuados de conversión estructural.

Teniendo presente este esquema, reseñaremos algunas propuestas que últimamente ha elaborado la doctrina nacional en los distintos ámbitos de discusión académica. Comenzaremos por analizar las propuestas de autores correspondientes al primer grupo, es decir, aquellos que propician la creación de sociedades unimembres utilizando el esquema orgánico de la ley 19.550. Luego, reseñaremos aquellas propuestas en torno a la denominada “empresa individual de responsabilidad limitada”, correspondientes al segundo grupo *supra* mencionado. Por último, efectuaremos un análisis crítico del Proyecto de Código Civil, tarea para la cual hemos sido cordialmente convocados. Obsérvese que la mayor cantidad de propuestas —tanto en la doctrina como en los proyectos legislativos— que se presentaron lo fueron en torno al sistema de las “sociedades unipersonales”, circunstancia que puede leerse como una tendencia muy clara en ese sentido.

a) La sociedad unipersonal bajo la estructura orgánica de la ley 19.550

1. *Arnoldo Kleidermacher*. Impulsa la incorporación de un instituto simple, que contribuya a conciliar nuevamente el derecho con la realidad comercial. Propone utilizar la denominación de “Afectación patrimonial limitada”, y le permite su constitución solamente a las personas físicas. La constitución de la sociedad se efectúa mediante la redacción de una declaración jurada por instrumento público o privado, que deberá ser posteriormente registrada.

El socio único deberá llevar los libros en debida forma, y le serán aplicadas las normas de control de acuerdo con la actividad que emprenda. En todo lo demás le serán aplicadas las leyes sobre sociedades, principalmente para el régimen de administración, y las normas concursales de extensión de la quiebra, en su caso.

³² CHAMPAUD, Claude, “La empresa...”, cit.

2. *Fernando Pérez Hualde*. La utilización de la denominación "sociedad unipersonal", según este autor, es incorrecta, en virtud de la connotación de pluripersonalidad del término "sociedad". A pesar de que en su propuesta se utilizan en su mayoría las normas de organización del actual régimen de sociedades comerciales, denomina a la unimembre "Patrimonio independiente con personalidad jurídica". Sólo se permite su constitución a las personas físicas, quienes podrán constituir uno solo. Propone agregar al art. 94, inc. 8º que en el caso de que la sociedad se quede con un solo socio, se transforme en el instituto propuesto. Sostiene que el pequeño empresario individual acudirá a la SRL de base unipersonal por su simpleza estructural y por su mayor economía.

3. El doctor *Miguel C. Araya*, por su parte, amén de proponer la sociedad unipersonal y descartar las ideas *infra* del grupo "b)", asegura que la incorporación del instituto solucionará el problema de las filiales o subsidiarias controladas. La posibilidad de crear sociedades unipersonales no estaría sólo reservada al pequeño o mediano empresario que desea resguardar su patrimonio familiar de las vicisitudes del emprendimiento comercial. Para el referido autor, las personas jurídicas también podrán crear sociedades unipersonales, creándose la figura de la sociedad *rotalmente controlada*. En lo que hace a la estructura, será similar a la actual ley 19.550.

4. *Eduardo Mario Favier Dubois (pater)*. Rechaza también la tesis del patrimonio de afectación (*infra*, grupo "b)"), y promueve la creación unipersonal de un ente con personalidad propia independiente de la del empresario. Esta posibilidad queda reservada exclusivamente a las personas físicas. Sin embargo, critica el proyecto de unificación de 1992 por llamar "contrato" a dicho acto constitutivo y, sobre todo, por llamar "sociedad" a dicho ente unipersonal, que en su tesis doctoral debe denominarse "empresa individual de responsabilidad limitada".

5. *Liliana Analdi, Mariana Baigorria, Eduardo H. Pérez y Mario A. Parricelli*. Proponen la incorporación de la sociedad unipersonal al régimen de la ley 19.550, con un régimen flexible. Así, podrán constituir las tanto personas físicas como jurídicas, y una persona podrá ser titular de más de una sociedad unipersonal. Sostienen que debe crearse un régimen de fiscalización específico, sobre todo para aquellas que queden comprendidas en alguno de los supuestos del art. 299 de la actual Ley de Sociedades Comerciales. El control se llevará a cabo por medio de auditorías externas, a cargo de un Registro de Auditores que se creará a tal efecto.

b) Propuestas en torno a la "empresa unipersonal", con estructura interna diferenciada³³

Rafael Barreiro y Daniel M. Turrís ³⁴. Luego de criticar duramente la propuesta legislativa de unificación de 1991, que consideran inoportuna habida cuenta de la ausencia de debate previo suficiente, promueven la "empresa individual de responsabilidad limitada" (EIRL), que constituye básicamente un patrimonio de afectación, carente de personalidad jurídica, y sometido a un régimen específico.

Dicha empresa, creada por voluntad individual, antes de ser inscrita, podrá ser impugnada por los acreedores del empresario, para lo cual se establece un régimen de publicidad. Dicha oposición también operará cuando el empresario intente integrar nuevos bienes al patrimonio de afectación. Los de naturaleza registral que se incorporen a la EIRL, lo harán como una restricción al dominio, y esa intención de incorporar bienes debe ser previamente publicada para posibilitar el ejercicio del derecho de oposición. En todos los casos se deberán llevar los libros de comercio exigidos al comerciante individual, y se deberá llevar la contabilidad de acuerdo con la actividad emprendida, presentando en su casos balances y estados de resultados a la autoridad de contralor.

A diferencia de otras propuestas, en donde se permite escindir la titularidad de la administración de la empresa, aquí en todos los casos el empresario es administrador de la EIRL.

En cuanto a las relaciones entre los acreedores de la EIRL y los personales del empresario, estos últimos tendrán derecho al remanente del patrimonio de la EIRL luego de satisfechos en su totalidad los acreedores de éste. El patrimonio afectado, asimismo, no podrá ser utilizado para garantizar o afianzar deudas ajenas a la EIRL. Viceversa, los bienes no afectados del empresario y de sus parientes más próximos no podrán ser utilizados para garantizar deudas de la EIRL. Para acentuar esta independencia de los patrimonios, a pesar de la titu-

³³ Retomamos al lector al trabajo de CHAMPAUD, Claude, "La empresa...", cit., en donde se efectúa un complejo estudio de las "empresas personales". Asimismo, véase GERRICOLA, Juan Martín, "Solididad de un solo socio o empresa unipersonal de responsabilidad limitada", VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 1998, pp. 268 y ss. El autor, al defender el régimen de empresa individual sostiene que el sistema jurídico ofrece tres opciones, a saber: 1. La "sociedad", para encantar negocios usando calzoncillos, "participando de los beneficios y soportando las pérdidas"; 2. El "fiduciarismo", para llevar adelante negocios fiduciarios puntuales y dirigidos a un beneficiario predominante; y 3. La "empresa unipersonal o individual de responsabilidad limitada" o cualquier nombre similar que no sea confundible con los anteriores, para afianzar negocios propios sin poner en riesgo —por ejemplo— el patrimonio familiar...

³⁴ En similar sentido, ver el proyecto del diputado Alberto Aranzouzi, que fue aprobado por la H. Cámara de Diputados de la Nación en 1990 (ARAZOUZI, Alberto, "Empresa individual de responsabilidad limitada", en Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, t. 1, Advocatas, Córdoba, 1990, pp. 335 y ss.).

laridad unificada y su forma de inscripción como restricción al dominio, la contratación entre el EIRL y el empresario es calificada como mala de nulidad absoluta.

Por último, esta propuesta concede la posibilidad de cesión global del EIREL, cumpliendo estrictas normas publicitarias, y garantizando la posibilidad de oposición previa de los acreedores.

En el proyecto legislativo de Alberto Aramouni, el empresario responde con todo su patrimonio personal en caso de dolo, fraude, o: 1. Si no lleva la contabilidad en forma legal; 2. Si omite practicar los balances anuales; 3. Si aplica los bienes afectados a actividades ajenas a la empresa; 4. Si efectuare retiros personales superiores a los permitidos o dispusiere en provecho propio de los bienes de la empresa; 5. Si no cumpliera con la formación de un fondo de reserva. En todos los casos, la empresa termina por la pérdida del 50% del capital afectado.

VI. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

He aquí la sección principal del presente ensayo. A modo de introducción en la problemática de las denominadas "sociedades de un solo socio", hemos reseñado el estado actual de la discusión en el ámbito de la doctrina nacional, e intentado presentar algunas soluciones a las que han arribado algunos sistemas extranjeros.

El análisis de algunos aspectos del derecho comparado, cuando se trata de institutos susceptibles de ser utilizados en el ámbito local, nos permite enriquecer significativamente las discusiones. Esta evidente utilidad se ve potenciada cuando se estudian aspectos del derecho comercial. No hace falta ser empresario ni economista —sino que "sobra" con ser parte de esta "aldea global"—, para entender que las prácticas mercantiles, de cuya fuente históricamente surgieron las normas jurídicas correspondientes, son cada vez más uniformes en todo el mundo. Este fenómeno mundial, cuyo análisis apreciativo quedará para otros estadios, obliga a la constante revisión de las normas jurídicas de los distintos países. No se trata, aclaremos, de una tarea simple: no implica "trasplante" de normas de probado éxito, sino de confrontar las nuevas tendencias normativas mundiales con las particularidades jurídicas, políticas y sociológicas de la región que pretenda una reforma de su derecho.

La necesidad de modernizar nuestro derecho privado, en muchos aspectos, ha llevado a la elaboración de varios proyectos de reforma e unificación de los Códigos Civil y Comercial. Por razones que no siempre tienen relación con cuestiones técnicas o jurídicas, sino que se vinculan con cuestiones políticas, muchos proyectos han sido desechados. Es cierto que un Código Civil es de algún modo un "pacto social", y que su reforma repercute, como quizás casi ningún otro conjunto de normas, sobre toda la sociedad, en muchos aspectos. Pero

también es cierto que es necesario otorgar a cada propuesta, máxime cuando son elaboradas por intachables juristas, la posibilidad de ser discutidas íntegramente en todos los ámbitos científicos. A eso apuntamos.

a) Disposiciones de la proyectada reforma

El Proyecto de Unificación Civil y Comercial se ha limitado a reformar algunas normas de la ley 19.550 (arts. 1º, 17, 21 a 28, 61, 90, 94, las denominaciones de las secciones 1 y 4, y derogó los arts. 361 a 383), y mantuvo intacta su sistematicidad. La introducción de las sociedades unipersonales se concreta en la proyectada modificación del art. 1º, agregando el siguiente párrafo: "Las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas pueden ser constituidas por una sola persona humana o jurídica"³⁵. Asimismo, se modifica el art. 94, inc. 8º, referido a las causas de disolución societaria, agregando: "Lo dispuesto precedentemente no será aplicable cuando el socio único lo sea de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada"³⁶.

Los redactores de este Proyecto han optado por un régimen de "sociedad de un solo socio", utilizando en lo pertinente la estructura orgánica de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada de dos o más socios. Los redactores entendieron que esta elección tenía su explicación en circunstancias prácticas: "se evita constituir tipos especiales y prever farragosos cuerpos legislativos, recurriendo sencillamente a tipos ya existentes, conocidos y utilizados"³⁷.

Ante la pretendida desnaturalización de la noción contractual de la sociedad, al permitirse su constitución por una sola persona, los autores del Proyecto contestan que no necesariamente la constitución de una sociedad debe ser precedida por un acto bilateral, sino que cuando sea producto de una declaración individual de voluntad, "el aspecto genético se separara de ese carácter; pero en ambos casos podrá reconocerse una sociedad con los caracteres típicos de la clase elegida"³⁸.

Por otro lado, el argumento de que ante la falta de pluralidad de personas, dejan de tener sentido ciertos institutos, es revertido explicando que esa inaplicabilidad resultará de cada caso en particular. Explican que no invalida la tipificación de la figura societaria elegida, y que, por ejemplo, las decisiones del órgano de gobierno deberán practicarse igualmente, indicando la decisión del

³⁵ Nótese que en el proyecto de reforma de 1991 (vetada por el decreto 2718/91) se modificaba el primer párrafo del art. 1º al disponer: "Habrá sociedad a los fines de esta ley cuando sea o más personas...". Por otro lado, aplaudimos la nueva concepción de "persona de existencia viable" como simplemente "persona humana".

³⁶ En este aspecto se repite la propuesta de 1991.

³⁷ "Fundamentos del Proyecto de Código Civil", punto 333, c).

³⁸ "Fundamentos del Proyecto de Código Civil", *ibq. cit.*

único socio. Además, señalan, que otra ventaja de mantener la organización societaria de las plurimembres estriba en la posibilidad de incorporar, *a posteriori* de la constitución, nuevos socios, o a la inversa, sin la necesidad de una transformación estructural.

Se puede concluir que los autores del Proyecto en análisis se ubican en la corriente definida en el comienzo del ensayo como la de aquellos autores que propician la recepción del instituto "como un modo de receptor un instituto ya inserto en la realidad jurídica"³⁹. Esta conclusión se deja entrever en tanto sostienen que "podría decirse que las sociedades de un solo socio (real), tienen ya tipicidad social, cuyo reconocimiento no debe detenerse sólo por pruritos técnicos, los que hallan soluciones adecuadas con una inteligente adaptación"⁴⁰.

b) Valoración

Adelantaremos nuestra opinión: en líneas generales, consideramos beneficiosa la reforma proyectada. Sin embargo, creemos necesaria la incorporación de una norma que, hasta tener probanzas de los resultados, impida la constitución de más de una sociedad unimembre a cada "persona humana", y a cada sociedad unimembre.

Consideramos conveniente la utilización del régimen de la ley 19.550 para la organización de la persona jurídica, por ser un régimen conocido, y que no ha recibido mayores objeciones en sus casi treinta años, con leves modificaciones, de efectiva vigencia. La practicidad, cuando se trata de institutos de derecho comercial, es una cualidad fundamental. Los destinatarios de la norma, recordemos, son quienes practican el comercio, y quienes utilizarán, o no, estas nuevas sociedades solamente si les resultan convenientes. Por otro lado, esta flexibilidad del Proyecto, al permitir la incorporación de nuevos socios sin una modificación estructural de la sociedad —acudiendo a las normas sobre aumento de capital, por ejemplo—, es de evidente conveniencia. Posibilitará la rápida incorporación de nuevos miembros, tanto en momentos de expansión en donde se necesitan nuevos capitales para aumentar las inversiones, como en momento de crisis, para facilitar el ingreso de fondos para intentar una recuperación económica. Además, el retiro de los socios permitirá que el último socio que permanezca al mando de los asuntos sociales pueda seguir operando beneficiándose con la limitación de la responsabilidad, y sin necesidad de conseguir nuevos socios, bajo la amenaza de tener que disolverla, si la incorporación no se efectiviza en un corto plazo (según actual art. 94, inc. 8º, ley 19.550).

³⁹ Véase pto. III, c).

⁴⁰ "Fundamentos del Proyecto de Código Civil", loc. cit.

No creemos que sea óbice para la solución propuesta el hecho de que se esté desnaturalizando la concepción contractual de la sociedad, o la posición clásica de la unidad del patrimonio. No encontramos motivos determinantes que aconsejen la adopción de otro régimen. Las cuestiones lingüísticas, o de naturaleza jurídica, no pueden justificar una estructuración que arriesgue otros valores más importantes, según nuestro criterio, como la practicidad y la simpleza normativa. Volvemos a expresar que consideramos que en cuestiones de derecho comercial, la facilitación del intercambio —obviamente con el resguardo de los valores humanos superiores que guían a todas las ramas del derecho—, es un objetivo primordial.

Algunos regímenes extranjeros imponen la obligatoriedad de adicionar a la denominación social, alguna frase o sigla que indique el carácter de unimembre de la sociedad. Este aspecto, cuya razón de ser no es sino el conocimiento rápido de los terceros de la estructura social, también ha sido remarcado por numerosos juristas en el ámbito local.

Dos razones fundamentales nos llevan a desechar esta posibilidad. Por un lado, en las nuevas sociedades de un solo socio, lo único que se modifica respecto de las actuales, es el actual requisito esencial de la pluralidad de fundadores y socios, pero la organización interna, y el régimen de responsabilidad, es idéntica. Crear un régimen de denominaciones diferenciado (SA unipersonal y SRL unipersonal, o "SAU" y "SRLU", se nos ocurre) crearía la falsa creencia de que las nuevas sociedades funcionan de otra forma, o que su régimen de responsabilidad es distinto, quizás más benévolo. La segunda razón se relaciona directamente con la primera: si las nuevas sociedades "SAU" o "SRLU" resultan desestimadas socialmente, volveremos inevitablemente a lo que queremos desterrar, es decir, a la utilización de un negocio jurídico indirecto para resguardar una fracción del patrimonio del empresario.

Respecto de los objetivos que se persiguen con la proyectada reforma, no podríamos concluir, antes de ensayar la nueva legislación por algunos años, si se trata de un mero "sinceramiento" del actual régimen societario⁴⁰, o si redundará en un efectivo incentivo al emprendimiento económico⁴¹. Seguramente, lograr este segundo objetivo, en un país con una economía deprimida y centralizada en los grandes capitales, muchas veces extranjeros, sería muy importante⁴². Pero de todas formas, siendo ambos horizontes positivos, su acogida, sostenemos, debe ser promovida.

Algunos autores han entendido que posibilitar la limitación individual de la responsabilidad facilitaría la irresponsabilidad y la consecución de manio-

⁴⁰ Véase pto. III, c1.

⁴¹ Véase pto. III, d).

⁴² ¿No sería fantástico que al secreto de la vida lo encontramos en el derecho? (sic).

bras fraudulentas, al disminuir la garantía de los acreedores⁴⁴. Rebatimos este argumento diciendo que, por un lado, las normas tendientes a la desarticulación de las maniobras fraudulentas o simuladas —tanto en la rama civil como en la penal—, tendrán efectiva aplicación a las unimembres, de la misma forma que ocurrió hasta ahora con las sociedades de la ley 19.550. Con un llamativo agregado: en el actual régimen, se suele violar fácilmente el requisito de la pluralidad de personas, siendo, por cierto un caso frecuente de fraude a la ley: en este nuevo sistema, ello no será necesario, ni tendrá sentido. Además, confiamos plenamente en el criterio judicial⁴⁵, que toma las amplias directivas legislativas, y las adapta constantemente al caso concreto. Por otro lado, nótese que las mismas maniobras fraudulentas que se sostiene se facilitarán con la unimembre se pueden concretar con las pluripersonales: ocultamiento de bienes, fraude a la legislación sucesoria, y toda la extensa lista de maniobras reprochables por la ley y por la moral, que sigilosamente intenta mostramos lo correcto y marcamos lo incorrecto. La correcta utilización de las herramientas legales —y quizás el perfeccionamiento de éstas⁴⁶—, es el método adecuado para evitar aquello que es repudiable.

Existe sin embargo, pese a lo expresado en los últimos párrafos, una advertencia que queremos dejar sentada. Tal como lo adelantamos, creemos necesaria una limitación a la facultad de constituir sociedades unimembres por parte de a su vez otras unimembres, y por parte de personas físicas. Tal como algunos regímenes extranjeros lo disponen⁴⁷, cada persona "humana", y cada sociedad de un solo socio, sólo debe poder constituir una sola sociedad unipersonal.

Aunque entendemos que esta prevención legal podría ser violada nuevamente acudiendo a los prestanombres, creemos que se trata de una cuestión de prudencia legislativa. Es necesario evaluar la función concreta que a estas nuevas sociedades se les asigne —y para esto no nos sirven los datos estadísticos de otros países, de otras culturas—, y con ese dato evaluar si se utilizan para lo que fueron creadas, sea sincerar el mercado o incentivar el emprendimiento individual, o si son meras herramientas para fraccionar en varias partes el patrimonio y disminuir fraudulentamente la garantía de los terceros. Posteriormente se analizará, contando con los nuevos datos de la realidad, si la prevención realmente correspondía, o si ha resultado excesiva.

Respecto de las sociedades pluripersonales del actual régimen legal, no nos parece necesario incorporar dicha restricción. La ley 19.550 ya prevé una

⁴⁴ Véase III, b).

⁴⁵ Seguramente se acudirá más seguido a la teoría del *abuse of law*, para desarticular maniobras lejanas al espíritu de la ley.

⁴⁶ Consideramos esencial, para que todo este régimen funcione adecuadamente, la sanción de normas específicas de derecho penal societario. Si bien esto excede los alcances del proyecto en análisis, se trata de un aspecto del derecho poco explorado, pero de enorme necesidad.

⁴⁷ Véase el régimen francés y la XIII Disposición de la CEE.

limitación en el art. 31 respecto de las participaciones en otra sociedad. En efecto, se establece, con excepción de las sociedades con objeto exclusivamente financiero, que ninguna sociedad "puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas"⁴⁸. La sanción legal, si no se cumple con la enajenación del exceso en un plazo de seis meses desde la fecha del balance general del que surge el exceso, es la pérdida de los derechos de voto y utilidades que correspondan a esas participaciones. Por lo expuesto, resulta patente que con el régimen vigente se puede controlar, de alguna forma, que la magnitud de los montos que una SA pluripersonal destine a la constitución de una o varias sociedades en las que sea el socio exclusivo, se mantengan en proporción con el patrimonio de la sociedad matriz.

Finalmente, es necesario hacer una advertencia esencial. Todos los regímenes jurídicos precisan de un ingrediente que inste a los destinatarios de las normas a su observancia. Este principio kelseniano es el que diferencia una norma jurídica de una de otro carácter, cuyo incumplimiento no acarrea consecuencias jurídicas.

En el derecho societario, las normas específicas contienen una serie de consecuencias que serán aplicadas mediante distintos métodos a aquellos que las vulneren. Existe una serie de acciones judiciales, de carácter patrimonial, tendientes a resguardar los principios fundamentales que inspiraron la creación de estas normas.

Sin embargo, consideramos que los casos más graves deben ser reprimidos con sanciones de carácter penal. A estos fines, consideramos que las figuras actuales que se utilizan en la praxis judicial —los supuestos de defraudación—, resultan insuficientes. En otras palabras: es necesario contar con un moderno derecho penal societario, con figuras específicas, que tiendan a la protección de bienes jurídicos también específicos, como por ejemplo, el "regular funcionamiento de las personas jurídicas", etc. Propiciamos un régimen comercial con una gran flexibilidad, que haga las veces de "caja de herramientas" para el empresario. Esta flexibilidad, que permita constituir fácilmente sociedades unipersonales, ampliarlas, enajenarlas, etc., debe tener no obstante límites fijos, claramente demarcados. Para ello es que propiciamos este derecho penal societario, que no obstante exceder los objetivos del presente trabajo, no queremos dejar de mencionarlo.

⁴⁸ Art. 31, ley 19.550.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHAUS, Alfredo A. "Sociedades devenidas unipersonales", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, Advocatus*, t. I, Córdoba, 1992.
- AMAYA, Jaime L. "Sociedades inicialmente unipersonales", ED. 124-128.
- ARALDI, L. - BARDORNA, M. - PÉREZ, E. - PURCELLI, M. "Sociedades unipersonales: su incorporación a la ley de sociedades", *VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 1998*.
- ARAMOUNI, Alberto. "Empresa individual de responsabilidad limitada", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992.
- ARAYA, Miguel C. "Empresa individual y sociedad unipersonal", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, Advocatus*, t. I, Córdoba, 1992.
- BARREIRO, Rafael F. - TURKIN, Daniel M. "Sociedad unipersonal: Su importancia e inadecuada contemplación en el Proyecto de ley modificatorio del régimen de sociedades comerciales elevado al Congreso de la Nación en septiembre de 1991", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, Advocatus*, t. I, Córdoba, 1992.
- BIAGGIOCH, Facundo A. "Sociedad de un solo socio. Empresario individual de responsabilidad limitada", *VI Congreso argentino de Derecho Societario*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- BODROY, Ángela G. "Sociedad de socio único, o empresa unipersonal de responsabilidad limitada", *VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 1998*.
- BORDA, Guillermo A. "Una medida necesaria: El voto a la ley de unificación civil y comercial", ED. 146-883.
- CHAMPAUD, Claude. "La Empresa Personal de Responsabilidad Limitada", trad. Ana I. Piaggi, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1980.
- FARINA, Juan M. *Tratado de sociedades comerciales. Parte general*, Zeus Editora, Rosario, 1980.
- FAYER DUBOS, Eduardo M. (p). "Limitación de responsabilidad del empresario", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992.
- GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. "Sociedad de un solo socio", ED. 146-925.
- KLEIDERMACHER, Arnoldo. "La afectación patrimonial limitada", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992.
- KURODA, Kiyohiko. "Sociedad unipersonal en Japón", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992.
- LE PERA, Sergio. "Sociedades unipersonales", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 5, no. 25.
- NISSEN, *Ley de sociedades comerciales*, t. I, Ábaco, Buenos Aires.
- OSCAROTOLA, Juan M. "Sociedad de un solo socio o empresa unipersonal de responsabilidad limitada", *VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. I, Buenos Aires.
- PIAZZI HUAYLOS, Fernando. "Patrimonio independiente con personalidad jurídica", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992.
- RICHARD, Efraín H. "En torno a la sociedad unipersonal", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992.

- ROVERE, Marta B., "Sociedad de un solo socio: una compleja problemática. Su análisis a través de distintas legislaciones", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992.
- VILLERIAS, Carlos G., *Derecho de la sociedad de comercio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- VITTOLO, Daniel R., "Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal", *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992.
- ZALDIVAR, Enrique, "¿Otro intento de reforma de la ley de sociedades comerciales? (De cómo no debe legislarse)", ED. 146-153.
- ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J.: *Código de Comercio y leyes complementarias comerciales*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1959.

LÍMITES Y ALCANCES DEL EJERCICIO DE LOS PODERES IMPLÍCITOS DEL CONGRESO DE LA NACIÓN EN RELACIÓN A LA FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h.) *

I. MOTIVOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DE LA CREACIÓN INTELLECTUAL DE LA FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO – HUMANISMO – DERECHO NATURAL – MÉTODO CARTESIANO E ILUMINISMO

I. Introducción

Bien es sabido por todos nosotros que la organización político-jurídica que nuestros padres constituyentes de 1853/60 nos han legado no es otra más que la sujeta a la división tripartita de poderes de tinte republicano.

Por otro lado, nadie duda de que nuestra Constitución toma el ejemplo y sigue el camino trazado por la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 en lo que respecta a la organización política adoptada, ni que ambas hunden y entrelazan sus raíces ideológicas al beber aguas en la obra de los grandes librepensadores iluministas propios de la Francia del siglo XVIII.

El tema en cuestión de esta primera exposición no consiste en dar cuenta de dónde ha sido tomada la estructura política de división de poderes que nuestra Constitución adopta, ni tampoco en efectuar un racconto histórico-cronológico orientado a detectar la presencia y evolución de este tipo de organización política en los diferentes instrumentos jurídicos habidos a lo largo del tiempo, sino que pretende dilucidar y develar la causa, el motivo o el fundamento al que la creación intelectual y consiguiente aplicación de una organización política de este estilo se debe.

Desde ya que sus orígenes no son ni arbitrarios ni aleatorios. Menos aún empírico-materiales, como bien lo son los de la no codificada Constitución inglesa. Los mismos se hallan determinados por parámetros estrictamente filosóficos.

Su creación es eminentemente racional.

Para dar con ella se toma imprescindible comprender la concepción iluminista del individuo, del Estado y sus recíprocas relaciones.

* Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1.1. *Motivos y caracteres de la concepción iluminista del individuo*

La expansión del comercio, de los descubrimientos científicos y geográficos habida en los siglos XV y XVI hizo aflorar en el hombre renacentista el anhelo de cortar las ligaduras que lo unían con la vida feudal y las corporaciones medievales. Al romper con el marco de restricción medieval el hombre del siglo XVI ganó en independencia y autonomía, que posteriormente con la aparición del protestantismo y de su prédica en pro del libre examen religioso pasó en autoconciencia.

En oposición a la física aristotélica, doctrina oficial desde fines de la alta Edad Media, la cosmovisión moderna, lejos de argüir que la finalidad de cada ente queda supeditada a su esencia, comprendió a la figura humana libre de cualquier restricción y condicionamiento natural¹. La existencia del hombre dejó de estar apriorísticamente condicionada por su sustancia y quedó librada pura y exclusivamente a su intención y hacer. El hombre renacentista fue plenamente consciente de la potencialidad que residía en él de autoforjar su personalidad a su propio criterio y voluntad. Así es como Pico della Mirandola (1463-1494) pronunció en su célebre "*Oratio de hominis dignitate*"²: "*Oh summa y admirable felicidad de ser hombre, al cual le ha sido concedido obtener lo que desea, ser lo que quiera*".

De aquí que el Renacimiento haya sido una época de hombres prácticos y de acción. De comerciantes, navegantes, condottieros y artistas. Leone Alberti (1404-1484); Marsilio Ficino (1433-1495); Cristóbal Colón (1451-1506); Leonardo da Vinci (1452-1519); Nicolás Maquiavelo (1469-1527); Nicolás Copérnico (1473-1543); Paracelso (1493-1541); Mercator (1512-1594); Andrés Vesalio (1514-1564); Bruno Giordano (1548-1600) y Galileo Galilei (1564-1643) son sólo algunos de los conspicuos personajes, que principalmente desde la península itálica, dieron renombre a ese período.

¹ La más ilustrativa imagen de la sociedad medieval es aquella que proviene de los autos sacramentales de los siglos XVII. Da fiel testimonio de esta aseveración CALDERÓN DE LA BARCA quien en *El gran teatro del Mundo* (1655) nos brinda una representativa nación de la jerarquizada sociedad medieval en la que cada congregación o estamento ocupa, de acuerdo con su naturaleza, una ubicación determinada en el juego de relaciones sociales. En esta obra la vida humana y la sociedad son representadas a manera de farsa. Dios, el autor de la trama, otorgó a cada cual su papel en la comedia. Hay un apuntador, la conciencia, encargado de repenir a los actores el papel que deben desempeñar. Cada cual, al entrar en escena, se viste del traje que le corresponde según la función que le es asignada. Será premiado por Dios, quien repartió los papeles, aquel que desempeñe con mayor precisión la tarea que le fue asignada. Quien tiene el papel de labrador debe ser durante toda la representación el más fiel labrador posible, sin tratar de desempeñar otro rol. Lo mismo pasa quien recibe el papel de rey o el de mendigo. Cada función social tiene sus virtudes. Por esta sería inconveniente e inadecuado al orden natural de las cosas que el labrador quisiera imitar las virtudes del señor, el señor las del eclesiástico y así sucesivamente. Cada cual, desde que nace, conoce la función que le corresponde en la sociedad y el pedazo de tierra en el que reposará en su muerte.

² *De la dignidad del hombre*.

Autores como Marsilio Ficino, Pico della Mirandola y Giannozzo Manetti conquistan y reivindican para la posteridad el valor intrínseco de la personalidad humana. Va de suyo que contaron en esta empresa con brillantes colaboradores de la talla de Althusio y Pufendorf en la actual Alemania, Vitoria, Suárez y Mariana en España, Montaigne, Charron y Rabelais en Francia, Coornbert, Grocio, Esrasmo y Espinoza en Holanda, Herbert of Cherbury en Inglaterra, Campanella en Italia y Seb Frank en Suecia quienes, junto a otros ilustres, hicieron filas en esta misma causa al contribuir a moldear esta nueva concepción del hombre que posteriormente el inmenso Descartes hubo de condensar magníficamente en su *cogito ergo sum*.

Con un pie en Maquiavelo y otro en Bodin, la doctrina política renacentista envistió al Estado de las más amplias e ilimitadas potestades políticas. Entre las laderas del dogma religioso y del absolutismo político la doctrina del derecho natural sacó a relucir la existencia de un derecho evidentemente superior a cualquier ejercicio político. Enseña Grocio (1583-1645) en *De Jure belli ac pacis*³ que "el derecho natural es un dicado de la recta razón, que señala que una acción, según que sea o no conforme a la naturaleza racional, tiene en sí una calidad de fealdad moral; y que, en consecuencia, tal acto es prohibido u ordenado por el autor de la naturaleza".

La fuerza de esta doctrina se funda, a decir de sus adeptos, en su evidencia. "Me he preocupado de referir la prueba de las cosas que afectan el derecho natural a ciertas concepciones fundamentales que están fuera de duda, de tal modo que nadie pueda negarlas sin violentarlas. Pues los principios de ese derecho son manifiestos y claros con sólo dedicarles la debida atención, y son casi tan evidentes como aquellas cosas que percibimos por los sentidos externos", expone el mismo Grocio⁴.

Tal es así que el legislador al pronunciar la norma debe hacerlo en referencia a los dictados del derecho natural. Moralmente más alta que el mero ejercicio indiscriminado de la voluntad política esta nueva filosofía se comportó como oriente y señora del correcto ejercicio del poder político. Así cree Grocio que la justicia radica en el apego a los principios naturales. Al deber inferirse necesariamente el derecho positivo del derecho natural, el descrédito a la arbitrariedad política, como no podía haber sido de otra manera, cundió en cuestión de años.

Como toda escuela póstuma, la doctrina política enciclopedista adoptó y rechazó elementos de su inmediata antecesora. Por sobre los rasgos primordiales que recogió del humanismo renacentista sobresalió el alto valor dado a la dignidad humana. Concepto que en consonancia con la doctrina del derecho natural fue desarrollado, expandido y finalmente puesto en práctica, a partir de mediados del siglo XVIII, por los adherentes a la filosofía de las luces.

³ *Del derecho de la guerra y de la paz*, 1625.

⁴ GROCIO, *Del derecho...*, cit.

Así llegó la posta a las manos iluministas. Exclama Voltaire (1694-1778) sin ataduras que *"Aunque lo que en un país se denomine virtud se llame vicio en otro, aunque la mayoría de las reglas sobre lo bueno y lo malo son diferentes como los idiomas que se hablen y las vestidas que se llevan, me parece cierto sin embargo, que existen leyes naturales con respecto a las cuales tienen que estar de acuerdo los hombres de todas las partes del globo"*⁵.

En la existencia de una normativa natural, inmutable, universal y evidentemente verdadera, tan cara a Grocio y Pufendorf, transita la filosofía de las luces. El moderno principio iluminista de libertad individual, concebido a lo largo del siglo XVIII por el enciclopedismo como exigencia de dignidad humana, no es más que la sublimación de la doctrina del derecho natural del siglo XVII. A decir de Hegel en su *Historia de la filosofía* y de Condorcet en sus *Tablas del progreso*, esta idea debe su conceptualización a Juan Jacobo Rousseau (1722-1778), quien reconoció en su obra la ínsita dignidad y libertad humana. En este sentido puede leerse en el *Du contrat social ou principes du droit politique*⁶ (I, 3): *"[...] Todos nacen hombres libres; su libertad les pertenece (...) renunciar a su libertad es renunciar a su calidad de hombre, a los derechos de la humanidad, incluso a sus deberes (...) Una renuncia semejante es incompatible con la naturaleza del hombre"*.

Para acceder una concisa e ilustrativa síntesis de la noción moderna y liberal de la figura humana viene al caso transcribir un pasaje extraído de uno de los tan célebres trabajos morales de Immanuel Kant (1724-1804): *"... La humanidad misma es una dignidad; por que el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva por sobre todo los demás seres del mundo que no son hombres y que si pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva por sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que le de profesar necesariamente a cualquier otro hombre"*⁷.

A resumidas cuentas, la idea de que los pensadores enciclopedistas se hacen del individuo es la de que todo hombre, toda mujer, es un fin en sí mismo por su mera condición de tal, y goza por lo tanto de derechos naturales e inherentes, siendo entre ellos la libertad, en sentido amplio, el más preciado.

⁵ Carta de Voltaire al delin Federico de octubre de 1737.

⁶ *Del Contrato Social*, 1762.

⁷ *Metaphisik der Sitten (Metafísica de los costumbres)*, Segunda parte, Doctrina ética elemental, Segunda parte, Sección segunda, nro. 18, 1797.

Esta moderna concepción de la figura humana repercutió y fue plasmada en la filosofía política de "La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", del 26 de agosto de 1789, en particular en su art. 1º que manifiesta "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos..."; en las primeras diez enmiendas de la Constitución americana; en la obra de la Asamblea del Año XIII en varios estatutos, reglamentos, esbozos y ensayos constitucionales ya sean de nivel nacional o provincial de nuestro derecho patrio como así también en la frondosa y copiosa obra de tratadistas de primerísima línea como Juan Bautista Alberdi o Esteban Echeverría. En todos estos antecedentes radica en parte el *status* jurídico y moral que nuestra Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación Argentina.

1.2. *Motivos y caracteres de la concepción iluminista del Estado*

El siglo de las luces debe su ser a la influencia determinante de la revolución científica que lo precedió. No podría explicárselo ni entenderse si no tuviésemos en consideración que había ya transcurrido el mundo renacentista, que la idea de Nicolás Copérnico había sido divulgada y aceptada y que se había producido la revolución en la ciencia física de Isaac Newton.

Pero sin desmerecer a estas y otras mentes ilustres, es justo decir que el más genuino predecesor de este movimiento no fue otro más que Renato Descartes (1596-1650) ⁸.

Sólo en el convulsionado clima de dudas e incertidumbres propio de los siglos XV y XVI, en los que sucumbe la cosmovisión medieval sin haber sido reemplazada por ninguna otra, alcanza verdadera significación y sentido la teoría cognoscitiva cartesiana.

Atento a los cambios renacentistas la cosmovisión aristotélica-medieval del mundo se conmovió de caajo. Esta concepción reposaba en la autoridad de la iglesia, la absoluta verdad de la Biblia y el realismo aristotélico. Pregonaba un universo finito y jerarquizado en el que la tierra fija reposaba en su centro y el hombre, principal criatura de la creación, había sido moldeado a imagen y semejanza de Dios.

Pero del conocimiento de la circunferencia de la tierra se abrieron las puertas al estudio del cielo. La tierra perdió la posición central y privilegiada que la física aristotélica le había asignado. Pasó a ser un planeta más, periférico, ni por sí acaso de los de mayor tamaño. Un grano de arena sometido a las mismas leyes físicas y naturales que el resto de la materia.

Los descubrimientos e inventos se sucedieron unos a otros con la velocidad que demora emprender una nueva expedición o investigación. La aparición

⁸ A quien HEGEL en sus *Lecciones de filosofía* consigna de "héroe".

en Europa de la pólvora, la brújula y la imprenta dieron vuelta de página al mundo medieval.

El advenimiento de la reforma protestante trajo detrás de sí la revalorización del análisis introspectivo y la pérdida de la homogeneidad religiosa. Estremecimiento solamente comparable a la caída de Constantinopla a merced de las tropas otomanas.

Es por esto que la inmensa tarea que Descartes emprendió fue la de hacer puerto, en este mar de incertidumbres, en algún conocimiento que correspondiera con el criterio de verdad ⁹.

Descartes no ahorró energías en dudar y no admitir la veracidad de todo pensamiento que no se mostrara ante sus ojos con claridad y distinción. O sea, que sin importar la autoridad, la tradición o la fuerza en la que repose no cumpliera con el requisito de evidencia.

En caso de no presentarse ante él un pensamiento evidentemente verídico, consideró necesario dividirlo en tantas partes como fuera necesario para aprehender sus "*naturaeque simplices*". Esto significa desguzar ese pensamiento complejo en sus partes más simples y elementales para procurar, de esta manera, una más sencilla comprensión.

Luego recomendó ordenar gradualmente todas las partes de este desmembrado concepto, desde sus elementos más simples y fáciles de comprender hasta los más complejos y dificultosos, para así pasar revista sobre ellas.

Esta tarea aquí no se agota. Requiere de la elaboración de una verdadera síntesis que permita recomponer el concepto en estudio. Entonces, una vez aprehendida la esencia del pensamiento analizado, debe reconstruirse de sus partes realizando enumeraciones tan completas y generales que permitan garantizar no haber incurrido en descuido, error u omisión alguna.

Éste es el puro análisis cartesiano plasmado en el *Discours de la méthode* ¹⁰. El arte de descomponer un todo en sus ingredientes simples para lograr así una comprensión sencilla y clara de sus elementos integrantes.

El mundo moderno hace del método cartesiano su carta de presentación. El nuevo concepto de naturaleza que desde los días del renacimiento progresiva y evolutivamente venía gestándose se abroqueló en torno a la garantía de certeza que el método cartesiano infundía. A costas con el nuevo método, el hombre "ilustrado" del siglo XVIII se propuso extraer su secreto más íntimo a todo aquello que le ofreciera duda o curiosidad. Tomó para sí la responsabili-

⁹ De aquí que el pensamiento cartesiano percibido por el descrédito del saber medieval toma cuenta de esta advertencia y dilata el estudio ontológico al momento de la conquista de una certeza teórica cognoscitiva.

¹⁰ Su nombre completo es *Discours de la méthode, pour bien conduire la raison et chercher la vérité dans les sciences*. Lo que significa *Discurso del método para conducir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias*. 1637.

dad de analizar y trastocar todos los restos y resabios del orden medieval al abrir de par en par las puertas al mundo moderno.

Todo conocimiento fue examinado críticamente. Se aplicó el nuevo método extendiéndose las fronteras del saber hasta límites insospechados pocos años atrás. El saber se especializó y atomizó ocasionando el surgimiento de las divisiones de las ciencias tal como las conocemos hoy en día. Escribió Jean le Rond D'Alembert (1717-1783) en *Éléments de philosophie* (1759) "...en cuanto observemos atentamente, el siglo en que vivimos, en cuanto nos hagamos presentes los acontecimientos que se desarrollan ante nuestros ojos, las corrientes que seguimos, las obras que producimos y hasta las conversaciones que mantenemos, no será difícil que nos demos cuenta que ha tenido lugar un cambio notable en todas nuestras ideas... Sólo con el tiempo será posible determinar el objeto de este cambio y señalar su naturaleza y límites, y la posteridad podrá reconocer sus defectos y sus excelencias mejor que nosotros. Nuestra época gusta de llamarse la 'Época de la filosofía'. De hecho, si examinamos sin perjuicio alguno la situación actual de nuestros conocimientos, no podemos negar que la filosofía ha realizado entre nosotros grandes progresos. La ciencia de la naturaleza adquiere día por día nuevas riquezas; la geometría ensancha sus fronteras y ha llevado su antorcha a los dominios de la física, que le son más cercanos, se conoce, por fin, el verdadero sistema del mundo, que ha sido desarrollado y perfeccionado. La ciencia natural ha cambiado su aspecto, desde la Tierra hasta Saturno, desde la historia de los cielos hasta la historia de los insectos. Y con ella, todas las demás ciencias han cobrado una nueva forma. El estudio de la naturaleza, considerado en sí mismo, parece un estudio frío y reposado, poco adecuado para excitar las pasiones y la satisfacción que nos proporciona se compensa más bien con un sentimiento tranquilo, constante y uniforme. Pero el descubrimiento y el uso del nuevo método de filosofar, despierta, sin embargo, a través del entusiasmo que acompaña todos los grandes descubrimientos, un incremento general de las ideas. Todas estas causas han colaborado en la producción de una viva efervescencia de los espíritus. Esta efervescencia que se extiende por todas partes, ataca con violencia a todo lo que se le pone por delante, como una corriente que rompe sus diques. Todo ha sido discutido, analizado, removido, desde los principios de la ciencia hasta los fundamentos de la religión revelada. Desde los problemas de la metafísica hasta los del gusto, desde la música hasta la moral, desde las cuestiones teológicas hasta la economía y el comercio, desde la política hasta el derecho de gentes y el civil. Fruto de esta efervescencia general de los espíritus ha sido una nueva luz que se vierte sobre muchos objetos y nuevas oscuridades que los cubren, como el flujo y reflujo de la marea depositan en las orillas cosas nuevas y arrastran otras...".

Las obras de Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778) y Rousseau (1712-1778) en filosofía, política y literatura; Bernoulli (1700-1782),

Boyle (1703-1770), Coulomb (1736-1806), Volta (1745-1827), Fahrenheit (1690-1740) y Celsius (1701-1744) en las ciencias físicas; Buffon (1707-1788), Linneo (1707-1778) y Von Haller (1708-1777) en las ciencias naturales, no hacen más que reconfirmar el extracto recién leído de D'Alambert.

La pura investigación científica irrumpió en el campo de la industria y con resultados asombrosos conmovió por completo, desde los días de la Revolución Industrial, la producción, las comunicaciones y el comercio.

Los éxitos alcanzados en el campo de las ciencias naturales llevaron a los pensadores del siglo XVIII a aplicar el método en el ámbito de las ciencias sociales. La ecuación era clara. De la misma manera que se han conquistado, basado en principios racionales, las leyes que rigen los fenómenos naturales, deben dominarse con igual resultado, al aplicar idéntico recurso, las que regulan el comportamiento social. Así es cómo le llegó su turno al estudio científico-racional de los fenómenos político-sociales.

La situación política sobre la cual el científico político del siglo XVIII posó sus ojos era por demás inocente. Firme era el convencimiento de que debía trasladarse a la tierra de la manera más fidedigna posible el orden celestial. La teoría del derecho divino partía de la idea del origen religioso de la autoridad. El rey era *deo coronato* debiendo su dignidad sólo a Dios. La imposición de la autoridad divina al rey era esencialmente milagrosa y se aceptaba como un acto de fe y no de razón. El oficio del rey era, como dijo Jacobo I, un misterio que ni los filósofos ni juristas pueden investigar. Claude D'Albon, jurisconsulto y poeta, escribió en 1575 en *De la majestad real*, que lo que ha llevado a los reyes a ser venerados de ese modo son principalmente las virtudes y poderes divinos del que fueron investidos sólo ellos y no los demás hombres ¹¹.

El afirmar que el rey era un ministro o vicario de Dios implicaba el deber de obediencia por parte de sus súbditos, ya que toda resistencia o rebelión frente

¹¹ Para comprender el halo místico de su preeminencia que reposaba sobre la monarquía sirve recordar que Francia se coronaba de la cruzada de preferencia divina de la que poseída su monarquía al llegar haberle sido enviado desde los cielos, según unos por intermedio una paloma, según otros de un ángel, según una pasara colectiva por un ángel transformado en paloma, el dios que se usaba para la unción de los reyes. Las virtudes teománticas atribuidas a los monarcas franceses e ingleses a partir, de por lo menos, el siglo XII, hasta bien entrado el siglo XVIII, denotan de manera concordante el carácter de la legitimidad política de la que gozaba la monarquía durante aquellas centurias. Era práctica generalizada que en días conseridos acudieran al monarca centurias o miles de enfermos de escorbuto. Luego de una breve oración el monarca tocaba con su mano derecha la enfermedad para pasar a hacer la señal de la cruz sobre la cabeza del paciente para su curación generalizada que el mal se curaba con este pase milagroso. Esta práctica regular iba investida de formalidades muy precisas que no sufrían alteración a lo largo de los siete u ocho siglos en los que se realizaron. Debe separarse en que éste no era un poder exclusivo de algún que otro monarca determinado sino una potestad típica que revestía a todo aquel que accediera al trono. Recuerda el gran historiador francés Marc Bloch (1886-1946) en *Las reas feudales*, 1924, que el último monarca francés que aplicó las manos fue Carlos X el 21 de marzo de 1825. En Inglaterra, a su vez, la última oportunidad estuvo a cargo de la reina Ana el día 27 de abril de 1714.

a él significaba un sacrilegio levantamiento contra el orden celestial. La aceptación de esta cosmovisión devino en un sometimiento pasivo a la autoridad regida por parte de sus gobernados. Este deber de obediencia pasiva no significaba que el rey fuera enteramente irresponsable y pudiera hacer lo que se le ocurriera. Por lo general, se sostenía que el rey, por el hecho de estar colocado en una posición superior a la de los demás hombres, era responsable en un grado más alto. Se suponía que la ley de Dios y la ley de la naturaleza obligaban al monarca a respetar la ley del país. Pero esta obligación era para con Dios. Ergo, no podía someterse al rey al juicio humano ni dentro ni fuera de las formas legales. Un mal rey sólo sería juzgado por Dios al fin de sus días, pero no podía, ni por si acaso, serlo ni por sus súbditos ni por ningún otro instinto humano de aplicación del derecho tal como lo eran los estamentos o los tribunales.

Lo que en el siglo XVI y XVII dio nueva fuerza a estos argumentos, fueron el riesgo de la desunión y la inestabilidad política, fruto de las cruentas luchas habidas entre las diversas parcialidades religiosas, el temor de la avasallación clerical al gobierno, tanto por parte de los calvinistas como de los jesuitas, y un anhelo cada vez más fuerte de independencia y unidad nacional. Por ello, para el grueso de las masas, la teoría del derecho divino sirvió sobre todo como foco del sentimiento patriótico y como racionalización religiosa del deber cívico.

La experiencia cotidiana y la historia le mostraban y con razón a aquellos grandes pensadores ilustrados que el poder sólo se debe a dos leyes: *Querer ser más poder, y querer serlo por más tiempo*. "...Nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite a su abuso, a la extralimitación", escribió Montesquieu en el capítulo IV del libro XI de *De l'esprit des lois* (1748). Erán tiempos de monarquías absolutas y de despotismo ilustrado. No olvidemos que pese a la carencia de documentación que lo avale, se le ha atribuido a Luis XIV el haber pronunciado en reiteradas oportunidades "el Estado soy yo". Ésta era la doctrina política de ese momento. El monarca concentraba en sus manos la facultad de hacer y aplicar la ley a su gusto y antojo¹². "La ley reside en el pecho del rey" decía un viejo refrán. Frente a su voluntad el principio de legalidad quedaba reducido a la más pura teoría. El individuo carecía de derecho alguno siendo su conducta permitida de coincidir con el marco de tolerancia regia. A lo sumo, y en el mejor de los supuestos, los habitantes de ciertos distritos o ciudades se vieron beneficiados con privilegios, o exenciones concedidos por parte del monarca denominados carta o fueros¹³.

¹² En idéntico sentido dice Montesquieu en la misma obra que "Así los reyes que han querido hacerse absolutos o despoticos, han cometido el error de creer en si personas todas las magistraturas".

¹³ Tanto las constituciones como las cartas responden a filosofías políticas netamente católicas. Aquéllas pertenecen al orden político medieval. Éstas son hijas directas de la "voluntad general Rousseau" y de la vicarización que posteriormente le fue otorgada a esta teoría por el obispo SIEYÈS.

Este orden político que escuetamente acabo de exponer, corrió la misma suerte que las demás ramas del saber al haber, sido sometido durante los días de la ilustración al más fino análisis cartesiano.

Al seguir la primer regla de su método se extrajo como primera conclusión la imposibilidad de predicar con evidencia la veracidad de la teoría política absolutista, por presentarse ante nosotros como un fenómeno complejo. La jactada suprahumanidad regia, pese a descansar en la autoridad político-religiosa¹⁴ y en la tradición ancestral, no ofrece mérito suficiente como para investir al monarca de atributos políticos de primer rango, por no mostrarse a nuestro intelecto de manera clara y evidente.

Es por esto que en búsqueda de respuestas a este interrogante no existió otra posibilidad más que la de desglosar a esta doctrina, cual fenómeno compuesto que es, en tantas partes como sea necesario para su mejor aprehensión. De ninguno de sus componentes surge la veracidad de los postulados que alega. Jamás consta la investidura divina ni el carácter suprahumano que por naturaleza le confiere al monarca derecho exclusivo a ejercer el magisterio regio.

El método cartesiano dio por tierra con esta teoría, al barrer de base con las imputaciones que la sujetaban¹⁵. La concepción política absolutista de la teoría del poder, a los ojos de la nueva ciencia, se desvaneció por su irracionalidad sin más remedio. El deber absoluto de sumisión al monarca no resistió los embates enciclopedistas y en su consecuencia fue desechado. Más aún si operaba en abierta contradicción al derecho natural.

En ninguna medida es congenial la supuesta legitimidad divina del monarca, ni su usanza política con el requisito cartesiano de la evidencia ni con la

Emmanuel en *¿Qué es el tercer Estado?* (1789). Muestra que en lo relativo a su origen las constituciones modernas son el resultado del ejercicio político de una comunidad de darse a sí misma una norma de base de tal índole y regirse de acuerdo a ella; las cartas o fueros, muy por lo contrario, son prerrogativas jurídicas concedidas por el monarca en favor de un tercer sujeto político. A su vez, la naturaleza de los derechos consignados en cada uno de estos instrumentos está supeditada a cual de ellos emane. Las constituciones modernas se limitan a reconocer positivamente los derechos naturales inherentes a toda organización política. En su antipoda, las cartas o fueros, lejos de reconocer los derechos naturales, se constituyen a otorgarlos.

¹⁴ Por ello hubiera sido muy difícil que esta teoría hubiese sobrevivido una vez que la cita de textos de los eclesiásticos, como por ejemplo el capítulo XIII de la epístola de los romanos, dejó de ser un método aceptado de argumentación política.

¹⁵ El obispo Bossuet (1627-1704) campeón de la ortodoxia católica del siglo XVII entrevistó con acierto las implicancias revolucionarias que trajo por añadidura el pensamiento de Descartes. En 1687 escribió "veo... prepararse un gran combate contra la Iglesia bajo el nombre de la filosofía cartesiana. Veo presentes de su zona y sus principios, a mi parecer mal entendidos, más de una herejía; y pavoro que las consecuencias que deducen de ellos contra los dogmas que han sentido nuestros padres van a volverta odiosa y hasta perder a la Iglesia todo el fruto que podía esperar de esta doctrina para establecer en el espíritu de los fieles la divinidad y la inmortalidad del alma... De estos mismos principios mal entendidos o no convenientemente aplicados gana paulatinamente las montañas... se introduce... una libertad de pensar en virtud de la cual, sin mérito por la tradición, expresan conscientemente todo lo que piensan".

concepción enciclopedista del individuo. Montesquieu¹⁶ advierte esta fragante contradicción entre el poder político y la libertad al escribir en *Del Espíritu de las Leyes* que: "Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo no hay libertad, falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares".

Dado que la sociedad organizada según las pautas del derecho feudal era irracional e injusta, y vista la imposibilidad de excluirse de la "ley de mando y obediencia", el pensamiento político moderno se propuso entablarla bajo nuevos fundamentos. Para que el mecanismo de la sociedad civil funcionara correctamente, su organización no debía responder a una legislación arbitraria y artificialmente inventada, sino que era imprescindible constituirla racionalmente de acuerdo al derecho natural. Es decir, una estructura política que supere el ejercicio arbitrario del poder y que reconozca positivamente y proteja los derechos y las libertades naturales.

El inmenso acierto político del enciclopedismo, con Montesquieu a la cabeza, consistió más que en divisar la esencia del poder político, abusivo *per se*¹⁷, en propiciarle la mejor respuesta que la humanidad a la fecha haya conocido jamás.

Su gran descubrimiento radica en sostener que el carácter abusivo del poder político, sólo puede ser contrarrestado al oponérsele un poder político de igual magnitud.

A ese efecto enseña Montesquieu que sólo existe libertad allí donde los poderes políticos están separados. "No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor".

¹⁶ Nada nuevo aporto al decir que Montesquieu, quien había quedado temerariamente impactado por la "Gloriosa Revolución" de 1688, introdujo en el continente con agregados de último momento, vía su *Del espíritu de la Leyes*, el sistema institucional inglés y la filosofía política del "Padre del Liberalismo" John Locke (1632-1704). Este último fue un confeso adepto a la filosofía cartesiana, pese aun a la profusa discrepancia en lo que a la teoría cognoscitiva entre otros asuntos respecta a ambos. Así lo testimonia una carta escrita por el mismo John Locke que dice: "Tendré que reconocer siempre que debo a mi genitil hombre, admitido con tanta razón (Descartes) el haber comenzado a libertarme de la manera inextinguible de hablar de la filosofía que se practicaba en las escuelas de su tiempo". El gran maestro de Wriestring también solía comentar que habían sido de Descartes los primeros libros que lo habían atraído hacia la filosofía.

¹⁷ El soñador está en un modal eufemístico, elegante y delirado de denunciar la esencia misma del ser humano quien en su última instancia quien ejerce el poder político.

Así es como se estructura racionalmente, en protección de los derechos naturales, una organización política que neutralice el mal uso insito al poder político. En lo atinente a nuestro sistema, esta estructura cuenta con dos fases coexistentes. La primera de ellas consiste en desgazar al poder político en tres porciones complementarias, exclusivas y diferentes, y asignar con claridad y precisión el ejercicio de cada una de ellas en tres cuerpos diferentes. Asimismo, la etapa restante, procura la supervivencia del sistema y por ello reviste a cada uno de esos poderes de la potestad de controlar a los otros en caso de que se extralimiten de su campo privativo y exclusivo de acción y se entrometan, por ende, en la órbita de cualquiera de los restantes poderes. Esto es la constitución como poderes soberanos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

El modelo republicano es el más fecundo logro del encuentro habido entre la escuela del derecho natural y la teoría de la racionalización y materialización del poder político¹⁸. Esta convergencia tal como ha sido plasmada con alto acierto por los firmantes de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", del 26 de agosto de 1789 al referir en su art. 16 que "*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución*", hace a la esencia misma del sistema constitucional.

II. PODERES IMPLÍCITOS DEL CONGRESO DE LA NACIÓN Y FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO

I. Introducción

La constitución del Poder Legislativo como poder autónomo dentro de las facultades que le son conferidas en la Constitución Nacional, responde tanto a la división clásica y liberal de poderes, como así también a la distribución de competencias existentes entre las provincias y el Estado federal.

Al receptor el eco de las doctrinas políticas liberales del siglo XVIII, nuestra Constitución Nacional priorizó sobre cualquier tipo de organización política la división republicana de poderes como el más eficiente medio de protección política a la figura humana frente a los abusos del poder político.

Pero estos poderes están conformados por las competencias delegadas por las Provincias, en su calidad de estados soberanos, en cada uno de ellos.

Las Provincias al transferir competencias al Estado central plasmaron la forma federal de Estado, cuyo gobierno y administración se encomendó a los tres poderes constituidos, que adoptó por lo tanto y en el mismo acto la forma republicana.

¹⁸ Esta teoría implica, por lo tanto, la descentralización y desasacralización del poder político.

Entonces, los poderes constituidos nacionales ejercen en todo el territorio argentino y para toda su población, las competencias transferidas por las provincias y arregladas por la Constitución Nacional en favor del gobierno federal.

He aquí la doble vertiente ideológica de la cual son tributarios nuestros poderes constituidos. Del liberalismo francés tomó la forma republicana de gobierno y del constitucionalismo norteamericano y suizo ¹⁹ el sistema federal de Estado. Mientras que el "telos" de aquél, al consagrar a la persona humana como un fin en sí mismo es eminentemente moral, el de éste, al procurar la cohesión interestatal, es político por antonomasia.

Este trabajo aspira a abordar el alcance del ejercicio de las potestades implícitas del Congreso nacional en relación a la forma republicana de gobierno. Bajo estos fundamentos no es afine a meritarse el reconocimiento de estas facultades en referencia a la forma federal de Estado. Tampoco viene al caso abordar la existencia de atribuciones implícitas en favor de las legislaturas provinciales ²⁰.

2. Los derechos individuales y las competencias de los poderes constituidos. Su recepción constitucional a nivel nacional

Vistas las consideraciones vertidas con anterioridad y so temor de abundar en argumentaciones sobradamente redundantes, sirve y viene al caso recordar escuetamente que el objeto mismo de la división de poderes de corte republicana, es el proteger los derechos y libertades individuales frente al actuar de los poderes públicos.

¹⁹ No debe olvidarse la ascendencia que ejerció sobre Alberdi la obra de Pellegrino Rossi y en particular su proyecto de Constitución para Suiza del año 1832. Alberdi reconoció a este autor napoleónico como "cuentor de genio" en *Recor y punto de partida para la organización política de la República Argentina* (Imprenta del Comercio, Valgarinos, julio 1832), p. 119. En otra oportunidad se refirió a sus "trabajos heroicos" en *Estudio sobre la Constitución argentina de 1852* (Imprenta del Diario, Valgarino, 1853). En sus *Barcelona* Mira en el dictamen que redactó para la convención porteña de 1850 incorporó una cita de Pellegrino Rossi al que designó sin nombrarlo como "celebre publicista".

²⁰ Con respecto a este asunto justo es decir que nuestra Corte Suprema de Justicia se ha abstenido al unísono de intervenir ante hábeas corpus interpuestos ante ella, con el objeto de solicitar la puesta en libertad de particulares arrestados por orden de las cámaras provinciales por destacos cometidos contra ellas, por no corresponder a la instancia extraordinaria federal el revisar las decisiones que en el marco de su propia competencia dictan los tribunales provinciales con arreglo a la Constitución y a las leyes locales. Esta concordante y reiterada jurisprudencia, que a mi entender no ofrece ninguna garantía de ser reválida en la actualidad por ninguna máxima instancia judicial, puede citarse en "Don Carlos M. Quiroga. Recurso de hábeas corpus" (1913) (Fallos, 138:207), "Don Mas Coscoll. Recurso de hábeas corpus" (1917) (Fallos, 125:283), "Carlos Colombo. Interdicto de hábeas corpus" (1925) (Fallos, 144:391), "Recurso de hábeas corpus interpuesto por don Manuel Rodrigo en favor de los ciudadanos Juan Antonio Alvarez Bizarro y otros, damnificados por orden de la Cámara de Diputados de la Provincia de Tucumán" (1928) (Fallos, 147:118), "José Ricardo y Julio Roserval. Recurso de hábeas corpus" (1931) (Fallos, 134:231), "Cosca Juan I. Recurso de hábeas en los autos de un hábeas corpus" (1937) (Fallos, 138:103).

Las constituciones modernas, siendo nuestra constitución histórica un fiel exponente de esta corriente, al receptar la escuela del derecho natural, lejos de otorgar derechos a los individuos se limitan exclusivamente a reconocer positivamente en cada sujeto los derechos con los que cada uno de ellos nace natural e inherentemente investido. A su vez, los poderes constituidos carecen de derechos. Sus atribuciones se denominan competencias y a diferencia de ser patrimonio intrínseco de éstos le son voluntaria y artificialmente otorgadas por el poder constituyente, al momento de su institución al mero efecto de dar respuesta a la "ley de mando y obediencia", sin caer en los perjuicios de la autocracia. Entonces, paralela e intencionadamente, nuestra constitución histórica, al receptar la doctrina iusnaturalista, reconoce a todo individuo derechos inherentemente naturales e instituye artificial y limitadamente a los poderes constituidos en su resguardo.

La regla que rige las atribuciones de los poderes constituidos es abiertamente opuesta a la que hace lo propio con los derechos individuales. La aptitud de éstos se traduce en nuestro ordenamiento legal con el más alto rango jurídico al ser contemplada por los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional. De lo preceptuado en su art. 33²¹, nuestra Constitución Nacional amplía la gama de los derechos reconocidos al añadir a los expresos y enumerados la categoría de implícitos. Simultáneamente, su art. 19 circunscribe las obligaciones y prohibiciones a las que puede encontrarse constreñido todo habitante a las prescriptas exclusivamente por ley, siempre y cuando ésta reúna, dicho eso en concordancia con una interpretación amplia y armónica de todo el articulado constitucional, los requisitos de legalidad y razonabilidad²². De aquí que si "A" es todo derecho ya sea enumerado o tácito del cual gozan todos los habitantes de la Nación argentina y "B" es toda obligación o prohibición legal impuesta a aquellos derechos en virtud de una razonable reglamentación, del resto existente entre "A" y "B", esto es "C", surge la totalidad de los derechos que gozan todos los habitantes de la Nación argentina. Por lo tanto, se deduce a contrario sensu de lo expuesto en el art. 19 que las únicas prohibiciones y obligaciones a la que puede encontrarse compelido cualquier individuo son las prescriptas por ley. O mejor dicho, que todo individuo es jurídicamente apto a la voluntaria comisión de toda conducta sin necesidad de permiso alguna por parte del Estado, siempre y cuando su actuar no esté restringido por una obligación o veda, determinada por una razonable ley.

La competencia de los poderes constituidos muy por lo contrario de correr la misma suerte que los derechos de las personas individuales, se ubica en su

²¹ Este artículo fue incorporado en nuestra norma fundamental por la Convención Constituyente de 1860. Proviene de la novena reforma de la Constitución de los Estados Unidos que fue adoptada por el Primer Congreso de 1789 y ratificada el 15/12/1791.

²² Confrontar con los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional.

antípoda. Los poderes constituidos en lo atinente a sus facultades y atribuciones están regidos por la misma máxima que el resto de las personas morales. Esto significa que el campo de acción de los poderes constituidos está demarcado estrictamente por las facultades que exclusiva y expresamente son conferidas y acordadas en favor de cada uno de ellos por la norma que los constituye. Las atribuciones de los poderes constituidos son exclusivamente las expresamente puestas en cabeza de cada uno de esos tres altos magisterios por la Constitución Nacional, pudiendo ellos, por simple deducción, realizar solamente lo que expresamente les es permitido. Así lo tiene resuelto la Corte Suprema que en "Don José Horta v. Harguindeguy, sobre consignación de alquileres" (1922) (Fallos, 137:47) dijo que la esencia de nuestro sistema de gobierno es "la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución".

Solamente ante supuestos singulares, y en particular consideración a los sucesores históricos vividos por las Provincias Unidas con inmediata anterioridad a la batalla de Monte Caseros nuestro constituyente originario se inclinó por vedar directamente la comisión de ciertas conductas por parte del Poder Legislativo y Ejecutivo. Así salta en relieve las estrictas prohibiciones impuestas al Congreso por el art. 29 de "conceder al Ejecutivo nacional (...) facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de los gobiernos o persona alguna (...)", y por el art. 32 de dictar "leyes que restrinjan la libertad de prensa (...)" o la tajante proscripción recaída en el Poder Ejecutivo de la Nación vía el art. 109 de "ejercer funciones judiciales, arrogarse al conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"²³. A exclusión de las contadas excepciones en los que nuestro constituyente en recaudo de la vigencia de las libertades individuales ha tomado la decisión de delinear en singular y por la negativa, las atribuciones que le competen a los poderes constituidos, en las restantes oportunidades en que se ha abocado a esa tarea ha procedido a constituirlos por la afirmativa²⁴. Significa esto último que

²³ No incluyo dentro de esta nómina a la prohibición consuetudinaria impuesta con la reforma constitucional de 1994 al Poder Ejecutivo vía el inc. 3º del art. 99 de dictar decretos de necesidad y urgencia. La disposición redacción de ese inciso que otorga un carácter extraordinariamente más amplio a las excepciones que a la regla de prohibición, ha dado lugar a sucesivas jurisprudencias que abastaron en desnaturalizar la división de poderes en derecho detrimento de las libertades individuales. Ese inciso dice: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e invariable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando estrictamente extraordinario fueren imposibles seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas de que regulan en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia..."

²⁴ Esto importa consignar expresamente lo que les está permitido realizar. Quiero decir que nuestro constituyente ha conferido testualmente a cada poder constituido atribuciones expresas como por ejemplo al Congreso Nacional la de "Fijar las fuerzas armadas en tiempos de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno" (art. 75, inc. 27), o simplemente, cual es la de "Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejecución los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina" (art. 75, inc. 32).

la competencia de cada poder constituido consiste exclusivamente en aquella para la cual se halla expresa y constitucionalmente habilitado, sin que sea permitido a cualquier otro poder ejercer tal atribución. Puesto ello, el mero hecho de que una finalidad no le sea asignada por la Constitución, sin importar que tampoco le sea conferida a otro poder, es suficiente como para negársele tal atribución.

El constituyente originario no sólo prevé con gran acierto los recaudos suficientes para conferir a cada poder facultades exclusivas, sino que también cuidó (y mucho) de no asignar concurrentemente a dos o más poderes una misma competencia ²⁵. Sobre esta huella se ha pronunciado nuestra Corte Suprema en una sentencia de antaño en la "Causa Número V. Criminal. Contra Ramón Ríos (alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos, por saqueamiento, robo y homicidio, perpetrado a bordo del pailebot nacional 'Unión' en el Río Paraná". (1863) (Fallos, 1:36) ²⁶ al expresar que "Siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división de poderes en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas (sic), pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno".

Partiendo del supuesto de que a cada poder constituido le compete exclusivamente lo que le es dado, se infiere por ejemplo del art. 18 de la Constitución Nacional que prescribe que "... nadie puede ser arrestado si no en virtud de or-

²⁵ Precaución de la que la Convención Constituyente de 1994 no supo tomar cartas al incluir, a guisa de ejemplo, similares facultades disciplinarias sobre los jueces inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Consejo de la Magistratura. Con idéntico desacierto ha asignado una interpretación multívoca y confusa al término autonomía, otorgando tal calidad a las Provincias, a los Municipios y a las Universidades.

²⁶ Me permito incluir este antiguo fallo pues aquí ha quedado de manifiesto el espíritu jurisprudencial impuesto por la Corte Suprema en sus primeros años de funcionamiento, también principalmente a consagrar y afianzar los principios de la Constitución. Cabe citar entre estos fines el demarcar la distribución de competencias entre las Provincias y el Estado federal; entre los tres poderes constituidos y el reconocer la facultad del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de actos o normas pronunciados por los restantes poderes con el objeto de resguardar, de tal suerte, la supremacía de la Constitución. Dentro del tema que nos convoca la jurisprudencia es por demás variada. Puede leerse en la causa "Ricardo Boreve, Héctor Corpus. Recurso de hecho" (1929) (Fallos, 135:248): "Que la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones.". Por añadidura agrega la sentencia recitada en "Horacio Zanetti y otros v. Nación Argentina" (1988) (Fallos, 311:2580) que muestra la inalterabilidad, al menos en la forma, de este principio republicano al expresar que: "El principio de separación de poderes y el necesario autorespeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su competencia impone que, en las causas donde se impugnan actos que otros poderes han cumplido en el ámbito de las facultades que la ley privativa con arreglo a lo prescripto por la Constitución Nacional, la función jurisdiccional de los jueces no alcanza a interferir con el ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así fuera, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación".

den escrita de autoridad competente” que le corresponde al Poder Judicial, y sólo a él, emitir tal pronunciamiento. Este principio se ve ratificado con la asignación a los restantes poderes de facultades complementarias como es en este caso la otorgada al Poder Legislativo por el inc. 12 del art. 75 de la Constitución de dictar el Código Penal.

Nuestros constituyentes podrían haber optado por la inclusión en nuestra Constitución Nacional de algún que otro artículo o cláusula que vedara expresamente a todo poder constituido la comisión de toda atribución distinta a las que se halla expresamente habilitado. Pero estimo que habida cuenta del desarrollo doctrinario alcanzado en aquellos tiempos, tal recaudo pudo haber sido considerado superfluo. Sin entrar a ameritar el acierto o la conveniencia de la técnica legislativa escogida por nuestros muy conspicuos constituyentes de 1853/60 al dar vida a nuestra norma fundamental, dicha exigencia excede todo debate puesto que pulverizaría los requisitos de coherencia, razonabilidad y eficacia que hacen necesaria e imprescindiblemente a la subsistencia del sistema republicano. De prevalecer la tesis opuesta se suscitaría la contradicción de que la misma República sucumbiría a manos de las instituciones que le son esenciales. Los poderes constituidos no pueden valerse de una competencia más amplia que la acordada por la Constitución Nacional en su favor. De no guardarse un rígido respeto a este vital principio del sistema republicano, el congénito ensanchamiento del ejercicio de las atribuciones políticas conferidas por la Constitución Nacional a cada poder rebasaría ilegítimamente los márgenes que por la misma norma le son impuestos en tutela del valor supremo de la libertad individual.

Desde el enfoque republicano, el Poder Legislativo ostenta exclusivamente, y con carácter soberano, las facultades que le son conferidas por el texto de la Constitución Nacional. De esta manera lo tiene entendido nuestra máxima instancia en la causa “Fisco Nacional v. Deampto” (Fallos, 12:149), del 8 de agosto de 1872, al sentenciar que: “La Corte Suprema representa, en la esfera de sus funciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su facultad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones”. Cualquier ejercicio del Poder Legislativo que supere los extremos de su competencia y por ende se entrometa en la de otro poder constituido, viola automáticamente la división republicana de poderes en potencial detrimento de los derechos individuales²⁷. El saneamiento de este con-

²⁷ El hecho de que un poder constituido asuma competencias conferidas a otro no implica necesariamente, pese a su repugnancia, una dafio a las libertades individuales. El requisito previo de transitar la instancia como tal para acceder a la órbita judicial, como así manda la reconstitucional ley 24.573 de Medición Previa y Obligatorio y sus modificaciones, pese a atentar contra la Constitución y la división de poderes no valdrá de por sí ningún derecho individual. A mayor abundamiento cotejar la sentencia dictada el día 29/10/1998 por la sala II de la Cámara Conacional en autos “Baterías Sólidas SRL v. Barbaco, Walter Abraham”, causa 48.949 en donde el fallo suscripía por la doctora Ana Isabel Poggio y el doctor Enrique M. Bury declaró la inconstitucionalidad de la ley en cuestión.

flicio es eminentemente político. Está puesto en cabeza del Poder Judicial y opera en resguardo de la Constitución, de la división de poderes y de las libertades individuales por intermedio de la tacha de inconstitucionalidad.

Dentro de las facultades que manifiestamente le son conferidas al Poder Legislativo se encuentra la contemplada en el inc. 32 del art. 75 de nuestra norma base de "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina"²⁸. Esto significa que expresamente la Constitución Nacional ha otorgado al Congreso de la Nación la posibilidad de valerse de medios implícitos para procurar la consumación de sus cometidos.

Nuestros constituyentes originarios incluyeron esta cláusula en razón de superar la imposibilidad fáctica de detallar taxativamente la totalidad de las atribuciones imprescindibles para dotar al Congreso de los medios suficientes para poner en funcionamiento las amplias facultades que le son conferidas.

Cuando la Constitución brinda al Congreso Nacional una o más funciones determinadas, a su vez, por intermedio del inc. 32 del art. 75 le reconoce explícitamente la potestad de valerse con racionalidad de todos los medios necesarios y adecuados para plasmar eficientemente dicha tarea. En conformidad nuestra Corte ha dicho en "Ferrocarril Central Argentino contra la Municipalidad del Rosario, por devolución de impuestos" (Fallos, 104:73) (1906) que: "Dado un poder por la Constitución, los medios necesarios para llevarlos a cabo se juzgan siempre implícitos y el alcance de los mismo es que el Congreso tenga todas las atribuciones que sean necesarias y convenientes para hacer efectivos los poderes que le han sido conferidos de una manera expresa; que en ella no se concede ninguna facultad nueva y que su objeto es remover toda incertidumbre de que los medios para poner en ejercicio todos los poderes concedidos de una manera expresa están comprendidos en la concesión". Por su parte en "Jefatura de Provincia de Concordia (Provincia de Entre Ríos) consulta si debe prestar la cooperación que le solicita el Banco Hipotecario Nacional,

²⁸ Sus antecedentes hay que buscarlos en el art. 1º, Sección VIII de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 que dice: "... Y para hacer todas las leyes necesarias para poner convenientemente en ejecución los precedentes poderes, y todos los demás investidos por esta Constitución en el gobierno de los Estados Unidos o en cualquiera de los departamentos de él"; en el art. 19 del Capítulo XIV del proyecto de Constitución redactado por la comisión especial nombrada en 1812 que dice: "Hacer todas las leyes que sean necesarias y propias para llevar a ejecución los poderes, antecedentes y todos los otros poderes concedidos al gobierno de la República, o a algún territorio o empleado de ella"; el art. 35 del Proyecto de Constitución de carácter federal del año 1813 que dice: "El Congreso tendrá poder, para... hacer todas las leyes que sean necesarias y propias, para llevar a ejecución los poderes concedidos por esta Constitución al Gobierno de las Provincias Unidas, o algún departamento, u oficial de él" y en el art. 38 de la Constitución de 1826 que dice: "Hacer, en fin, todas las demás leyes y ordenanzas de cualquier naturaleza, que reclame el bien del Estado, modificar, interpretar y abrogar las existentes". Nada al respecto añade el "Proyecto de Constitución" del genial Juan Bautista Alberdi.

para efectuar el desalojo en una fracción de 25 hectáreas afectadas por el Banco" (1923) (Fallos, 139:259) puede leerse: "Que para poner en ejercicio dichos poderes era indispensable autorizarlo para elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquellos, siempre que no fuesen incompatibles con algunas de las limitaciones impuestas por la Constitución. Por eso, en el último apartado del art. 67, facultaron al Congreso para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes enumerados en los incisos precedentes y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno nacional". Sirve también leer en la causa "Don Fernando Orfila interpone recurso de hábeas corpus a favor de Alejandro Orfila" (1929) (Fallos, 134:192), que: "el poder conferido al Congreso de la Nación por los art. 5º y 6º presupone la posesión de todos los medios necesarios y propios para llevarlo a ejecución de acuerdo con la regla del art. 67, inc. 28 y de jurisprudencia que lo ha interpretado. Esta Corte ha declarado en efecto, que para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquéllos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución. Por eso el último apartado del art. 67 faculta al Congreso para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes enumerados en los incisos precedentes y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno nacional".

Cooley sostuvo que: "El significado de esta cláusula (art. 1º, Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos) es que el Congreso tendrá todos los poderes incidentales necesarios y apropiados para poner en ejercicio, todos los poderes que le han sido conferidos. Ella no extiende ni limita ningún poder expresamente concedido, ni es la atribución de una nueva facultad del Congreso, sino una simple aclaración para resolver toda incertidumbre. Sin esta ni otras facultades el gobierno se hallaría en absoluto privado de la medios de perpetuar su existencia, como ocurrió en la Confederación. En cuanto a la necesidad, el Congreso es el juez exclusivo de lo que es necesario y apropiado, cuando los medios elegidos son conducentes al fin propuesto y no están expresamente prohibidos"²⁹.

El Poder Legislativo está habilitado con carácter de excepción, puesto que es el único poder constituido al que la Constitución Nacional le otorga expresamente facultades implícitas, a echar mano a medidas consignadas tácitamente

²⁹ Me permito hacer un alto y efectuar una transcripción textual del gran jurista norteamericano Cooley al mero efecto de dejar verídica constancia de la similitud existente entre la doctrina jurídico-constitucional argentina y norteamericana. No por sabido dejó de ser (y así recordo que la doctrina, jurisprudencia y Constitución norteamericana han ejercido un inflajo de primerísima relevancia en nuestro sistema jurídico-político.

te. De aquí no se infiere que sea el único poder investido de potestades de tal índole. La jurisprudencia se ha encargado de aseverar lo contrario con respecto al Poder Judicial y, como veremos más adelante, al poder Constituyente Reformador, también. En "José María Sagasta" (1958) (Fallos, 241:50) expuso la Corte que: "tampoco el Tribunal considera que deba ejercer las facultades implícitas que podrían asistirle para la defensa de la independencia del Poder Judicial frente a los avances de otro Poder, pues no ha existido intromisión alguna del Poder Ejecutivo ni del H. Senado con motivo a las designaciones y del acuerdo a que se refiere el recurrente". En "Alejandro Bianchi y Cía. v. Fisco Nacional (DGI) s/repeticion" (1960) (Fallos, 248:398) expresó nuestra Corte Suprema que: "en cuanto hace a su actual composición, el Tribunal, ejerciendo facultades implícitas que son inherentes a todo poder estatal y que lo habilitan para juzgar la validez constitucional de los títulos de sus miembros, consideró el punto en oportunidad de la prestación de los juramentos a que se refiere el art. 98 de la Constitución Nacional...". También recordó la Corte Suprema en autos "Jorge Carlos Díaz García s/recurso de amparo" (1964) (Fallos, 259:11) la existencia de "...las facultades implícitas que esta Corte ha declarado asistirle, en su calidad de órgano capital del Poder Judicial de la Nación, a los fines de la preservación de la autonomía de los tribunales que lo integran frente a posibles y excepcionales avances de otros poderes". En idéntico sentido puede leerse en "Juan Horacio Venini" (1973) (Fallos, 286:17) que: "a ese efecto cabe recordar que, en ejercicio de las facultades implícitas y como cabeza del Poder Judicial de la Nación, ha proclamado esta Corte su deber de salvaguardar la investidura de los jueces de la Nación en el desempeño de su función (Fallos, 256:114 y 208) y, asimismo, el de preservar la investidura de los tribunales que integran ese Poder frente a posibles avances de los otros poderes (Fallos, 241:50 y 259:11)". A su vez, en "Ana María Pérez de Smith y otros" (1977) (Fallos, 297:338) del 18 de abril de 1977, nuestro máximo tribunal estimó que era su deber "poner en ejercicio los poderes implícitos que hacen a la salvaguarda de la eficacia de la función judicial, principalmente, en cuanto se refiere a la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional", y se dirigió al Poder Ejecutivo Nacional "a fin de encarecerle intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentran registradas como detenidas, a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la mayor efectividad que exige el derecho, sobre los recursos que se interponen ante sus estrados en salvaguarda de la libertad individual." Análogo criterio transitó la Corte en "Domingo Viceme Bernugueta" (1979) (Fallos, 301:205) al expresar que: "aunque no se trate estrictamente de un conflicto de poderes ni de alguno de ellos que se refiere el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, el tribunal considera que pro-

cede su intervención en virtud de los poderes implícitos que, como órgano superior y cabeza de uno de los Poderes del Estado, le son conaturales e irrenunciables para salvaguardar el libre ejercicio y la eficiencia de la función específica que a los jueces atribuyen los arts. 67, inc. 11 y 100 de la Constitución Nacional". Asimismo en "Jorge Rodríguez - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación" (1997) (Fallos, 320:285) la Corte volvió a automeconocerse, de conformidad con lo expuesto en el párrafo XI del dictamen del procurador general (Fallos, 320:2876/2878), análogas facultades al sostener que: "así como este Tribunal, en ejercicio de una prerrogativa implícita que es inherente a su calidad de órgano supremo de la organización judicial e intérprete final de la Constitución, ha intervenido para conjurar menoscabos a las autoridades judiciales o impedir posibles y excepcionales avances de otros poderes nacionales... también le corresponde... establecer si la materia de que se trata está dentro de su poder jurisdiccional", para señalar más adelante que: "... Dentro del ejercicio de sus poderes implícitos, esta Corte no puede prescindir del respeto —pasivo o activo— de los límites que la Constitución impone a la jurisdicción del Poder Judicial en su art. 116" (ver Fallos, 320:2881, consid. 8°). Incluso vale recordar que con invocación de sus poderes implícitos la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de normas sin petición de parte interesada ni existencia de causa judicial. Así lo muestran las Acordadas nro. 47 del 13 de noviembre de 1986 "Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Inconstitucionalidad de la ley 23.362" (Fallos, 308:1519) y nro. 42 del 8 de octubre de 1991 "Declaración de inconstitucionalidad del decreto 2071/91 del PEN Suspensión de Acordadas 32 y 38/91 de la CSJN" (Fallos, 314:948)³⁰. El razonamiento es claro, si se le ha asignado a un poder una función, también se lo ha investido de los medios necesarios como para procurar el respeto a esa tarea por parte de los restantes poderes.

En lo atinente al Poder Ejecutivo la cuestión se vuelve más compleja puesto que no existe a su favor una disposición análoga a la del inc. 32 del art. 75. Pese a ello, hay indicios que sostienen la existencia de dicha aptitud. Entre ellos, el reconocimiento jurisprudencial de la facultad de dictar decretos autónomos, de necesidad y urgencia y de decretar la intervención federal de una

³⁰ En sentido complementario también puede verse: "Acordada sobre la creación de la Cámara de Apelaciones del Norte" (1945) (Fallos, 201:1291); "Acordada sobre traslado de jueces" (1945) (Fallos, 201:245); "Jura Nacional de Pasa de los Libros, doctor Víctor Gamero, cleva para Exama. Corte oficio 3842, denunciando hechos que convalida lesiones a la dignidad e independencia del Poder Judicial" (1957) (Fallos, 217:29); "Admirar Robustiano Moreno y otros" (1960) (Fallos, 246:137); "Presidente de la Cámara Federal de La Plata doctor Alfredo Masi s/pleitesa convalida al tribunal" (1963) (Fallos, 226:114); "Junta Electoral Nacional — Entre Ríos—" (1963) (Fallos, 256:208); "Ana María Pérez de Sarrió" (1978) (Fallos, 300:1282); "Juan Parricio Moreno y otros" (1982) (Fallos, 304:1954); "Virginia Rita Roxas de Scheder" (1983) (Fallos, 305:944); "Francisco Ríos s/sumero de anparo" (1985) (Fallos, 307:112); "Bruno Raúl Cevedo s/sumero" (1986) (Fallos, 311:466); "Cochiza, Jorge Daniel s. Estado Nacional y otra s/sumero de anparo" (1993) (Fallos, 316:2624).

provincia durante el receso del Congreso. Vale recordar que estas últimas atribuciones han sido receptadas explícitamente por la letra del texto constitucional en la reforma de 1994.

Puesto que el campo de acción de las potestades implícitas del Poder Legislativo se traduce en los límites y alcances que constitucional y jurisprudencialmente le son impuestos, se vuelve imprescindible volcarse a su estudio en base a éstos.

III. LÍMITES Y ALCANCES DEL EJERCICIO DE LOS PODERES IMPLÍCITOS DEL CONGRESO DE LA NACIÓN EN RELACIÓN A LOS DERECHOS Y LIBERTADES INDIVIDUALES

Las restricciones impuestas por la nuestra Constitución en lo atinente al ejercicio de las potestades implícitas del Poder Legislativo con respecto a la forma republicana de gobierno y por ende a los derechos y libertades individuales, se dejan ver con meridiana claridad en el marco de la capacidad punitiva e investigativa de este poder.

Es imperioso reconocer que a raíz del tenor inductivo del método empleado en este análisis no se extraerán necesariamente la totalidad de las limitaciones recaídas sobre el ejercicio mismo de los poderes implícitos del Congreso Nacional. Más también es cierto, que al menos podremos alzarnos con los lineamientos generales que rigen la materia.

I. Análisis evolutivo de los límites y alcances impuestos por la jurisprudencia a la potestad punitiva del Congreso de la Nación

El primer antecedente de mención ocurrió en la causa "Ministerio Fiscal con don Benjamín Calvete, por atentados contra la inmunidad de un senador" (Fallos, 1:299 [1864] y 1:345 [1864]). En esa oportunidad el Senado no se arrogó el privilegio implícito de castigar por desacato a su dignidad y decoro y resolvió mandar a acusar ante los tribunales nacionales de justicia al sargento mayor Calvete por agravios conferidos en el diario "El Pueblo" contra el senador don Martín Piñero.

En autos "D. Lino de la Torre"³¹ sobre recurso de hábeas corpus, del 21 de agosto de 1877 (Fallos, 19:231) se llevó a consideración y decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia la existencia implícita de potestad constitucional de cada una de las Cámaras del Congreso para definir por sí lo que entienden

³¹ Como hecho anecdótico remarcamos que en esta causa se invoca la vigencia de la misma garantía procesal que en "Accrescio, Eliseo" (1883) (Fallos, 28:408) y en "Sejo, Eduardo" (1887) (Fallos, 32:120). Esto es el antiguo hábeas corpus consagrado en el art. 20 de la ley 48 del 25/8/1863.

por desacato contra su autoridad e infringir a sus autores, sin importar que no fueren miembros del cuerpo, el castigo que crea conveniente.

El procurador C. Tejedor defendió con fecha 9 de agosto de 1877 la doctrina de las potestades implícitas del Poder Legislativo. Recita su dictamen que: "El reglamento de cada Cámara acuerda también la facultad de imponer silencio o decoro en su presencia, pudiendo castigar sus revelaciones hasta con prisión. Si separadamente posee este poder en los casos de insulto inmediato, capaz de perturbar el ejercicio de sus funciones, es imposible negarlo en los demás que participen del mismo carácter, y de la misma tendencia a estorbar o debilitar el firme y honrado cumplimiento de sus obligaciones públicas. La determinación de facultades en este caso tampoco excluye (*sic*) otras. Dado el fin, por otra parte se suponen dados los medios. Las Cámaras tienen la misión de ejercer los poderes legislativos, en resguardo de los derechos de la Nación, y este fin sería imposible, si por no estar espresamente (*sic*) determinados se les negasen los medios. No hay rama alguna de poderes concedidos en la constitución, que no envuelva otros no expresados (*sic*), y que sin embargo son vitales para su ejercicio, sin que haya por eso gran peligro de abuso. Creo que esta Corte no tiene derecho de estorbar la jurisdicción legítima de cada Cámara".

El fallo de la mayoría de la Corte, integrada por los doctores José Barres Pazos, J. B. Gorostiaga³² y J. Domínguez lleva fecha 21 de agosto de 1877. Con carácter previo a expedirse en la causa se remonta, como era costumbre por entonces, a la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América. En la causa "Anderson v. Dunn", sentenciada por ese estrado se cuestionó la atribución de cada Cámara para castigar por desacato³³ y³⁴. En base a los argumentos decisivos esgrimidos por el juez Johnson la Corte resolvió que ese cuerpo colegiado ostenta implícitamente tal facultad en función de salvaguardar la seguridad, el respeto y la dignidad necesaria para el cumplimiento de su función legislativa³⁵. En consecuencia, traza un simétrico para-

³² Dicho sea de paso es menester recordar que Benjamín Gorostiaga fue junto a Juan María Gutiérrez, el principal redactor de la Constitución de 1853.

³³ BIDEGAÍN, *Clasificación del curso de derecho constitucional*, t. VI, p. 76, "es el ilícito del derecho parlamentario se denomina desacato genéricamente, la conducta de personas ajenas a las Cámaras legislativas que: a) perturbe el orden de las sesiones; b) desobedezca, estorbe, calumnias o negare el ejercicio de las prerrogativas de la Cámara e invasiones de sus miembros, o c) ofendan a su dignidad o decoro".

³⁴ El origen de esta práctica parlamentaria que, vía la tradición congresal de los Estados Unidos de América nuestras cámaras han resuscitado, proviene sin lugar a dudas del Parlamento inglés. Este cuerpo, órgano central del sistema político inglés, aparte de ostentar amplias facultades judiciales y penales cuenta con competencia legislativa e incluso constitucional.

³⁵ Se torna imprescindible hacer mención que el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América ha acudido también al alcance de esta implícita atribución posesiva de la Cámara de Representantes. En "Marshall v. Gordon", la Cámara de Representantes ordenó la prisión de Marshall por considerarlo culpable de desacato (*contempt*) por violación

lelo entre nuestro Poder Legislativo y el de los Estados Unidos de América al afirmar que: "Si, como sucede en los Estados Unidos, no tenemos disposición constitucional ni ley que confiera el poder cuestionado, es ya doctrina fuera de discusión la de los poderes implícitos, necesarios para el ejercicio de los que han sido expresamente conferidos; y sin los cuales, sino imposible, sería sumamente difícil y embarazosa la marcha del Gobierno constitucional en sus diferentes ramas. Una de esas facultades implícitas es la de repeler el insulto y mantener incólume la propia autoridad dignidad". Opera tanto sobre legisladores como sobre extraños, pues es "indudable que el otorgamiento expreso (*sic*) del poder de corregir en cierta clase de casos, no importa despojar al Congreso de la misma facultad en casos de otro género, sobre todo siendo de menor importancia y gravedad". Esta potestad discrecional se distingue "de la jurisdicción criminal propiamente dicha, y del poder ordinario de imponer penas. Se trata simplemente de la represión correccional de ofensas cometidas contra las mismas Cámaras" y se asienta en "la misma independencia de los poderes, que exige que no se obligue a cada Cámara, cuya autoridad ha sido objeto de un desacato, a esperar reparación de otro poder". Por lo tanto esta atribución queda exenta de caer "bajo la jurisdicción de los tribunales". Sobre la base de estos fundamentos la Corte declaró que: "la prisión de don Lino de la Torre (h) ha sido ordenada por autoridad competente".

El voto en "discordia", tal es el nombre dado por entonces a la disidencia, suscripto por el doctor Saturnino M. Laspiur remarcó que: "La Constitución argentina ha querido concluir con las facultades discretionales, arbitrarias o implícitas", que "los gobiernos anteriores a la época constitucional ponían a cada paso en ejercicio". En ese fin, nuestra Constitución reconoce, "como la de la Unión Americana, que el pueblo es el soberano y la fuente de todo poder, y que el gobierno no es más que un delegado para ejercer la autoridad pública, con poderes expresos (*sic*) y limitados". En esta inteligencia desvirtúa la antigua tesis de las potestades implícitas al formular que la Constitución "ha prohibido que ningún funcionario ni departamento del gobierno se atribuya por implicancia facultades de otro orden de las que por la Constitución les están marcadas, so pretexto de que le son necesarias para poner en ejercicio su autoridad". "Si se reconociera que cada Cámara del Congreso tiene facultad implícita para definir y castigar a su arbitrio y discreción lo que entienda por desacato a su autoridad, se destruirían garantías y derechos expresamente (*sic*) declarados en la Cons-

de los privilegios, honores y dignidades del propio cuerpo legislativo. Interpuesto un *habeas corpus* por el sancionado y luego de haber sido rechazado en primera instancia, la Corte Suprema Federal resolvió que esa medida punitiva no cubre dentro de la órbita del ejercicio de los poderes implícitos del Congreso, pues éstos existen en función de remover los obstáculos que impiden el normal funcionamiento de su quehacer legislativo. La misma respuesta ha recaído en "Farvey v. Mac Cracker" al probar el mismo hecho que los poderes implícitos "no se extienden a ataques escandalosos que no precorren obstrucciones inmediatas a los procesos legislativos".

titución Nacional en favor del ciudadano y de la libertad del pueblo". Por tales fundamentos declara que la prisión que ha motivado la intervención de ese tribunal "ha sido dictada por autoridad que no está facultada para ello por ley", y en consecuencia dispone se "invite a la Honorable Cámara de Diputados a mandar poner el preso en libertad".

En la causa "Acededo, Eliseo sobre recurso de hábeas corpus" (1885) (Fallos, 28:406) el voto de la minoría de Lino de la Torre (1877) (Fallos, 19:231), luego de haber sido rezeptuado por el procurador general Eduardo Costa (Fallos, 28:461), devino en mayoría. En este orden de ideas este dictamen aceptó que el reglamento de las Cámaras del Poder Legislativo, "cuyo principal objetivo, sino único, es garantizar el ejercicio regular de las funciones de una asamblea, prevea y castigue todo acto que las perturbe; pero no que estienda (sic) su jurisdicción sobre hechos y personas; que si bien pueden ser juzgables ante sus jueces naturales, en nada alteran el orden regular de las sesiones. A falta de una declaración expresa (sic), se hace derivar esta facultad de castigar los desacatos contra el Poder Legislativo, de los llamados poderes implícitos, inherentes a (sic) toda autoridad para garantizar su mismo ejercicio y su propia conservación. Admitiendo que las Cámaras tengan estos poderes en la más amplia actitud, no se negará que ellos dejan de existir, como tales, desde el momento que han sido expresamente (sic) atribuidos por la ley a otro departamento de la administración". El fallo de la mayoría (Fallos, 28:406) firmado el 1º de agosto de 1885 por los doctores J. Domínguez y Federico Ibarguren decidió que la misma Cámara al calificar el hecho motivo de la detención dictada por ésta "como desacato y designar la pena con que debe ser castigado, entendió sin duda alguna someterlo a (sic) la jurisdicción de los tribunales ordinarios, como todos los demás delitos que ella comprende. Siendo esto así, es evidente que una sola de las Cámaras no puede reasumir por acto exclusivamente suyo, una facultad que quedó conferida al Poder Judicial... En consecuencia la Corte declara que la prisión de don Eliseo Acededo no ha emanado de autoridad competente; y ordena... sea puesto en libertad"³⁶.

³⁶ El fallo de la disidencia, firmado por el doctor Ulises Frías se abstiene de resolver la procedencia del hábeas corpus interpuesta directamente ante su estado por considerar que la ley que así lo habilita amplía inconstitucionalmente la competencia originaria de la Corte Suprema demandada por ententes en el art. 101 de la Constitución Nacional, actual art. 117. Esta disidencia (a falta de convertirse en mayoría al dictar sentencia nuestra Corte Suprema en la muy colobre causa "Sojo, Esteban" (1887) (Fallos, 32:125). En nuestro subtexto "Madbury v. Madison", fallado el 23/01/1807, a excepción del primer dictamen del procurador Eduardo Costa que se hace a su sustrato de la causa "Acededo, Eliseo sobre hábeas corpus" (1885) (Fallos, 28:461) se captó en favor de la libertad de Eduardo Sojo, tanto su segundo dictamen, como así también los diferentes votos de los miembros de la Corte Suprema, al pronunciarse sobre el alcance de la competencia originaria de nuestra Corte Suprema no guardan relación directa con la controversia que no ocupa. Estas consideraciones también están a la carga "Luisa, Manuel", del 19/6/1893 (Fallos, 32:371). Por no ser este asunto motivo de mi trabajo considero impropio remitirme en los interesantes debates suscitados en desarrollo de estos últimos casos.

Vale hacer mención que en el año 1984 la Cámara de Diputados aplicó en dos oportunidades la pena de arresto por manifestaciones verbales agraviantes a ella pronunciadas fuera de su recinto. En el mes de junio de ese año sancionó con cinco días de arresto al contraalmirante (R) Horacio Mayorga por sostener en declaraciones radiales que "justifica como única causa de la intervención de las Fuerzas Armadas la alteración de la República con peligro de perder la nacionalidad", a lo que añadió en respuesta a un proyecto de modificar los estudios de institutos militares que "querría preguntarle a qué academia fue (el autor del proyecto) para recibirse de diputado", de quien dijo que "participaba de la ideología comunista". El restante caso es el del sacerdote Christian von Wernich, quien corrió la misma suerte por haber pronunciado que "las leyes dictadas por el actual Congreso no tienen ningún fundamento" y que "desde los poderes del Estado se propiciaba la destrucción de las Fuerzas Armadas y de la Iglesia"²⁷.

Más recientemente en autos "Peláez, Víctor s/hábeas corpus preventivo" (Fallos, 318:1967), fallados el 19 de octubre de 1995²⁸ nuestra Corte Suprema ha depurado con gran acierto resabios dieciochescos y decimonónicos. En tal sentido ha comprendido que: "...el poder implícito de las cámaras del Congreso de la Nación para sancionar conductas de particulares se encuentra circunscripto... a los actos de aquellos que de un modo inmediato traduzcan una obstrucción o impedimento, serio y consistente, para la existencia de dichos órganos o para el ejercicio de sus funciones propias" (Fallos, 318:1981/2). Reafirmó esta tesis al expresar que: "...la potestad examinada está destinada antes que a imponer castigos, a proveer la propia existencia y normal funcionamiento que encuentra, en determinadas medidas correctivas, un medio para su obtención. Son esta últimas, por consiguiente, un instrumento del poder implícito, que no es otro que el dirigido a atender a la propia preservación de los mencionados órganos de gobierno" (Fallos, 318:1982). Esta valiosa sentencia tolera la facultad de ambas Cámaras de Congreso Nación para disponer el arresto de particulares en la medida en la que los actos de ellos sean capaces de dañar e imposibilitar el libre y seguro ejercicio de sus funciones públicas. Pues más allá de esos límites se traspasaría el umbral de una órbita correctora y se ingresaría en el terreno de facultades que la Constitución reservó al Poder Judicial. Este poder implícito debe ser admitido en su menor expresión posible y con adecuación al fin supuesto que no es otro más que, lejos de imponer castigos, el de proveer a la propia existencia y normal funcionamiento del cuerpo. En consecuencia, cualquier ejercicio excesivo de tal facultad, como lo es arrestar a particulares

²⁷ Ver COLAUTTI, Carlos E. "Las facultades de investigación del Poder Legislativo y la división de poderes", LL, 1983-D-947.

²⁸ Esta causa llevó la firma de los doctores Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O' Connor, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi, Ricardo Lorenz (R), Antonio Boggiano y Gustavo Basser.

para reparar eventuales mortificaciones o indignaciones sufridas por los congresales aparejaría la asunción por las Cámaras del Congreso de facultades que expresamente la Constitución confirió al Poder Judicial. Tan es así, "...que el arresto impugnado carece de validez en razón de que la conducta reprochada es ajena al ámbito de la facultad implícita en la que pretende hallar sustento...", puesto que "...los fundamentos de la resolución senatorial no expresan de ninguna manera cuál ha sido el entorpecimiento que irrogaron a las labores del cuerpo, las publicaciones realizadas por el actor".

Este criterio fue ratificado en su plenitud y totalidad por la Corte en la causa "Soaje Pinto, José María s/rec. hábeas corpus preventivo", del 11 de julio de 1996 (Fallos, 319:1222).

2. Análisis evolutivo de los límites y alcances impuestos por la jurisprudencia a la potestad investigadora del Congreso de la Nación

El desempeño de las importantes, complejas y delicadas funciones que se le han encomendado al Congreso Nacional requiere imprescindiblemente hacerse del pleno y exacto conocimiento de hechos y circunstancias vinculadas con su actividad. Esa investigación se torna una actividad necesaria para la cabal cumplimiento de su quehacer constitucional. Su fundamento y alcance reside en los poderes implícitos del Congreso Nacional consignados en el inc. 32 del art. 75 de nuestra norma base. Por lo tanto, el Congreso Nacional y sus Cámaras en particular cuentan con poderes legítimos y propios para investigar, pudiendo incluso delegar tal atribución en las comisiones investigadoras constituidas a ese efecto. Desde esta óptica es que procuro mostrar a consideración el alcance y la acogida jurisprudencial de ciertas medidas investigativas entabladas por el Congreso Nacional.

En el año 1877, Juan Garro proyectó un reglamento de los poderes implícitos del Congreso reproducido en el año 1911 por el doctor Montes de Oca (cfr. *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, año 1911, t. 1, p. 328), y en el año 1934 por el senador nacional doctor Lisandro de la Torre (*Diario de Sesiones de la Cámara del Senado de la Nación*, año 1934, t. II, ps. 282 y 492), que en su art. 1º determinó que la facultad de investigación propia de las comisiones parlamentarias no puede ir más allá de los "puntos conexos con las cuestiones que tengan a estudio"¹⁹.

¹⁹ Desde sus inicios el Congreso de los Estados Unidos de América con el dictado de las leyes del 3/5/1798 y del 8/2/1817 delimitó su campo de acción investigativa. Las sucesivas interpretaciones jurisprudenciales de estas normas terminaron por pulir su atribución. Vale la pena recordar los leading cases "Kilbourn v. Thompson" (1881) en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos desconoció la facultad investigativa del Congreso en los asuntos privados de los individuos. En "Mc Grain v. Daugherty" (1927) es el que el mismo estrado reconoció al cuerpo legislativo la atribución de compelir a

En la sesión de la Cámara de Diputados del 29 de mayo de 1882 ante el conflicto acaecido entre este mismo cuerpo y el Director General de Correos y Telégrafos, el miembro informante de la comisión de negocios constitucionales, diputado Lagos García, se autoindagó con respecto a sí "el domicilio no puede ser allanado sino por orden de juez competente. ¿Quiere decir esto que el único juez competente será el juez del crimen y que, tratándose de una persona privada, la Cámara de Diputados en asunto que es de su competencia, no tenga facultad para allanar domicilio?". A lo que respondió en sentido afirmativo. Paso seguido agregó que la Cámara sólo podía adoptar medidas de la naturaleza del allanamiento cuando fuesen indispensables "para hacer efectivas las funciones que le están atribuidas por la Constitución y por las leyes".

En el año 1915 la Cámara de Diputados dispuso una investigación respecto de las obras de embalse del Río Tercero. Atento a esto el Poder Ejecutivo comunicó a la Cámara la inexistencia de tal prerrogativa legislativa. Este hecho derivó, a instancias del diputado Vicente Gallo en que la misma Cámara resolviera, "...que es facultad suya inherente a su carácter representativo y necesaria para el desempeño de sus funciones, la designación de comisiones investigadoras de su seno, para fines de iniciativa parlamentaria, de reformas de la legislación o de responsabilidad de funcionarios" (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, año 1915, t. III, p. 201).

En el asunto del Banco Holandés suscitado en el año 1918 la Cámara de Diputados se arrogó la facultad de investigar "cuando se trata de la averiguación de actos cuya comprobación podría determinar el ejercicio de las facultades que le son privativas" (cit. en *Diario de Sesiones de la Cámara del Senado de la Nación*, año 1934, t. III, p. 62). A lo que se agregó en la sesión del 16 de septiembre que la Cámara "por sí o por delegación expresa de sus facultades en sus comisiones permanentes o especiales, puede requerir el testimonio de personas y la exhibición de documentos que tengan o que puedan tener relación inmediata con el objeto de la investigación".

En la sesión del 21 de mayo de año 1932 los por entonces senadores Alfredo Palacios y Mario Bravo esbozaron la instauración de una comisión investigadora de armamentos. El art. 1° de ese proyecto determinaba que la investigación debía sustanciarse "a los efectos legislativos". A lo que el senador y profesor J. N. Maizeno aclaró que "esta investigación no tiene por objeto ir a castigar a nadie, no tiene por objeto reemplazar al juez competente para procesar, sino simplemente prepararse para legislar" (*Diario de Sesiones de la Cámara del Senado de la Nación*, año 1932, t. I, ps. 319, 586 y 605).

particulares ante sus comisiones a prestar testimonio y de arrestar y penar al testigo remitido bajo comisión de descato. Puntualmente en "John T. Watkins v. United States" (1931) ese idéntico fuero restringió el alcance de la capacidad interpelativa de las comisiones al objeto mismo de la investigación. Asimismo en: "People v. Keeler", "Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.", "Bory v. United Tailor", "Turney v. Mac Craker".

El senador nacional doctor Lisandro de la Torre presentó un proyecto de ley conteniendo diversas disposiciones acerca de la facultades de la comisiones investigadoras designadas por el Congreso. Se dispuso, entre otras medidas, que las mismas, por intermedio de sus presidentes, podían citar testigos, hacerlos comparecer por medio de la fuerza pública y penarlos en caso de no concurrencia con multa y arresto. La Cámara de Diputados se opuso a su sanción en la inteligencia de que una ley reglamentaria restringiría en cierta manera las facultades propias emanadas de la Constitución Nacional, respecto de las atribuciones implícitas del Congreso. La cuestión se trató en extenso a raíz de la consulta formulada al Senado de la Nación por la Comisión investigadora del comercio de carnes (*Diario de Sesiones de la Cámara del Senado*, t. III, 1934, ps. 25 a 56). En ocasión de ese debate el senador Serry señaló las diferencias existentes entre las facultades conferidas a los jueces y las que surgían de las atribuciones implícitas del Congreso, en torno a la incautación y revisión de correspondencia y papeles privados. Con respecto al Poder Judicial arguyó que estos actos solamente le están permitidos ante la semiplena prueba de la comisión de algún delito, en tanto que las Cámaras legislativas del Congreso pueden implementarlos discrecionalmente en aras de investigación (*Diario de Sesiones de la Cámara del Senado*, t. III, 1934, p. 48). Apreciación complementaria a la del senador Arancibia Rodríguez que dijo: "El Senado va directa e inequívocamente, con fines de legislación, en busca de datos precisos (...) sin otra preocupación que dar con alguna solución o medida que contribuya a atenuar si quiera la crisis ganadera argentina. El Senado no se propone fiscalizar el cumplimiento de las leyes de carnes, ni de descubrir, para castigarlos, delitos del fuero criminal, ni de establecer infracciones administrativas. No confunde sus altos poderes constitucionales en materia de facultades implícitas con las atribuciones de los jueces" (cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara del Senado de la Nación*, año 1934, t. III, p. 31). Sin haber podido prosperar tal iniciativa fue sancionada una nueva declaración que estableció: "las comisiones investigadoras de su seno para fines de iniciativa parlamentaria, de reformas de legislación o de responsabilidad de los funcionarios, están investidas de todas las facultades que emergen de los poderes implícitos que sus facultades constitucionales les acuerdan y pueden, en consecuencia, requerir el testimonio de personas y la exhibición de libros, papeles y documentos que tengan o que puedan tener relación inmediata con los fines de la investigación e interés público que ella contempla". Paralelamente configuró de desacato a la desobediencia de las medidas que la comisión impusiese. Debe ponerse en resalto que dicha comisión allanó baques sin contar con el auxilio de la fuerza pública. Uno de los frigoríficos donde ella se constituyó a fin de realizar diligencia, secuestrando libros, papeles y demás efectos desconoció esta facultades y se negó a acatar la medida dispuesta. Ello dio origen a la consulta formulada al Senado que resolvió que: