

2008

84

ARGENTINA



# Lecciones y Ensayos

Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho

Universidad de Buenos Aires

## ÍNDICE

Editorial .....	13
-----------------	----

### LECCIONES

Florencia Carla Santágata , De la norma fundamental a la función paradójal (entre dialécticas, aporías, repeticiones y diferencias) .....	17
María Dolores Repetto, Reflexiones en torno al intuicionismo moral.....	33
Carlos Muñiz, Facultades homologatorias del juez del concurso. El art. 52, LC (ley 25.589).....	43

### ENSAYOS

Mauro Benente, Decretos de necesidad y urgencia en la reforma de 1994. Problemas del mensaje y sus receptores en el ejercicio del control de constitucionalidad .....	67
Cecilia Hopp, La penalización del aborto: un tipo penal injusto .....	113
Ignacio Anzoátegui, Algunas consideraciones respecto de las funciones del derecho de daños .....	135
Ignacio Nantillo, De <i>aleatoris pactis</i> .....	173
V Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Empresarial.....	195
Mónica Viviana Tepfer, Una puesta al día en la legislación sobre arbitraje en la Argentina .....	197
Luis Ignacio Porthé, Responsabilidad de las entidades bancarias ante el consumidor.....	213
Agustín González Avalis, Discusiones y problemas frecuentes acerca de los grandes concursos y acuerdos preventivos extrajudiciales .....	229

### COMENTARIO A FALLO

Mauro Benente, La rebelión de los paréntesis. Lo que ha quedado fuera del caso “Boggiano” .....	253
---	-----

## LITERATURA Y DERECHO

Ingmar Barrañon, El prisionero que cayó en el pozo ..... 273

## ¿LO SABÍA?

¿Integración “pacífica”?..... 279

La homosexualidad según Marienhoff ..... 280

Oficios desopilantes ..... 281

¿Cómo publicar y participar en LyE? ..... 283

## EDITORIAL

En los últimos años se ha producido una gran proliferación de publicaciones jurídicas. Sin lugar a dudas, esta situación trae beneficios importantes para los lectores, entre quienes obviamente estamos quienes formamos parte de Lecciones y Ensayos.

Este incremento de publicaciones genera también una extraña sensación que puede tener un remoto origen —tal vez desconocido—, pero que deviene en un claro —o difuso— objetivo: la necesidad de una identidad.

La identidad de Lecciones y Ensayos no se encuentra caracterizada por el contenido de sus números, sino por lo que subyace en ellos. Más que por su producto, está signada por su proceso de formación. La revista, a la cual tenemos el gusto de pertenecer, está compuesta íntegramente por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; sin más requisito para participar que ser alumno regular. Por otro lado, los trabajos presentados para ser publicados —enviados bajo seudónimo tanto por estudiantes de grado como por graduados— son sometidos a un sistema de referato con dictámenes escritos y públicos.

La temática de la identidad es arduamente trabajada desde la antropología, dentro de la cual se distinguen corrientes estáticas y dinámicas. De acuerdo con esta última postura, la identidad no sería una noción estática sino dinámica: estaría determinada por las características de sus actores y su relación con otras identidades, lo que a su vez permitiría su distinción. En este sentido, pues, la identidad de Lecciones y Ensayos sólo podrá continuar enriqueciéndose en la medida en que las nuevas generaciones de alumnos se inclinen a participar en un proyecto académico diferente y en que quienes gusten de publicar en revistas jurídicas opten por hacerlo en Lecciones y Ensayos.

Es por ello que la identidad de Lecciones y Ensayos depende tanto de nosotros como de ustedes.

# LECCIONES



# DE LA NORMA FUNDAMENTAL A LA FUNCIÓN PARADOJAL (ENTRE DIALÉCTICAS, APORÍAS, REPETICIONES Y DIFERENCIAS)

FLORENCIA CARLA SANTÁGATA \*

*“A pesar de lo que digan, la idea de un cielo habitado por Caballos y presidido por un Dios con figura equina repugna al buen gusto y a la lógica más elemental, razonaba el otro día el Caballo.*

*”Todo el mundo sabe —continuaba en su razonamiento— que si los Caballos fuéramos capaces de imaginar a Dios lo imaginaríamos en forma de Jinete”.*

(Augusto Monterroso, *La oveja negra y demás fábulas*)

*“La verdad es algo de lo que hay que desprenderse cuanto antes y pasárselo a alguien. Al igual que la enfermedad, es la única manera de curarse. Quien guarda en mano la verdad ha perdido”.*

(Jean Baudrillard, *Cool Memories*)

## I.

La expresión *“il y va d’un certain pas”* aparece como una referencia obligatoria en los trabajos deconstructivos derridianos <sup>1</sup>. Numerosas son las veces en las que Derrida utiliza esta frase con carácter introductorio al proceso deconstructivo específico que abordará en el texto singular del que se trate y más allá de la lengua en la que se encuentre hablando. Preguntarnos sobre su significación resulta entonces ineludible, pero ello también implica interrogarnos sobre los anclajes epistemológicos derivados metafóricamente de ese sentido.

<sup>1</sup> Sobre todo en DERRIDA, Jacques, “Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad”, *Doxa* 1992-11, que será uno de los textos fundamentalmente apropiado en este ensayo.

\* Profesora adjunta interina de Teoría General del Derecho y de Espectros Fantasmáticos del Discurso Jurídico: de la Dictadura a la Globalización en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Demandar sobre el por qué y el para qué del enunciado en francés nos remite al proceso deconstructivo como instancia de rearticulación del sentido o, mejor dicho, nos señala el cambio en la direccionalidad de la significación, desnudando lo que de legislativo (político) tiene el lenguaje.

“*Il y va d’un certain pas*” refiere a que alguien, el otro, usted o yo, que anda, en masculino, va a alguna parte a buen paso. Aquí, la tercera persona (el “*il*” francés) tiene valor gramatical masculino <sup>2</sup>.

Pero también se puede entender que aquello de lo que se pretende hablar es de la cuestión del paso, de los andares, de la cadencia, del ritmo del pasar o de la travesía (aquí el “*il*” francés es un sujeto neutro o impersonal).

Por último, esta vez entre comillas, también se puede enfatizar una marca de la negación, cierto “*pas*”, cierto “no”.

Pero esta polisemia no se inscribe en la frontera de la traducción de la frase a otras lenguas, sino que separa la transcripción de sí misma y la traducibilidad dentro de una sola y misma lengua: el francés.

La identidad de una lengua no puede afirmarse como identidad consigo misma, sino habriéndose a la hospitalidad de una diferencia respecto de sí misma, o de una diferencia para consigo. La imposibilidad de la traducción del “*il y va d’un certain pas*” aparece desde la perspectiva de evitar esa amputación polisémica, de mantener esos tres sentidos que en francés puedo, legítimamente, atribuir al enunciado.

En este sentido sigue a Ferdinand de Saussure, quien había puesto de resalto el carácter arbitrario de la conexión entre significado y significante: el signo lingüístico es una entidad biplánica compuesta por un significado y un significante, cuya relación no se encuentra determinada por el reflejo que uno presupone del otro, sino por el sentido puramente convencional de la acepción dentro de una determinada lengua. El significado no se confunde con el referente o con el objeto designado, sino con una definición aceptada o convencional en el sistema de una lengua. Para saber qué significa un término, ya no basta saber a qué se refiere, como en la lógica de Frege, sino conocer la lengua en la cual se pronuncia y, en última instancia, ser hablantes de ésta <sup>3</sup>.

Pero el ir a buen paso, en francés, implica un desplazarse de un lugar a otro, cruzar una frontera, definir un adentro y un afuera. Cuando el que o lo que se desplaza comienza a atravesar esa línea, se transforma en extranjero.

Pero también lleva la marca de la imposibilidad (“*pas*”) del cruce.

Ese lugar de significación ambiguo, de tensión entre dos sentidos contradictorios del mismo enunciado constituye lo que Derrida denomina aporía. “*Il y va d’un certain pas*” es utilizado para marcar la apertura del proceso decons-

<sup>2</sup> DERRIDA, Jacques, *Aporías*, Paidós, Barcelona, 1998, ps. 26 y ss.

<sup>3</sup> Citado por SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual. Pensar sin certezas*, Paidós, Buenos Aires, 1999.

tructivo, pero también su límite problemático, trasladando la tensión del significado a la faena epistemológica.

En “Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad”, Derrida reconoce que es su deber “abordar” (“adresser” en inglés) los problemas infinitos en su número, historia y estructura, que recubre el título del coloquio (“Deconstruction and the possibility of justice”), pero que se sabe de antemano que esos problemas no son infinitos, porque sean infinitamente numerosos ni porque estén arraigados en el infinito de memorias y culturas que nunca dominaremos. Son infinitos en ellos mismos, porque exigen la experiencia de la aporía <sup>4</sup>.

“Cuando digo que incluso exigen la experiencia de la aporía, entiendo dos cosas bastante complicadas. 1. La experiencia, como su nombre indica, es una travesía, pasa a través y viaja a un destino hacia el que encuentra el paso. La experiencia encuentra su paso, es posible. Ahora bien, en este sentido no puede haber experiencia plena de la aporía, es decir, de lo que no permite el paso. Una aporía es no-camino. La justicia sería, desde este punto de vista, la experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia (...) Pero 2. Creo que no hay justicia sin esta experiencia, por muy imposible que sea, de la aporía. La justicia es una experiencia de lo imposible. Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna expectativa de ser lo que es, esto es, una justa apelación a la justicia...” <sup>5</sup>.

La aporía es una determinada imposibilidad o impracticabilidad, un camino cortado. La dislocación aporética constituye el lugar de lo indecible. La deconstrucción se define como una determinada experiencia aporética de lo imposible: es la posibilidad de una imposibilidad. Traspasar una aporía significa franquear una línea de oposición <sup>6</sup>.

“*Il y va d’un certain pas*” es la bisagra que condensa ese contradecirse sin dejar de seguir siendo lo mismo.

Pero la aporía no es una antinomia aparente ni ilusoria, tampoco una contradicción dialectizable en el sentido hegeliano o marxista, ni siquiera una ilusión trascendental de tipo kantiano <sup>7</sup>.

Entonces, ¿qué es una aporía? Pero, y lo que resulta más complicado, ¿puedo formular esta pregunta? ¿Puedo (debo) preguntarme por el significado de la aporía, sin echar por tierra la posibilidad de la deconstrucción? ¿Por qué son las aporías una frontera para la tarea deconstructiva?

“*Il y va d’un certain pas*” también refiere a algo o a alguien que llega de otro lugar, a un invitado que llega *a casa*. Con esto se puede entender cierta experiencia de la hospitalidad: aceptar, recibir, acoger, admitir otra cosa distinta

<sup>4</sup> DERRIDA, Jacques, “Fuerza de ley...”, cit.

<sup>5</sup> DERRIDA, Jacques, “Fuerza de ley...”, cit., p. 142.

<sup>6</sup> DERRIDA, Jacques, *Aporías*, cit., p. 34.

<sup>7</sup> DERRIDA, Jacques, *Aporías*, cit., p. 36.

de uno mismo, al otro distinto de uno mismo. Ese huésped al que el anfitrión cree dar hospitalidad, cuando en verdad, él es quien empieza por recibirla de éste. Como si en verdad fuese recibido por aquel que él cree recibir <sup>8</sup>.

Los juegos interdisciplinarios, tan difundidos en nuestras ciencias sociales, no dejan de ser, en cierta medida, aporéticos. Una invitación, una convocatoria de conceptos extranjeros, que cuando peregrinan desde el campo del saber matemático, resultan el mejor ejemplo de la paradoja del huésped que recibe al anfitrión <sup>9</sup>.

En 1931, Kurt Gödel planteaba como corolario de sus teoremas: 1) un sistema es inconsistente cuando se puede demostrar una proposición cualquiera de ese sistema, pero también su negación; y 2) un sistema es completo cuando, de dos proposiciones contradictorias formuladas correctamente en los términos del sistema, al menos una de las dos puede ser demostrada.

La conclusión de Gödel resulta demoledora para la concepción clásica de la racionalidad: en primer lugar, un sistema consistente no puede ser completo, ya que implica siempre enunciados indecibles (dados dos enunciados contradictorios, no se puede decidir cuál es verdadero y cuál es falso). En segundo lugar, la afirmación de la consistencia del sistema figura entre esos enunciados indecibles: un sistema no puede probar su propia consistencia <sup>10</sup>.

Las aporías son los axiomas gödelianos fundantes de la racionalidad moderna: el logocentrismo.

“El logocentrismo no sólo es una acompleja red de remisiones que soporta la legitimidad del significado trascendental, sino que también da razón y fundamento al sistema institucional y normativo, y desarrolla un doble mecanismo. Por un lado, una dimensión del saber: el sentido unívoco garantiza la verdad y la posibilidad de una voz que lo profiera; y por el otro, una dimensión de poder: la autoridad legaliza la jerarquía y asegura la dominación de la razón de una ley que diga y, al decir, resguarde la verdad” <sup>11</sup>.

Derrida señala la necesidad de deconstruir la filosofía occidental para mostrar su carácter mítico: esas supuestas verdades universales no resultan otra cosa que significaciones culturales relativas y contingentes <sup>12</sup>.

<sup>8</sup> DERRIDA, Jacques, *Aporías*, cit., , p. 28.

<sup>9</sup> En FOUCAULT, Michel, *La arqueología del saber*, Siglo XXI, México, 1997, Michel Foucault explica el proceso por el cual la matemática resiste la posibilidad de un análisis arqueológico: franqueó de un solo golpe todos los umbrales. Así, pone de manifiesto que las matemáticas funcionan como molde para la estructuración del resto de los campos de saber que en un sentido amplio denominamos “ciencias”.

<sup>10</sup> SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual...*, cit.

<sup>11</sup> FERRO, Roberto, *Escritura y deconstrucción*, Biblos, Buenos Aires, 1995, p. 130.

<sup>12</sup> La verdad de un enunciado no existirá por afuera de la red semiótica, sino que será una interpretación que coincide con una interpretación anterior. Lo que sabemos, lo sabemos por habitar una lengua, así el mundo es un conjunto de significaciones, de certezas, de valores, de gustos: una preinterpretación o precomprensión.

El miedo a lo indecible genera el tejido de ficciones lingüísticas, fundamento de la distinción entre lo verdadero y lo falso. Se ha inventado una designación uniformemente obligatoria de las cosas y el Poder Legislativo del lenguaje proporciona las primeras leyes de verdad.

“El sujeto, instituido en el registro del significante —encargado de sostener su enunciación— y representado por él, estará —además— ausente en el significante. El sujeto así dividido nunca terminará con el trabajo de la significación, con el deseo...”<sup>13</sup>.

La red semiótica presenta hiatos; lo no dicho signa la significación; el símbolo enmascara los mensajes no aparentes en el texto. Decir y querer decir coinciden, fundan la autoridad ilusoria del *logos*. El pensamiento logocéntrico concibe una estructura de significado como un fundamento que existe en sí. La escritura filosófica recorta la lectura, vectorizándola hacia la fábula del único sentido<sup>14</sup>.

La verdad no es más que una economía de posiciones estratégicas, ornamentadas poética y retóricamente, que después de un determinado uso se consideran firmes y vinculantes<sup>15</sup>. Al pretender fundar una moral universal, la filosofía iluminista se convierte en víctima de una ilusión etnocéntrica, semejante a la ilusión objetivista de la filosofía de la representación o metafísica.

De los trabajos realizados en torno a la *différance*<sup>16</sup>, se pueden extraer los lineamientos generales de una estrategia deconstructiva:

1) Si el significado de un significante ya no es un referente (la cosa misma), sino otro significante, ya no puedo hablar de la preeminencia del habla sobre la escritura<sup>17</sup>.

2) Si la significación ya no depende del referente, no puedo predicar de las palabras un sentido literal<sup>18</sup>.

3) Si un significante remite siempre a otro significante y jamás a un referente, las cosas no están antes que el discurso<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> MARTYNIUK, Claudio E., *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*, Biblos, Buenos Aires, 1994, p. 73.

<sup>14</sup> FERRO, Roberto, *Escritura y deconstrucción*, cit., ps. 53 y ss.

<sup>15</sup> DERRIDA, Jacques, *Aporías*, cit.

<sup>16</sup> Sobre todo en DERRIDA, Jacques, *Márgenes de la filosofía*, Cátedra, Madrid, 1998.

<sup>17</sup> Desde la perspectiva de la tradición occidental, se escribe para dar testimonio de una frase pronunciada, originalmente, en presencia de la cosa. La filosofía de la representación significa precisamente eso: pensar que el lenguaje representa lo que ya estaba presente en el mundo, o que lo vuelve a presentar en un plano lingüístico. Se supone que el lenguaje refleja las cosas tal cual son, o tal como las percibió desinteresadamente una conciencia que mantendría con la cosa una relación inmediata, anterior a todo acto del habla.

<sup>18</sup> El sentido siempre aparecería como metafórico o figurado: si la significación de una palabra no depende de la relación con una cosa, sino con otras palabras, también lo literal es una variante de lo figurado.

<sup>19</sup> Podríamos decir, siguiendo el aforismo 108 de NIETZSCHE, Friedrich, *Más allá del bien y del mal*, que no existen hechos, sólo interpretaciones, y toda interpretación interpreta otra interpretación, SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual...*, cit., p. 36.

De esta manera se resignifica el concepto de tiempo y de presencia: la “primera vez” era una “segunda vez”. Ésta es la *répétition* (tanto repetición como ensayo); nunca hubo una primera vez la primera vez era ya una segunda vez, o una repetición. En el origen la repetición: el signo, la huella, el referente y no la cosa; no existe una anterioridad de la conciencia al lenguaje.

Pero a pesar de lo que podría interpretar un lector desprevenido con relación al mundo del ser, la deconstrucción derridiana se autodefine como materialista (siempre y cuando no se entienda por materia una sustancialidad), no dialéctica: la teoría del texto, lo que resiste a la reapropiación idealista. La marca escrita aun sin considerarse marca sensible o sustancia material no se deja idealizar. En este sentido, la aporía aparece como límite de la deconstrucción: la imposibilidad de salirse del sistema de conceptos estructurantes de nuestra racionalidad. Por ello, la posibilidad de trastornar este límite, esta frontera, radica en tomar en préstamo estratégico los recursos discursivos hegemónicos en el momento en que se los deconstruye. La *différance* se escritura con los deslizamientos, las reapropiaciones, con la desmitificación del monumento <sup>20</sup>.

Derrida se ha encargado reiteradas veces de aclarar que la *différance* no es una palabra ni un concepto, sino más bien un *hogar de condensación económica*: el límite, la destrucción del relevo hegeliano dondequiera que opere. Este enfrentarse con la dialéctica considera necesario reconocer que los términos antagónicos no se encuentran en igual rango, no son elementos equivalentes (cosa que sí presupone la dialéctica), sino relacionados mediante una jerarquía violenta, donde uno de los conceptos se impone, se encumbra al otro (axiológicamente, lógicamente, etc.). Deconstruir la oposición significa invertir la jerarquía, poner abajo lo que estaba arriba <sup>21</sup>. Permanecer en esta fase es operar sobre el terreno y en el interior del sistema deconstruido. Buscar los anatemas, las coartadas que permitan sublevarse a la hegemonía del lenguaje. Atacar desde los márgenes hacia el interior extrayendo estructuralmente de la vieja estructura los recursos estratégicos de la subversión, desconocer las restricciones impuestas para asegurar el sentido único, el verdadero <sup>22</sup>.

De la inversión emerge un nuevo “concepto”, que no se ha dejado comprender en el régimen anterior. Derrida recuerda que cuando analizó textos literarios (por ejemplo, el de Mallarmé), encontró marcas indecibles, unidades de simulacro, “falsas” propiedades verbales, nominales o semánticas, que no podían comprenderse en la oposición binaria (afirmación/negación) y que, no obstante, la habitan, la resisten, la desorganizan, pero sin constituir nunca un tercer término (negación de la negación): *répétition* y *différance*.

<sup>20</sup> FERRO, Roberto, *Escritura y deconstrucción*, cit.

<sup>21</sup> DERRIDA, Jacques, *Aporías*, cit.

<sup>22</sup> DERRIDA, Jacques, *De la gramatología*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1971.

Pero el texto derridiano tampoco pierde oportunidad de recordar que el proceso de construcción de los universales con que “pensamos el mundo” demandó la asimilación por aniquilamiento, la amputación de las diferencias: cuando la palabra ya no es la manifestación de una vivencia original, sino que se constituye como convención, produciendo la igualación de lo desigual. La palabra se identifica con la razón, se vacía de contenido y queda emplazada en conceptos acordados, amputando las diferencias: toda categoría se forma a través de la equiparación de lo desigual <sup>23</sup>.

En este sentido, denunciar los genocidios, como instancias no reduci- bles de nuestra racionalidad instrumental, forma parte del horizonte de sentido derridiano. Detrás de la estructuración de los universales se esconde siempre un imponer (*enforced*) a los otros, a los extranjeros, los valores superiores de Occidente <sup>24</sup>.

Y en este ejercicio de memoria, de repaso, es *q'il y va d'un certain pas*.

## II. REPETICIÓN

¿Sería justo, en el sentido de justeza, adecuación, plantear que Hans Kelsen escribió su *Teoría pura del derecho* <sup>25</sup>, contra o en contra de Kant?

Hans Kelsen elaborará en su “teoría” el concepto de *grundnorm* (norma básica) como categoría lógico-trascendental (norma no positiva) presupuesta tanto como instancia de validación de las normas “puestas”, tanto como principio de conocimiento de la ciencia del derecho (ya había dicho Kant que las categorías son conceptos fundamentales para pensar objetos en general y tienen, por lo tanto, *a priori* un valor objetivo) <sup>26</sup>.

La categoría de *zurechnung* (imputación) aparecerá como instancia de auxilio en la distinción entre el mundo del ser (*sein*) y el del deber ser (*sollen*). Ésta es pues una categoría de la razón *a priori*, análoga a la categoría kantiana de causalidad, pero que aparecerá como opuesta a ella (la causalidad rige el mundo de la naturaleza, mientras que la imputación estructura el mundo normativo). La imputación funda el reproche al establecer al hombre como corte de la cadena causal; ello configura la libre voluntad del sujeto para decidir su

<sup>23</sup> DERRIDA, Jacques, *De la gramatología*, cit.

<sup>24</sup> Como bien señaló Michel Foucault en ocasión de comentar dos libros de André Glucksmann, “la prueba decisiva para los filósofos de la Antigüedad era su capacidad para producir sabios; en la Edad Media para racionalizar el dogma; en la época clásica para fundar la ciencia; en la época moderna es su aptitud para justificar las masacres”.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 28ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994.

<sup>26</sup> KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, citado por MARÍ, Enrique, “Causalidad y teleología: intersección del pensamiento de Hans Kelsen con el positivismo lógico y la teleología de Rudolf Ihering. Un ejercicio de epistemología comparada”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

actuar. El hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación <sup>27</sup>.

La libre elección de las acciones es un ejercicio de racionalidad; en este plano el hombre no es guiado por sus instintos, sino por su raciocinio. Kelsen define la normatividad como instancia unidimensional del querer racional. La *zurechnung*, al oponer el mundo natural al mundo normativo, establece la grieta que funda el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

Pero, si bien estas líneas coincidentes entre Kant y Kelsen no sólo ya han sido justamente trabajadas, sino que las distancias aparecen en los mismos trazos en que se anotan las concordancias, la dimensión objetiva de la validez normativa kelseniana absorbe el contenido de las normas ajustado a la razón, entendida ésta en sentido kantiano <sup>28</sup>.

“En estas condiciones, ambas teorías del derecho, la de Kant y la de Kelsen, difieren en alto grado. Para Kant, el término teoría pura del derecho es un predicado de la razón pura (*ein Prädikat der reinen Vernunft*). Su elaboración y objeto de investigación no apuntan a los acontecimientos y contingencias históricas, sino a las leyes de la razón de las que emerge el derecho. En Kelsen, por el contrario, la *grundnorm* es el dispositivo universalmente empleable, que puede cubrir, incluso, el derecho no razonable...” <sup>29</sup>.

En 1964, Kelsen revisa el concepto de *grundnorm*, a instancias de la filosofía de Hans Vaihinger, admitiendo que ésta es una ficción autocontradictoria y contradictoria de la realidad: la norma fundamental ya no será una hipótesis lógico-trascendental, sino una ficción del “como si” <sup>30</sup>.

La redefinición categorial lo enfrenta a Kant: para que la norma fundamental sea una norma, conforme a la propia definición de Kelsen, debe presuponer un acto de voluntad, requisito que una hipótesis de conocimiento no satisface. Por ello, junto con la norma básica pensada, se debe presuponer una autoridad imaginaria, cuyo acto fingido de voluntad tiene tal norma básica como su significado. Ahora bien, Kelsen sostiene que esta ficción engendra una contradicción con el planteo de que la constitución (histórica), cuya validez está fundada en aquella norma fundamental, es el significado de un acto de voluntad de una autoridad suprema sobre la cual no puede admitirse ninguna otra (por ello, la norma fundamental no sólo contraría la realidad, sino que a su vez resulta autocontradictoria).

Pero otra ruptura aparece en la distinción entre ser y deber ser. Para Kelsen no se puede encontrar en Kant un dualismo entre ser y deber ser, pues la norma moral y el deber moral tienen su punto de partida en la razón práctica, que

<sup>27</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, Trillas, México DF, 2003, p. 31.

<sup>28</sup> MARÍ, Enrique, “Causalidad y teleología...”, cit.

<sup>29</sup> MARÍ, Enrique, “Causalidad y teleología...”, cit., p. 342.

<sup>30</sup> Sobre todo en KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, cit.

es la misma razón que en el mundo sensible es función de conocimiento fenoménico del ser. Así, la razón práctica y la razón especulativa constituyen una unidad, tratándose no ya de dos órdenes disímiles, sino en esencia, de una sola y misma razón <sup>31</sup>.

El problema en la teoría kantiana, dirá Kelsen, es que el concepto de razón práctica es por completo contradictorio y paradójico, en la medida en que es, al mismo tiempo, conocimiento y voluntad. Conocimiento y voluntad se condensan apelando a la idea de divinidad: la razón práctica es en última instancia la razón divina en los hombres. Las órdenes de la razón práctica son las órdenes de Dios.

Se ha sostenido que el reconocimiento de la *grundnorm* como ficción es el mejor ejemplo del fracaso del proyecto kelseniano, pero qué efecto produce, en la organización del sentido textual de su teoría pura, la reelaboración del concepto medular.

Un primer esbozo de conclusión sería que desplaza la categoría de validez: excluidas las autoridades metalegales (Dios, la razón), operada en el abandono de la definición de norma fundamental como hipótesis lógico-trascendental, sólo me queda una constitución histórica que ha sido “puesta” por voluntad de los hombres.

Si el fundamento del sistema es una ficción, a decir de Gödel, sobre la teoría pura se instaura lo indecible: no puede probar su propia consistencia <sup>32</sup>.

¿Perdido el fundamento último de justificación de un ordenamiento jurídico, justifica que ya no deba preguntarme por el contenido de esas normas, el por qué de esos actos de voluntad?

También fue Kelsen quien afirmó que el cambio de un ordenamiento jurídico por otro será producto de una revolución triunfante; si, por el contrario, el intento fracasa, sus participantes serán juzgados con la pena más severa por atentar contra el régimen.

En segundo lugar, desarmado el principio de validación, el orden coercitivo, motivador de las conductas humanas, emerge como cinismo descarnado, borrando la frontera entre validez y eficacia.

El acto fundante que instaura el derecho no está, por definición, fundado, no es legal ni ilegal; la operación que consiste en instaurar el derecho, hacer la ley, consistiría en un acto de fuerza, que ningún derecho previo y anteriormente fundante podría garantizar, contradecir o invalidar: éste es el fundamento místico de la autoridad <sup>33</sup>.

La coacción deslegitimada vuelve a ser (a leerse) como violencia: *to enforce the law*. Emerge, así, la violencia como elemento constitutivo del dere-

<sup>31</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, cit., p. 345.

<sup>32</sup> MARTYNIUK, Claudio E., *Positivismo...*, cit., p. 34.

<sup>33</sup> Éste es tema centralmente abordado por DERRIDA, Jacques, “Fuerza de ley...”, cit.

cho, tanto en el acto que lo funda como en el que lo conserva. El surgimiento mismo del derecho, el momento instituyente, fundador y legitimante del derecho implica una fuerza performativa (*gewalt*)<sup>34</sup>.

La transformación de la norma fundamental de hipótesis de conocimiento en ficción hace depender todo el edificio teórico de un mito originario<sup>35</sup>.

Pero tal vez, y a modo de último corolario, resulte importante recordar que para Vaihinger la ficción del “como si” tiene una función de conocimiento, es una ficción cognoscitiva. Es la ficción la que engendra las condiciones de su propia realidad, funcionando como principio de justificación.

La mutación del “primer” Kelsen de la teoría pura al “segundo” Kelsen “el del como si” es el pasaje de un mito fundante (Dios) a otro mito originario (la ley): este desplazamiento puede entenderse como acto de *répétition*.

Por último, en la oposición entre norma fundamental como hipótesis lógico-trascendental y norma fundamental como ficción del como si, tal vez podría anotarse a pie de página, asumiendo la posibilidad de despertar fantasmas dormidos, como correlato de la ausente realidad que la instauro: Auschwitz.

### III. DIFERENCIA

Para la teoría crítica<sup>36</sup>, el derecho es entendido como una práctica social consistente en dotar de sentido la materia significativa a través de su aspecto discursivo: asigna significados a hechos y palabras.

“Cuando se encara así una red semiótica, el sentido aparece inevitablemente como el resultado o el producto de un trabajo social (...) Dentro de esta perspectiva nos topamos con el orden de lo ideológico y con el poder...”<sup>37</sup>.

El haz de temáticas abordadas por esta concepción puede señalarse, con cuidado de no pretender significar estos estudios como un programa cerrado o unívoco:

1) Si el sentido se entiende como producto social, lo ideológico aparece como el sistema de relaciones entre un conjunto significativo particular y sus condiciones de producción. Mientras lo ideológico concierne a las condiciones de producción del discurso, el poder se encarama en sus efectos. Las operaciones discursivas invierten significado en materias significantes. Entender la inversión como contextualización del sentido implica entender los procesos sociales como mecanismos histórico-culturales. Si bien entender un discurso

<sup>34</sup> DERRIDA, Jacques, “Fuerza de ley...”, cit.

<sup>35</sup> MARÍ, Enrique, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Papeles de filosofía (para arrojar al alba)*, Biblos, Buenos Aires, 1993, p. 246.

<sup>36</sup> Me refiero a la producción intelectual desarrollada en nuestro país bajo el rótulo de teoría crítica del derecho.

<sup>37</sup> RUÍZ, Alicia E. C., “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

implica inscribirlo con relación a otros discursos, la nota diferencial que estructura la especificidad de los distintos tipos de discursos sociales se encuentra en la articulación de sus condiciones de producción con sus condiciones de circulación <sup>38</sup>. El sentido atraviesa el texto y remite a otro texto, pero el proceso de articulación vectoriza el sentido de manera unívoca. Es justamente la deconstrucción de la huella la que permite nuevas combinaciones de significación. Las huellas son las marcas que el proceso de producción ha impreso en el discurso. Funcionan como rastros de organización y control del sentido. Operan como sistemas de relación para fijar el sentido a su aparato productivo, estableciendo canales de significación.

2) Analizar los discursos sociales conlleva al estudio de la construcción de lo real. La realidad social se construye en la semiosis. La materialidad sólo es aprehensible desde una red de asignación de sentido fuera de ella es inasible. Se trata de concebir los fenómenos de sentido como apareciendo, por un lado, siempre bajo la forma de conglomerados de materias significantes; y como remitiendo, por otro, al funcionamiento de la red semiótica conceptualizada como proceso productivo. Ahora bien, resulta evidente que, desde el análisis del sentido, el punto de partida sólo puede ser el sentido producido. La realidad aparece como el resultado del proceso de interpretación colectiva.

3) Pero también se nota que tal significación dista de ser neutral: entre el proceso de producción y constitución de este discurso, y este discurso como producto final, existe una ruptura, un desplazamiento, un eje oculto alrededor del cual se entrecruzan los diferentes discursos en pugna: las relaciones de poder ínsitas y que moldean todo acto cognoscitivo <sup>39</sup>. Lo simbólico desplaza el sentido, comprende aquello que no debe decirse, pero también aquello sobre lo que no puede hablarse, ya que su constitución antecede a la red semiótica. Es así que los procesos de clausura se vuelven reveladores: no por definir límites, sino por constituir contenidos. Reglas que vectorizan el sentido, otorgando la palabra a unos y censurando a otros, estableciendo una génesis, y también un orden <sup>40</sup>.

<sup>38</sup> RUÍZ, Alicia E. C., “Aspectos ideológicos del discurso...”, cit.

<sup>39</sup> MARÍ, Enrique, “Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales”, en AA.VV., *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982. Por otro lado, FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1989, explica este proceso: el poder no sólo funciona a través de normas o de instituciones, sino de un conjunto de dispositivos y tecnologías, volcados en discursos productores de verdad, o sea, discursos de conocimiento. Es por ello que el poder produce saber; toda relación de poder implica la construcción de un campo de conocimiento.

<sup>40</sup> Conforme señala ENTELMAN, Ricardo, “La formación de una epistemología jurídica”, en AA.VV., *El discurso... cit.: se conforman así, los llamados procedimientos internos del discurso, integrados por las reglas de producción y ordenamiento, que determinan la inclusión/exclusión de una expresión a un determinado discurso: requisitos de sistematicidad, y de coherencia. Pero también, por las reglas de fundamentación de su verdad, la sujeción a determinados campos de referencia En el discurso jurídico se confundirán verdad y validez, estableciéndose una relación autorreferente entre las*

Toda distribución desigual de poder dentro de una sociedad necesita construir un dispositivo de legitimación y sostén de ese estado de cosas; el discurso jurídico, como discurso del orden, es uno de los niveles de ese dispositivo. Es así que el derecho obtiene su carácter instituyente, de esta íntima relación con el poder. Íntima y clandestina que lo dota de una estructura, de un principio de control, que se encuentra ubicado en otros discursos, en otros planos de asignación de sentido, es decir, en otros sucesos de distribución de poder. Es dicha estructura la que desplaza y distorsiona el lugar de conflicto social, permitiendo que el derecho se instale como el instrumento de legitimación por antonomasia, en tanto que ese ocultamiento lo muestra neutral <sup>41</sup>.

El condicionante de los procedimientos internos del discurso jurídico se encuentra en otros discursos o en otros procesos extradiscursivos: prohibiciones expresas y oposiciones existentes en la cultura, las interdicciones históricamente delineadas, como la sexualidad y la política, el deseo y el poder <sup>42</sup>.

4) En ese sentido, se necesita construir un sujeto, el “hombre de derecho”, y con él su humanidad. Este sustrato subyacente, entendido como *racionalidad jurídica occidental*, configura la precomprensión con que actúan los productores y los usuarios del discurso jurídico. Estas predeterminaciones configuran un esquema mental determinado en el que los hombres expresan su relación imaginaria con sus condiciones materiales de existencia <sup>43</sup>.

“Si en el discurso jurídico la regla de formación básica es una regla de atribución de la palabra, la distribución, extensión y características de esa autorización se corresponde con algún diseño de lo humano y con una forma definida de mentar los actos que ejecuta: lo lícito, lo ilícito. La libertad. La responsabilidad, la imputación. Lo doloso. Lo culposo. La ubicación de la sanción en la red de conceptos básicos, la distinción entre lo público y lo privado...” <sup>44</sup>.

Por último, lo que más nos interesa para este trabajo: si el derecho como producto cultural, como red significante, plasma un determinado reparto de poder social y, al hacerlo y denostarlo como propiamente “natural”, “ahistórico” e “inmutable”, lo legitima; y ése es su aspecto ideológico, opacar y enmascarar las diferencias estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de re-

---

reglas de producción y ordenamiento, y el sujeto del discurso. Reglas que no atribuyen sentido, sino que lo direccionan, distribuyendo roles. De este modo, el discurso jurídico establece las condiciones de su producción a través del reparto de designaciones y jerarquías, que no es otra cosa que el reparto del poder. Es el propio discurso el que determina quiénes y en qué condiciones se encuentran autorizados para imprimir a sus dichos sentido jurídico, dándole a los sujetos el mismo tratamiento que a los enunciados.

<sup>41</sup> MARÍ, Enrique, “Racionalidad e imaginario social...”, cit.

<sup>42</sup> ENTELMAN, Ricardo, “La formación...”, cit., ps. 89 y ss.

<sup>43</sup> ENTELMAN, Ricardo, “La formación...”, cit.

<sup>44</sup> RUÍZ, Alicia E. C., “Aspectos ideológicos del discurso...”, cit.

conducir un sistema de poder hegemónico; también es cierto que por el reparto de poder que estructura, no puede clausurar en forma completa sus propios contenidos <sup>45</sup>.

El derecho cumple un rol legitimador y reproductor de las relaciones sociales hegemónicas y, a la vez, un rol en la remoción y transformación de esas relaciones. Esta circunstancia no expresa una contradicción, sino una paradoja <sup>46</sup>. Como práctica social específica, expresa históricamente los conflictos sociales, dependiendo de una correlación de fuerzas en el marco del conflicto social: en manos de los grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y, en manos de los dominados, un mecanismo de defensa, denuncia y resistencia contra la opresión <sup>47</sup>.

Para esta epistemología jurídica, la función paradójica del derecho aparece como experiencia aporética: como el jurista se ve compelido a trabajar sobre los hiatos del discurso, sobre sus silencios, y esta tarea de constitución de sentidos no es técnica, sino siempre valorativa (política), ya lleva implícita la voluntad de preservación o de transformación social <sup>48</sup>. La ciencia jurídica aparece encaramándose como garante en el proceso de conducción de las conductas humanas, llevado adelante por los órganos jurídicos; es el ámbito donde se estructura el criterio organizador y fundante del sistema <sup>49</sup>.

Así, pretende deconstruir un discurso que se arroga, sostenido por la ficcional norma fundamental, la posibilidad de inscripción de la verdad, operar en las articulaciones donde se establecen las jerarquías de sentido, trabajar sobre las viejas soldaduras del edificio para desmontar el injerto genealógico: el discurso jurídico es un discurso polisémico travestido de homogeneidad por operaciones de economía operadas en parcelamientos institucionales.

Pero se ha insinuado que, entre la función de reproducción y la de transformación, opera una jerarquía violenta, ya que no se podría equiparar, en sus efectos sociales, ambos términos: la preponderancia del proceso de reconducción hegemónica resulta ineludible. Invertir los términos implica cambiar el sentido de la interpretación jurídica. Esta inversión sólo resulta posible en tanto

<sup>45</sup> RUÍZ, Alicia E. C., "Aspectos ideológicos del discurso...", cit.

<sup>46</sup> CÁRCOVA, Carlos M., *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.

<sup>47</sup> CÁRCOVA, Carlos M., "Acerca de las funciones del derecho", en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

<sup>48</sup> CÁRCOVA, Carlos M., *Derecho...*, cit., p. 72, lo explica de esta manera: "El juez, cuando interpreta el derecho, crea el derecho, lo constituye. Y el suyo no es un acto aislado. Es, por decirlo de algún modo, un acto contextual. Sobre él pesan múltiples determinaciones culturales; las que provienen de la doctrina, la 'opinión de los autores', pero también la de los medios masivos, la de sus colegas y las que se acuñan en toda interacción social. Discursos de saber y discursos de poder que se sintetizan, así, en una unidad constituyente". También ver los estudios jurídicos desarrollados por el movimiento italiano "del uso alternativo del derecho", sobre todo BARCELLONA, Pietro - COTURRI, Giuseppe, *El Estado y los juristas*, Confrontación, Barcelona, 1976.

<sup>49</sup> ENTELMAN, Ricardo, "La formación de una epistemología jurídica", cit., ps. 94 y ss.

y en cuanto se delineen los instrumentos conceptuales que me permitan leer las tensiones sociales en el texto jurídico. Ubicada la contradicción, una nueva definición “jurídica” emergerá del cambio de sentido del enunciado. Este nuevo elemento no aparece como síntesis de los otros dos desde el mismo momento en que se instituye como término “jurídico”.

Recordemos que Derrida sostiene que el Estado moderno ha tenido que renunciar al monopolio legítimo de la fuerza desde el momento en que la lucha de clases le impuso el deber de reconocer el derecho de huelga <sup>50</sup>.

Como instancia de lo jurídico, el derecho de huelga aparece como el mejor ejemplo de la paradoja aporética: le reconoce a una clase el legítimo ejercicio de la violencia, mientras que al regular los motivos en los cuales se puede aplicar, la forma en la que se debe de desenvolver y los sujetos autorizados para decretarla, la limita, la recorta, la resignifica. Si bien la doble función del derecho importa un no camino, una aporía, sus dos términos contradictorios no le impiden mantener el sentido de sí. En el texto se inscribe tanto la repetición como su desplazamiento: la diferencia.

El proceso de legitimación de la violencia de la huelga implica borrar la lucha social como fuente de la norma, obliterando el sentido y direccionando la lectura hacia la reconducción de la hegemonía social.

El derecho no se presenta como intrínsecamente constituido por una violencia fundante, cuya reactualización opera en cada una de las instancias de su significación; por ello, la legitimación de la huelga conlleva el mismo proceso de negación de su violencia transformadora <sup>51</sup>.

Estas conclusiones podrían ser acusadas de pesimistas por un lector prevenido, pero el núcleo conflictual de la paradoja exige, por el contrario, esa responsabilidad sin límites de la que habla Derrida. Se apropia de un análisis sobre las contradicciones lógico-formales (como por ejemplo la norma fundamental kelseniana), así como también un estudio genealógico de los conceptos.

¿Y, teniendo en cuenta la correlación de fuerzas sociales (la historia de Latinoamérica, y no sólo de ésta, resulta muy pedagógica en ese sentido), vale el sacrificio, si así lo podría llamar, del rol transformador por su marca hegemónica? Al respecto, los enunciados de la teoría crítica se encuentran refiriendo a que siempre es mejor un derecho que un ilegalismo, en lo que a las tensiones sociales se refiere.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

BARCELONA, Pietro - COTURRI, Giuseppe, *El Estado y los juristas*, Confrontación, Barcelona, 1976.  
 CAPELLA, Juan R., *Fruta prohibida*, Trotta, Madrid, 1997.

<sup>50</sup> DERRIDA, Jacques, “Fuerza de ley...”, cit.

<sup>51</sup> Derrida, siguiendo a Walter Benjamin distingue la violencia griega (fundante y conservadora) de la violencia mística (judía) revolucionaria, en DERRIDA, Jacques, “Fuerza de ley...”, cit.

- CÁRCOVA, Carlos M., *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.
- *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.
  - “Acercado de las funciones del derecho”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- DERRIDA, Jacques, *De la gramatología*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1971.
- *Aporías*, Paidós, Barcelona, 1998.
  - *Márgenes de la filosofía*, Cátedra, Madrid, 1998.
  - “Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad”, *Doxa* 1992-11.
- ENTELMAN, Ricardo, “La formación de una epistemología jurídica”, en AA.VV., *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- FERRO, Roberto, *Escritura y deconstrucción*, Biblos, Buenos Aires, 1995.
- FOUCAULT, Michel, *La arqueología del saber*, Siglo XXI, México, 1997.
- *La microfísica del poder*, Ediciones de la Piqueta, Buenos Aires, 1992.
  - *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1995.
  - *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1989.
- KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, Trillas, México DF, 2003.
- *Teoría pura del derecho*, 28ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994.
- KLIMOVSKY, Gregorio, *Las desventajas del conocimiento científico*, 3ª ed., A-Z, Buenos Aires, 1997.
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 5ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- LACLAU, Ernesto, *Emancipación y diferencia*, Ariel, Buenos Aires, 1996.
- MARÍ, Enrique, *Neopositivismo e ideología*, Eudeba, Buenos Aires, 1973.
- “Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales”, en AA.VV., *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
  - “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Papeles de filosofía (para arrojar al alba)*, Biblos, Buenos Aires, 1993.
- MARTYNIUK, Claudio E., *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*, Biblos, Buenos Aires, 1994.
- *Razones y acciones*, Los Libros del Riel, Buenos Aires, 1998.
  - *Wittgensteinianas. Filosofía, arte y política*, Biblos, Buenos Aires, 1997.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A., “Teorías críticas del derecho”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- RUIZ, Alicia E. C., “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual. Pensar sin certezas*, Paidós, Buenos Aires, 1999.
- SOSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del derecho*, ILSA, Bogotá, 1998.
- “Límites y posibilidades de la democracia”, *Revista Politeia* 13, Universidad Nacional de Colombia Santa Fe de Bogotá, Bogotá, 1993.

# REFLEXIONES EN TORNO AL INTUICIONISMO MORAL

MARÍA DOLORES REPETTO\*

## I. INTRODUCCIÓN

El interés por los problemas morales prácticos y la forma de resolverlos, la inquietud frente a cuestiones de índole tan diversa como ¿es malo matar? o ¿es correcta la clonación humana?, nos lleva sin atajos a la necesidad de proveernos de herramientas filosóficas idóneas para afrontar el dilema. Éste es el lugar, prioritario por cierto, que ocupan las teorías éticas <sup>1</sup> dentro de la filosofía moral y de ellas me ocuparé en el presente trabajo situándome particularmente en el estudio del denominado “intuicionismo moral”, a través de cuyo análisis intentaré desarrollar en primer término el buen número de dificultades que comprende, para una teoría cognitivista, ofrecer una respuesta racional al planteo de la validez de los juicios morales y, por último, desentrañar si de ese camino de escollos nos ha resultado algún aporte valioso a la hora del debate ético actual.

## II. LAS TEORÍAS ÉTICAS

Si comenzamos ubicando el objeto de nuestro estudio, podemos recurrir en primer término a una clasificación o taxonomía de las teorías éticas en dos grandes grupos: las descriptivistas y las no descriptivistas.

Acordaremos que las teorías descriptivistas son aquellas en las cuales el significado de un enunciado moral está completamente determinado por las condiciones de verdad, es decir, por las condiciones bajo las cuales sería correcto decir que este enunciado es verdadero <sup>2</sup>. Las teorías no descriptivistas, en tanto no tienen su significado completamente determinado por sus condiciones

<sup>1</sup> Emplearé la expresión “teorías éticas” en el sentido en que lo hace R. M. Hare, esto es, como el estudio de los conceptos morales, del uso que hacemos de las palabras morales o de lo que hacemos cuando preguntamos cuestiones morales.

<sup>2</sup> Conf. HARE, R. M., *Ordenando la ética*, Ariel, Barcelona, 1999, ps. 54 y ss.

\* Abogada (UBA). Docente de Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA.

de verdad, advierten la existencia de otro elemento en el significado de tales enunciados, un elemento evaluativo o prescriptivo, elemento con el cual el enunciado sigue siendo el mismo enunciado aun cuando las condiciones de verdad hayan cambiado.

También podríamos recurrir a otras clasificaciones y dividir nuestro campo de estudio en el de las teorías cognitivistas y las no cognitivistas, señalando a las primeras como aquellas según las cuales los enunciados normativos son oraciones enunciativas —pudiendo predicarse de ellos su verdad o falsedad— y a las segundas como aquellas que sostienen que estos enunciados no son oraciones enunciativas, teniendo el carácter de mandatos, recomendaciones o deseos <sup>3</sup>.

Por último, podríamos separar también nuestro ámbito de investigación en el de las teorías naturalistas y las no naturalistas, definiendo a las primeras como aquellas que sostienen que el componente cognoscitivo del significado de una oración ética puede ser traducido a términos no éticos, no existiendo, por ende, enunciados que sean específicamente éticos <sup>4</sup>, respecto de las segundas me limitaré a decir en este apartado que propugnan que las oraciones éticas son intraducibles a las no éticas.

### III. EL INTUICIONISMO MORAL

Dado este breve panorama respecto de las teorías éticas, llegamos a nuestro tema de análisis: el intuicionismo moral. Estamos aquí en presencia de una teoría descriptivista, cognitivista y no naturalista; los conceptos expuestos anteriormente para aludir a las mencionadas corrientes nos dan algunos elementos para situarnos en el objeto de nuestra investigación: el intuicionismo ético sostendrá que el significado de los enunciados morales está completamente determinado por sus condiciones de verdad (descriptivismo), admitirá que los enunciados normativos son oraciones enunciativas (cognitivismo) y negará toda posibilidad de traducir las oraciones éticas a términos no éticos (no naturalismo).

Cada una de estas características del intuicionismo moral presenta elementos para el análisis y la discusión. Si comenzamos por su carácter descriptivista, es dable sostener que para los intuicionistas morales los términos éticos tienen significado cognoscitivo; tiene sentido atribuir a los juicios morales verdad o falsedad; y, en principio, pueden ser justificados racionalmente <sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Conf. VON KUTSCHERA, Franz, *Fundamentos de ética*, Cátedra, Madrid, 1989, ps. 58 y ss.

<sup>4</sup> Ver en este sentido, HOSPERS, J., *Introducción al análisis filosófico*, Macchi, Buenos Aires, 1961, ps. 512 y ss.

<sup>5</sup> Conf. NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 355 y ss.

Ahora bien, si las teorías descriptivistas coinciden en el significado cognoscitivo de los términos éticos no hay consenso entre ellas respecto de a qué hechos se refieren los juicios morales y cómo se determina su verdad o falsedad. Sobre la base de estos desacuerdos surgen las posturas naturalistas y no naturalistas ya mencionadas y el intuicionismo —como una versión del no naturalismo— centrará sus críticas más duras sobre las primeras.

#### IV. INTUICIONISMO *VERSUS* NATURALISMO

Como adelantáramos, las críticas intuicionistas a la posición naturalista parten fundamentalmente de la discrepancia entre ambas respecto de la posibilidad de traducir las oraciones éticas a términos no éticos <sup>6</sup>. El postulado naturalista afirma que el componente cognoscitivo del significado de un término ético puede ser traducido a términos no éticos, no hay pues ningún tipo de enunciados que sean específicamente éticos. Esto no significa que no haya verdaderos principios morales para el naturalismo; los hay, pero previamente habrá que determinar el significado cognoscitivo de la oración ética en cuestión. Habrá que determinar por ejemplo cuando decimos “la pena de muerte es justa” cuál es el significado cognoscitivo de esa oración ética y, sobre la base de ello podremos determinar la verdad o falsedad de ese enunciado <sup>7</sup>.

Las dificultades que presenta la tesis naturalista son acertadamente señaladas por Moore <sup>8</sup>, quien puso de relieve el carácter indefinible de los términos éticos y la imposibilidad de representar su significado con palabras no éticas, señalando, asimismo, el carácter simple y no analizable de éstos y proponiendo el reemplazo de una definición verbal por una ostensiva <sup>9</sup>.

En su referencia a lo que llamó “la falacia naturalista” Moore señala que según la Ley de Hume no hay relación analítica entre enunciados exclusivamente normativos y enunciados no normativos; por lo tanto, tampoco hay equivalencias analíticas entre los términos correspondientes, en contra de lo que afirma la tesis naturalista.

<sup>6</sup> Algunos autores han considerado que esta separación entre naturalismo y no naturalismo surge de la pregunta acerca de si la moral puede ser considerada un fenómeno autónomo o debe ser reducida a otros fenómenos, definiendo por consiguiente a los naturalistas como reduccionistas y a los no naturalistas o intuicionistas como no reduccionistas. Ver por ejemplo VON KUTSCHERA, Franz, *Fundamentos de ética*, cit.

<sup>7</sup> Ver HOSPERS, J., *Introducción...*, cit., ps. 512 y ss.

<sup>8</sup> Conf. MOORE, G. E., *Ética*, trad. de Cardenal Iracheta, Labor, Colección Labor, Barcelona, 1929, secc. I Ciencias Filosóficas, p. 10.203.

<sup>9</sup> Cabe aclarar aquí que la definición ostensiva de un término ético tampoco está exenta de dificultades, la respuesta dada por Moore se basaba en sostener que la bondad de los actos se podía captar a través de la facultad de la intuición de igual modo que la “amarillez” de los objetos se capta a través de los sentidos.

Los principales argumentos sostenidos por Moore en *Principia Ethica* (Cambridge, 1903) permitieron poner en el centro de la crítica al naturalismo ético y resultaron determinantes a la hora de negar toda posibilidad de existencia a una ética naturalista por descansar ésta precisamente en una falacia. No obstante haber tenido una pacífica aceptación en los círculos filosóficos hasta 1939 (año en que Frankena escribe “The Naturalistic Fallacy”, un artículo que examinó más críticamente la tesis de Moore), la noción de “falacia naturalista” resulta a poco de analizarla bastante más compleja de lo que se presenta pues el mismo Moore da versiones variadas de su contenido que comprenden hasta un análisis de la ocurrencia de la falacia en la obra de Mill, *Utilitarismo*<sup>10</sup>: “Mill —afirma Moore— ha efectuado el uso más ingenuo y burdo de la falacia naturalista que cualquiera pudiera desear. “Bueno”, nos dice, significa “deseable” y sólo podemos descubrir qué es deseable tratando de descubrir que es lo realmente deseado”<sup>11</sup>.

Ya hemos señalado que la brecha que separa a naturalistas de intuicionistas está dada por su desacuerdo frente a la posibilidad de traducir los términos éticos a los no éticos; la respuesta naturalista resuelve en apariencia el problema de la verificación empírica, aun cuando esta respuesta sea frágil y relativa para los no naturalistas y para los no descriptivistas.

Pero esta cuestión, la de la verificación empírica, es especialmente compleja para el intuicionismo: las condiciones de verdad de los enunciados morales consisten para esta teoría en la posesión de propiedades *sui generis* específicamente morales que no pueden ser de definidas sin introducir algún término moral en el *definiens*<sup>12</sup>; en tal sentido, la tarea de especificar esas condiciones es un desafío, pues, como no naturalista, el intuicionista no puede recurrir a términos no morales. ¿Cómo va a sostener entonces el intuicionismo que tal o cual acción es correcta o incorrecta, buena o mala, justa o injusta?, apelando a alguna facultad del observador o investigador que podemos llamar “intuición” y que permite captar que determinados actos son buenos, justos o correctos<sup>13</sup>. La “intuición” permitiría, entonces, conocer la verdad de uno o más principios fundamentales, será posible intuir la presencia de una propiedad, lo bueno, que ningún método empírico puede revelar y, según señala Hospers<sup>14</sup>, lo que no

<sup>10</sup> Para una lectura crítica de la falacia naturalista, ver RABOSI, Eduardo A., “La falacia naturalista: algunas notas críticas”, *Revista Jurídica Buenos Aires*, 1961-201 a 214.

<sup>11</sup> Conf. MOORE, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1903, Cambridge, cit. por RABOSI, Eduardo A., “La falacia naturalista...”, cit.

<sup>12</sup> Conf. HARE, R. M., *Ordenando la ética*, cit.

<sup>13</sup> Una facultad de este tipo también resulta dudosa para quien pretende una argumentación racional en torno a los juicios éticos; volveré sobre estas dificultades al analizar las críticas formuladas en tal sentido desde el no descriptivismo.

<sup>14</sup> Conf. HOSPERS, J., *Introducción...*, cit., este autor examina las dificultades metodológicas que plantea el conocimiento por intuición partiendo del conflicto que se presenta cuando hay diferentes “in-

podemos percibir con el ojo físico el intuicionismo lo captará con el ojo interior de la intuición, ya que esta propiedad de “bondad” no puede ser detectada empíricamente por su carácter metafísico.

Desde el punto de vista metodológico y de la verificación empírica, la respuesta intuicionista deberá defenderse de embates de diversa naturaleza que parten desde la primera inquietud que puede surgir al observador que, teniendo frente a sí intuiciones muy diversas frente a lo que las sociedades, un grupo humano determinado o varios individuos considerados aisladamente consideran correcto, justo o bueno, no puede menos que poner en tela de juicio si esas intuiciones diferentes pueden coexistir y mantener algún grado de verdad que las haga aptas para un debate moral racional.

## V. VERTIENTES DEL INTUICIONISMO

Debemos señalar, en primer término, que el intuicionismo es una teoría objetivista y en este sentido sostiene que los hechos normativos son objetivos, nos vemos confrontados a ellos y nos obligan. De este modo, los deseos e intereses subjetivos estarían enfrentados a esos hechos y cada uno de los mandatos, por ejemplo: no mentir, no robar o cumplir las promesas, son válidos con independencia de si resulta beneficioso para mis propios intereses actuar de esa manera. En esta línea, los enunciados morales son válidos independientemente de las preferencias de los demás. Si para cada individuo es verdad que sus intereses personales ni fundamentan ni anulan las exigencias morales —dirá el objetivista—, entonces esto se cumple también para los intereses de un grupo. La tesis de que la moral no tiene nada que ver con las preferencias subjetivas, el deber con el querer y los valores morales con los subjetivos ha sido defendida por Kant <sup>15</sup>, cuya teoría representa el punto más alto en la exposición de una ética objetivista; de manera muy sucinta nos limitaremos a decir aquí que la postura de Kant, objetivista y apriorista, se sustenta en la afirmación de que los hechos normativos son objetivos, las normas morales están dirigidas a seres libres y la libertad es la condición de posibilidad de la obligatoriedad de esas normas morales.

Señalado el carácter objetivista del intuicionismo, podemos continuar nuestro análisis afirmando que también encontramos dentro de esta teoría otras vertientes que surgen precisamente de la dificultad que se le presenta al intuicionista en el momento de fundamentar los enunciados normativos o morales sin recurrir a términos no normativos. De acuerdo con los principios de funda-

---

tuaciones” frente a la bondad de un mismo acto por ejemplo; no obstante ello, señala la conquista que representa el intuicionismo frente a las posturas naturalistas ya examinadas.

<sup>15</sup> Ver en este sentido KANT, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, varias ediciones.

mentación adoptados, puede distinguirse entre teorías intuicionistas empiristas y aprioristas <sup>16</sup>.

Conforme a la tesis apriorista hay enunciados exclusivamente normativos que son verdaderos y que no se fundamentan ni analíticamente ni recurriendo a la experiencia; el empirismo moral niega esta idea y sostiene que la experiencia es necesaria para fundamentar todos los enunciados sintéticos exclusivamente normativos, afirmando además que todos los enunciados exclusivamente normativos, sintéticos y verdaderos sólo pueden fundamentarse en la experiencia.

## 1. El apriorismo de Ross

La postura sustentada por el intuicionista William Ross <sup>17</sup> tiene, por su compartido carácter intuicionista, algunos puntos de contacto con la desarrollada por Moore. Además de sostener la línea objetivista que ya señaláramos, en Ross encontramos la observación de que quien dice que un hecho es bueno tiene un cierto sentimiento de interés y aprobación hacia él los mandatos *prima facie* poseen para nosotros un tipo de evidencia similar a de los axiomas de la matemática. Al contrario que Kant, Ross acepta una serie de mandatos *prima facie* que no pueden reducirse a un solo principio, por ejemplo el mandato de cumplir las promesas, reparar las injusticias o no mentir, pero se limita siempre a afirmar que éstos son evidentes *a priori* y no ofrece una fundamentación de éstos. El punto central de ataque hacia la postura de Ross está dado precisamente por su afirmación de que los mandatos mencionados son evidentes *a priori* sin fundamentar dicha afirmación. También se ha sostenido que es poco plausible que la validez de los juicios morales sea totalmente independiente de las cualidades del mundo y de la naturaleza del hombre <sup>18</sup>.

## 2. El empirismo de Moore

Ya hemos mencionado los argumentos que Moore desarrollara en contra del naturalismo y de su lectura podemos obtener aquellos elementos comunes con Ross que ubican a ambos dentro de la posición intuicionista. La ética de Moore, sin embargo, a diferencia de la de Ross, sostiene la fundamentación empírica de los enunciados normativos y una postura teleológica <sup>19</sup> en la cual el concepto de valor es fundamental.

<sup>16</sup> Para un estudio más profundo del empirismo y el apriorismo, ver VON KUTSCHERA, Franz, *Fundamentos de ética*, cit., ps. 177 y ss.

<sup>17</sup> Conf. ROSS, William D., *The Right and The Good*, Oxford University Press, London, 1931.

<sup>18</sup> Esta crítica se centra, asimismo, en el carácter deontológico de la ética de Ross, argumentando que una postura tan estricta que considera que las acciones son correctas “en sí”, al margen de las consecuencias que puedan tener, no puede ser aceptada.

<sup>19</sup> John Rawls, al tratar el problema de la prioridad de los primeros principios, analiza también la

¿Qué es lo que sostiene Moore como empirista? Que existen hechos axiológicos objetivos que podemos reconocer empíricamente, hechos evidentes cuya evidencia procede de la experiencia y que no pueden fundamentarse en otros hechos, tal como sostendría el naturalismo; el concepto “intrínsecamente bueno” es un concepto fundamental que no puede ser analizado para Moore mediante otros conceptos. Distingue<sup>20</sup> este autor entre enunciados sobre el valor intrínseco de cosas o hechos, y enunciados sobre el valor mediato de una cosa o sobre el valor de una acción; así una acción es mediatamente buena cuando sus consecuencias son intrínsecamente buenas.

El problema que se le plantea a Moore está dado por explicar la forma en la que se produce este conocimiento axiológico empírico. Si reconocemos que poseemos cinco sentidos que hacen posible las observaciones naturales, a saber: vista, oído, gusto, olfato y tacto, y reconocemos que ninguno de ellos nos permite captar la bondad de los actos o la corrección de determinadas conductas, estamos obligados a admitir la existencia de otro sentido, un “sentido moral” que nos permita precisamente juzgar la bondad de los actos de modo similar a como captamos los sabores de una buena comida mediante el gusto; esta afirmación, la de la existencia de un supuesto “sentido moral”, presenta grandes dificultades, pues si existiera tal sentido moral independiente de nuestros intereses, inclinaciones y aspiraciones, entonces nuestra capacidad de enjuiciamiento moral no debería estar influida por todos estos elementos como efectivamente lo está<sup>21</sup> y, fundamentalmente, estaríamos muy cerca de un juzgamiento subjetivo, lo que implicaría para Moore incurrir en la falta de objetividad que las posturas intuicionistas, como objetivistas, han pretendido sortear.

## VI. LA CRÍTICA NO DESCRIPTIVISTA

Hasta aquí hemos desarrollado los principales argumentos de la postura intuicionista que, advirtiendo las contradicciones en las que incurriera el naturalismo, elaboró una alternativa teórica, cognitivista y descriptivista también, a tal línea de pensamiento. El intento no está exento de críticas y observaciones agudas desde la corriente no descriptivista; a modo de ejemplo recorreré los

---

cuestión del carácter deontológico o teleológico de las teorías, intuicionistas, afirmando que no es éste el rasgo distintivo de tales teorías, sino el lugar especialmente prominente que se otorga al uso que hacemos de nuestras capacidades intuitivas sin recurrir a criterios éticos constructivos y reconocibles. Ver RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, ps. 52 y ss.

<sup>20</sup> Conf. MOORE, G. E., *Ética*, cit.

<sup>21</sup> Éste es uno de los dos argumentos propuestos por Smith contra la existencia de un sentido moral, también Bentham ha sostenido que la admisión de un supuesto sentido moral conduce al subjetivismo. Ambos mencionados por VON KUTSCHERA, Franz, *Fundamentos de ética*, cit., p. 201.

planteos realizados por Hare<sup>22</sup> en *Ordenando la ética*, a los que sumaré mis observaciones personales acerca de la cuestión.

Desde la lectura misma de los postulados intuicionistas se desprende que la principal dificultad que se le presenta a esta teoría es la de especificar las condiciones de verdad de los enunciados morales sin recurrir a términos no morales; ya hemos destacado que el naturalista sortea este obstáculo, pues conforme a su concepción, las condiciones de verdad de dichos enunciados tienen que consistir en la posesión por parte de las acciones, la gente, etc., de propiedades que se puedan especificar en términos moralmente neutrales. Si no puede recurrir a términos no morales, el intuicionista, en cambio, se verá obligado a reconocer por medio de una determinada facultad o sentido qué clases de acciones son correctas, buenas o justas. Esta “intuición” que permite juzgar la bondad o incorrección de los actos es observada críticamente por Hare, quien sostiene que efectivamente frente a un acto determinado, como pagar el combustible que me han entregado en una gasolinera, personas distintas pueden tener la convicción de que huir sin pagar el precio correspondiente no sería correcto, pero *a posteriori* de esa “convicción”, que los intuicionistas se apresurarían en llamar la intuición o la captación mediante el “sentido moral” de lo incorrecto, podemos preguntarnos en qué se diferencia del sentimiento de desaprobación experimentado por el subjetivista, o de la emoción negativa o de rechazo que tal acto suscita para el emotivista<sup>23</sup>.

Hare va a sostener que hay “terrenos” en los que el intuicionismo se mueve con mayor soltura y ello es debido a que en determinadas situaciones, como la recién planteada de la gasolinera, no es difícil hallar consenso entre las personas respecto de la incorrección de determinada actitud. Claro que este asunto se torna más complejo cuando intentamos debatir otras cuestiones que se le plantean a la filosofía moral (si es justo matar en las guerras) en las que los consensos parecen diluirse.

El argumento intuicionista de la existencia de opiniones morales más relevantes que otras, que serían para Ross<sup>24</sup> las de “la gente con formación y reflexiva”, es rápidamente rechazado por Hare, quien sostiene que cuando avalamos el mayor peso de las intuiciones de la gente “con mayor nivel de educación moral”, en realidad estaríamos avalando nuestras propias intuiciones o percepciones morales que, por similares a aquéllas, nos parecen respetables y merecedoras de una mayor consideración, sosteniendo, asimismo, que el consenso generalizado exis-

<sup>22</sup> HARE, R. M., *Ordenando la ética*, cit., en las ps. 91 y ss. analiza la corriente intuicionista desde su visión no descriptivista y prescriptivista.

<sup>23</sup> Para un estudio de la postura emotivista puede verse STEVENSON, C. L., *Ethics and Language*; Yale University Press, New Haven, 1943. También NAKHNIKIAN, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

<sup>24</sup> Conf. ROSS, William D., *The Right and The Good*, cit.

tente en una misma cultura respecto de determinadas cuestiones morales no responde más que a una educación moral en común <sup>25</sup>.

Todas estas observaciones implican para Hare la inevitable conclusión de que los intuicionistas incurren en idéntica relatividad a la que reprocharan a los naturalistas; no hay en su interpretación diferencia alguna que distinga la debilidad de la propuesta naturalista (en sus dos versiones) de la intuicionista; la experiencia de la intuición moral resulta desde su óptica asimilable a la de la aprobación meramente subjetiva.

Es ésta la conclusión medular de Hare respecto del intuicionismo y sin hacer un análisis de la postura prescriptivista por él defendida, podemos afirmar aquí que en la elaboración de su teoría está sin duda presente la intención de elaborar una alternativa metaética que evite incurrir en estos errores y que dé respuesta al problema de la dimensión práctica del discurso moral abandonada por los descriptivistas.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos podido observar a lo largo de este trabajo que la propuesta intuicionista no se presenta a nuestro estudio libre de dificultades teóricas, el propósito inicial estaba dado por examinar esas dificultades, pero fundamentalmente por determinar si los aportes intuicionistas son relevantes a la hora del debate ético actual.

Podemos sostener sin hesitación que buena parte de las debilidades observadas en el intuicionismo moral están justificadas: es difícil sostener que podemos demostrar las condiciones de verdad de los enunciados morales mediante la apelación a una facultad de intuición que, dependiendo de quien la ejerza, determinará respuestas diferentes. También es complejo abrazar la pretensión de objetividad ante un abanico de intuiciones distintas frente a la corrección de un acto e insistir en que todos no pueden tener razón.

La delgada línea que separa al intuicionismo moral de la experiencia subjetiva de los naturalistas —línea inexistente para Hare, quien niega el carácter objetivista de los intuicionistas— tampoco puede ser negada por quien se aboca a reflexionar racionalmente sobre estas cuestiones; hemos visto aquí que tanto para Ross como para Moore ha sido arduo explicar el modo en el que se produce el conocimiento *a priori* o empírico de los mandatos.

La inquietud que sigue es la de saber si hemos de reconocer en un todo las críticas no descriptivistas o si algo resiste del andamiaje teórico intuicionista.

<sup>25</sup> Coincidiendo con esta postura, Mackie ha sostenido el origen social de algunas actitudes morales en lo que ha dado en llamar “mecanismos de objetivación”. Ver en ese sentido MACKIE, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y de lo malo*, Gedisa, Barcelona, 2000, ps. 46 y ss.

En el debate metaético actual la aguda visión de Hare nos permite discutir la debilidad de una supuesta facultad o sentido, casi sospechoso, que nos permitiría captar la bondad o la maldad de los actos; esa misma visión ha instalado la necesidad de introducir la cuestión de la dimensión práctica del discurso moral sin incurrir en las falencias emotivistas y la pretensión de construir una teoría, como el precriptivismo, que evite caer en el relativismo que adjudica a otras posturas.

No obstante, nada de ello hubiera sido posible si el intuicionismo no hubiera advertido, a su turno, las debilidades naturalistas. La “falacia” de Moore produjo en su tiempo un revuelo filosófico que cambió el giro del debate metaético hacia un no naturalismo que hoy precisamente observamos.

En este punto considero que el aporte intuicionista está vigente, constituye un peldaño ineludible a la hora del debate moral actual. Si hoy discutimos cuestiones tales como si la objetividad de los valores es o no un problema real, es en parte debido a que previamente, y tal vez también a futuro, discutimos o discutiremos qué determina finalmente las condiciones de verdad de los enunciados morales.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- HARE, R. M., *Ordenando la ética*, Ariel, Barcelona, 1999.
- HOSPERS, J., *Introducción al análisis filosófico*, Macchi, Buenos Aires, 1961.
- KANT, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, varias ediciones.
- MACKIE, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y de lo malo*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- MOORE, G. E., *Ética*, trad. de Cardenal Iracheta, Barcelona.
- *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, 1903.
- NAKHNIKIAN, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- RABOSI, Eduardo A., “La falacia naturalista: algunas notas críticas”, *Revista Jurídica Buenos Aires*, 1961.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- ROSS, William D., *The Right and The Good*, Oxford University Press, London, 1931.
- VON KUTSCHERA, Franz, *Fundamentos de ética*, Cátedra, Madrid, 1989.

# FACULTADES HOMOLOGATORIAS DEL JUEZ DEL CONCURSO. EL ART. 52, LC (LEY 25.589)

CARLOS MUÑIZ

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objetivo presentar la evolución en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia de las facultades de los jueces al momento de homologar los acuerdos alcanzados por el deudor con sus acreedores en el marco de un concurso preventivo. Con tal finalidad, presentaremos la cuestión haciendo en primer lugar referencia a los antecedentes en nuestro derecho hasta 1972. En un segundo momento presentaremos el amplio régimen de facultades para homologar los acuerdos consagrado por la ley 19.551, para luego exponer el severo cercenamiento sufrido en dichas facultades en razón del dictado de la ley 24.522. Seguidamente presentaremos el régimen actual, establecido a partir de la entrada en vigencia de las leyes 25.563 y 25.589 en el 2002. Por último, expondremos nuestras conclusiones.

## II. ANTECEDENTES

La cuestión relativa a las facultades homologatorias del juez tiene como fecha de nacimiento la misma que se reconoce al concurso preventivo, esto es, la ley belga de 1883. Hasta ese momento todas las legislaciones de quiebras habían sido hechas haciendo prevalecer el interés de los acreedores. Desde esta ley, por primera vez se tomó en cuenta la situación del deudor inculpable de su insolvencia, el comerciante de buena fe, el deudor honesto y desafortunado, que por ese motivo, y no por causa de un actuar imprudente o malicioso, había caído en la cesación de pago. Dicha legislación habilitaba el concurso preventivo solamente al deudor que “lo mereciera”, y, en consecuencia, se otorgaba facultades al juez para evaluar el mérito y la conducta del deudor, que sólo en caso de que se dieran esos extremos exigidos por la ley para el acuerdo podía homologar el acuerdo preventivo <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho concursal*, t. II, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 83.

Desde entonces, una vez que el legislador pasa a considerar en la legislación concursal un interés distinto del de los acreedores, progresivamente se observará cómo el legislador ampliará su protección de los intereses en juego, hasta el punto de considerar modernamente el interés social en la continuación de las empresas económicamente viables y socialmente significativas que por determinadas circunstancias hayan caído en la insolvencia.

Este proceso se da en el marco de una tensión entre quienes entienden que deben primar en el concurso principios privatistas, asociados a la facultad que debe reconocerse a los acreedores de disponer su mejor conveniencia sobre el destino de su crédito en un procedimiento concursal, y los principios publicistas, sostenidos por quienes entienden que la existencia de fines sociales y disposiciones de orden público en el ámbito de estos procedimientos justifican el reconocimiento de amplias facultades para los jueces en los concursos.

En nuestro país pueden observarse los vaivenes entre ambas posiciones. La primera legislación dictada bajo la influencia del mencionado precedente belga es la ley 4156 del año 1902, de marcado tinte privatista, que fue dejado de lado por las leyes posteriores a fin de evitar los abusos entre el deudor, acreedores y síndicos<sup>2</sup>. Esta ley “implantó el sistema de la voluntad de la mayoría de los acreedores, considerándolo como el fundamento y guía de todo el procedimiento de quiebra”<sup>3</sup>. La facultad del juez de homologar el acuerdo preventivo quedaba fuertemente limitada por la voluntad de los acreedores. En relación a esta ley, Matienzo decía: “Las atribuciones del juez respecto del concordato aprobado por la masa de acreedores sólo se reducen a dos: homologar o rechazar el concordato. Su función es exclusivamente declaratoria y no creadora de derechos. De lo contrario, el juez se habría sustituido a la voluntad de las partes”<sup>4</sup>.

La ampliación de las facultades del juez al momento de homologar el acuerdo en el concurso preventivo fue uno de los aspectos considerados por el legislador al momento de reformar el régimen concursal en 1933. La ley 11.719 procuraba permitir al juez un mayor análisis del acuerdo antes de darle efectos, a fin de proteger los intereses de los acreedores minoritarios, que se consideraban ahora bajo su tutela. Así, estableció en su art. 40 que el juez debía negar su aprobación al concordato, aunque no se hubieran deducido oposiciones, si estimase “que las bases aceptadas por la mayoría son notoriamente gravosas para el interés general”. Esta reforma fue bien recibida por la doctrina de su tiem-

<sup>2</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El nuevo art. 52, Ley de Concursos y Quiebras. Reformado por la ley 25.589”, DJ 2002-2-292.

<sup>3</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación de concursos y quiebras y algunas consideraciones sobre la ley 25.589”, LL 2002-D-1079.

<sup>4</sup> MATIENZO, Agustín N., *Curso de quiebras*, t. I, Buenos Aires, 1927, p. 224, citado por PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

po <sup>5</sup>, que en algunos casos sostuvo que debió haber ido un poco más allá. En tal sentido (y como pudiera haber previsto el actual art. 52, inc. 2º) Malagarriga comentó que la reforma además debió “admitir que el juez homologase la propuesta del deudor aunque ella hubiese sido rechazada por la junta, cuando considerase que dicha propuesta consultaba el interés general, o cuando fuese adecuada a las efectivas posibilidades del deudor y la conducta de éste que lo hiciese merecedor de ese beneficio” <sup>6</sup>.

### III. EL RÉGIMEN DE LA LEY 19.551

Con estos antecedentes en nuestra legislación, llegamos a 1972 cuando se dictó la ley 19.551. Esta ley continuó con la tendencia a ampliar las facultades del juez a la hora de homologar el acuerdo en el concurso preventivo. Así, en su art. 61 preveía las pautas a seguir por el juez para la homologación del acuerdo alcanzado entre el deudor y sus acreedores.

En el régimen de la ley 19.551, el juez realizaba: 1) Un “control de legalidad”, debiendo examinar y valorar si los requisitos legales de promoción del concurso y pasos ulteriores habían sido satisfechos, sin que dicho control se encontrara limitado a la mera verificación del cumplimiento de los aspectos formales de la presentación; y 2) un “juicio de mérito”, debiendo en esta etapa valorar si el proyecto de concordato merecía su acuerdo y consecuente homologación <sup>7</sup>.

#### 1. Control de legalidad

El control de legalidad al que se hace alusión consistía en el ejercicio de las facultades previstas en los incs. 4º y 6º del art. 61, ley 19.551:

“Art. 61: el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo por la resolución fundada en la que valora:

(...)

”4) la existencia de causales de impugnación no invocadas;

(...)

”6) la suficiencia de la contabilidad y documentación para informar la claridad de los actos de gestión y la situación del concursado”.

En cuanto a las causales de impugnación no invocadas, el magistrado debía examinar las actuaciones y verificar la inexistencia de alguna de las causales de impugnación existentes en el art. 59 (reemplazado por el actual art. 50).

<sup>5</sup> Ver PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

<sup>6</sup> MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de derecho concursal*, t. IV, 3ª ed., TEA, Buenos Aires, 1963, p. 145, citado por PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

<sup>7</sup> MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho concursal*, cit., p. 78.

La verificación de la contabilidad y la documentación se relaciona directamente con la necesidad de esta información para que el juez realice el juicio de mérito que exigía este régimen.

## 2. Juicio de mérito

En esta etapa de su análisis el juez debía ponderar conforme a las pautas establecidas por el art. 61: 1) la conducta del deudor para determinar si era merecedor de la solución preventiva; 2) la conformidad con el interés general; 3) su congruencia con las finalidades de los concursos; y 4) la posibilidad de cumplimiento del acuerdo.

El criterio que tomaba en consideración la conducta del deudor para evaluar si éste “merecía” la solución preventiva era un resabio de las primeras legislaciones referidas al concurso preventivo, en el cual se evaluaba la conducta del pequeño comerciante individual. Este estándar no se justificaba al momento en que fue dictada la ley 19.551, en el cual, por la mutación de la realidad del comercio, correspondía una mirada que contemplara la preservación de la empresa, por sobre los “merecimientos” de su administrador.

El resto de los requisitos exigidos en esta etapa también fueron objeto de críticas. En tal sentido Fassi y Gebhart dicen que en los términos del art. 61 se exigía al juez una tarea de difícil realización: “debe admitirse que el viejo art. 61, ley 19.551 (reemplazado por el texto bajo análisis), constituía un largo y formal temario que inexcusablemente el magistrado llamado a homologar, o no, el acuerdo habido entre el deudor y los acreedores debía abordar, frecuentemente sin los elementos apropiados para hacerlo; de allí que las más de las veces se le confiaban tareas ciclópeas (v.gr., argumentar sobre la conveniencia económica del acuerdo y su conformidad con el interés general, o la determinación de causales invocadas) que eran superadas sólo acudiendo al argumento de las mayorías obtenidas previamente”<sup>8</sup>.

Por su parte, Rivera sostiene en relación con el efectivo ejercicio de las facultades de los jueces conferidas por la ley 19.551: “Como señala Escuti, la no homologación fue una facultad abdicada por los tribunales, lo que se demuestra por la sola constatación de que en veintitrés años de vigencia de la ley, son poquísimos los casos en que ella fue ejercida efectivamente. Los jueces, en general, homologaban casi mecánicamente, y cuando no lo hicieron cometieron graves errores”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> FASSI, Santiago C. - GEBHART, Marcelo, *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable*, 7ª ed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 172.

<sup>9</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. I, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 477.

No obstante las críticas señaladas, debemos remarcar que, como veremos al momento de considerar el régimen de la ley 24.522 en cuanto al tema de referencia, tampoco fue recibida con beneplácito la eliminación lisa y llana de las facultades conferidas al juez para valorar la propuesta de acuerdo en forma previa a su homologación.

#### IV. EL RÉGIMEN DE LA LEY 24.522

##### 1. Texto legal

La ley 24.522 reemplazó el texto del art. 61, ley 19.551, por el del art. 52 que establecía:

“No deducidas las impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de diez días”.

El análisis del texto, considerando exclusivamente su tenor literal, parece indicar que alcanzadas las mayorías exigidas por la ley, si no se hubieran deducido impugnaciones o se hubieran rechazado las interpuestas, el juez se encontraba obligado, sin otro trámite, a decretar la homologación del acuerdo, omitiendo cualquier otra consideración sobre éste.

Puede observarse el neto corte privatístico de esta reforma, el cual es consistente con el criterio seguido en general por la ley 24.522, poniendo en manos de los acreedores en forma exclusiva el destino del acuerdo y vedando cualquier intervención del juez, sea a favor o en contra.

Esta norma funcionaba directamente en relación con las disposiciones del art. 43, LC, en cuanto establecía que en la propuesta a formular por el deudor a sus acreedores, debía ofrecerse el pago de al menos el 40% de los créditos quirografarios anteriores a la presentación, funcionando esto como un límite de orden público.

##### 2. Doctrina

Sin perjuicio de la interpretación del sentido literal del texto legal a la cual inevitablemente conduce la redacción del art. 52, LC, del legislador de 1995, se planteó en doctrina qué facultades (si alguna) conservaba el juez del concurso luego de la reforma.

Así, encontramos por un lado la opinión de Maffía, según el cual por la reforma el juez ha quedado reducido a un “cuentaporotos” cuya única función es verificar que se hayan alcanzado las mayorías exigidas por la ley para la aprobación del acuerdo<sup>10</sup>. En este mismo sentido, Graziabile también sostiene que, a tenor de lo dispuesto por el art. 52, LC, según la ley 24.522 no resultaban ad-

<sup>10</sup> MAFFÍA, Osvaldo J., *Manual de concursos*, t. I, La Rocca, Buenos Aires, 1997, p. 255.

misibles las posiciones que tanto en doctrina como en jurisprudencia admitían la posibilidad del juez de no homologar el acuerdo, apoyando tal posibilidad en la infracción de normas o principios del ordenamiento jurídico en general <sup>11</sup>.

No obstante, esta postura en doctrina era minoritaria, sosteniendo la mayoría de los autores que, a pesar del texto legal, el juez del concurso conservaba la potestad de, en mayor o menor medida, realizar un *control de legalidad* sobre la validez del acuerdo.

En este sentido, y dando sus criterios sobre el alcance del control de legalidad que podían ejercer los jueces, encontramos estas opiniones:

Fassi y Gebhart explicaban que conforme al texto citado del art. 52 (según ley 24.522): “La homologación entonces, debe ser dictada, en principio, en forma automática y sin mayores argumentos, pues la ley respalda el acuerdo. No puede empero dejarse de poner a salvo las potestades judiciales de enervar un acuerdo vulneratorio del orden público o que, de algún modo, esté predeterminado a la violación de la ley o a consumir un fraude. Contribuye a esta interpretación el hecho que sea necesario que el juez deba pronunciarse y homologar el acuerdo; si, en cambio, el legislador hubiera querido abolir todo examen del acuerdo, simplemente hubiera hecho surtir sus efectos con la decisión del art. 49 y con la desestimación de las impugnaciones” <sup>12</sup>.

Rivera, por su parte, dice: “Una cuestión importante era saber si el juez podría tomar en consideración causales de impugnación no invocadas. Desde nuestro punto de vista sí podía hacerlo, pues ese mismo control de legalidad del que lo inviste la ley, y las facultades genéricamente conferidas a los jueces tanto en la Ley de Concursos como en el ordenamiento en general, hacen que el tribunal deba impedir la consagración del fraude, o incluso del error, habida cuenta de que éste no puede generar ni lesionar derechos” <sup>13</sup>. Señala además, haciendo una crítica de los resultados prácticos de este régimen, que “la inexistencia de un control de mérito del acuerdo llevó a que los jueces se sintieran compelidos a homologar acuerdos en los que resultaba sospechable que se trataba de un verdadero fraude contra los acreedores ‘independientes’” <sup>14</sup>.

Grispo sostiene que el art. 52, LC, establecía como principio que el juez sólo puede adentrarse a analizar el acuerdo en el caso en que se hubieran deducido impugnaciones y, con carácter excepcional, podía entrar en el análisis de mérito de la propuesta “cuando la homologación podía derivar en una transgresión a los principios generales del derecho” <sup>15</sup>.

<sup>11</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El nuevo art. 52...”, cit.

<sup>12</sup> FASSI, Santiago C. - GEBHART, Marcelo, *Concursos y quiebras...*, cit., p. 173.

<sup>13</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., p. 478.

<sup>14</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit.

<sup>15</sup> GRISPO, Jorge D., “Homologación del concordato y facultades del magistrado”, ED 197-761.

Según Heredia: “La indagación de la legalidad comprende las condiciones de admisibilidad del procedimiento. Por lo tanto, es función de la sentencia de homologación verificar la subsistencia del presupuesto objetivo de apertura referente a la cesación de pagos, de suerte que si ese estado no perdura el juez debe actuar en consecuencia, denegando la homologación sin declaración de quiebra. Más allá de lo anterior, el tribunal debe observar si se ha respetado la ritualidad del procedimiento, desde el primer hasta el último acto. En particular, el juez debe examinar: la legalidad de la propuesta de acuerdo en cuanto a la persona de quien proviene, es decir, si fue formalizada por quien era legitimada al efecto; si se han cumplido fielmente las cargas procesales impuestas al concursado, de cuya inobservancia se deriva la quiebra como sanción; si el ejercicio del voto por parte de los acreedores, expresado en las conformidades escritas aludidas por el art. 45 se ha ajustado a derecho; la existencia de las mayorías legales requeridas por la ley. Aunque la ley no lo establece, el magistrado se encuentra facultado para considerar las causales de impugnación no invocadas en la oportunidad prevista por el art. 50”<sup>16</sup>.

Rubin dice que durante la vigencia de la ley 24.522 “la propuesta de acuerdo no podía consistir en actos prohibidos por las leyes y las buenas costumbres, ni era factible que sea el medio para perjudicar ilegítimamente a terceros (referido art. 953, CCiv.). La propuesta de acuerdo preventivo tampoco podía ser una herramienta empleada de modo abusivo, vale decir, contrariando los fines que la ley tuvo al consagrarla (art. 1071, CCiv.)”<sup>17</sup>.

Rouillón, por su parte, admite que durante la vigencia la ley 24.522: “El juez concursal actual carece de la facultad-deber de analizar el mérito del acuerdo aprobado por los acreedores, que le conferían las anteriores leyes concursales argentinas”, pero no obstante, el magistrado debía llevar adelante un “...control genérico de la licitud de las prestaciones convenidas (que ellas no sean contrarias a derecho, al orden público, a la moral o las buenas costumbres...”<sup>18</sup>.

Finalmente, citamos la opinión de Dasso quien afirmaba: “El juez no puede renunciar (ni la ley le puede privar) de una potestad que es inherente a su función. No sería juez en cuanto homologara, convalidara un acuerdo que violara el orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal, ley 24.522, y modificatorias: comentada, anotada y concordada*, t. II, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 213/214.

<sup>17</sup> RUBIN, Miguel E., “La nueva reforma al régimen concursal que trajo la ley 25.589”, LL 2002-C-1368.

<sup>18</sup> ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, citado por BORETTO, Mauricio, “Las facultades legales del juez concursal respecto de la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo de quita y espera”, ED 197-210.

<sup>19</sup> DASSO, Ariel Á., “El límite mínimo en la propuesta de quita y espera”, LL del 20/12/2001, supl. Concursos y Quiebras, citado por BORETTO, Mauricio, “Las facultades legales del juez concursal...”, cit.

En síntesis, podemos concluir que durante la vigencia del régimen de la ley 24.522, la mayoría de la doctrina, si bien se entendía desterrado el control de mérito con los alcances que le reconocía la ley 19.551, reconocía a los jueces a la hora de homologar el acuerdo preventivo la facultad de realizar un control de legalidad del acuerdo, el cual debía realizar teniendo en cuenta los principios generales del derecho, en particular los consagrados por los arts. 953 y 1071, CCiv.

### 3. Jurisprudencia

En numerosas oportunidades durante la vigencia de la ley 24.522, y a pesar del sentido literal que puede extraerse de la redacción del art. 52, LC, los tribunales no han homologado un acuerdo, a pesar de haber obtenido las mayorías previstas por el art. 45, LC, por considerar que resultaba abusivo o contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Así, en el ya clásico fallo de la sala C de la Cámara Comercial en “Línea Vanguard SA s/concurso preventivo”<sup>20</sup>, ante una oferta que respetaba el límite del 40% previsto por el art. 43, LC, pero que preveía también la concesión de un plazo de gracia de cinco años y el pago de los créditos en veinte, se sostuvo que “no obstante lo que pareciera resultar del texto del actual art. 52, LC, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales, toda vez que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad —arts. 953 y 1071, CCiv.—”.

En este mismo sentido, encontramos los precedentes C. Nac. Com., sala B, “Covello, Francisca M. s/quiebra”<sup>21</sup>, C. Nac. Com., sala A, “Btesch, José D. s/quiebra s/incidente”<sup>22</sup>.

## V. EL RÉGIMEN ACTUAL. LEYES 25.563 Y 25.589<sup>23</sup>

### 1. Ley 25.563

En relación con el tema que nos ocupa, esta ley tuvo como importancia la derogación del límite del 40% establecido por el art. 43, LC, según ley 24.522.

<sup>20</sup> 4/9/2001, ED 197-207.

<sup>21</sup> 3/9/1996, LL 1997-E-244.

<sup>22</sup> 9/4/1997, ED 175-172.

<sup>23</sup> Previo a estas reformas, en 1997, el Ministerio de Justicia presentó un proyecto de reformas a la ley 24.522. Para el art. 52 había previsto el siguiente texto: “Homologación. No deducidas las impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo. 1) Si se considera una única propuesta debe homologarla, salvo que la

En estas circunstancias, y dado que esta ley no modificó al art. 52, LC, tendríamos que sostener que, ateniéndonos al sentido literal del texto legal, sería válido un acuerdo preventivo que, ofreciendo el pago del 1% del capital quirografario, hubiera obtenido las mayorías exigidas por la ley en el art. 45, LC. Entendemos que, planteado en estos términos, la revocación de ese límite hacía que la interpretación estrictamente gramatical del texto del art. 52 devenga absurda, debiendo necesariamente el juez del concurso realizar un análisis del acuerdo que exceda el estricto control del cumplimiento de las formalidades previstas y la obtención de las mayorías requeridas, debiendo entonces controlar que el acuerdo no sea abusivo, celebrado en fraude a la ley o contrario a la moral y al orden público.

## 2. La ley 25.589

La ley 25.589 reformó finalmente el texto del art. 52, LC, el cual quedó redactado de la siguiente forma:

“Art. 52.— Homologación. No deducidas impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo.

”1. Si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías de ley, debe homologarla.

”2. Si considera un acuerdo en el cual hubo categorización de acreedores quirografarios y consiguiente pluralidad de propuestas a las respectivas categorías:

---

encuentre contraria al orden público o a la moral, o en fraude a la ley. 2) Si considera más de una propuesta, en el caso del art. 48 debe homologar la más votada, salvo iguales circunstancias. Descalificada la más votada por las razones del inc. 1º debe considerar la siguiente más votada y, en su caso, proceder de igual manera hasta concluir con las propuestas. 3) Cuando una propuesta no haya contenido la conformidad de la totalidad de las clases, el juez puede homologarla e imponerla a una o más clases, siempre que: a) si no se ha conseguido la conformidad de una o más clases de acreedores quirografarios, cuando el acuerdo ha obtenido, en su conjunto, las conformidades de las dos terceras partes del capital quirografario, y b) en todos los casos, cuando el juez considere que el acuerdo es equitativo y no discrimina irrazonablemente contra la clase o categoría en la que no se logró conformidad suficiente. El juez no puede utilizar la facultad de este inciso para imponer una propuesta a acreedores con privilegio especial que no la haya aceptado. 4) Al homologar, el juez decide sobre las objeciones a la categorización presentadas de conformidad con el art. 49. Si se trata de la ubicación de uno o más acreedores dentro de determinadas categorías, decide sobre la categoría en la que corresponde incluirlos. Si se objeta la categorización en su conjunto, decide sobre su razonabilidad con atención a los principios del inc. 3º, b. 5) Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 51, párr. 3º: a) En los casos de los incs. 1º, 2º y 3º la no homologación es apelable por el presentante de la propuesta homologada. b) La homologación también es apelable por quien haya objetado la categorización en su conjunto. c) Cuando un acreedor se opuso a su inclusión en una determinada categoría, la sentencia homologatoria sólo es apelable en este aspecto, al solo efecto devolutivo, por el acreedor o, en su caso, por el presentante de la propuesta. 6) La no homologación o la revocación de la homologación sólo produce la quiebra cuando se hallen firmes. El juez decide entre tanto lo que considere apropiado respecto de la administración”.

”a) Debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías del art. 45 o, en su caso, las del art. 67;

”b) Si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos:

”i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios;

”ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario;

”iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndese como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir —después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta;

”iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes.

”3. El acuerdo no puede ser impuesto a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado.

”4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

De esta forma, el nuevo texto legal modifica la Ley de Concursos, redefiniendo el control de mérito del acuerdo, evitando los extremos de la supresión lisa y llana de las facultades homologatorias del juez del texto de 1995, y el de las amplias facultades que éste tenía antes de dicha reforma <sup>24</sup>.

En tal sentido se ha sostenido que “la ley 25.589 (...) ha procurado abonar una solución ecléctica. Ni excesivamente publicista, ni demasiado privatista. En este sentido, la ley 25.589 parece haber encontrado un punto de equilibrio no sólo de las facultades homologatorias del juez concursal, sino también de los acreedores” <sup>25</sup>.

#### *a) Supuestos previstos por la ley*

##### *a.1. No categorización. Propuesta única*

Si el juez considera una única propuesta, formulada durante el período de exclusividad, el salvataje del art. 48 o en el caso de agrupamiento, cuando ha re-

<sup>24</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El nuevo art. 52...”, cit.

<sup>25</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general y las nuevas facultades del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589”, ED 198-674.

cibido la aprobación de la doble mayoría de acreedores prevista por el art. 46, LC, el juez ha de homologarla, siempre que no fuera abusiva o fraudulenta.

### *a.2. Categorización. Oferta a distintas categorías*

Cuando se hubieren presentado propuestas a varias categorías, y éstas hubieran obtenido las mayorías del art. 45, o tratándose de grupos las del art. 67, el juez deberá homologar el acuerdo de la misma manera que cuando se tratare de la hipótesis del inc. 1º, esto es, propuesta única (art. 52, inc. 2º a) <sup>26</sup>.

En el caso que no se obtuvieran dichas mayorías en todas las categorías, si se hubieran reunido determinados recaudos exigidos por la ley, el juez también podrá homologarlo imponiendo el acuerdo a todos los acreedores quirografarios <sup>27</sup>. De esta forma, cuando no se obtiene todas las mayorías que requiere la ley, en este supuesto se le da al juez en las condiciones previstas la posibilidad de aplicar el *cramdown power* o imposición forzosa del acuerdo a los acreedores disidentes <sup>28</sup>.

### *b) El art. 52, inc. b). El cramdown power*

#### *b.1. Concepto*

El llamado *cramdown power* es definido, en general y sin considerar las particularidades que reviste en nuestra legislación concursal, como la facultad del juez de imponer el acuerdo a la totalidad de los acreedores, aun a los disidentes, aunque las mayorías no se hubieran logrado en todas las categorías <sup>29</sup>.

#### *b.2. Fundamento*

Esta institución encuentra su fundamento en la búsqueda del legislador de un mecanismo que permita al juez limitar el posible abuso de un acreedor que por su propio peso en el concurso, a partir de una negativa a aceptar un acuerdo razonable, genere la quiebra de una empresa económicamente viable.

Esto es resaltado por la doctrina: “el acreedor, muchas veces, arbitrariamente y conociendo su poder de decisión dentro de una categoría, se oponía al acuerdo (y no daba su conformidad) en búsqueda de otras formas para concordatorias de acuerdo. La nueva redacción del art. 52, LC, ha buscado frenar las

<sup>26</sup> DASSO, Ariel Á., “La contrarreforma de la Ley de Quiebras en la emergencia. Ley 25.589”, LL 2002-C-1313.

<sup>27</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>28</sup> GRAZIABLE, Darío J., “El funcionamiento de la Ley Concursal y afines luego de las reformas introducidas por la ley 25.589”, LL 2002-D-1097.

<sup>29</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

arbitrariedades de los deudores que imponían acuerdos ilegítimos o abusivos a determinados acreedores ilegítimos y, también, lograr equidistancia con el abuso de los mismos acreedores”<sup>30</sup>. “El *cramdown power* aparece como una fórmula útil puesta en la atribución judicial para superar la frustración en la obtención de la regla mayoritaria como resultado de una errónea categorización o la posición obstructionista de acreedor hostil con participación no superior al 25% del pasivo quirografario”<sup>31</sup>.

### *b.3. Fuente. Derecho estadounidense*

Nuestro art. 52, inc. b), LC, reconoce su antecedente en derecho comparado en el *Bankruptcy Code* estadounidense, cap. 11, subcap. II, secc. 1129 *Confirmation of the plan*<sup>32</sup>. Esta solución se justifica en el derecho anglosajón, ya que tradicionalmente se considera que los tribunales no pueden ser vehículo para obtener lo irrazonable. En consecuencia, el magistrado tiene la función de imponer el acuerdo a los acreedores disidentes cuando aquello que se les ofrece es igual o mejor que lo que recibirían si se liquidaran los bienes del deudor en la quiebra<sup>33</sup>.

Encontramos, no obstante, que nuestro sistema se aparta un poco de su fuente, ya que mientras que esta facultad se reconoce en el derecho norteamericano en forma abierta, nuestro art. 52, LC, establece pautas muy estrictas para su procedencia. Así encontramos que Graziabile compara ambos sistemas diciendo que “el *cramdown* del *Bankruptcy Code* puede definirse como el poder dado al juez para aprobar una propuesta aunque no se hubiesen alcanzado las mayorías legales, cuando se dieran ciertas circunstancias que hagan justa su aceptación”, mientras que “el *cramdown power* de la ley 25.589 consiste en la posibilidad del juez de imponer el acuerdo que homologue a la totalidad de los acreedores quirografarios, cuando al menos, una categoría haya obtenido la aprobación, conformidad de 3/4 del capital quirografario, no haya discriminación y que el pago equivalga a lo que le correspondería al acreedor por dividendo falimentario”<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>31</sup> DASSO, Ariel Á., “Balance provisorio de la ley 25.589. Dogma y praxis - principios y realidad”, ED 204-992.

<sup>32</sup> Secc. 1129 (b) (1) “*Notwithstanding section 510(a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan*” (el destacado es propio).

<sup>33</sup> RUBIN, Miguel E., “La nueva reforma al régimen concursal...”, cit., p. 1368.

<sup>34</sup> GRAZIABILE, Darío J., “Breve comentario a la nueva reforma concursal (La de la ley 25.589 porque la de la 25.563 ya es vieja)”, DJ 2002-2-721.

#### *b.4. Requisitos para su procedencia*

Para que el juez entonces pueda homologar un acuerdo imponiéndolo a una categoría de acreedores disidente debe contarse con la totalidad de los requisitos establecidos por el art. 52, inc. b).

En primer lugar, se exige: a) Aprobación de por lo menos una de las categorías de acreedores quirografarios. Puede decirse que ésta es la requisitoria que aparece como más sencilla de cumplir, ya que basta que exista una categoría con un acreedor único y que éste preste su conformidad para lograr el recaudo legal.

Para Junyent Bas y Molina Sandoval, “esta condición se impone como razonable, ya que resultaría ilógico que el juez homologue una propuesta que ninguna de las categorías haya aceptado. No tendría acuerdo alguno que imponer a los acreedores, ya que no hubo acuerdo con ninguna. De otro modo resultaría inconsistente, pues el art. 52, inc. 2º, b.iii), LC, que impone a los acreedores de categorías disidentes puedan elegir entre propuestas aprobadas...”. Asimismo, entienden que “ha sido apropiada la aclaración legal referida a que debe ser de acreedores quirografarios. Ello así, pues los privilegiados tiene un régimen especial dentro del mecanismo concordatario, ya que se requiere unanimidad de los acreedores con privilegio especial”<sup>35</sup>.

Como un segundo requisito, se exige: b) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario.

Esta disposición se justifica en que “si un concursado ha obtenido tal porcentaje de capital, resulta lógico intuir que ha obtenido un acuerdo, aun cuando en alguna categoría no se haya obtenido mayoría”<sup>36</sup>.

Se sostuvo que este requisito representa un verdadero “palo en la rueda” que haría casi impracticable el *cramdown power*. Se entiende que la exigencia resulta excesiva y que tal vez hubiera resultado más que suficiente prever como exigencia la conformidad de los dos tercios que se impone para el caso de la propuesta única, considerada sobre la totalidad del capital quirografario. No obstante, se resalta que esta mayoría exigida es concordante con la exigida para el art. 67, LC, en el caso de concurso de agrupamiento<sup>37</sup>.

Como tercer requisito, se exige: c) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes.

Para que se considere que no hay discriminación se debe posibilitar que los acreedores disidentes elijan una de las propuestas aprobadas. Si los interesados no realizaran una elección expresa, nunca podrán recibir un pago inferior al mejor que se acordó con la categoría o categorías que prestaron conformidad

<sup>35</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>36</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>37</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

a la propuesta. Para satisfacer este requisito resulta suficiente que la propuesta no diga que los acreedores que integran una categoría no pueden elegir otra en caso de imposición judicial del acuerdo <sup>38</sup>.

Es común la crítica a esta disposición en cuanto se refiere a la terminología empleada. El término “discriminación” utilizado es tomado directamente de su fuente estadounidense, sin tomar en consideración que en nuestro orden jurídico dicho concepto carece de la clara significación que tiene en el derecho norteamericano. En tal sentido se ha dicho que “por más que la ley intente explicar a qué se refiere con ‘no discriminar’, lo cierto es que resulta muy difícil transpolar de esta manera institutos de derecho extranjeros que no tiene antecedentes en el país y que dificultan mucho su aplicación” <sup>39</sup>. Se sostiene que “hubiera sido más apropiado que la LC señalara como recaudo condicionante (y en esto utilizamos la misma redacción de la LC) directamente que los acreedores comprendidos en las categorías disidentes puedan elegir —después de la imposición judicial del acuerdo— cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con las categorías que las aprobaron expresamente” Con la discriminación se introduce una terminología extraña a nuestro derecho <sup>40</sup>.

En relación con esta obligación de no discriminación y la consecuente facultad del acreedor al que se le impone el acuerdo en forma forzada de elegir entre las alternativas de pago aceptadas por otras categorías, encontramos que existe la posibilidad de que el acreedor que entendiera que su categoría recibe peores condiciones en el acuerdo que las restantes especule con la posibilidad de esta imposición forzada que le permitirá elegir entre las ofertas aceptadas por las restantes categorías. Es decir que evalúe, al momento de evitar, no prestar su conformidad a la propuesta que le corresponda, esperando en el caso de que se produzca la imposición forzada, obtener lo que se ofrece con la mejor propuesta presentada <sup>41</sup>.

Por último se establece como requisito: d) El pago que se haga al acreedor disidente equivalga a un dividendo no menor al que obtendría en la quiebra.

Con este requisito se busca que el juez, en forma previa a realizar una imposición forzada de un acuerdo preventivo a una categoría disidente, evalúe con los elementos que cuenta si los acreedores percibirán en función del acuerdo que se les impone un pago de su crédito en mejores condiciones que las que podrían obtener de la liquidación de los bienes del deudor en una quiebra.

Se critica este requisito por entender que, a pesar de que es claro en sus términos, obliga al juez a hacer una predicción que resulta muy difícil a esta altura del proceso. Así, sostiene Graziabile: “no se me ocurre cómo el juez, al momen-

<sup>38</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., p. 482.

<sup>39</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

<sup>40</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>41</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

to de homologar el acuerdo, quizás, como mínimo un año antes de la potencial distribución de la quiebra indirecta que pueda decretarse, podrá determinar cuál será el dividendo que le pueda corresponder al acreedor disidente en esa etapa”<sup>42</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Rivera: “El último recaudo es simple de decir y difícil de acreditar. La ley exige que *el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes*. Esto puede llevar a una dilación excepcional de los trámites, pues en muchos casos será imposible resolver este punto sin efectuar alguna pericia o por lo menos contar con opiniones de la sindicatura y el comité de acreedores. Por otra parte, el deudor concursado que pretendiera la aplicación de esta facultad excepcional del tribunal, debería acompañar junto con su pedido elementos que acreditaran este extremo”<sup>43</sup> Por su parte, Alegria dijo: “la apreciación sobre la cuál sería el dividendo que los acreedores pueden obtener en la quiebra del mismo concursado, será muy difícil de establecer en las variables condiciones de la economía argentina, máxime no habiendo estadísticas sobre los valores que se obtienen en las ventas judiciales”<sup>44</sup>.

#### *b.5. Acreedores a los que alcanza la imposición forzada*

La imposición judicial del acuerdo alcanza sólo a los acreedores que integran la categoría o categorías disidentes, aun a aquellos que hubieran dado su conformidad con la propuesta formulada en primer término, sin que puedan verse obligados por la aceptación realizada en un primer momento. Todos estos acreedores pueden entonces ejercer la elección prevista en la ley.

No obstante, la imposición no alcanza a los acreedores, independientemente de que hubieran dado o no su conformidad a las propuestas, precisamente en razón de que integran una categoría o categorías en las que se hubiesen obtenido las conformidades legales necesarias, quedando de esa forma vinculadas por éstas<sup>45</sup>.

#### *b.6. Acreedores privilegiados*

Es clara la situación de los acreedores con privilegio especial: éstos no se encuentran comprendidos por las disposiciones de la norma. Esto se justifica en que el acuerdo preventivo para acreedores con privilegio especial debe ser

<sup>42</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

<sup>43</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., p. 483.

<sup>44</sup> ALEGRIA, Héctor, “Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras (ley 25.589)”, LL 2002-D-1055.

<sup>45</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

aprobado por unanimidad; por ende, no resulta posible imponer el acuerdo cuando no se ha obtenido tal consentimiento <sup>46</sup>.

No obstante se generan dudas con relación a los acreedores con privilegio general en el caso de un acuerdo que se haya aprobado sin las mayorías suficientes. ¿Es posible imponerles el acuerdo? La ley no lo menciona expresamente. Sin embargo, después excluye de la imposición (*cramdown power*) sólo el caso de los acreedores con privilegio especial (inc. 3º, art. 52, ley 24.522).

En respuesta a este planteo encontramos que Alegria sostiene que “en nuestra ley el juez no está autorizado a imponer el acuerdo a la categoría de acreedores con privilegio general cuando no se obtuvo mayoría en ella, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos. Esta conclusión surge de que la ley sólo autoriza la imposición a categorías de acreedores quirografarios y, porque además en nuestra legislación concursal el acuerdo ordinario que requiere aprobación para evitar la quiebra, es el referido a acreedores quirografarios (arts. 45 y 46, ley 24.522), mientras que el acuerdo para acreedores privilegiados es normalmente facultativo”.

En sentido contrario se sostuvo: “Si bien los que tienen privilegio especial están expresamente excluidos de ser alcanzados por la norma, sin su expresa aceptación, nada impide que haya categorías de acreedores con privilegio general que queden comprendidas en la preceptiva analizada” <sup>47</sup>.

### *b.7. ¿Puede el juez aplicar esta facultad en el caso del art. 48, LC?*

En principio, la redacción del acuerdo parecería estar destinada a su aplicación en el supuesto de que el deudor no hubiera podido alcanzar durante el período de exclusividad las mayorías que exige la ley en una o varias de las categorías a las que se hubieran hecho propuestas diferenciadas, sin prever todas las eventualidades que se generarían de decidir el juez ejercer esta facultad ante una propuesta de salvataje.

No obstante, encontramos la opinión de Alegria en sentido favorable a esta posibilidad: “La ley no establece si en caso de *cramdown* (art. 48, ley 24.522, en su actual redacción), se puede utilizar la facultad judicial ahora contenida en el art. 52, LC, para imponer el acuerdo —en ciertas condiciones— ‘a la totalidad de los acreedores quirografarios’ aun ‘si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías’. Por nuestra parte creemos, en primer lugar, que se puede utilizar este poder, pues no existe distinción eficaz de la ley que lo excluya”. No obstante, reconoce los conflictos que semejante aplicación puede generar: “Es claro que si existe un solo acuerdo (del deudor o de

<sup>46</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., p. 483.

<sup>47</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

terceros), al homologar el juez podría hacer uso de esta facultad. Pero si existen acuerdos en competencia, el juez sólo podría homologar el acuerdo de aquel que ha traído todas las conformidades necesarias en todas las categorías propuestas (arg. art. 48, inc. 4º, 2ª parte, e incs. 6º y 7º, ley 24.522). Finalmente, si más de una propuesta se ha llevado sin la totalidad de las conformidades pero en condiciones de ejercer el poder del art. 52, inc. 2º, debería concluirse que el juez debe estudiar la primera propuesta presentada y si estima factible el uso del *cramdown power*, ejercerlo; si lo estima inadecuado, podría considerar la segunda oferta y el uso del *cramdown* en tal caso”<sup>48</sup>.

*c) Facultad del juez de no homologar el acuerdo (art. 52, inc. d)).  
Propuestas abusivas o en fraude a la ley*

Como ya se ha señalado, el texto del nuevo art. 52, LC, le ha reconocido al juez nuevamente la facultad de no homologar una propuesta, aun cuando ésta hubiera obtenido las mayorías exigidas por la ley, cuando fuera contraria a la moral y a las buenas costumbres. Puede ejercitar esta facultad de oficio.

Se señala generalmente que los alcances a reconocer a estas nuevas facultades son limitados, sin llegar a los extremos que tenían durante la vigencia de la ley 19.551. Se entiende que el juez concursal no tiene entonces a su cargo sino una parte del control formal, en el cual se considera comprendida la verificación del encuadre del acuerdo dentro de los principios directrices del derecho en general<sup>49</sup>. En cuanto a los alcances de este control, Barbieri dijo: “A pesar de que el nuevo legal no lo indica textualmente, es cierto que el agregado de este párrafo un análisis y una evaluación pormenorizada del magistrado interviniente respecto del acuerdo preventivo logrado entre el deudor y sus acreedores. Sin embargo, creo que esta facultad se encuentra limitada a los parámetros fijados por la propia norma, es decir, el ‘abuso’ de la propuesta o el supuesto ‘fraude a la ley’ de la misma (...) La dirección adoptada en la reciente modificación a la ley concursal parece muy clara y se abandona aquel mero control de legalidad asignado al juez en la redacción originaria del art. 52, ley 24.522”<sup>50</sup>.

Es una opinión frecuente en doctrina que esta normativa no otorga nuevas facultades a los jueces, sino que no hace sino explicitar facultades que siempre tuvieron y que contaban con firme recepción en la jurisprudencia. Así, Dasso sostuvo: “Esta normativa ya había sido receptada por la jurisprudencia que rescataba la facultad inalienable del juez para aplicar el contenido del orden público, la moral y las buenas costumbres al momento de homologar. De todas ma-

<sup>48</sup> ALEGRIA, Héctor, “Nueva reforma...”, cit.

<sup>49</sup> GRAZIABILE, Darío J., “El funcionamiento de la ley concursal...”, cit.

<sup>50</sup> BARBIERI, Pablo C., “Las facultades judiciales ante la homologación del acuerdo preventivo. Implicancias de la ley 25.5892”, LL 2002-D-1093.

neras prefiero la nueva pauta concretada en el abuso o el fraude a la ley que desplaza al politizado y contingente orden público”<sup>51</sup>. Por su parte, Junyent Bas y Molina Sandoval sostienen: “Va de suyo que a estos fines no hacía falta agregar ninguna norma, pues las pautas de los arts. 953 y 1071, CCiv., son directrices centrales de todo el derecho privado y ninguna convención de partes, por privada que sea, puede violar la moral, las costumbres y/o el orden público”<sup>52</sup>.

No obstante, por otra parte se rescata que el nuevo texto cumple la finalidad de zanjar las dudas que originara la redacción anterior y que llevara a autores y jueces a sostener el criterio que ahora el legislador incorpora con la expresión transcrita<sup>53</sup>.

### *c.1. El quid de la abusividad*

Planteado el estándar establecido por la norma queda pendiente la cuestión de establecer sus alcances, limitados a aquellas propuestas consideradas abusivas o en fraude a la ley. Entonces corresponde preguntarse ¿cuándo una propuesta es abusiva?

Para definir este estándar corresponde remitirse a la norma general de derecho privado que lo prevé: el art. 1071, CCiv. Se considera a partir de dicha norma que existe abuso del derecho cuando se ejercita un derecho en contra de los fines que la ley ha tenido al concederlo, o en contra de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Sin embargo, a pesar de la aparente claridad, dentro de la doctrina concursal se han alzado algunas voces sosteniendo que por la especialidad de la situación que da lugar al concurso, este estándar no da una pauta lo suficientemente clara, sobre todo cuando hay que tener en cuenta que la propuesta que se juzga abusiva a esta altura cuenta con la aprobación de una mayoría de los acreedores del concurso. Así Barbieri dijo que “...resulta muy difícil de precisar la ‘abusividad’ de una propuesta de acuerdo —o, mejor dicho, de un acuerdo preventivo— cuando el mismo ha sido aceptado por la mayoría de los acreedores exigida por la legislación vigente. Quizás tienda la norma a intentar proteger a la minoría disidente o que no prestó conformidad a la propuesta de acuerdo oportunamente ofrecida por el deudor, ampliando esta tutela a aquellos acreedores que ingresen tardíamente al pasivo concursal”<sup>54</sup>.

Truffat, por su parte, critica la elección de este estándar por el legislador por entender que implican poner una carga muy pesada sobre los hombros del juez, sosteniendo que debió otorgar alguna pauta más objetiva, en una materia

<sup>51</sup> DASSO, Ariel Á., “La contrarreforma...”, cit.

<sup>52</sup> JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general...”, cit.

<sup>53</sup> PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación...”, cit.

<sup>54</sup> BARBIERI, Pablo C., “Las facultades judiciales...”, cit.

tan sensible como el derecho de quiebras, dado que entiende resulta difícil establecer en esta materia cuando un acuerdo resulta abusivo <sup>55</sup>.

### *c.2. El fraude a la ley*

El fraude a la ley no cuenta en nuestro derecho con una definición legal. No obstante, es compartido en doctrina el criterio según el cual se sostiene que es en fraude a la ley el acto jurídico aparentemente lícito por celebrarse al amparo de una norma de cobertura, pero que persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa <sup>56</sup>.

El estándar del fraude a la ley recibe críticas similares a las planteadas en relación con el del abuso del derecho, en cuanto se entiende que no da pautas claras para su aplicación <sup>57</sup>.

### *c.3. ¿Puede el juez del concurso modificar la oferta del deudor?*

Analizados los presupuestos que dan lugar a que el juez no homologue un acuerdo alcanzado en el marco del concurso, surge la inquietud de si resultaría posible que, para salvar la empresa viable económicamente, el juez resuelva adaptar la propuesta en protección del mejor interés de la categoría de acreedores disidentes.

Es claro que dicha facultad no surge del art. 52, LC, al menos en cuanto se refiere a su tenor literal. No obstante, algunos autores han llegado a hacer una interpretación en tal sentido.

Así encontramos a Grispo, quien sostiene que “enfrentado a la estipulación abusiva, excepcionalmente, el magistrado está facultado para adecuar la misma, salvando la validez del acto jurídico concordatario. La posibilidad de adecuar (y/o modificar) la propuesta de acuerdo es cierta y concreta (...) i) La regla contenida en el art. 52, inc. 1º, del ordenamiento concursal no es absoluta, en punto a que, en primer lugar, cuando el magistrado considera una propuesta única, debe —en principio— homologarla si el deudor acompañó las conformidades de ley en tiempo y forma. No obstante, ‘en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley’ (...) El art. 1071, CCiv., no enumera taxativamente cuáles son los efectos del abuso. Por el contrario deja abierta la solución al caso particular, siendo el ‘menú’ (abierto) que ofrece la casuística. Si una regla puede darse es que, respetando el principio de conservación del acto, el juez debe preocuparse por eliminar el abuso. Consecuente-

<sup>55</sup> TRUFFAT, E. Daniel, “Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (art. 52, inc. 4º, LCQ)”, ED 198-760.

<sup>56</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones...*, cit., ps. 480/481.

<sup>57</sup> BARBIERI, Pablo C., “Las facultades judiciales...”, cit.

mente, frente a un acto jurídico que contiene alguna cláusula abusiva, el juez está facultado por el ordenamiento para conservar el acto, declarar la nulidad parcial y eliminar la cláusula (art. 1039, CCiv.). Sin embargo a veces, esta eliminación no es el remedio completo, siendo necesaria la sustitución de esa cláusula por otra, por lo que muchas veces el sistema normativo le permite integrar el contrato, si así fuera posible (...) el legislador usó una fórmula abierta para combatir el abuso del deudor en la propuesta de concordato, aunque haya sido votada por una mayoría (...) En consecuencia, frente a la posibilidad de decretar la quiebra, pensamos que el magistrado cuenta —si bien excepcionalmente y con fundamento en todo lo que venimos diciendo— con la posibilidad de: *readecuar la propuesta abusiva o en fraude a la ley o bien disponer un plazo adicional para que el deudor concursado reformule su propuesta*”<sup>58</sup>. Cita en favor de su postura, voto la Dra. Kemelmajer de Carlucci en “Argenfruit SA en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos SACIA s/concurso s/incidente de casación”<sup>59</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

En síntesis, de la exposición realizada extraemos las siguientes conclusiones:

— La cuestión relativa a las facultades homologatorias del juez se presenta siempre en el marco de la puja entre quienes entienden que corresponde aplicar un criterio publicista o privatista en la legislación concursal. En general, quienes hacen primar las cuestiones de orden público involucradas en el marco de un concurso de una quiebra tienden a otorgar al juez mayores facultades al momento de homologar un acuerdo. Es común durante épocas de crisis (como la vivida en la Argentina en 2001/2002, durante la cual tuvo lugar la última reforma al art. 52, LC) que se tienda a reconocer mayores facultades a los jueces, con el fin de intervenir limitando los poderes de los acreedores y evitar que a través de sus manejos prevalezcan intereses individuales por sobre el interés social en la conservación de la empresa. Por el contrario, quienes impulsan criterios privatistas (tal el espíritu en general de la ley 24.522) tienden a reducir el rol de los jueces, dando mayor poder a la voluntad de los acreedores.

— La ley 19.551 estableció un régimen amplísimo de facultades al momento de la homologación del acuerdo preventivo. En los hechos, estas facultades no fueron ejercidas por los jueces en forma descontrolada, sino que por el contrario se destaca la prudencia de los magistrados. Por este motivo, la revocación lisa y llana de estas atribuciones por la ley 24.522 recibió la crítica de la doctrina.

— No obstante, durante la vigencia del art. 52, LC, de la ley 24.522, la doctrina en forma mayoritaria y la jurisprudencia entendieron que los jueces no

<sup>58</sup> GRISPO, Jorge D., “Facultades homologatorias del juez concursal. ¿Puede el juez modificar la propuesta concordataria del deudor”, ED 204-663.

<sup>59</sup> Sup. Corte Just. Mendoza, 26/6/2003.

se encontraban vinculados por el acuerdo alcanzado con la mayoría de los acreedores, sino que tenían la facultad y el deber de no homologar acuerdos que resultaran contrarios a la moral, a las buenas costumbres y al orden público (art. 953, CCiv.) o que fueran abusivos (art. 1071, CCiv.).

— Algún sector de la doctrina concursal critica la selección de los estándares del abuso del derecho y de fraude a la ley, ya que si bien tienen un claro significado en la órbita del derecho privado, por la especial situación en la cual se dan los concursos preventivos, se requieren criterios más objetivos para su valoración.

— La última reforma recogió las pautas señaladas por la jurisprudencia. El nuevo texto legal redefine el control de mérito del acuerdo, prevé la realización por parte del juez de un control de legalidad, en el cual se encuentra expresamente comprendida la verificación de la adecuación del acuerdo a las pautas marcadas por la moral y las buenas costumbres, vedando la celebración de acuerdos abusivos o en fraude a la ley. Así, el texto del nuevo art. 52, LC, ha reconocido al juez nuevamente la facultad de no homologar una propuesta, aun cuando ésta hubiera obtenido las mayorías exigidas por la ley, cuando fuera contraria a la moral y a las buenas costumbres. Esta facultad puede ser ejercida de oficio.

— Asimismo, como contrapartida, se incluye en el art. 52, inc. b), el llamado *cramdown power*, definido como la facultad del juez de imponer el acuerdo a la totalidad de los acreedores, aun a los disidentes, aunque las mayorías no se hubieran logrado en todas las categorías. Esta institución se justifica por la necesidad de limitar los posibles abusos de los acreedores disidentes, a partir de una negativa injustificada a aceptar un acuerdo razonable, que pueda generar la quiebra de una empresa económicamente viable y de un valor socialmente significativo.

— Se critican en general las rígidas exigencias de la ley para la procedencia de la imposición judicial del acuerdo preventivo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRIA, Héctor, “Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras (ley 25.589)”, LL 2002-D-1055.
- BARBIERI, Pablo C., “Las facultades judiciales ante la homologación del acuerdo preventivo. Implicancias de la ley 25.5892”, LL 2002-D-1093.
- BORETTO, Mauricio, “Las facultades legales del juez concursal respecto de la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo de quita y espera”, ED 197-210.
- DASSO, Ariel Á., “Balance provisorio de la ley 25.589. Dogma y praxis - principios y realidad”, ED 204-992.
- “La contrarreforma de la Ley de Quiebras en la emergencia. Ley 25.589”, LL 2002-C-1313.
- FASSI, Santiago C. - GEBHART, Marcelo, *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable*, 7ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Astrea, 2000.

- GRAZIABILE, Darío J., “Breve comentario a la nueva reforma concursal (La de la ley 25.589 porque la de la 25.563 ya es vieja)”, DJ 2002-2-721.
- “El funcionamiento de la ley concursal y afines luego de las reformas introducidas por la ley 25.589”, LL 2002-D-1097.
  - “El nuevo art. 52, Ley de Concursos y Quiebras. Reformado por la ley 25.589”, DJ 2002-2-292.
- GRISPO, Jorge D., “Facultades homologatorias del juez concursal ¿Puede el juez modificar la propuesta concordataria del deudor”, ED 204-663.
- “Homologación del concordato y facultades del magistrado”, ED 197-761.
- HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal, ley 24.522, y modificatorias: comentada, anotada y concordada*, t. II, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general y las nuevas facultades del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589”, ED 198-674.
- MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho concursal*, t. II, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1988.
- PRONO, Ricardo S. - PRONO, Mariano R., “La novísima legislación de concursos y quiebras y algunas consideraciones sobre la ley 25.589”, LL 2002-D-1079.
- RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. I, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- RUBIN, Miguel E., “La nueva reforma al régimen concursal que trajo la ley 25.589”, LL 2002-C-1368.
- TRUFFAT, E. Daniel, “Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (art. 52, inc. 4º, LCQ)”, ED 198-760.

# ENSAYOS



# DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA REFORMA DE 1994. PROBLEMAS DEL MENSAJE Y SUS RECEPTORES EN EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

MAURO BENENTE \*

## INTRODUCCIÓN

En 1994 la Constitución redactada en 1853 sufrió una profunda reforma. Se agregó un nuevo capítulo de derechos y garantías, se constitucionalizaron instituciones como la del defensor del pueblo, el Consejo de la Magistratura, se le dio un nuevo *status* jurídico a la Ciudad de Buenos Aires, se acortaron los mandatos y se modificó el sistema de elección de los senadores y del Poder Ejecutivo, etc., todas reformas que pueden percibirse desconociendo el texto constitucional. La práctica institucional tiene al Consejo de la Magistratura en funciones, al defensor del pueblo recibiendo denuncias, los ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires eligiendo a su jefe de gobierno, y así. Ahora bien, hacia 1990 el hiperpresidencialismo se potenció con una práctica antes excepcional pero a partir de entonces cotidiana: el presidente de la Nación comenzó a legislar a través del dictado de decretos de necesidad y urgencia.

La reforma de 1994 se ha hecho cargo de la proliferación de estos decretos, a través de su regulación en el art. 99, inc. 3°. Empero, y a diferencia de otros institutos modificados o incorporados en 1994, la regulación constitucional no se refleja en la vida institucional: el dictado de decretos de necesidad y urgencia que la Reforma diseñó como excepcional sigue siendo una práctica cotidiana. No existen indicios que nos permitan afirmar que lo plasmado en el papel se mudó a la realidad.

Si traducimos el producto de la reforma constitucional (un texto modificado) en términos de una situación comunicacional, fácil es advertir que el *emi-*

\* Agradezco los comentarios de Roberto Campos, Flavia Lamarre y, muy especialmente, de Cecilia Hopp y Claudio Cavallo. Además, cualquier crítica siempre es bienvenida: [maurobenente@yahoo.com](mailto:maurobenente@yahoo.com).

*sor* es la Convención Constituyente; el *mensaje* es aquello que quiere comunicarse y el *medio* por el cual éste se transmite es obviamente el papel <sup>1</sup>; pero ¿qué hay de los *receptores*? ¿Hacia quiénes se dirige una reforma constitucional? ¿Hacia los poderes? ¿Hacia uno de ellos? ¿Hacia toda la sociedad? ¿Qué hay del mensaje? ¿Puede ser independiente del sujeto receptor? ¿Tienen los caracteres de su receptor relevancia al momento de su aplicación?

Tras determinar que los receptores de las normas constitucionales son los jueces, el trabajo quedará separado en dos partes. En la primera sostendré que, en principio, el control judicial de constitucionalidad es una actividad contramayoritaria. Para hacerlo, tomaré el caso del aborto como un ejemplo dramático en el cual los tribunales han despreciado decisiones mayoritarias e, indagaré sobre los orígenes históricos y teóricos del control de constitucionalidad, efectuando también, una referencia de la situación actual. En la segunda parte diré que, como caso excepcional, el control judicial de los decretos de necesidad y urgencia es una actividad que robustece el sistema democrático, pero que dado el mensaje constitucional del art. 99, inc. 3º, CN, nada puede esperarse del mencionado contralor. Por último, esbozaré unas palabras finales, que anticipo, nada tienen de conclusión.

Antes de comenzar con el desarrollo del artículo, quisiera realizar una importante aclaración, que espero, sea retenida por el lector o la lectora. Mi labor está atravesada, de modo más potente en algunos pasajes y más débil en otros, por la tradición filosófica analítica. Debo decir que no me siento atraído por ésta (aunque tampoco repelido) pero, su utilización obedece a motivos estratégicos. Según entiendo, la mayoría de los autores que escribe sobre el tema de mi ensayo son (muchos tal vez sin saberlo) analíticos, por lo que mi intención será proponer que, aun trabajando con esta tradición filosófica, las cosas podrían haberse realizado un poquito mejor.

<sup>1</sup> Que el medio sea un papel nos introduce en la pregunta, que excede este trabajo, pero que no hay que dejar de hacerse, de qué pasa si estos papeles se incendian. Una respuesta afín al materialismo histórico puede encontrarse en LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Siglo XX, Buenos Aires, 1964.

## PRIMERA PARTE

**Receptores**

*“Podemos considerar, si así nos place,  
que la labor del juez es como la del traductor,  
la interpretación de mensajes  
y símbolos que vienen del exterior.  
Sin embargo, no impondremos esta labor  
a hombres que no se hayan impregnado  
con el espíritu del lenguaje que tienen que traducir,  
o no se hayan llenado de amor por él”.*  
(Benjamín Nathan Cardozo)

## I. EN BUSCA DE LOS RECEPTORES

**1. Un ejemplo didáctico**

A Juan, un niño de ocho años, le encanta jugar con su pelota en el parque de su casa y más ahora que practica puntería contra una silla. Se coloca a unos cinco metros del mencionado mueble que ubica en medio de dos grandes hibiscos, apunta al blanco que dibujó en su respaldo y pateo. La madre, cansada de juntar las flores producto de la mala puntería del pequeño Juan, le exigió que practicase puntería lejos de las plantas, ya que de lo contrario avisaría a su padre. Para evitar potenciales inconvenientes la madre escribió la advertencia en un papel.

En términos comunicativos la madre es la emisora, el medio es el papel y en el mensaje se advierte una exigencia (siguiendo a Kelsen podríamos hablar de un deber jurídico) so pena avisarle a su padre (sanción, si se quiere); pensaremos luego en el sujeto receptor que aquí parecería ser Juan <sup>2</sup>.

Al día siguiente Juan volvió a practicar puntería ubicando la silla en el mismo lugar y colocándose éste a unos cinco metros de aquélla. Cuando su madre regresó del trabajo, observó una gran cantidad de flores por el piso. Inmediatamente llamó a Juan y a Luis, su padre. La madre explicó a éste los hechos y le entregó el papel donde constaba el texto escrito con la exigencia ya mencionada (el mensaje). Luis y su hijo sonrieron y no pasó a mayores. Aquí el receptor del mensaje parece ser Luis.

La madre, descontenta con la situación, requirió a Juan que practicase puntería lejos de las plantas de lo contrario avisaría a su padre para que éste lo castigase. Padre e hijo asintieron.

<sup>2</sup> Pido disculpas por el resabio machista que tiene el ejemplo por poner a la figura masculina como la decisoria. Perfectamente el ejemplo podría invertir los roles.

Al día siguiente Juan volvió a practicar exactamente en el mismo lugar. Cuando su madre volvió de hacer compras, la práctica concluyó de modo poco feliz y ambos esperaron a Luis callados y cruzados de brazos.

Tras escuchar lo sucedido y luego de analizar la situación, Luis condenó a Juan a recibir 1/4 menos de las cuatro bochas de helado que tras la cena Juan solía comer. La madre, disconforme con lo sucedido, en especial por pensar que Luis estaba siendo compinche de Juan, redacta, en presencia y de conformidad con ambos, una nueva normativa que estipula que si Juan practica puntería cerca de las plantas no comerá helado por un mes.

Al día siguiente Juan volvió a jugar en las mismas condiciones y la madre sabía que no se salvaría. Cuando el Luis regresó, la madre le informó acerca de la situación y le entregó el nuevo mensaje. Aquí el receptor parece ser nuevamente Luis.

Luis analiza nuevamente la situación y decide salir al parque para constatar la ubicación de la tan famosa silla y concluye que en realidad ella no estaba cerca de los hibiscos, por lo que no debía suspenderle al niño la ingesta del helado, sino que había que reponerle el cuarto de bocha anteriormente retirada, ya que tal sanción había sido injustificada: Juan nunca había jugado cerca de las plantas. Cansada por la situación, la madre redacta un nuevo texto que prescribe que si Juan vuelve practicar puntería en cualquier lugar del parque no podrá comer helado por un año. Juan y Luis, riendo, consienten. La madre parecía conforme.

Al día siguiente, cuando la madre regresa del trabajo se encuentra con un pasacalle que dice: “Aquí torneo de puntería” y una flecha que indicaba la puerta de su casa. A toda velocidad abre la puerta, entra, tropieza con un mueble, pero no importa, tiene que llegar al parque. Una vez allí contempla la situación: una silla, entre dos hibiscos que ya no son y una fila de siete niños esperando por patear. Tras haber sido echadas todas las criaturas, quedan la madre, Juan y Luis; la primera le entrega el mensaje a este último en espera de la sentencia. No quedan dudas de que es Luis el receptor del mensaje. El padre, tras un momento de meditación, concluye que el pequeño Juan no debe sufrir el castigo, ya que lo prohibido era practicar y lo que se había desarrollado era un torneo, no una mera práctica.

En el ejemplo queda clara la necesidad de atender a ciertas cuestiones que hacen al receptor y al mensaje en función de éste, para que el contenido del mensaje sea eficaz, entendiendo por eficaz que éste sea aplicado del modo que más se asemeje a la voluntad de quien lo emitió.

— En cuanto al receptor, en este caso Luis, es importante tener en cuenta qué tipo de padre es, en este caso muy compinche con su hijo. Un padre más estricto, tal vez no ante el primer mensaje, pero sí ante el segundo, hubiese aplicado algún castigo (tal cual la madre hubiese querido).

— En cuanto a la redacción del mensaje vemos que no es lo mismo cualquier tipo de padre en el lugar del receptor. Las soluciones hubieran sido diferentes ante un Luis estricto con su hijo, pero también hubieran sido distintas si el mensaje hubiese sido lo suficientemente detallado, de modo tal que la expresión de voluntad allí plasmada hubiere sido insusceptible de manipulación.

Como queda demostrado, es menester tener en cuenta las características del receptor a la hora de elaborar el mensaje, si es que se quiere que llegue a tener cierta eficacia. En este ejemplo cotidiano una redacción pensada en función de la relación entre Luis (el receptor) y su hijo es muy probable que se hubiese aplicado en algunas de las tantas oportunidades en las cuales fracasó.

## 2. Las leyes y sus destinatarios

¿A quién se dirige el art. 79, CPen., cuando prescribe que “se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”? Si bien a primera vista podríamos afirmar que está dirigido a la sociedad en su conjunto, si pensamos en el ejemplo anterior sabremos que no está dirigido a Juan sino a Luis. El artículo citado está dirigido a los jueces, éstos son los receptores del mensaje que en el caso del art. 79, CPen., emana del legislador, que debe ser lo más claro posible (algo que cuando del lenguaje se trata es casi un imposible) a fin de que su aplicación refleje su voluntad y sólo su voluntad.

Alf Ross, iusfilósofo de origen escandinavo que presenta su teoría como una síntesis entre el realismo psicológico y el realismo conductista<sup>3</sup>, separa las normas jurídicas en normas de conducta, que prescriben una cierta línea de acción, y normas de competencia que crean atribuciones a los diferentes órganos de gobierno. Tras esta distinción afirma que “Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. A la inversa, si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento. La directiva al particular está implícita en el hecho de que éste conoce qué reacciones puede esperar, en condiciones dadas, de parte de los tribunales... Las normas del derecho penal están redactadas de esta manera. Ellas no dicen que a los ciudadanos les está prohibido cometer homicidio; simplemente indican al juez cuál ha de ser su sentencia en un caso de esa índole”<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, la doctrina penal suele distinguir entre ley penal y norma penal. En los tipos activos, la ley penal es el texto escrito, mientras que

<sup>3</sup> Véase ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

<sup>4</sup> ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 59.

la norma penal es el mandato prohibitivo que se deduce de la ley, v.gr., de la ley penal “el que matare a otro” se deduce la norma penal “no matarás”<sup>5</sup>.

Si bien la postura de Ross se enmarca dentro de su realismo ecléctico, según el cual el derecho vigente es lo que los jueces dicen que es o lo que probablemente dirán sobre la base de sus ideas (que son producto de un contexto social determinado), queda claro que volviendo al ejemplo anteriormente propuesto, la directiva, el mensaje, tenía como receptor a Luis y en tal caso el pequeño Juan podría inferir qué decisión éste tomaría.

Hasta aquí hemos visto que hay un órgano (el legislativo o el constituyente) que emite un mensaje a otro (el judicial) a fin de que sea aplicado. Pero bien podría suceder que todo quedase dentro de un mismo órgano, es decir que el legislativo dicte el mensaje y que sea él quien lo aplique. Ahora, ¿qué consecuencias traería esto? (además de destruir nuestra relación comunicacional).

### 3. La necesaria separación entre quien emite y quien aplica

Volvamos por un instante al ejemplo doméstico ya mencionado. Pensemos que la madre en lugar de recurrir al padre en busca de algún castigo, hubiese estipulado (con el objetivo de atemorizar al niño) que en caso de que éste volviese a jugar le rompería las piernas con un hacha.

Supongamos que el niño juega nuevamente. Es obvio que la madre no le romperá las piernas. Le quitará su pelota, le suspenderá el helado, le prohibirá ver la televisión, en otras palabras le cambiará la sanción, violará el principio de legalidad.

Pensemos ahora que un órgano se atribuye la emisión y aplicación o no de las normas y estaremos pensando en un absolutismo. “El gobernante absoluto, dueño de la vida y hacienda de sus súbditos, a quienes manda y juzga simultáneamente, no genera derecho, al menos en el sentido actual del término... Las normas como mandato<sup>6</sup> no son la expresión de su voluntad, sino su voluntad misma. Es decir, no es una norma lo que nos obliga, en cuanto tal, sino la propia voluntad del soberano, que con la misma autoridad con que manda puede liberar de la obligación o indultar su incumplimiento, o, por el contrario, considerar que el incumplimiento no es el adecuado y sancionar a pesar del mismo”<sup>7</sup>.

La solución encontrada para no quedar sujetos a la voluntad directa de un soberano ha sido separar las funciones de emisión y de aplicación de las normas, ya

<sup>5</sup> Véase ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, § 22 y 23.

<sup>6</sup> Definir, como hace Austin, a la norma como mandato es representarla como un deseo de acción o abstención dirigido a una persona, susceptible de sufrir un daño en caso de incumplimiento.

<sup>7</sup> RUSSO, Eduardo Á., *Teoría general del derecho, en la modernidad y en la posmodernidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 310.

que la norma se objetiva, no hay un sometimiento a una voluntad sino a una expresión de voluntad. En palabras de Russo: “La separación entre ambos poderes constituye, a nuestro juicio, una característica definitoria de derecho en el sentido contemporáneo del término... La aparición del poder delegado y autónomo con facultades de aplicar y, por ende, de interpretar mandatos del poder originario, objetiviza la norma y permite introducir la noción de *legalidad*”<sup>8</sup>.

#### 4. Recapitulando

Una vez que ha quedado más que claro que las leyes tenidas como mensajes tienen como receptor al Poder Judicial y que la separación de poderes que hace posible la situación comunicacional es por el momento la única solución al absolutismo, es el momento de analizar las características los receptores.

¿Se le puede dar cualquier mensaje los jueces? ¿Pueden los jueces anular el mensaje? Si pueden, ¿siempre o sólo excepcionalmente? Antes de responder a estas preguntas es menester la caracterización de dichos personajes.

En los próximos parágrafos realizaré un extenso análisis de la función judicial, en especial del control de constitucionalidad, enmarcado dentro de un sistema democrático.

## II. ¿QUIÉN Y CÓMO SE DECIDE?

### 1. Introducción

Creo que todos o la mayoría de nosotros tiene algo que decir respecto del aborto. Unos estarán a favor, otros de acuerdo sólo en algunos casos excepcionales, otros en contra en absolutamente todas las circunstancias; pero es muy probable que todos queramos señalar algo al respecto.

De acuerdo con la teoría deliberativa de la democracia, las decisiones políticas deben estar precedidas por un robusto debate. Con el objetivo de encontrar una decisión imparcial<sup>9</sup>, se propone que todos los posibles afectados por la decisión puedan opinar y discutir sobre el tema en cuestión<sup>10</sup>. Si todos y cada

<sup>8</sup> RUSSO, Eduardo Á., *Teoría general del derecho...*, cit., p. 311.

<sup>9</sup> Una decisión es imparcial cuando se adopta no para beneficiar a un conjunto determinado de personas, sino porque se entiende que su contenido es el más justo, teniendo en cuenta todos los intereses involucrados. Conf. GARGARELLA, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001, ps. 324/326. En un escrito posterior, el mismo autor define las decisiones imparciales como aquellas que balancean adecuadamente los intereses de todos. Conf. “Constitución y democracia”, en AA.VV., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.

<sup>10</sup> Sobre el funcionamiento de la democracia deliberativa, ver NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Paidós, Buenos Aires, 1984, cap. 8, y *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, en especial cap. 5.

uno de nosotros ha manifestado su postura sobre un determinado tema, en este caso el aborto, y se ha tomado una decisión luego de un provechoso debate, lo cierto es que la anulación judicial de tal decisión tendría graves problemas democráticos. No obstante, hay autores que sostienen que la legitimidad democrática de la revisión judicial de las leyes debe ser medida no en términos de cómo la democracia debería funcionar, sino en cómo funciona realmente <sup>11</sup>.

Pensemos, pues, que un proyecto de legislación sobre el aborto es enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, y que el partido A (partido que lidera el presidente de la Nación) más algunos pequeños partidos provinciales logra la mayoría requerida en ambas cámaras, el proyecto referido es promulgado y se convierte en ley.

Entiendo que el modelo deliberativo de la democracia es lo que más puede asimilarse a un autogobierno. En el segundo caso deciden nuestros representantes, o si se quiere, los que elegimos como representantes deciden por nosotros. Es real que no lo hacen como los representantes del derecho privado, ya que no hay un contrato de mandato; tampoco lo hacen como sujetos representativos de otros, en el sentido de guardar semejanzas con sus representados; pero sí lo hacen en el sentido de representantes responsables; responsables ante el electorado que en las elecciones decide su reelección o su abandono del cargo. Al decir de Sartori “La teoría electoral de la representación es, en efecto, la teoría de la representación responsable: su problema no es el de satisfacer el requisito de la semejanza, sino de asegurar la obligación de responder” <sup>12</sup>.

Si bien en Sartori la idea de representación responsable es central dado que para él la democracia sólo funciona a través de la representación, la posibilidad de que los ciudadanos no reelijan a quienes habían sido anteriormente electos, no es un dato menor. La tesis según la cual el representante rinde cuentas a los electores y éstos deciden sobre su reelección se conoce como voto retrospectivo <sup>13</sup>.

Supongamos que en lo legislado respecto del aborto no se haya producido un gran debate, pues bien, quienes estén disconformes con quienes no abrieron

<sup>11</sup> Así Courtis afirma que “la pregunta por la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, tomando en consideración una o dos variables normativas, como el lugar de los tribunales en una ‘teoría pura’ de la democracia o el origen no electivo de los jueces. La pregunta por la legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político, y el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces”. COURTIS, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en BERGALLI, Roberto - MARTYNIUK, Claudio, *Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires, 2003, p. 321. En igual sentido, ABRAMOVICH, Víctor, *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación de la esfera política*, [http://www.buenosaires.gov.ar/areas/jef\\_gabinete/derechos\\_humanos/archivos\\_eventos/acceso\\_justicia\\_esfera\\_politica.pdf](http://www.buenosaires.gov.ar/areas/jef_gabinete/derechos_humanos/archivos_eventos/acceso_justicia_esfera_politica.pdf).

<sup>12</sup> SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza, Buenos Aires, 1992, cap. 11, p. 233.

<sup>13</sup> Conf. LUJAMBIO, Alonso, “Los problemas de la democracia según Gargarella”, *Revista Isonomía*, Méjico, abril 1995.

el debate, o con la decisión que algunos hayan tomado, o con la posición que otros hayan esgrimido sabrán qué hacer en las próximas elecciones, podrán hacer algo. Hay quienes podrán recordar más detalladamente lo sucedido y otros se acordarán menos, algunos votarán recordando “aquella postura respecto del aborto” y elegirán otras personas para que los representen o, por el contrario, reafirmarán su confianza debido a tal postura, pero podrán hacer algo. Más lejano que en el modelo de la democracia deliberativa, es verdad, pero el autogobierno está aun presente.

Pensemos ahora que la decisión está tomada, ya sea luego de un largo debate en el que todos hayan participado y se haya llegado a una decisión imparcial, o a través de un casi mecánico procedimiento legislativo.

## 2. “Roe v. Wade”

Hacia la década de 1970 regía en Texas una ley prohibía el aborto excepto para salvar la vida de la madre. Compartida o no, la ley había sido adoptada por legisladores de dicho Estado, electos por la población y responsables ante su electorado. Los disconformes con tal legislación podían concientizar, realizar manifestaciones y poner en funcionamiento otros mecanismos informales, pero además el sistema normativo le permitía soluciones: podían votar a otros representantes, podían apoyar a otros, podrían organizarse y, con el tiempo, presentarse a elecciones. El sistema democrático, tal como estaba institucionalizado, permitía a los disconformes hacer algo.

En 1973, en el caso “Roe v. Wade”<sup>14</sup>, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la norma mencionada. El *justice* Harry Blackmun escribió la sentencia de la mayoría de la Corte<sup>15</sup> y sostuvo que el aborto se relacionaba con el derecho a la privacidad y que este derecho amparaba la decisión de la mujer respecto de la continuación o no de su embarazo.

Si pensamos en nuestro art. 19, 1ª parte<sup>16</sup>, que es el que parece consagrar el derecho a la autonomía personal<sup>17</sup>, se observa que la no-punición del aborto no es claramente incompatible (ni tampoco claramente compatible) con dicho artículo. Lo único que queda claro es que la cuestión no es para nada clara. La pluma de Blackmun en “Roe v. Wade” tampoco nos da muchas certezas: “La

<sup>14</sup> 410 US 113, 935 (1973).

<sup>15</sup> Votaron de modo concurrente Potter Stewart y William Douglas. Votaron de modo disidente y de forma separada Bryon White y William Rehnquist.

<sup>16</sup> “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservados a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

<sup>17</sup> Si bien entiendo que es erróneo asimilar el derecho a la privacidad con el derecho a la autonomía personal, para simplificar la cuestión y dado que la Corte de los EE.UU. parece tomarlos indistintamente, me permitiré hacerlo.

Constitución no menciona explícitamente ningún derecho de privacidad ... Pero la Corte ha reconocido que un derecho de privacidad personal, o una garantía de ciertas áreas o zonas de privacidad existan bajo la Constitución. En varios contextos, la Corte o ministros individualmente han encontrado afirmativamente por lo menos las raíces de ese derecho en la 1ª enmienda, en la 4ª y 5ª enmienda; en las penumbras de la declaración de derechos, ‘Griswold v. Connecticut’; en la 9ª enmienda; o en concepto de libertad garantizado en la secc. I de la 14ª enmienda. Esas decisiones hacen claro que sólo los derechos personales que pueden ser llamados ‘fundamentales’ o ‘implícitos en el concepto de libertad ordenada’ están incluidos en esta garantía de la privacidad personal. Ellas también sostienen claramente que el derecho tiene alguna extensión a actividades relativas al matrimonio, procreación, anticoncepción, relaciones familiares y la crianza y educación de los niños”<sup>18</sup>.

Veamos, el derecho a la privacidad no está previsto de manera expresa, está implícito, puede encontrarse en numerosos lugares de la Constitución de los Estados Unidos: en la 1ª enmienda<sup>19</sup>, en la 4ª<sup>20</sup>, en la 5ª<sup>21</sup>, en la 9ª<sup>22</sup> y en la secc. I de la 14ª<sup>23</sup> (*due process of law*). Es decir, para tomar un ejemplo, prohibir al Congreso adoptar una religión oficial o prohibir practicar libremente alguna, o coartar la libertad de palabra e imprenta o el derecho de reunión (1ª enmienda), lleva implícito el derecho a la privacidad. Todo esto parece demasiado forzado.

<sup>18</sup> Voto del juez Blackmun en SOLA, Juan V., *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 598.

<sup>19</sup> “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

<sup>20</sup> “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

<sup>21</sup> “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

<sup>22</sup> “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”.

<sup>23</sup> “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

Que una sola persona decida una cuestión tan compleja como la del aborto so pretexto de que una ley contradice un derecho que no está escrito, pero que a través de un ejercicio mental (que quien escribe desconoce) se lo encuentre y se señale que en realidad estaba implícito; que se resuelva sobre la base de un derecho del que desconocemos su extensión, ya que abarcaría tanto “actividades relativas al matrimonio” como la “educación de los niños”, creo que pone en jaque al sistema democrático.

Si bien la decisión ya resulta peligrosa desde el punto de vista democrático, el dispositivo no termina allí. No sólo se declara inconstitucional la Ley de Texas, sino que también se expone cuál sería la única regulación compatible con el tan versátil *due process of law*: 1) durante la etapa anterior al primer trimestre la decisión de abortar es exclusiva de la madre y del médico; 2) desde el tercer mes y hasta el séptimo, el Estado puede regular los procedimientos abortivos de modo razonable; 3) a partir del séptimo mes, que es el momento en el cual el feto puede vivir fuera del vientre materno, el Estado puede regular y aun prohibir el aborto, excepto cuando éste sea menester para salvar la vida de la madre. Aquí ya no sólo se hace un ejercicio mental para encontrar un derecho, sino que a partir de una cláusula que en algún momento fue utilizada para declarar inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que limitaba a diez horas diarias y sesenta semanales el trabajo de los panaderos <sup>24</sup> se establece cómo debería ser la resolución de la problemática del aborto. La Corte no sólo dispuso qué es lo que no se podía realizarse, sino que estipuló lo que se debía hacer. Todo esto se parece muy poco al autogobierno y también elimina las posibilidades de que los disconformes puedan, en algún momento, llevar a la práctica sus posturas.

Vale aclarar que la Corte de los Estados Unidos volvió a inmiscuirse en la temática del aborto en varias oportunidades. Por ejemplo, en “Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth” <sup>25</sup> se sostuvo que el consentimiento del marido o del padre de una menor de 18 años era inconstitucional por darles poder de veto. Luego en “Ohio v. Akron Center for Reproductive Health et al” <sup>26</sup> se aceptó la constitucionalidad de una ley que imponía la notificación del aborto a al menos uno de los padres y en “Jane Hodgson v. Minnesota et al” <sup>27</sup> se admitió la constitucionalidad de una ley imponía que la notificación debía hacerse a ambos.

<sup>24</sup> “Lochner v. New York”, 198 US 45 (1905).

<sup>25</sup> 428 US 52, 965 (1976).

<sup>26</sup> S. Ct. 1990 WL 84081 US.

<sup>27</sup> S. Ct. 1990 WL 84063 US.

### 3. Caso del aborto <sup>28</sup>

Hacia la década de 1970 en Alemania Occidental estaba prohibido el aborto en todos los casos, con la única excepción de peligro de la vida de la madre. El 21 de junio de 1974 el *Bundestag* (Dieta Federal o Cámara de Diputados) decide eliminar, a través de la V ley para la reforma del Código Penal, la punición del aborto en los casos de embarazo resultante de una violación, o practicado hasta la decimotercera semana, o ante riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada, o ante riesgos de que el niño sufra daños irreversibles.

Ante la promulgación de la ley, ciento treinta y nueve miembros del *Bundestag* y cinco *Bundesländer* (Estados Federados) promueven una revisión ante el Tribunal Constitucional alemán, para analizar la compatibilidad de la nueva legislación respecto de la Constitución de aquel país. La Corte, al analizar la compatibilidad de la eximisión de pena si el aborto era practicado dentro de las primeras doce semanas, declara la inconstitucionalidad de la norma.

En primer lugar, la Corte compara la nueva disposición legal con el art. 2º, secc. 2, CN, que dispone que “todos tienen derecho a la vida y a la inviolabilidad de la persona” y sostiene que la “vida, en el sentido de la existencia histórica de una persona, está claramente presente a partir de las catorce horas después de la concepción, tal como lo muestra el conocimiento preciso que proporcional la biología y la fisiología. ‘Todos’ en el sentido del art. 2º es todo ser humano que posee vida humana, así también el ser humano que aún no ha nacido” <sup>29</sup>.

Para la Corte alemana hay vida luego de las catorce horas de producida la concepción y hay derecho a tal vida. Ahora recordemos que la Corte de los Estados Unidos había resuelto la cuestión de una manera antagónica, declarando que cualquier regulación del aborto dentro de los primeros tres meses (doce semanas) era contraria al derecho a la privacidad, derecho no escrito pero sí implícito según el *justice* Blackmun. Pues bien, la Constitución alemana posee una cláusula que podríamos decir que consagra el derecho a la privacidad. Así el art. 2º, secc. 1, estipula: “Todos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad en tanto no violen los derechos de terceros o afecten el orden constitucional o el código moral”. La Corte alemana se hace cargo de esta cuestión y afirma que “el embarazo atañe a una esfera privada de la mujer que es protegida en la Constitución en sus arts. 1º y 2º. Si el feto fuera considerado meramente como una parte de la madre, entonces un aborto debería ser considerado como incluido en la esfera de privacidad de la mujer, en la cual el legislador no podría entrar. Pero desde que el feto es un ser humano independiente, que se en-

<sup>28</sup> 39 BverfGE 1 (1975).

<sup>29</sup> La traducción fue tomada de MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 863.

cuenta bajo la protección de la Constitución, el aborto adquiere una dimensión social que requiere y justifica una regulación gubernamental”<sup>30</sup>.

Por último, la Corte se pregunta si la única protección del feto debe darla el derecho penal o puede hacerse por otros medios, y asevera: “Una interrupción del embarazo constituye un acto homicida. De allí surge que resulta imposible dejar de calificar esta conducta como un ilícito”<sup>31</sup>.

#### 4. El aborto. Una cuestión de notables

En los casos anteriores observamos que el autogobierno ha quedado lejos. Votamos a nuestros representantes y, a través de un proceso más o menos deliberativo, deciden por X y por Y.

Cuando deciden por X, la Corte nos dice: momento. Resulta que nuestra Constitución posee un derecho implícito que anula esa decisión y no sólo eso, sino que la única decisión compatible con la Constitución es Y.

Cuando deciden por Y, otra Corte también nos dice: momento. Resulta que nuestra Constitución consagra un derecho que anula esa decisión. Ah, se acuerdan del derecho implícito, bueno, nosotros lo tenemos escrito pero no importa, para este caso no funciona, así que la única solución es X.

De este modo funciona el control judicial de constitucionalidad. So pretexto de contradicciones con el ordenamiento constitucional, es posible que un grupo de jueces, no elegidos ni responsables ante el electorado, puedan anular decisiones mayoritarias adoptadas por los representantes de la población. A continuación, indagaré sobre los orígenes históricos y el sustento filosófico de tal actividad.

### III. EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

#### 1. Los debates en la Convención de Filadelfia de 1787

Jon Elster afirma que si bien el bicameralismo y el veto presidencial fueron concebidos como las soluciones estelares al potencial inconveniente del

<sup>30</sup> MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, cit., t. 1, p. 864.

<sup>31</sup> MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, cit., t. 1, p. 866. Vale aclarar que la actualidad alemana es diferente: durante los primeros tres meses del embarazo, si una mujer quiere abortar, debe someterse a un asesoramiento prestado por el Estado y esgrimir sus razones. A partir de esta toma de conocimiento, el Estado ofrece determinadas alternativas orientadas a solucionar la problemática de la mujer y a posibilitar la continuidad del embarazo. Si continúa en su posición de abortar, éste es considerada como un ilícito civil cuya sanción consiste en la prohibición al Estado de subvencionar la operación como una prestación médica obligatoria (excepto que la mujer no tenga recursos). La constitucionalidad de este andamiaje legal fue aceptado por el Tribunal Constitucional alemán en 1993. Conf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Aborto voluntario y Estado constitucional de derecho”, LL del 30/6/2006.

abuso de las mayorías, el control de constitucionalidad (o la justicia constitucional) fue diseñado como un mecanismo de protección de las minorías <sup>32</sup>.

Cuando la convención comenzó a deliberar acerca del rol que el Poder Judicial debía tener, se plantearon dos asuntos: la primera tenía que ver con la necesidad de un freno institucional a las legislaturas; la segunda se relacionaba con la necesidad de que ese poder quedase constituido por un grupo selecto de la sociedad.

Respecto de la necesidad de un freno a las legislaturas, éste iba a estar dado por el control de constitucionalidad. Lo que se discutió fue el marco institucional en el que éste se iba a desarrollar. Edmund Randolph propuso un Consejo de Revisión, formado por miembros del Poder Ejecutivo y miembros del Poder Judicial, con facultades para vetar leyes de los Estados y de la Federación pero, por temor a una alianza entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, la propuesta fue dejada de lado. No obstante, aunque no de modo expreso, se instauró lo que devendría en un sistema judicial (ejercido por jueces), difuso (cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma) y *a posteriori* (ulterior a la entrada en vigencia del plexo normativo) de control de constitucionalidad.

En defensa del control judicial de constitucionalidad Hamilton expresaba que “La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa ... Las limitaciones de esta índole sólo puede mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución” <sup>33</sup>.

## 2. Control de constitucionalidad y minorías

Como adelanté, el control de constitucionalidad fue concebido como un mecanismo para proteger a las minorías respecto de las mayorías parlamentarias. Hoy en día, cuando se habla de minorías se piensa en los sectores postergados de la sociedad, en miembros de una religión con pocos seguidores, en la población negra, en los homosexuales, etc. En los tiempos de la revolución de los Estados Unidos estos sectores (a los que deben sumarse las mujeres, los analfabetos, entre otros) eran realmente una minoría, tal vez no en términos cuantitativos, pero sí en términos de poder. No obstante ello, cuando los convencionales de Filadelfia se referían a las minorías no apuntaban a estos sectores.

<sup>32</sup> ELSTER, Jon, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en SHUTE, Stephen - HURLEY, Susan (comps.), *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 1998, p. 178.

<sup>33</sup> HAMILTON, Alexander, *El federalista LXXVIII*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 331.

Terminada la Guerra de Independencia, mediante un tratado firmado a fines de 1782, los pequeños campesinos se encontraban más pobres que al momento del dominio de la Corona Inglesa, debido, principalmente, a las grandes deudas que habían contraído durante la contienda contra la Corona. Los acreedores de estos pequeños deudores eran los grandes propietarios, el sector terrateniente, que a su vez estaba endeudado con la Corona Inglesa.

Forzado por la Corona, el sector de los terratenientes comenzó a exigir el pago en efectivo de las deudas de los pequeños campesinos. En general, los pequeños deudores no podían hacer frente a las exigencias de los acreedores y el sistema normativo entraba en acción a favor de estos últimos: los pequeños deudores eran ejecutados. El sector de los pequeños campesinos emprendió mecanismos informales de protesta (desde obstaculizaciones a las reuniones del Poder Judicial hasta rebeliones) y poco a poco sus reclamos se canalizaron institucionalmente.

Los pequeños deudores comenzaron a tener influencia en las medidas legislativas de cada uno de los estados, para luego ocupar algunos cargos legislativos y hasta ejecutivos. Es en este contexto que los estados de Pennsylvania, Carolina del Sur, Carolina del Norte, Nueva York, entre otros, aprobaron la emisión de papel moneda, medida que permitió a los pequeños deudores hacer frente a las exigencias de sus acreedores. El sistema normativo se había puesto del lado de los pequeños campesinos.

“Viendo lo que ocurría a nivel estatal con las diversas legislaturas, el notable político Alexander Hamilton denunció la ‘usurpación’ del poder de la legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de ver a los representantes populares constituidos en ‘dictadores perpetuos’. En sentido similar aseguró estar siendo testigo del ‘despotismo de la Legislatura’”<sup>34</sup>.

Así las cosas, queda claro que a las minorías que había que proteger eran los sectores terratenientes. El control de constitucionalidad fue pensado como mecanismo institucional de protección de estos sectores sociales<sup>35</sup>.

### 3. Elección, inamovilidad e intangibilidad de remuneraciones

El Poder Judicial no devino, sino que fue concebido, fue diagramado, como un poder contramayoritario. Claro era el objetivo de los convencionales de Filadelfia: el Poder Judicial debía frenar los excesos de las legislaturas. En este sentido se adoptaron medidas para alejar a los jueces del clamor popular;

<sup>34</sup> GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p. 25. Los extractos de Hamilton están incluidos en *The papers of Alexander Hamilton*, Columbia UP, 1962, vol. III, p. 551.

<sup>35</sup> Para un análisis más detallado del contexto histórico, véase GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, cit., ps. 17 a 26.

entre éstas debe atenderse a su mecanismo de elección, inmovilidad e intangibilidad en las remuneraciones.

De acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos los jueces federales serían nombrados por el presidente con el acuerdo del Senado <sup>36</sup>. La Argentina adoptará este sistema, que hoy rige para el nombramiento de jueces de la Corte Suprema <sup>37</sup> y que para los demás jueces federales requiere la previa actuación de Consejo de la Magistratura <sup>38</sup>. Si pensamos en nuestro país, y a partir de la reforma de 1994, los jueces nombrados por este mecanismo, y al momento del nombramiento, cuentan con cierta legitimidad democrática. En definitiva, son nombrados por dos órganos que son electos de manera directa por la población. Antes de la reforma de 1994, la legitimidad democrática era menor, ya que tanto los senadores como el presidente eran elegidos indirectamente. Los primeros eran elegidos por las legislaturas provinciales <sup>39</sup> y el segundo a través de un colegio electoral <sup>40</sup>. En los Estados Unidos estos mecanismos indirectos, ideados con el objetivo de alejar a las mayorías de la elección de sus representantes, siguen vigentes para la elección del presidente <sup>41</sup>, no así para la de los senadores <sup>42</sup>.

Esta relativa legitimidad democrática se irá diluyendo a medida que comencemos a pensar en la cuestión de la inamovilidad. Los jueces son vitalicios, duran en sus cargos mientras mantengan su buena conducta <sup>43</sup>. La inamovilidad, así como la intangibilidad en las remuneraciones, tiene origen inglés: En 1701 la ley inglesa denominada *Act of Settlement* estipuló que “las comisiones de los jueces durarían mientras dure su buena conducta y sus salarios serían ciertos y establecidos”. En 1760, durante el reinado de Jorge III, el Parlamento estableció que los salarios de los jueces no podrían ser disminuidos “mientras se mantuviera en alguna de sus comisiones”. Esto se aplicó en las colonias norteamericanas hasta 1761, en que comenzaron las injerencias de la corona sobre la justicia mediante la alteración de los períodos de los jueces. Por ello en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776, entre los agravios atribuidos al rey, estaba el que éste había hecho a los jueces funcionarios

<sup>36</sup> Art. 2º, secc. 2, inc. 2º.

<sup>37</sup> Art. 99, inc. 4º, párr. 1º.

<sup>38</sup> Art. 99, inc. 4º, párr. 2º, y art. 114, incs. 1º y 2º.

<sup>39</sup> El mecanismo de elección estaba previsto en el antiguo art. 46.

<sup>40</sup> La elección estaba estipulada en el pretérito art. 81.

<sup>41</sup> Véase 12ª enmienda.

<sup>42</sup> Véase 17ª enmienda.

<sup>43</sup> Art. 110, CN, y art. 3º, secc. 1, Constitución de los Estados Unidos. Para el caso argentino vale hacer un paréntesis respecto del art. 99, inc. 4º, párr. 3º. Si bien allí se estipula que los jueces, una vez que cumplan los 75 años, deberán obtener un nuevo nombramiento y así cada cinco años, la Corte ha declarado nulo tal artículo, y al hablarse de nulidad y no de inconstitucionalidad no sabemos si el alcance de la sentencia es *erga omnes* o *inter partes*. Véase “Fayt, Carlos S.”, Fallos 322:1616 (19/8/1999).

dependientes de su única voluntad, por su designio en el período de las funciones y en el monto de sus salarios.

En el pensamiento de Hamilton <sup>44</sup>, la inamovilidad de los magistrados era el único mecanismo para ubicar al Poder Judicial a la altura del Poder Legislativo (que contaba con el poder económico) y al Poder Ejecutivo (que contaba con el poder militar).

Si bien podría decirse que al momento de su nombramiento los jueces cuentan con cierta legitimidad democrática, ésta se va diluyendo con el transcurso del tiempo. Son elegidos por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, pero mantienen su cargo más allá de los cambios que se produzcan en aquellos poderes. Son designados por un presidente que luego deja de serlo y por senadores que también abandonan sus bancas, pero ellos siguen en sus cargos bajo un antiguo nombramiento, que dada su antigüedad, deviene en, al menos, poco democrático. Los jueces son elegidos por aquellos que en algún momento fueron elegidos, y de los que nada cambia la causa por las cuales no fueron reelectos.

Veamos un ejemplo contemporáneo: Fayt y Petracchi juraron para el cargo de jueces de la Corte Suprema el 23 de diciembre de 1983. Además de que en aquel momento la elección de los senadores y presidente era indirecta (lo que ya disminuye la legitimidad democrática de los magistrados), hoy el presidente es otro y de los senadores que prestaron el acuerdo, ninguno sigue ocupando bancas en tal Cámara (y en su momento sólo fueron reelectos catorce <sup>45</sup>). Es más, cerca de tres millones de personas que hoy son electores ni siquiera había nacido al momento de la designación de los citados jueces. Ellos aún permanecen en sus cargos.

Por otro lado, la inamovilidad de los jueces, hace que éstos no sean representativos-responsables. Pueden ejercer el control de constitucionalidad sin tener que responder por ello. Quienes no compartan que el aborto dentro del primer trimestre de embarazo está subsumido dentro del derecho a la privacidad; quienes sí lo compartan, pero sostengan que el derecho a la privacidad no está en la Constitución; y quienes crean que los jueces no pueden tener la última palabra en la cuestión del aborto; ninguno de ellos, ninguno de nosotros, podrá hacer nada.

Ya mencionamos que quienes se crean afectados por una medida legislativa pueden optar por otros candidatos en próximas elecciones. Empero, quienes se crean afectados por una sentencia judicial nada pueden hacer: no podrán evitar que en las próximas elecciones los mismos jueces sean reelectos, porque no habrá una próxima elección.

<sup>44</sup> Véase *El federalista*, nro. LXXXVIII.

<sup>45</sup> De los cuarenta y seis senadores que en 1984 integraban la cámara, sólo catorce lograrán la reelección: Britos, O.; Feris, G.; Lafferriere, R.; León, L.; Mazzuco, F.; Ménem, E.; Otero, E.; Rodríguez Saa, A.; Saadi, V.; Sánchez, N.; Sapag, E.; Solana, J.

#### 4. Locke y Rousseau

##### a) *La Convención de Filadelfia de 1787*

Hay algunos argumentos filosóficos que subyacen o sirven de fundamento al diseño institucional adoptado por los convencionales de Filadelfia, que a través de mecanismos como el bicameralismo, la elección indirecta del presidente, el veto presidencial y el control de constitucionalidad, intentaron alejar a las mayorías de las decisiones políticas <sup>46</sup>.

Gargarella <sup>47</sup> destaca dos premisas que los convencionales tuvieron en cuenta:

1) *En política existen algunos principios verdaderos que no podían ser percibidos por la ciudadanía común.* De acuerdo con Locke, el verdadero estado del hombre no era el civil, sino el natural. En el estado de naturaleza los hombres eran libres e iguales, pero las violaciones al derecho natural no eran sancionadas o se lo hacía de un modo anárquico. Para escapar de esta inseguridad, los hombres fundaron la sociedad civil y reconocieron un poder de coacción independiente y superior a ellos, encargado de reprimir la violación a la ley natural. El Estado surgió entonces, para permitir la más amplia expresión de la libertad y de la igualdad natural.

Locke, a quien Berlin <sup>48</sup> describe como uno de los fundadores de la idea de libertad negativa, consideraba que existían algunas verdades primarias en torno a los derechos naturales que no podían ser percibidas por todos. Con gran agudeza, Nino muestra dos tesis básicas del iusnaturalismo: “a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según el cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia” <sup>49</sup>. En la concepción de los convencionales de Filadelfia estos principios morales y de justicia, necesarios para que el derecho sea tal, sólo eran descifrables por un grupo selecto de la sociedad.

2) *Las mayorías tienden a actuar irracionalmente.* Aquí la idea era que en las grandes asambleas, en las reuniones de número, la pasión triunfaba sobre la

<sup>46</sup> Si bien la temática excede este trabajo, afirmar que subyacen implica tomar una posición cercana al idealismo hegeliano y afirmar que sobre la base de ciertas concepciones filosóficas se diseñó el sistema institucional; aseverar que sirven de fundamento nos acerca un tanto al materialismo histórico y a postular que tanto el diseño institucional como los argumentos filosóficos que lo sostienen responden a una intención de perpetuar una situación coyuntural determinada un marxista ortodoxo hablaría de perpetuar una determinada estructura de producción.

<sup>47</sup> GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, cit., ps. 27 y 28.

<sup>48</sup> BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, ps. 191 a 200.

<sup>49</sup> NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 28.

razón. En este sentido, en el *Federalista LV* (redactado por Hamilton o por Madison) se expresó que “en todas las asambleas muy numerosas, cualquiera sea la índole de su composición, la pasión siempre arrebató su cetro a la razón”<sup>50</sup>. Madison, repitiendo este argumento, al que le complementa el elitismo analizado en el punto anterior (y también, por qué no, su pesimismo antropológico), sostuvo que “es sabido que cuanto más numerosa es una asamblea, sean las que fueren las personas que las compongan, más fuerte ha de ser el ascendiente de la pasión sobre la razón. En segundo lugar, cuanto mayor es el número, más grande será la proporción de miembros poco instruidos y de capacidad limitada”<sup>51</sup>.

### b) La situación en Francia

Recién con la Constitución de la IV República en 1946 se instauró en Francia un sistema de control de constitucionalidad a cargo de un Comité Constitucional. El sistema que hoy rige es el diseñado por la Constitución de la V República de 1958: es concentrado (sólo el Consejo Constitucional puede declarar inconstitucional una norma), *a priori* (el control se lleva a cabo antes de que la norma entre en vigencia) y no es judicial sino político (está integrado por ex presidentes, tres miembros designados por el presidente de Francia, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado). Esta tardía incorporación de un sistema de control de constitucionalidad, así como su carácter político, tiene una explicación histórica.

Durante el *ancien régime*, determinados tribunales judiciales (“los Parlamentos”) contaban con una gran cantidad de atribuciones. Entre ellas podían resolver que se publicaran o no las normas generales (leyes y decretos), y en caso negativo virtualmente disponer lo que hoy conocemos como una declaración de inconstitucionalidad. Al momento de la Revolución Francesa, los jueces eran vistos como una parte reaccionaria de la sociedad.

Para Gargarella<sup>52</sup>, Montesquieu ideó un modelo en el cual los controles iban del legislativo hacia el ejecutivo y de éste hacia aquél, pero sostuvo que los jueces no eran “más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”<sup>53</sup>. No obstante, y a mi entender, el autor francés erigió al Judicial como un verdadero Poder con capacidad de control<sup>54</sup> y cuando se refería a los jueces como re-

<sup>50</sup> “Federalista LV”, *El federalista*, cit., p. 236.

<sup>51</sup> MADISON, James, “Federalista LV”, *El federalista*, cit., p. 249.

<sup>52</sup> GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, cit., p. 94.

<sup>53</sup> MOTESQUIEU, Charles - Louis de Secondat, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, Orbis, Barcelona, 1984, p. 149.

<sup>54</sup> Así también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1984, caps. 1 y 3.

petidores de la ley estaba describiendo la actividad judicial en Inglaterra<sup>55</sup>. No obstante, la concepción filosófica reinante al momento de la Revolución Francesa era la *volonté générale* rousseauiana.

Para Rousseau el estado de naturaleza era el estado venturoso, el mejor estado del hombre. No obstante, a causa de la invención de la metalurgia y del surgimiento de la agricultura nació la propiedad privada, la desigualdad, la miseria, las rivalidades. En definitiva, el hombre salió de aquel tan preciado estado de naturaleza.

Para Rousseau el problema del estado social estaba en cómo salvar, cómo mantener, cómo recuperar la libertad primitiva. Y es aquí cuando el pensador francés se separa de Locke. Para este último el concepto de libertad era un concepto “negativo”<sup>56</sup> y que mantendría un ámbito personal en el cual los sujetos no podían ser interferidos ni por otros individuos ni, fundamentalmente, por el Estado. En cambio, Rousseau adoptó un concepto de libertad “positiva”<sup>57</sup> que asocia la idea de libertad con el autogobierno<sup>58</sup>. La libertad de Locke respondía a la pregunta: ¿Qué soy libre de hacer?; la libertad de Rousseau, a la de: ¿Por quién estoy gobernado?

De esta concepción de libertad como autogobierno nació la idea de la voluntad general. Como aclaran Prelot y Lescuyer<sup>59</sup>, la noción de voluntad general era asimilable a lo que los escolásticos llamaban bien común. Para Rousseau, las decisiones que llevarían al bien común debían quedar en manos de la mayoría. Prelot y Lescuyer afirman que para el pensador francés “lo que elige la mayoría es realmente la voluntad general, mientras que lo sostenido por la minoría es una idea falsa de la voluntad general. Cuando la mayoría se ha pronunciado, la minoría debe inclinarse y aceptar que la verdad se encuentra en la voluntad determinada por aquélla”<sup>60</sup>.

Vemos entonces que dada la concepción filosófica imperante en Francia, era impensable que los revolucionarios dejasen en manos de un sector social considerado reaccionario (los jueces) la posibilidad de torcer las decisiones mayoritarias: era inconcebible el control judicial de constitucionalidad. En este orden de ideas la ley del 16-24 de agosto de 1790 había dispuesto que “los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente ninguna parte en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del

<sup>55</sup> La frase citada está ubicada en el Libro IX, cap. VI, titulado “De la Constitución de Inglaterra”.

<sup>56</sup> Véase BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, cit., esp. ps. 191 a 200.

<sup>57</sup> Véase BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, cit., esp. ps. 201 a 205.

<sup>58</sup> En la filosofía política los conceptos de libertad positiva y negativa pueden encontrarse como concepción preliberal de la libertad y concepción liberal de la libertad. Así BARBERIS, Mauro, “Libertad y liberalismo”, *Revista Isonomía*, Méjico, abril 2002.

<sup>59</sup> PRELOT, Marcel - LESCUYER, Georges, *Historia de las ideas políticas*, La Ley, Buenos Aires, 1991, cap. XXVI, ps. 277 a 291.

<sup>60</sup> PRELOT, Marcel - LESCUYER, Georges, *Historia de las ideas políticas*, cit., p. 283.

cuerpo legislativo, sancionado por el rey bajo pena de prevaricación” y la Constitución de 1791 tomando aquel antecedente dispuso: “Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes”<sup>61</sup>.

#### IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ACCIÓN

##### 1. Preludios de “Marbury v. Madison”

Antes de analizar el célebre “Marbury v. Madison”, es válido mencionar algunos casos que tal vez no funcionaron como precedentes pero que no está mal repararlos:

1) En 1610 el juez inglés Edward Coke falló el caso del Dr. Thomas Bonham, un profesional del arte de curar que ejercía en Londres y fue arrestado y multado por el Real Colegio de Médicos, a causa de carecer de autorización para ejercer su ciencia. Bonham recurrió ante el juez Coke y alegó que la sanción que se le había aplicado contrariaba una premisa fundamental del *common law* que estipula que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo. Fundaba su argumentación en que el destino de una parte de la multa que le había impuesto el Colegio de Médicos quedaba en manos de éste. El colegio alegó su facultad para reglar el ejercicio profesional, y castigar con prisión y multa las infracciones. El magistrado le dio la razón al médico, sosteniendo que en numerosos casos el *common law* (en virtud de determinados principios fundamentales) limitaba las leyes del Parlamento, debiéndoselas considerar en esos caso inválidas<sup>62</sup>.

2) En “Holmes v. New Jersey” la Corte de Nueva Jersey anuló una ley de 1778 que permitía la incautación de bienes de tránsito desde o hacia la línea británica, y estipulaba que tales casos se juzgarían con un jurado compuesto de seis miembros, en lugar de los doce que el antiguo *common law* disponía<sup>63</sup>.

3) En diversos fallos como “Vanhorne’s Lesse v. Dorrande” y en “Hylton v. Estados Unidos” (1796) la Corte ya proclamaba la idea de la supremacía constitucional<sup>64</sup>.

##### 2. “Marbury v. Madison”<sup>65</sup>

Hacia principios del siglo XIX existían en los Estados Unidos dos partidos políticos: el Federalista y el Republicano (actual Partido Demócrata). En

<sup>61</sup> Tít. III, cap. V, art. 30.

<sup>62</sup> Véase VÁZQUEZ, Adolfo R., “El control de constitucionalidad de las leyes en la República Argentina”, LL 1997-F-1159.

<sup>63</sup> Véase FARREL, Martín D., *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 112.

<sup>64</sup> Véase GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, cit., ps. 44 y 45.

<sup>65</sup> 1Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

1800 el presidente federalista John Adams había perdido las elecciones en manos del republicano Thomas Jefferson y comenzó a ubicar aliados en cargos judiciales. En enero de 1801 Adams nombró como presidente de la Corte Suprema a su secretario de Estado (que siguió siéndolo hasta el fin su mandato presidencial), un militar que no era abogado, de nombre John Marshall, y el 13 de febrero de ese mismo año, el Congreso aprobó el *Circuit Court Act of 1801* que estableció dieciséis jueces federales de segunda instancia.

En la misma línea de acción, dos semanas antes del cambio de presidente, el Congreso aprobó el nombramiento de cuarenta y dos cargos de jueces de paz para Washington DC y selló sus designaciones, pero en algunos casos, el entonces interino secretario de Estado John Marshall, no hizo a tiempo a mandar las designaciones a sus titulares. La administración de Jefferson no reconoció los nombramientos no enviados.

Uno de los jueces que no recibió la designación fue William Marbury. Éste, invocando la *Judiciary Act* de 1789, se dirigió directamente ante la Corte para que ésta exija entregar (a través de un *writ of mandamus*) al secretario de Estado de Jefferson, James Madison, los nombramientos correspondientes. El ya mencionado presidente de la Corte, John Marshall, recién dio a conocer su sentencia en febrero de 1803.

El *Chief of Justice* se hizo tres preguntas: 1) ¿tiene el solicitante derecho al nombramiento?; 2) si lo tiene y ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?; 3) si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?

Las dos primeras preguntas tuvieron una respuesta afirmativa, pero la respuesta más importante en términos constitucionales e institucionales era la tercera. Hay quienes piensan que si la decisión era afirmativa y Marshall ordenaba a Madison emitir la designación, la orden iba a ser desobedecida. Más allá de esto, lo cierto es que la tercera pregunta tuvo una respuesta negativa.

La Corte sostuvo que el actor tenía un derecho, que había sido violado y que tal violación podía ser remediada, pero que el remedio no podía ser el solicitado. La *Judiciary Act* contemplaba la competencia originaria para un caso como éste, pero era la Constitución la que establecía, de manera taxativa, la competencia originaria de dicho tribunal <sup>66</sup>, por lo que si la ley ampliaba lo estipulado por el texto constitucional, ésta no podía ser aplicada: era inconstitucional. En el pasaje más celebre del fallo, expresó Marshall: “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o

<sup>66</sup> “En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el tribunal supremo poseerá jurisdicción en única instancia” (art. 2º, secc. II).

la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar lo ilimitable por naturaleza”<sup>67</sup>.

Con este fallo nace oficialmente el control judicial de constitucionalidad.

### 3. Recepción en la Argentina

Ya la ley 182 de la Confederación Argentina del 6 de septiembre 1858 contemplaba que las controversias constitucionales debían resolverse en el Poder Judicial y en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en última instancia, situación que receptorán las leyes 27 del 16 de octubre de 1862 y 48 del 14 de septiembre de 1863. Es decir que las puertas para el control judicial de constitucionalidad estaban abiertas.

La Corte Suprema comenzó a funcionar en 1863 y en “Ríos, Ramón y otros”<sup>68</sup>, la quinta causa que la Corte resolvió, se declaró nulo el decreto del Poder Ejecutivo nacional del Paraná del 26 de febrero de 1859. La normativa había conferido al capitán del puerto de Rosario de Santa Fe la jurisdicción marítima en lo civil y criminal. Dado que la creación de tribunales inferiores era competencia del Congreso Nacional, la Corte declaró nulo tal decreto y nulas las actuaciones llevadas a cabo en cumplimiento de éste.

Al año siguiente, en el caso “Ministerio Fiscal c. Benjamín Calvete”<sup>69</sup> la Corte sostuvo “que este tribunal es el intérprete final de la Constitución; por cuya razón, siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas, y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Corte Suprema”<sup>70</sup>.

En 1865, en el caso “Domingo Mendoza y hermano c. Provincia de San Luis”<sup>71</sup>, la Corte aseveró que la ley del 7 de julio de 1862 de la provincia de San Luis que imponía derechos de tránsito a los productos que salían de su territorio “es contraria a la Constitución Nacional, y que por lo tanto es nula y de ningún efecto en la presente causa”<sup>72</sup>. Aunque lo hizo utilizando otros términos, fue la primera vez que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial.

<sup>67</sup> La traducción fue tomada de MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y poder político*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 11 y 12.

<sup>68</sup> Fallos 1:32.

<sup>69</sup> Fallos 1:340.

<sup>70</sup> Consid. 6°.

<sup>71</sup> Fallos 3:131.

<sup>72</sup> Consid. 4°.

En 1887 se planteó una cuestión de mayor trascendencia, ya que la Corte debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma sancionada por el Congreso Nacional; me refiero al caso “Sojo v. Cámara de Diputados de la Nación”<sup>73</sup>. Eduardo Sojo era el redactor de un periódico que había sido encarcelado por una disposición de la Cámara de Diputados, a causa de haber publicado dibujos considerados ofensivos para los legisladores. Sojo presentó un hábeas corpus directamente ante la Corte Suprema, ya que así lo permitía el art. 20, ley 48<sup>74</sup>. Ante la presentación, el máximo tribunal, por mayoría<sup>75</sup>, consideró que no tenía competencia originaria para atender la cuestión, ya que ésta se encontraba prevista en el art. 101 (actual art. 117) y era insusceptible de ampliarse por una ley del Congreso.

En el caso “Sojo”, el máximo tribunal no habló de inconstitucionalidad, pero sí lo hizo al año siguiente. En 1888, en “Municipalidad de la Capital v. Isabel A. de Elortondo”<sup>76</sup>, la Corte declaró de manera expresa la inconstitucionalidad de una ley que autorizaba la expropiación de terrenos para construir la Avenida de Mayo. En aquel momento se dijo “que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si se encuentran en oposición con ella”<sup>77</sup>. A partir de aquí la Corte comienza a transitar un camino que hacia 1998 la había llevado a declarar 515 inconstitucionalidades<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Fallos 32:120.

<sup>74</sup> “Cuando un individuo se halle detenido o preso por una autoridad nacional, o la disposición de una autoridad nacional o so color de una orden emitida por autoridad nacional (...) la Corte Suprema o los jueces de sección podrán, a instancia del preso o de sus parientes o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso de que haya sido ordenada por autoridad o persona que no esté facultada por la ley, mandarán poner al preso inmediatamente en libertad” (art. 20, ley 48).

<sup>75</sup> Votaron en la mayoría Benjamín Victoria, Uladislao Frías y Salustiano Zavalía; expresaron su disidencia Federico Ibarguren y C. S. de la Torre.

<sup>76</sup> Fallos 33:162.

<sup>77</sup> Consid. 25.

<sup>78</sup> El dato fue tomado de BERCHOLC, Jorge, *Las dificultades actuales para obtener consenso en las sentencias de la Corte Suprema. Unanimidades, disidencias y cambios de jurisprudencia*, ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Para un detalle de la cantidad de inconstitucionalidades por períodos y de acuerdo con las distintas integraciones del máximo tribunal, ver del mismo autor, *La Independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

## SEGUNDA PARTE

**El mensaje**

## V. INTRODUCCIÓN

**1. El Poder Judicial como guardián del proceso de representación**

Si bien he intentado demostrar que el control de constitucionalidad se erige como una actividad contramayoritaria, lo cierto es que en algunos casos puede funcionar como perfeccionadora de los mecanismos democráticos. Ely sostiene que el Poder Judicial, y la Corte Suprema en particular, tiene un favorable posicionamiento institucional para erigirse como un guardián del proceso de representación <sup>79</sup>.

El colosal dictado de disposiciones de carácter legislativo en manos de una sola persona es una situación que, sin lugar a dudas, debilita el sistema representativo. El órgano encargado de legislar debe ser el más representativo y que tal actividad la desempeñe “algún burócrata de la rama ejecutiva” <sup>80</sup> debilita el contenido democrático de la decisión. En este orden de ideas el Poder Judicial podría erigirse como un poder que, a través de un activismo limitador del dictado de decretos de necesidad y urgencia, devuelva al Parlamento las funciones legislativas. No obstante, el mensaje constitucional del art. 99, inc. 3°, no permitió, ni permite, ni permitirá tal activismo.

No lo permitió, porque el mensaje era inútil mientras la ley que debía reglamentar el art. 99, inc. 3°, no estaba sancionada. No lo permite, ni permitirá, dado que el mensaje no nos permite hablar de inconstitucionalidades de aspectos lamentables de ley 26.122, dada a luz con doce años después de la reforma constitucional <sup>81</sup>.

Un Poder Judicial guardián del proceso democrático necesita de mensajes claros para realizar su actividad. Por ejemplo, debe ser clara la decisión que debe tomarse ante un silencio parlamentario respecto de un decreto de necesidad y urgencia. Si la solución prevista en el texto constitucional no es clara, es muy posible que el activismo judicial devenga en la discrecionalidad de un poder contramayoritario.

<sup>79</sup> ELY, John H., *Democracia y desconfianza*, Siglo XX, Bogotá, 1997, en especial cap. 4. El autor norteamericano sostiene que el activismo tampoco tiene óbices democráticos cuando una norma genera “perjuicio contra minorías discretas e insulares” (*prejudice against discrete and insular minorities*).

<sup>80</sup> ELY, John H., *Democracia y desconfianza*, cit., p. 162.

<sup>81</sup> El mensaje constitucional es tan imperfecto, que al no contar con un plazo de sanción de la ley, no me permite decir que el Congreso “se atrasó” al momento de legislar.

## 2. Atenuación del hiperpresidencialismo

La necesidad de atenuar el sistema presidencialista argentino no fue algo que se ventiló en la reforma constitucional de 1994. La convención reformadora de 1957 (de la cual no haré referencia acerca de su legalidad por no haber sido convocada por una ley sino por el dec. 3838/1957, ni del nefasto golpe de estado en el cual estaba enmarcada) había considerado hacer las reformas necesarias para “fortalecer las autonomías provinciales; afianzar el sistema federal; afirmar equilibrio entre los poderes del gobierno federal, dando al Poder Legislativo mayor independencia funcional y mayor poder de contralor; *limitar las facultades del Poder Ejecutivo*, inclusive en la designación y remoción de los empleados públicos”<sup>82</sup>, entre otros puntos. No obstante, dicha convención, tras introducir el art. 14 bis, abandonó sus sesiones por falta de quórum.

Si bien durante la década de 1970 y a raíz del llamado Estatuto Fundamental dictado por un gobierno *de facto* en 1972, volvió la idea de reforma o la reforma como idea, no hubo nada institucionalizado hasta el retorno democrático posterior al autodenominado (y genocida) Proceso de Reorganización Nacional. En 1985, a través del dec. 2446/1985, el entonces presidente Raúl Alfonsín creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia. Dicho Consejo, dirigido por Carlos Santiago Nino, elaboró un dictamen en 1986 y otro al año siguiente. En éstos se propuso la transformación del sistema presidencialista en un parlamentarismo, el acortamiento del período presidencial (disminuyéndolo de seis a cuatro años) y su elección directa (recordemos que ésta se llevaba a cabo a través de un colegio electoral), la reducción del mandato de senadores de nueve a seis años, la introducción de mecanismos de democracia semidirecta, entre otros.

Si bien la reforma de 1994 tuvo como principal propósito político la reelección del entonces presidente Carlos Saúl Menem, podría decirse que el primordial objetivo institucional fue la atenuación del hiperpresidencialismo. En este sentido, se introdujeron diferentes institutos: se estableció el Consejo de la Magistratura<sup>83</sup> con el objeto de atenuar la discrecionalidad del presidente en la designación de los jueces federales inferiores a la Corte Suprema; se creó la figura del jefe de Gabinete de Ministros<sup>84</sup>, quien se quedó con atribuciones que antes pertenecían al presidente de la Nación; se declaró la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, por lo que el Poder Ejecutivo nacional ya no puede nombrar al intendente (hoy jefe de gobierno) de tal jurisdicción.

Empero, una gran preocupación era el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, que a partir de 1989 se había convertido en una práctica coti-

<sup>82</sup> *Diario de Sesiones*, t. I, p. 750, en VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, t. I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 428. Las cursivas me pertenecen.

<sup>83</sup> Art. 114.

<sup>84</sup> Arts. 100 y 101.

diana de los titulares del Poder Ejecutivo. Este instituto no figuraba en la Constitución originaria y la disyuntiva hacia 1994 era si su dictado debía regularse o prohibirse de manera absoluta. Tal vez por temor a que la reforma quedase en el papel (en definitiva la Constitución originaria no contemplaba los decretos de necesidad y urgencia, y sin embargo se dictaban), se optó por su regulación. A partir de aquí analizaré la temática de los decretos de necesidad y urgencia, y el mensaje que se les otorgó a los jueces respecto de esta materia, reflexionando sobre su potencial utilidad para ejercer el control de constitucionalidad teniendo en cuenta, en algunos casos, el carácter contramayoritario del Poder Judicial.

## VI. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA ANTES DE LA REFORMA DE 1994

### 1. Diseño institucional y decretos de necesidad y urgencia

Ni el sistema norteamericano ni el argentino contemplaron en sus Constituciones la posibilidad de que en casos urgentes, el Poder Ejecutivo ejerza funciones legislativas. En el caso argentino, únicamente, se previó la participación legislativa del presidente de la Nación a través de los decretos reglamentarios <sup>85</sup>.

En cambio, en el constitucionalismo europeo puede tenerse por habitual la introducción de mecanismos que posibiliten, en casos de necesidad y urgencia, el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo. Esto puede observarse en la Constitución Republicana de España de 1931 (art. 80), la Constitución italiana de 1947 (art. 77), la Constitución de Dinamarca de 1953 (art. 23), la Constitución francesa de 1958 (art. 16), la Constitución de Grecia de 1975 (art. 44) y la Constitución de España de 1978 (art. 86).

La antípoda en materia de decretos de necesidad y urgencia entre el modelo norteamericano y el europeo no es casual, sino que obedece, a diferencias en los sistemas de gobierno. El sistema presidencialista responde a una concepción de separación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; en cambio, en el modelo parlamentarista europeo prevalece la noción de fusión entre éstos.

#### *a) El modelo clásico europeo*

En el modelo parlamentario el Poder Ejecutivo es dual: está a cargo de un jefe de Estado y de un jefe de gobierno. El primero suele tener caracteres simbólicos y protocolares, y es ocupado por un rey en las monarquías parlamentarias y por un presidente elegido por un período fijo en el caso de las repúblicas.

<sup>85</sup> Art. 99, inc. 1° (ex art. 86, inc. 1°).

El jefe de gobierno tiene a su cargo la dirección administrativa y política del país, y generalmente recibe el nombre de primer ministro.

En las constituciones anteriormente mencionadas (excepto la francesa), es el primer ministro quien tiene la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia. Empero, dicha facultad debe ser analizada en el contexto del sistema de gobierno. El primer ministro requiere del consenso del Parlamento para que pueda ocupar tal cargo, mecanismo denominado genéricamente “voto de confianza”, pero este consenso debe mantenerse durante toda su gestión, ya que el órgano que le da el “voto de confianza” también puede destituirlo mediante el “voto de censura” antes de que concluya su período <sup>86</sup>. Es decir que la emisión de decreto de necesidad y urgencia está enmarcada en un contexto de gran dependencia del primer ministro hacia el Parlamento.

### *b) El modelo francés*

El modelo francés de la V República rompe con el parlamentarismo tradicional, que sólo había sido desafiado por la Constitución de Weimar de 1919. Tras el fracaso de los modelos parlamentarios clásicos de las III y IV Repúblicas, y luego de la rebelión militar en Argelia que daría lugar al ascenso del general Charles de Gaulle, el 30 de septiembre de 1958 fue aprobada en referéndum la Constitución de la V República <sup>87</sup>. De acuerdo con este modelo francés, el cual fue reformado en 1962 (que suele llamarse parlamentarismo atenuado, semiparlamentarismo o semipresidencialismo), también hay un Poder Ejecutivo dual, pero tanto el presidente como el primer ministro tienen a cargo la gestión política y administrativa del Estado (tal vez normativamente el primero tiene más atribuciones de tipo político y el segundo de tipo administrativo; no obstante, esto no necesariamente se refleja en los hechos). En la materia que nos compete, el dictado de decretos de necesidad y urgencia está a cargo del presidente (art. 16), pero éste no es responsable ante el Parlamento, ya que es elegido por colegio electoral y por un período fijo insusceptible de ser alterado por el “voto de censura”. He aquí pues un antecedente de un presidente no dependiente del Congreso con facultades para emitir disposiciones con carácter legislativo en un contexto de necesidad y urgencia <sup>88</sup>.

<sup>86</sup> En los países pluripartidistas el voto de censura es muy utilizado. En el caso italiano, por ejemplo, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial sólo Silvio Berlusconi ha podido concluir su mandato (2001-2006). Por otro lado, en los sistemas bipartidistas o pluripartidistas atenuados, su utilización no es tan frecuente: en Alemania, por ejemplo, sólo se empleó en 1982 cuando Schmidt fue reemplazado por Kohl.

<sup>87</sup> Fue aprobada por 17.667.000 contra 4.624.000 votos, siendo más que un referéndum sobre la Constitución, un plebiscito sobre la figura de de Gaulle. Véase LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1975, ps. 115 a 125.

<sup>88</sup> El art. 16, Constitución francesa, dispone: “Cuando las instituciones de la República, la inde-

## 2. Decretos de necesidad y urgencia como práctica paraconstitucional

Más allá de que la Constitución redactada en 1853 no contemplaba el dictado de decretos de necesidad y urgencia, excepcionalmente se habían emitido algunos, pero, a partir de 1989, la excepción devino en regla. Entre 1860 y 1983 sólo se habían dictado unos veinticinco decretos de necesidad y urgencia, siendo el primero el dec. 5765 de 1862 que trató el tema de la intervención de cónsules extranjeros en las sucesiones intestadas. Durante el gobierno de Raúl Alfonsín se dictaron diez decretos de necesidad y urgencia, de los cuales debe destacarse el dec. 1906/1985 que implantó el Plan Austral.

No obstante, la cuestión se agravó con la presidencia de Carlos Menem que al momento de la reforma de 1994 había dictado más de trescientos decretos de necesidad y urgencia<sup>89</sup>. Vale aclarar que esta proliferación de decretos de necesidad y urgencia no era patrimonio de la República Argentina. En Brasil, el presidente Sarney (1985-1990) dictó durante su presidencia ciento cuarenta y dos decretos de necesidad y urgencia, y sólo en 1990 el presidente Fernando Collor de Mello emitió ciento cincuenta<sup>90</sup>.

En el ámbito jurisprudencial la Corte analizó la validez de los decretos de necesidad y urgencia en el caso “Peralta”<sup>91</sup>, en el cual se discutía la validez del dec. 36/1990 del 3 de enero de 1990 que había dispuesto que de los depósitos a plazo fijo, el monto que superase el millón de australes sería devuelto en bonos del Estado (bonos exteriores 1989, conocidos como “Bonex”), nominados en dólares, a cobrarse en diez años con una tasa de interés medianamente alta. Aquí la mayoría de la Corte<sup>92</sup> sostuvo que el decreto en cuestión no era inconstitucional en cuanto a su origen, ya que: 1) el Congreso no había adoptado dis-

---

pendencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el primer ministro, los presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional”.

Debo ser honesto y decir que la primera experiencia en materia de dictado de decretos de necesidad y urgencia en manos de un funcionario no dependiente del Poder Legislativo, la encontramos en el art. 48, Constitución de 1919 de la República de Weimar. No obstante, dado que para dictar estas medidas el presidente necesitaba la conformidad del canciller y éste tenía responsabilidad ante el Parlamento, decidí, para no hacer demasiado complejo el análisis, reseñar solamente el caso francés.

<sup>89</sup> Véase FERREIRA RUBIO, Delia - GORETTI, Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993)”, ED 158-849.

<sup>90</sup> Véase SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994, p. 180.

<sup>91</sup> “Peralta, Luis Arsenio y otro c. Estado nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313:1513.

<sup>92</sup> La mayoría estuvo formada por los Dres. Levene (h), Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Moliné O’Connor. Los Dres. Belluscio y Oyhanarte por motivos procesales, aunque en votos separados, expresaron su disidencia.

posiciones diferentes en materia económica y; 2) había mediado una situación de crisis imposible de resolver por otro medio <sup>93</sup>.

## VII. UN NUEVO MENSAJE: ART. 99, INC. 3°

Hacia 1994 la doctrina discutía dos posibles soluciones al problema de los decretos de necesidad y urgencia. De un lado se proponía su expresa prohibición en el texto constitucional y de otro se afirmaba que el único modo de evitar su dictado indiscriminado era una estricta regulación, ya que la prohibición constitucional no iba a eliminar la propagación de decretos de necesidad y urgencia, sino que éstos seguirían dictándose en una situación de clandestinidad constitucional.

La discusión se presentó resuelta por el Núcleo de Coincidencias Básicas que en su punto G.a previó (aunque en diferente orden de redacción) lo que hoy es el mensaje del art. 99, inc. 3°. En principio, cualquier disposición con carácter legislativo emitido por el Poder Ejecutivo es nula de nulidad absoluta. Empero se contemplan excepciones y un tratamiento posterior de éstos:

“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros.

”El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

Sin embargo, la regulación no surtió efectos. Menem terminó su mandato con un total de quinientos cuarenta y cinco decretos de necesidad y urgencia; Fernando de la Rúa (10/12/1999-20/12/2001) dictó setenta y tres Eduardo Duhalde (1/1/2002-25/5/2003) dictó ciento cincuenta y ocho y Néstor Kirchner (25/5/2003) llevaba dictados, hasta el 25/5/2005, ciento cuarenta decretos de necesidad y urgencia <sup>94</sup>. Evidentemente, algo no funcionó.

<sup>93</sup> Consid. 24.

<sup>94</sup> Datos elaborados por el Centro de Estudios para las Políticas Públicas Aplicadas (CEPPA) en el diario *Clarín* del 7/8/2005.

## VIII. PERÍODO PREVIO A LA LEY 26.122

## 1. ¿Sólo un adorno?

El inciso citado establece que, por razones de “necesidad y urgencia”, y mediando circunstancias que hicieren “imposible” respetar los trámites previstos para la sanción de las leyes, el Poder Ejecutivo puede dictar disposiciones de carácter legislativo. En caso de que no medien tales circunstancias, el decreto de necesidad y urgencia será nulo.

Vagas, como el lenguaje mismo, son las expresiones “necesidad”, “urgencia”, “imposibilidad” y difícil es subsumir situaciones de hecho dentro de estas categorías; es menester una valoración de la coyuntura para dilucidar si se está ante una situación de “necesidad y urgencia”. El constituyente ha querido que tal valoración la realice el Congreso a través de un trámite que debería ser regulado por ley, pero qué iba a suceder mientras la ley no estaba sancionada. Es aquí cuando el mensaje comienza a ser confuso.

Por caminos separados Gelli<sup>95</sup> y Ekmekdjian<sup>96</sup> armonizaban los arts. 99, inc. 3º, y 82, CN, llegando a la conclusión de que el Congreso no podía aprobar tácitamente el decreto de necesidad y urgencia dictado. Esto podía ser compartido, pero aportaba muy poco a la cuestión. El art. 99, inc. 3º, no impone que el decreto de necesidad y urgencia debe ser aprobado por el Congreso, sino que habla de un “tratamiento” de éste. El no “tratamiento” a la luz del art. 82 que dispone “la voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente” obviamente no importaba una aprobación tácita, pero tampoco implicaba un rechazo tácito, ya que la voluntad debía ser expresa. Con el silencio, el Congreso no afirmaba ni rechazaba, simplemente “no trataba”.

Mientras la ley especial no estaba sancionada, sólo sabíamos que el jefe de gabinete debía someter el decreto de necesidad y urgencia, en un plazo de diez días, a la Comisión Bicameral Permanente. ¿So pena de qué? ¿Qué ocurría si no lo hacía? Esto era una gran incógnita. ¿Podíamos afirmar que el decreto de necesidad y urgencia era nulo? Si era así, ¿quién decretaba la nulidad? ¿El Parlamento que no se enteraba de la medida o el Poder Judicial que otorga a sus sentencias efectos *inter partes*? ¿Si el primero no lo declaraba nulo, podía hacerlo el segundo? ¿Si la atribución estaba dada a un órgano democrático, podía ejercerla uno contramayoritario? ¿Qué ocurría si el decreto en cuestión era considerado por el Poder Ejecutivo como decreto autónomo y por esto no era sometido al control parlamentario? Respecto del tiempo que puede demandar el “tratamiento” del decreto, la Constitución habla de inmediatez. ¿Cuánto tiempo era esto? Ninguna de estas preguntas contestaba el mensaje.

<sup>95</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 645 y 646.

<sup>96</sup> EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 775 a 778.

En conferencias y pasillos universitarios se sostenía que estas cuestiones serían resueltas por la ley que reglamentase el mensaje constitucional. En aquellos momentos, pensaba que si para resolver cuestiones tan trascendentes era menester la ley reglamentaria, el art. 99, inc. 3º, no era más que un adorno. Tras la sanción de la —a esta altura— famosa ley reglamentaria (26.122), he reafirmado mis primeras impresiones; ya que el mensaje constitucional es un adorno que tampoco permite anular disposiciones legales que nada resuelven: sólo decora (o mancha) un texto constitucional.

Mientras la ley no estaba sancionada, podría haberse sostenido que el mensaje constitucional hubiese tenido utilidad si se hubiera admitido la categoría de inconstitucionalidad por omisión. Veamos si esto era así.

## 2. Congreso en mora. Inconstitucionalidad por omisión. ¿Solución?

La inconstitucionalidad por omisión no está explícitamente tratada en nuestro texto constitucional, como sí lo está en la Constitución brasileña<sup>97</sup> y en la portuguesa<sup>98</sup>. No obstante, ello no es impedimento para que podamos hablar de una “inconstitucionalidad por omisión”, la cuestión es determinar si con tal declaración podíamos subsanar la mora del Congreso. Antes de analizar el caso de la ley especial, veamos qué ha sucedido con el instituto del juicio por jurados; sin lugar a dudas, una gran “inconstitucionalidad por omisión”.

El art. 24, CN, dispone: “El Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados”. Esta disposición, tomada de la Constitución de los Estados Unidos<sup>99</sup>, es repetida en el art. 75, inc. 12 (anterior 67, inc. 11) y en el 118 (ex 102), pero el juicio por jurados nunca fue regulado por el Parlamento. Al respecto la Corte sostuvo que “los arts. 24, 67 y 102, CN, no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le impuso en términos perentorios para la reforma de la legislación en todos”<sup>100</sup>.

He aquí un instituto previsto en la Constitución de 1853, que no fue modificado en ninguna de las cinco reformas constitucionales (1860, 1866, 1898, 1957, 1994) y nunca fue reglamentado. Cuando en los procesos penales se opuso la excepción por ausencia de este procedimiento, la Corte sostuvo que la Constitución no le imponía plazos al Congreso para su creación.

<sup>97</sup> Art. 103, parág. 2º.

<sup>98</sup> Art. 283.

<sup>99</sup> El art. III, secc. 2, inc. 3º, dispone que “el juicio de todos los delitos, excepto los de juicio político, se hará por jurados”. La enmienda VI estipula que “en todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, con un jurado imparcial del Estado y distrito donde se halla cometido el delito”.

<sup>100</sup> “Don Vicente Loveira v. Don Eduardo T. Mulhall” (1911), Fallos 115:92. La solución se repite en Fallos 165:258, 208:21, 208:225.

Sin atender a tales precedentes los constituyentes delegaron la regulación del trámite de los decretos de necesidad y urgencia al Poder Legislativo. Si recordamos la solución dada al caso de los juicios por jurados, podríamos decir que durante los doce años transcurridos desde la reforma constitucional hasta la sanción de la ley 26.122, el Congreso no estaba en mora, ya que la Constitución no imponía un plazo perentorio para que la ley se sancione. Otra respuesta podría ser que estábamos ante una verdadera “inconstitucionalidad por omisión”.

En un caso judicial, cuando el juez declara la inconstitucionalidad de un texto normativo, resuelve el pleito como si éste no existiese; la ley no es aplicada al caso concreto. No obstante, si la inconstitucionalidad es por omisión, el juez no puede resolver el caso con prescindencia del texto normativo, porque el texto normativo no existe. He aquí el problema de las inconstitucionalidades por omisión; la cuestión a dilucidar no es si éstas existen o no, sino qué hacer con ellas.

Al respecto, Bazán <sup>101</sup> proponía tres soluciones: intimar al órgano a que dicte la reglamentación pertinente dentro de un plazo determinado, bajo apercibimiento de hacerlo por sí mismo; frente al incumplimiento, dictar la reglamentación con efecto limitado al caso concreto; si lo anterior no puede llevarse a la práctica, indemnizar los daños y perjuicios. Analizaré las dos primeras propuestas que son las que tienen más trascendencia institucional y las que realmente pretenden subsanar la mora parlamentaria (la tercera propuesta sólo pretende subsanar el daño causado).

La primera solución hubiera sido intimar al Congreso bajo apercibimiento de que el Poder Judicial dicte la norma. Al respecto vale decir que, en general, el que es intimado bajo apercibimiento será perjudicado si no cumple (v.gr., el perito es intimado bajo apercibiendo de remoción). ¿Cuál hubiera sido el perjuicio para el Congreso? Ninguno. Pensemos en una intimación bajo apercibimiento de astreintes <sup>102</sup>: Hubiéramos obligado a quienes no quisieran prestar quórum a que lo hiciesen, a quienes estuvieren en desacuerdo con el proyecto a que lo votasen, es decir, hubiésemos olvidado el juego democrático. Éste también hubiera quedado relegado si los jueces hubieren reglamentado el instituto, ya que hubieran legislado sin tener legitimidad democrática para hacerlo ni ser responsables políticamente por ello.

Con soluciones que no hubieran hecho tambalear al sistema democrático, la Corte podría haber reenviado la declaración de inconstitucionalidad al Congreso para que éste legisle sobre el tema <sup>103</sup> o tomar alguna decisión experimen-

<sup>101</sup> BAZÁN, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: El control de la inconstitucionalidad omisiva”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 245.

<sup>102</sup> El art. 666 bis, CCiv., define a las astreintes como condenaciones conminatorias de carácter pecuniario aplicables a quienes no cumplieron con deberes jurídicos impuestos por una resolución judicial.

<sup>103</sup> Así lo hizo en “Mignone, Emilio Fermín”, Fallos 325:524, y “Badaro, Adolfo Valentín c. Anses”, JA 2006-IV-703.

tal en la cual se establezca una mesa de trabajo entre el Poder Judicial y los poderes políticos con el fin de resolver la cuestión <sup>104</sup>. No obstante vale decir que ninguna de estas soluciones estaba prevista en el mensaje constitucional y su adopción o no dependía de la buena voluntad de los jueces.

Hablar de una inconstitucionalidad por omisión no resolvía *per se* el problema, ya que las propuestas de solución podían resultar antidemocráticas o quedaban en la buena voluntad judicial. No sólo el mensaje del art. 99, inc. 3º, era intrínsecamente inútil para subsanar la mora parlamentaria, sino que se conjugaba con un receptor que presentaba una dificultad contramayoritaria que le restringía el ámbito de actuación. El mensaje era un adorno, aun admitiendo la categoría de inconstitucionalidad por omisión.

#### *a) La posición de Petracchi*

Si bien el juez de la Corte Suprema Enrique Santiago Petracchi no hablaba de inconstitucionalidad por omisión, era el único juez de la Corte que analizaba con detenimiento el problema de la mora parlamentaria. En el caso “Verrocchi” <sup>105</sup> sostuvo que para entender los alcances del art. 99, inc. 3º, era menester recurrir a los diálogos de los convencionales reformadores y de allí surgía que el sistema adoptado era el español. Luego de citar las normas españolas que regulaban la institución, afirmaba que el procedimiento de los decretos de necesidad y urgencia tenía dos etapas, una ejecutiva y otra legislativa. En el caso argentino el instituto de los decretos de necesidad y urgencia tenía un funcionamiento similar: En la parte legislativa era menester la intervención de una Comisión Bicameral Permanente (primera subetapa legislativa) y un posterior tratamiento en las cámaras (segunda subetapa legislativa) <sup>106</sup>.

“Ahora bien: al no haberse sancionado la ley que reclama el art. 99, inc. 3º, no puede cumplirse con la denominada ‘subetapa’ legislativa, lo que determina la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia” <sup>107</sup>. Esta imposibilidad transformaba en nulos a los decretos de necesidad y urgencia.

La propuesta de Petracchi no dejaba de ser interesante, ya que instaba a un fiel respeto por las formalidades que la Constitución prescribe. No obstante que

<sup>104</sup> Así lo hizo en “Verbitsky, Horacio s/hábeas hábeas”, JA 2005-IV-612, y en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado nacional y otros s/daños y perjuicios”, M. 1569.XL, JA 2006-III-294. Sobre soluciones experimentales puede consultarse BERGALLO, Paola, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, ponencia presentada en SELA 2005, <http://islandia.law.yale.edu>.

<sup>105</sup> “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 322:1726 (19/8/1999). Petracchi mantiene su postura en Fallos 323:1566, 323:1934, 325:2059, 326:1146 y 326:3180.

<sup>106</sup> Consids. 8, 9 y 10.

<sup>107</sup> Consid. 13.

el Poder Judicial declarara la nulidad de un decreto de necesidad y urgencia, implicaba dar a sus sentencias un efecto *erga omnes*, algo que rompía con el esquema tradicional de nuestro control de constitucionalidad y que agravaba la dificultad contramayoritaria; ya no sólo la norma no era aplicada al caso concreto, sino que además era derogada. En segundo lugar, una declaración de nulidad, con efecto *erga omnes*, requería de un largo proceso judicial, lo que podía acarrear dificultades instrumentales: podían pasar años entre el dictado del decreto de necesidad y urgencia, y la declaración de nulidad. En tercer lugar, vale citar lo expresado por la mayoría de la Corte en el caso “Rodríguez”<sup>108</sup> que configuraba la antípoda de su posición. Para aquélla, la Constitución contemplaba al Parlamento como órgano de control de los decretos de necesidad y urgencia; empero, “dicho contralor, por otra parte, no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la ‘ley especial’ contemplada en la última parte del precepto, ni a la creación de la ‘Comisión Bicameral Permanente’, ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar *sine die*, al titular del Poder Ejecutivo nacional de una facultad conferida por el constituyente”<sup>109</sup>.

Veámos en la Corte dos posturas respecto de la mora parlamentaria. De un lado, tal mora transformaba en nulos los decretos de necesidad y urgencia; del otro, dicha mora no podía transformarlos en nulos, ya que eso era privar al Poder Ejecutivo de su facultad de dictarlos. Más allá de lo inseguro que resultaba tal contraposición dentro de la Corte, lo realmente preocupante era que ambas posturas encajaban con el mensaje del art. 99, inc. 3º: por un lado, tal artículo prescribe cierta formalidad pero también está ubicado dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo. Ambas soluciones eran compatibles con el —a esta altura— confuso mensaje.

### 3. La necesidad y la urgencia a los ojos del Poder Judicial

La Constitución organiza al Congreso como órgano para analizar si se presentó la situación de necesidad y urgencia que hiciese imposible el tratamiento legislativo de lo dispuesto por el decreto de necesidad y urgencia.

La inexistencia de la “ley especial” no fue óbice para que el Congreso, en pocos casos, se pronunciara respecto de algunos decretos de necesidad y urgencia. Tanto estas referencias (sean a través de la ratificación o de la derogación de éstos) como el silencio del Parlamento han sido tomados por la jurisprudencia de la Corte Suprema para verificar si se presentaban los requisitos fácticos para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

<sup>108</sup> “Rodríguez, Jorge en: Nieva Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo nacional”, Fallos 320:285 (17/12/1997).

<sup>109</sup> Consid. 13. Tal postura se repite en la disidencia del juez Moliné O’Connor en “Cooperativa de Trabajo Fast c. Estado nacional”, Fallos 326:3180.

En primer lugar, examinaré cuál fue el comportamiento histórico de la Corte respecto de casos que requerían la valoración de cuestiones de hecho, para luego estudiar cuál ha sido su conducta en el caso específico de los decretos de necesidad y urgencia.

#### *a) Situaciones de hecho y Poder Judicial*

Dos de los institutos de mayor repercusión institucional en contexto de anomalías, como la intervención federal y el estado de sitio, presuponen una determinada situación de hecho.

Para el caso de la intervención federal a una provincia, es menester que esté en peligro su forma republicana de gobierno, que haya sufrido un ataque exterior o de otra provincia, o que se haya llevado a cabo una sedición <sup>110</sup>. Respecto de la valoración que los hechos suponen para poder subsumirse dentro de una de estas causales, la Corte sostuvo que se tratan de cuestiones políticas no justiciables. Ni la Corte ni los jueces pueden decidir si una determinada situación fáctica es un ataque exterior, o de otra provincia, o si hubo sedición: tal valoración corresponde a los órganos políticos. En el *leading case* “Cullen v. Llerena” <sup>111</sup> el máximo tribunal sostuvo, en *obiter dictum*, que “la intervención es del resorte de los poderes políticos, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial” <sup>112</sup>.

Para la declaración del estado de sitio debe mediar una conmoción interior o un ataque exterior que ponga en peligro la vigencia de la Constitución y las autoridades que ella crea <sup>113</sup>. La valoración de los hechos que darían lugar a este tipo de declaración siempre fue, para la Corte Suprema, una cuestión política no justiciable; tesis que el máximo tribunal mantiene luego de la sanción de la ley 23.098, ya que “se comprende la necesidad de dar carácter excluyente al juicio del Poder Legislativo, o del Ejecutivo en su caso, respecto del grado real del riesgo que importen las situaciones de emergencia que determinen en la declaración del estado de sitio” <sup>114</sup>.

Esta autorrestricción del Poder Judicial no es azarosa, sino que obedece a su carácter contramayoritario. En estos casos, la valoración de los hechos debe quedar en manos de los órganos elegidos por la voluntad del pueblo y responsables políticamente ante éste; y los jueces, en tanto funcionarios no elegidos por la voluntad popular ni responsables ante el electorado, deben respetar la valoración efectuada por los órganos políticos.

<sup>110</sup> Art. 6º, CN.

<sup>111</sup> Fallos 53:420 (28/8/1893).

<sup>112</sup> Párr. 24 del voto de la mayoría (el fallo no se ordena en considerandos).

<sup>113</sup> Art. 23, CN.

<sup>114</sup> “Granada, Jorge H.”, Fallos 307:2285 (3/12/1985) consid. 5º del voto de la mayoría.

Para el caso de los decretos de necesidad y urgencia la Constitución estipula que la valoración de la “necesidad” y la “urgencia” esté en manos del Poder Ejecutivo (al momento de dictarlos) y del Poder Legislativo (mediante el procedimiento de control). A continuación, reseñaré cómo interpretó el máximo tribunal el proceder del Parlamento mientras la ley especial no existía. Tal como veremos, encontraremos interpretaciones incompatibles entre sí, pero compatibles (valga el juego de palabras) con el mensaje constitucional <sup>115</sup>.

### *b) Los decretos de necesidad y urgencia ante el silencio del Congreso*

Las soluciones jurisprudenciales ante el silencio parlamentario respecto de los decretos de necesidad y urgencia (es decir, un decreto de necesidad y urgencia que no es anulado, derogado, ratificado ni modificado) han sido variadas.

En “Rodríguez” <sup>116</sup>, la mayoría de la Corte sostuvo que “la Constitución atribuye una excluyente intervención en el contralor de los decretos de necesidad y urgencia, delicada función política propia del legislador que no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes” <sup>117</sup>. En la misma causa, y sosteniendo exactamente lo contrario, la minoría expresó que “carece de sustento afirmar que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo invocando razones de necesidad y urgencia sólo estén sujetos al control parlamentario establecido por la Constitución consagrándose el absurdo de que una ley pudiera ser invalidada por el Poder Judicial por atentar contra la Constitución, lo mismo que un decreto u otro acto administrativo del Poder Ejecutivo, pero no el decreto de necesidad y urgencia” <sup>118</sup>.

Como puede observarse, existían dos soluciones opuestas. Por un lado, se afirmaba que en materia de decretos de necesidad y urgencia el Poder Legislativo tenía un control excluyente y, por el otro, se sostenía que esto era absurdo. Más allá del problema que generaba tener posiciones tan enfrentadas, la mayor dificultad era que ambas se ajustaban al mensaje del art. 99, inc. 3°. Según éste, el Congreso debía controlar el dictado de los decretos de necesidad y urgencia y, pensando en la doctrina clásica de la Corte de abstenerse de hacer valoraciones sobre situaciones fácticas, la solución expuesta por la mayoría en “Rodríguez” se configuraba como razonable. Por otro lado, el 99, inc. 3°, no imponía

<sup>115</sup> Cuando hablo de incompatibilidad no me estoy refiriendo, necesariamente, a la noción de incompatibilidad esgrimida por Raz, ya que según entiendo, el profesor norteamericano la acota a incompatibilidades entre dos interpretaciones originalistas. Conf. RAZ, Joseph, “La intención en la interpretación”, *Doxa* 1997-20-199/205.

<sup>116</sup> Fallos 320:285.

<sup>117</sup> Consid. 17 del voto de la mayoría, integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, López, Boggiano y Vázquez. La solución es repetida en la disidencia de Moliné O’Connor en el caso “Risolfá de Ocampo, María c. Rojas, Julio y otros”, Fallos 323:1934 (2/8/2000), consid. 5°.

<sup>118</sup> Consid. 8° de la disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert.

una competencia excluyente del Congreso en materia de control y si el Congreso no efectuaba ese control, la solución de la minoría también se erigía como razonable. Una vez más el problema estaba en el mensaje.

Si tomábamos la primera postura como válida, asumíamos una situación en la cual si el Parlamento no controlaba, nadie lo hacía. Si optábamos por la segunda solución, apaleábamos a un órgano contramayoritario para determinar si una particular situación de hecho configuraba una circunstancia de “necesidad y urgencia”. El panorama no resultaba muy alentador.

### *c) El Congreso ratificando decretos de necesidad y urgencia*

En principio, podría pensarse que una ratificación por parte del Congreso eliminaba los potenciales defectos de origen del decreto de necesidad y urgencia. En “Guida”<sup>119</sup> la mayoría de la Corte sostuvo “que la ratificación del DNU 290/1995 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en favor de la regularidad de dicha norma”<sup>120</sup>.

Ahora bien, en aquel caso el decreto databa del 1 de marzo de 1995 y la ley ratificatoria había sido sancionada el 28 de diciembre de 1995. ¿Había llegado tarde la ratificación? No era posible saberlo, nada se desprendía del mensaje del art. 99, inc. 3°. ¿Qué hubiese sucedido si en este lapso se hubiere dictado una sentencia que hubiese declarado inconstitucional al decreto de necesidad y urgencia, y hubiera quedado firme? Tampoco sabemos.

Retornemos al asunto del tiempo. En “Della Blanca”<sup>121</sup> se discutió la constitucionalidad del DNU 1477 del 20 de diciembre de 1989 que había dispuesto el carácter no remuneratorio de los llamados “*ticket canasta*”. Tras varios plexos normativos que rigieron la cuestión, el 25 de septiembre de 1996, siete años después del mencionado decreto, el Congreso sancionó la ley 24.770 que, al decir la disidencia de López y Moliné O’Connor, “confirmó el criterio que inspiró el dictado del dec. 1477/1989 emanado del Poder Ejecutivo, en consecuencia, toda vez que las disposiciones de la citada ley reflejen de manera inequívoca la voluntad convalidatoria del órgano estatal llamado por la misma Constitución a expedirse sobre el valor de las normas anteriormente dictadas por el Poder Administrador, corresponde desestimar la tacha articulada respecto del dec. 1477/1989”<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> “Guida Liliana c. Poder Ejecutivo nacional”, Fallos 323:1566 (2/6/2000).

<sup>120</sup> Consid. 6° del voto de la mayoría integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y López. En un voto separado Boggiano coincide con esta postura (consid. 8°).

<sup>121</sup> “Della Blanca, Luis y otro c. Industria Metalúrgica Pescarmona SA”, Fallos 321:3133 (24/11/1998).

<sup>122</sup> Consids. 7 y 8.

El mensaje del 99, inc. 3 exige que el decreto de necesidad y urgencia sea tratado “de inmediato”. Mientras la ley especial no estaba sancionada, la discrecionalidad del Poder Judicial determinaba si el tratamiento parlamentario se había realizado “de inmediato”. Todos podíamos estar de acuerdo que si el Congreso trataba el decreto de necesidad y urgencia al día siguiente a su dictado, habría inmediatez. ¿Pero si lo hacía a los diez días? ¿A los treinta días? ¿A los tres meses? ¿A los tres años? No era posible extraer del mensaje constitucional cuándo estaba la inmediatez exigida. Ante esta situación quedaban dos alternativas: negar la posibilidad de declarar inconstitucional los decretos de necesidad y urgencia, porque el Congreso los podría ratificar en un futuro, o pedir que un poder no elegido popularmente determine el plazo de inmediatez.

*d) El Congreso derogando decretos de necesidad y urgencia*

Intuitivamente uno podía pensar que la derogación de un decreto de necesidad y urgencia era un rechazo de éste. No obstante, la cuestión no resultaba tan clara.

En el caso “Müller”<sup>123</sup>, en el cual se discutía la constitucionalidad del dec. 430/2000, el procurador general de la Nación, al cual la mayoría<sup>124</sup> de la Corte se remitió para solucionar el caso, sostuvo que “respecto de la necesaria intervención del Congreso en el trámite de los decretos de necesidad y urgencia que exige la Ley Fundamental, cabe señalar que, en el caso, ello se verificó mediante la derogación expresa del dec. 430/2000 dispuesta por la ley 25.453 (art. 18), a partir de la vigencia de ésta, *de donde surge de modo inequívoco que lo tuvo por válido hasta ese momento*”<sup>125</sup>.

En la vereda opuesta, en el caso “Verrocchi”<sup>126</sup>, en el cual se discutía la constitucionalidad de los decs. 770/1996 y 771/1996, la mayoría de la Corte aseveró que “ninguna voluntad de ratificación de las injerencias del Poder Ejecutivo se desprende, por otra parte, del dictado de la ley 24.714, que establece la derogación de los decs. 770 y 771”<sup>127</sup>.

Para la primera postura, una ley que derogaba el decreto lo ratificaba. Esto era así porque la derogación era de “algo” y ese “algo” era una norma válida; si la norma era nula, no existía y no era posible derogar aquello que era inexis-

<sup>123</sup> “Müller, Miguel c. Poder Ejecutivo nacional”, Fallos 326:1146 (10/4/2003).

<sup>124</sup> Mayoría integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y López. En el mismo sentido, se pronunció el juez Fayt.

<sup>125</sup> Punto IV del dictamen del procurador general de la Nación, Nicolás Becerra. Las cursivas me pertenecen.

<sup>126</sup> Fallos 322:1726.

<sup>127</sup> Consid. 11 del voto de la mayoría, integrada por los Dres. Fayt, Belluscio y Bossert. En el mismo sentido, se pronunciaron Boggiano (consid. 9º) y, en *obiter dictum*, Petracchi (consid. 16). La postura se mantiene en *obiter* en la disidencia de Petracchi en Fallos 326:1146.

tente. Así, para que haya derogación, era menester tener por válido el decreto de necesidad y urgencia: derogar era validar el decreto. En la antípoda se afirmaba que la derogación no podía tomarse como una convalidación, ya que una derogación era una manifestación de voluntad contraria al decreto de necesidad y urgencia en cuestión, y una manifestación en contra del decreto nunca podía actuar como convalidación.

Nuevamente, teníamos aquí posturas contrapuestas y ambas podían adecuarse al mensaje del art. 99, inc. 3°. Analizando la primera opinión, observamos que la sanción que el art. 99, inc. 3°, contempla para los casos en que el Congreso no apruebe el decreto de necesidad y urgencia es la nulidad y no la derogación (que, vale aclarar, no es una sanción). Además, resultaba razonable que si había una derogación de un decreto de necesidad y urgencia, era menester que éste sea válido para que pueda ser derogado. Examinando el segundo postulado, podemos decir que si bien la Constitución prevé a la nulidad como sanción para los decretos de necesidad y urgencia, la nulidad como sanción sólo podía implementarse si se dictaba la “ley especial” y, mientras tanto, la única manera de desaprobado un decreto de necesidad y urgencia era a través de su derogación. Si la derogación implicaba confirmación o anulación, era otro gran problema que el mensaje no resolvía.

## IX. LA LEY 26.122

El 27 de julio de 2006 fue promulgada la ley 26.122, que reguló la intervención del Congreso Nacional en el dictado de decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y promulgación parcial de leyes. A continuación, analizaré algunos aspectos preocupantes de la ley y ratificaré mis intuiciones respecto de la inutilidad del mensaje constitucional. Tal como veremos, todos los aspectos que resultan criticables de la ley se adecuan perfectamente con los parámetros establecidos el art. 99, inc. 3°.

### 1. Integración de la Comisión Bicameral Permanente

De acuerdo con el art. 3° de la citada ley, la Comisión Bicameral Permanente debe ser integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de cada una de las cámaras y a propuesta de los bloques parlamentarios. Además, la integración debe respetar la proporción de las representaciones políticas.

Inmediatamente a la promulgación de la ley, se constituyó la comisión y quedó conformada por: nueve miembros del bloque del PJ-Frente para la Victoria, es decir, nueve personas pertenecientes al mismo partido que el entonces

presidente de la Nación, Néstor Carlos Kirchner <sup>128</sup>; tres integrantes del bloque de la Unión Cívica Radical <sup>129</sup>; un miembro del Movimiento Popular Neuquino <sup>130</sup>, del Bloque Peronista Federal <sup>131</sup>, del Justicialista Nacional <sup>132</sup> y del Pro <sup>133</sup>.

Teniendo en cuenta que los dictámenes se conforman con la mayoría absoluta de quienes conforman la comisión, no hay que ser muy lúcido (yo de hecho no lo soy) para notar que si hay nueve integrantes de la misma bandera política del presidente, los dictámenes serán todos favorables a la validez de los decretos de necesidad y urgencia, excepto, claro está, que el presidente ordene lo contrario.

A mi entender, resulta preocupante que la comisión que, a través de sus dictámenes, controla el dictado de decreto de necesidad y urgencia tenga la misma bandera política que quien los dicta. No obstante, esto era lo que mandaba el mensaje del art. 99, inc. 3º, según el cual la mentada comisión debería estar integrada guardando “la proporción de las representaciones políticas de cada cámara”. Uno podría sostener que, aun mediando este tipo de integración, y en aras de un verdadero control, se podría haber estipulado una mayoría de dos tercios para la formación de los dictámenes. Ello es correcto, pero he aquí el problema de los receptores del mensaje constitucional: es impensable, desde una mirada democrática, que el Poder Judicial determine cuáles deben ser las mayorías adecuadas para resolver este tipo de situaciones.

## **2. Trámite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia o íter de un cafecito en una curiosa confitería**

### *a) Ven por el café*

Una vez dictado el decreto de necesidad y urgencia, el jefe de Gabinete de Ministros debe remitirlo a la comisión dentro de los siguientes diez días <sup>134</sup>. En caso de incumplimiento, la comisión puede avocarse, de oficio, a su tratamiento <sup>135</sup>. La mentada comisión tiene diez días hábiles para emitir el dictamen <sup>136</sup> y vencido el plazo, las cámaras podrán tratarlos de manera inmediata <sup>137</sup>.

<sup>128</sup> Los senadores Jorge Capitanich, Miguel Ángel Pichetto, Nicolás Fernández, María Cristina Perceval, María Laura Leguizamón y los diputados Diana Conti, Agustín Rossi, Luis Francisco Cicogna y Patricia Vaca Narvaja.

<sup>129</sup> Los senadores Ernesto Sanz y Luis Petcoff Naidenoff y el diputado Oscar Aguad.

<sup>130</sup> El senador Luis María Sapag.

<sup>131</sup> El diputado Jorge Landau.

<sup>132</sup> El diputado Gustavo Enrique Ferri.

<sup>133</sup> El diputado Pablo Gabriel Tonelli.

<sup>134</sup> Art. 99, inc. 3º, párr. 4º, CN.

<sup>135</sup> Art. 18, ley 26.122.

<sup>136</sup> Art. 19, ley 26.122.

<sup>137</sup> Art. 20, ley 26.122.

Como vemos, la ley ha diseñado un mecanismo según el cual hay un órgano (llámese jefe de gabinete o comisión bicameral) que tiene la obligación de preparar el “café” para otro (sea enviar el decreto de necesidad y urgencia o preparar el dictamen para las cámaras), con la sanción de que ese “otro” se prepare el “café” para sí. Por más que nos parezca ridículo que la sanción al jefe de gabinete sea que “le vayan a buscar el decreto de necesidad y urgencia”, un Poder con las características contramayoritarias como el judicial no debería modificarlo, ya que estos curiosos incentivos son perfectamente compatibles con el mensaje constitucional. Si el mensaje constitucional hubiera sido más claro, tal vez los tribunales podrían decir algo al respecto, pero, lamentablemente, no es el caso.

### *b) El café frío es café*

Si bien la ley estipula plazos para el tratamiento de los decretos de necesidad y urgencia por parte de la comisión, no se contemplan plazos para el tratamiento en las cámaras. En este sentido, mientras el decreto no sea rechazado, mantiene su vigencia. Esta situación es similar en varios Estados (v. gr., España), pero en numerosos ordenamientos jurídicos se contempla que en caso de que el decreto no sea ratificado por el Parlamento dentro de determinado plazo, éste pierde sus efectos. Así, en Italia el plazo es de sesenta días <sup>138</sup> y en Brasil es de treinta <sup>139</sup>.

El té frío es bastante feo, pero lo cierto es que el café frío es horrendo. No obstante, nuestra ley permite que el tiempo pase sin ninguna consecuencia: el café frío es café. Por más que su gusto nos parezca espantoso (el café o que los decretos de necesidad y urgencia sigan rigiendo aunque el Congreso nunca los trate) nada podemos hacer con él: la mano (el juez) que podría tirarlo en la pileta de la cocina tiene el brazo atado y el mensaje constitucional no provee ningún elemento para desatarse (para declarar inconstitucional al decreto de necesidad y urgencia por su no tratamiento).

<sup>138</sup> Art. 77 de la Constitución de la República Italiana: “No podrá el gobierno, sin delegación de las cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria.

”Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes.

”Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueron convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos”.

<sup>139</sup> Art. 62 de la Constitución de la República Federativa del Brasil: “En caso de relevancia y urgencia, el presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional, que, estando en receso, será convocado extraordinariamente para reunirse dentro de cinco días. *Las medidas provisionales perderán eficacia, desde su edición, si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso disciplinar las relaciones jurídicas transcurridas*”.

Hay quienes entienden que la ausencia de plazos es contraria al art. 82, CN <sup>140</sup>, posición que no comparto y que me parece incompleta. No comparto, porque el mentado artículo dispone: “La voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente, se excluyen, en todos los casos, la sanción ficta o tácita”. Según entiendo, lo que la norma constitucional prohíbe es una estipulación según la cual, luego de determinado plazo de tiempo (supongamos treinta días) y ante el silencio del Congreso, el decreto de necesidad y urgencia quedase ratificado. No obstante, la ley 26.122 no dispone ello, simplemente no dice nada y por más desagradable que esto nos parezca, no existe ninguna incompatibilidad con el texto constitucional. De acuerdo con la ley 26.122, el silencio parlamentario no ratifica ni rectifica, simplemente es silencio.

Además, entiendo que la posición es incompleta: en primer lugar, no me queda claro cuál es el artículo inconstitucional, ya que ninguno dice algo así como: “Si el Congreso no se expide en X cantidad de tiempo, el decreto de necesidad y urgencia queda aprobado”; en segundo término, luego de declarar la inconstitucionalidad de la norma (no sé cuál), ¿qué es lo que debe hacerse? ¿Inventar un plazo para que el Congreso se expida y analizar si está vencido? Tal vez sea la solución, tal vez haya otras, tal vez ninguna, pero poco se resuelve diciendo que “hay algo” inconstitucional.

### c) *Un café que resiste un “sorbito”*

Mientras la ley espacial no había sido sancionada, tenía cierta reticencia con la idea de contralor parlamentario. Si bien un buen tratamiento sobre la temática requeriría de un nuevo trabajo, entiendo que los constitucionalistas deberían preguntarse si el Parlamento puede funcionar como un órgano de contralor. Para Sartori la eventual función de control tiene que ver con la posición sistémica del Parlamento. Destaca que la función de control parlamentaria existía mientras era el rey quien tomaba las decisiones del gobierno. En aquellos momentos, los Parlamentos debían avalar las decisiones reales en materia impositiva, pero no tenían más que esta atribución gubernamental y se dedicaban al contralor de las funciones del Estado, del cual no formaban parte. Sin embargo, en la actualidad, y al decir de nuestro autor, los Parlamentos integran el Estado y son quienes se encargan de la función de gobierno y ya no se ocupan de materias relativas al control <sup>141</sup>.

Además, en la idea de control parlamentario, no debemos olvidar la importancia de los partidos políticos. Así, debemos tener presente que en las democracias modernas (nos guste o no) el líder del partido político es más importante que

<sup>140</sup> Así MILLÓN QUINTANA, Joaquín - MOCOROA, Juan M., “El presidencialismo sin *happy ending*”, A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, JA 2007-I-8-12.

<sup>141</sup> SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, cit., cap. 9, en especial ps. 188/192.

cualquiera de los parlamentarios que, por lo general, tienen obediencia hacia aquél. No debemos desconocer que “los miembros del Parlamento son, por lo general, unos borregos votantes perfectamente disciplinados”<sup>142</sup>.

En este contexto, me preguntaba qué pasaría si el presidente de la Nación contaba con mayoría en las dos cámaras del Congreso. Lo cierto es que la ley 26.122 me ha hecho reformular aquella inquietud, ya que el Poder Ejecutivo no necesita contar con mayoría en ambas cámaras del Parlamento, sino que alcanza con que esta situación exista en una de ellas: Dado que para rechazar el decreto es menester la voluntad de ambas cámaras, al Poder Ejecutivo le basta con dominar sólo una<sup>143</sup>.

La disposición según la cual un “sorbito” al café (un revés en alguna de las cámaras) no es óbice para que el café siga existiendo como tal, ya que es necesario que cada una de las cámaras dé su “sorbito”, es absolutamente compatible con el mensaje constitucional, que sólo habla de un “tratamiento” por parte de las cámaras.

#### PALABRAS FINALES. SIN CONCLUSIÓN: SÓLO UN DESEO

*“Nada está perdido  
si se tiene el valor para proclamar  
que todo está perdido  
y hay que empezar de nuevo”.*  
(Julio Cortázar)

Creo que es innegable que la pretendida regulación de los decretos de necesidad y urgencia ha fracasado. Aquí he intentado brindar algunas situaciones que entiendo que obstaculizaron un potencial control. No obstante, muchas de las afirmaciones aquí expuestas no sólo que no son compartidas por la mayoría de quienes dicen escribir sobre derecho constitucional, sino que ni siquiera son tratadas.

Es cierto que los cambios deben provenir de las esferas políticas, pero desde los sectores académicos no se pueden proveer elementos que sirvan de sostén de diseños institucionales poco atractivos, poco interesantes. Es cierto que a muchos se les pagará para que teoricen a favor de estos diseños, pero quienes genuinamente se avoquen al estudio del diseño institucional deben correr con

<sup>142</sup> WEBER, Max, “La política como vocación”, en *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1998. En esta conferencia, Weber advertía sobre el advenimiento de la democracia plebiscitaria, en la cual los líderes de los partidos políticos, cobrarían más importancia que cualquiera de los parlamentarios y del Parlamento como institución.

Sobre el debilitamiento del Congreso argentino en materia de control, véase NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002, ps. 531/538.

<sup>143</sup> Así el art. 24, ley 26.122, dispone que “el rechazo por *ambas* cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo que establece el art. 2º, CCiv., quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (las cursivas son mías).

la responsabilidad de que muchos de sus argumentos pueden ser utilizados como sustento de las políticas que guiarán nuestros destinos.

En algún momento, espero que se discuta de manera profunda ¿qué Poder Judicial queremos? y ¿qué deseamos de él? Una vez que nos pongamos de acuerdo en, por ejemplo, que sólo intervenga teniendo la última palabra en materia constitucional cuando lo haga para mejorar los canales de representación, deberemos pensar en normas claras que permitan llegar a tal fin. Sin lugar a dudas el mensaje del art. 99, inc. 3º, no ha sido redactado de este modo. Ante esta situación podemos inventar remaches (haciéndole decir a la Constitución cosas que no dice) o asumir que la estructura está podrida.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación de la esfera política*, [http://www.buenosaires.gov.ar/areas/jef\\_gabinete/derechos\\_humanos/archivos\\_eventos/acceso\\_justicia\\_esfera\\_politica.pdf](http://www.buenosaires.gov.ar/areas/jef_gabinete/derechos_humanos/archivos_eventos/acceso_justicia_esfera_politica.pdf).
- BARBERIS, Mauro, “Libertad y liberalismo”, *Revista Isonomía*, México, abril 2002.
- BARRA, Rodolfo, “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, LL 1998-B-1362.
- BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- BERCHOLC, Jorge, *La Independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2004.  
— *Las dificultades actuales para obtener consenso en las sentencias de la Corte Suprema. Unanidades, disidencias y cambios de jurisprudencia*, ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica.
- BERGALLO, Paola, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, ponencia presentada en SELA 2005, <http://islandia.law.yale.edu>.
- BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1988.
- BIANCHI, Alberto, “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LL 1991-C-141.
- CARRIÓ, Genaro, “Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio de gobierno de la mayoría”, LL 1990-C-1050.
- CAYUSO, Susana, “Los decretos de necesidad y urgencia. Texto constitucional vs. praxis constitucional”, en BIDART CAMPOS, Germán J. - GIL DOMÍNGUEZ (comps.), *A una década de la reforma constitucional 1994-2004*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- COURTIS, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en BERGALLI, Roberto - MARTYNIUK, Claudio, *Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires, 2003.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. 5, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- ELSTER, Jon, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en SHUTE, Stephen - HURLEY, Susan (comps.), *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 1998.
- ELY, John H., *Democracia y desconfianza, Siglo XX*, Bogotá, 1997.
- FARRELL, Martín D., *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.  
— *Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- FERREIRA RUBIO, Delia - GORETTI, Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993)”, ED 158-849.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1984.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Buenos Aires, 1996.
- “Constitución y Democracia”, en AA.VV., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.
- “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Aborto voluntario y Estado constitucional de derecho”, LL del 30/6/2006.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Siglo XX, Buenos Aires, 1964.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1975.
- LUJAMBIO, Alonso, “Los problemas de la democracia según Gargarella”, *Revista Isonomía*, México, abril 1995.
- MIDÓN, Mario, “Decretos de necesidad y urgencia - ‘Verrocchi’: Empate técnico entre la libertad y el poder”, LL 1999-E-590.
- MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, 2 ts.
- *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1987, 2 ts.
- MILLÓN QUINTANA, Joaquín - MOCOROA, Juan M., “El presidencialismo sin happy ending. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, JA 2007-I-8-12.
- MOTESQUIEU, Charles - Louis de Secondat, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, Orbis, Barcelona, 1984.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- PRELOT, Marcel - LESCUYER, Georges, *Historia de las ideas políticas*, La Ley, Buenos Aires, 1991.
- RAZ, Joseph, “La intención en la interpretación”, *Doxa* 1997-20.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Losada, Buenos Aires, 2005.
- RUSSO, Eduardo Á., *Teoría general del derecho, en la modernidad y en la posmodernidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- SABSAY, Daniel - ONAINDIA, José, *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1998.
- SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza, Buenos Aires, 1992.
- *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994.
- SOLÁ, Juan V., *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2000, 2 ts.
- VÁZQUEZ, Adolfo R., “El control de constitucionalidad de las leyes en la República Argentina”, LL 1997-F-1159.
- WEBER, Max, “La política como vocación”, en *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- ZELAZNIK, Javier, “Gobierno”, en PINTO, Julio (comp.), *Introducción a la ciencia política*, Eudeba, Buenos Aires, 2003.

# LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO: UN TIPO PENAL INJUSTO

CECILIA HOPP \*

Este ensayo pretende analizar distintos argumentos en favor y en contra de la penalización de la acción de interrumpir un embarazo con consentimiento de la mujer embarazada, acción que hace también punible a la mujer que consiente tales procedimientos sobre su cuerpo.

Me propongo refutar en forma racional los argumentos jurídicos que se dan para sostener que penalizar el aborto es algo obligatorio para el Estado.

Sostendré que la decisión de interrumpir un embarazo no debe ser punible ni para la mujer embarazada ni para el médico que la asista.

Para lograr mis dos objetivos habré de analizar qué es la autonomía y qué significa el derecho a la vida; luego daré algunos argumentos más en favor de la despenalización y, por fin, intentaré alguna conclusión.

## I. EL DEBATE

En el último tiempo se ha reavivado el debate sobre este tema. Han contribuido para que esto suceda varios acontecimientos.

Se han difundido a través de los medios masivos de comunicación dos casos de mujeres deficientes mentales embarazadas producto de sendas violaciones, cuyos familiares acudieron a hospitales públicos para que se les interrumpiera el embarazo en los términos de la permisión del aborto para tales casos, previstas en el art. 86, inc. 2º, CPen., y se vieron obligados a acudir a la justicia para que, finalmente, se les conceda permiso para hacer algo que, en definitiva, ya estaba permitido <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Me refiero al caso “G., A. R. en: C., S. M. y otros”, LL del 30/8/2006, sentencia del 22 de agosto del mismo año, decidido finalmente por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza y al caso “R., L. M.” (LNBA 2006-10-1187 y en LexisNexis Online, bajo el nombre de “R., L. M.”, 31/7/2006), que fue decidido definitivamente por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, ambos fueron resueltos en el sentido de la permisión del aborto.

\* Agradezco los comentarios críticos de mis amigos Mauro Benente, Flavia Lamarre, Roberto Campos, Mishkila Rojas y Cecilia Garibotti, de mi profesora Patricia Ziffer y de mi madre, Nora Chervinsky.

Por otro lado, hemos podido oír diferentes opiniones en torno a proyectos legislativos que han sido aprobados, otros que no lo han sido aún, y alguno que no parece que esté cerca de convertirse en ley. Me refiero, en primer lugar, a la ley que permite la ligadura de trompas <sup>2</sup>, a la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer <sup>3</sup> y a la Ley sobre Educación Sexual sancionada por el Congreso de la Nación; en segundo lugar, al proyecto de ley que obligaría a los hospitales públicos a dar en forma gratuita la llamada “píldora del día después” y a que informen a las mujeres sobre el uso de este anticonceptivo de emergencia; y, por último, al anteproyecto de código penal que se ha dado a conocer este año desde la Secretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que despenaliza el aborto “cuando las circunstancias lo hicieren excusable”.

En todos estos casos se han oído muy fuerte las voces que están en favor de la penalización del aborto, incluso en los casos en los que el Código Penal actual lo justifica <sup>4</sup>. Hay que reconocer que han argumentado muy bien y con mucho esfuerzo aquellos que piensan que el aborto es un hecho inmoral, incorrecto o ilegal; se han servido de los pactos de derechos humanos y de razones jurídicas parciales, pero fuertes, para sostener que hay que mantener la prohibición del aborto voluntario.

Los defensores del derecho de la embarazada a decidir si desea continuar con la gestación o no han discutido en otro plano y nunca rebatieron los argumentos jurídicos que se dan en favor de la penalización del aborto. Si bien lo dicho en favor de la despenalización ha sido muy valioso, creo que no es suficiente: para sostener una posición hay que dar razones en favor de lo que se cree correcto, pero no hay que olvidar que también hay que refutar las razones de quien piensa y sostiene lo contrario.

Es mi opinión que desde el discurso jurídico tenemos mucho que decir para afirmar la necesidad de que se despenalice y legalice <sup>5</sup> el aborto, además de lo concluyente que es la realidad en cuanto a que los abortos se practican de hecho y que muchas mujeres mueren en el intento de interrumpir sus embara-

<sup>2</sup> Ley 26.130.

<sup>3</sup> Finalmente sancionada por el Congreso en la madrugada del 17/11/2006.

<sup>4</sup> Sobre esto se ha dicho, insólitamente, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha derogado tácitamente la justificación del aborto en los casos del art. 86, CPen., porque se protege la vida “desde el momento de la concepción”. Se trata de un argumento inadmisibles: pretender que una causa de justificación expresada claramente en el Código Penal pueda ser derogada sin una norma expresa y clara en ese sentido es un flagrante desconocimiento del principio de legalidad. Sobre el argumento de la “derogación tácita” se puede consultar una nota a fallo, SCALA, Jorge, “Aborto no punible. A propósito del caso ‘R., L. M.’. Un fallido fallo”, JA 2006-IV, fasc. 12, del 20/12/2006.

<sup>5</sup> Despenalizar y legalizar no son exactamente lo mismo. Hay que despenalizarlo para que las mujeres puedan pedir la interrupción de embarazos sin estar amenazadas con pena; hay que legalizar el aborto para que las mujeres accedan a abortos seguros y gratuitos.

zos clandestinamente, constituyendo éste un problema moral y de salud pública que ya no se puede ignorar.

Mi intento en este ensayo es aportar algunos argumentos jurídicos al debate y refutar las proposiciones relacionadas con los derechos humanos que se han oído en favor de la penalización. Todas las voces son valiosas, ya que enriquecen el debate que hace que las decisiones que más nos importan sean tomadas en forma democrática y racional <sup>6</sup>.

Los argumentos jurídicos son especialmente valiosos estratégicamente, dada la legitimidad social que tiene el discurso jurídico y, sobre todo, el de los derechos humanos, a partir de la anulación en el Congreso de la Nación de las nefastas leyes conocidas como “de obediencia debida” y “punto final”, y la sostenida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que los pactos de derechos humanos que la Nación Argentina incorporó a su derecho interno con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN) hacen que no podamos cerrar los ojos ante las violaciones a los derechos humanos <sup>7</sup>.

## II. LA AUTONOMÍA Y LOS LÍMITES AL DERECHO PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

El Derecho regula las relaciones entre las personas, los contactos sociales, y presupone la autonomía de las personas a quienes les imputa las sanciones previstas en sus normas.

La autonomía de la que hablo es una creación jurídica, una ficción creada por el Derecho; por ello no es necesario, para la finalidad de este trabajo, preguntarme si verdaderamente es posible que un ser humano sea autónomo, o si en realidad está completamente determinado por las estructuras económicas de la lucha de clases en la sociedad, o por la educación que recibió, los traumas de su niñez, etc.; el Derecho no se lo pregunta, da por sentada la autonomía sin más ni más: la mayoría de los sujetos de Derecho son autónomos <sup>8</sup>.

El problema filosófico fundamental de determinar el contenido de la autonomía se resuelve normativamente y está bien que así sea: el Derecho regula

<sup>6</sup> Conf. GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 157/161.

<sup>7</sup> Conf. “Bramajo, Hernán”, 12/9/1996, LL 1996-E-409; “Giroldi, Horacio D. y otro”, 7/4/1995, LL 1995-D-462; “Simón, Julio Héctor y otros”, 14/6/2005, LL 2005-E-520; “Arancibia Clavel, Enrique L.”, 24/8/2004, LL del 10/11/2004; “Ekmekdjian, Miguel A. v. Sofovich, Gerardo y otros”, 7/7/1992, LL 1992-C-543; “Verbitsky, Horacio”, 3/5/2005, LL 2005-E-39, “Casal, Matías E. y otro”, 20/9/2005, LL 2005-E-657; etc.

<sup>8</sup> Por esta razón, de aquí en más me referiré a la autonomía en el sentido *normativo*. Ciertamente es que muchas veces le parecerá al lector que se está hablando de la autonomía en el sentido ontológico, la autonomía “de verdad”; sin embargo, siempre me voy a estar refiriendo a una apreciación normativa del mundo de la naturaleza, aun cuando diga, por ejemplo, que el feto viable tiene cierto grado de autonomía y que el feto que moriría separado del cuerpo de la mujer no es autónomo.

los contactos sociales, los hechos sociales, como contraposición a los hechos de la naturaleza. El Derecho prohíbe o permite conductas que tienen un sentido comunicativo y un valor, que son evitables y modificables por las personas <sup>9</sup>; no puede considerar hechos de la naturaleza e imputarles sanciones directamente. Por ello, no es lo mismo la autonomía “verdadera”, que puede ser puesta en duda por la sociología, la psicología o cualquier otra disciplina o ciencia que se ocupa del ser, que la autonomía tomada en cuenta por el Derecho, que se ocupa del deber ser <sup>10</sup>.

Entonces, un ser autónomo es aquel que la sociedad entiende que debe ser autónomo (porque tiene la edad suficiente para haber desarrollado su raciocinio, no tiene enfermedades mentales que lo priven de discernimiento, etc.), es aquel que puede motivarse en la norma, el que puede conocerla y elegir actuar conforme a ella <sup>11</sup>.

El Derecho civil da validez a los contratos suscritos por personas capaces y no vincula a los incapaces por las convenciones que suscriben porque ellos no son del todo autónomos. En el caso de los menores de edad, hasta los 21 años, el Derecho establece que la persona no ha llegado a madurar lo suficiente como para dirigir plenamente su vida y su patrimonio por sí sola. En el caso de los dementes, no son plenamente autónomos porque carecen de racionalidad, elemento esencial de la autonomía. Puede pensarse que los sordomudos que no saben darse a entender por escrito sí son autónomos, pues tienen discernimiento y pueden razonar perfectamente, pueden además conocer la ley, que es la carga principal que el derecho impone a todo sujeto de derechos; sin embargo, no pueden expresar su voluntad, de modo que no son lo suficientemente autónomos, pues la autonomía no solamente incluye la formación de la voluntad de modo racional, sino también darla a conocer y esto es lo que les falta a los sordomudos que no saben escribir.

Los contratos no vinculan a quienes actúan con error esencial y excusable, pues en verdad no han podido decidir obligarse del modo en que el contrato dice que lo hicieron; si han actuado con toda la prudencia que el negocio merecía y aun así se han equivocado en la apreciación de las circunstancias de hecho, quedan liberados de cumplir. No libera el Derecho civil a quien actúa en forma imprudente, pues un ser autónomo debe pensar en las posibles consecuencias de sus actos. Tampoco es excusable el desconocimiento de las leyes, pues todo ser

<sup>9</sup> Conf. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 9/12.

<sup>10</sup> Conf. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1971, ps. 28/31.

<sup>11</sup> Conf. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, t. I, “Fundamentos, la estructura de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 1997, ps. 146/147.

autónomo tiene como primera carga conocer sus derechos y sus obligaciones. En abstracto, es evidente que cualquier persona con pleno uso de su razón perfecta va a asegurarse de conocer todas las consecuencias de sus actos y a actuar conociendo todas las circunstancias relevantes, de modo que todo salga de acuerdo con lo planeado.

En el caso del Derecho penal, solamente son sujetos del Derecho penal y, por lo tanto, pasibles de una pena, en caso de que realicen el tipo penal, contradiciendo la norma, aquellas personas que son plenamente autónomas, capaces de tener la culpa de no haber cumplido con su deber de hacer u omitir cierta acción.

Los ejemplos expuestos demuestran que el Derecho solamente imputa plenos efectos jurídicos a las acciones de las personas sobre las cuales no concurre ninguna causa que la sociedad acepte como excluyente de la autonomía. Correlativamente, el Derecho debe dedicarse a preservar los elementos que forman la autonomía de la voluntad, los llamados bienes jurídicos: vida, integridad física, honor, patrimonio, etc.

Esta conclusión se ve reforzada por la primera oración del art. 19, CN, que reserva a los individuos una esfera en la que nadie puede legítimamente interferir: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. De la lectura de esta regla fundamental se infiere que solamente aquellos actos de las personas que interfirieran en la esfera de autonomía de otro habilitan la injerencia del Estado <sup>12</sup>.

Es claro que el derecho penal no sirve para proteger bienes jurídicos, porque por regla comienza a funcionar una vez que el bien jurídico ya está afectado <sup>13</sup>. Se ha dicho, entonces, que en definitiva lo que el derecho penal protege es la vigencia de la norma, refiriéndola cada vez que alguien comunica, cometiendo un delito, que la norma no está vigente respecto de él <sup>14</sup>. A mi parecer, ésta es una opinión muy sensata y bastante explicativa de la función del Derecho penal. Sin embargo, me parece que la vigencia de la norma es otro “bien ju-

<sup>12</sup> Conf. NINO, Carlos, “¿Es la tenencia de drogas para fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?”, en MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, ps. 571/573.

<sup>13</sup> Conf. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 13.

<sup>14</sup> Conclusión muy criticada, sostenida por Jakobs, porque permite la aplicación de cualquier norma, aun si ésta es inaceptable por ser inconstitucional, injusta, o inmoral. Sucede que las conductas sometidas a penas deberían ser solamente aquellas que revelen una decisión personal de afectar derechos legítimos de terceros (art. 19, CN) y sobre las cuales existe un consenso prácticamente unánime en la sociedad de que deben estar prohibidas. Por lo demás, qué conductas deben ser penadas y cuáles no, no es un problema de la teoría del delito o de las teorías de la pena, sino de derecho constitucional y de política criminal. Conf. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general...*, cit., ps. 12/14; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general, I, el hecho punible*, trad. de la 2ª ed. alemana de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, ps. 6/7, 17/18; SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal, Parte general, I*, 3ª ed. reelaborada y amp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 35 y 47/51.

rídico” que sirve para proteger el valor fundamental por el que se sostiene el Estado de Derecho: la autonomía de la voluntad.

La norma al mismo tiempo se imputa a la persona designada como autónoma, protege la autonomía y la fomenta.

La persona que dispone libremente de su vida, honor, patrimonio, integridad física, etc., se considera autónoma. A modo de ejemplo: cualquier conducta de una persona que tienda a lesionar la integridad física de otro lesiona la autonomía del titular de ese objeto de bien jurídico y es por eso que el Estado está autorizado (pero no obligado) a interferir en esa acción u omisión, imponiéndole una pena previamente determinada. Es decir que solamente puede ser delito una conducta cuando ella tienda a privar a otro de su autonomía, ya sea total o parcialmente.

Entonces, llevado hasta las últimas consecuencias el argumento de que el art. 19, CN, permite que sean delitos solamente las acciones que tiendan a privar a otro de una porción de su autonomía, el aborto no puede ser un delito, porque no es concebible afirmar que un sujeto de derechos (el feto), que no puede tener vida—en el sentido biológico— si no es estando dentro del cuerpo de otro sujeto de derechos, goza de algún grado de autonomía.

Para quien tenga alguna duda o reparo moral, respecto de que no es lo mismo la vida en germen o *nasciritus* que una persona adulta, piense en el siguiente caso hipotético: una mujer embarazada muere en un accidente. Los médicos logran extraerle el feto vivo. El feto aún no está desarrollado como para poder respirar solo, pero pueden mantenerlo vivo introduciéndolo en un medio líquido y alimentándolo. Sin embargo, a causa de ciertas lesiones, el feto nunca podrá seguir desarrollándose hasta ser apto para respirar por sus propios medios y vivir fuera del frasco en el que lo alimentan <sup>15</sup>. Ese feto en un frasco, ¿vale lo mismo que Ud., que está leyendo este ensayo y respirando sin ayuda?, ¿es lo mismo que una persona que ya nació?

El embarazo compromete durante nueve meses todo el cuerpo de la mujer, quien sufre cambios verdaderamente importantes. A la sazón, luego de parir tendrá todas las obligaciones de la patria potestad y será madre, o bien, deberá decidir dar a su hijo en adopción. Todo esto que le sucede a una mujer desde que queda embarazada es una injerencia muy importante. Muchas mujeres se someten gustosas al embarazo, pues es su plan de vida ser madres, educar, amar y sostener económicamente a sus hijos. Pero hay otras mujeres que no desean engordar, ir al médico frecuentemente, sufrir vómitos y después de todo esto tener un hijo. Muchas mujeres no son lo suficientemente maduras para educar a un niño o carecen de medios económicos para mantenerlos. Hay muchos motivos que puede tener una mujer para no querer continuar con un embarazo y es-

<sup>15</sup> Este caso está tomado de uno similar que da FARRELL, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 36.

tos son todas cuestiones privadas de ella, pertenecen a su intimidad y el Estado no puede indagar acerca de esas razones o sinrazones.

Cuando el aborto se encuentra amenazado con pena, el mensaje que recibimos las mujeres es: “puedes hacer lo que quieras con tu cuerpo y tu vida, puedes trabajar o no hacerlo, puedes profesar la religión que quieras o no profesar ninguna, puedes tener relaciones sexuales con quien quieras y del modo que quieras, pero si sucede que quedas embarazada, entonces tu cuerpo deja de ser tuyo y le pertenece al Estado, debes soportar que crezca un niño en tu vientre y darlo a luz; desde ese momento tu cuerpo vuelve a pertenecerte y serás madre o bien entregarás el niño al Estado para darlo en adopción”. ¿Es el embarazo una sanción, una pena? No lo es, pero la similitud de las situaciones es notoria cuando la mujer es constreñida a continuar con su estado de gravidez en contra de su voluntad, porque se le suprime una porción considerable de autonomía para probablemente obtener una vida, salvo que el embarazo cause peligro para la vida o la salud de la mujer, o si el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor de una mujer idiota o demente (art. 86, CPen.). Esta consecuencia de la penalización del aborto es inaceptable éticamente, un ser humano no puede ser tratado como un medio para la consecución de algún fin que le es ajeno<sup>16</sup>. Si la mujer no quiere estar embarazada, nadie puede obligarla en favor del niño que podría nacer luego.

Suele argumentarse, en contra del derecho de la mujer de decidir interrumpir un embarazo, en razón de su derecho fundamental de elegir su propio plan de vida, que lo primero que debe hacer un ser autónomo es pensar en las consecuencias de sus actos. Pero este argumento solamente puede demostrar que la mujer que ha quedado encinta sin realmente querer tener un hijo no es plenamente autónoma (probablemente nadie lo sea), pero nunca va a servir para justificar privarla más aún de su autonomía.

Cualquier lector atento me recordará que, de todas maneras, los seres autónomos deben pensar en las consecuencias de sus actos, porque el derecho impone consecuencias jurídicas a los actos de las personas y me podrá dar un ejemplo del Derecho civil: cuando una persona autónoma firma un contrato, debe saber que su voluntad de obligarse será tomada en serio y que deberá cumplir; ya no le alcanzará con tener la voluntad de no cumplir para desobligarse. Todo esto es cierto, pero en el Derecho de los contratos, se crean relaciones normativas: si yo me obligo a entregar mi auto a otro a cambio de un precio, la entrega del auto no se producirá naturalmente, sino que yo, voluntariamente debo hacer una acción positiva de entregar el auto, y si no lo hago, un juez decidirá que me saquen el auto y se lo entreguen a mi cocontratante, en razón de que yo, al obligarme, he fundado una expectativa normativa y ella no debe ser defrau-

<sup>16</sup> Conf. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, Austral, Madrid, 1977, ps. 86/87. También hace referencia a este principio fundamental del liberalismo NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 171.

dada. El embarazo, en cambio, es una consecuencia de la naturaleza, algo totalmente ajeno al Derecho; el nacimiento tampoco puede ser decidido por un juez, es algo que sucede, sobre lo que el Derecho no puede incidir. El embarazo no crea expectativas normativas. Es por esto que el Derecho no necesariamente debe obligar a la mujer a aceptar las consecuencias de tener relaciones sexuales sin cuidarse de no resultar embarazada, como si hubiera firmado un contrato imaginario. La diferencia entre el contrato y el embarazo radica en que en el caso del contrato, el contratante efectúa una acción que el Derecho regula previendo que, dadas ciertas circunstancias, habrá una cierta consecuencia. El que no respeta su contrato está declarando que las normas que refieren a las convenciones no rigen para él, y el Estado debe refirmar la vigencia de la norma que impone que los contratos deben cumplirse. Tener relaciones sexuales o estar embarazada son hechos de la naturaleza; el embarazo no es una consecuencia normativa de tener relaciones sexuales; de modo que el Estado no tiene ninguna necesidad de refirmar esa consecuencia, el embarazo no es una sanción.

Siguiendo con la comparación con los contratos, ¿con quién contrata la mujer cuando queda embarazada? La respuesta no puede ser dios, porque el Estado es laico y nadie está obligado a creer en la existencia divina.

Un defensor de la penalización del aborto me recordará que hay vida, sea condicional, en germen, lo que sea, pero está protegida, es vida y por ello, el feto tiene derechos. Pero quienes hablan así parecen estar diciendo que el conflicto es el mismo que si una persona ya nacida le da un disparo con un arma de fuego a otra y causa de ese modo su muerte. Ya intuitivamente parece que no se trata de la misma situación y es cierto que no lo es. El hecho de que sean distintos tipos penales el aborto y el infanticidio, y la gran diferencia entre privación de libertad de 1 a 4 años (para el delito de aborto) y la prisión o reclusión perpetua (para el caso de que una madre mate a su hijo) indica que la situación es valorada de modo distinto. En el caso del disparo, una persona decide causar la muerte, arrogarse toda la esfera de autonomía de otra que no desea morir y que es completamente independiente de ella. En el caso del aborto del feto, éste no es independiente de la mujer, no es viable la prolongación de su vida sin estar dentro del vientre de la mujer, nadie priva a nadie de su autonomía.

Ya Vélez Sarsfield, quien sostenía que el feto no necesitaba ser capaz de prolongar su vida fuera del seno materno para ser considerado persona, siempre que haya logrado separarse de su madre y respirado aunque sea por un segundo, en la nota al art. 3290, CCiv., sostuvo: “El hijo, en el seno de la madre, tiene sólo una existencia común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual”. El feto es parte del cuerpo de la mujer, es parte de la autonomía de ella, no es un ser autónomo en sí mismo.

La solución conforme a la Constitución es, entonces, que si existe un conflicto entre la autonomía de la mujer embarazada, quien no quiere continuar en ese estado, y la protección del cigoto desde la concepción, siempre debe deci-

dirse en favor de la autonomía, salvo que el feto sea ya capaz de prolongar su vida fuera del cuerpo de la mujer que no quiere estar embarazada; ella nunca debe soportar que la obliguen a gestar a un niño. Si el embarazo avanzó tanto que el feto puede nacer y sobrevivir separado de su madre, entonces debe nacer y el Estado deberá hacerse cargo.

### III. LA VIDA Y SU PROTECCIÓN

El aborto con consentimiento de la mujer está penalizado para el que lo cause en el art. 85, inc. 2º, CPen., y para la mujer embarazada en el art. 88, CPen., en el capítulo correspondiente a los delitos contra las personas, particularmente en los delitos contra la vida, justo después del homicidio. Entonces parece que el legislador ha considerado que el aborto termina con una vida humana y que el injusto del aborto es el mismo que el del homicidio. Sin embargo, la pena por *causar aborto* es sensiblemente menor que la que corresponde por *matar a otro*. Los marcos penales sirven como indicadores de la gravedad del injusto<sup>17</sup>; es por ello que las penas de todos los delitos deben estar proporcionadas: la mayor pena debe corresponder al mayor injusto, a la mayor injerencia de una persona en la esfera de la autonomía de otra.

Por *matar a otro* la pena es de 8 a 25 años de prisión o reclusión (art. 79, CPen.) y si se trata de un homicidio agravado, por ejemplo por el vínculo, cuando una madre mata a su hijo, la pena es de prisión o reclusión perpetua para ella y sus colaboradores que conozcan el vínculo (arts. 80, inc. 1º, y 48, CPen.), en cambio, la pena por causar aborto es para el ejecutor y para la mujer que consiente el aborto<sup>18</sup> de 1 a 4 años y además, la tentativa, aún acabada, no es punible para la mujer<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Conf. ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 36/40; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena", *Nueva Doctrina Penal* 1998-A-20. Se trata, por cierto, de un correlato necesario del principio de culpabilidad, que impone que la medida de la pena debe ajustarse a la medida de la culpabilidad y, sobre todo, que nunca puede excederla. Sobre esto se puede consultar cualquier manual o tratado de Derecho penal. Por ejemplo, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit.; SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal, Parte general, I*, 3ª ed. reelaborada y amp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005; ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, cit., t. I; ZIFFER, Patricia, *Lineamientos...*, cit., ps. 59/65. DÍAZ CANTÓN, Fernando, "Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿Es aplicable la escala del art. 44 del Código Penal?", *Nueva Doctrina Penal* 1996-B-597.

<sup>18</sup> Vale aclarar que, aunque el Código Penal trate la conducta de la mujer y la del ejecutor de la interrupción del embarazo en distintos tipos penales, se trata de un caso que se debe resolver según las reglas de la autoría y la participación: la mujer organiza su plan de vida, que incluye interrumpir su embarazo y el médico ejecuta la acción deseada por la titular del cuerpo sobre el cual se practica la intervención. Entonces, si se afirma que la autonomía de la mujer hace la interrupción de su embarazo atípica (como aquí se hace), nunca puede ser delito la acción del médico de ejecutar el hecho que la mujer tiene derecho de organizar, debe considerarse su acción atípica (sobre este argumento, ver JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 62/67).

<sup>19</sup> Lo cual es curioso, teniendo en cuenta que la tentativa acabada constituye la exteriorización de todo lo que el autor puede hacer, según su representación, para consumir el delito que quiere cometer;

Si el aborto es un delito contra la vida, parece que esa vida contra la que se atenta vale bastante poco, pues su pena puede ser menor que la de una estafa, que tiene como máximo seis años de prisión o reclusión (art. 172, CPen.).

Tampoco son congruentes con la supuesta prevalencia del bien jurídico vida (de la persona por nacer) sobre la autonomía de la mujer embarazada las excepciones del art. 86, inc. 1º, en cuanto permite el aborto cuando existe peligro para la salud de la madre y el inc. 2º, cuando justifica la interrupción de un embarazo producto de una violación a una mujer idiota o demente. Si se va a ver el asunto como una pugna entre el derecho de la mujer y el de la vida en germen, ¿qué culpa tiene el feto de que su madre sea idiota o demente y haya sido violada? Y ¿cuál es la razón para que la salud de la mujer prevalezca frente a los derechos del “niño por nacer” y no suceda lo mismo respecto de la autonomía de la persona presente que es la embarazada? Esto hace sospechar —con probabilidad rayana en la certeza— que no es cierto que la vida del feto deba prevalecer. No es cierto que en nuestro Código Penal sea más valiosa la pretensión de lograr que viva un nuevo ser humano que el plan de vida de la mujer embarazada. Por ello es irrazonable establecer *a priori* que el derecho condicional de vivir y llegar a ser autónomo del feto es de mayor jerarquía que la autonomía de la madre, quien ya tiene un derecho presente y fundamental de realizar su propio plan de vida.

En este contexto, tampoco se entiende por qué la ley establece *a priori* que la vida de la madre vale más que la del cigoto cuando hay conflicto entre esos dos bienes jurídicos (art. 86, inc. 1º) y es que parece que la vida de una persona por nacer no vale igual que la de una persona que ya nació y es seguro que es viable para la vida.

En definitiva, todas las excepciones del art. 86, CPen., contradicen el aparente principio de la prevalencia del feto sobre la embarazada.

Suele ponerse en el centro de la discusión el problema del momento en que comienza la vida humana. Este problema es fundamentalmente extrajurídico y para los fines de este ensayo, creo que puedo evitar entrar a considerar desde cuándo existe una vida; ello no será determinante para mis conclusiones, pues si bien es claro que cuando no hay vida no hay injusto, no es tan evidente que cuando sí hay vida, necesariamente haya un injusto que el Estado esté obligado a penalizar.

Nuestra ley fundamental resuelve la pregunta acerca de cuándo comienza a valer la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene jerarquía constitucional desde la reforma de la Constitución en 1994 y la declaración interpretativa del Estado argentino en la ratificación de la Conven-

---

por lo tanto, desde el punto de vista de la culpabilidad, da lo mismo que el hecho se consume o no. Sobre esta idea y sus consecuencias, ver SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito...*, cit., ps. 61/64, 424/429, etc. En verdad todo el libro se dedica a afirmar esta idea y a desarrollar sus consecuencias.

ción sobre los Derechos del Niño, estableciendo que el derecho a la vida es protegido desde el momento de la concepción. El Código Civil, mucho antes de la inclusión de las dos convenciones mencionadas con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN, desde la reforma de 1994), establece que la persona de existencia visible comienza a existir desde el momento de la concepción (art. 70, CCiv.), pero si muere antes de estar completamente separado de su madre, entonces se considera que nunca ha existido (art. 74, CCiv.). Nuestra ley civil, a la que claramente se refiere la declaración interpretativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, da derechos a la persona por nacer (protege la vida), bajo la condición de que el niño llegue a separarse con vida del cuerpo de su madre; se puede decir que se trata de una vida o una existencia condicional hasta el momento del nacimiento.

Proteger un bien jurídico no significa necesariamente penalizar a quien cometa una acción tendente a dañarlo; el art. 19 de nuestra Constitución habilita al Estado a prohibir aquellas conductas que tiendan a dañar a otro pero no lo *obliga* a penalizarla. Piénsese en una sirena de un carro de bomberos o en la alarma de un auto: el ruido produce contaminación sonora y es verdaderamente molesto, seguramente es dañino para la salud de los oídos, y sin embargo no hay un consenso prácticamente unánime acerca de que estas sirenas y alarmas deban estar prohibidas y no hay penas para quienes causan estas molestias y daños. Otro ejemplo: la Constitución establece la libertad de cultos y declara que todo habitante de la nación tiene derecho a profesar libremente su culto (art. 14, CN); sin embargo, no existe una pena para quien entorpezca de algún modo el libre ejercicio de la religión de otro.

Sucede que el Derecho penal es por definición fragmentario y subsidiario<sup>20</sup>; no es la función del Derecho penal regular todas las relaciones sociales. La pena es la *ultima ratio*<sup>21</sup> porque es el ejercicio máximo de la violencia que se le permite al Estado; si existiese otro medio para evitar el daño social que produce una conducta, debe utilizarse ése y no la pena<sup>22</sup>.

Se puede proteger la vida desde la concepción dando especiales derechos y cuidados a las mujeres embarazadas, orientándolas, brindándoles apoyo económico o psicológico si ellas lo solicitaren; además, la persona por nacer tiene derechos patrimoniales condicionales desde que existe en el seno materno; estas normas protegen la vida desde la concepción, pero esa protección no implica de ninguna manera la obligación del Estado de encarcelar a una mujer que no desea ser madre y decide abortar, y a quien la asiste prudentemente y cuidando de su salud para lograr su cometido y la realización de su plan de vida<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Conf. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, cit., t. I, p. 65, con cita de Binding.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, cit.

<sup>22</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, cit.

<sup>23</sup> Conf. NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 238.

Es ejemplificador el caso de Alemania. En ese país es legal que un médico le practique un aborto a una mujer, siempre y cuando ella lo consienta y sea en los primeros tres meses de gestación<sup>24</sup>. Antes de poder interrumpir el embarazo, la mujer debe acudir a los centros informativos, que le exponen todas las alternativas y ayudas a las que puede acceder si continúa con su embarazo. De esta manera se protege la vida en germen hasta el límite en que es posible sin anular el derecho de la mujer. Se trata de una medida alternativa a la pena, que minimiza el conflicto.

Por otro lado, no es cierto que la vida sea protegida en forma absoluta por el Estado de Derecho y que el valor vida deba prevalecer frente a la autonomía: el suicidio, la decisión de acabar con la propia vida, es impune y nadie parece ver un problema en ello, pero en definitiva se está poniendo fin a una vida y se está valorando más la autonomía de la voluntad que la vida<sup>25</sup>.

Lo mismo sucede en los casos en que un paciente no quiere que lo sometan a tratamientos médicos que prolonguen o salven su vida. Toda persona adulta y autónoma puede decidir sobre su cuerpo y negarse a cualquier intervención en él, aun si la omisión de tratamiento causare su muerte; los médicos y todas las personas que conozcan la oposición del titular del cuerpo a ser auxiliado deben respetarla<sup>26</sup>.

#### IV. LA JERARQUÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En nuestra Constitución no existe norma alguna que establezca una escala de valores donde ciertos derechos valgan más que otros<sup>27</sup>. En casi todos los conflictos entre personas existen derechos contrapuestos. El caso del aborto no es la excepción.

Quienes están a favor de la penalización del aborto parecen no asignarle importancia a nueve meses de autonomía, o más bien, suelen afirmar que una vida (en germen, futura o condicional, diría yo) vale más que la autodeterminación de la madre. Esto no es lo que manda la Constitución Nacional, pues no establece tal primacía y sí obliga a reglar los derechos razonablemente sin des-

<sup>24</sup> Es frecuente, en las legislaciones que permiten el aborto voluntario, que se limite el derecho de la mujer a abortar a los primeros tres meses de gestación. La razón de este límite parece ser consecuente con el entendimiento de que, cuando una mujer desea abortar, existe una tensión entre el derecho a la privacidad de la mujer y el interés del Estado en proteger el bien jurídico *vida en germen*, y que la solución razonable de esta situación es la permisón del aborto voluntario durante un período determinado y su prohibición, vencido ese plazo, salvo casos excepcionales que justifiquen la interrupción del embarazo. Se puede ver este razonamiento en el fallo “Roe v. Wade”.

<sup>25</sup> Conf. JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, cit., p. 31.

<sup>26</sup> En este sentido votaron los jueces Petracchi y Belluscio en Corte Sup., 6/4/1993, “Bahamondez”, LL 1993-D-130.

<sup>27</sup> Conf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 58.

virtuarlos (art. 28). No me parece razonable suprimir uno de los derechos fundamentales (bien jurídico presente) durante nueve meses por una vida condicional (valor que podrá llegar a existir).

## V. LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

Esta convención tiene jerarquía constitucional desde 1994 y está vigente en nuestro país desde 1985; forma parte de nuestro Derecho interno, los derechos que declara y los deberes que le impone al Estado son plenamente exigibles desde su vigencia. El incumplimiento de tales obligaciones puede motivar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Existe un Protocolo Facultativo de esta convención que se ha aprobado por ley en nuestro país recientemente <sup>28</sup>. Se introduce la posibilidad de defender los derechos que la convención consagra ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, presentando una comunicación, que el Comité recibirá y considerará en los casos en que el Estado no haya cumplido con sus obligaciones y no se haya conseguido protección en los tribunales ordinarios del país. Los derechos de las personas y los deberes del Estado no cambian a raíz de la ratificación del Protocolo Facultativo.

Se ha criticado la ratificación del Protocolo en razón de que implicaría una “solapada introducción del aborto” y se dijo que ello era inaceptable <sup>29</sup>. Con este argumento, en verdad están reconociendo que la penalización del aborto es inconstitucional, al menos, desde 1985 en nuestro país en virtud del art. 2.f que impone “adoptar todas las medidas adecuadas (...) para modificar o derogar leyes (...) que constituyan discriminación contra la mujer” y especialmente el art. 2.g que impone “derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyen discriminación contra la mujer” y, por último, el art. 16 que reza: “Los Estados Parte (...) asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos...”.

## VI. DERECHO A LA IGUALDAD

Otro argumento en contra de la penalización del aborto se basa en el Derecho a la igualdad (arts. 16 y 75, inc. 23, CN). Un varón jamás va a estar embarazado, solamente una mujer puede ser autora del consentimiento para que se le practique un aborto, porque solamente la mujer, por su naturaleza, puede estar embarazada y sufrir todas las injerencias psicológicas y físicas que ese es-

<sup>28</sup> Ley 26.171.

<sup>29</sup> Conf. “Solapada introducción del aborto”, editorial de *La Nación* del 9/11/2006.

tado le produce. Este trato desigual, por razón del sexo, impone que se analice con mucho cuidado la necesidad de la prohibición<sup>30</sup>; más aún, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que integra el llamado *bloque constitucional*, impone a los Estados partes en su art. 2.g derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Rawls ha dicho que el modo de conseguir las mejores reglas para que las instituciones sociales distribuyan los derechos y deberes sería ponernos hipotéticamente detrás de un “velo de ignorancia”, quedándonos solamente con el uso de nuestra racionalidad perfecta, despojados de todos los prejuicios que tenemos por nuestras características de la “lotería de la naturaleza”, que son aquellas características que nos diferencian de los otros y que no necesariamente elegimos (por ejemplo, el color de nuestra piel, el género, la posición económica o social, la religión)<sup>31</sup>. Si en esas condiciones nos pudiéramos a discutir cuáles deberían ser las reglas de la sociedad, sin saber cuáles características de la “lotería natural” tendríamos, cuando debamos vivir según esas reglas que nos proponemos acordar, llegaríamos a la conclusión de que las soluciones a los problemas deben ser las “menos peores” para todos, en vez de elegir una solución que sea completamente favorable para unos y completamente mala para otros, pues no sabremos, en este pacto social hipotético, si seremos los favorecidos o los perjudicados<sup>32</sup>.

Veamos un ejemplo: debemos elegir entre un sistema de impuestos progresivos o regresivos, es decir, que paguen más impuestos los que mejor posición económica tienen, en proporción a su riqueza y menos los que menos tienen, o bien, un sistema impositivo regresivo en el que paguen todos por igual. En este caso se elegiría, según la regla de Rawls, el sistema de impuestos progresivos, ya que al tomar la decisión, nadie sabe si le tocará ser rico o pobre, y los impuestos progresivos suponen que todos hagan esfuerzos equivalentes para pagar, según su capacidad<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Para dar adecuada protección al derecho a la igualdad se debe aplicar el estricto escrutinio cuando existe una norma que toma en cuenta una característica de las llamadas “sospechosas” para la aplicación de una sanción. Esas características son aquellas que las personas no eligen, sino que les son dadas o aquellas que son fundamentales para su plan de vida son ejemplos de categorías “sospechosas” el sexo, la altura, la nacionalidad, la edad, la religión, la ideología, etc. El estricto escrutinio consiste en la inversión de la carga de la prueba de la constitucionalidad de la norma: quien defiende la validez de esa norma debe probar que es fundamental que ella exista y tome en cuenta esas categorías. Se deja de lado el estándar de la razonabilidad: una finalidad (proteger la vida futura) que pueda razonablemente ser conseguida, en un contexto determinado, a través de los medios seleccionados por la norma (imponer pena al que causa aborto y a quien lo consiente). Conf. REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado en razón del sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, ps. 51/61.

<sup>31</sup> Conf. RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, ps. 28/31, 152/155.

<sup>32</sup> RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 36.

<sup>33</sup> RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, cit.

Llevando este razonamiento al problema del aborto, la decisión justa sería no penalizarlo, y establecer un sistema estatal que incentive a evitar embarazos no deseados y facilite la decisión de la mujer en favor de no abortar: los que discuten este problema no saben si serán mujeres o varones, pobres o ricos, si querrán abortar o recibirán la noticia del embarazo con alegría, o si su moral o su religión encontrarán inaceptable o tolerable la decisión de interrumpir un embarazo. Esta incertidumbre los llevará a concluir, con los recaudos mencionados, que lo más justo es que aborte quien quiera abortar y que quien no quiera, no lo haga.

## VII. LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

Si bien el Derecho a la intimidad no es la razón decisiva para sostener que el aborto no puede ser penalizado, debe tenerse en cuenta que un proceso en el que se investigue si existió o no la interrupción de un embarazo en el cuerpo de la mujer es enormemente intrusivo, y es difícil pensar en algún modo de lograr la convicción, sin ninguna duda, de que la mujer se sometió a un aborto, prescindiendo del cuerpo de la mujer como elemento de prueba.

Sucede que la mayoría de los casos en que se persigue a una mujer por haber consentido un aborto llega a los jueces por la denuncia del médico que atiende a la mujer que acude a un hospital público por una complicación derivada de un aborto mal hecho. La denuncia por parte del médico es un delito, a pesar de que tenga el deber de denunciar, por su calidad de funcionario público; su deber de secreto profesional prevalece por la simple razón de que el cumplimiento de un deber especial —el de médico— prevalece sobre un deber de carácter general —funcionario público—<sup>34</sup>. Si el médico estuviera autorizado a denunciar a sus pacientes, por el hecho de que él, además de médico es funcionario público, se privaría a todo aquel que no tenga medios para pagar la medicina privada y deba por eso asistir a un hospital público, de su derecho a la intimidad. En caso de que haya cometido un delito que se evidencie en su cuerpo, tendrá que optar, o bien por morir, sin solicitar ayuda médica, o bien autoincriminarse e ir a la cárcel. El pobre estaría en una situación injusta de desigualdad respecto de quien puede pagarle a un médico que no sea funcionario público, que no tiene deber de denunciar delitos.

Por otro lado, la autoincriminación que supondría exhibirle el cuerpo, donde se encuentran las evidencias de la comisión de un delito, a un médico-funcionario público, nunca podría servir para iniciar un proceso penal y menos aún para fundar una sentencia condenatoria, pues el acusado de un delito tiene

<sup>34</sup> Así lo decidió la sala 1ª de la C. Nac. Crim. y Corr., 14/2/1995, “Zambrana Daza, Norma Beatriz”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, nro. 8 B, Ad-Hoc. De acuerdo con la decisión, conf. NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., ps. 243/244.

derecho de no declarar contra sí mismo, y una declaración autoincriminatoria solamente puede ser válida si es decidida por el imputado en forma completamente libre y voluntaria. No es libre la autoincriminación de quien exhibe su cuerpo en un hospital porque su vida está en riesgo <sup>35</sup>.

### VIII. EL ABORTO EN LA ARGENTINA

Brevemente, y sin enumerar gran cantidad de datos empíricos, es una realidad que la amenaza de una conminación penal para la mujer no solamente afecta a su derecho a practicar su plan de vida, a la igualdad y a la intimidad, sino que demasiado frecuentemente se afecta su dignidad, su derecho a la vida y a la integridad física: las cifras de mujeres que ocupan las camas de los hospitales públicos por haberse sometido a abortos clandestinos sin condiciones de salubridad adecuadas y con técnicas incorrectas y la cantidad de muertes como consecuencia de los abortos mal hechos no nos permiten pasarlo por alto. Las mujeres que no pueden pagarle a un médico para que les practique un aborto sin riesgos y sin denunciarlas son las mismas que no pueden afrontar económicamente la llegada de un nuevo hijo ¿qué alternativas le da el Estado a estas mujeres que saben que no podrán darle una vida digna a un nuevo ser, a mujeres que no pueden asegurarse la subsistencia ni siquiera a sí mismas?

Quienes sostienen que es inmoral abortar pierden de vista que más inmoral es llevar a miles de mujeres a la muerte cuando intentan interrumpir un embarazo. Se trata de un intento hipócrita de eludir la responsabilidad social por la pobreza, la falta de instrucción y de salud de gran parte de la población.

El Derecho no puede prescindir de tener en cuenta la realidad social: en la Argentina la mayoría de las familias son pobres, no acceden a la información necesaria para evitar embarazos no deseados ni a los métodos de anticoncepción, a pesar de que hay leyes que imponen la entrega de anticonceptivos hormonales y preservativos gratuitamente y que ponen a disposición la información sobre salud reproductiva; lo cierto es que todo esto no llega en forma efectiva a quienes lo necesitan.

En nuestro país hay entre 460.000 y 600.000 abortos por año, casi un aborto por nacimiento registrado <sup>36</sup>. Además, hay solamente una condena cada 100.000 hechos <sup>37</sup>. Estas cifras demuestran una grave e insuperable ineffectividad del sistema penal y lo ridiculiza: ninguna mujer que no desea estar embarazada se encuentra con verdaderos obstáculos para abortar. La mujer que pue-

<sup>35</sup> En este sentido se pronunció la C. Nac. Crim. y Corr. Capital Federal, en pleno, 21/8/1966, "Natividad Frías". También en el caso "Zambrana Daza, Norma Beatriz", mencionado en la nota anterior.

<sup>36</sup> CARABAJAL, Mariana, "Las cifras para abrir el debate", *Página/12* del 2/6/2007.

<sup>37</sup> Datos extraídos de un artículo de doctrina: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza", LL 1998-F-552.

da pagar un precio alto para que le realicen la intervención en forma segura lo hará y continuará su vida del mismo modo que antes; la mujer pobre abortará por otros medios y pondrá en riesgo su propia vida. En cualquier caso, si el aborto no afecta gravemente a la salud de la mujer, nadie se enterará de lo sucedido.

No quisiera pensar que se confía en que la norma que penaliza el aborto protege el valor de la vida, porque entonces sí que la vida no vale nada.

La ausencia de denuncias y de procesos judiciales por casi todos los casos de aborto crea una fuertísima presunción de que no existe un conflicto de gran entidad: cuesta imaginar que nadie note que una persona adulta desaparece, deja de existir, los homicidios nunca pasan desapercibidos, tampoco los robos, porque existe un conflicto; en el caso de los abortos la regla es que no sean denunciados porque no hay injerencia por parte de una persona en la autonomía de nadie.

Por otro lado, el hecho de que tantas mujeres se sometan a prácticas abortivas demuestra que en verdad no existe el consenso necesario para mantener la penalización en un Estado democrático de Derecho, no solamente por la frecuencia y masividad de la realización de la conducta que actualmente está prohibida, sino también porque la mayoría de la población considera que el aborto no debe estar prohibido<sup>38</sup>. Para amenazar con pena legítimamente una conducta debe haber un consenso prácticamente unánime en la sociedad acerca de que esa conducta es reprobable y debe ser perseguida por el Estado la persona que la cometa<sup>39</sup>.

## IX. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Teniendo en cuenta los argumentos de este trabajo, es necesario concluir que es conveniente una reforma legislativa.

He sugerido que la penalización del aborto es inconstitucional o, al menos, que cualquier juez tendría buenos argumentos para declarar la inconstitucionalidad de los tipos penales referidos a la interrupción voluntaria de embarazos. Sin embargo, esta opción no parece ser la más sana desde el punto de vista democrático. Más valioso sería que se dé un profundo debate en la sociedad, en el que sean escuchadas las voces de todos los que podrían sentirse afectados por la nueva norma.

Hay que tener en cuenta que el Poder Judicial y el control de constitucionalidad son cuestionados por ser contramayoritarios y por no tener legitimidad democrática.

<sup>38</sup> CARABAJAL, Mariana, "Las cifras...", cit. Ver también *La Nación* del 23/6/2007, "Sondeo en apoyo del cambio legal" y la página de Internet [www.despenalización.org.ar](http://www.despenalización.org.ar).

<sup>39</sup> Conf. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit., ps. 6/7, 17/18.

Los jueces son elegidos por los poderes políticos que tienen legitimidad en un momento determinado y adquieren estabilidad en sus cargos, mientras dure su “buena conducta”; son representativos de las mayorías sólo en forma indirecta. No están sujetos al control de las mayorías en cuanto al contenido político de sus decisiones, como sí lo están los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, cuando se someten periódicamente a elecciones; los jueces solamente pueden ser destituidos por los poderes políticos cuando hayan cometido graves irregularidades en el ejercicio de sus funciones<sup>40</sup>. Es por esto que, desde el punto de vista de la democracia, sería mejor y más justo que se discuta abiertamente en la sociedad el problema del aborto, en lugar de que la fundamental decisión de despenalizarlo sea dejada en manos de una persona, de tres o de siete, que no han sido elegidas por las mayorías y no las representan adecuadamente.

Aquí se argumentó en el sentido de que la autonomía de la mujer no puede ser cercenada para que, cuando esté embarazada, no pueda decidir dejar de estarlo en un momento anterior al nacimiento natural del niño que gesta. Consecuentemente con este modo de pensar, puede sostenerse que el aborto debe estar permitido hasta el momento en que el feto es viable fuera del seno materno, esto es, actualmente, los cinco meses de gestación, aproximadamente. Luego de ese tiempo, la mujer puede solicitar la inducción al parto, de modo tal que el niño nazca y se le proporcionen todos los tratamientos posibles para mantenerlo bien de salud y lograr que sobreviva.

Sin embargo, parece que puede resultar inapropiado establecer legislativamente un plazo para poder realizar abortos y, vencido éste, que se realice una inducción. Sabemos que es científicamente posible que un niño nazca después de cinco meses de gestación y sobreviva sin embargo, quienes nacen en forma muy prematura tienen, frecuentemente, problemas de salud que, en algunos casos, pueden afectarlos durante toda la vida. Parece difícil de aceptar que la decisión de inducir al parto pueda determinar que la nueva persona tenga deficiencias importantes de por vida. La solución de este problema, consecuente, en principio, con lo sostenido en este trabajo, parece ser que en cada caso concreto se estudien las condiciones de desarrollo del feto, para ver si tendrá posibilidades de nacer sin mayores problemas de salud, es decir, si ha llegado, concretamente, a tener algún grado de autonomía; si se concluye que el feto es ya viable, parece que el aborto ya no debería ser posible, pero sí la inducción al parto.

Lo central es que las mujeres no estén obligadas a permanecer embarazadas, si su voluntad es dejar de estarlo, sin que ellas tengan derecho a disponer del feto que, por el tiempo de desarrollo que tiene, ya tiene posibilidad de pro-

<sup>40</sup> Sobre este tema se puede ver un desarrollo mayor y más profundo en el excelente ensayo de BENENTE, Mauro, “Decretos de necesidad y urgencia en la reforma de 1994. Problemas del mensaje y sus receptores en el ejercicio del control de constitucionalidad”, en este mismo volumen.

longar su vida sin depender del cuerpo de ella. El feto viable ya tiene un grado de autonomía y es, por eso, un ser valioso, portador de todos los derechos inherentes a las personas.

Sin embargo, al reconocer que un feto viable ya tiene suficiente valor como para que su vida sea protegida se torna problemático sostener que la autonomía de la mujer debe prevalecer sobre la vida biológica del feto, porque, en verdad, el conflicto es ya autonomía *versus* autonomía. El problema que representa la situación de que una mujer desee dejar de estar embarazada antes de que el feto nazca en forma natural, pero habiendo pasado suficiente tiempo como para que el feto pueda, razonablemente, prolongar su vida fuera del vientre de la mujer, aunque, con gran probabilidad de sufrir gravísimos problemas de salud, debe ser otra cuestión central del debate sobre la despenalización y legalización del aborto.

Existen otros problemas que una ley que despenalice el aborto deberá afrontar, como la objeción de conciencia. Muchos médicos pueden sentir que realizar un aborto violenta sus convicciones morales. Me parece que es importante dejar a salvo el derecho de los profesionales de la medicina a ejercer su libertad de conciencia y permitirles negarse a realizar abortos. En estos casos existe una tensión entre el derecho del médico y de la mujer a que le practiquen un aborto. Se trata de una cuestión verdaderamente delicada, que debería estar en el centro de la discusión acerca de la despenalización y legalización del aborto.

Aunque el aborto sea practicado en forma masiva, hay que tener en cuenta que en nuestro país hace muchísimos años que es considerado un delito y eso provoca que la realización de abortos, tanto por parte de las mujeres que los solicitan como de los médicos que los realizan, sea un tema tabú, algo que se calla y se niega. Esto es provocado por el miedo a la persecución penal, y por la desaprobación social y cultural que suele representar la comisión de un delito, sumado a la abierta opinión de la Iglesia, en el sentido de que cometer un aborto es cometer un pecado. Es por esto que es previsible que muchos médicos deseen declarar que ellos no están de acuerdo con realizar abortos. Pero es esperable que, luego de la despenalización se profundice el cambio cultural, y el aborto deje de parecer un acto incorrecto. Con un cambio de ley, la desaprobación social puede disminuir y los problemas de objeción de conciencia serán menos frecuentes que al comienzo.

## X. REFLEXIONES FINALES

He centrado mis argumentos en favor de la despenalización del aborto en el valor de la autonomía de la mujer que debe decidir si desea continuar con un embarazo o interrumpirlo. Para concluir este ensayo, creo necesario volver a afirmar que la autonomía de la voluntad es el fundamento de la existencia de

cualquier derecho y es por eso que no puede ser tratado como un valor de segunda jerarquía.

El Estado de Derecho surge a partir de un pacto o contrato social suscripto por muchos individuos libres <sup>41</sup>. De esa manera se conformaba la sociedad civil y se creaba el Estado, que debía acabar con la violencia y brindar seguridad a los ciudadanos. Los individuos, libres por naturaleza, enajenaban parte de su autonomía, para lograr conservar su vida y su tranquilidad <sup>42</sup>. Ese Estado debía ser limitado, para evitar que el reconocimiento del deber de obediencia a un soberano permitiera que se prive a los individuos de la porción de libertad que conservaban. Para limitar al Estado surge el constitucionalismo y la regla del artículo 19 de nuestra Constitución, que deja a salvo la porción de autonomía que los individuos se reservaron para sí al pactar la creación de un soberano <sup>43</sup>.

El Estado tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las personas que están de acuerdo en que es mejor ceder un poco para conservar bastante de su libertad natural de elegir el propio plan de vida, renunciando a dañar a otro; tal es la idea ficcional que justifica la existencia del derecho y del Estado.

La autonomía no puede ser de menor jerarquía que otro derecho, pues es la única que legitima el Derecho y permite la existencia de todos los otros derechos.

La Constitución y el Estado de Derecho no pueden estar por debajo de las convicciones religiosas o morales de una porción de la sociedad. Las normas deben ser creadas conforme a las preferencias de la mayoría de los ciudadanos, pero solamente se puede amenazar con pena las conductas que, además de ser tendentes a dañar a otro, sean percibidas en forma prácticamente unánime por la comunidad como conductas que si estuvieran permitidas y fueran practicadas usualmente, causarían la destrucción de la sociedad civil <sup>44</sup>.

El aborto es practicado de hecho en forma masiva y una buena porción de los argentinos no cree que sea reprobable interrumpir un embarazo, están convencidos de que nunca debería ser perseguido quien intervenga en un aborto. Es por ello que interrumpir un embarazo no puede ser un delito: no es respetuoso del Estado de Derecho mantener los tipos penales que amenazan a las mujeres y a los médicos que intervienen en abortos consentidos.

<sup>41</sup> Conf. entre otros, LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Ladosur, Buenos Aires, 2002, p. 71; ROUSSEAU, Jean J., *El contrato social*, Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 8; HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, trad. de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, 4ª ed., Tecnos, Salamanca, 1993, p. 128.

<sup>42</sup> LOCKE, John, *Segundo tratado...*, cit., ps. 89/92.

<sup>43</sup> LOCKE, John, *Segundo tratado...*, cit. También, entre otros, conf. GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 241; NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 259. Ver además el fallo Corte Sup., "Bazterrica", LL 1986-D-550 y ss.

<sup>44</sup> Conf. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- FARRELL, Martín, *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.  
— *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.  
— *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, trad. de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, 4ª ed., Tecnos, Salamanca, 1993.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.  
— *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1999.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morante, Austral, Madrid, 1977.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1971.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Ladosur, Buenos Aires, 2002.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal, t. I. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.  
— *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado en razón del sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- ROUSSEAU, Jean J., *El contrato social*, Perrot, Buenos Aires, 1971.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, t. I, “Fundamentos, la estructura de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 1997.
- SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal, Parte general*, t. I, 3ª ed. reelaborada y amp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.  
— *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general, I, el hecho punible*, trad. de la 2ª ed. alemana de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

## **ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS**

IGNACIO ANZOÁTEGUI

### **I. INTRODUCCIÓN**

En la actualidad, el derecho de daños plantea una enorme cantidad de problemas relacionados con el avance tecnológico, la protección del medio ambiente y del consumidor, por nombrar sólo algunos. La aparición de estos nuevos fenómenos provocó un cambio de paradigma en esta disciplina, el cual podríamos sostener que se produjo con la sanción de la ley 17.711, momento a partir del cual suele decirse que el derecho de daños se reinterpreto o reformuló para dar solución a la nueva realidad posrevolución industrial que nos acompaña.

Esto se ha producido, principalmente, a través de cierto cambio de concepción del sistema de reparación de daños, lo cual se llevó a cabo considerando como elemento trascendental del sistema no ya la culpabilidad, sino el acaecimiento de un daño injusto, y el deber de repararlo.

De forma que, actualmente, se entiende que el resarcimiento de los daños encuentra su norte y su límite justamente en el daño causado y en la posibilidad de repararlo, en especie o por medio de una indemnización sustitutiva; siendo entonces lo trascendente del derecho de daños su función reparadora de los perjuicios sufridos, a través del mecanismo de la indemnización, que debería ser en principio del mismo tipo o cuantía que el daño causado, el cual posibilita al sujeto dañado quedar en la misma situación en la que se encontraba antes de ocurrido el daño.

Así, suele entenderse que este nuevo fenómeno hace que nuestro derecho de daños tenga una orientación plenamente resarcitoria, siendo ésta la función casi excluyente que se le atribuye.

La intención de este trabajo es justamente formular dos posibles objeciones a las ideas anteriormente comentadas. La primera se centra en que no resulta correcto a mi entender sostener sin reparos que la orientación de nuestro derecho de daños sea clara y exclusivamente resarcitoria; con exclusión de la “función sancionatoria”, la cual fue sostenida hace cierto tiempo por numerosos y prestigiosos dogmáticos, sobre todo antes de la sanción de la ley 17.711.

La segunda tiene que ver con que tampoco parece acertado sostener que, por un lado, el derecho de daños, como sistema normativo, logra en los hechos sólo el objetivo de reparar el daño causado, y que, además, es loable que así sea. En este aspecto, intentaré un análisis de tipo descriptivo para verificar si a partir del establecimiento de la obligación de reparar no se derivan otros resultados que también tengan que ver con el ordenamiento de las conductas humanas.

Y por el otro, tampoco sería acertado, desde la política legislativa, entender el derecho de daños como una herramienta que persigue sólo objetivos de reparación de daños, sin considerar que puede —y, a mi entender, debe— perseguir objetivos muy distintos de éste. En este aspecto, se intentará analizar lo que considero que el derecho de daños debería tener como objetivos primordiales, y hacer algunas consideraciones básicas a partir de las cuales éstos deberían ser buscados.

## II. EL CAMBIO DE CONCEPCIÓN. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ Y EL DERECHO DE DAÑOS EN LA ACTUALIDAD

No es casual que nuestra doctrina haya comenzado a acuñar la expresión “derecho de daños” para designar al sistema de responsabilidad civil. Esto no es más que el reflejo del cambio de paradigma que ha sufrido la disciplina, que comenzara a vislumbrarse incluso con anterioridad a la reforma de la ley 17.711.

La denominación antes acuñada, “responsabilidad civil”, denotaba una orientación punitiva, sobre la cual estaba indudablemente basado el sistema reparatorio del Código Civil, ideado por Vélez Sarsfield a mediados del siglo XIX.

Analizando el concepto “responsabilidad”, Alterini nos decía que, “en sentido estricto, se dice responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama una indemnización. Esta acepción que comúnmente se le da al concepto, en cuanto se asigna el deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado ‘por’ el incumplimiento”, y a continuación, señala que, tomando en cuenta este concepto, “la responsabilidad tiene alcances de sanción, desde que se entiende por tal la consecuencia de índole jurídica que corresponde a la infracción de un deber; tal consecuencia significa un disvalor para quien es pasible de ella”, y así, “(e)n tal alcance la responsabilidad enlaza el deber de reparar frente a otro sujeto”<sup>1</sup>.

En tal sistema, la atribución jurídica del daño al agente dañador, esto es, “la responsabilidad”, más allá de la reparación que con ello se lograba, tenía por principal objetivo hacerle asumir las consecuencias de sus actos como un acto estatal de reproche, por lo cual ese reproche era sólo justificado por el sistema cuando el agente, además de ser pasible de *imputación moral*<sup>2</sup> del hecho daño-

<sup>1</sup> ALTERINI, A. A. - AMEAL, O. J. - LÓPEZ CABANA, R. M., *Curso de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.

<sup>2</sup> La imputación moral, conceptualmente, implica que un hecho puede ser imputable en términos

so, había obrado con intención de dañar (dolo civil extracontractual), había incurrido en un incumplimiento de contrato en forma deliberada (dolo civil contractual) o cuando había obrado negligentemente según conforme a los estándares de conducta que le eran exigibles, según las circunstancias de tiempo y de lugar, y de acuerdo con sus condiciones personales, derivando ese obrar culposo en un daño extracontractual o en el incumplimiento de un contrato. De esta forma, se entendía que la base fundamental de la teoría de la responsabilidad era “la aptitud de imputación del sujeto”<sup>3</sup>.

La reparación del daño causado parecía ser algo secundario o consecuente al reproche<sup>4</sup>, de allí que dicho daño sólo era reparable cuando la conducta que lo provocaba era susceptible de ser sancionada por su carácter disvalioso; esto es, cuando había mediado culpa o dolo en el agente, además de la exigencia de voluntariedad de sus actos.

En otras palabras: “El Código Civil de Vélez Sarsfield enfoca (*o enfoca*) la responsabilidad en vistas a la sanción más que a la reparación, porque la conducta del agente determinaba el nacimiento de la indemnización: sólo era responsable el autor cuando él era culpable”<sup>5</sup>.

Indudablemente, este concepto de responsabilidad poseía una gran connotación de tipo moral, puesto que sólo se justificaba la sanción-reparación en el disvalor de la acción y no en el disvalor del resultado; y justamente allí podemos hallar la explicación del antiguo principio según el cual “no hay responsabilidad sin culpa”.

---

de causalidad fáctica a un sujeto (de lo cual se sigue que la relación causal se determina desde la función causa-efecto entre los hechos) y que además el acto inicial que ha dado comienzo a la cadena causal ha sido llevado a cabo “voluntariamente”. Es un concepto que he tomado de Llambías (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999), con el único objetivo de sistematizar el esquema de la responsabilidad civil sostenido antes de la sanción de la ley 17.711, en particular porque pone de resalto dos conceptos que eran sólidamente sostenidos en ese entonces: la necesidad de que la conducta dañosa fuera consciente o voluntaria, y que la causalidad es un criterio que conecta “causalmente” a los hechos. En la actualidad, además de comenzar a prescindirse de dicha voluntariedad en el inicio de la cadena causal, suele sostenerse que la causalidad es un determinado criterio —más bien intelectual que natural— para imputar un hecho a un sujeto, que puede no pasar por la atribución de éste recurriendo a criterios de causa-efecto. Pese a ello, y en lo sustancial, creo que el derecho de daños actual sigue considerando una causalidad fáctica de los hechos (por lo menos en el sentido de que atribuye hechos y no responsabilidad sobre ellos), aunque la atribución causal dependa de la aplicación de una norma en particular, en nuestro caso los arts. 901 a 906, CCiv.

<sup>3</sup> LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, cit.

<sup>4</sup> Al respecto, también se ha dicho: “Los fundamentos remotos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal son comunes, la reparación estaba teñida de venganza por parte de la víctima y de punición respecto del culpable” (LAMBERT-FAIVRE, Y., “La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, I. 1, 1987; *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999).

<sup>5</sup> ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, Colección, La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 38. La aclaración me pertenece.

Este sistema tenía su razón de ser, que puede ser entendida a través de breve análisis histórico, el cual nos lleva indudablemente a situarnos en la revolución industrial <sup>6</sup> y a valorar los alcances del impacto que provocó.

La “primera” revolución industrial, surgida en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVIII, había provocado, a nivel tecnológico, el surgimiento del maquinismo, que posibilitó la mecanización de la industria; ello en virtud de tres factores: el surgimiento y la aplicación de un nuevo tipo de energía —el carbón—, el uso de nuevos materiales como el acero y el hierro, y el surgimiento de nuevas fuerzas motrices, como la máquina de vapor.

Asimismo, la segunda revolución industrial, cuyo comienzo los historiadores suelen precisar en 1850 aproximadamente, añadió dos nuevos tipos de energías disponibles: el petróleo y la electricidad, al mismo tiempo que se diseñaron mecanismos como los transformadores y los alternadores, que permitieron la cómoda aplicación de dichas innovaciones a la industria.

Ya con la primera revolución industrial comenzaron a suscitarse las nefastas consecuencias sociales que este movimiento habría de tener. La revolución demográfica que se produjo por el traslado de innumerables campesinos para trabajar en las fábricas provocó el hacinamiento de miles de personas en las ciudades “industriales”; el impulso industrial desenfrenado hizo que las condiciones de labor de los obreros fuesen deplorables.

En lo que a nuestro tema se refiere, la aplicación de estas nuevas tecnologías a los procesos productivos, e incluso a la vida cotidiana de las personas, provocó la existencia de nuevas hipótesis de daños no reguladas hasta el momento, y no explicables o entendibles desde la óptica del principio *pars responsabilité sans faute*.

Los daños, entonces, ya podrían no ser causados por las personas directamente, sino por los instrumentos, muchos de ellos muy peligrosos (sobre todo la maquinaria utilizada en las grandes fábricas, que muy comúnmente producía la muerte de cientos de trabajadores), por lo cual el derecho, como muchas veces, debía readaptarse a la realidad social <sup>7</sup>.

Mosset Iturraspe, siguiendo a Villey, sostiene que, en realidad, el sistema de responsabilidad civil, con la aristas antes comentadas, surgió como un mecanismo al servicio de los dañadores, para defender sus intereses, y que justa-

<sup>6</sup> Si el lector se encuentra interesado en profundizar este breve análisis histórico, pueden consultarse: Enciclopedia On line Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Portada>, voces “Revolución Industrial” y relacionadas, fecha de consulta: 28/8/2006; y HOBBSAWM, E., *Industria e imperio*, Ariel, Barcelona, 1999, caps. 3, 4 y 6.

<sup>7</sup> Ello porque la regulación civil de la época no tenía prevista la reparación de los daños causados “por las cosas”, razón por la cual la reparación no procedía, puesto que al analizarse los presupuestos de la responsabilidad civil, se encontraba que no había mediado culpa en el empleador dueño de la maquinaria, en un sistema que requería de ella ineludiblemente para asignar al dañador el deber jurídico de reparar.

mente esta idea es la que fundamenta el *pars responsabilité sans faute*; esto es, la ausencia de reparación cuando no hay un posible reproche de conciencia al agente dañador, y ya no una concepción moralista de la responsabilidad <sup>8</sup>, dándose así “una teoría de la responsabilidad divorciada de la realidad y del orden natural de las cosas, que no estaba destinada a servir a un reparto justo de los daños” <sup>9</sup>.

No parece muy acertado desde el punto de vista histórico sostener ello si recordamos que el sistema de la responsabilidad basado en la noción de culpa proviene desde la época del derecho romano, momento en el cual no existía el problema del maquinismo como situación generadora de daños.

Volviendo al impacto de la industrialización, tenemos que, a partir de ella, el hombre comenzó una carrera de desarrollo tecnológico utilizando dicha tecnología no sólo en el desarrollo industrial, sino como medio de mejorar su calidad de vida. Pero al intentar diseñar máquinas y programas que proveyeran a esos fines, que tuvieran la capacidad de “reemplazar” al hombre en funciones que históricamente han sido suyas o que llevaran adelante tareas que el propio hombre se habría encontrado imposibilitado de realizar, perdió gran parte del control sobre la tecnología de la cual se servía.

De esta manera, la revolución industrial “ha determinado el aumento de las hipótesis de dañamiento, por la utilización de los complejos mecanismos de producción y la intervención de cosas en la causación de daños. Con el industrialismo, y sus efectos culturales: maquinismo, urbanismo, capitalismo y consumo, aumentan los infortunios laborales, aparecen los accidentes aéreos, los ocasionados por la circulación de automotores, los daños por productos elaborados, y los originados por las cosas riesgosas o peligrosas” <sup>10</sup>.

Este hecho crucial puso en jaque al sistema clásico de la responsabilidad civil.

Ello se produjo respecto de varios de los presupuestos que eran condición para establecer el deber de reparar. En primer término, porque la intervención de maquinarias en la causación de daños volvió más compleja la determinación de la relación causal entre la conducta dañosa y el daño <sup>11</sup>, afectando el análisis de dicho requisito.

<sup>8</sup> MOSSET ITURRASPE, en ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, cit., t. III, p. 31. Así, a renglón seguido, afirma que estaba “Destinado a dificultar el camino hacia una sentencia de condena. Con el convencimiento de que dañan los que hacen, construyen, producen, intercambian, prestan servicios; aquellos que movidos por el afán de lucro hacen al progreso y al desarrollo; facilitar la indemnización se convierte, desde la óptica liberal-individualista, a partir de la concepción manchesteriana, preocupada por defender la industria incipiente, en una actitud reaccionaria, obstruccionista, contraria del orden vigente (Villey)”. Asimismo, ver MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños, Parte general*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 14 y ss.

<sup>9</sup> ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, cit., t. III, p. 27.

<sup>10</sup> ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, cit., t. III, p. 39.

<sup>11</sup> Por ejemplo, en los casos de accidentes sufridos por trabajadores mediante la utilización de ma-

Pero más importante aún, aunque íntimamente relacionado con lo primero: el sistema no podía justificar legalmente; esto es, desde el análisis particular de los elementos de la responsabilidad civil, la responsabilidad de aquellos agentes dañadores que, pese a provocar causalmente daños injustos en terceros, cumplían en su accionar daños con los estándares de conducta que les eran exigibles.

Esto se debía a que el sistema se encontraba con hipótesis de daño en las que resultaba totalmente justo establecer la reparación, pero que al no existir el elemento “culpa” en el accionar del dañador, debía eximirse de responsabilidad.

Es más, no sólo se requería necesariamente la existencia de culpa en el dañador, sino que, a nivel de la norma procesal, y por aplicación de la teoría de la carga de la prueba<sup>12</sup>, el damnificado que iniciaba un proceso judicial tendiente a reparar el daño debía acreditar la existencia de culpa en el agente dañador y, de no lograr hacerlo, su reclamo no tenía recepción jurisdiccional favorable.

Por otro lado, la intervención de la tecnología también provocó un aumento cualitativo y cuantitativo de los daños, ello consecuencia de que la potencialidad dañadora del hombre sin la utilización de la tecnología es sumamente inferior a la potencialidad dañadora humana con intervención de la moderna maquinaria, lo que generó problemas no sólo para la cuantificación de cada rubro, sino en cuanto a la determinación de los rubros indemnizables en cada caso, teniendo en cuenta que ello mismo se realiza desde el régimen de imputación de consecuencias.

La forma que el derecho ha encontrado para intentar superar esta situación ha sido poner el acento del sistema no ya en la culpa del agente dañador, sino en el daño sufrido —en principio injusto—, prescindiendo en ciertos casos de la existencia de culpa en el agente dañador<sup>13</sup>. Por ello es que se ha permitido

---

quinarias, que eran clásicos en la Inglaterra pos revolución industrial. Hoy en día no tenemos problema en justificar la responsabilidad del empleador, pero en ese entonces no resultaba tan sencillo establecer que, causalmente, el empleador había provocado el daño al empleado, al dotarlo de dicha maquinaria para que la utilizase en sus tareas laborales, porque justamente el empleado era quien operaba la maquinaria y quien en última instancia podía ser considerado como el causante de su propio daño. Por otro lado, si bien el criterio de causalidad fáctica podía llegar a superar este problema, al estar limitado por la previsibilidad, originaba la imposibilidad de hacer responsable al empleador cuando éste no podría prever la consecuencia dañosa para su empleado.

<sup>12</sup> La teoría de la carga de la prueba, vigente en ese entonces y cuya actual aplicación normativa surge de todos los códigos procesales del país (en nuestro ámbito, esta actualmente contenida en el art. 377, párr. 2º, CPCCN), implica que cada una de las partes debe o, mejor dicho, tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma que invoque como fundamento de su pretensión. Ésta es la razón por la cual quien demandaba por daños, al requerir el derecho de fondo la existencia de culpa en el dañador, tenía la carga de probar la culpa de éste y, de no hacerlo y de no lograrlo, la propia noción de carga procesal (imperativo del propio interés) hacía que se perdiera el litigio. En la actualidad, esto no es así en todos los casos, dado que en los supuestos de responsabilidad objetiva se genera una inversión de la carga probatoria en lo atinente a la prueba de la culpa.

<sup>13</sup> Por ejemplo, la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1113, párr. 2º, CCiv., implica no sólo la existencia de un factor objetivo de atribución, de lo cual surge que no se valora la hipótesis si la conducta del dañador en términos de diligencia, sino que también implica una inversión de la carga pro-

imputar responsabilidad a sujetos por daños causados por las cosas, por daños no producidos causalmente por el agente e incluso por daños causados por actos involuntarios.

La denominada “objetivización” del derecho de daños actual apunta, en parte, a encontrar a las personas que *deben*<sup>14</sup> responder por los daños no causados por conductas humanas reprochables —por ejemplo, acuñando conceptos como el riesgo creado, el aprovechamiento de la cosa, la responsabilidad colectiva o simplemente con la extensión de los obligados al resarcimiento—, más allá de su participación menor o mayor en su causación<sup>15</sup> y, por sobre todas las cosas, más allá de la existencia de culpabilidad en la conducta de agente dañador, puesto que lo trascendente es lograr la reparación del daño.

De allí que el actual concepto de responsabilidad pareciera diferir bastante del anterior. La mayoría de la doctrina sostiene que ha dejado de implicar un reproche moral y que sólo establece la necesidad de reparación frente a un daño injusto, importando entonces sólo la injusticia del daño causado y no lo reprochable de la conducta dañadora.

Por ello, y al efecto del presente trabajo, intentaré una definición actual del concepto de la responsabilidad. La responsabilidad creo que debería considerarse como un deber puramente legal, determinado *ex ante* por la norma, que establece que determinadas personas, ante el acaecimiento de un evento dañoso sobre otra u otras personas, ya sea directamente en sus cuerpos o en su espiritualidad, o indirectamente en las cosas contenidas en su patrimonio, deberán cargar con los costos de reparación de ese daño. Se trata así de una imputación jurídica (no fáctica ni moral) determinada normativamente, que luego hace que, en el caso concreto, un sujeto quede obligado a la reparación de un daño<sup>16</sup>.

Para finalizar la idea del presente apartado, debemos decir que, tal como el lector habrá podido concluir, actualmente suele entenderse que la responsabilidad civil es, *en principio*, de orientación resarcitoria, a comparación del sistema del Código de Vélez, en el cual tenía evidentemente una orientación punitiva.

---

batoria, dado que es el demandado quien debe acreditar la existencia de culpa, ya sea del actor como de un tercero por el cual no debe responder, aunque ello no quiere decir que dicho artículo haga presumir la relación causal entre el hecho y los daños.

<sup>14</sup> Este deber, como se viene señalando, no hace alusión a ninguna cuestión de reproche moral, sino a que el ordenamiento jurídico, de acuerdo con ciertas consideraciones de carácter agregativo, indica *ex ante* quienes serán los responsables frente a determinado hecho dañoso, quienes pueden no ser incluso los más “cercaños” del daño dentro de la cadena causal. Éstos serán los que “deben” responder; por ello en la definición de responsabilidad que propondré, se la conceptualiza como un deber legal.

<sup>15</sup> Es discutible si la legislación podría establecer como responsable, *ex ante*, de determinados hechos a sujetos que carecen de total participación en la cadena causal, porque es un tema que excede el marco del presente trabajo, aunque me limito a señalar que ello sí sería totalmente posible en teorías como el análisis económico del derecho.

<sup>16</sup> Ver lo expuesto respecto del funcionamiento del concepto de la responsabilidad en el ap. B, del punto III del presente trabajo.

### III. EL ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Luego de este somero análisis de la actualidad del derecho de daños, cabe analizar la normativa positiva a los efectos de comprobar si lo antes dicho tiene fiel reflejo en la realidad o si debemos realizar ciertas abstenciones a la hora de afirmarlo <sup>17</sup>.

Una buena forma de llevar a cabo ello es hacer un análisis de algunos de los aspectos más relevantes de la responsabilidad civil, individualmente considerados y en su conjunto, para ver si realmente resulta acertado hacer tales aseveraciones.

#### 1. El hecho humano en la responsabilidad extracontractual

Podríamos situarnos en el primer elemento de la responsabilidad, el incumplimiento objetivo o el hecho humano, ya sea que nos estemos refiriendo a los ámbitos contractual o extracontractual.

Al respecto, podemos mencionar que el Código Civil, en su art. 900, dispone: “Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna”. Asimismo, en la respectiva nota, leemos: “El elemento fundamental de todo acto es la voluntad de quien lo ejecuta. Es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito”.

Como consecuencia de ello, el art. 907, CCiv., dispone actualmente que en caso de daños causados por hechos involuntarios, sólo se responderá si el daño enriqueció al autor del hecho y en la medida en que se hubiere enriquecido con el daño causado.

El párr. 2º de dicho artículo, agregado por la ley 17.711, establece: “Los jueces podrán disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación de la víctima”.

Detengámonos un momento a analizar las implicancias de estas normas. El principio general que de ellas emana es que los sujetos son responsables sólo cuando cometen actos voluntarios, y sólo serán responsables cuando se vean inmiscuidos en un “acto” involuntario <sup>18</sup> cuando hayan obtenido un beneficio

<sup>17</sup> El lector notará, a lo largo de este acápite, que el problema de la orientación resarcitoria de la responsabilidad actual está íntimamente relacionado con el debate acerca del alcance de la indemnización, esto es, si el sistema prevé o debe prever una indemnización integral o sólo una indemnización plena. Al respecto, puede verse ALTERINI, A. A., “Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad”, *LyE*, nro. 72-73-74.

<sup>18</sup> Utilizo la expresión “acto involuntario” pese a estar consciente del error que conlleva la expresión, por considerarla más adecuada a los efectos del desarrollo del argumento. En rigor de verdad, hecho humano voluntario conforma un acto, por lo cual al carecer de voluntariedad deberíamos hablar de hecho humano.

de ese hecho dañoso, y sólo responderán por las sumas obtenidas por este injusto beneficio.

También es de notar que el párr. 2º, que pareciera funcionar cuando no pueda responsabilizarse al agente dañador de acuerdo con lo previsto en el párr. 1º, se justifica a sí mismo sólo en razones de equidad o de justicia distributiva.

Por lo tanto, cabe concluir que, aun a esta altura de la historia, nuestro sistema repudia la idea de condenar a indemnizar a quien no ha obrado voluntariamente, porque justamente él no ha decidido provocar el daño, siendo en algún sentido víctima de determinadas circunstancias, en muchos casos imprevisibles o incontrolables, que en definitiva son las causantes del daño (por ejemplo, un estado de alienación mental).

No es difícil ver que, en este aspecto, sobrevive aún la idea de reproche moral que antes esbozáramos; todavía sigue siendo chocante en algún punto “castigar” con la obligación indemnizatoria a quien no ha querido causar un daño, quien “no ha tenido la culpa”<sup>19</sup>, y ésta es la razón que justifica el principio mencionado, contenido en el art. 900, CCiv.<sup>20</sup>

Personalmente, creo que ello tiene que ver con la creencia liberal de que las cosas deben soportarse u obtenerse en virtud del mérito o de la falta de él. Así como creemos en el merecimiento de las cosas, en que la gente obtenga lo que tiene gracias a la ejecución de acciones —voluntarias— que ha emprendido con dicho objeto, no vemos con buenos ojos que la gente “cargue” con las consecuencias de los hechos para los cuales no ha efectuado actos positivos con el fin de obtenerlos. Si bien estamos de acuerdo en que quien causa daños debe repararlos, repudiamos internamente la idea cuando la aplicación de dicho principio lleva a una situación que nos parece casi tan injusta como el daño causado a la víctima: que el daño lo soporte alguien que “no tuvo la culpa”<sup>21</sup>.

De acuerdo con lo visto en cuanto al primer requisito de la responsabilidad —la existencia de una acción humana—, tenemos que el principio general consiste en que sólo obligan a la reparación los actos voluntarios, generándose

<sup>19</sup> Culpa aquí no es utilizada en sentido técnico, sino coloquial. Es normal que la sociedad considere que quien no tiene “la culpa” de algo no debe responder por sus consecuencias, idea asimilada a que la justicia en el caso concreto impone que sólo se haga responsable a quien obró voluntariamente, como forma de reprocharle dicha voluntariedad.

<sup>20</sup> Teniendo en cuenta esto, y sobre la base de la clasificación de las concepciones de la justicia retributiva efectuada por Rosenkrantz, pareciera que por lo menos, respecto de este instituto, el Código Civil sostiene a la retribución como justificativo de la reparación. Esto implica afirmar que la razón por la cual alguien está obligado a reparar un daño es lo incorrecto de la acción realizada, siendo dicha incorrección resultado de lo moralmente reprochable de la acción. Véase ROSENKRANTZ, C. F., “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, *LyE*, nro. 67/68, 1997, *Dossier de Filosofía del Derecho*.

<sup>21</sup> Ello pese a que, *a priori*, parecería más injusto aún hacer cargar con los costos del daño al sujeto dañado. Es decir, pareciera injusto que quien causa daños en este tipo de situaciones cargue con el costo de éstos, pero pareciera más injusto aún que lo haga quien los sufre.

una suerte de irresponsabilidad por los daños ocasionados por “actos” involuntarios.

Ello a mi entender revela cuanto menos una contradicción con la sostenida orientación resarcitoria del Código Civil, puesto que si la responsabilidad civil estuviera orientada hacia la reparación del daño exclusivamente, razonablemente no adoptaría este principio. Debería adoptar un criterio por el cual debiéramos responder por todas los actos que cometemos, basándolo en una concepción objetiva de la responsabilidad que disocie la obligación de reparar de la existencia de voluntariedad del acto, como por ejemplo la concepción compensatoria propuesta por Ronsenkranz<sup>22</sup>, o simplemente en el hecho de que resulta más razonable que los hombres asuman los riesgos inherentes a la comisión de acciones dañosas involuntarias que a que lo hagan las potenciales víctimas<sup>23</sup>; dado que permitiría resarcir incluso los casos de daños provocados por actos involuntarios, y así proteger de forma incondicional a las víctimas del daño injusto.

Incluso el párrafo agregado por la ley 17.711 no modifica el panorama, puesto que sólo marca una potestad o facultad para el juez de fijar la indemnización por razones de equidad, cuya procedencia estará, además, supeditada a la capacidad económica de las partes. Por ejemplo, si una persona de escasos recursos provoca un daño a otra adinerada, la indemnización no sería procedente, lo cual parecía indicar que lo que justifica esta norma no es la injusticia del daño —que en el ejemplo es tan patente como en el caso inverso—, sino una cuestión redistributiva<sup>24</sup>.

Esta situación parecería confirmarse más aún si tenemos en cuenta el carácter restrictivo de la procedencia de dicha indemnización, y también su improcedencia en casos de ruptura del nexo causal<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> ROSENKRANTZ, C. F., “Tres concepciones...”, cit., ps. 169 y ss.

<sup>23</sup> El fundamento en este caso sería de tipo económico. Si bien no podríamos aplicar la denominada fórmula Hand (acuñada por el juez Learned Hand en el caso “United States v. Carroll Towing Co.”, 159 F.2d 169, 173 de 1947), que postula que el evitador más barato de costos es quien debe responder por ellos, a los efectos de maximizar la eficiencia dado que es forzoso sostener que las personas puedan tomar medidas precautorias para evitar este tipo de daños; sí podríamos sostener que cada uno está en condiciones de trasladar el costo de los potenciales daños que cause a los demás mediante el aseguramiento que cada individuo asegurándose contra el potencial riesgo de todos los demás, razón por la cual el agente dañador en forma involuntaria debería responder por ser quien se encuentra en condiciones de asegurarse, y de forma más económica.

<sup>24</sup> La reparación del daño genera como consecuencia la generación de un daño, en principio igual, en quien debe repararlo, por lo cual debemos sostener que, más que la reparación del daño, lo que se intenta es su distribución. En este sentido creo que debe entenderse este párr. 2º del art. 907, CCiv., puesto que intenta una distribución del daño, teniendo en cuenta quién está en mejores condiciones económicas de afrontarlo. Por ejemplo, si una persona millonaria daña involuntariamente a otra muy pobre, si bien en principio no sería responsable, parece acertado hacerlo responsable de ese daño, puesto que se encuentra en mejores condiciones de soportarlo que la víctima, teniendo en cuenta ambas capacidades económicas.

<sup>25</sup> Jurisprudencialmente, se entiende que la indemnización en razón de la equidad es de carácter

Si el derecho de daños fuera plenamente resarcitorio, el principio general debería ser el de la responsabilidad por los propios actos, incluso los involuntarios, con fundamento, por ejemplo, en las posturas reseñadas anteriormente. Incluso desde una postura económica podría sostenerse lo mismo, teniendo en cuenta que quien lleva adelante esos daños involuntarios pareciera ser quien se encuentra en mejores condiciones de asumirlos <sup>26</sup> o, cuanto menos, de asegurarse contra ellos <sup>27</sup>.

## 2. La culpa como factor de atribución

La procedencia de la reparación está limitada a la existencia de un factor de atribución, ya sea objetivo o subjetivo.

Históricamente, el sujeto era condenado a reparar siempre que hubiera obrado con culpa o negligencia o con dolo; siendo entonces, como lo he sostenido inicialmente, que era condición *sine qua non* la existencia de una conducta reprochable por parte del agente dañador.

La ley 17.711 introdujo los denominados factores objetivos de atribución, los cuales han sido ampliados mediante creaciones pretorianas (por ejemplo, la obligación tácita de seguridad <sup>28</sup>), que prescinden de la valoración de la conducta del agente.

En lo personal, considero que los factores de atribución son las “buenas razones” por las cuales el sistema jurídico obliga a determinada persona a reparar cierto daño, por lo cual distingo a la razón principal del deber de reparar que es la existencia del daño. Es decir, el daño injusto es la razón por la cual surge el deber de reparar, y los factores de atribución son los argumentos suficien-

---

excepcional (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 20/7/1995, “Desseno, Alberto v. CNAS y otro s/cobro de seguro”, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar)). Asimismo, no procede dicha indemnización cuando ha mediado culpa de la víctima, esto es, cuando se haya producido fractura del nexo causal, razón por la cual es también requisito de procedencia que la conducta de la víctima no pueda ser tachada de negligente.

<sup>26</sup> El análisis económico del derecho sostiene que quien debe cargar con los daños es el evitador más barato de los mismos, que es quien puede asumir de mejor forma el riesgo de, por ejemplo, volverse loco.

<sup>27</sup> Por último, debo mencionar que el art. 1652, Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 unificado con el Código de Comercio, que establece expresamente la responsabilidad de los sujetos por actos involuntarios para ciertos supuestos.

<sup>28</sup> Es cierto que, respecto de la obligación tácita de seguridad, no existe consenso, ni doctrinario ni jurisprudencial, en cuanto a su naturaleza jurídica. Hay quienes sostienen que se trata de una obligación de medios, lo que implica que a los efectos de establecer la existencia de este tipo de responsabilidad sí debe analizarse la conducta del agente dañador en términos de diligencia aplicada (por ejemplo, Vázquez Ferreyra). Por otro lado, hay quienes sostienen que se trata de una obligación de resultados, por lo cual debe prescindirse de ese análisis, siendo entonces una responsabilidad de tipo objetiva (véase, AGOGLIA, M. M. - BORAGINA, J. C. - MEZA, J. A., *Responsabilidad contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993). Más allá de dicha controversia, teniendo en cuenta que actualmente hay jueces que la consideran como responsabilidad objetiva en sus sentencias, me interesa señalarla como una especie de ampliación jurisprudencial y doctrinaria de la responsabilidad objetiva.

tes del derecho de daños para señalar a la persona sobre la que recaerá el deber de compensar ese daño <sup>29</sup>.

Tal como señalé al conceptualizar la responsabilidad como un deber legal de compensar el daño, establecido *ex ante* por la norma de responsabilidad, tanto el requisito del daño como el del factor de atribución funcionan como los fundamentos de la decisión normativa. Ello surge nítidamente de analizar cada norma, puesto que cuanto menos indicará la existencia del daño y la presencia de un factor objetivo de atribución (dado que de no hacerlo funcionaría la regla general del factor subjetivo).

De ello se sigue que no sólo fundamentan la decisión normativa de establecer el deber de compensar, e incluso de señalar a quién o quiénes deberán hacerlo, sino que, como requisitos de ineludible existencia, debe estar acreditada su existencia en el caso concreto para justificar la imposición de la obligación de reparar.

Tomemos como ejemplo el art. 1114, CCiv., que establece la responsabilidad solidaria de los padres por los daños causados por los hijos menores que habiten con ellos. Esta norma determina que quienes cometan la conducta descrita en su antecedente serán responsable por los daños causados. Si analizamos esta norma juntamente con el art. 1116 —en cuanto exonera de responsabilidad a los padres si probaren que les ha sido imposible impedir el daño—, pareciera que esta imputación de responsabilidad se debe a una *culpa in vigilando* <sup>30</sup>.

De este modo, el factor de atribución fundamenta la decisión legal *ex ante* de imputar responsabilidad a ciertos sujetos en ciertas condiciones (los padres respecto de los daños causados por los hijos); pero luego es necesario el análisis en el caso concreto de este requisito legal; así se intentará desdeñar si la conducta efectivamente cumplió con las condiciones de hecho —antecedentes de la norma de responsabilidad (en este caso, se intentará comprobar dónde se encontraban los padres, qué estaban haciendo y qué pudieron hacer para evitar el daño)—; procediéndose entonces, en caso de encontrar cumplido el requisito

<sup>29</sup> Creo que, en este sentido, es evidente que la obligación de reparar se fundamenta en la existencia del daño; de allí que no pueda existir responsabilidad alguna sin daño, lo que descarta, cuanto menos en nuestro derecho, la posibilidad de una responsabilidad por el mero riesgo. Pero si bien ello es cierto, la existencia del daño no es suficiente para obtener la reparación, por lo cual se trata de una condición necesaria pero no suficiente, dado que se requiere la existencia de un factor de atribución que, justamente, “atribuya” el costo del daño a ciertas personas. Estos factores de atribución indican cuáles son las razones que consideramos válidas para hacer responsable a alguien. Cada una de ellas está respaldada por consideraciones agregativas: el dolo para lograr algún tipo de sanción, como prevención general y especial; la culpa como castigo por la omisión de medidas diligentes, para incentivar su adopción y así prevenir el daño; y las responsabilidades objetivas por diversas consideraciones tales como la índole de la relación dañador-dañado.

<sup>30</sup> Desde el análisis económico del derecho, podríamos decir que dicha imputación de responsabilidad se basa en que los padres son quienes están en mejores condiciones de evitar dichos daños, ya sea de evitarlos materialmente o por una cuestión de costos.

de la concurrencia del factor de atribución, a determinar la existencia de responsabilidad como deber de reparar en el caso concreto.

En conclusión, estando determinada la responsabilidad *ex ante*, resta en el caso concreto proceder al análisis de los hechos, para verificar si se han cumplido los requisitos dogmáticos de la responsabilidad, y así establecer la existencia de responsabilidad sobre ciertos sujetos en el caso concreto.

Volviendo al tema de los factores de atribución, encontramos entonces dos tipos de razones fundamentales en nuestro sistema de reparación de daños.

Las primeras son aquellas que sostienen que la reparación del daño le es exigible a una persona —y no a otra— por una actitud reprochable de ésta, a saber: reprochable por la intencionalidad o lo deliberado del incumplimiento contractual (dolo), o por no haber obrado de acuerdo con los estándares de diligencia exigidos, aunque analizados en el caso concreto; de allí que la apreciación del factor de atribución subjetivo implique la necesaria evaluación de la conducta del sujeto, cuyo resultado es trascendente para el establecimiento de la obligación de reparar <sup>31</sup>.

Las segundas son aquellas que justifican la obligación de reparar respecto de determinada persona en cuestiones que, en principio, son ajenas a la valoración de la actitud del agente dañador. Digo en principio porque no es del todo claro que los casos de responsabilidad objetiva no impliquen predeterminar *ex ante* una actitud reprochable del agente. Por ejemplo, en la responsabilidad por defectos de diseño, el factor de atribución es objetivo, porque hay un estándar objetivo de diligencia que no debe ser violado —que el diseño no tenga fallas—. Aquí, hay una predeterminación de la conducta negligente por la norma <sup>32</sup>, al igual que sucede en la culpa con los estándares del buen hombre de negocios; el problema es que en este caso la predeterminación es muy concreta —el diseño no debe tener fallas—, y comprobada la falla, se tiene por existente el factor de atribución; en cambio, en la culpa, el estándar del buen hombre de negocios es tan indeterminado que prácticamente requiere de un análisis en el caso concreto tan exhaustivo como si éste no existiera.

Existen otros casos en los que pareciera que el fundamento de la atribución de responsabilidad a ciertos sujetos no está en relación con la valoración de la actitud del agente: por ejemplo, en la responsabilidad de la cadena de producción prevista por el art. 40, Ley de Defensa del Consumidor <sup>33</sup>. Si bien es

<sup>31</sup> En el caso particular de la culpa, se analiza si el agente ha obrado con la diligencia que era debida, de acuerdo con esos estándares que pueden ser objetivos o abstractos (por ejemplo, el buen padre de familia o el buen hombre de negocios, exigidos en determinadas hipótesis). Cuando dichos parámetros no son exigibles, se debe “construir” un estándar de conducta que le haya sido exigible al agente al momento de causar el daño (teniendo en cuenta sus condiciones personales, el nivel de la exigencia de obrar con prudencia e incluso la previsibilidad del daño), el cual se comparará con la conducta que se llevó finalmente a cabo para determinar la existencia de culpa.

<sup>32</sup> De allí que en casos similares hay quienes sostengan que se trata de casos de “culpa objetiva”.

<sup>33</sup> El art. 40, ley 24.240, modificado por el art. 4º, ley 24.999, establece: “Si el daño al consumidor

cierto que tanto productores, intermediarios, transportistas y vendedores, y demás partícipes toman contacto con los productos, es irrazonable sostener que todos ellos despliegan una actitud negligente cuando se provoca un daño por vicio o riesgo de la cosa (y más aún que la norma predetermina como negligente la simple participación en la cadena), como también que existe una negligencia predeterminada en ellos basada en una exigencia de mutuo control.

Quizá aquí sí podamos estar en presencia de un fundamento por fuera de la valoración de la actitud del agente, basado en la necesidad de protección de los llamados “grupos débiles” como lo son los consumidores.

Esto lleva indudablemente a considerar que la ley 17.711 y varias normativas particulares han agregado nuevas razones que permiten normar determinados supuestos que escapaban a la regulación tradicional.

De esta manera, el sistema ha quedado estructurado de forma que reconoce dos tipos fundamentales de razones de imputar la obligación de reparar a ciertas personas: unas destinadas a fundar la procedencia de la indemnización en ciertos supuestos determinados (por ejemplo, el art. 1113, CCiv.), y otras razones “genéricas” que justifican la reparación en el resto de los supuestos de hecho.

La “objetivización” del derecho de daños implica, en este sentido, un intento por querer justificar mediante los factores de atribución objetivos cada vez más situaciones que por exclusión se encuentran en el dominio de los factores subjetivos, debido a que los factores objetivos tienen una órbita específica de operatividad. Es decir, que la propia ley indica qué supuestos quedarán sometidos a factores de atribución objetivos, lo que denota el carácter excepcional de dicha atribución.

Si bien los factores subjetivos funcionan por exclusión o, dicho de otra forma, como justificativos residuales cuando no proceda la justificación de los factores objetivos, la realidad es que todavía la mayor cantidad de las hipótesis de daño requieren para la procedencia de la reparación la comprobación en el caso concreto de una conducta que encuadre en un factor de atribución subjetivo, razón por la cual debemos sostener que el fundamento genérico de la responsabilidad sigue siendo la culpa, cuestión no casual y que no debe perderse de vista.

La conclusión que creo debe extraerse de lo reseñado es la siguiente: El sistema de responsabilidad civil sigue girando en torno a la noción de culpa, lo cual debe hacernos dudar de los primeros conceptos vertidos, en el sentido de que no es tan claro que nuestro sistema tenga orientación resarcitoria únicamente. Todavía tenemos un sistema que considera que la razón genérica que

---

resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan”.

fundamenta la reparación es el reproche de la actitud del dañador, pero que está dispuesto en ciertas situaciones predeterminadas a aceptar la reparación prescindiendo del análisis *ex post* de la conducta del agente.

### 3. La relación de causalidad

En materia de relación causal, el Código Civil establece, en sus arts. 901 a 906, un sistema de imputación de consecuencias que se encuentra limitado por el criterio de la previsibilidad. Distingue de esta forma las distintas consecuencias del obrar humano en razón de una “lejanía” del acto generador, teniendo en cuenta la previsión o el deber de haber previsto dichas consecuencias por parte del agente. A partir de allí, dependiendo del tipo de responsabilidad y del factor de atribución en juego, le serán imputables al agente una determinada cantidad de consecuencias dañosas de su obrar, y otras quedarán fuera de su deber de reparar.

El lector podrá notar que, respecto de la relación causal, se encuentran entremezclados distintos conceptos que exceden la imputación de los hechos al agente que implican los arts. 901 a 906, CCiv.<sup>34</sup>

Propondré inicialmente algunas razones que expliquen este fenómeno.

Una es decididamente que si bien a nivel doctrinario suelen distinguirse los diferentes “elementos configurativos de la responsabilidad civil” (incumplimiento objetivo, relación causal, factor de atribución y daño), la realidad es que no se trata de compartimentos estancos. Muchas de las nociones o elementos se condicionan fatalmente o, peor, son constantemente confundidos y mezclados tanto por los doctrinarios en sus trabajos como por los jueces en sus sentencias.

No sólo por confusión, sino que, por ejemplo, varios autores han argumentado que la noción de causalidad presupone un juicio de responsabilidad o de atribución “jurídica” a un sujeto de las consecuencias dañosas de su accionar. Es decir, que todo intento por intentar conectar a un sujeto con las consecuencias dañosas de sus actos requiere una teoría de la responsabilidad personal, por lo cual desde la relación causal se recurren a consideraciones normativas que exceden la mera imputación de un hecho al agente<sup>35</sup>.

Si bien podemos admitir que, de alguna manera, los principios de responsabilidad están apoyados en la causalidad —en el sentido de que los principios

<sup>34</sup> Este apartado debe leerse con especial consideración de lo dicho en la nota 2. Más allá de la duda que genera la relación de causalidad, en cuanto a si logra conectar a los hechos causalmente debido a que están conectados naturalmente en una relación causa efecto, o si ello se hace teniendo en cuenta criterios intelectuales previos, dado que dicha relación natural es prácticamente incognoscible por el hombre; lo cierto es que se trata simplemente de una imputación de hechos, y no de responsabilidad, tal como se intentará demostrar en los párrafos que siguen.

<sup>35</sup> Así por ejemplo, Engelart, Perry y Coleman, referenciados por ROSENKRANTZ, C. F., “Tres concepciones...”, cit., ps. 175 a 179.

de responsabilidad que manejamos en nuestro sistema requieren la existencia de la relación de causalidad para que nazca el deber de reparar—, he de advertir que podría no ser así, dado que existen sistemas que imputan responsabilidad sin la existencia de una relación causal sin que ello obste a que puedan atribuir responsabilidad a los sujetos<sup>36</sup>. Ello demuestra que, en realidad, la relación de causalidad implica una imputación de hechos, como se viene sosteniendo, y que es independientemente de la noción de responsabilidad del sujeto para con los daños causados.

El problema es que, si bien la relación de causalidad establece cuáles consecuencias del obrar humano le son imputables al sujeto, la imputación “se volverá jurídica” cuando se determine la responsabilidad del sujeto, lo cual se dará cuando se haya comprobado la existencia del resto de los requisitos de la responsabilidad civil, especialmente el factor de atribución, que paradójicamente determina el alcance de la imputación de los hechos.

En conclusión, si consideramos que lo relativo al análisis de las condiciones personales del agente y a la extensión de la responsabilidad se encuentra dentro del dominio de los factores de atribución, que la responsabilidad consiste en un deber legal de reparar frente a la ocurrencia del daño y que es independiente de la relación causal<sup>37</sup>, tendremos que decir que la relación causal debería consistir meramente en una imputación fáctica<sup>38</sup>.

Pero constantemente se entiende que ella imputa al agente responsabilidad y no hechos. Es decir, cuando un agente provoca una serie de daños, al analizar la relación causal con cada uno, muchos sostienen que lo que se intenta imputar es responsabilizar al agente para con cada daño, cuando en realidad creo que debería considerarse que lo que se intenta hacer es una imputación fáctica, la cual incluso no tiene relevancia decisiva a la hora de establecer la responsabilidad de dicho agente respecto de cada daño.

<sup>36</sup> “La causalidad es una peste”, escribió John Fleming (*Causation has plagued courts and scholars more than any other topic in the law of torts*, 1998, p. 218). La crítica, justa y terrible, tiene una buena causa: la causalidad es uno de los muchos criterios que usan las leyes para imputar responsabilidad por daños a alguien, pero la doctrina tiende a considerar que es el más importante sino el único”; asimismo: “Todos los sistemas jurídicos incluyen muchas disposiciones que establecen el deber de compensar o remediar el daño. Sin embargo, muy pocas recurren a la causalidad como criterio único de imputación. En ocasiones, no exigen ni eso, y en otras, requieren más” (CODERCH, Pablo S. - FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, Barcelona, *Revista jurídica on line “Indret”*, 2006, art. 329, [http://www.indret.com/pdf/329\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf)). Véase que incluso en este caso, a mi entender, si bien hace una interesante observación, el autor incurre en el error de considerar que la relación de causalidad imputa responsabilidades en lugar imputar hechos.

<sup>37</sup> El deber de compensar el daño no surge de la existencia de la relación causal, sino justamente de que ha sido causado. Asimismo, del factor de atribución y de la norma de responsabilidad depende la determinación de cierta o ciertas personas como “responsables” del costo del daño.

<sup>38</sup> De hecho, la terminología utilizada por el codificador pareciera avalar esta postura. Nótese que los arts. 903 a 905, CCiv., aluden a la imputación de las diferentes consecuencias, y que el art. 901 define a las consecuencias como “hechos”. Ello independientemente de que lo haga recurriendo a nociones de causa los efectos, o a criterios intelectuales o normativos previos.

Por ejemplo, uno puede ser responsable por daños que no ha provocado en sentido causal (por ejemplo, en la responsabilidad de los padres respecto de los daños ocasionados por los hijos menores) o puede no ser responsable por daños causados (por ejemplo, por existencia de causales de justificación o porque la misma ley decreta la irresponsabilidad de cierto individuo respecto de ciertas situaciones), razón por la cual podemos decir que no sólo la causalidad es condición necesaria y no suficiente para que un individuo responda por el daño causado, sino que en algunas circunstancias ni siquiera es condición necesaria.

Hay una cuestión que en este apartado quiero abordar y se relaciona con el régimen de imputación de hechos (consecuencias) que, como vimos anteriormente, se realiza desde el factor de atribución.

En cuanto a la metodología seguida por el codificador, dicho régimen inicia en el art. 901, CCiv., con una clasificación de las distintas consecuencias del obrar humano, para luego establecer un régimen de imputación de éstas, el cual se encuentra limitado por el criterio de previsibilidad.

Dentro de este segundo aspecto, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el art. 903 establece que las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de éstos. Por su parte, el art. 904 establece que las consecuencias mediatas sólo le son imputables al autor “cuando las hubiere previsto, o cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”. Es decir, se le imputa hasta las consecuencias mediatas (inmediatas y mediatas) al agente cuando ha obrado con dolo —conocimiento de la consecuencia mediata— o con culpa —cuando debió haberla previsto, puesto que ello le era exigible, y no lo hizo—.

Pero respecto de la regulación de las consecuencias casuales, no le son imputables al autor del hecho, salvo “cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho”. Es decir, en este caso, sólo se le imputan al agente que actuó con dolo.

Si bien, tal como se expuso, la causalidad no debería incidir terminantemente en la atribución de responsabilidad, no es cuanto menos llamativo que la reforma de la ley 17.711 haya mantenido esta discriminación, que provoca que al autor que ha obrado con dolo le sean imputables más consecuencias que a quien ha obrado con culpa. Debemos señalar, asimismo, que esta distinción también surge en la esfera contractual, de acuerdo con lo previsto por los arts. 520 y 521, CCiv.

Nuevamente, creo que estamos en presencia de una cuestión que revela que todavía nuestro régimen de la responsabilidad civil tiene gran influencia del concepto reparación-sanción, dado que el “castigo” sobreviene de forma más grave cuanto es mayor el reproche que merece la acción del agente, lo cual no tendría sentido si sólo fuera trascendente a los efectos de justificar la reparación la injusticia de daño <sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Ello tiene que ver, a mi entender, con una idea derivada de la meritocracia, y es la proporcio-

#### IV. LOS DIVERSOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE DAÑOS

En los apartados anteriores, he intentado analizar cómo se conjugan en el derecho de daños actual los conceptos de reparación y sanción.

Pero a decir verdad, la decisión normativa de establecer que ante determinadas hipótesis de daño, éste deberá ser reparado por determinadas personas tiene diversas consecuencias que van más allá de la vetusta dualidad “sanción del responsable-reparación del daño”<sup>40</sup>.

Es más, no se trata de consecuencias “no previstas”, sino que debieran ser conceptualizadas, en la medida de lo posible, como posibles objetivos del derecho de daños.

Estas consecuencias serán objeto de tratamiento en los párrafos que siguen, mediante un análisis descriptivo del derecho de daños.

##### 1. La distribución del daño y la actividad económica

Se ha dicho con acierto: “Hay un responder-sanción que funciona cuando el daño ha sido causado ilícitamente, pero esa materia es sólo un capítulo de otra más amplia, la del responder-distribución, que corresponde a todos los casos de daños civiles, hayan sido ilícitos o no”<sup>41</sup>.

Tal como esbozara anteriormente<sup>42</sup>, el derecho de daños, mediante la reparación, lo que realmente genera es la adjudicación de los costos que el daño ha provocado. Si consideramos que X causa a Y daños por \$ 10, una eventual condena en sede judicial debería condenar a X a pagar a Y \$ 10, además de hacerla cargo de los gastos causídicos. Esto genera en el responsable un daño de la misma cuantía que el generado por él con anterioridad, razón por la cual, y en última instancia, quien provoca el daño es quien asume su costo.

De allí que, partiendo del concepto de deber legal de responsabilidad, la predeterminación de los sujetos que en caso de ocurrir un evento dañoso deberán asumir los costos de su reparación es crucial para diversas actividades económicas.

---

nalidad de la sanción. Una vez que se está de acuerdo con que un sujeto debe ser sancionado, resta siempre establecer cómo y cuánto lo será. Nuestro sistema, revelando nuevamente una faceta retribucionista, establece mayores sanciones cuanto más reprochable sea la acción dañadora.

<sup>40</sup> Indudablemente, cuando nació el derecho de daños en los Códigos europeos del siglo XIX, las pocas normas que dedicaron a la materia tenían como finalidad inmediata compensar los daños sufridos por las personas y causados, fundamentalmente, por negligencia (CODERCH, Pablo S. - GÓMEZ LI-GÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, Barcelona, *Revista jurídica on line “Indret”*, art. 275, 2005, [http://www.indret.com/pdf/275\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf)).

<sup>41</sup> LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999, ps. 957/970.

<sup>42</sup> Ver nota 24.

Un ordenamiento puede establecer para determinadas cuestiones que sólo el agente dañador sea quien cargue con las consecuencias de sus acciones; para otras, puede permitir o incluso imponer como obligatorio el aseguramiento<sup>43</sup>, lo que implica la traslación del costo a la aseguradora, o la distribución entre el agente dañador y el organismo asegurador —por ejemplo, en caso de pólizas con límites de cobertura o con franquicias—, o incluso puede atribuir responsabilidad a varios sujetos en forma solidaria frente a una hipótesis de daño, como hemos visto que ocurre respecto del art. 40, Ley de Defensa del Consumidor<sup>44</sup>.

Esta “decisión” normativa tiene consecuencias que pueden manifestarse a diferentes niveles. Por ejemplo, suele sostenerse que el aseguramiento trae aparejado el problema del riesgo moral. El hecho de que el seguro garantice al asegurado la cobertura de los costos de los daños que él mismo provoque genera naturalmente un incentivo a no tomar las medidas adecuadas para evitar los posibles daños, es decir, a no mantener la normal conducta antisiniestral que tendría si no estuviere asegurado, lo cual afecta de lleno los objetivos de prevención del derecho de daños<sup>45</sup>.

De la misma forma que la institución del seguro puede generar este tipo de problemas, es evidente que posibilita el desarrollo de diversas tareas de alto riesgo. Piénsese en las líneas aéreas. En general, las tragedias que suelen ocurrir en este tipo de accidentes provocan daños por cifras siderales; de no existir el mecanismo del seguro, aquéllas deberían funcionar asumiendo un costo altísimo, consistente en que ante la primera tragedia probablemente vayan a la quiebra por imposibilidad de pago de las deudas por indemnizaciones a las cuales deberán hacer frente, lo que generaría que ninguna compañía asuma ese riesgo inicial, por lo cual ninguna funcionaría. El seguro —y en estos casos el reaseguro— permite trasladar ese riesgo mediante el pago de la correspondiente prima, y así permite que tanto las compañías públicas como privadas realicen ese tipo de tareas de transporte, lo cual sin dudas es algo beneficioso para toda la sociedad.

<sup>43</sup> El seguro es, por así decirlo, la forma de distribución del daño por naturaleza, aunque en rigor de verdad, lo que se hace es dispersar el riesgo del siniestro, asumiéndolo la aseguradora por el pago de un precio, que surge básicamente del costo esperado de los accidentes posibles ponderados por la probabilidad de ocurrencia de éstos.

<sup>44</sup> Ver nota 34.

<sup>45</sup> Ver al respecto COLOMA, G., *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, cap. 2 ap. 8, y cap. 5 ap. 2. Pese a la existencia de este problema, existen diversos mecanismos para desincentivar las conductas “displicentes” de los asegurados, como por ejemplo la existencia de franquicias, los límites de cobertura, la exclusión de cobertura por culpa grave o dolo del asegurado, e incluso la concordancia entre la prima (precio del seguro) con la actitud del agente, puesto que en todo caso si el asegurado es un sujeto que no toma las precauciones necesarias, ello puede incidir directamente en el precio del seguro encareciéndolo, lo que de por sí puede generar un incentivo a tener actitudes precavidas.

Un análisis similar podríamos hacer de las normas que establecen pluralidad de responsables en forma solidaria frente a un hecho dañoso, como la referida prevista en el marco de la Ley de Protección al Consumidor.

Se trata sin dudas de una norma tuitiva de los consumidores, que justifica por las especiales características de este grupo. De hecho, podría pensarse que es beneficioso en tanto distribuye el daño en los involucrados en la “cadena de producción”, pero ello también puede provocar un aumento significativo en los precios de los bienes, dado que todos los intervinientes de la cadena se verán obligados a asegurarse por su actividad, costo que será indudablemente trasladado al precio del producto.

Como puede apreciarse, el derecho de daños no sólo intenta reparar el daño, sino que debe distribuir el costo del daño ocasionado, lo cual es importante tanto respecto de los otros objetivos de ésta como con relación a objetivos macroeconómicos.

## 2. La eficiencia y la minimización de los costos de los accidentes <sup>46</sup>

El derecho de daños es un instrumento de regulación social que impone en determinados sujetos —víctima, victimario, terceros— la carga de pagar los costos de los accidentes que causan determinados sujetos, como un mecanismo para, entre otras cosas, garantizar que, en caso de ocurrir el daño, pueda llegarse a su compensación.

Esta determinación *a priori* de la responsabilidad, de acuerdo con la forma como se realice y su alcance, entre otras consideraciones, genera diversas consecuencias más allá de intentar lograr la reparación y sancionar al responsable.

El hecho de que, ante un daño causado por \$ 10, el responsable deberá sufragar \$ 10 más \$ 2 en concepto de los gastos causídicos que se provoquen como consecuencia del reclamo jurisdiccional emprendido por el sujeto dañado provoca incentivos en los potenciales dañadores de no dañar, por lo menos, hasta el punto en que el beneficio obtenido en virtud del daño causado sea inferior al costo que para él mismo provoca la obligación de compensar —\$ 12—.

Derivado de ello, si causar el daño le generara un beneficio de \$ 13, tendrían incentivos para dañar, puesto que ello le conllevaría un beneficio de \$ 1 deducidas las indemnizaciones y gastos pertinentes.

<sup>46</sup> Más allá del agradecimiento general antes expresado, debo señalar que el presente apartado y el siguiente han debido ser reformulados casi en su totalidad, gracias a los contrapuntos expuestos por A los efectos del tratamiento del presente apartado, utilizaré en su mayoría apreciaciones y conceptos provenientes del análisis económico del derecho. Básicamente, el análisis económico del derecho realiza un análisis descriptivo de la normativa del derecho de daños, explicando su funcionamiento, pero entendiendo que debe servir a maximizar la eficiencia económica.

Lo mismo podemos decir de los daños causados culposamente. El agente se encontrará incentivado a adoptar medidas precautorias siempre que su costo sea inferior al del daño que pueda provocarse <sup>47</sup>.

Supongamos que hay dos propietarios de terrenos de campo contiguos (A y B), y A decide comenzar a utilizar parte de su terreno como basural. Supongamos también que eso perjudica la actividad agraria que desarrolla B (olores, atracción de roedores que inevitablemente atacarán su cosecha, etc.).

En materia de incentivos, A sólo tomará medidas precautorias para no perjudicar a B, hasta el monto que derive del costo del daño esperado por su actividad multiplicado por la probabilidad de ocurrencia. Si evalúa el costo del daño en \$ 10, y la probabilidad de ocurrencia en 0,2, tendrá incentivos razonables para invertir en medidas preventivas del daño a B hasta \$ 2 <sup>48</sup>. Es decir, no invertirá \$ 3 en medidas precautorias, pese a que ellas garanticen la no ocurrencia del daño.

Ello nos lleva a la conclusión de que la propia normativa no disuade a la no causación de daños, sino a que las partes actúen “eficientemente” desde el punto de vista agregativo, por lo cual éstas cuentan con incentivos suficientes para dañar si ello trae aparejado un beneficio “social”, ya sea por la generación de nuevos recursos a partir de un daño, o por la utilización adecuada y no excesiva de recursos en medidas precautorias <sup>49</sup>.

Vemos así que en el primer caso se genera un incentivo a dañar cuando el beneficio es superior al daño provocado, y en el segundo caso, se disuade a no gastar más dinero en medidas precautorias de lo que razonablemente corresponde, aunque con ello no se evite la posibilidad de causar un daño.

<sup>47</sup> Este cálculo se efectúa multiplicando el daño pasible de provocarse por la probabilidad de ocurrencia, arrojando como resultado el monto de dinero hasta el cual es eficiente invertir en medidas precautorias.

<sup>48</sup> Por fuera del “ejemplo numérico”, que es utilizado a los simples fines de graficar el concepto, es innegable la inexistencia de incentivos para adoptar medidas precautorias cuando se sabe que éstas son más caras que el daño esperado; y que por otro lado la probabilidad de ocurrencia del daño es un factor decisivo al momento de evaluar el grado de inversión en medidas precautorias. Por último, he de destacar que el análisis económico del derecho, justamente para incentivar la eficiencia en este punto, propone que A no pueda ser considerado culpable si efectivamente invirtió \$ 2 en medidas precautorias, incluso si, sabiendo que el daño podía ocurrir, continuó desplegando su actividad; razón por la cual es B quien deberá cargar con el costo del daño.

<sup>49</sup> El análisis económico entiende, generalmente, la eficiencia desde el criterio Kaldor-Hicks. Según este criterio, la eficiencia económica se alcanza sólo cuando se maximiza el bienestar de la sociedad agregativamente considerada; es decir, que una situación (A) es más eficiente que otra (B), cuando provoca que los que se benefician de la situación (A) “ganen” más que lo que “pierden” los que se perjudican con ella; por esta razón es que siempre la consideración del beneficio que trae aparejada una situación se mide en términos agregativos, asumiendo que habrá muchos que pierdan, pero que en cierta forma la sociedad estará mejor porque dichas pérdidas se “compensarán” con las ganancias de quienes resultaren beneficiados, arrojando ello un saldo de bienestar positivo. Así es fácil ver por qué, desde este punto de vista, muchas veces resulta eficiente la causación de daños.

Teniendo en cuenta esto, desde el punto de vista agregativo, la sociedad se encuentra mejor una vez causado el daño, puesto que han generado o “ahorrado” más recursos; ello incluso, teóricamente, sin perjudicar a nadie, puesto que la víctima ha quedado indemne con la indemnización acordada.

Este mismo concepto de incentivos es aplicable respecto de los contratos, sobre todo aquéllos de prestaciones secuenciales y no simultáneas. Teniendo en cuenta que, una vez que una de las partes cumple con su prestación, la otra tiene grandes incentivos para no cumplir, lo que hace que en definitiva la primera, teniendo en cuenta ello, tampoco tenga incentivos para cumplir<sup>50</sup>, el derecho contractual pone a cargo del vendedor que no entrega el bien la obligación de devolver lo cobrado más condenas accesorias, y al comprador que recibe lo comprado pero no entrega el dinero, la obligación de devolver el bien más condenas accesorias. De esta forma, se logra el equilibrio de Nash, desde el punto de vista de la teoría de los juegos, dado que cuando uno de los dos cumple su obligación primero, inducirá al otro a cumplir, lo que en definitiva evitará que ambos incurran en el incumplimiento de sus obligaciones, y, por ende, que se dañen mutuamente y que dejen de obtener la ganancia que la transacción les reporta<sup>51</sup>.

Pero volviendo al ejemplo, supongamos que el vendedor pacta la venta de la mesa por el precio de \$ 10, e incluso recibe el precio de ésta, pero en el ínterin de la entrega otro comprador le ofrece pagar \$ 15 por ella.

Como hemos visto, el vendedor se encuentra en principio incentivado a cumplir con el contrato, dado que el ordenamiento pone sobre él la obligación de devolver el dinero pagado más los gastos causídicos que demande un eventual juicio, e incluso daños derivados de la ruptura contractual que excedan el precio abonado. Pero si todo ello suma hasta catorce pesos, desaparece el incentivo al cumplimiento. Esto se produce por la sencilla razón de que en esa circunstancia, al mismo ordenamiento, y nuevamente teniendo en consideración

<sup>50</sup> Supongamos una compraventa de una mesa, por un precio de \$ 10 (P). El costo (C) de su fabricación es de \$ 5 y su valor (V) es de \$ 12. Una vez que el vendedor ha recibido los \$ 10, tiene en su poder (P) más (V-C), puesto que el producto sigue en su poder, razón por la cual suma \$ 17, los cuales se verían reducidos a \$ 5 (P-C) en caso de entregarla. Si esta posibilidad es considerada por el comprador al momento de pagar primero, elegirá entonces no abonar el precio, por lo cual la transacción se frustrará generando un beneficio nulo para ambos. Para mayor profundidad, ver COLOMA, G., *Análisis económico del derecho privado...*, cit., cap. 7, ps. 183 y ss.

<sup>51</sup> En una situación de contratación normal, es decir, sin problemas de información, coacción, etc., ambas partes deberían obtener un beneficio de la contratación. El vendedor obtiene la diferencia entre el precio de venta y el costo de producción —margen de ganancia—, y el consumidor obtiene la diferencia entre lo que él valoraba el bien y lo que efectivamente paga —excedente del consumidor—. Ésta es la razón por la cual el derecho contractual intenta resolver los problemas de oportunismo contractual, que se dan por el natural incentivo al no cumplimiento, como forma de favorecer los intercambios y así aumentar el bienestar general. Ver también para ampliar el tema POSNER, R., *Economic analysis of law*, Little Brown Boston, 1997, y COLOMA, G., *Análisis económico del derecho privado...*, cit., cap. 5, ps. 117 y ss.

cuestiones de bienestar agregativo, ya no le es de interés incentivar el cumplimiento de ese acuerdo, sino todo lo contrario, que el bien llegue a las manos de quien más lo valora<sup>52</sup>, puesto que así se generará mayor cantidad de beneficio para la sociedad, dado que en el caso de cumplirse con el segundo contrato, se habrán generado más recursos<sup>53</sup>.

Hasta aquí hemos visto cómo el análisis económico pareciera mostrar, a partir de un análisis descriptivo del derecho de daños, la manera en que genera incentivos de actuar eficientemente, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, y que, a consecuencia de ello, muchas veces incentiva indirectamente la causación de daños, en los supuestos en que ello genere bienestar social a nivel agregativo.

En el ámbito del derecho de la responsabilidad extracontractual por negligencia (accidentes), y ya fuera del análisis meramente descriptivo, se propone una regla de responsabilidad que garantiza aún más la eficiencia que el simple mecanismo antes comentado: la regla del evitador más barato de costos.

Tal como antes comentara, la decisión normativa de determinar los responsables de compensar a la víctima del daño, o de que sea la propia víctima quien lo soporte, puede pasar por diversos motivos. En este caso, el análisis económico pone en el centro de la escena la eficiencia en su faceta de disminución de costos. Ello, conjugado con las ideas antes expuestas, da como resultado que no sólo hace a la eficiencia evitar sólo los daños ineficientes, sino que para evitarlo, debe hacérselo al menor costo posible.

De allí que, en estos casos, cuando tanto víctima como victimario puedan adoptar medidas precautorias eficientes para evitar el daño<sup>54</sup>, la norma de responsabilidad que esta corriente sugiere indica que deberá responder quien podía evitarlas a menor costo.

Volvamos por un momento al ejemplo de los campos contiguos. Supongamos que la ganancia que le reporta a A tener el basural es de \$ 20, que el daño

<sup>52</sup> Según el análisis económico, los bienes deben quedar en manos de quienes más los valoran, y ellos son quienes están dispuestos a pagar el precio más alto por el bien —y pueden hacerlo—; de allí que el pago de un precio superior supone que el contrato es más beneficioso a nivel social, puesto que se generarían más recursos.

<sup>53</sup> Aquí se ve nuevamente cómo el derecho contractual incentiva las transacciones como método de generación de recursos, dado que incentiva a las partes al cumplimiento de los contratos entendiendo que ellas estarán mejor en términos de riqueza después de contratar que antes de hacerlo. En este sentido, Posner ha sostenido que todo el derecho, fundamentalmente el derecho de daños, debe ser entendido como una herramienta para la maximización de la riqueza de la sociedad (POSNER, R., “Utilitarianism, economics, and legal theory”, *Journal of Legal Studies*, VIII (1), 1979, trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 69, 1998). También puede verse la crítica de Ronald Dworkin a Posner en DWORKIN, Ronald, “¿Es la riqueza un valor?”, trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 69, 1998.

<sup>54</sup> Esto es, cuando sea posible para ambos establecer medidas precautorias idóneas a un costo menor que el del daño esperado multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia.

esperado es de \$ 5 y la probabilidad de ocurrencia, de 0,4. Es evidente que A estará dispuesto a invertir en medidas precautorias hasta \$ 8. Supongamos, también, que existe un moderno sistema que permite aislar los terrenos basurales, de forma tal que no generaran olor ni atrajeran roedores, y que sale \$ 8. Razonablemente, es eficiente que A compre dicho sistema, de modo que le quedará de ganancia \$ 12. Pero si B pudiera evitar el daño a un precio menor, por ejemplo a \$ 4 puesto que llevaría su cosecha a otra parte de su campo en la que no se viera perjudicada, ésta sería la solución eficiente, por lo cual la norma debería hacer responsables a los evitadores más baratos como forma de incentivarlos a que ellos sean quienes inviertan en medidas precautorias. Dado que si B es quien invierte en medidas precautorias, genera un ahorro de recursos a nivel agregativo —la sociedad en vez de gastar \$ 8 gasta \$ 4 para evitar el daño—, ello sin considerar quién es el que debe afrontar el costo, si el que introduce el riesgo o quien lo sufre<sup>55</sup>. Una solución distinta implicaría un ahorro para B de \$ 4, pero un costo para A de \$ 8, dando el saldo agregativo -4.

Así, podemos apreciar cómo el análisis económico considera eficiente que quien esté obligado a prevenir el daño que merezca ser evitado por ineficiente sea quien puede hacerlo a menor costo.

En materia de costos de accidentes, Calabresi señala que éstos no están constituidos solamente por los costos generados a la víctima, que constituyen las pérdidas acaecidas o lo que ha dejado de ganar en razón del accidente —él los denomina costos primarios—, sino que existen otros costos generados a raíz del siniestro, por ejemplo, el costo de que todos los costos del accidente sean soportados por la víctima o por una sola persona y no distribuidos entre los miembros de la sociedad —costos secundarios—; o los costos de una administración de justicia y demás organismos burocráticos encargados de imponer coactivamente a los responsables la obligación de indemnizar —costos terciarios—.

En este sentido, puede verse que cualquier regla de responsabilidad que se aplique no podrá cumplir acabadamente con los tres objetivos, por cuanto lo que debería aplicarse es una combinación de reglas (de responsabilidad, de aseguramiento obligatorio y de irresponsabilidad por ciertos acontecimientos) que permitan en cada tipo de caso encontrar la solución que garantice de mejor manera posible la minimización de todos los costos de los accidentes.

De forma que, al momento de determinar la regla de responsabilidad aplicable, por ejemplo: la regla del evitador más barato de costos, ésta debería ceder ante otras que permitan la reducción de los costos secundarios y terciarios, por ejemplo, los que consideran la capacidad de asegurarse en forma más eco-

<sup>55</sup> Ésta es quizá una de las aristas más polémicas del análisis económico. Como la meta es la eficiencia, éste está dispuesto a hacer responsable a cualquier persona, tenga o no la más ínfima relación con el evento dañoso o con el riesgo, mientras pueda evitar el daño con menor gasto, lo cual contrasta con nuestra arraigada creencia en el mérito, que comentáramos anteriormente.

nómica de los sujetos, con el objeto de distribuir los costos, o la capacidad/incapacidad de trasladar los costos de los accidentes a los bienes producidos, o incluso excepciones de responsabilidad <sup>56</sup>.

De hecho, el autor señala que no sólo las reglas de derecho de daños no podrán cumplir acabadamente con los tres objetivos al mismo tiempo, sino que muchas veces la aplicación de una norma que tienda a la consecución de un objetivo puede atentar contra el cumplimiento de otro. Un ejemplo de ello es el problema del riesgo moral que anteriormente se reseñó <sup>57</sup>. La existencia de actividades que requieren aseguramiento obligatorio provoca en los asegurados actitudes displicentes respecto de la evitación de daños, dado que ellos no cargarán con el costo de éstos. Ello provoca indudablemente que tiendan a provocar daños ineficientes, puesto que no estarán dispuestos a invertir en medidas precautorias, incluso cuando éstas sean menores al daño esperado ponderado por la probabilidad de ocurrencia, o cuando sean de costo menor que las que podría tomar la potencial víctima.

También podemos encontrar que la limitación cuantitativa de los daños o la tarifación de las indemnizaciones, a la par que pueden proveer a la minimización de los costos terciarios al volver más predecibles las decisiones judiciales y favorecer la negociación extrajudicial, atentan contra el objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil, porque permite obtener indemnizaciones de menor cuantía. Incluso podría sostenerse que al disminuir las indemnizaciones esperadas, los individuos verán reducidos sus “costos de dañar”, por lo que se provocaría un incentivo a los daños voluntarios o a los incumplimientos contractuales dolosos.

### 3. La prevención de daños

Dos son las facetas que el derecho de daños ofrece respecto de este objetivo en particular.

La primera es una cuestión meramente derivada o secundaria del mecanismo consistente en predeterminar a los sujetos que deberán hacerse cargo de reparar los daños que se produzcan en determinadas hipótesis: la persuasión de no causar daños ineficientes <sup>58</sup>.

Como hemos visto, y como consecuencia de una cuestión de costos, los individuos se encuentran incentivados a no dañar, pero sólo hasta el punto en

<sup>56</sup> Véase CALABRESI, G., *The cost of accidents. A legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.

<sup>57</sup> Ver nota 45.

<sup>58</sup> Y digo cuestión derivada porque es un efecto o consecuencia de otro objetivo que sí creo está en juego en el derecho de daños, y que la disminución de los costos de los accidentes, más precisamente la disminución de los “costos primarios” de Calabresi, lo cual ha sido objeto de análisis en el anterior apartado.

que los costos que les reporta el daño causado son menores que la ganancia que les produce.

Así, en el derecho contractual, normativamente se prevé la reparación de los daños por incumplimiento, para así volver al cumplimiento del acuerdo, la salida más beneficiosa para las partes.

Por otro lado, en el derecho de la responsabilidad por negligencia, tal como hemos visto, se persigue el mismo objetivo. La aplicación de la Fórmula Hand<sup>59</sup>, que postula que se lesiona negligentemente y por lo tanto se debe responder; sólo cuando las medidas precautorias idóneas que se podían tomar tenían un costo inferior al costo del daño esperado ponderado por la probabilidad de ocurrencia, incentiva a las personas a adoptar niveles de precaución óptimos, puesto que los hace invertir en medidas de precaución sólo cuando éstas garanticen un beneficio al inversor. Ello lleva sólo a un incentivo parcial para no cometer daños, puesto que el sujeto estará sólo obligado a prevenirlo cuando los costos de las medidas precautorias sean inferiores al daño esperado, por lo cual en los demás casos se carece de incentivos por parte del derecho, dado que sería ineficiente incentivar a la no provocación de esos daños.

De allí que, en términos de incentivos, la opción más eficiente a los efectos de la prevención de la mayor cantidad de daños pareciera ser el establecimiento, en cabeza del dañador, de la obligación de indemnizar la totalidad de los daños causados a las víctimas, puesto que mientras más se lo obligue a abonar al responsable en concepto de daños, más se cuidará de evitarlos, ya sea de no efectuarlos voluntariamente o de invertir más recursos en medidas precautorias. Es decir, mientras más dinero se lo obligue a pagar en concepto de daños, estará menos dispuesto a dañar —puesto que el daño debería provocarle un alto beneficio, suficiente para pagar la indemnización y quedarse con el resto— y más dispuesto a adoptar medidas precautorias —porque al ser más elevado el daño esperado, será más eficiente un nivel más alto de éstas—<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Ver nota 23.

<sup>60</sup> Suele entenderse que esta opción es la más eficiente para lograr el objetivo prevención, pero que al momento de conjugarse con otros objetivos —y sobre todo con el desarrollo de la actividad económica— muestra serios problemas. Esto ha sido demostrado por Coase, quien, criticando los desarrollos de Pigou en su obra *The economics of welfare*, sostiene que ver el problema en términos de cuánto debe pagar el dañador —asumiendo inicialmente que es él quien asumirá el costo del daño— es desconocer el carácter recíproco del problema, dado que hacer resarcir a la víctima es también dañar al dañador. Así, el análisis debe iniciarse sin considerar *a priori* que el dañador es quien debe soportar la pérdida; sino evaluando si hacer asumir el costo al dañador causará más daño aún que los provocados a la víctima por el daño original, y elegir la opción menos dañosa, que puede llegar a generar, según el caso, que la víctima deba internalizar el costo del daño, con lo que sí se logra una prevención de daños mayores e ineficientes. Para mayor profundidad puede verse COASE, R. H., “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. III, 1960, trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 45, 1992, ps. 81 y ss., y BEYER, H., “Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”, *Revista Estudios Públicos*, nro. 45, 1992.

Por esta razón es que, en rigor de verdad, considero que el derecho de daños no conlleva una “prevención de comportamientos antisociales” en el sentido de André Tunc<sup>61</sup>, sino que sólo persuade a no cometer conductas dañosas que perjudiquen a la sociedad o, mejor dicho, que sean agregativamente ineficientes en tanto generen pérdida de recursos.

En los países cuyos regímenes legales se encuentran basados en el derecho europeo continental, como la Argentina, esto es, con derecho codificado, el hecho de que la labor de los jueces consista, en principio, en la aplicación e interpretación de las normas legales creadas por el poder legisferante limita su libertad de actuación y de formulación de normas jurisprudenciales. Ésta es principalmente la razón por la cual el análisis económico del derecho en general y la denominada Fórmula Hand en particular no han tenido un gran desarrollo, más allá de reconocer que dentro del concepto de culpa, y al momento de establecer los estándares exigibles en cada caso, el juez pueda incorporar consideraciones de este tipo.

Sin embargo, incluso prescindiendo de estos elementos, en cierta forma, el derecho de la responsabilidad por negligencia genera ciertos incentivos —secundarios, como ya se ha aclarado—, respecto del deber de cuidado.

Analicemos esto desde uno de los clásicos ejemplos utilizados para explicar el funcionamiento de la Fórmula Hand.

Los conductores de automóviles en autopistas corren permanentemente el riesgo de atropellar a un peatón. Para ello, naturalmente, tomarán distintas precauciones (mantendrán el auto en buen funcionamiento, no beberán al conducir, etc.), pero el sistema legal entiende que el procedimiento más barato para evitar los posibles accidentes es la disminución de la velocidad, por lo cual, a los efectos de incentivarlos a hacerlo, les impondrá la carga de tener que solventar los accidentes que generen cuando no reduzcan la velocidad. De esta forma, si el costo de reducir la velocidad para el conductor es menor que el costo esperado del accidente (daño total esperado multiplicado por la probabilidad de ocurrencia), éste disminuirá la velocidad hasta donde sea eficiente<sup>62</sup>.

Supongamos ahora que un conductor se encuentra circulando por la autopista por encima de la velocidad permitida y un peatón decide cruzar la autopista corriendo, lo cual genera que el conductor atropelle al peatón. Desde el punto de vista del análisis económico, podríamos considerar al peatón negli-

<sup>61</sup> TUNC, A., “La responsabilité civile”, *Collection de Études Juridiques Comparatives*, Economica, Paris, 1981, ps. 3 y ss.

<sup>62</sup> Como puede apreciarse, el carácter de este incentivo es secundario y hasta cierto punto relativo. En realidad, la disciplina que mejor se encuentra en condiciones de generar incentivos a la reducción de la velocidad es la normativa correccional o las normas de tránsito, no sólo porque incentivan a la reducción de la velocidad y, por ende, a la prevención de los accidentes en todos los casos —incluso en los casos en que sea eficiente que se produzcan—, sino porque realmente son las que generan una amenaza lo suficientemente palpable para el conductor que lo incentiva a reducir la velocidad.

gente aplicando la regla del evitador más barato de costos, dado que los costos de evitar el accidente para el peatón parecieran ser inferiores a los del conductor, porque razonablemente podría serle más barato cruzar por el puente habilitado que al conductor reducir la velocidad a un nivel óptimo. Ésta es la razón por la cual se considerará negligente el accionar del peatón.

Visto desde nuestro derecho, si bien estimo que no se realizaría un análisis de los costos de las medidas precautorias a los efectos de establecer la negligencias de las conductas, sí se debería analizar cuál era el estándar de conducta esperado del peatón para evitar accidentes, y este análisis arrojaría que debió cruzar por el puente, de forma de atribuirle responsabilidad al peatón, ya sea en forma exclusiva a partir de la culpa de la víctima, que afectaría fatalmente el nexo de causalidad, o a partir de la culpa concurrente, lo cual generaría un incentivo similar al analizado en la regla del evitador más barato de costos.

Asimismo, no sería erróneo, al analizar estos casos, ver la influencia de los costos para los agentes de tomar precauciones a los efectos de cumplir con el deber de cuidado, por ejemplo, si el conductor era un médico que se encontraba dirigiéndose a toda velocidad a un hospital para realizar una operación que sólo él estaba capacitado para hacer, la cual era de tanta urgencia que a cada minuto de retraso el paciente corría riesgos crecientes de no sobrevivir.

El lector notará algunas diferencias respecto de los incentivos de prevención en el derecho de daños contractual y extracontractual; ello está basado en el hecho de que, en la órbita contractual, el objetivo principal en lo que al análisis económico del derecho se refiere es el de generar la mayor cantidad de acuerdos eficientes y asegurar sólo un nivel de cumplimiento óptimo de éstos, o sea, cuando generen beneficios óptimos; de forma que el objetivo de prevención de daños es una consecuencia directa de ver a la contratación como un método de generación de recursos y de los intentos normativos por proteger a la contratación eficiente.

En cambio, en el derecho de daños extracontractual, la prevención de los daños antieconómicos surge como una cuestión derivada y secundaria del hecho del incentivo que supone que el agente, la víctima o un tercero carguen con el costo del daño provocado.

Pese a estas diferencias, ambos regímenes comparten un mismo concepto, y es que sólo persiguen la prevención del daño cuando éste se muestra ineficiente a nivel agregativo.

La segunda cuestión en materia de prevención se relaciona con la normativa que está específicamente destinada a la evitación de los daños.

Tomemos como ejemplo la figura de la denuncia de daño temido, regulada en el párr. 2º del art. 2499, CCiv., introducida a partir de la reforma de la ley 17.711. Dicho artículo establece: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

De la lectura conjunta de la norma con el art. 623 bis, CPCCN, se ve que tiene por objeto no ya obtener una reparación urgente del daño o hacer cesar una situación de perjuicio, sino directamente evitar que el daño se produzca.

Se trata de una norma poco común y que por demás no sería incluida dentro del catálogo de normas que podríamos considerar dentro del derecho de daños. De hecho, se tiende a considerarla como una norma relativa al derecho de propiedad y, por lo tanto, ajena al derecho de daños.

Sin embargo, y siguiendo un trabajo de Calabresi<sup>63</sup>, intentaré demostrar que se trata de una norma que pertenece al derecho de daños más de lo que aparenta.

Señala el autor que existen distintas formas o niveles de protección de los derechos individuales, que definen el alcance de la protección estatal que tendrán y la disponibilidad que tienen para sus titulares. Así, existen tres tipos de derechos de acuerdo con la “regla” de protección que tengan: los protegidos por reglas de propiedad, por reglas de responsabilidad y por reglas de inalienabilidad.

Un derecho es protegido por una regla de propiedad cuando la única forma legal de “quitarle” el derecho a su titular es mediante de una transacción voluntaria, en la que el precio es negociado por las partes, siendo aceptado, en última instancia, por el comprador. Esto implica una mínima intervención estatal, dado que no interviene en la determinación del valor del derecho.

Asimismo, un derecho es protegido por una regla de responsabilidad cuando cualquier persona puede “destruir” el derecho del titular o el objeto sobre el cual recae, aunque al hacerlo se hace pasible de reclamo, jurisdiccionalmente previsto, de abonar el valor del derecho, aunque éste estará objetivamente determinado o sea determinable, pero sin que ello dependa de la decisión del titular. De esta forma, la intervención estatal es un tanto más importante, dado que además de permitir la transferencia predetermina el valor del derecho o fija pautas para su determinación mediante normas.

Por último, un derecho es protegido por una regla de inalienabilidad cuando su transferencia se encuentra prohibida por el Estado, pese a que incluso pueda existir un consenso entre el titular del derecho y un comprador. De esta forma, estas reglas, más que proteger al derecho, limitan la disponibilidad de éste para su titular.

Entonces, señala: “En nuestro contexto, buena parte de aquello que comúnmente llamamos propiedad privada, puede ser visto como un derecho que es protegido por una regla de propiedad”<sup>64</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta la norma antes citada, cabe preguntarse por qué tipo o tipos de regla está protegido ese derecho de propiedad que pesa

<sup>63</sup> CALABRESI, G. - DOUGLAS MELAMED, A., “Property rule, liability rules and inalienability: one view of the cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, nro. 6, 1972, traducción al castellano por *Revista Estudios Públicos*, nro. 63, 1996.

<sup>64</sup> CALABRESI, G. - DOUGLAS MELAMED, A., “Property rule...”, cit., p. 367.

sobre los bienes del denunciante (A), por ejemplo, sobre su casa que se encuentra contigua a un terreno en el cual se está efectuando una construcción que puede provocarle daños. A los efectos del ejemplo, llamaremos B al propietario del terreno en el que se construye el edificio.

Que A pueda impedir el daño antes de que se produzca, solicitando la intervención estatal, deja abierta cierta duda respecto del tipo de regla que protege al derecho de A <sup>65</sup>.

Normalmente, la existencia de una regla de responsabilidad provoca que cualquier individuo pueda atentar contra el derecho de otro, poniéndose inmediatamente en la situación de deudor respecto de éste, a partir del surgimiento del crédito indemnizatorio. Justamente porque cualquier individuo puede dañar, no le asiste la posibilidad al titular de, considerándose potencial víctima, recurrir a la justicia para evitar un daño que pudiera sufrir.

Por otro lado, la denuncia de daño temido es una cuestión facultativa para A; éste puede no efectuarla y permitir la continuidad de la construcción, y así la causación del daño. Incluso el Estado no podría intervenir en esta cuestión supliendo la voluntad de A <sup>66</sup>.

De lo expuesto, debemos concluir que el derecho, en nuestro ejemplo, se encuentra protegido por una regla de propiedad, que es justamente la que habilita la protección anticipada del derecho.

Un clásico ejemplo del funcionamiento de las normas de responsabilidad se da en los casos de los accidentes de tránsito. En estos casos, el riesgo es patente, tanto para conductores como para peatones, pero el potencial dañador es indeterminable, tanto cuantitativamente como cualitativamente (quién o quiénes serán dañados, cuándo y cuál será el costo de dichos daños). De esto se deriva que las negociaciones para las partes, que consistirían en comprar mediante transacciones voluntarias el derecho a dañar por parte de los conductores, tendrían costos de transacción prohibitivos y, por ende, devendrían imposibles. Ésta es la razón que justifica que el derecho de los peatones esté protegido por reglas de responsabilidad y no de propiedad.

En nuestro caso, es claro que B es el único potencial dañador y que A es la potencial víctima. Asimismo, la evaluación del daño por ambas partes puede resultar relativamente sencilla, y las partes cuentan con el “período de riesgo”

<sup>65</sup> Si bien a los efectos didácticos la clasificación de Calabresi y Relamed es útil, se entiende que los derechos están protegidos muchas veces por reglas mixtas, que contienen previsiones propias de reglas de responsabilidad y propiedad, por ejemplo.

<sup>66</sup> Una cuestión que no es resaltada por Calabresi, pero que surge de su exposición, es que en los casos de reglas de inalienabilidad, el Estado no sólo interviene limitando la disponibilidad del derecho, sino que cuando corra riesgo de ser vulnerado, el Estado tiene la facultad de actuar incluso prescindiendo de la voluntad del potencial damnificado. Por ejemplo, en el caso de los menores, el Ministerio Público puede solicitar a la justicia que intervenga ante un eventual riesgo respecto de un menor, incluso cuando este riesgo haya sido asumido voluntariamente por el menor.

para intentar solucionar la cuestión. Esto es lo que justifica que el derecho de A esté protegido por una regla de propiedad.

Si bien la norma señalada pareciera tener como único objetivo que el daño no se produzca, un análisis descriptivo señala que ello es sólo una posibilidad de muchas otras que se provocan al momento de efectuarse la denuncia.

Dado que el derecho de A se encuentra protegido por una regla de propiedad, y que el potencial dañador está identificado, las partes se encuentran incentivadas por la facultad que otorga dicha norma a negociar la causación o no del daño.

Siguiendo los parámetros del caso “Sturgess v. Bridgeman”<sup>67</sup>, diremos que el resultado de las negociaciones no dependerá de la procedencia o no de la denuncia, sino de la negociación de las partes, la cual podrá llegar incluso a que A consienta los posibles daños.

Es decir, pese a existir una norma que tiende a la prevención de los daños, ésta incentiva, en primer lugar, la negociación de las partes. El hecho de que “acuerden” o no dependerá del beneficio que le ocasiona a B la construcción frente al perjuicio que sufre A; si el primero es mayor, B podrá “comprar” el perjuicio de A y continuar con la construcción<sup>68</sup>. Por lo tanto, pareciera que la norma tiende también a proveer a la distribución eficiente del daño y, por lo tanto, maximizar las ganancias de la sociedad, objetivos que se enlazan claramente con la eficiencia económica.

Tanto en el caso de que la obra sea paralizada como en el caso de que, deducida la denuncia, las partes lleguen a un acuerdo (que implique el aseguramiento en la no causación del daño temido mediante obras adicionales, por el pago de una suma de dinero, etc.), el derecho quedará en manos de quien más lo valora<sup>69</sup>, lo cual garantiza la eficiencia.

#### 4. Los costos terciarios y la previsibilidad del derecho judicial de daños

Respecto de la disminución de los “costos terciarios” de Calabresi, el derecho de daños tiene (o debería tener) en dicha cuestión uno de los objetivos primordiales<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Es un caso de similares características, utilizado por COASE, R. H., “The problem of social cost”, cit.

<sup>68</sup> De allí que, siguiendo a Coase, la solución del problema no dependerá de lo que establezca la ley (en este caso, una norma tendiente a la prevención) ni de lo que decidan los jueces, sino de los beneficios y costos asociados a las diferentes alternativas a discutirse en la negociación. Ver BEYER, H., “Ronald H. Coase...”, cit., ps. 7/9. Hay que tener en cuenta que la teorización de Coase parte de la condición de ausencia o de bajos costos de transacción.

<sup>69</sup> Como se dijo en la nota 52, según el análisis económico del derecho, la eficiencia se logra cuando los bienes quedan en manos de quienes más lo valoran y pueden pagar por él. Si, en efecto, B no alcanza a pagar el precio en que A valora su derecho, y la transacción no se hace —paralizándose la obra a consecuencia de la denuncia—, el bien habrá quedado en cabeza de quien más lo valora, A. En cambio, si hay un acuerdo, será porque B está dispuesto a pagar más del monto en el que A valora su derecho, razón por la cual el derecho quedará en manos de quien más lo valoró, B.

<sup>70</sup> Los costos terciarios son los costos que derivan de organizar un sistema de imposición de los

La normativa del derecho de daños, como ya comentamos, predetermina a los responsables de la causación de las distintas hipótesis de daños, fijando su obligación de compensar y el alcance de ésta. Así, teóricamente, causante y víctima saben, una vez producido el siniestro, quién es el responsable, y de alguna forma el alcance de esa responsabilidad. Por lo tanto, generado el conflicto, ambos influirán en la decisión del método de solución que se aplicará, esto es, llegar a un acuerdo o someter el caso a la decisión de un juez. Es evidente que, en materia de costos terciarios, el derecho de daños debería incentivar a que los individuos lleguen a arreglos extrajudiciales en la mayor cantidad de casos, dado que ello disminuiría el costo colectivo de administrar un sistema estatal encargado de imponer coactivamente los costos de los accidentes a los responsables.

En principio, y volviendo al análisis descriptivo, los individuos cuentan con varios incentivos para encontrar soluciones extrajudiciales a sus conflictos. Los costos que implica iniciar un proceso de reclamo indemnizatorio, el tiempo de duración, la incertidumbre que implica todo proceso, entre otros, deberían inducir a los individuos a optar por la celeridad, el ahorro de costos y la certidumbre que brindan los acuerdos extrajudiciales.

Pero lo más trascendente en este punto es que las reglas de responsabilidad —en cuanto a su determinación y alcance— se encuentren bien definidas, lo que provoca que las partes puedan saber, al momento de sentarse a negociar, cuál sería el resultado de un hipotético juicio, para poder así valorar correctamente las diversas ofertas de arreglo.

“La pluralidad de derechos aplicables y de jurisdicciones competentes y la variabilidad de las indemnizaciones concedidas o convalidadas en casos similares dificulta que las partes puedan valorar la ganancia o pérdida esperada y los riesgos asociados a un litigio. Desaparece el marco de referencia de la transacción: cuánto ganaré (o perderé) si rechazo ahora la oferta de acuerdo que ha formulado la contraparte. La tendencia es, por lo tanto, a sobrevalorar las posibilidades del pleito en detrimento del acuerdo privado. El derecho de daños es, sobre todo y en el ordenamiento jurídico español, un derecho judicial: construido por las decisiones de los jueces y tribunales. Con todo, se echa todavía de menos un grado de definición jurisprudencial que permita al justiciable prever razonablemente las consecuencias legales de sus actos y que facilite el acceso al procedimiento más efectivo, esto es, aquel que proporcione más tutela,

---

costos a los individuos (primarios y secundarios). De allí que podríamos hablar de los costos terciarios individuales, por ejemplo los gastos que la víctima debe afrontar para reclamar judicialmente la indemnización, el tiempo perdido en las negociaciones extrajudiciales, el dinero que debe relegar a afectos de llegar a un acuerdo con el agente dañador, etc., y los costos colectivos, que están constituidos principalmente por los gastos que conlleva hacer funcionar el sistema de administración de justicia y derivados.

más disuasión de daños futuros, que suponga menos conflictividad potencial y que requiera menos costes de gestión”<sup>71</sup>.

Lo comentado por estos autores españoles es plenamente aplicable en la Argentina, donde muchas veces pareciera que la indemnización de las víctimas reclamantes quedara a merced de una suerte de “lotería forense”.

Esta indeterminación de las soluciones jurisprudenciales o, dicho de otra forma, del “derecho judicial de daños” provoca un aumento de los costos de transacción de las partes, y a consecuencia de ello hace muy difícil que puedan llegar a un arreglo, razón por la cual se ven incentivadas justamente a lo contrario.

Siguiendo a Coase<sup>72</sup>, y en un análisis positivo del derecho de daños, es decir, evaluando la bondad del sistema en cuanto al cumplimiento de su objetivo de minimizar los costos terciarios de los accidentes, debemos decir que es necesario tanto que los derechos de propiedad y las reglas de responsabilidad se encuentren bien definidas por el ordenamiento como la coherencia y la previsibilidad de las decisiones de los jueces. Ello porque éstas dos cuestiones hacen a la disminución de los costos de transacción<sup>73</sup>, y cuando estos costos de negociar extrajudicialmente los daños sean bajos, la gente no sólo tendería sólo a dañar eficientemente, puesto que podrían predeterminar con mucha precisión el costo de las indemnizaciones a las que se harían pasibles, sino que los individuos tendrían incentivos suficientes para no litigar en el reclamo de sus indemnizaciones cuando ello no fuere necesario, provocando una disminución de los costos terciarios colectivos.

No debe perderse de vista que el incremento de los costos de transacción, sumado a los altos costos terciarios, puede provocar un fuerte perjuicio al objetivo de minimizar los costos primarios. Existen actualmente muchos litigios emprendidos por sumas siderales, por los cuales realmente se podrían haber acordado por cifras mucho menores aunque razonables; si a ello le sumamos el transcurso del tiempo y la acumulación de intereses, es probable que al momento de querer el actor cobrar su sentencia favorable, el demandado no se encuentre en condiciones de abonar el monto de la sentencia, aunque sí hubiese podido

<sup>71</sup> CODERCH, Pablo S. - GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños...”, cit., cap. 1.5.

<sup>72</sup> COASE, R. H., “The problem of social cost”, cit.

<sup>73</sup> En el sentido de que será mucho más sencillo cuando ambas partes tengan una estimación del daño resarcible lo más parecida posible. Supongamos que la víctima, tomando en cuenta los antecedentes jurisprudenciales y la normativa aplicable, considera que lo que obtendrá en sede judicial por los daños sufridos y resarcibles serán \$ 100. Si el causante del daño tiene la misma estimación, o similar —supongamos \$ 90—, las posibilidades de llegar a un acuerdo son sencillas, porque el costo de ponerse de acuerdo en una diferencia de ese calibre es relativamente bajo, bastando probablemente con una reunión de partes. Pero si la víctima, analizando la jurisprudencia, ve que los jueces otorgan por el daño sufrido indemnizaciones que van desde los \$ 100 hasta los \$ 2500, pretenderá esta última cifra; por el contrario, el causante intentará una oferta lo más cercana posible a los \$ 100. En este caso, los costos de transacción serán tan altos que muy probablemente no se llegue a un acuerdo.

hacerlo si se hubiere encontrado posibilitado de cumplir con un acuerdo extrajudicial razonable, celebrado antes del juicio.

Como vemos, el derecho de daños debería intentar reducir tanto los gastos de administración de justicia como los gastos particulares que se le generan al reclamante de daños en sede judicial, los cuales son sensiblemente menores en los casos de arreglos extrajudiciales.

## 5. El incentivo de las conductas socialmente eficientes

Otra cuestión que no puede dejar de valorarse es el incentivo positivo que el derecho de daños genera sobre las potenciales víctimas a la realización de actividades que representen algún nivel razonable de riesgo, o simplemente respecto de aquellas personas marcadamente aversas al riesgo.

Es sabido que, más allá de que la aversión al riesgo de una persona debería depender de un cálculo probabilístico respecto de cada riesgo en particular, lo cierto es que las personas suelen ser aversas al riesgo. En este sentido, en la medida en que el derecho de daños asigna *ex ante* la responsabilidad sobre los daños causados, las potenciales víctimas se sienten incentivadas a realizar actividades beneficiosas a nivel social, que en sí implican asumir cierto riesgo, a sabiendas de que, en caso de ser dañadas, serán compensadas debidamente por ello.

Por ejemplo, si existe una norma que contempla la responsabilidad por vicios redhibitorios, el comprador de una casa se sentirá incentivado a adquirir dichos bienes, sabiendo que el ordenamiento legal tiene señalado al vendedor como el responsable de los costos en caso de que ellos aparezcan; situación que, como hemos visto, incentiva también al propietario a hacer todo lo posible para garantizar que ellos no ocurrirán.

Una posible crítica a este razonamiento sería la siguiente: Si, por ejemplo, no existiese norma de responsabilidad que determine la obligación de reparar por vicios redhibitorios, esto repercutiría razonablemente en la apreciación de las partes respecto del valor del bien que se transmite, una casa en nuestro caso. Si existe una norma de responsabilidad el vendedor valora la casa en \$ 10 y el comprador en \$ 11, habrá transacción, y ello será eficiente, dado que el bien quedará en manos de quien más lo valoró. Pero en ausencia de dicha norma, el comprador disminuirá su valoración, puesto que debe hacerse cargo de los potenciales “defectos” de la casa, y supongamos que la valora en \$ 6. Por otro lado, el vendedor, sabiendo que sin dicha norma se exime del riesgo de afrontar los daños por vicios redhibitorios, al eximirse de dicho costo, valora la casa en \$ 7. En este caso, como la ausencia de la norma repercute en la valoración de ambos, si el comprador no está dispuesto a pagar \$ 7, no podrá comprar la casa, de forma que ésta no será vendida; pero ello no afecta la eficiencia, dado que la casa quedó en manos de quien más la valoraba, el vendedor.

Ello es cierto, pero el problema que se plantea es previo. Justamente al tratarse de vicios “ocultos”, la predeterminación de éstos es muy difícil para ambos, aunque más para el comprador que carece de gran parte de la información sobre el uso de la casa que sí tiene el comprador. Por lo tanto, esta cuestión afecta terminantemente la evaluación que puede hacer el comprador y puede terminar provocando que, a consecuencia de ello, se frustre una transacción que, si existiera buena información, sí se hubiese realizado, lo que sí afecta la eficiencia. La menor valoración que el comprador puede hacer de una casa sin responsabilidad por vicios por parte del vendedor dependerá en gran parte del conocimiento de dichos vicios.

O incluso este problema de información respecto de los vicios puede constituirse en un costo de transacción prohibitivo, si justamente el costo de conocerlos es demasiado alto.

Por ello, la existencia de dicha norma no sólo elimina estos problemas de información, sino que quita de la negociación la predeterminación de los costos de los posibles defectos, facilitando la concreción de la transacción.

## V. CONCLUSIONES

Luego del análisis efectuado en los apartados anteriores respecto de algunos de los aspectos más relevantes de la responsabilidad civil, creo que es forzado sostener que nuestro derecho de daños posee exclusivamente una orientación resarcitoria. Si bien la ley 17.711 ha sido una reforma que ha calado profundamente en la estructura del Código Civil, sólo ha sido una reforma parcial que ha dejado subsistentes innumerables cuestiones que deberían hacernos pensar que el sistema no ha cambiado completamente. Numerosos institutos demuestran que al momento de definir cuestiones tan trascendentes como la existencia de responsabilidad del sujeto o el alcance de la obligación resarcitoria, el sistema toma como criterio la reprochabilidad de la conducta del agente y no el daño causado injustamente.

De ello no debe colegirse que el derecho de daños es un sistema sancionatorio, sino que el objetivo sanción sigue estando latente en nuestro ordenamiento, y tal vez de una forma más decisiva de la que podríamos considerar *a priori*, sobre todo teniendo en cuenta la moderna doctrina que prácticamente se ha encargado de desacreditar la influencia de la faz sancionatoria.

Respecto de la segunda cuestión planteada, debemos desdoblarse la conclusión. Desde el punto de vista del análisis descriptivo de la normativa del derecho de daños, es evidente que, más allá de conseguirse el mantenimiento de la asignación inicial de recursos mediante el mecanismo indemnizatorio, como resultado de esta normativa se producen un cúmulo de consecuencias, más allá de que hayan sido o no trazadas como “objetivos” por sus formuladores.

Minimización de costos, eficiencia en la causación de daños, incentivo de las transacciones socialmente beneficiosas, entre otras son consecuencias que, debido a las cuales las normas del derecho de daños constituyen un sistema de incentivos, son provocadas por dicha normativa; y en este sentido creo que las consideraciones volcadas en este trabajo parecieran demostrarlo.

Ahora bien, la segunda cuestión pasa por establecer si se trata de “consecuencias no buscadas” o si, por el contrario, deben ser consideradas como “objetivos” del derecho de daños.

Existe consenso doctrinario en nuestro país en que los objetivos del derecho de daños, en su actualidad, son al menos la reparación y la prevención del daño; aunque creo que no se ha planteado seriamente en el país si el derecho de daños debe tener como objetivo la eficiencia económica. Más allá de ello, de si está trazado como objetivo, está claro que nuestra normativa, tal como está diseñada, tiende a ello.

Incluso el objetivo “prevención” pareciera desdibujarse si se lo asocia con la eficiencia económica, tal como he intentado en el ap. IV.3.

Pese a no estar así planteado, en nuestro medio suele discutirse mucho acerca de que el derecho de daños debe tender a la tarifación de la indemnización, y así a la reducción de los costos terciarios, tanto colectivos como particulares.

Pero lo importante en todo esto, luego de definir seriamente cuáles son los objetivos que se quieren alcanzar, es ser coherente en la formulación de las normas. En este sentido, es de fundamental importancia analizar cada norma profundamente, y ver a qué fin realmente propende y los diversos incentivos y contraincentivos que genera.

Y por último, totalmente relacionado con lo anterior, es necesario entender que dado que se encuentran con varios objetivos disímiles al mismo tiempo, las normas que se utilicen para alcanzar uno casi inexorablemente afectarán de alguna forma algún otro objetivo planteado.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGOGLIA, M. M. - BORAGINA, J. C. - MEZA, J. A., *Responsabilidad contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- ALTERINI, A. A., “Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad”, *LyE*, nro. 72-73-74.
- ALTERINI, A. A. - AMEAL, O. J. - LÓPEZ CABANA, R. M., *Curso de obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- ALTERINI, J. H. y otros, *Derecho de daños*, Colección, La Rocca, Buenos Aires, 2000.
- BEYER, H., “Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”, *Revista Estudios Públicos*, nro. 45, 1992.
- CALABRESI, G., *The cost of accidents. A legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970; Ariel, Barcelona, 1984.
- “Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.”, *University of Chicago Law Review*, nro. 69, 1976.

- CALABRESI, G. - DOUGLAS MELAMED, A., "Property rule, liability rules and inalienability: one view of the cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, nro. 6, 1972, traducción al castellano por *Revista Estudios Públicos*, nro. 63, 1996.
- COASE, R. H., "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, vol. III, 1960, traducción al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 45, 1992.
- CODERCH, Pablo S. - FERNÁNDEZ CRENDE, A., "Causalidad y responsabilidad", Barcelona, *Revista jurídica on line "Indret"*, 2006, art. 329, [http://www.indret.com/pdf/329\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf).
- CODERCH, Pablo S. - GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes", Barcelona, *Revista jurídica on line "Indret"*, art. 275, 2005, [http://www.indret.com/pdf/275\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf).
- COLOMA, G., *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.
- DWORKIN, R., "Is wealth a value?", trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 69, 1998.
- "Why Efficiency", *Hofstra Law Review*, nro. 8, 1980, ps. 563/590.
- HOBBSBAWM, E., *Industria e imperio*, Ariel, Barcelona, 1999.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., "La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, I. 1, 1987; *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999.
- LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- ORGAZ, A., *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1992.
- POSNER, R., *Economic analysis of law*, Little Brown, 1997.
- "Utilitarianism, economics, and legal theory", *Journal of Legal Studies*, VIII (1), 1979, trad. al castellano en *Revista Estudios Públicos*, nro. 69, 1998.
- ROSENKRANTZ, C. F., "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extra-contractual", *LyE*, nro. 67/68, 1997, Dossier de Filosofía del Derecho.
- TUNC, A., "La responsabilité civile", *Collección de Etudes Juridiques Comparatives*, Économica, Paris, 1981.

## **DE ALEATORIIS PACTIS**

IGNACIO NANTILLO

*Alea jacta est.*

### **I. PRÓLOGO**

El álea en los contratos es un tema que, en general, no ha sido analizado en detalle por los autores contractualistas, quienes, en muchos casos, sólo interpretan los pocos artículos del Código Civil que tratan al respecto. Esto es, son estudios abocados a la descripción del álea dentro del seguimiento de los raciocinios de Dalmacio Vélez Sarsfield, incluido a su vez en el estudio del resto de la materia contractual. Si bien contribuyeron en grado sumo a comprenderlo mejor, actualmente muchas apreciaciones acerca del álea han cambiado y, además, considero que muchas otras seguirán cambiando. No por eso resulta menos interesante su lectura como forma de introducirse en el tema, completándola con la lectura del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, así como también la de unos pocos trabajos especializados muy bien realizados, algunos de reciente edición. Es un tema que, como primera impresión, parecería circunscripto a analizar antiguas discusiones, como la diferencia entre juego y apuesta, la posibilidad de repetir o no el pago y cuándo es posible hacerlo, las deudas de juego, etc. En realidad, tiene muchas más aristas que las que efectivamente ostenta, y de ahí la necesidad de su tratamiento.

Con la intención de profundizar su estudio, el objetivo de este trabajo es debatir las posturas y conclusiones preexistentes y, además, presentar una nueva clasificación de los contratos aleatorios, por un lado, y del juego en general, por el otro, que —considero— contribuirá a un mayor entendimiento del álea en la actualidad. Clasificación que, como todas, es arbitraria, toma rasgos o partes de clasificaciones preexistentes, reagrupa los elementos que ya estaban en el tablero e incorpora otros, pero que, en rigor, llama a pensar de nuevo. El trabajo estará centrado en los contratos de juego y apuesta, que son aquellos que me motivaron a iniciar este escrito, y donde creo hay mucho por aclarar o innovar, sin por ello dejar de mencionar otros contratos relacionados con este tópico.

## II. CONCEPTO

En principio, debe distinguirse el *álea en los contratos* del *contrato aleatorio*. Lo primero supone la aparición de hechos futuros e inciertos que interfieren con el cumplimiento de un contrato. Lo segundo supone la creación de obligaciones contractuales sobre la base de hechos futuros e inciertos. Lo primero supone una contingencia; lo segundo, una disposición; lo primero es una imposición extrínseca; lo segundo, una imposición intrínseca. Ambas expresiones no reflejan lo mismo, resultando distintas. La existencia misma de un contrato implica siempre la previsión, en su redacción, de una gran cantidad de supuestos que llevarían al incumplimiento y su forma de resolverlos. No obstante, *nunca* pueden contemplarse todos los supuestos: la vida puede ser prevista, pero nunca enteramente previsible. La realidad, muchas veces, supera toda previsión. El *álea en los contratos*, como tal, representa un obstáculo imprevisto al efectivo cumplimiento contractual. El contrato aleatorio, en cambio, representa la supe-ditación voluntaria de las partes al designio de los hechos. Por ello, en este último caso, *álea* es sinónimo de *riesgo* (lo cual será analizado más adelante).

El *álea en los contratos* es un principio de inseguridad jurídica, un principio de incertidumbre. En el contrato aleatorio, en la medida en que las partes se comprometen al cumplimiento prestacional sobre la base de un hecho futuro e incierto, asientan dicho cumplimiento en un terreno riesgoso: se pone en riesgo la seguridad del acto jurídico ante el surgimiento de controversias. El riesgo o inseguridad no deviene del conflicto potencial, es decir, aquel que siempre es una posibilidad, sino de un conflicto que ya se encuentra en el origen mismo del contrato, en el nacimiento de las obligaciones. Las partes saben al momento de contratar lo azaroso y, por lo tanto, riesgoso de su proceder. El *álea*, en este caso, genera un esfuerzo mayor por parte del juez: para resolver la controversia no sólo ha de tener en cuenta cuestiones fácticas, sino también fatídicas, en su acepción de pronóstico de lo porvenir. Lo que rige la resolución, más que el *factum* (hecho), es el *fatum* (destino). El juez no habrá de resolver necesariamente la *litis* sobre la base de lo que sucedió, sino sobre la base de lo que presumiblemente habría de suceder o, mejor dicho, habrá de resolver la *litis* sobre la base de lo que sucedió pero ateniéndose a lo que presumiblemente habría de suceder.

En conclusión, si bien no todo contrato es aleatorio, todo contrato es posible de ser influido por un *álea* o aleatoriedad.

## III. TIPOS DE ÁLEA

Ahora bien, debe distinguirse entonces el *álea* en uno y otro caso. El *álea en los contratos* es un *álea no predispuesto*, mientras que el *álea de los contratos aleatorios* es un *álea predispuesto*. El *álea no predispuesto* es aquel que influye en cualquier tipo de contrato y en cualquier etapa contractual. Por ejemplo, si

una persona acuerda con otra la venta de cosecha futura y sobreviene una inundación como consecuencia de la explosión del dique cercano a los campos, dicha situación es un álea que irrumpe en una relación jurídica. El álea predispuesto, en cambio, se halla ínsito en los contratos aleatorios; yo mismo sujeto la relación jurídica, o la misma relación jurídica se halla sujeta, a un acontecer incierto. Por ejemplo, una persona acuerda con otra la venta de su biblioteca sólo si ésta se recibe de médica, o bien, una persona se obliga a entregar a otra un capital a cambio de que ésta asuma el compromiso de pagarle una renta periódica durante la vida de una o varias personas designadas en el contrato. Cabe señalar, acorde con estas afirmaciones, que en el único caso donde resulta procedente la teoría de la imprevisión es en el caso de álea no predispuesto (tema que no es objeto de este trabajo) <sup>1</sup>.

El álea, se sostiene, “es un factor de desequilibrio patrimonial voluntariamente aceptado por las partes de un contrato u otro acto jurídico, que habrá de revelarse una vez celebrado el acto o el contrato, cuando se entre a la etapa de cumplimiento de las prestaciones de cualquier tipo que sean, al cumplirse un plazo indeterminado o una condición” <sup>2</sup>. Considero que esa definición corresponde al álea predispuesto, a lo que cabe agregar la de álea no predispuesto: es un factor de desequilibrio patrimonial acaecido por sobre la voluntad de las partes de un contrato u otro acto jurídico, que se manifiesta una vez celebrado el acto o el contrato, cuando se entra en la etapa de cumplimiento de las prestaciones de cualquier tipo que sean. Esta última circunstancia obedece a que el trabajo es acerca del álea en los contratos, pero bien puede irrumpir el álea no predispuesto en la etapa precontractual o en la etapa poscontractual, lo cual incrementa el campo de estudio. Hecha la aclaración, a continuación, sólo analizaré lo pertinente al álea no predispuesto.

#### IV. ÁLEA Y CONDICIÓN

De lo anterior se desprende un primer interrogante: ¿son contratos aleatorios los contratos condicionales? Para algunos autores (López de Zavalía, Salvat), por un lado se hallan los contratos aleatorios y por el otro los contratos condicionales <sup>1</sup>. Para otros (Leiva Fernández), el contrato aleatorio, por su naturaleza, es puro y simple, lo que no obsta a que pueda contener alguna condición, pero con el carácter accesorio de mera modalidad; no obstante, si el contrato contiene una condición que afecta una prestación principal, debe regirse

cae sobre las ventajas que las partes esperan realizar, pero no sobre el contrato mismo; en los condicionales, por el contrario, es la existencia misma del vínculo contractual y de las obligaciones y derechos derivados de él, lo que resulta incierto. En los primeros, el contrato existe desde su celebración, pero las ventajas del mismo quedan inciertas; en los segundos, es el contrato mismo el que existirá o se resolverá según la naturaleza y la suerte de la condición”.

por las reglas de los aleatorios <sup>1</sup>. Desde mi punto de vista, todo contrato condicional es un contrato aleatorio; la similitud es tal que el concepto de contrato condicional podría dejarse de lado. No habría, en sí mismo, contratos condicionales, sino obligaciones condicionales.

Se entiende por condición la cláusula en virtud de la cual la adquisición o la pérdida de un derecho se subordinan a un acontecimiento futuro e incierto (art. 528, CCiv.). Por extensión, suele llamarse condición al acontecimiento mismo del cual depende la adquisición o la extinción de un derecho <sup>2</sup>. La propia condición, entonces, implica un acontecimiento futuro e incierto y, por lo tanto, aleatorio; más precisamente, si bien no todo álea es una condición (el álea no predispuerto no es una condición), toda condición es un álea.

Por lo tanto, cuando se escribe sobre esta relación, debe distinguirse si se está diferenciando el álea de la condición o los contratos condicionales de los contratos aleatorios. Sólo en ese caso, la única diferencia entre el contrato condicional y el contrato aleatorio es que en el contrato condicional el acontecimiento al que se supedita la existencia de la obligación debe ser futuro, mientras que en el contrato aleatorio puede ser actual (por ejemplo, apostar sobre la base de tirar una moneda). La importancia de estudiar la relación entre el álea y la condición radica en sus efectos sobre la clasificación de los contratos aleatorios, que más adelante se expresa, debido a que todo contrato aleatorio se basa en obligaciones condicionales: hasta que no se cumpla la condición (álea), las partes no conocen las ventajas o desventajas de la celebración del contrato.

Para algunos autores, la condición en los contratos aleatorios existe como modalidad, de manera que sólo afecta a alguna de las prestaciones comprometidas, mas no a la existencia misma del contrato. Dichos contratos, por eso, son aleatorios de forma accidental. Para mí, la condición afecta a la existencia del contrato, porque la condición redundante, o bien en el objeto, o bien en la causa del contrato, que son sus elementos esenciales. Eso es así porque todo contrato aleatorio está impregnado de potencialidad, en la medida en que responde a la expresión “si”, conjunción condicional. Se sostiene: si no hay álea, no hay contrato; si no hay condición, no hay prestación, pero sí contrato. Para mí, como toda condición es un álea, si no hay condición, no hay contrato. Es evidente que si no hay álea no hay contrato, pero también es evidente que tampoco hay prestación.

---

<sup>1</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El álea en los contratos*, cit., cap. I, ps. 5/6.

<sup>2</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, 20<sup>ª</sup> ed. act., reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, cap. XIII, p. 230.

## V. RIESGO

Surge también un segundo interrogante: el álea, ¿es o no sinónimo de riesgo? Caben dos respuestas. Para algunos autores (López de Zavalía, Salvat), el álea es riesgo en el sentido de peligro, de existir algún daño; tiene una connotación negativa<sup>3</sup>. Para otros (Leiva Fernández), el álea no es riesgo, en la medida en que lo venidero puede ser positivo o negativo: se puede ganar o perder<sup>4</sup>. Desde mi punto de vista, es evidente que lo sucedáneo puede ser positivo o negativo para una u otra de las partes, o para ambas, pero esa situación no le quita la calidad de riesgoso al álea. Es riesgo no en un sentido subjetivo, sobre lo que le pueda suceder al sujeto, sino en un sentido *objetivo*, en cuanto se arriesga algo.

La palabra “álea”, como sustantivo latino de primera declinación, lleva inserta el significado de riesgo; álea, suerte, azar, riesgo, juego son conceptos que en Roma eran uno solo. Cuando Julio César se dispuso a cruzar el Rubicón, río que lo separaba de Italia, al retornar de su campaña en las Galias, afirmó: “*Alea jacta est*”; la expresión se traduce como “la suerte está echada”. En aquella época, regía en la República romana una ley que ordenaba a todo general que entraba en Italia por el norte licenciar sus tropas antes de atravesar dicho río; César, señala Suetonio, cruza a su suerte, a su riesgo, violando la normativa vigente. Es el álea un riesgo, en el sentido de tomar una decisión atrevida.

En nuestro ordenamiento jurídico, la palabra riesgo es mencionada en diferentes artículos del Código Civil: 1113, 1198, 1332, 1404 a 1407. En general, la palabra conserva en dicha redacción un hábito subjetivista en el sentido de peligrosidad; por eso caben dos posibles soluciones: entender riesgo en sentido objetivo, esto es, como albur propiamente dicho, o bien reemplazar riesgo por álea.

El álea, entonces, es un concepto amplio comprensivo del concepto de riesgo.

## VI. CONTRATOS ALEATORIOS

Los contratos se clasifican en conmutativos o aleatorios. Son contratos conmutativos aquellos en los cuales cada una de las partes conoce cuándo habrán de producirse las ventajas o pérdidas del contrato. Son contratos aleatorios aquellos en los cuales cada una de las partes desconoce cuándo habrán de producirse las ventajas o pérdidas del contrato, debido a que se hallan supeditadas a un acontecimiento incierto, futuro o actual. En nuestro ordenamiento jurídico, los contratos aleatorios se hallan mencionados en el art. 2051, CCiv., entre otros, mientras que los contratos conmutativos no se encuentran expresamente

<sup>3</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., cap. XXV; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., cap. X.

<sup>4</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El álea en los contratos*, cit., cap. I, ps. 2/5.

caracterizados, aunque sí mencionados, por ejemplo, en el art. 1198, 2ª parte, relativo a la teoría de la imprevisión. Dentro de los contratos aleatorios suele ubicarse tradicionalmente a los contratos de juego, apuesta, el contrato de renta vitalicia, el contrato de seguro. Son los contratos aleatorios típicos.

De la lectura del art. 2051, CCiv., se desprende que los contratos serán aleatorios cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes o *solamente para una sola de ellas* dependan de un acontecimiento incierto. En la doctrina francesa se discutió acerca de la posibilidad o no de que la aleatoriedad de este tipo de contratos afectara a una sola de las partes, concluyéndose por la existencia de tal posibilidad (art. 1964, Código francés). Tal discusión fue retomada por parte de nuestra doctrina. Sin embargo, en este punto comparto la opinión de López de Zavalía, quien señalara: “No es posible encontrar un solo ejemplo de un contrato que sea aleatorio para una sola de las partes. Una aleatoriedad para sólo una de las partes significaría que para una, sus ventajas y sacrificios son ciertos, en tanto que para la otra, son inciertos. Eso es un imposible lógico”<sup>5</sup>. Agrega el autor que la aleatoriedad existe siempre para ambas partes, pudiendo ser ésta simple o doble. Es *simple* cuando únicamente es aleatorio el sacrificio de una de las partes y únicamente es aleatoria la ventaja de la otra; en este caso, la aleatoriedad de la ventaja de una de las partes se corresponde con la aleatoriedad del sacrificio de la otra parte (por ejemplo, contrato de seguro). Es *doble* cuando las ventajas son aleatorias para ambas partes contratantes, y las pérdidas también son aleatorias para ambas partes (por ejemplo, contrato de renta vitalicia).

A continuación, procedo a caracterizar a los contratos de juego y apuesta, referirme a los denominados contratos de suerte, objetos de este trabajo, para luego ampliar lo concerniente a la clasificación de los contratos aleatorios. Esta inversión en el orden de presentación responde a que es más fácil primero caracterizar a los primeros para luego introducirlos en los segundos; también facilita su comprensión.

## VII. JUEGO Y CONTRATO DE JUEGO

No hay nada más riesgoso que el juego. Lo que caracteriza al juego es que siempre estriba entre lo que se desea que suceda y lo que realmente sucede. Ya Boecio, el último romano, quien escribiera *De consolatione philosophiae*, mientras padecía una prisión injusta por orden del emperador godo Teodorico, había dicho que una diosa ciega nos hace girar en una rueda, que nuestra suerte se presenta en ciclos. Es la *rota Fortunæ*, la cual rige el juego, en particular, y los contratos aleatorios, en general, y de ahí lo difícil de su regulación jurídica.

<sup>5</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., ps. 350/351.

Como principio, debe distinguirse ciertos conceptos que se hayan relacionados de tal forma que muchas veces se los confunde.

Se entiende por juego la acción de jugar, divertirse, recrearse; es el objeto de jugar. En sentido amplio, la palabra juego abarca al juego, la apuesta y la suerte; en sentido estricto, sólo al primero. En nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil tomó el sentido estricto, de lo cual López de Zavalía<sup>6</sup> extrae sus caracteres particulares resumidos de la siguiente manera con algunas salvedades:

— Es una actividad en la que los intervinientes vuelcan su persona con lo que ella tiene de habilidad física o intelectual (es una actividad, no un trabajo o un deporte).

— Es una actividad competitiva entre dos o más (partes).

— La actividad es realizada para la superación de un riesgo artificialmente creado. En el juego, el hombre no se limita a supeditar una obligación a un riesgo determinado, sino que él mismo provoca y queda inmerso en ese riesgo que es el que le permite entrar en competición.

— Esa superación depende de la habilidad y del azar.

Habiendo ya definido el juego, cabe relacionarlo con el deporte. Si bien no todo juego es un deporte, todo deporte es un juego. La diferencia entre un juego y un deporte sólo es producto del entendimiento popular: todo el mundo sabe o considera que el juego de damas no es un deporte y el fútbol sí lo es; algunos consideran al truco un deporte nacional. Algunos encuentran la distinción en el hecho de que practicar un deporte denota una mayor habilidad, por un lado, y una mayor profesionalidad, por el otro. La distinción, desde mi punto de vista, es sólo superficial o, más bien, de apreciación personal.

La diferencia no radica, entonces, entre el juego y el deporte sino entre el contrato de juego y el contrato de deporte. Así es caracterizado este último por Ghersi: “El contrato de deporte (...) tiene como protagonista al jugador profesional, quien, en oposición al *amateur*, desarrolla su actividad en forma profesional, onerosa, sea individualmente o integrando el equipo de una entidad deportiva. Sin perjuicio de las distintas modalidades que la práctica del deporte puede adoptar, puede definirse al contrato deportivo como aquel en que una de las partes pone al servicio de la otra, generalmente en forma exclusiva, su habilidad, destreza y energía física para el ejercicio de determinado deporte, en forma profesional o habitual, por un plazo determinado, a cambio de una remuneración convenida en dinero, con más las primas o premios correspondientes de acuerdo con la reglamentación de cada actividad. Se trata de un contrato consensual, oneroso, bilateral, conmutativo y no formal. Acorde con la modalidad de su ejercicio, puede ser o no de tracto sucesivo, dependiendo de que las prestaciones tengan o no continuidad en el tiempo, y hasta tanto se cumpla el

<sup>6</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., ps. 368/371.

plazo que generalmente se pacta o el que dispongan los estatutos, o bien puede agotarse con la participación en un solo certamen. Además, es *intuitu personæ*, porque se tienen esencialmente en cuenta las cualidades propias del jugador”<sup>7</sup>. Respecto de la naturaleza jurídica del contrato deportivo, el autor distingue entre *ejercicio dependiente* y *ejercicio independiente*. En el primer caso, el vínculo que liga al deportista profesional con la institución deportiva es un *contrato de trabajo*, con su correspondiente regulación. En cambio, en el segundo caso, el deportista individual o *amateur* realiza una actividad autónoma, ejercida por cuenta propia, ni estar sometido a las órdenes o instrucciones de la entidad. En general, es contratado por la institución deportiva para actuar en un único certamen (por ejemplo, el campeón de una categoría de boxeo que expone su título en una contienda), o bien limitado a un número determinado y destinado a producir un espectáculo deportivo. El golf, el tenis, la natación, en ese sentido, son deportes de aficionados. El club no dirige la actividad del jugador en el aspecto profesional, por ello, el jugador no integra una relación laboral, sino que formaliza un contrato atípico regido por las disposiciones del Código Civil, que se asemeja por su naturaleza a las figuras de la *locación de obra o de servicios*. La diferencia sustancial, entonces, es que en el contrato de deporte, a diferencia del contrato de juego, existe como parte contratante una entidad o institución deportiva a partir de cuya intermediación se establecen diferentes vínculos contractuales. Además, el contrato de juego no necesariamente es *intuitu personæ*.

En nuestro país, según el Comité Olímpico Argentino, dependiente del Comité Olímpico Internacional, son deportes: a) de verano: atletismo, tiro con arco, bádminton, baloncesto, béisbol, boxeo, piragüismo, ciclismo, equitación, esgrima, fútbol, lucha, vela, gimnasia, balonmano (*handball*), hockey, judo, pentatlón, remo, tiro deportivo, *softball*, natación, tenis de mesa (*ping-pong*), taekwondo, tenis, triatlón, vóleibol, halterofilia (levantamiento de pesas); b) de invierno: *bobsleigh-tobogganing*, *curling*, hockey sobre hielo, *luge* de carreras, biatlón, patinaje, esquí.

Además, son deportes no olímpicos (según otras organizaciones, algunas asociadas al Comité Olímpico y otras no): automovilismo, motociclismo, ajedrez, actividades subacuáticas (por ejemplo, buceo), billar, *pool*, bochas, *bowling*, canoas, *cestoball*, colombofilia, deportiva militar, esquí náutico, *faustball*, golf, karate, padel, paracaidismo, patín, pelota, polo, *racquetball*, rugby, andinismo, *squash*, surf, *yachting*, yoga, críquet, etc.

Se entiende por contrato de juego aquel que tiene lugar cuando dos o más personas, entregándose al juego, se obligan a pagar a al que ganare una suma de dinero, u otro objeto determinado (art. 2052, CCiv.). En verdad, debe apuntarse “entre dos o más partes”. Las partes llevan a cabo determinada actividad,

<sup>7</sup> GHERSI, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial-Empresas. Negocios. Consumidores*, t. II, 5ª ed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 2002, cap. XXXVII, ps. 393/403.

son parte de los hechos. Así, el juego es un hecho humano, mientras que el contrato de juego es un acto jurídico con contenido patrimonial, patrimonialidad derivada de una apuesta. La finalidad o causa-fin del contrato de juego es “jugar”, la del contrato de apuesta es “apostar”, aunque sea tautológico apuntarlo; sin embargo, el objeto en el contrato de juego y en el de apuesta es el tipo de apuesta. La principal diferencia, por lo tanto, entre uno y otro radica en su finalidad, lo cual tiene consecuencias en las obligaciones que se generan en uno y otro, y ahí me permito disentir con ciertas opiniones. Del contrato de juego legislado por nuestro Código Civil no surge una *obligación de jugar*, porque sólo se preocupa de las consecuencias de la postura. Para López de Zavalía <sup>8</sup> no existe una verdadera obligación de jugar sino un deber libre; en todo caso, del hecho de que uno de los jugadores se niegue a jugar, lo que podrá resultar es la pérdida de la postura. Desde mi punto de vista existe una obligación de jugar en la medida en que, en muchos casos, sino en todos, no jugar produce un daño y, por lo tanto, genera responsabilidad. La obligación de jugar se puede regular por el art. 505, CCiv., a saber: cumplimiento efectivo, cumplimiento por tercero, indemnización. Existen, así, dos obligaciones en el contrato de juego: de jugar, para ambas partes, y de pagar la postura, por parte del vencido. A su vez, existe una sola obligación en el contrato de apuesta: pagar la postura por parte del vencido.

Son caracteres del contrato de juego:

— Es bilateral o plurilateral.

— Es oneroso.

— Es aleatorio.

— Puede ser *intuitu personæ* o no: depende del tipo de juego.

— Es consensual: el contrato se perfecciona para producir sus efectos propios a partir del consentimiento de las partes. Según Luis F. P. Leiva Fernández, no es consensual ni real: no es consensual porque no basta el mero consentimiento de las partes para celebrarlo, sino que se exige que quienes actúan en calidad de partes se “entreguen al juego”, no que se comprometan a entregarse al juego <sup>9</sup>. A mi entender, el contrato es consensual y, por lo tanto, existe promesa de contrato de juego y también responsabilidad precontractual <sup>10</sup>.

En conclusión, si bien del Código Civil se desprende que en el contrato de juego no existe una obligación de jugar, ni tampoco su carácter consensual, no significa que no pueda ser de otra manera.

<sup>8</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., ps. 374/375.

<sup>9</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El àlea en los contratos*, cit., cap. V, p. 39.

<sup>10</sup> Ver *Tipos de incumplimiento y responsabilidad en los contratos lúdicos*, al final del trabajo (ps. 187/190).

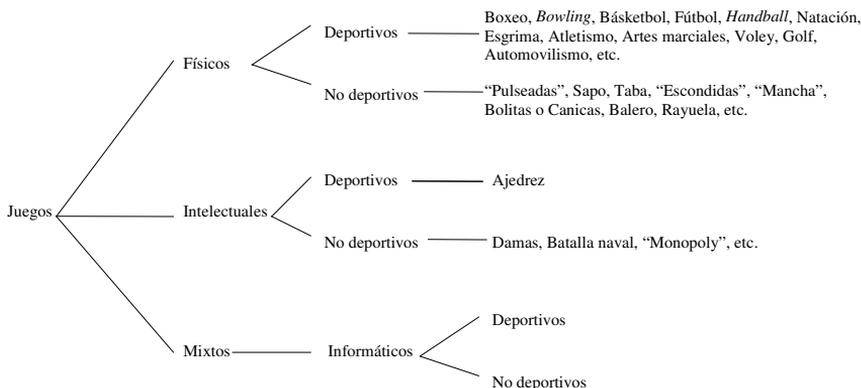
## VIII. CLASIFICACIÓN DEL JUEGO

El parámetro o criterio de clasificación de los juegos radica en las aptitudes que se han de poseer o desarrollar para intervenir o practicar el correspondiente juego. Los nombres escogidos son aquellos de conocimiento popular, algunos en inglés y otros en castellano, no siendo colocados todos por cuestiones de espacio. El carácter deportivo o no deportivo de los juegos mencionados deriva del entendimiento popular, como ya se señaló anteriormente. Los juegos, entonces, pueden clasificarse en:

1.PPT.

Son juegos *físicos* aquellos en los cuales se requiere cierta habilidad o destreza física, esto es, corporal, para poder desarrollarlos, o bien, intentarlo.

Son juegos *intelectuales* aquellos en los cuales se requiere cierta habilidad o destreza intelectual, esto es, mental, para poder desarrollarlos, o bien, inten-



tarlo. El ajedrez es casi el único juego deportivo intelectual (existe hasta el día de hoy un gran debate acerca de si se trata o no de un deporte).

Son juegos *mixtos* aquellos en los cuales se requiere una conjunción de habilidades o destrezas físicas e intelectuales para poder desarrollarlos, o bien intentarlo. A mi entender, aquí caben los juegos informáticos porque a la habilidad intelectual de la estrategia o el raciocinio de la modalidad y reglas del juego debe sumársele la habilidad física para manejar los elementos informáticos. Estos juegos no sólo se desarrollan en computadoras, sino también en consolas especializadas, de marcas conocidas: no sólo debe conocerse el manejo del teclado o del *mouse*, sino también de distintos tipos de *joysticks*, para poder jugar. Tal es así que mucha gente, con la práctica, aprende la ubicación de las teclas necesarias, aprendizaje que es intelectual pero sobre todo manual, lo cual cons-

tituye un tipo de conocimiento que determina ganar o perder la partida. Parece un argumento, en principio, endeble, pero en realidad, de fácil demostración: si a uno lo invitan a jugar uno de estos juegos sobre la base de una apuesta y desconoce la utilidad de uno u otro botón, indefectiblemente se pierde por más que a uno lo adiestren en el momento; uno podrá decir “jugué”, lo cual es tanto como decir “pateé la pelota” que, en verdad, para nada expresa haber jugado al fútbol. Desde mi punto de vista, es una habilidad física que no todos poseen o pueden desarrollar. Ejemplos: deportivos = *FIFA '98* - *NBA* - Golf - Tenis; no deportivos: *Age of Empires* (recreación de combates y campañas militares históricas) - *Warcraft* (campañas y batallas espaciales) - *Counter strike* (es básicamente un juego de puntería: cacería, persecución, manejo de armas; existe, incluso, un campeonato internacional)<sup>11</sup>. En la Argentina, estos juegos se llevan a cabo, además de en ciertas cadenas de videojuegos conocidas, sobre todo en los denominados “locutorios”, modalidad contractual autóctona. Si bien el locutorio es expresión de un contrato de locación, en su seno pueden desarrollarse contratos de juego, y efectivamente así sucede: dos grupos de personas acuerdan competir en un partido de fútbol virtual o en una batalla medieval virtual, debiendo el grupo perdedor pagar al grupo ganador cierta suma de dinero.

Cabe apuntar que, si bien existen juegos puramente físicos, intelectuales o mixtos, todo juego requiere de aptitudes físicas e intelectuales en mayor o menor grado. Por ejemplo, el fútbol es también estrategia y el ajedrez es también celeridad.

## IX. CASOS ESPECIALES

Son aquellos juegos que no son completamente físicos ni completamente intelectuales, ni tampoco mixtos, pero sí son indudablemente juegos porque redundan en una actividad competitiva sobre la base del azar y habilidades personales. Entre ellos pueden señalarse: todo juego de naipes (truco, póker, canasta, bacará, etc.), ta-te-ti; piedra, papel y tijeras; *dinenti* y *backgammon*.

En conclusión, todo contrato de juego puede radicar en cualquiera de los juegos mencionados, o los que se desarrollen, acorde con el criterio clasificatorio adoptado. La definición del contrato de juego es una sola; lo que cambia es el tipo de juego. Lo que para mí es importante resaltar es que la cantidad de juegos es infinita y se actualiza todos los días, pudiendo celebrarse infinidad de contratos. Por ejemplo, se puede celebrar un contrato de juego tanto sobre un encuentro de colombofilia o triatlón como sobre una partida de “el estanciero”.

<sup>11</sup> Los juegos informáticos mencionados en bastardillas son marcas registradas (ley 22.362).

## X. APUESTA Y CONTRATO DE APUESTA

Se entiende por apuesta tanto el convenio por el cual varias personas (o partes) deciden que la que acierte o tenga razón en algo recibirá de las demás una cantidad de dinero u otra cosa como el objeto que se apuesta; es decir, es tanto el contrato de apuesta como lo que se apuesta. Por ejemplo: “Apuesto a que mañana gana River (contrato de apuesta); te apuesto \$ 50 pesos (apuesta) a que así sucederá”. La apuesta, como objeto, puede ser de distinto tipo:

— apuesta con valor pecuniario: suma de dinero u objeto determinado o determinable (por ejemplo, cosecha futura);

— apuesta sin valor pecuniario: prestaciones (por ejemplo, acompañar al que acierta a un lugar), prendas (por ejemplo, un beso, disfrazarse), etc.

Son caracteres de la apuesta:

— es una operación en la que sus intervinientes arriesgan patrimonio.

— es una operación competitiva entre dos o más partes;

— es una operación que no depende de habilidad alguna, sino sólo del azar.

Se entiende por contrato de apuesta, entonces, aquel en el que dos personas que son de una opinión contraria sobre cualquier materia convienen que aquella cuya opinión resulte fundada recibirá de la otra una suma de dinero o cualquier otro objeto determinado (art. 2053, CCiv.). Sin embargo, si bien tampoco se desprende de la lectura del Código Civil, el contrato de apuesta no sólo tiene por finalidad dirimir opiniones contrarias, sino muchas veces simplemente apostar, en el sentido también de arriesgar patrimonio (por ejemplo, loterías, rifas), como se indica más adelante. Las partes no llevan a cabo actividad alguna; son terceros observadores o, mejor dicho, interesados en el resultado de los hechos. El contrato de apuesta, a diferencia del contrato de juego, es un contrato pasivo, no activo; se aguarda un resultado. En ese sentido, me parece interesante reflexionar acerca de un supuesto particular: el contrato celebrado entre uno de los jugadores y un tercero. Para distinguir el juego de la apuesta, algunos autores (Salvat) tienen en cuenta el criterio del papel activo o pasivo de los contratantes: en el juego, los que formulan la postura tienen un papel activo en la superación del evento, en tanto que en la apuesta la producción del evento es independiente de la voluntad y del hecho de las partes. Según otros (López de Zavallía), dicho criterio deja un vacío sin llenar: el contrato de apuesta sobre el resultado de un juego, siendo una de las partes jugadora; por eso, se sostiene, la apuesta es todo aquello que no es juego, por un principio negativo. Según otro pensar (Leiva Fernández), dicha situación no es más que un contrato de apuesta. Desde mi percepción, una y otra cosa son ciertas: es un supuesto de *excepción*. La situación en la cual una persona apuesta con otra sobre el resultado de un juego, *en el cual juega*, es una excepción al principio clasificatorio del contrato de apuesta por el cual sus partes no intervienen. No se puede decir que es

un contrato de juego, tampoco que se trata de un contrato de apuesta, *ergo*, es una excepción a un principio general.

Tanto el contrato de juego como el contrato de apuesta son, en general, contratos *no formales* o consensuales propiamente dichos, es decir, aquellos que no están sujetos a formas de ninguna clase y pueden ser otorgados como las partes estimen conveniente, *aun verbalmente*, con las particulares dificultades de la prueba. Sus caracteres son los mismos del contrato de juego.

Por último, unas breves líneas respecto de la suerte. Se entiende por suerte el puro azar artificialmente creado, el hado, el encadenamiento de los sucesos, etc. Algunos autores (López de Zavalía) entienden por contrato de suerte el sometimiento de una apuesta entre dos o más partes a la suerte (por ejemplo, someter a la suerte particiones de propiedades, tirando una moneda). Esta categoría ha sido superada actualmente, al menos doctrinariamente, dado que los denominados contratos de suerte no son otra cosa que contratos de apuesta: tienen por finalidad apostar.

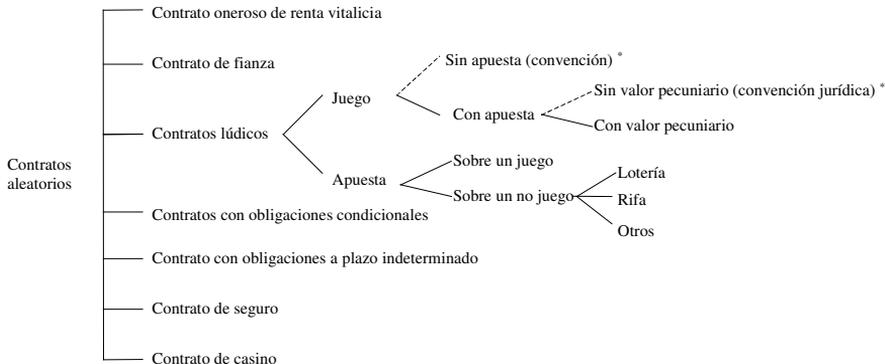
## XI. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS

Los contratos aleatorios suelen clasificarse según aquellos en los que las partes desafían al azar o aquellos en los que al menos una de las partes busca protegerse del azar. La primera categoría abarca a los contratos de juego, apuesta, y la segunda al de renta vitalicia y al de seguro. También pueden clasificarse en contratos aleatorios por voluntad de las partes y contratos aleatorios por su naturaleza (renta vitalicia, seguro, juego, apuesta)<sup>12</sup>. Esta última clasificación es incorrecta: no cabe la distinción por voluntad de las partes o por su naturaleza porque, teniendo en cuenta los contratos, se refieren a lo mismo. La clasificación que considero más apropiada es aquella que toma como criterio la *finalidad* del contrato, en forma genérica; luego, en todo caso, sobre ella podrá hablarse de bilateralidad o unilateralidad. La clasificación teleológica permite distinguir, aunque más no sea tentativamente, los distintos supuestos que la realidad jurídica nos presenta. Así, pueden distinguirse:

El cuadro puede describirse de la siguiente manera:

1) Contrato oneroso de renta vitalicia: es aquel contrato por el cual alguien, por una suma de dinero o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una

<sup>12</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El àlea en los contratos*, cit., cap. II, p. 12.



\* Nota: las líneas punteadas indican que dichos ítem no son contratos, pero por motivos didácticos aparecen en el gráfico.

renta anual durante la vida de uno o muchos individuos designados en el contrato (art. 2070, CCiv.). Por sus caracteres propios, constituye un caso especial.

2) Contrato de fianza: es aquel contrato en el cual una de las partes se obliga accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero acepta su obligación accesoria (art. 1986, CCiv.). Su aleatoriedad es demostrada por Luis F. P. Leiva Fernández, en su obra *El Álea en los Contratos*, a cuyos argumentos sucintamente remito: “El contrato de fianza es aleatorio por razón de su propia naturaleza, toda vez que se supedita a un hecho futuro e incierto —que el deudor afianzado pague su obligación—, la existencia no de la obligación misma —que es pura y simple, no condicional— sino de una pérdida patrimonial en cabeza del fiador, es decir, la suerte de su prestación: pagar o no pagar”<sup>13</sup>.

3) Contratos lúdicos: son aquellos contratos que tienden a la recreación de las partes intervinientes, con o sin un interés lucrativo. Pueden distinguirse dos subclases:

a) Contrato de juego: son aquellos contratos en los cuales las prestaciones consisten en el desarrollo de algún juego, sobre la base de una apuesta, objeto del contrato, susceptible de apreciación económica. A su vez, pueden distinguirse:

i) Juego sin apuesta: no es un contrato, sólo una convención, un acuerdo de voluntades sin consecuencias jurídicas. Son los denominados por López de Zavalía *juegos desinteresados* que, a diferencia de los interesados, no presentan apuestas o posturas, y por ello no interesan al derecho<sup>14</sup>. Por ejemplo: dos

<sup>13</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El álea en los contratos*, cit., cap. II, ps. 15/16.

<sup>14</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., cap. XXV.

grupos de personas se ponen de acuerdo para jugar un partido de fútbol el domingo; el juego de naipes “solitario”.

ii) Juego con apuesta sin valor pecuniario: no es un contrato, sino una convención jurídica, es decir, un acuerdo de voluntades con consecuencias jurídicas; la juridicidad del acto está dada por la apuesta. Sin embargo, no es un contrato en la medida en que carece de patrimonialidad; puede decirse que es un acto jurídico aleatorio. Por ejemplo, dos grupos de personas se ponen de acuerdo para jugar un partido de fútbol el domingo, apostando que el equipo perdedor debe vestirse de mujer, como prenda. La prenda es un tipo de apuesta sin valor pecuniario.

iii) Contrato de juego con apuesta con valor pecuniario: es el único contrato de juego. Por ejemplo, dos grupos de personas se ponen de acuerdo para jugar un partido de fútbol el domingo, apostando que el equipo perdedor debe pagar el asado y las bebidas; dos amigos compiten en un locutorio en un juego de carreras, debiendo el perdedor pagar lo consumido.

b) Contrato de apuesta: son aquellos contratos en los cuales las partes apuestan, es decir, sujetan el pago de determinada apuesta susceptible de apreciación económica, objeto del contrato, a un acontecimiento aleatorio. De ahora en adelante, entenderé la palabra apuesta referente a aquella con valor pecuniario. La apuesta, a su vez, puede versar sobre un juego o sobre un no juego. Por ejemplo, en el primer caso, dos personas apuestan pagarse determinada suma de dinero conforme al resultado de un encuentro pugilístico; en el segundo caso, dos personas apuestan pagarse determinada suma de dinero conforme a las condiciones meteorológicas del día siguiente. Así, pueden distinguirse:

i) Contrato de apuesta sobre un juego: la apuesta puede versar sobre el resultado de una competición de cualquiera del sinnúmero de juegos mencionados anteriormente, u otros, siempre y cuando se respete el criterio clasificatorio (incluso, los casos especiales). En este caso, la apuesta parte de opiniones contrarias.

ii) Contrato de apuesta sobre un no juego: la apuesta versa sobre actividades que no responden al criterio clasificatorio de juego, ni a los casos especiales. En este caso, la apuesta puede partir de opiniones contrarias o no. En el primer supuesto, es ejemplo el hipódromo (se apuesta sobre carrera de caballos) o galgódromo (se apuesta sobre carrera de perros), apostar sobre resultados electorales o cualquier otro acontecimiento futuro e incierto que no redunde en juego; en el segundo supuesto, son ejemplo la lotería y la rifa, en virtud de las cuales se apuesta no necesariamente sobre la base de opiniones adversas (en todo caso, sobre decisiones o elecciones personales o colectivas). Desde mi punto de vista, la lotería y las rifas, y afines, no son juegos sino más bien apuestas, porque no redundan en el desarrollo de una actividad competitiva, sino en

el desarrollo de una operación competitiva de riesgo patrimonial. Para mí, no son contratos de juego, sino contratos de apuesta sobre no juegos <sup>15</sup>.

4) Contratos con obligaciones condicionales: son aquellos contratos cuyas prestaciones están supeditadas a una condición determinada. Esa definición, en verdad, responde a todo contrato aleatorio, pero desde el punto de vista teleológico, esa caracterización es la que los diferencia del resto y además los permite agrupar. Por ejemplo: donación, compraventa, permuta, locación, etc. Son del tipo de expresiones: “te dono una computadora si”; “te compro tu auto si”; “te cambio mi bote por tu bote si”.

5) Contratos con obligaciones a plazo indeterminado: son aquellos contratos cuyas prestaciones están supeditadas a un plazo indeterminado. De la misma manera que en el caso anterior esa caracterización bien puede responder a algún otro contrato aleatorio, pero, desde el punto de vista teleológico, es precisamente esa característica la que los distingue. El plazo indeterminado es una subespecie del plazo incierto. En el plazo incierto propiamente dicho, el acontecimiento que marca el plazo está fijado con precisión, aunque no se sepa por anticipado cuándo ocurrirá (una muerte, la próxima lluvia); en el plazo indeterminado el acontecimiento que lo establece es impreciso, incierto (mejoramiento de fortuna) y por ello debe ser fijado judicialmente, lo que no ocurre en el plazo incierto típico <sup>16</sup>. Por ejemplo: donación, compraventa, permuta, locación, etc.

6) Contrato de seguro: es aquel contrato en el cual una de las partes (asegurador) se obliga con la otra parte (asegurado), mediante el pago de una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto. La finalidad perseguida consiste en trasladar riesgos a un tercero mediante la asunción de las consecuencias provocadas por un hecho determinado y dentro de los límites acordados. El contrato puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley.

7) Contrato de casino: es aquel contrato en el cual una de las partes (casino) pone a disposición de la otra (jugador o apostador) ciertos juegos o no juegos, sobre los cuales se celebran contratos de juego o de apuesta. Es un contrato complejo, atípico, comprensivo de los contratos lúdicos: es bilateral, oneroso, aleatorio, no formal (a veces), consensual, no es *intuitu personæ*. Es un contrato comercial, surgido de la práctica empresarial. Muchas veces está asociado a la hotelería, brindando otros servicios, sobre la base de contratos de hospedaje. Por sus caracteres propios, también constituye un caso especial.

Esta enumeración no es taxativa, sino enunciativa, elaborada con la intención de abordar la mayor cantidad de supuestos. Además de los indicados, pue-

<sup>15</sup> Ver el estudio de las loterías y rifas en: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El àlea en los contratos*, cit., cap. XI, ps. 89/100.

<sup>16</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., cap. XIII, p. 261.

den figurar: préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo (arts. 1120 a 1154, CCom., antes de la reforma introducida por ley 20.094, Ley de Navegación); venta de cosas futuras, o cosas sujetas a riesgo (arts. 1332 y 1404 a 1407, CCiv.); cesión de derechos hereditarios sin obligación alguna de garantía a cargo del cedente (art. 1476, 1ª parte, CCiv.); cesión de un derecho de usufructo (art. 2220, 1ª parte, CCiv.); etc.

Por último, me interesa analizar brevemente el siguiente interrogante: los *concursos*, como género, antiguo y mutante, de carácter televisivo, radiofónico, electrónico, etc., ¿son contratos?; y si lo son, ¿son aleatorios? En principio, depende de cada concurso. En general, son contratos, porque responden a sus caracteres (acto jurídico bilateral con contenido patrimonial) y a sus elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa-fin). En general, son aleatorios, porque responden a la premisa de que las ventajas o pérdidas del contrato respecto de ambas partes dependen de acontecimientos inciertos, futuros o actuales. En general, son contratos de adhesión, porque sus estipulaciones son determinadas unilateralmente por una de las partes, debiendo la otra sólo aceptarlas o rechazarlas. Pueden ser contratos de juego: por ejemplo, programas de preguntas y respuestas en radio o televisión. Pueden ser contratos de apuesta: por ejemplo, el envío de tapitas de cierto producto por correo para participar de un sorteo con premio, o bien de un juego, en cuyo caso se torna contrato de juego, en todos los cuales la apuesta está dada por el pago de los productos consumidos y el costo del envío postal. En general, son contratos no formales.

## XII. TIPOS DE INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS LÚDICOS

Pueden distinguirse los siguientes sistemas de responsabilidad, relacionados, o bien con la obligación de jugar en los contratos de juego, o bien con la responsabilidad existente entre los integrantes de los equipos a participar. Por ejemplo:

Responsabilidad precontractual: deriva de la violación de las tratativas precontractuales o *pourparlers*. Puede ser de naturaleza contractual o extracontractual <sup>17</sup>.

Resulta ejemplo del primer supuesto:

— Por vicisitudes de la oferta y la aceptación:

a) Retracción o revocación de oferta o aceptación: es el caso de la retracción de oferta pública.

b) Responsabilidad precontractual objetiva por “gastos efectuados en la ignorancia de la muerte o incapacidad sobreviviente del oferente”: dos perso-

<sup>17</sup> Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, LL 1998-D, secc. Doctrina.

nas deciden llevar a cabo un partido de tenis de mesa sobre la base de una apuesta importante en virtud de una rivalidad personal, y una de ellas fallece; en desconocimiento de tal suceso, la otra parte efectúa gastos en calidad de: vestimenta (pantalones, camiseta, etc.); alquiler de una cancha unas horas al mes para practicar, etc.

Resulta ejemplo del segundo supuesto:

— Por dolo: una de las partes del futuro contrato adultera la realidad o la oculta a la otra de suerte que la ignorancia de lo falso o el conocimiento de lo verdadero hubieran llevado al otro negociante a celebrar el contrato; es decir, se busca evitar que las negociaciones lleguen a buen puerto. Por ejemplo, una persona está “negociando” con otra, conocida, formar parte de un equipo de truco para competir en una partida sobre la apuesta de un asado, estando ya casi confirmada su incorporación; dicha persona lo está analizando cuando el equipo contrincante le ofrece formar parte de éste. Sabiendo que el equipo contrincante es mejor que el de su conocido, decide integrarlo y así hace todo lo posible para desligarse de su parcial compromiso anterior: dice que tiene cosas que hacer, que no le interesa, que está ocupado, etc.

— Por ruptura de las negociaciones, subtipo “no respetar los acuerdos parciales ya logrados”: un grupo de amigos acuerda participar en un campeonato universitario de *handball*, que tiene por premio \$ 500 pesos mensuales en calidad de beca a cada miembro del equipo. Las partes acuerdan, en particular, las posiciones (es decir, quién será arquero, quién estará a mitad de cancha, quién estará al frente, etc.), las suplencias y demás particularidades de la formación del equipo. Al momento de inscripción, uno de los integrantes decide ocupar otra posición, y ante la negativa del resto de los integrantes y la generación de nuevas controversias, el equipo se desmiembra. En este caso, muchas veces se pagan señas de participación.

— Por ruptura de las negociaciones, subtipo “iniciar o continuar tratativas sin seriedad”: un grupo de amigos se pone en contacto para participar en un campeonato de fútbol cinco el cual premia al equipo ganador con una suma de dinero de \$ 5.000 y un viaje con todos los gastos para presenciar los partidos de la selección argentina en el Mundial de Fútbol Sudáfrica 2010. Uno de los integrantes del equipo confirma su participación, sabiendo que no podrá jugar porque para la fecha de realización del campeonato tiene otro compromiso impostergable; aun así, inicia las tratativas y, a su vez, las continúa. A pocos días de deber presentarse las listas de equipos participantes, dicha persona desiste, incurriendo en responsabilidad precontractual. O también: dos personas conocidas del mundo del box deciden desarrollar una pelea, al punto que comienzan a efectuarse grandes apuestas aun antes de la pelea. Uno de los contrincantes continúa las tratativas sabiendo que está enfermo y que no podrá participar, tratativas que alcanzan incluso a la reservación del lugar ha desarrollar el encuentro.

— Por nulidad: una de las partes negociantes, en realidad, es menor de edad, aunque no parece, y habiendo mentido al respecto, celebra un contrato de juego con otra sobre la base de una competición en la cual no puede participar; este supuesto puede darse también en los concursos.

Responsabilidad contractual: está supeditada al incumplimiento de un contrato aleatorio. Por ejemplo, en un contrato de juego, una de las partes no “juega” al momento de ejecución de las prestaciones o no paga la deuda de juego; en un contrato de apuesta, el deudor no efectúa el pago de la suma de dinero adeudada. También puede mencionarse un caso extraído de la realidad: una persona envía una carta a un programa televisivo para participar de un juego que tiene, en función de una elección (escoger un número en un tablero), determinados premios, entre ellos, un auto. Su carta es escogida de entre muchas otras de forma aleatoria (se tiran las cartas al aire y una persona toma una) y es remitida a la conductora del programa para efectuar el llamado telefónico; dicha conductora se equivoca de número, llama y la otra persona que, a su vez también había participado del concurso, pero cuya carta no había sido efectivamente escogida, participa y gana el auto. Debido a la responsabilidad contractual devenida del concurso, finalmente se arregló entregar un auto a cada una: a la persona efectivamente seleccionada y a la erróneamente seleccionada.

Responsabilidad poscontractual: deriva de la violación de una obligación de no hacer. Puede ser de naturaleza contractual o extracontractual<sup>18</sup>. La responsabilidad poscontractual, en los casos de contratos lúdicos, no redunda entre las partes del contrato, sino, más bien, entre los integrantes de cada parte contratante. Por ejemplo:

— De naturaleza contractual: deber de confidencialidad: dos personas integran un equipo de vela, participan de un certamen y ganan el primer premio. Al año siguiente, se pelean, y una de las personas forma equipo con otra; la persona desplazada, con intención de perjudicar a la otra, informa a otros competidores sobre las técnicas, falencias o secretos que, amén de la habilidad necesaria, permitirían ganarle a su *ex partenaire*. Impera, principalmente, en los contratos de deporte, en los vínculos entre entidad deportiva y jugador o entrenador (que no son, como ya se señaló, contratos aleatorios).

— De naturaleza extracontractual: una persona compite con otra en un certamen de ajedrez y pierde; comienza a decir a los potenciales competidores de aquél, o bien descreditos, o bien técnicas para vencerlo.

Como se puede apreciar, los sistemas de responsabilidad precontractual y poscontractual se reputan en casos de contratos de juego, no así de apuesta, re-

<sup>18</sup> Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad poscontractual”, LL 2002-D, secc. Doctrina.

dundando muchas veces en cuestiones de *fair play* (sobre todo en materia de responsabilidad poscontractual).

### XIII. APRECIACIONES SOBRE EL MARCO LEGAL

En nuestro ordenamiento jurídico, entiendo que las normas imperantes en este tema están atrasadas o bien resultan extemporáneas: incluso la redacción de los artículos del Código Civil es anticuada y no refleja la realidad de nuestros tiempos. El ejemplo más claro de ello es el art. 2055, que reza: “Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía”. Es expresión del pensamiento de su época, y está bien que así fuera, pero no refleja nuestra época, en la cual los juegos de destreza intelectual son tan importantes como los de destreza física, y las deudas devenidas del incumplimiento de contratos celebrados sobre la base de tales juegos son tan exigibles como las de los contratos de juegos físicos. Es por eso que me parece más satisfactoria la redacción del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998. Sin embargo, estimo que podría contemplarse:

— agregar una categorización que distinga contratos aleatorios y contratos conmutativos;

— agregar la “obligación de jugar” o, en su defecto, indemnizar, en la definición de contrato de juego;

— agregar una definición de contrato de apuesta, siendo estimativa: “Hay contrato de apuesta si dos (2) o más partes compiten en una operación de riesgo patrimonial, para dirimir opiniones contrarias o no, obligándose a pagar a la que gane un bien mensurable en dinero”.

Respecto del “casino”, en nuestro ordenamiento jurídico, su regulación es una facultad delegada a cada distrito: provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En esta última, se halla prohibido en virtud de estar prohibida la concesión o privatización de los juegos de azar (Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). En Estados Unidos de América, por ejemplo, además de existir una ciudad del juego y la apuesta (Las Vegas), su concesión se halla reservada en muchos casos a las minorías indígenas como forma de ingreso para sus comunidades, fenómeno que se ha multiplicado en los últimos años. Considero que el “casino” es la máxima expresión de la sociedad de consumo que impera en nuestros días y que constituye una opción más dentro de la lista de actividades económico-empresariales que puede desarrollarse en cualquier país; creo que debe, no fomentarse, pero al menos no prohibirse su establecimiento como forma de explotación privada. Así como existen *shoppings* existen casinos y, en todo caso, depende de cada uno dónde consumir y en qué consumir. No comparto los temores infundados que demonizan al casino como

expresión del ocio irrestricto; tampoco comparto los argumentos que plantean la absoluta ausencia de un marco legal. Como en toda sociedad, es imprescindible la regulación estatal: habilitación de los establecimientos; impositivamente, fiscalizando las operaciones o transacciones y, además, previendo que resulte reductible la actividad tanto para el empresario como para la comunidad; en protección del consumidor e incluso del ludópata, por ejemplo, puede imponerse un límite de apuesta, etc. La labor legislativa en esta materia es infinita.

#### XIV. CONCLUSIONES

— El álea denota tanto una situación extrínseca como intrínseca a los contratos. Si es extrínseca, no sólo puede reputarse de los contratos, sino de todo hecho voluntario lícito, esto es, meros actos lícitos y actos jurídicos; es un álea no predispuerto. Si es intrínseca, emana de la voluntad de las partes y caracteriza a los contratos aleatorios; es un álea predispuerto. Se puede decir que el álea es un elemento esencial de este tipo contractual, como el precio en la compraventa, la cosa en la locación o la gratuidad en el comodato.

— El álea, como concepto, es comprensivo tanto de la condición como del riesgo. Éste es el tema que más me llevó reflexionar, porque parte, por un lado, de definiciones, esencias y naturalezas jurídicas de conceptos que uno cree completamente estatuidos, pero que no lo están tanto y, por otro lado, de disquisiciones doctrinarias que se unen, se fragmentan y se vuelven a unir. Por eso, es un asunto abierto en el cual uno toma una posición sobre la base de lo que cree o, como me gusta señalar, lo que a uno le *sugiere* el tema.

— Los contratos aleatorios son aquellos en los cuales cada una de las partes desconoce cuándo habrán de producirse las ventajas o pérdidas del contrato, debido a que se hallan supeditadas a un acontecimiento incierto, futuro o actual, siendo las ventajas o pérdidas aleatorias para ambas partes. Son contratos aleatorios: contrato oneroso de renta vitalicia, contrato de fianza, contratos lúdicos, contratos con obligaciones condicionales, contratos con plazo indeterminado, contrato de seguro, contrato de casino.

— El juego es una actividad competitiva tendiente a la superación de un riesgo artificialmente creado que depende de la habilidad, física y/o intelectual, de sus intervinientes, y del azar. Todo deporte es un juego. Los juegos pueden ser físicos, intelectuales, mixtos (o especiales).

— La apuesta es tanto una operación competitiva tendiente a la satisfacción de un interés personal o colectivo, lucrativo o no, devenido de opiniones contrarias o no, como su objeto. La apuesta puede tener o no valor pecuniario.

— El contrato de juego es un contrato que tiene por finalidad jugar. El contrato de apuesta es un contrato que tiene por finalidad apostar. El objeto en ambos contratos es el tipo de apuesta (siempre con valor pecuniario).

— Son tipos de responsabilidad derivados del incumplimiento de contratos lúdicos: precontractual, contractual, poscontractual.

## **V CONCURSO DE ENSAYOS “DR. IGNACIO WINIZKY” DE DERECHO EMPRESARIAL**

En la presente sección se publican los trabajos ganadores del V Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” titulado “Derecho Empresarial. Problemas Actuales de Grandes Empresas”, organizado por *Lecciones y Ensayos* en el 2006. El jurado estuvo conformado por los Dres. Héctor Alegria, Raúl Etcheverry y Horacio Fargosi. A través del presente espacio, la revista espera haber contribuido a fomentar el interés de los alumnos de derecho por participar activamente en los debates jurídicos actuales en torno a esta temática, a la vez que aclara que no ha tenido incidencia alguna en la selección ni en la premiación de los trabajos.

# UNA PUESTA AL DÍA EN LA LEGISLACIÓN SOBRE ARBITRAJE EN LA ARGENTINA \*

MÓNICA VIVIANA TEPFER

## I. INTRODUCCIÓN

En el mundo contemporáneo somos testigos y partícipes de una gran intensificación comercial tanto en el ámbito nacional como internacional que ha llevado a los países a perseguir nuevas formas de cooperación, integrándose a través de acuerdos internacionales y conformando nuevos espacios económicos que permitieron la industrialización de las zonas, la liberación comercial y la organización de mercados con amplios poderes de consumo <sup>1</sup>.

El incremento de las relaciones internacionales trajo aparejado un aumento de litigiosidad <sup>2</sup>.

La existencia del conflicto es natural a la esencia de toda sociedad e inevitable desde que éste supone afirmaciones contradictorias respecto de bienes limitados. El objetivo perseguido para alcanzar un mayor grado de orden social no es la eliminación total del conflicto, sino la búsqueda de formas de controlarlo para lograr un grado razonable de equilibrio en las relaciones entre los miembros de una comunidad <sup>3</sup>.

La administración de justicia aparece así como una herramienta necesaria para dirimir los conflictos dentro de una sociedad y permitir la convivencia de sus miembros. No obstante, a mediados del siglo pasado una nueva realidad política económica ha interrumpido generando nuevas necesidades sociales que no encuentran respuestas satisfactorias en la ya clásica administración de justicia.

<sup>1</sup> DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, Quórum, Buenos Aires, 2005, p. 162.

<sup>2</sup> FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 12.

<sup>3</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 21.

\* El presente trabajo ha obtenido el primer premio en el V Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Empresarial, organizado por *Lecciones y Ensayos*. La autora se ha hecho acreedora de 100 (cien) horas en cursos a su elección del Departamento de Posgrado de nuestra casa, libros del fondo editorial del Departamento de Publicaciones y la publicación de estas páginas.

En los tiempos modernos, el problema de mantener la paz social se agrava: la creciente concentración de población en grandes ciudades, el incesante avance en la tecnología, un profundo incremento en las relaciones comerciales internacionales y la generación de nuevas necesidades sociales han provocado un aumento de conflictividad que ha desbordado las estructuras que el Estado provee para dirimirlos.

Como reacción natural, los países han comenzado a admitir y hasta fomentar la utilización de medios alternativos de solución de conflictos como herramienta que permite descomprimir la congestión en el sistema judicial y a su vez asegurar a los ciudadanos el acceso a una justicia eficiente administrada por las mismas partes dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponibles <sup>4</sup>.

## II. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los métodos alternativos de solución de controversias tienen su fundamento en la autonomía de la voluntad, teoría jurídica que encuentra su origen en la Revolución Francesa y cuya expansión en el siglo XX determina que la doctrina moderna lo caracterizara como un principio general de la ciencia jurídica que se expresa en los diversos sectores del derecho privado <sup>5</sup>. Así como se reconoce a un particular que en el marco de su libertad y autonomía de la voluntad renuncie a un derecho propio, más aún podrá éste someter sus derechos a quien le merezca mayor confianza. Admitir y desarrollar métodos alternativos de solución de controversias no es más que reconocer en los hechos la equiparación que tiene la autonomía de la voluntad de los particulares sobre sus derechos disponibles con la propia ley <sup>6</sup>.

Los métodos alternativos de solución de disputas, también conocidos como ADR (siglas de su designación en inglés) son métodos más flexibles, rápidos y por lo general menos costosos, y están basados en el acuerdo entre las partes para resolver sus diferendos fuera de los tribunales <sup>7</sup>. Esta posibilidad de elección implica que los particulares, en uso de las facultades conferidas por la ley, pueden sustraer sus litigios del Poder Judicial y resolverlos a través de los siguientes métodos <sup>8</sup>: Mediación, Minitral, *Dispute Review Board* y, por último, el arbitraje, el cual será objeto de desarrollo con mayor extensión a lo largo del siguiente ensayo.

<sup>4</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 25.

<sup>5</sup> DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, cit., p. 162.

<sup>6</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 24.

<sup>7</sup> MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, Astrea, Buenos Aires, p. 333.

<sup>8</sup> DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, cit., p. 162.

La mediación es un sistema de negociación asistida mediante el cual las partes que mantienen un diferendo recurren a un tercero neutral, quien actúa como conductor de la comunicación y los invita a una conciliación o transacción. La labor del mediador puede fracasar; en tal caso, las partes tienen expedita la vía judicial o arbitral para resolver el diferendo. En nuestro país existen dos sistemas de mediación, la voluntaria y la obligatoria, que se encuentra regulada en la ley 24.573 como paso previo a iniciar un juicio y en los supuestos expresamente establecidos por ella <sup>9</sup>.

El minitrial es un procedimiento contractual de origen estadounidense mediante el cual se lleva a cabo un proceso abreviado de mérito sobre las pruebas en que se fundan las pretensiones de las partes. Este sistema es dirigido por lo general por un juez retirado o un panel de expertos que emiten su opiniones en cuanto a quien le asiste la razón, y su fuerza dimana de la autoridad intelectual del panel o el juez que revisa el caso <sup>10</sup>.

Por su parte, en el llamado *Dispute Review Board* (DRB), las partes designan un panel de expertos *ad hoc* que se ocupan desde el inicio de supervisar tanto el proyecto como la negociación de las disputas que vayan surgiendo, con el fin de evitar la instancia posterior de conciliación o arbitraje. Por lo general, componen el panel *ad hoc* tres personal expertas en la materia objeto de la controversia y se involucran en el proyecto desde el inicio, lo que presenta la ventaja de inmediatez en la solución de conflictos, pero le agrega a su vez un factor de costo que sólo algunos proyectos pueden solventar.

Por ejemplo: las diferencias que surgieron durante la construcción del túnel que une a Francia con Inglaterra se realizaron a través de un DRB. Además, actualmente el Banco Mundial lo ha incorporado a su documentación al momento de tratar proyectos de gran infraestructura <sup>11</sup>.

### III. EL ARBITRAJE. CONCEPTO

El arbitraje es, en una primera aproximación, un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a los particulares sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales <sup>12</sup>. Es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales <sup>13</sup>.

<sup>9</sup> MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, cit., p. 333.

<sup>10</sup> DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, cit., p. 164.

<sup>11</sup> MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, cit., p. 335 y DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, cit., p. 164.

<sup>12</sup> FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El arbitraje*, cit., p. 12.

<sup>13</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 47.

En la doctrina nacional y extranjera se pueden encontrar diferentes definiciones de arbitraje.

Alvarado Velloso lo define como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, en última instancia, acatar su decisión.

En un fallo se lo ha definido como “...un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Poder Judicial, por un procedimiento en el que prevalece la libertad de las formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula compromisoria...”<sup>14</sup>.

Por su parte, la *American Arbitration Association* lo define como la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria<sup>15</sup>.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA

Con el objetivo de establecer la naturaleza jurídica del arbitraje se han alzado diferentes voces que, a modo de síntesis, pueden ser agrupadas en tres teorías. Por un lado, los que sostienen la naturaleza contractual del arbitraje ponen el acento en el carácter privado del instituto, tanto con relación a su origen como a la calidad de los árbitros. Esta tesis encuentra su principal argumento en la autonomía de la voluntad de las partes; por eso es que la relación entre éstas y el árbitro es eminentemente contractual. Su actividad se fundamenta en que siendo las cuestiones que se someten a arbitraje originadas en derechos disponibles por las partes, el Estado no puede privarlos de la facultad de escoger el mejor método para resolverlas. Pero a su vez niegan que los árbitros ejerzan una función jurisdiccional, porque atento a su falta de *imperium*, la efectividad de sus decisiones arbitrales proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla, y no tiene, por ello, las características propias de una sentencia<sup>16</sup>.

Por último, señalan que el laudo arbitral obliga a las partes en la misma forma que lo haría un contrato, gozando de la protección jurídica inherente a este último, razón por la cual se ha llegado a sostener que el árbitro es un agente de las partes y a asimilar su actuación a la de un mandatario.

Por otro lado, se encuentran los seguidores de la tesis procesal, quienes sostienen que los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, la cual no sólo es atribuida por un acuerdo entre las partes, sino que es el propio Estado

<sup>14</sup> C. Nac. Civ., sala G, 14/8/1990, LL 1990-E-148 y ED 141-121.

<sup>15</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 49.

<sup>16</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 95.

que a través de su ordenamiento jurídico reconoce a los árbitros su potestad jurisdiccional. De ello resulta que el arbitraje es un verdadero juicio y que el laudo tiene autoridad de cosa juzgada.

Por último, con la intención de armonizar ambas concepciones se han lazado voces que reconocen en el arbitraje una fuente inmediata, el acuerdo de voluntad de las partes (teoría contractual), y que a su vez los inviste con una función jurisdiccional. Caivano sostiene que estamos frente a una jurisdicción instituida por un negocio particular<sup>17</sup>.

Pero a la vez que se acepta la función jurisdiccional de los árbitros, se reconoce que ésta se encuentra limitada al sostener que los árbitros carecen de lo que se denomina *imperium*, concepto que resume la potestad de *coertio* (facultad de imponer forzosamente el cumplimiento de medidas ordenadas dentro del proceso) y la *executio* (facultad de compeler para el cumplimiento efectivo de los laudos arbitrales).

A modo de anticipo de lo que serán mis conclusiones finales, sostengo en concordancia con lo afirmado por Augusto Mario Morello, que los árbitros en lo suyo son jueces plenos.

## V. CLASIFICACIÓN

Una primera clasificación la encontramos establecida en los diversos códigos procesales en nuestro país, los cuales distinguen entre *arbitro iuris* o amigables componedores.

El *arbitro iuris* actúa con sujeción a formas legales y decidirá las cuestiones litigiosas conforme lo manda el derecho positivo. En cambio, los amigables componedores, también conocidos como árbitros de equidad, fallan según su leal saber y entender.

Tanto el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como el Código Procesal de la provincia de Buenos Aires<sup>18</sup> establecieron el principio de que si nada se hubiera estipulado al pactar el arbitraje, éste se entiende que es de amigables componedores.

La segunda clasificación resulta de distinguir según el arbitraje sea forzoso o voluntario.

En el primero de los casos, es el propio legislador quien dispone quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndola a los árbitros con carácter excluyente<sup>19</sup>. Ejemplos presentes en nuestro ordenamiento jurídico son las situaciones enmarcadas en los art. 1627, CCiv., y art. 491, CCom., entre otros.

<sup>17</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 97.

<sup>18</sup> Arts. 766, párr. 2º, CPCCN, y 804, CPCCBA.

<sup>19</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 83.

El arbitraje voluntario o convencional tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes eligen la vía arbitral para la solución de sus conflictos. El límite a la autonomía de la voluntad lo señala nuestro ordenamiento jurídico al establecer que no podrán someterse a decisión arbitral las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

El arbitraje se puede clasificar a su vez en nacional o internacional, según si los elementos que lo componen tienen relación con un solo Estado o lo vinculan con más de uno.

Si bien no existe unanimidad acerca de cuáles son los puntos de conexión que permitirían identificar cuándo se está en presencia de un arbitraje internacional, algunas convenciones que regulan la materia delimitan su ámbito de aplicación según el lugar donde se haya dictado el laudo arbitral, domicilio o nacionalidad de las partes, entre otros.

Esta clasificación resulta obsoleta para aquellos ordenamientos jurídicos que mantienen una única legislación tanto para arbitrajes nacionales como internacionales. Tanto Canadá como la provincia de Québec han seguido la recomendación de la CNUDMI al aprobar la Ley Modelo<sup>20</sup> e incorporarla tanto para arbitrajes internacionales como domésticos.

Por último, el arbitraje puede clasificarse en arbitraje *ad hoc* o institucional.

El arbitraje *ad hoc*, también conocido como arbitraje personal, es aquel en que la elección del árbitro se centra en sus características personales. No existe ninguna institución que administre el sistema, ni está sometido a ningún procedimiento predeterminado; por eso es aconsejable que en caso de pactar un árbitro *ad hoc*, el acuerdo arbitral se encuentre lo más minuciosamente detallado posible.

El arbitraje *ad hoc* corre con las ventajas de ser menos oneroso y otorga a las partes mayor flexibilidad y libertad al momento de designar al árbitro y su procedimiento a seguir. Cuando la cláusula arbitral se encuentra minuciosamente detallada, además otorga la ventaja de constituirse en un traje a medida para las partes, quienes pueden armar un procedimiento pensado específicamente para ese litigio, utilizando los mecanismos más idóneos que se adapten a las particularidades del caso.

Por otro lado, al no contar con una institución que administre el sistema ni con una infraestructura que garantice el cumplimiento del procedimiento arbitral, se requerirá de una constante cooperación entre las partes o, de lo contrario, perderá sus bondades, debiendo en su caso recurrirse a la instancia judicial.

En el arbitraje institucionalizado, a diferencia de lo que sucede en el *ad hoc*, existe una entidad especializada que administra y organiza el procedi-

<sup>20</sup> La sigla CNUDMI significa Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional. El 21/7/1985 adoptó la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional. En lo sucesivo, cuando se haga alusión a ella se abreviará como la Ley Modelo.

miento, y presta a su vez una variedad de servicios útiles para lograr una mayor eficacia <sup>21</sup>.

Las entidades dedicadas al arbitraje aportan su organización, la infraestructura, los profesionales y normas de procedimiento <sup>22</sup>.

Las ventajas que presenta esta institución son varias pero pueden resumirse en los siguientes postulados:

— El centro de arbitraje cuenta con profesionales especializados, con experiencia y prestigio.

— El centro de arbitraje, a su vez, cumple con la prestación de una serie de servicios tales como: recibir la demanda, notificar, seleccionar a los árbitros, correr traslados, desarrollar políticas de seguimiento del procedimiento. Todas ellas hacen a la seguridad y garantizan la marcha del proceso arbitral.

Por otro lado, corren con la desventaja de ser utilizadas muchas veces como cláusulas predispuestas generando riesgos al consumidor que ignorase su alcance.

Ejemplo de esto último encontramos en la Ley de Defensa del Consumir, 182 de Nicaragua que, en su art. 101, inc. e), enuncia entre las cláusulas que no son válidas, la imposición de cláusulas de arbitraje. Por su parte, Paraguay también en su respectiva ley 1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario estableció en su art. 28 que resultan abusivas y nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan la utilización obligatoria del arbitraje.

Si bien en nuestra Ley de Defensa del Consumidor no está expresamente prohibido la estipulación de una cláusula arbitral en los contratos de adhesión con relación a los consumidores (art. 37, ley 24.240); nada obsta a que puedan ser atacadas como cláusulas abusivas, en el caso de que restrinjan el derecho constitucional de defensa del consumidor (arts. 18, 42 y 43, CN) <sup>23</sup>.

En el plano internacional, entre los principales centros de arbitraje se encuentra la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, conocida por las siglas CCI. También podemos mencionar la American Arbitration Association y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

En el plano nacional encontramos varias instituciones privadas, tales como la Cámara de Comercio, la Bolsa de Comercio, la Bolsa de Cereales, el Colegio de Escribanos, que administran sistemas arbitrales. Cada una de estas instituciones cuenta con un Centro de Arbitraje que posee un reglamento que regula su procedimiento y asegura su funcionamiento.

<sup>21</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 68.

<sup>22</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El arbitraje*, cit., p. 15.

<sup>23</sup> NAHID CUOMO, María de los Á. - RODRÍGUEZ GIAVARINI, María de las M., "La prórroga de jurisdicción en árbitros en contratos internacionales: el supuesto de los contratos de adhesión", ED 206-1007.

## VI. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL ARBITRAJE EN LA ARGENTINA

El sistema legal a través del cual se regula el arbitraje en la Argentina parte de la noción de considerarlo un “procedimiento especial” y por ello se lo legisla en cada uno de los códigos procesales locales. Recordemos que la Argentina es un país federal, en el que coexisten jurisdicciones federales y provinciales. Según manda nuestra Constitución Nacional, tanto el gobierno nacional como provincial tienen la potestad de legislar en materia procesal dentro de sus propias jurisdicciones; en consecuencia, tanto el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como las legislaciones provinciales contienen normas sobre arbitraje y reconocimiento y ejecuciones de sentencias extranjeras.

En el ámbito internacional existen numerosas convenciones que regulan específicamente la materia arbitraje y otras que regulan el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros. La Argentina forma parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias e Inversiones (CIADI), por ley 24.353. También ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) de 1975 por ley 24.322.

En el marco del Mercosur existen varios instrumentos elaborados que se refieren a la solución de controversias. A saber: el protocolo de Basilea para la solución de controversias, firmado el 17/12/1991 y su reglamento aprobado el 10/12/1998. También encontramos el Anexo sobre procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, del protocolo de Ouro Preto, del 17/12/1994. Lo particular de estas convenciones es que regulan las controversias entre Estados parte <sup>24</sup>.

En 1998, el Mercosur aprueba el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, suscripto en Buenos Aires, el 25/7/1998, y sucesivamente se firma el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile. Ambos acuerdos se refieren exclusivamente al arbitraje entre particulares y fueron aprobados por la Argentina por la ley 25.223 y ratificados el 30/3/2000.

Además, existen otras dos convenciones que, si bien no tratan directamente el arbitraje, otorgan validez y reconocimiento a los laudos arbitrales extranjeros, como el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, suscripto en Buenos Aires el 5/8/1994, y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscripta en Nueva York el 10/6/1958 y que fue aprobada por la Argentina mediante la ley 23.619.

Desde fines de la Primera Guerra Mundial, el arbitraje se ha convertido en el instrumento principal en las relaciones económicas internacionales, al ser considerado como un método de solución de controversias caracterizado por la

<sup>24</sup> NOODT TAQUELA, María B., *Arbitraje en el Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 21.

ausencia de rigorismos procesales, celeridad en los resultados e idoneidad en quienes tiene la misión de decidir, se ha constituido por excelencia <sup>25</sup> en el método de solución de controversias en el ámbito internacional.

Actualmente, la legislación procesal específica en materia de arbitraje en la Argentina no es de las más adecuadas, no incorpora las más modernas reglas recibidas en materia de arbitraje comercial internacional consagradas en el derecho comparado, como por ejemplo: el principio de competencia de la competencia, la autonomía del acuerdo arbitral, potestades explícitas de disponer medidas cautelares y no contiene previsiones sobre arbitraje comercial internacional.

En 1985, la Comisión de la Naciones Unidas sobre el Derecho Internacional Mercantil aprobó una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional que se convirtió en uno de los instrumentos más desarrollados e influyentes en la historia reciente del arbitraje comercial internacional.

La Ley Modelo presenta numerosas ventajas porque ha sido elaborada en el seno de las Naciones Unidas por especialistas que representan los principales sistemas jurídicos.

El objetivo de la CNUDMI no fue alcanzar uniformidad absoluta en las legislaciones en materia de arbitraje comercial internacional; su propósito más bien es asegurar que ciertos principios específicos que facilitan el funcionamiento eficaz del arbitraje sean claramente aceptados en todo el mundo sobre la base de ciertas ideas compartidas.

Debido a su influjo numerosos países reformaron sus legislaciones en materia de arbitraje; algunas de ellas adoptando en su totalidad las disposiciones de la Ley Modelo; otras en cambio incorporaron tan sólo algunas de sus soluciones concretas. Entre ellas podemos nombrar, la reforma de la ley española y el estado de California (EE.UU.) que adoptó la Ley Modelo con mínimos cambios.

En América latina encontramos que han modificado su legislación en función de los principios establecidos por la Ley Modelo: Brasil, Paraguay, Venezuela, México, Guatemala y Costa Rica.

Si bien es cierto que nuestro país no se sustrajo a esta tendencia reformista y como consecuencia de ello han aflorado varios proyectos de ley, todos ellos hasta el presente han perdido estado parlamentario. Pero por su importancia como antecedentes para lograr un cambio en la política legislativa en materia de arbitraje, a continuación enunciaré algunas de sus principales características.

El primer proyecto de ley fue remitido por primera vez al Congreso Nacional en 1991 para su aprobación, éste restringía su ámbito de aplicación a los arbitrajes internacionales y conflictos cuyo juzgamiento correspondería a los jueces nacionales en caso de ausencia de una cláusula arbitral.

<sup>25</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, "Los beneficios del arbitraje comercial internacional", LL 1998-F-1019.

El segundo proyecto se presentó a debate en 1998, y pretendía sustituir las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por último, un tercer proyecto de ley se presentó a debate el 30/1/2002, el cual recepta hasta tal punto las disposiciones de la Ley Modelo que mantiene la misma numeración de artículos. Este último proyecto mereció media sanción de los senadores al 28/11/2000, mas no fue tratado por la Cámara de Diputados, con lo cual al igual que sus antecesores ha perdido estado parlamentario. Su ámbito de aplicación es más amplio que los anteriores proyectos, comprende: a) arbitrajes internacionales que tengan su sede en territorio de la República Argentina, b) arbitrajes de controversias cuya resolución, en ausencia de acuerdo arbitral, correspondería a la justicia nacional con competencia federal, reconocimiento y ejecución en la República Argentina de laudos dictados en territorio extranjero, y c) arbitrajes cuya sede se encuentre en la Ciudad de Buenos Aires.

En virtud de la existencia de abundante literatura acerca de la Ley Modelo, no se analizarán a continuación todas sus disposiciones, sino aquellas soluciones que resulten convenientes para ser receptadas por nuestro ordenamiento jurídico a fin de adecuar la legislación argentina a los estándares mínimos, ya altamente reconocidos por el derecho comparado.

Si bien comparto la opinión de Grigera Naón en cuanto a que "...la adopción por la Argentina de la Ley Modelo o de sus principales soluciones tendrá el doble efecto de hacer más atrayente para partes extranjeras la realización de arbitrajes en Argentina y disminuir obstáculos o desconfianzas que dificulten el reconocimiento y ejecución en el exterior de acuerdos arbitrales localizados en el territorio argentino"<sup>26</sup>. Considero, no obstante, hacer algunas salvedades respecto de ciertos temas que en principio se encontrarían, en mi opinión, mejor regulados por nuestro Código Procesal u obtuvieron mejor recepción en el último proyecto de ley.

En primer lugar, cabría interrogarse sobre la posibilidad de adoptar la Ley Modelo para arbitrajes internacionales tanto a nivel federal como provincial<sup>27</sup>. Teniendo en cuenta que el arbitraje comercial internacional compromete cuestiones referentes a políticas exteriores y a las relaciones internacionales de la Argentina en materia de cooperación económica internacional, se llega a la conclusión de que estamos frente a potestades que según nuestra Constitución Nacional quedan comprendidas entre las facultades explícitas del Congreso Nacional<sup>28</sup>, con lo cual el gobierno federal puede incorporar la Ley Modelo en todo el país a través de una ley nacional uniforme excluyente de toda legisla-

<sup>26</sup> GRIGERA NAÓN, Horacio, "La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el derecho argentino", LL 989-A-1021.

<sup>27</sup> GRIGERA NAÓN, Horacio, "La Ley Modelo...", cit., p. 1021.

<sup>28</sup> Art. 75, inc. 8° e inc. 13, CN.

ción provincial en la materia, siempre y cuando nos estemos refiriendo al arbitraje internacional, no así para regular el arbitraje nacional, donde, en principio, serían competentes las legislaturas provinciales.

La segunda problemática que se infiere directamente de lo anterior plantea el interrogante de la conveniencia o no de adoptar una única Ley de Arbitraje aplicable a nivel nacional como internacional.

Las Naciones Unidas, al momento de aprobar la Ley Modelo, recomendaron a los países que la aplicaran tanto para arbitrajes internacionales como domésticos, y así encontramos países como Canadá y el Estado de Québec que la aplican indistintamente. Pero reconocida doctrina se mantiene renuente a esta recomendación y así hayamos autores como Caivano que sostienen la conveniencia de regular de manera diferenciada el arbitraje interno del internacional atento a que cada uno de ellos regularían situaciones de hecho y de derecho diferentes <sup>29</sup>.

Asimismo, Piaggi sostiene: "...La carencia de normas diferenciadas para el arbitraje internacional frena el desarrollo del arbitraje, porque si bien en el arbitraje doméstico y en el internacional los objetivos son los mismos, las necesidades, la estructura y la organización de los juicios arbitrales son muy diferentes. Esto se debe, esencialmente, a la complejidad de las operaciones comerciales internacionales y a la indeterminación de la nacionalidad, localización, costumbres y sistemas jurídicos de las partes que eventualmente pueden intervenir en un juicio arbitral internacional".

Tal como se indicó anteriormente, es posible incorporar en forma genérica la Ley Modelo o sólo incorporar algunas disposiciones, porque podría ocurrir que determinados aspectos del arbitraje se encuentren mejor regulados en nuestro sistema. Un ejemplo de esto último resultaría de aplicar la Ley Modelo sólo a arbitrajes calificados como "comerciales" <sup>30</sup>. Nuestro actual derecho procesal no limita la materia arbitral a cuestiones consideradas comerciales, sino que establece un principio más amplio al disponer que podrá comprometerse en árbitro toda cuestión que pueda ser objeto de transacción <sup>31</sup>.

El proyecto aclara mejor la cuestión al disponer qué se entiende por materia objeto de transacción y así, en su art. 9º, dispone: "1. Podrá someterse a arbitraje toda cuestión relativa a derechos disponibles, sean contractuales, comerciales o litigiosas, o no lo sean, y sean existentes o futuras". En el párr. 2º especifica cuáles son las controversias que quedarían incluidas <sup>32</sup>.

<sup>29</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 321.

<sup>30</sup> Art. 1º, Ley Modelo.

<sup>31</sup> Art. 737, CPCCN.

<sup>32</sup> Art. 9º, Proyecto de Ley de Arbitraje presentado el 30/1/2002 en el párr. 2º dispone: 2. Se consideran incluidas:

a) las controversias entre sociedades, asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas y sus miembros, socios o asociados, y las de éstos entre sí relativas a sus acuerdos particulares, al cumplimiento de los estatutos o contratos sociales, nulidad de sus acuerdos, resoluciones o asambleas, o re-

A pesar de que la Ley de Ratificación de la Convención de Nueva York de 1958 ha realizado la reserva de aplicación de dicha convención a cuestiones estrictamente comerciales y aun cuando en el marco del Mercosur los acuerdos celebrados <sup>33</sup> también tuvieren un ámbito de aplicación restringido a contratos comerciales internacionales <sup>34</sup>, considero más conveniente mantener la disposición de nuestra actual legislación al considerar que existen cuestiones de naturaleza patrimonial, sean comerciales o no, que pueden ser solucionadas a través del arbitraje <sup>35</sup>.

En tercer lugar, debería receptarse en nuestro ordenamiento jurídico los principios de autonomía de la cláusula arbitral y el principio conocido en el derecho comparado como “Kompetenz-Kompetenz”.

Según el art. 16, Ley Modelo, el acuerdo arbitral es autónomo del contrato o relación jurídica en el cual se encuentra incorporado; de esta manera, la eficacia del arbitraje no se vería afectada por aquellas causales en virtud de las cuales puede controvertirse la validez del contrato. Este principio supera la concepción clásica de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Siguiendo la misma postura, el proyecto, en su art. 7º, establecía que el acuerdo arbitral es independiente del contrato en el que está inserto y subsiste a la nulidad o extinción por cualquier motivo de ese contrato.

Actualmente, el ordenamiento legal argentino no contiene una norma expresa que acepte la autonomía del acuerdo arbitral y, asimismo, la jurisprudencia en nuestro país no ha mantenido una posición unánime ni uniforme en la materia <sup>36</sup>; no obstante lo cual la práctica obligó a que las instituciones dedicadas al arbitraje recepten este principio en sus reglamentos.

El principio de autonomía de la cláusula arbitral ha sido recogido de manera expresa en varias legislaciones, entre ellas la actual ley brasilera que siguiendo los lineamientos fijados por la Uncitral <sup>37</sup> dispone: “La cláusula arbitral es autónoma en relación con el contrato en que estuviera inserta, de tal

---

lacionadas con las actividades, fines u objetos sociales. Se exceptúan las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones. El acuerdo arbitral podrá estar contenido en los estatutos o en el contrato social;

b) las controversias entre herederos, sucesores o legatarios, cuando el causante haya dispuesto el arbitraje por cláusula testamentaria.

<sup>33</sup> Cuando hago referencia a los acuerdos en el marco del Mercosur, me refiero a los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur, y el acuerdo de arbitraje comercial internacional entre el Mercosur y la República de Paraguay y Bolivia.

<sup>34</sup> Art. 1º de ambos acuerdos.

<sup>35</sup> NOODT TAQUELA, María B., “¿Como regular el arbitraje entre particulares en el Mercosur?”, *Revista de Derecho del Mercosur*, año 2, nro. 3, junio 1998, ps. 198/204.

<sup>36</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 162.

<sup>37</sup> FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara, “La nueva ley brasilera tomando como punto de referencia las disposiciones de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional”.

suerte que la nulidad de éste no implicara necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria”<sup>38</sup>.

Este planteo trae aparejada otra cuestión conexas y me refiero a otro de los principios receptados por el derecho comparado conocido como “competencia de la competencia”. Éste se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ha sido cuestionada.

Conforme a la Ley Modelo, los árbitros deciden acerca de su propia jurisdicción no sólo cuando la validez o existencia del contrato donde está incorporada la cláusula arbitral ha sido cuestionada, sino además cuando la validez o existencia de la misma cláusula arbitral es atacada o la arbitralidad del litigio es cuestionada. Aunque en la Argentina existen decisiones judiciales que favorecen la “competencia de la competencia”<sup>39</sup>, la cuestión no está totalmente definida aún. Nuestra legislación procesal mantiene la distinción entre compromiso arbitral y cláusula arbitral, con lo cual exige la suscripción de ambos documentos para iniciar el procedimiento arbitral. El requisito de suscribir el compromiso arbitral importa un límite al principio de competencia de la competencia, ya que si alguna de las partes se niega a suscribirlo, deberá recurrirse a la instancia judicial y en este caso el proceso arbitral ni siquiera tiene proceso de iniciación.

Por ello considero que resulta conveniente seguir la orientación de las modernas legislaciones que dejan de lado la distinción entre cláusula compromisoria y acuerdo arbitral, limitándose a indicar solamente aquellos aspectos esenciales sobre los cuales deberá recaer el acuerdo arbitral<sup>40</sup>.

El compromiso arbitral, como exigencia adicional y posterior a la cláusula compromisoria, ha sido erradicada en los acuerdos del Mercosur, así como también ya había sido eliminada al ratificarse la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá. Además, la Ley de Brasil 9307 y la Ley de Bolivia dejaron de lado el compromiso arbitral<sup>41</sup>.

Los Acuerdos del Mercosur se refieren únicamente al acuerdo arbitral al que denominaron “convención arbitral” y lo definieron como “el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de relaciones contractuales.

<sup>38</sup> Art. 8º, ley 9307 (nueva ley de Brasil sobre arbitraje).

<sup>39</sup> La C. Com. Capital Federal, 29/10/1926, “Romero v. Romero y Cía.”, JA XXII-1926-1177, sentenció “...no es a la autoridad judicial a la que corresponde apreciar si las cuestiones que motivan la incidencia deben excluirse del compromiso, porque una decisión sobre el punto importaba invadir la competencia arbitral que en su plenitud comprende la facultad de conocer por sí misma sobre su propia jurisdicción”. GRIGERA NAÓN, Horacio, “La Ley Modelo...”, cit., p. 1021.

<sup>40</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 57.

<sup>41</sup> NOODT TAQUELA, María B., *Arbitraje en el Mercosur*, cit., p. 65.

Podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente”<sup>42</sup>.

Cabe recordar que el proyecto disponía al igual que lo establece la Ley Modelo la exigencia de celebrar un único acuerdo arbitral, eliminando de esta manera el doble juego de acuerdos.

Otra de las disposiciones que me parece conveniente introducir en nuestro ordenamiento jurídico es la posibilidad de celebrar el acuerdo arbitral por intercambio de télex o telefaxes o como sostiene el art. 7º, Proyecto por Intercambio de Correo Electrónicos, atento a que sería una solución compatible con la prevista en la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías de 1980.

Y por último, no puede dejar de contemplarse el reconocimiento y facultad de los árbitros para disponer medidas cautelares.

Sobre la base de una errónea interpretación de la falta de *imperium* de los árbitros, se llegó a la conclusión de que los árbitros no pueden dictar medidas cautelares. Y como apoyo legal se invocó el art. 753, CPCCN, que establece “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

Si bien como en el inicio de la investigación señalamos que los árbitros carecen de *imperium*, gozan del *iudicium* al igual que los jueces, o sea, la jurisdicción suficiente para sustanciar y decidir la causas litigiosas<sup>43</sup>. Como establece el principio general de quien puede lo más puede lo menos, adhiero a quienes sostienen<sup>44</sup> que si los árbitros son competentes para resolver sobre el fondo de la cuestión, más aun podrán hacerlo respecto de la adopción de una medida cautelar.

Los arts. 753, CPCCN, y 791, CPCCBA, no pueden producir el efecto de vedar a los árbitros la posibilidad de decretar medidas cautelares, teniendo en cuenta que éstas no son medidas compulsorias, ya que antes de su ejecución requieren de un proceso intelectual de decisión en nada compulsorio<sup>45</sup>; sin perjuicio de que en ciertos casos sea necesaria la intervención judicial a los fines de ejecución de la medida cautelar. Por ejemplo, si la medida cautelar se decreta en contra de una de las partes del proceso arbitral, en principio no habría inconveniente en que sea el propio árbitro el que notifique de ésta a las partes (teniendo en cuenta que no siempre es necesaria la compulsión); no obstante, habría que plantear el interrogante de si en caso de incumplimiento, se podría aplicar la sanción del art. 239, CPen., atento a que la orden no emana de un funcionario público.

<sup>42</sup> Art. 2º, inc. e), Acuerdos del Mercosur.

<sup>43</sup> MARCHESINI GUALTERIO, Martín, “Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial”, ponencia presentada en el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, 1º, 11 y 12/5/2006.

<sup>44</sup> Son partidarios de la postura que acepta la potestad de los árbitros de decretar medidas cautelares autores como Morello, Caivano, Arazí y Rojas, entre otros.

<sup>45</sup> MARCHESINI GUALTERIO, Martín, “Las medidas cautelares...”, cit.

En cambio, cuando la medida cautelar va dirigida contra un tercero ajeno en principio al proceso arbitral, caben dos posibilidades atentas a que en este caso la medida afectaría aun tercero que es ajeno a la jurisdicción arbitral. Por un lado, puede ser posible el cumplimiento en forma espontánea, pero frente a su negativa deberá solicitarse la ejecución forzada mediante una orden judicial <sup>46</sup>.

La Ley Modelo autoriza en su art. 17 al tribunal arbitral a decretar medida conservatorias y en su art. 9º permite que las partes requieran las medidas cautelares directamente al juez, aunque exista un acuerdo arbitral, sin que ello implique renuncia a la jurisdicción arbitral. En nuestro derecho también existe esa posibilidad <sup>47</sup>, atento a la excepción que habilita el párr. 2º del art. 196, CPCCN. Además, reciente jurisprudencia ha establecido que el pedido de una medida cautelar en sede judicial no significa desconocer la cláusula compromisoria pactada respecto de la competencia del Tribunal Arbitral elegido, dejando sentado que la demanda por el fondo de la cuestión debe ser ventilada ante el mismo tribunal arbitral <sup>48</sup>.

También los Acuerdos del Mercosur establecen la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser decretadas por los árbitros o por los tribunales judiciales <sup>49</sup>.

Finalmente, destacamos que no existen diferencias en cuanto a los recaudos de las medidas cautelares (dictadas *inaudita et altera par*, verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, contracautela), se trate de un proceso arbitral o de un proceso judicial.

## VII. CONCLUSIÓN

Entre los distintos sistemas de solución de controversias, el arbitraje configura un sistema que ofrece muchas ventajas; sus características intrínsecas (celeridad, menor costos, confidencialidad, neutralidad, flexibilidad) y sus ventajas comparativas frente a la jurisdicción estatal hacen al arbitraje un sistema que puede brindar una solución más eficiente.

En suma, para que el arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, cumpla eficazmente su función, deberá desterrarse el mito de que la jurisdicción es potestad monopólica del Estado. Si se comprende al arbitraje como una herramienta que asume una función social en la comunidad, no sólo se estaría dando a los justiciables métodos eficaces de solución sino también se aliviaría la sobrecarga del Poder Judicial, con lo que éste podría a la vez mejorar su prestación. Es por ello que cuando sostengo la necesidad de estimular el desarrollo de nuevos métodos de

<sup>46</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 242.

<sup>47</sup> MARCHESINI GUALTERIO, Martín, “Las medidas cautelares...”, cit.

<sup>48</sup> C. Nac. Com., sala B, 16/12/2005, “Dong Won SA v. Compañía petrolera Petroleum SA s/medidas precautorias”, causa 72.932/04.

<sup>49</sup> Art. 19, 1ª parte, Acuerdos del Mercosur.

solución de controversias, no pretendo reemplazar la actividad de los jueces ni menoscabar su labor; muy por el contrario, es preciso que exista una armónica coexistencia entre ambos sistemas para garantizar el efectivo acceso a los litigantes a fórmulas que le permitan resolver pacíficamente sus conflictos.

Por último, es bien conocido que el sistema estatal de administración de justicia en la Argentina está atravesando una de sus peores crisis, está “colapsado”, saturado de expedientes, con ritualismos procesales que originan desgastes en los abogados, funcionarios y partes, es lento y caro; y como consecuencia de ello, el Poder Judicial está perdiendo prestigio ante la comunidad. Si bien el derecho es la herramienta necesaria para mantener el equilibrio y el orden social, éste debe garantizar para ello estructuras eficaces que satisfagan los requerimientos de los particulares con respuestas rápidas y justas, pues de lo contrario y como afirma Roque Caivano: “Una función tardía del conflicto equivaldría a una denegatoria de justicia...”.

Para ello, considero de vital importancia que se revaloricen la utilización sin trabas de otras formas de solución de conflictos, para no dejar al ciudadano en una situación de indefensión. En este sentido, el arbitraje resulta ser la fórmula por excelencia, a través de la cual se asegura a los ciudadanos el acceso a una justicia eficiente, administrada por las mismas partes dentro de su esfera de libertad <sup>50</sup>.

Por ello, comparto las opiniones de quienes sostienen la necesidad de una puesta al día de la legislación procesal sobre arbitraje, a fin de garantizar a los operadores comerciales normas modernas y apropiadas que remuevan los obstáculos que generalmente conlleva el arbitraje y generen un marco idóneo para un funcionamiento eficaz <sup>51</sup>.

Resulta ya una necesidad imperiosa establecer un marco legal idóneo sobre arbitraje en nuestro país. Cuando ya son altamente conocidos los beneficios que causaron las modificaciones legales en los demás países en materia de arbitraje, no se comprende por qué el nuestro se mantiene renuente. Me parece imposible consolidar una herramienta tan eficaz para la solución de conflictos y mantenimiento del orden social sin una adecuada legislación que le permita cumplir sus efectos propios.

<sup>50</sup> CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 23.

<sup>51</sup> CAIVANO, Roque J., *El arbitraje: nociones introductorias*.

# RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS ANTE EL CONSUMIDOR \*

LUIS IGNACIO PORTHÉ

## I. INTRODUCCIÓN

Este breve trabajo procurará identificar los principales casos de responsabilidad de las entidades financieras y su fundamento jurídico al tiempo que intentará orientar una solución acerca de la aplicación de la ley 24.240 a las relaciones que desarrollan las entidades financieras con sus clientes. Para ello comenzará explicando a quiénes se entiende por tales, es decir cuál es el criterio de delimitación subjetiva del término “cliente”. Por último, si dicho concepto guarda identidad directa con el de consumidor de la ley 24.240, para luego concluir con los casos en que dicha responsabilidad se hace efectiva.

## II. MODOS DE TUTELAR AL CLIENTE BANCARIO

Los servicios financieros se amplían con la economía de mercado moderna. Proporcionan herramientas útiles para la inversión privada y la mejora de las condiciones de vida. En este sentido el mercado por sí solo no tiene capacidad para proteger al cliente bancario, y siguiendo a ultranza la ley de la oferta y la demanda, junto “a la regla con mayor garantías menor onerosidad”, tiende a excluir a las clases sociales más pobres en su acceso al crédito, pudiendo sólo obtener créditos más caros con costos adicionales. Es por ello que los bancos públicos están obligados a aceptar clientes de bajos ingresos, así como también el Estado deberá desarrollar una actividad tuitiva, posibilitando el acceso de todos los ciudadanos al crédito.

El profesor de la Universidad de Hamburgo Udo Reifner distingue tres perspectivas en la protección del consumidor <sup>1</sup>: a) La protección individual,

<sup>1</sup> REIFNER, Udo, “Principios de protección al consumidor en los servicios financieros”, en GERSOVICH, *Derecho bancario y financiero moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 166/211.

\* El presente trabajo ha obtenido el segundo premio en el V Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Empresarial, organizado por Lecciones y Ensayos. El autor se ha hecho acreedor de 50 (cincuenta) horas en cursos a su elección del Departamento de Posgrado de nuestra casa, libros del fondo editorial del Departamento de Publicaciones y la publicación de estas páginas.

protegiendo los cimientos morales de una sociedad de mercado, es decir, la igualdad de oportunidades de acceder al crédito y participar con una determinada cantidad de dinero en el juego de la competencia por la mejor oferta.

b) La protección social en el sentido de defensa de las personas débiles ante la sociedad, siguiendo los principios que amparan las necesidades básicas del hombre como la protección de un mínimo estándar de vida, de ahorro y de seguridad social y personal. c) La protección colectiva a través del dictado de normas que tornen previsible, solvente y seguro el intercambio financiero entre los interesados y las entidades del sector. El mencionado autor destaca la amplitud regulatoria en el ámbito comunitario europeo concerniente a la protección colectiva del consumidor en detrimento de la legislación correspondiente a la protección social. No obstante, destaca la incorporación de ciertas disposiciones en Francia, Alemania, Bélgica y Holanda que responden a esa naturaleza.

Desde otra óptica, Barbier distingue como mecanismos de protección al cliente entre los modos de tutela indirecta y directa <sup>2</sup>. La *tutela indirecta* proviene del equilibrio de intereses entre las empresas. No suponen una intervención inmediata en los negocios particulares que ejecutan las entidades, ni una intromisión en el plano concreto del contacto jurídico que se establece entre los contratantes, sino que por el contrario tienden a fortalecer el sistema financiero y actúan de un modo preventivo sobre posibles vulneraciones a los derechos de los clientes bancarios. Han sido enunciados y perseguidos en el ámbito europeo a partir de la recomendación de la comisión del 25/7/1977 para la redacción de un Código de Conducta Europeo relativo a las operaciones sobre valores mobiliarios <sup>3</sup>. En nuestro medio a su vez la Ley de Entidades Financieras (21.526) y la carta orgánica del BCRA (ley 21.144) han previsto disposiciones que satisfacen estos mecanismos de protección indirecta. Entre dichos mecanismos se hallan comprendidos fundamentalmente:

- a) Relaciones de libre competencia.
- b) Comportamientos correctos en la dinámica de la competencia.
- c) Rigurosos controles de estabilidad.
- d) Rigurosos controles de transparencia.

Tales métodos indirectos de tutela se harán efectivos en la medida en que se diseñe y ejecute un sistema eficiente y oportuno de supervisión bancaria, auditorías y calificadoras de riesgo que deberán entre otras cosas identificar al banquero como una forma de conocer sobre la solvencia moral y material de los responsables de la actividad, establecer condiciones mínimas de autorización

<sup>2</sup> BARBIER, Eduardo A., *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*, Astrea, Buenos Aires, 2000, ps. 41 a 102.

<sup>3</sup> Recomendaciones de la Comisión de la Comunidad Económica Europea 77/534, del 25/7/1977 concernientes a las transacciones sobre valores mobiliarios.

(capital, organización, estructura, personal, directivos, procedimientos de control interno, etc.), fijar requisitos mínimos de información que aseguren que la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias pueda conocer a tiempo la situación de cada entidad y sus dificultades, conocer la salud intrínseca de la gestión de las entidades individuales, identificar los problemas principales y la factibilidad de que las entidades los resuelvan con sus propios recursos, identificar potenciales situaciones de falencia, etc.

En cambio, la tutela directa consiste en el equilibrio de intereses entre las empresas bancarias y los usuarios, En consecuencia, se intenta neutralizar los efectos disvaliosos del desequilibrio contractual diseñando mecanismos de salvaguarda durante toda la gestión y ejecución contractual. De ese modo, la tutela directa atiende a:

a) *Las técnicas de información del cliente*, en tanto integran propiamente la voluntad negocial. En la realidad cotidiana el cliente bancario promedio desconoce las normas y técnicas propias de un campo tan complejo como las finanzas. En tal sentido confía plenamente en su banco, encontrándose tal confianza cimentada básicamente sobre la imagen que el propio banco refleja de sí mismo en el mercado. En este sentido algunas disposiciones del BCRA anuncian tendencias hacia exigencias concretas <sup>4</sup>. A su vez este deber de información completa y correcta que posibilite una valoración por parte de los ahorristas que deben los bancos para impedir una contratación sesgada como un modo de tutela directa se complementa con los fenómenos tuitivos por vía de consecuencia —tutela indirecta—. Las acciones derivadas de una tutela directa otorgan en la mayoría de los casos legitimación activa a los clientes para que intenten tornarla operativa, como por ejemplo la posibilidad de oponer la ineficacia de cláusulas abusivas. A este respecto la jurisprudencia ha expresado que los mecanismos de protección que emanan de una tutela indirecta podrán ser instados ante la clientela en el caso de una acción de amparo destinada a obtener informes del BCRA sobre la situación patrimonial de las entidades financieras <sup>5</sup>.

b) *Las técnicas de contacto social con el cliente*. El contacto de la entidad con el cliente no se ciñe rigurosamente al plano publicitario, sino que abarca también los diseños de espacios físicos y los modos de atención entre otras cosas. La comunicación global que se da por parte de las empresas se ejerce a través de programas de identidad corporativa y políticas de diseño e imagen de producto que no son condiciones insignificantes a la hora de la conformación

<sup>4</sup> La comunicación A 2689 BCRA sobre modalidades de aplicación de intereses y publicidad de las tasas constituyó un ejemplo de la intervención del BCRA en materia de tutela directa sustituida luego por el texto ordenado de las normas sobre tasas de interés en las operaciones de crédito (comunicación A 3052, modificada por comunicación A 3123 y A 3266).

<sup>5</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala II, 12/10/1995, “Monner Sanz, Ricardo v. BCRA s/amparo - ley 16.986, con nota de Mario Bonfanti”, ED 167-94.

de los negocios, pues todas ellas responden a una estrategia agresiva con la finalidad de captar la mayor cantidad de público, pretendiendo lograr por medio de la adhesión la colocación de un producto o la fidelidad a una marca. Una tutela directa efectiva deberá enfocarse en cada uno de estos mecanismos para individualizarlos y atraparlos en su análisis jurídico para formular un análisis no sólo en cuanto a su carácter de vinculante para la empresa que lo desarrolla, sino también acerca de su legitimidad y veracidad (ventas domiciliarias, inducciones a contratar con premios o promociones de colocación de productos, etc.).

c) *Las técnicas de formación del contrato y de definición de su contenido y modos de ejecución*, que por excelencia se materializa mediante los contratos de adhesión. Se deberá evaluar con criterio adecuado las razones que allí se invoquen para que la redacción de dichas cláusulas no justifiquen una ruptura del sinalagma contractual.

### III. LA ACTUACIÓN DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA SUPERINTENDENCIA DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS

En este contexto es que el art. 4º, ley 21.526, instituye al Banco Central de la República Argentina como autoridad de aplicación de la Ley de Entidades Financieras, velando por su buen funcionamiento con todas las facultades que la propia ley y su carta orgánica le acuerdan. Asimismo, el art. 14, inc. g), le atribuye al directorio la función de dictar normas reglamentarias para el buen funcionamiento del mercado financiero, así como también fijar las políticas generales tendientes al ordenamiento económico y a la expansión del sistema financiero, las cuales deberán ser observadas por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

Expuesto de este modo, pareciera que la competencia del BCRA se limita a los mecanismos de protección propios de la tutela indirecta en el sentido que se ha desarrollado en el párrafo anterior, siguiendo la clasificación de Barbier. Sin embargo, ello no es del todo así, pues deberá ir dictando una normativa dinámica mediante circulares, comunicaciones y resoluciones que sirvan de respuesta directa frente a supuestos que tiendan a menoscabar la protección del cliente bancario. Es así como se han dictados comunicaciones específicas sobre cuestiones de mayor interés para el sector del usuario tales como las comunicaciones A 2147, A 2689, A 3052, A 3123 y A 3266 relativas a la forma de declarar la tasa y hacer la publicidad; la comunicación A 2423 sobre la creación del servicio de atención al usuario del sistema financiero; las comunicaciones A 2434, A 2470, A 2508, A 3075 y A 3244 concernientes a la posibilidad de revertir las operaciones debitadas en los sistemas de débito automático en cuenta; la comunicación A 2439 que impone a las entidades financieras la obligación de obtener de los clientes —como requisito previo a la apertura de cuentas y

como una cláusula integrante de los contratos— la conformidad expresa para el débito de comisiones y gastos.

#### IV. LA AUTORREGULACIÓN Y LAS NORMAS BANCARIAS UNIFORMES

Resulta de relevancia en cuanto al tema la adopción de criterios autorreguladores de la actividad financiera a través de normas bancarias uniformes previo acuerdo entre los bancos que aliviarán las funciones de la Superintendencia. La jurisprudencia tiene dicho que “las normas bancarias uniformes responden a la exigencia de las empresas en el sentido de tipificar las operaciones de masa que el banco lleva a cabo, con la predeterminación de cláusulas insertas en esquemas contractuales ya configurados, para evitar una competencia peligrosa entre bancos respecto de las operaciones de depósito, cuenta corriente y demás servicios bancarios”<sup>6</sup>. Este producto del acuerdo interbancario puede tener por objeto o efecto mejorar la competencia del sector o lograr una mayor transparencia en la relación banco-cliente en materia de tasas de interés, costos, gastos, comisiones y derechos por la prestación de los principales servicios. En este orden la Asociación Bancaria Italiana adoptó la primera iniciativa de autodisciplina, llamada el *Código Rondelli*, concluyendo un acuerdo interbancario vinculante para las entidades asociadas para la publicidad y la transparencia de las condiciones contractuales aplicadas a la clientela<sup>7</sup>. No obstante, a pesar de su utilidad, pueden presentar diversos inconvenientes tales como:

a) La redacción unilateral de las cláusulas que el destinatario acepta o rechaza sin posibilidad de modificarlas, más allá de que hayan sido concertadas por varios predisponentes.

b) Las políticas concertadas de las empresas pueden agravar aún más la situación ventajosa en que se encuentra la parte económicamente más fuerte de la relación, fortaleciéndose en razón de su experiencia jurídica y actividad monopolizada en desmedro de la parte débil, pudiéndole imponer fácilmente cláusulas vejatorias.

c) El eventual incremento de cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente como condiciones generales, en formularios de letra menuda que, dada la prisa con que suelen celebrarse los contratos singulares, no son leídas por los adherentes favoreciendo la comisión de abusos y fraudes<sup>8</sup>.

Un claro ejemplo en nuestro medio de esta clase de decisiones acordada por consenso entre las entidades del sector es la atinente a la estandarización de procedimientos para la administración, tasación e instrumentación de los pres-

<sup>6</sup> C. Nac. Com., sala C, 4/8/1981, ED 95-696.

<sup>7</sup> PEDRETTI, “Il credito al consumo nella nuova legge bancaria”, *Disciplina del Commercio*, 1994, nro. 2, p. 316.

<sup>8</sup> MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, ps. 133 y 134.

tamos con garantía hipotecaria sobre la vivienda (comunicación A 2563 BCRA) y de los préstamos a personas físicas con garantía prendaria sobre automotores (comunicación A 2586 BCRA), actualmente agrupados en la comunicación A 3055 BCRA.

## V. LOS CÓDIGOS DE BUENA CONDUCTA BANCARIA

Han sido los propios bancos los que se han interesado en armonizar su relación con los consumidores, formulando declaraciones de contenido ético referente a las buenas prácticas bancarias, en las cuales se procura generar un ámbito de mutua confianza y de buena fe en las relaciones banco-cliente al tiempo que se determinan principios rectores de claridad y transparencia que deben regir la actividad, y evitar suspicacias y eventuales controversias entre las entidades y los consumidores<sup>9</sup>. Es otro modo útil de aliviar y complementar la actividad de la autoridad de aplicación y fiscalización.

Su práctica se ha desarrollado con mayor intensidad luego de las recomendaciones dadas por la Comisión de la Comunidad Económica Europea y constituye una alternativa posible para alcanzar dentro de la actividad un comportamiento homogéneo y transparente que mejore la competencia y le confiera mayor seguridad a la clientela con efectos expansivos y ventajas para todas las partes intervinientes. En el ámbito europeo se desarrolló con óptimos resultados el “Código de Buena Conducta en Materia de Pagos Electrónicos”, a través de la directiva 87/598 de la Comunidad Económica Europea.

## VI. OBJETO Y SUJETOS DEL CONTRATO DE CONSUMO

El contrato de consumo es el celebrado a título oneroso entre un consumidor final —persona física o jurídica— con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de éstos por parte del primero para su uso privado, familiar o social<sup>10</sup>. La materia de la que es objeto el acto de consumo puede estar referida a un bien que desaparece tras su empleo, como al duradero; la contratación a título oneroso que tenga por finalidad la adquisición o locación de cosas muebles (art. 1º, inc. a], ley 24.240); la prestación de servicios (art. 1º, inc. b], ley 24.240); la recepción de cosas o servicios gratuitos como consecuencia de una contratación a título oneroso, por ejemplo, muestras gratis (art. 1º, dec. 1798/1994); la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso la de lotes de terreno ad-

<sup>9</sup> BONFANTI, M. A., “Protección del cliente de banco”, RDCO 1989-493.

<sup>10</sup> STIGLITZ, Rubén S., *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994.

quiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada (art. 1º, inc. c], ley 24.240).

Ahora bien, en cuanto a los sujetos que participan de la relación de consumo se distingue por un lado el consumidor y por el otro el profesional. El primero es la persona física o jurídica ubicada al concluirse el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, a la vida económica del bien o servicio, de ahí es que surge la noción de consumidor final. Resulta indistinto que dicho uso o utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar, en tanto lo sea para su esfera privada. Es lo que dispone nuestra ley al expresar: “Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social” (art. 1º, ley 24.240). El segundo sujeto que participa de la relación es el profesional, es decir, el agente económico que reviste las cualidades de productor, importador, distribuidor o comerciante, todo ello con rasgos de habitualidad y frecuencia lo cual excluye conceptualmente la transacción aislada o accidental. No obstante, nuestra legislación es más amplia e incluye a “todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios” (art. 2º, ley 24.240), con lo que se consagra una solución normativa distinta que será de suma importancia a los efectos de delimitar su inclusión o no en la relación de consumo.

De la definición dada en el párrafo precedente se infiere qué sujetos se encuentran excluidos de la relación de consumo. Entre ellos se destacan a primera vista el consumidor industrial, fabricante, profesional o revendedor que contrata con el propósito de que el bien o servicio objeto del negocio continúe su vida económica en actividades de fabricación, producción, distribución y comercialización. La ley aclara al respecto que “no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios” (art. 2º, párr. 2º, ley 24.240).

## VII. CARACTERIZACIÓN DEL CLIENTE BANCARIO

Definido ya el contrato de consumo, así como también su objeto y los sujetos que en él participan, es procedente indagar si el cliente bancario puede ser asimilado al consumidor. La actividad bancaria se nutre fundamentalmente de relación que se da entre las entidades financieras y los sujetos deseosos de bienes y servicios que aquéllas concentran. En esta relación es dable admitir diversos matices entre los niveles sociales, económicos y culturales de los interlocutores que se relacionan con la entidad. A los efectos del presente trabajo nos acotaremos para caracterizar al cliente bancario a aquellos sujetos que poseen

una vinculación no profesional como clientes singulares de la entidad, sin desconocer que las empresas de un gran giro comercial o determinados individuos revistan también la calidad de clientes, aunque el modo y sustancia en que se vinculan a la entidad sea de un nivel que merece una calificación distinta ajena a este trabajo.

El cliente tal como ha sido caracterizado a los efectos del presente será más fácilmente identificable de acuerdo con los siguientes rasgos tipificantes:

### **1. Según la naturaleza jurídica de la relación**

Una postura tradicional ha limitado el concepto de cliente a la averiguación de si dicha persona ha celebrado alguno de los contratos típicos de la actividad bancaria, puesto que si así no fuera o si la contratación no tuviera por objeto la utilización de alguno de los servicios que presta el banco, quien así no actuare quedaría excluido de la condición de cliente. Dicha determinación ortodoxa se complementaba con la exigibilidad del secreto bancario. En este sentido un precedente jurisprudencial tiene dicho: “Por cliente debe entenderse no uno de paso, desconocido para el banco, sino aquel cuyos antecedentes le den todas las seguridades sobre la corrección de la adquisición del cheque que le ha presentado, pues si bastara que un individuo se hiciera abrir una cuenta para poder cobrar directamente un cheque cruzado, la eficacia del cruzamiento estaría seriamente comprometida”<sup>11</sup>. Actualmente, el derecho al consumo no se limita al derecho contractual, aunque en buena parte es concomitante con éste. Prueba de esto es la extensión de sus tutelas a los usuarios eventuales del bien objeto de consumo (p. ej. los miembros de la familia del comprador). Existen razones morales y legales que justifican una interpretación amplia del concepto de cliente. Las de orden moral surgen de la necesidad de responder a la confianza que una persona ha depositado en brindarle a la entidad determinada información, sin perjuicio de que la contratación no se concrete, y las de orden jurídico, los principios de lealtad y buena fe que deben presidir los contratos. De ese modo, cliente no sólo serán quienes realicen determinadas operaciones con las entidades, sino cualquier persona que utiliza algunos de los servicios que presta una entidad financiera, por ejemplo quien cobra un cheque, quien efectúa un depósito a la vista, quien confía un mandato o una cesión, etc. De este modo, se expande la caracterización de cliente más allá de la restricción que impone un vínculo contractual o precontractual, pudiendo asignarle dicha calidad a cualquier sujeto

<sup>11</sup> Conf. C. Nac. Com., sala C, 30/8/1966, “Molinos Fexi SA v. Banco Popular Argentino s/ordinario”, ED 17-45.

que se acerca a la banca, haya concluido o no un negocio jurídico, en la medida en que dicho acercamiento tenga que ver con el objeto social de la entidad.

## **2. Según la intensidad de la relación**

Al mediar una vinculación contractual continua surgen en cabeza del banco no sólo el cumplimiento de la prestación principal, sino también todas aquellas que están implícitas en la conexión: deber de seguridad, de reserva, de confidencialidad, de información, de probidad, etc. Estas ventajas que otorga la antigüedad no importan que el usuario ocasional en tanto cliente como hemos aclarado se vea privado de dichos deberes implícitos. En este sentido la jurisprudencia ha expresado que “el banco debe preservar la buena y adecuada atención de los jubilados, pensionados y mandatarios que acuden a sus sedes para la percepción de haberes, o de los operarios y empleados de empresas a quienes se les acreditan salarios al solo efecto de su percepción y sin ser titulares de cuenta, o aun respecto de un beneficiario de algún premio de los que ofrecen hoy los sistemas de juegos oficiales o simplemente pagar impuestos”<sup>12</sup>. Como se observa en estos casos, el origen del contacto entre el banco y el cliente reconoce su fuente en una estipulación a favor de estos últimos a tenor del art. 504, CCiv.

## **3. Según sus condiciones subjetivas**

La personalidad jurídica del cocontratante de la banca (p. ej., diferirá la ponderación si se trata de una persona física o de una sociedad anónima), agregada al ejercicio de su actividad, brindan una pauta orientadora para observar si cuando recurre a la entidad lo hace o no de un modo profesional. Ello determinará la configuración empresaria del sujeto y la naturaleza de la operación, lo cual contribuirá a proporcionar un cuadro característico de que sea aplicable o no la categoría de cliente. Esto será determinante para equipararlo al consumidor de la ley 24.240 en tanto se encuentre en una situación de inferioridad respecto de la entidad con la cual contratan.

## **VIII. IDENTIDAD DEL CLIENTE BANCARIO CON EL CONSUMIDOR**

Esta problemática axial es de vital importancia en el desarrollo del presente trabajo. Existen al respecto dos posturas antagónicas que serán desarrolladas separadamente:

<sup>12</sup> C. Nac. Com., sala C, 4/5/2001, “Furbia SA v. Banco Galicia”, ED 194-315.

## 1. Postura restrictiva

Sus postulados han sido sostenidos mayormente por Bonfanti<sup>13</sup> en un trabajo que sirvió de réplica a una opinión amplia de Stiglitz<sup>14</sup>. Allí sostiene este primer autor que la “bancarización” se opone al “consumismo” en tanto la primera es selectiva por la circunstancia de que el cliente de banco aprecia la conveniencia de operar bancariamente y su cultura financiera es distinta de la del consumidor (y, por ende, la dimensión entre las partes), ya que en la realidad de los hechos en todo el mundo existe un elitismo en la clientela de los bancos. Trata la defensa del consumidor como una suerte de moda sin mayor fundamento jurídico. Hace referencia a la bancarización multifuncional debido a la amplitud técnico-jurídica del banco moderno y a los nuevos productos financieros que éste ofrece y que en muchos casos resulta imposible determinar quién habrá de ser el consumidor final, por ejemplo en el caso del contrato de *swap*. A su vez justifica el *ius variandi* (variar el objeto, contenido o las modalidades de la operación de manera unilateral) por las implicancias que se suscitan en la actividad bancaria y por el riesgo sistémico al cual dicha actividad se encuentra sometida. Otro argumento fuerte de esta teoría restrictiva radica en el hecho de que el dinero como objeto mediato de la contratación bancaria y el crédito como promesa de pago diferido que lo contiene en consideración a su naturaleza jurídica que son el objeto de las operaciones de mutuo, piedra angular de la negociación bancaria, no constituyen productos adquiridos o usados por el destinatario final, pues conducen al proceso de transformación que conduce al consumo, pero no son en sí mismos consumo, sino que por el contrario son instrumentos o medios de pago que circulan en la sociedad y con relación a los cuales no hay destinatarios finales<sup>15</sup>. En este orden sólo resultaría aplicable la ley 24.240 a las entidades financieras en tanto y en cuanto desarrollen actividades de servicios, quedando excluidas las operaciones tradicionales de mutuo.

## 2. Postura expansiva

Se sostiene que la ley 24.240 surge de la necesidad de crear una red de contención frente a los comportamientos avasallantes de los empresarios sin discriminación entre adquisición y financiación, ya que disciplinó junto con la relación de consumo —comprensiva de los servicios—, la relación del crédito al consumo<sup>16</sup>. De ese modo, quienes presten servicios de cualquier naturaleza

<sup>13</sup> BONFANTI, M. A., “El cliente de banco”, JA 1999-II-715.

<sup>14</sup> STIGLITZ, Rubén S., “Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros”, LL 1998-C-1035.

<sup>15</sup> WALD, “El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las entidades financieras”, RDBAF 1991-574.

<sup>16</sup> BARBIER, Eduardo A., *Contratación bancaria...*, cit., p. 76.

estarán obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos o publicitados, según lo dispone el art. 19, ley 24.240. Asimismo, el art. 36 establece que en las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios deberán consignarse bajo pena de nulidad las modalidades de la ejecución. Por otro lado, si bien al referirse a “proveedor” la ley no hace ninguna mención expresa a las entidades bancarias (salvo en lo atinente a créditos para el consumo) ha de considerarse que éstas se encuentran alcanzadas, puesto que se trata de las personas jurídicas a las que se refiere el art. 2° que en “forma profesional (...) prestan servicios a consumidores o usuarios” y que no se trate de uno de los servicios expresamente excluidos<sup>17</sup>. En cuanto al argumento de que el dinero o el crédito no constituyen al usuario bancario en consumidor final ha sido refutado, sosteniéndose que, aun si el crédito fuese destinado a alguna forma de inversión con el propósito de obtener una renta, la relación habida entre el cliente y la entidad financiera constituye desde la perspectiva de aquél un consumo dado que con su percepción ha consumido el crédito otorgado por el banco.

#### IX. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Siguiendo con la línea argumental que venimos desarrollando desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo, el contrato bancario constituye un contrato de consumo y, como tal, le resultan aplicables la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor) y su dec. reg. 1798/1994. Ello así, pues se trata de la prestación de un servicio (art. 1°, inc. b], ley 24.240) realizado por el banco en su condición de persona jurídica pública o privada, con carácter profesional, en favor de una persona física o jurídica que contrata a título oneroso (art. 2°, ley 24.240) para su consumo final, o beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1°, ley 24.240).

Por esta razón se deduce que la Ley de Defensa del Consumidor es aplicable a las entidades financieras, lo que se ve reforzado normativamente por lo dispuesto por el art. 36-2, ley 24.240, al establecer que el Banco Central de la República Argentina “adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley”, debiendo entenderse como tales las celebradas “para la adquisición de cosas o servicios” (art. 36-1, ley 24.240).

A su vez integran el contenido del contrato bancario —típico contrato por adhesión—, las reglas de conducta a las cuales —en principio— se deben subordinar las partes. Las aludidas reglas de conducta no se agotan con los preceptos creados por el predisponente (banco) y que se enuncian como condicio-

<sup>17</sup> BERGEL, Salvador D. - PAOLANTONIO, Martín E., “Anotaciones sobre la Ley de Defensa del Consumidor”, ED 155-493.

nes generales, ya que el contenido de la regulación de los intereses de la operación jurídica considerada (contrato bancario) se halla integrado también por reglas de conducta que no se originan en la voluntad “común” de los contratantes, sino en mandatos predispuestos por la parte fuerte de la relación.

Lo dicho no empece a que las reglas de conducta contenidas en las condiciones generales sean preceptos acordados por las partes, aun cuando se trate de la creación exclusiva del banco, lo que no priva al negocio de su naturaleza contractual, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la aceptación incondicionada de reglas de conducta suministradas por otro es, al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido a formalizarse.

Existe una única referencia de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) a los contratos por adhesión del que el contrato bancario es una de sus aplicaciones. Se halla ubicada en el cap. IX referido a “los términos abusivos y cláusulas ineficaces”. En efecto, en el art. 37 se enuncian dos cláusulas abiertas y otras tantas que, por abusivas, se las declara no convenidas. A continuación, en el art. 38, bajo el título de “contrato de adhesión” se establece que la autoridad de aplicación (Secretaría de Industria y Comercio) “vigilará que los contratos de adhesión” no contengan cláusulas abusivas. En consecuencia, tratándose los contratos bancarios de contratos por adhesión a condiciones generales, las cláusulas abusivas que contengan se hallan disciplinadas por la Ley de Defensa del Consumidor, sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios de derecho común (arts. 18, 21, 953, 954, 1038, 1039, 1066, 1071 y 1198, CCiv.). Sin embargo, la ley 24.240 no contiene una definición de lo que son las cláusulas abusivas, pero, en cambio, sí lo hizo el dec. 1798/1994 del 13/10/1994, reglamentario de la referida ley. Según el art. 37: “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”. Como se advierte, la definición legal contiene dos elementos inescindibles: (a) el desequilibrio que resulte del cotejo provecho/sacrificio entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato importará abuso si (b) perjudica inequitativamente al consumidor o usuario.

#### X. CASOS DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS POR INSERCIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

A continuación, procederé a enunciar algunos casos potenciales en los que se puede dar lugar a la responsabilidad de las entidades financieras en la contratación ante el consumidor. Ello, sin perjuicio de mencionar algunos casos jurisprudenciales que han consagrado dicha responsabilidad.

### **1. Cláusula de prórroga de competencia incluida en una “solicitud de ingreso al sistema de cuentas personales”**

Un precedente jurisprudencial de la Cámara de Mar del Plata consideró que, en el caso, coincidían en la ciudad de Mar del Plata a) el lugar de celebración, b) el domicilio del cliente, y c) el lugar de ejecución del contrato, por lo que la inclusión de la cláusula de desplazamiento jurisdiccional en un contrato por adhesión, como lo constituye el bancario, infringe el principio de defensa en juicio consagrado por el art. 18, CN, en razón del costo que implica para el cliente litigar fuera del lugar de su propio domicilio. Sobre la base de tales argumentaciones se declaró la nulidad de la referida cláusula en cuanto importa una renuncia o restricción a los derechos del usuario o ampliación de los derechos del Banco.

### **2. Cancelación intempestiva del uso de tarjeta de crédito**

Se trata en el caso de cancelación *ad nutum*, esto es, sin la expresión de una causa que la justifique y sin un razonable preaviso. La jurisprudencia ha hecho responsable a las entidades que actúen bajo dicho proceder por haber encarado en forma profesional la prestación de un servicio oneroso de alcances masivos, que ponían en cabeza de la entidad la obligación de disponer de una organización idónea para atender con diligencia la situación de cada cliente en particular a los efectos de evitarle problemas innecesarios. Incluso en este mismo precedente se admitió la condena por daño moral en un doble sentido: a) como sanción ejemplar de un proceder reprochable; b) como reparación de quienes padecieron las consecuencias afflictivas de dicho proceder (en el caso se trató de un turista que se vio imposibilitado de disponer de la tarjeta en el exterior). Como afirmó Paolantonio, no siendo aplicable por razones de vigencia temporal la ley 24.240, la solución se encauzó por la aplicación de normas generales del derecho privado contractual, particularmente en el principio de la buena fe<sup>18</sup>.

### **3. Contrato de tarjeta de crédito emitida por el banco donde se incluye una cláusula por la que se establece que, a los fines de la determinación del saldo deudor, será suficiente lo que resulte del acta notarial expedida por la entidad**

Este caso ha sido resuelto por la jurisprudencia española<sup>19</sup>, donde se ha tenido por abusiva esta cláusula mediante la cual el titular consiente que será prueba suficiente el acta notarial del saldo expedido. A tal fin argumentó:

<sup>18</sup> PAOLANTONIO, Martín E., “El control judicial de las cláusulas predisuestas y un fallo ejemplar”, ED 176-458.

<sup>19</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 28/11/1997, *Revista Jurídica de Catalunya* (418).

a) que la cláusula se halla escrita con letra extremadamente diminuta, de difícil visibilidad;

b) que en los términos del art. 10.1.3, Ley General de Defensa de Consumidores (26/1984) constituye objetivamente un desequilibrio de los intereses en perjuicio del consumidor y una práctica poco razonable la circunstancia que el emisor limite la prueba del cargo al resultado de su propia certificación del saldo con omisión del comprobante firmado por el usuario.

#### **4. Gastos de tasación impuestos al cliente, no asumidos por éste en el contrato de préstamo hipotecario**

Otro precedente de la jurisprudencia española tiene decidido que “el cargo efectuado unilateralmente por la entidad bancaria en la cuenta abierta por el usuario en concepto de gastos de tasación pericial resulta improcedente y sin causa que lo justifique por falta de convención o consentimiento del titular de la cuenta”<sup>20</sup>. En nuestro medio también se ha impedido que las entidades impongan a sus usuarios cargos no informados sobre el seguro de vida sobre el saldo deudor de los usuarios de tarjetas de créditos por violar el derecho a la información y a la propiedad. En tal sentido se le han dado tres órdenes a la entidad: 1) Restrinja el cobro del rubro “Gastos por gestión de cobranza” a la suma pactada originariamente, es decir, \$ 3,50 más IVA. 2) Comunique fehacientemente a todos los clientes de tarjetas de crédito que se les otorga un plazo de veinte días para que manifiesten si desean la cobertura del seguro de vida. 3) Suspenda el cobro del cargo a aquellos usuarios que manifiesten su resistencia a éste<sup>21</sup>.

#### **5. Aplicación de tasas de interés por descubierto en el contrato de apertura de cuenta corriente, desconocidas por el usuario**

Sobre la cuestión un tribunal español declaró la nulidad de la cláusula por la que se establece que “si por cualquier circunstancia se producen descubiertos se acreditarán en cada momento el tipo de interés y la comisión indicada en el anverso o, en su defecto, los que el banco tenga publicados para este supuesto”<sup>22</sup>. Las razones invocadas se sustentan en que la cláusula contiene una remisión genérica a los tipos de interés que el banco tenga publicados para este supuesto, información que difícilmente pueda ser conocida por el adherente, infringiéndose así lo dispuesto por el art. 10.1.a), ley 26/1984, Ley General

<sup>20</sup> Audiencia Provincial de Orense, 15/5/1997, *Boletín de Información del Instituto Nacional de Consumo*, Madrid, nro. 13, diciembre 1997.

<sup>21</sup> Sup. Corte Bs. As., 23/23/2002, “Dirección General de Defensa del Consumidor - Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires v. Banco Lloyds Bank”.

<sup>22</sup> Audiencia Provincial de Tarragona, 20/3/1995, *Revista General de Derecho* (11.138).

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto exige que las condiciones generales deben cumplir como requisitos el de ser concretas, claras y sencillas en la redacción, con posibilidad de comprensión directa y sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

#### **6. Aplicación de intereses moratorios al contrato de préstamo, cuya tasa es aplicada por el banco por remisión a una cláusula desconocida por el usuario**

Se trata de un supuesto muy similar al anterior. Se da para el caso del modo de fijación del interés por mora, el cual debería exigir el conocimiento de una tasa que conste en el documento contractual y cuyo importe no sea determinado unilateralmente por el banco según operaciones o criterios desconocidos por el prestatario.

#### **7. Cláusula de un contrato de crédito para el consumo por la que se obliga al usuario, en carácter de garantía, a la firma complementaria de un pagaré en blanco**

Se trata de una cláusula abusiva y propensa a fraudes en tanto el usuario se ve privado de la intervención tanto en el momento de conclusión del contrato como en la etapa de liquidación y determinación del saldo deudor resultante, con lo cual se ve impedido de realizar la labor de información y asesoramiento a que tiene derecho.

#### **8. Cláusula exonerativa de responsabilidad del banco por daños y perjuicios sufridos por los clientes por pérdidas sufridas por las cosas contenidas en cajas de seguridad debidas a la apertura de ésta por cualquier causa o con motivo de todo otro hecho o siniestro**

En un fallo de la Cámara Comercial se consideró que, siendo de la esencia del contrato de caja de seguridad el deber de custodia y vigilancia por parte del banco, la cláusula por la cual pretenda liberarse de responsabilidad “no tendrá valor alguno”, pues se trata de una renuncia anticipada de derechos por parte del cliente que desvirtúa el objeto del contrato que no es otro que la máxima seguridad contra el riesgo de robo o pérdida de las cosas <sup>23</sup>.

<sup>23</sup> C. Nac. Com., sala B, 26/3/1993, “Sucarrat G. v. Banco de Galicia y Buenos Aires”, LL 1994-E-437.

### **9. Cláusula que faculte al banco a rescindir unilateralmente una operación de crédito si se produce alguna circunstancia que transforme la acreencia en “cobro dudoso”**

En el caso de la celebración de un contrato de crédito cuyo objeto es la negociación (descuento) de letras de cambio, pagarés, efectos de comercio y otros documentos hasta un determinado monto y en el documento contractual se incluyó una cláusula que faculta al banco a rescindir unilateralmente el contrato con fundamento en que la acreencia se torne en “cobro dudoso”, en cuyo caso la entidad se halla facultada para dar por perdidos al usuario la totalidad de los plazos de la negociación. La expresión “cobro dudoso” es lo suficientemente ambigua y peligrosa como para que el banco, en su carácter de redactor de ella, deba cargar con las consecuencias derivadas de la falta de claridad.

## **XI. CONCLUSIÓN**

Inicialmente, los bancos se han caracterizado por ser entidades de carácter privado como fuente de provecho sólo para sus titulares y con ámbito de gravitación acotada dentro del entramado social. En la actualidad se han convertido en instituciones de fuerte interés público al servicio de la sociedad, cumpliendo operaciones determinantes a los fines de alcanzar un equilibrio económico, monetario, político y social.

Esta creciente influencia de las entidades en la vida pública y el hecho de concentrar grandes masas del ahorro nacional, así como también la posibilidad de crear nuevos medios de pago, han justificado la intervención normativa del Estado sobre la actividad bancaria. Este intervencionismo no sólo se ve plasmado en un conjunto de disposiciones que regulan el sistema bancario o en lo atinente a su organización y regulación, sino también en las normas referidas a las obligaciones que las entidades deben observar en la contratación con sus clientes. Si bien resulta lógico que la escala tuitiva deberá guardar una relación proporcional a las menores posibilidades de cada uno de sus cliente sean de índole cultural, técnica o económica, diferenciando a tal efecto las categorías negociales de los sujetos que se vinculan a la banca en función de su grado de información, magnitud y profesionalismo en la materia, es a todas luces indubitable que el ahorro y el crédito merecerán siempre un cuidado calificado sin importar quiénes intervienen como contraparte en las actividades financieras.

# DISCUSIONES Y PROBLEMAS FRECUENTES ACERCA DE LOS GRANDES CONCURSOS Y ACUERDOS PREVENTIVOS EXTRAJUDICIALES \*

AGUSTÍN GONZÁLEZ AVALIS

## I. INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo me he propuesto hacer un repaso de las cuestiones que, en el marco de los procesos concursales —entendiendo tal expresión en sentido amplio—, han suscitado mayores discusiones y diferencias tanto en el campo de la doctrina como de la —copiosa— jurisprudencia de los últimos años.

En principio, y por razones de honestidad intelectual, debo advertir al lector que la nota de *novedad* tendrá que ser analizada con laxitud, ya que se han publicado innumerable cantidad de trabajos sobre los tópicos aquí aludidos. Por ello es que intentaré en estas líneas exponer las principales posturas de los más reconocidos doctrinarios, a lo que agregaré mi —modesto— parecer.

Sentado lo anterior, aclaro que ceñiré el objeto de este ensayo a aquellas cuestiones que considero de mayor relevancia en relación al fenómeno de la insolvencia (en su faz preventiva). Claro que no desconozco que pasaré por alto cuestiones para nada insignificantes, pero, como en cualquier selección, la limitación de temas necesariamente llevará a tal resultado.

De ello se sigue que ciertos asuntos quedarán, desafortunadamente, fuera del alcance del presente trabajo; en particular, me refiero, entre otros aspectos, a la —riquísima— discusión en torno a la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial (si bien algunas cuestiones serán tratadas —mas en forma oblicua— como consecuencia de la incidencia de la calificación que se pretenda del acuerdo preventivo extrajudicial con relación a los demás asuntos que se estudiarán). También podría haberse hecho especial hincapié, por caso, en la si-

\* El presente trabajo ha obtenido el tercer premio en el V Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Empresarial, organizado por *Lecciones y Ensayos*. El autor se ha hecho acreedor de cincuenta horas en cursos a su elección del Departamento de Posgrado de nuestra casa, libros del fondo editorial del Departamento de Publicaciones y la publicación de estas páginas.

tución de las entidades financieras frente al “novedoso”<sup>1</sup> instituto<sup>2</sup>. No obstante ello, los temas de los que se dará cuenta *infra* incluyen:

(i) Situación de abuso respecto de los institutos concursales (acuerdo preventivo extrajudicial y concurso preventivo).

(ii) Análisis de algunos casos en particular y resoluciones de la judicatura a partir de la invocación de las facultades previstas por el art. 52 LC o demás normas del ordenamiento jurídico.

(iii) Forma de efectuar el cómputo de las mayorías legales, con especial detenimiento en el instituto de la mal llamada “exclusión de voto” (delineado mayoritariamente por la jurisprudencia y la doctrina).

(iv) Análisis de la legislación vigente y un reciente proyecto de reformas que, a mi juicio, desalentaría la utilización del acuerdo preventivo extrajudicial (aun cuando se pueda coincidir con algunos de sus fundamentos).

(v) En definitiva, esta presentación persigue adentrarse con la mayor profundidad posible en el mundo de la insolvencia en general, y en las soluciones existentes en el derecho nacional para escapar de las tan temidas quiebras liquidativas; es decir, cómo se ha desarrollado la salida de la crisis más grande de la historia<sup>3</sup> a través de los remedios preventivos dispuestos por la ley 24.522 (con sus modificaciones).

La última advertencia tiene que ver con que la especificidad del tema elegido presupone el conocimiento de las normas básicas de las instituciones analizadas que no habrán de ser desarrollados desde el inicio para evitarle al lector tediosas —tal vez— repeticiones.

## II. CONCURSO PREVENTIVO Y ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL. ABUSO. CASOS

### 1. Breve repaso en relación al instituto del concurso preventivo

Tal es la preocupación que han generado ciertos precedentes jurisprudenciales que han motivado que en el reciente VI Congreso Argentino de Derecho Concursal celebrado en la ciudad de Rosario, una de las comisiones en que se dividió el debate académico fuera titulada “Moralización de los Concursos”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Me refiero al acuerdo preventivo extrajudicial delineado por la reforma consagrada en la ley 25.589.

<sup>2</sup> C. Nac. Com., sala D, “Banco Hipotecario Nacional s/acuerdo preventivo extrajudicial”, ED del 27/9/2006; ver TRUFFAT, Daniel E., “Un pronunciamiento notable sobre la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial. ¿El canto del cisne?”.

<sup>3</sup> Según es calificada en el enjundioso fallo del Dr. Kölliker Frers, por entonces titular del Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 16, “Ferrum SA de Cerámica y Metalurgia s/concurso preventivo”, ED del 13/12/2005.

<sup>4</sup> Comparto la crítica —en verdad, el llamado de atención— que hiciera TRUFFAT, Daniel E., “Sobre la delimitación del concepto moralización de los concursos”, en *Libro de ponencias*, p. 851.

Esta situación implica, obviamente, la preocupación de la doctrina por los desvíos que la utilización de las figuras del acuerdo preventivo extrajudicial y del concurso preventivo<sup>5</sup> demuestran en la praxis tribunalicia.

Como punto de partida, resulta ineludible citar al emblemático precedente de “Línea Vanguard”<sup>6</sup>, en el cual la Cámara Comercial rechazó la homologación de un acuerdo que postuló abusivo por considerar, en lo que aquí interesa, que la Magistratura contaba con facultades implícitas para evaluar la existencia de abuso (art. 1071, CCiv.), sin encontrarse obligada a homologar un acuerdo por la configuración de las mayorías legales. Allí, recuérdese, la cámara negó encontrarse limitada a homologar cualquier propuesta sin poder efectuar un análisis trascendente de la mera legalidad formal, debiendo, en su defecto, integrarse al ordenamiento jurídico en general. Nótese que, entonces, no se había producido la reforma a la LC que expresamente incluyó la previsión legal que los tribunales venían delineando<sup>7</sup>.

A partir de la modificación del —muchas veces comentado— art. 52, se fueron sucediendo las resoluciones que echaron mano a esa figura para rechazar pedidos de homologación que incluían propuestas que importante doctrina catalogó como *ridículas*<sup>8</sup>. En general, se trató de casos en que la combinación de altas quitas (ya sin el *molesto* mínimo del 40%, por imperio de la —confusa— legislación de emergencia) con largas esperas importaban prácticamente la condonación de la deuda y un beneficio desmedido para los deudores<sup>9</sup>.

Ahora bien, es importante destacar que la magnitud de la quita no ha sido considerada un parámetro *per se* determinante para evaluar la abusividad de una propuesta concordataria<sup>10</sup>. Es que en importantes concursos preventivos se han homologado propuestas que incluyeron ofrecimientos de pago del 40% (Musimundo) o del 25% (Ferrum) y menos aún (Sociedad Comercial del Plata). En los casos citados en primer término, se ha dado decisiva importancia al contexto económico y social en que se produjo la cesación de pagos, para convalidar propuestas que en época de prosperidad podrían haberse considerado, en principio, abusivas. Así, la jurisprudencia ha sostenido: “Corresponde aten-

<sup>5</sup> Ver HERRÁN, Maite - KNAVS, Verónica, “El abuso en los pedidos de quiebra y concurso preventivo”, elDial Express del 8/9/2006.

<sup>6</sup> C. Nac. Com., sala C, 4/9/2001, ED 197-206.

<sup>7</sup> Art. 52, inc. 4º: “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

<sup>8</sup> Calificación de RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, elDial Express DC79A.

<sup>9</sup> Ver, por caso, C. Nac. Com., sala E, 19/5/2005, “Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash s/concurso preventivo”.

<sup>10</sup> En la reunión académica del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina del 24/4/2003 se concluyó que en ningún caso la magnitud de la quita o de la espera podía resultar dirimente por sí misma para configurar el abuso a que se refiere el art. 52, LC, según cita del fallo Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 16, “Ferrum SA de Cerámica y Metalurgia s/concurso preventivo”, ED del 13/12/2005.

der al contexto económico y social en el que se halla nuestro país, que reviste características tan profundas, intensas e inusitadas que condujeron al dictado de las leyes 25.561 y 25.563 (...) Y si bien no cabe utilizar indiscriminadamente esta situación para legitimar o convalidar propuestas que pudieran encuadrar en el concepto perfilado en el inc. 4º del art. 52, LC vigente, no es posible desconocer la incidencia que tiene ese contexto en el sector empresario”<sup>11</sup>.

En mi opinión, esta circunstancia por sí sola no resulta suficiente para justificar la imposición de tamaño sacrificio a los acreedores; ello, más allá de que se hubieran obtenido las mayorías legales, ya que, como bien viene sosteniendo la jurisprudencia, la función del juez no puede quedar reducida a un mero calculador de mayorías para homologar sin más lo que se le “presente aceptado”<sup>12</sup> por los acreedores.

De todos modos, lo cierto es que en el caso de Entertainment Depot (Musimundo), no fue aquélla la única razón para fundar el rechazo a cierta impugnación de un acreedor. La sala se valió, además, de otras circunstancias que fueron tratadas con profundidad en el dictamen fiscal que precede al fallo y que recibiera el elogio de Truffat<sup>13</sup>, a saber:

(i) El mantenimiento de las fuentes de trabajo y conservación de la empresa en tanto hacienda social útil (pilares básico del derecho concursal).

(ii) Falta de certeza sobre la conveniencia derivada del eventual *crash-down*.

(iii) Inexistencia de bienes de entidad, más allá del canal comercial de distribución que representaba Musimundo.

(iv) El resultado económico de la quiebra liquidativa sería menos ventajosa desde el punto de vista de la posibilidad de cobro de los créditos; es decir, la comparación de los términos económicos de la propuesta con el eventual dividendo.

Me detendré en el punto (iv), ya que ha sido un parámetro utilizado en varios otros fallos, sobre todo en los casos sometidos a consideración de los —por aquellos tiempos— jueces a cargo de los Juzgados de Comercio capitalinos nros. 9 y 16. El Dr. Kölliker Frers, otrora titular del Juzgado n. 16, decidió en el caso “Ferrum”<sup>14</sup>, luego de dictar varias medidas para mejor proveer tendien-

<sup>11</sup> C. Nac. Com., sala E, 10/10/2003, “Entertainment Depot SA s/concurso preventivo”, LL del 12/7/2004, supl. Concursos y Quiebras, p. 15.

<sup>12</sup> El entrecomillado se explica porque no son pocos los casos en que los que “votan” favorablemente las propuestas son cesionarios que, todos lo saben, ocultan el pago de sus créditos de modo diverso al ofrecido a los restantes acreedores. A su vez, se nota la preocupación de los autores a partir de varias ponencias presentadas al VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, *Libro de ponencias*, t. I, ps. 305 y 415).

<sup>13</sup> TRUFFAT, Daniel E., “Puliendo el concepto de propuesta abusiva —art. 52, inc. 4º, LCQ— y algunas otras cuestiones”, LL del 12/7/2004, supl. Concursos y Quiebras, nota a fallo.

<sup>14</sup> Fallo citado en nota 3.

tes a solicitar —y obtener— una mejora de la propuesta por parte de la concursada, y variados informes a las sindicaturas intervinientes, homologar el acuerdo tomando como uno de los principales argumentos la mejora que implicaría para los acreedores la solución preventiva en comparación con la eventual quiebra. En la misma línea, bien que en un caso de acuerdo preventivo extrajudicial —además de en muchos otros concursos—, el juez Favier Dubois (h) consideró ese aspecto al fallar en la causa “Acindar”<sup>15</sup>. En este último supuesto, sin embargo, podría discutirse la razonabilidad del parámetro utilizado en tanto la doctrina es conteste en considerar que la no homologación de un acuerdo no implica la declaración de quiebra del apista, pero tal cuestión excedería el marco del presente trabajo.

Antes de ingresar en el tratamiento que la jurisprudencia ha brindado a la cuestión del abuso en el acuerdo preventivo extrajudicial (principal objeto de este capítulo, por su actualidad), me permito poner de resalto —a la vez que me pregunto si no será acertado— cierto comentario deslizado por el Dr. Köllikers Frers en un pasaje del citado fallo “Ferrum”. Allí, en tren de crítica a los porcentajes de quitas ofrecidos por las empresas de mayor envergadura de nuestro país en el marco de sus procesos de reestructuraciones de deuda, opinó: “Tal vez lo que correspondería (...) es que los socios efectuaran aportes para recomponer el capital social y de ese modo hacer frente al pasivo generado por el giro empresario en situaciones —como las de la especie— en que dicho giro resultó claramente deficitario, evitando de esa manera que se vean perjudicados sus acreedores. Sin embargo, este comportamiento no sólo no es imperativo, sino que además no es usual en nuestro medio, en el que difícilmente los socios terminen haciéndose cargo de este tipo de situaciones”.

En esta línea de “moralización” se enrola la propuesta de Truffat, quien considera que un parámetro válido para evaluar la abusividad de una propuesta podría ser analizar si el sacrificio impuesto a los acreedores guarda relación con el que padece el deudor o sus socios; a tal fin, propone que la capitalización de pasivos u otras formas teóricas<sup>16</sup> que importen sacrificios —y beneficios— compartidos entre deudores y acreedores sean incluidas como *alternativas* en las propuestas concordatarias, mas no en forma compulsiva (lo que tornaría la opción en abusiva, dado que es altamente probable que el acreedor no quiera formar parte del emprendimiento de su deudor bajo ninguna figura jurídica).

Coincido con el fin perseguido por el autor, aunque para que esta situación implique realmente una salida equitativa de la insolvencia, debieran preverse, como indica Truffat, otras alternativas que incluyeran, por caso, el pago de

<sup>15</sup> Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 9, 26/2/2004, “Acindar Industria Argentina de Aceros s/acuerdo preventivo extrajudicial”.

<sup>16</sup> El autor citado se refiere al concepto “equity”, tomado del derecho anglosajón. Ver TRUFFAT, Daniel E., “Sobre la delimitación...”, cit., *Libro de ponencias*, ps. 859/862.

cierto porcentaje de la deuda para aquellos que no se quisieran involucrar en la suerte que correrá la empresa luego del concursamiento. Además, claro, de que la opción que importe la adquisición de cierta participación en el negocio del deudor (sea por emisión de acciones en pago de la deuda o de la forma en que se instrumente) no se vea restringida con relación a los derechos que ostente el deudor (por ejemplo, imponiendo una prima elevada de emisión en el caso de las acciones, o bien, limitando los derechos políticos de los nuevos accionistas <sup>17</sup>).

## 2. Situación de abuso en el acuerdo preventivo extrajudicial. Casos

En primer lugar, destaco que, a poco de la entrada en vigencia de la reforma prevista por la ley 25.589 que diseñó el actual sistema del acuerdo preventivo extrajudicial, la doctrina había manifestado su preocupación al sostener que “volvemos a recordar que debe cuidarse extremadamente en no frustrar derechos o garantías constitucionales y esta imposición a los acreedores no partícipes del acuerdo extrajudicial es potencialmente frustratoria de principios constitucionales” <sup>18</sup>. Esta postura fue sostenida en varios casos por la Fiscalía de Cámara <sup>19</sup> con fuertes argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la figura (en tanto violatoria del derecho de propiedad, de la defensa en juicio y de la garantía del debido proceso de los arts. 14, 17 y 18, CN).

Una de las cuestiones que podrían abonar la pretendida inconstitucionalidad —además de la falta de notificación fehaciente, el escaso grado de participación de los acreedores omitidos, la falta de control sobre la veracidad de la información presentada por el apista, etc.— guarda relación con la disposición del art. 71, LCQ, en cuanto estipula que “las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial...”. En efecto, se planteaba con acierto Fargosi cómo se conciliaría esa —inalterada en la reforma— norma con la extensión de efectos del art. 76 (recuerdo: a los acreedores por causa anterior que no hubieran participado del acuerdo); es que, sostenía, no quedaba para nada claro qué es lo que habría de serle impuesto a los acreedores que no hubieran participado del acuerdo si el art. 71 preveía expresamente la libertad de contenido e, incluso, la posibilidad de diferentes acuerdos con cada uno de los acreedores.

Esta discusión ha quedado zanjada al nivel de la doctrina: “Efectivamente, nuestros juristas señalan que no puede haber libertad de contenidos en el

<sup>17</sup> O transfiriendo los activos menos rentables para la constitución de un fideicomiso cuyos certificados de participación serían otorgados a los acreedores, mientras que los activos de mayor valor se “iban” de su alcance a partir de la escisión de ciertas sociedades, como se hizo en algún caso.

<sup>18</sup> FARGOSI, Horacio, “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales”, LL 2002-D-1078.

<sup>19</sup> Ver dictamen de la Fiscalía de Cámara en el caso “Sanatorio Quintana” o “Romi”.

acuerdo preventivo extrajudicial como dice el art. 71, LC, cuando aquél se intenta imponer a los acreedores ausentes o disidentes, ya que debe regir entonces la regla de la *par conditio creditorum* (...) Es que el texto legal del art. 71 fue redactado para el acuerdo extrajudicial de la ley 24.522 que sólo vinculaba a los otorgantes”<sup>20</sup>. En la misma línea, admitía Rivera que “esto es un error de la ley 25.589 (...) por lo que el acuerdo debe consistir en una propuesta que satisfaga las exigencias del art. 43, LC”<sup>21</sup>.

Por su parte, los tribunales se han manifestado en similar sentido, fijando limitaciones a la libertad de contenido; por un lado, se ha dicho que las partes tienen real autonomía en pactar las condiciones de los acuerdos, con los límites de cualquier acto jurídico (arts. 21, 953, 1071, 1198, CCiv.)<sup>22</sup>; por el otro, se estipuló que “tal libertad de contenido debe preservar cierta homogeneidad y equivalencia para lograr su imposición a los acreedores disidentes”<sup>23</sup>.

Sentado lo expuesto, resulta útil hacer un repaso de los antecedentes jurisprudenciales que trataron el caso del abuso en los supuestos de acuerdo preventivo extrajudicial. En esta línea, ya desde el inicio fueron los tribunales intentando llenar los vacíos legislativos que presentaba la figura. Desde un primer momento, entonces, se procedió a extremar los recaudos para evitar maniobras fraudulentas en perjuicio de los acreedores.

Así, en el fallo “Modo SA de Transporte Automotor”<sup>24</sup>, el ya citado Dr. Kölliker Frers consideró que los elementos aportados *inaudita parte* por el deudor eran de suyo insuficientes para otorgar certeza sobre la veracidad y exactitud de la información presentada, sobre cuya base se solicitaba la homologación del acuerdo celebrado por Modo (recordemos que, a diferencia del concurso preventivo, no existe en el acuerdo preventivo extrajudicial un procedimiento de verificación y contralor recíproco de las acreencias y, menos aún, un funcionario como el síndico). Ante este panorama, el juez designó a un veedor informativo para acreditar la real situación patrimonial del apista, con sustento en que resultaba imperioso que la información acompañada fuera verídica y consistente para evitar transformar a la herramienta preventiva en un abuso o fraude. Éste y otros precedentes<sup>25</sup> han merecido la crítica de Rivera<sup>26</sup> al lla-

<sup>20</sup> Dictamen de la Fiscalía de Cámara en “Romi”, con citas de ALEGRIA, Héctor, “Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras”, LL 2002-D-1055; TRUFFAT, Daniel E., *El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 54.

<sup>21</sup> RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 547.

<sup>22</sup> Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 7, “Lalor SA s/acuerdo preventivo extrajudicial”.

<sup>23</sup> C. Nac. Com., sala D, 26/8/2004, “Servicios y Calidad SA s/acuerdo preventivo extrajudicial”, ED 210-465.

<sup>24</sup> Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 16, firme, 18/5/2004, ED del 24/8/2004.

<sup>25</sup> Decisión de Favier Dubois (h) en el ya citado caso “Acindar”.

<sup>26</sup> RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

mar a esta postura como “activismo judicial” carente de apoyo legal —bien que aceptándole loables intenciones—.

Me permito disentir con tal crítica, puesto que el propio autor reconoce que la loable intención de esos tribunales ha tenido por objeto superar las omisiones de la regulación del acuerdo preventivo extrajudicial <sup>27</sup> mediante la exigencia de mayor información. Asimismo, es Rivera quien en el mismo artículo defiende la constitucionalidad del instituto, para lo cual propone, precisamente, echar mano al correcto ejercicio de las *atribuciones judiciales* para evitar el fraude y el abuso.

En consecuencia, si bien es cierto que aquellos primeros fallos hicieron uso de remedios no previstos expresamente en la ley positiva, también lo es que apelaron al buen criterio judicial para armonizar un instituto que daba sus primeros pasos y que, de no haber actuado como se hizo, otorgaba demasiadas posibilidades para tentar al abuso (por aquello de la extensión de efectos hacia los terceros no participantes del art. 76 en su versión actual <sup>28</sup>). Es más, tal vez si aquellos magistrados no hubieran ordenado las medidas luego cuestionadas, es de presumir que hubieran tenido que terminar decretando, a instancias de algún acreedor omitido, la inconstitucionalidad, final no deseado por el propio Rivera en “En *defensa* del acuerdo preventivo extrajudicial”.

A mayor abundamiento, concuerdo con lo decidido en “Modo” por otra razón: allí se justificó el dictado de las medidas informativas a partir de “que el acuerdo preventivo extrajudicial es un régimen que vulnera la inoponibilidad contractual consagrada en los arts. 1195 *in fine* y 1199, CCiv., al imponer los efectos de un contrato a terceros que no participaron en su celebración”. Pues bien, tal afirmación ingresa en la discusión acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial, adhiriendo a la tesis contractualista <sup>29</sup>. Pero además, fue determinante para así decidir el hecho de que no exista en el acuerdo preventivo extrajudicial un sistema de convocatoria colectiva con las salvaguardias y controles que sí aparecen en el concurso preventivo. Ello, a más de diferenciarlo de la tesis concursalista, justifican el dictado de las medidas, puesto que, de lo contrario, bastaría a cualquier deudor solicitar la homologación de un acuerdo con pseudoacreedores que sólo él *dice* que son <sup>30</sup> y el juez, ¿debería quedarse de brazos cruzados? Entiendo que no y, por lo tanto, comparto la postura explicada.

<sup>27</sup> Tales omisiones se justifican en el propio trabajo de Rivera a partir de las presiones de los organismos internacionales de crédito y el apuro legislativo por complacerlos.

<sup>28</sup> “Regalo de la ley” llamó Maffía a este efecto.

<sup>29</sup> Ver un resumen sobre esta cuestión en MAFFÍA, Osvaldo, “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”, LL del 19/7/2006. Además, puede consultarse otro trabajo del mismo autor, “Acuerdo preventivo extrajudicial *in nuce* (ii). Sobre tesis, aserciones que se autoafirman y gerundios”, DSyC, DSyE 204-04-XVI-1319/1320.

<sup>30</sup> MAFFÍA, Osvaldo, “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”, cit. Cualquier semejanza con los fallos comentados a renglón seguido es pura coincidencia.

Sólo agregó que cierta doctrina coincide en la importancia de la labor judicial en el acuerdo preventivo extrajudicial y propicia la facultad instructoria del juez en los términos del art. 274, LC (que, obviamente, consideran aplicable al acuerdo preventivo extrajudicial) para que aquél se imponga de la *real* situación patrimonial del apista <sup>31</sup>.

Volviendo a los *pseudoacreedores* y demás situaciones abusivas, conviene recordar dos precedentes de ineludible consulta para entender a qué se ha denominado —acertadamente— abuso en el acuerdo preventivo extrajudicial. Veamos:

En “Servicios y Calidad” <sup>32</sup> (Manuel Tienda León), se requirió la homologación del acuerdo celebrado entre el apista y algunos de sus acreedores (cuya suma de capital, en teoría, alcanzaba para reunir las mayorías legales), por medio del cual esta última se comprometería a pagar el 80% de los créditos en nueve cuotas. Ahora bien, el juez de primera instancia (en sentencia que la sala D de la cámara confirmaría) rechazó la homologación por considerar la propuesta abusiva en virtud de las siguientes razones:

(i) Se incurrió en omisiones en la determinación del pasivo y el activo; respecto de este último, principalmente por cuanto se expuso que una importante cantidad de rodados se encontraban libre de gravámenes, cuando resultó acreditado que existían prendas para garantizar una operación con una empresa extranjera (no alcanzada por la pesificación conforme lo establecido en el dec. 410/2002).

(ii) No se demostró la veracidad de cierto crédito de \$ 1.000.000 cuyo titular era una sociedad uruguaya (ante la oposición de ciertos acreedores, el apista no aportó pruebas para acreditar la capacidad crediticia del mutuante ni la debida transferencia internacional de fondos).

(iii) La razón fundamental, de su lado, fue que se contabilizó la acreencia del acreedor extranjero en pesos cuando, dijo la cámara con razón, correspondía hacerlo en dólares estadounidenses por efecto de no encontrarse alcanzado por la pesificación. Entonces, juzgó la cámara que “tanto la pretensora como los acreedores titulares de créditos en pesos ejercieron abusivamente sus derechos al acordar la pesificación de créditos en dólares estadounidenses de los cuales son titulares acreedores que no prestaron conformidad al acuerdo”. *Ergo*, se sostuvo que tal maniobra (consistente en que los acreedores en pesos voten una propuesta que, respecto de los acreedores en dólares, importe un sa-

<sup>31</sup> ALLENDE, Lisandro - GRILLO CIOCCHINI, Pablo, *El juez del acuerdo preventivo extrajudicial*, citados por TROPEANO, Darío, “Salvando al acuerdo preventivo extrajudicial”, LL del 27/9/2006.

<sup>32</sup> C. Nac. Com., sala D, 26/8/2004, “Servicios y Calidad SA s/acuerdo preventivo extrajudicial”, ED 210-465. Ver al respecto, BARREIRO, Marcelo G. - LORENTE, Javier A. - TRUFFAT, E. Daniel, “Acuerdo preventivo extrajudicial: un reciente pronunciamiento de segunda instancia que impacta tanto por su calidad cuanto por los servicios que rinden para acercarse al instituto”, ED del 21/12/2004, nota a fallo.

crificio extra que sólo resulta operativa respecto de estos últimos —“doble quita”—, pero que en nada afecta a los pesificados participantes del acuerdo<sup>33</sup> afectaba ilegítimamente los derechos de quienes no suscribieron el acuerdo, violando la libertad de razonabilidad que la sala expuso como limitación a la libertad de contenidos prevista por el art. 71, LC.

Para fundar el reproche de abusividad, el voto del Dr. Cuartero juzgó que resultaba aplicable en la especie el art. 52, LC, por tratarse el acuerdo preventivo extrajudicial de un “subtipo concursal”<sup>34</sup> al que le son aplicables los diversos institutos concursales; entre ellos, la regla del art. 52, LC, que imperativamente dispone que “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. De todos modos, como no era ajeno al debate en doctrina acerca de la naturaleza jurídica del instituto, acertadamente dispuso que, aun cuando no fuera aplicable el mentado art. 52, se llegaría a igual conclusión por imperio de las reglas del Código Civil (arts. 953, 1071 y concs.). Sea como fuere, ya la doctrina era conteste en considerar que “las facultades judiciales para apreciar el carácter de abusivo o fraudulento de una propuesta (art. 52, inc. 4º, LCQ) están presentes en el caso del acuerdo preventivo extrajudicial”<sup>35</sup>. De esta situación daba cuenta también la modificación en la redacción del art. 75, LC, en tanto suponía que para dictar la homologación debían estar cumplidos “los requisitos legales” (anteriormente el texto se refería a requisitos “de forma y presentación”); ello significaba que debía el juez evaluar las pautas de todo el ordenamiento jurídico para decidir sobre la homologación (¿a qué otra cosa puede atribuirse el cambio del texto legal si no?).

Agrego un dato que no es menor en relación con el asunto: la cámara indicó que resultaba indiferente que el acreedor perjudicado (Volvo do Brasil) no hubiera deducido oposición al acuerdo y remarcó, en este sentido, que se trataba de una sociedad extranjera que no tuvo oportunidad de tomar conocimiento

<sup>33</sup> Si bien en un caso de concurso preventivo, éste es el supuesto acontecido en “Sociedad Comercial del Plata” y constituye una de las razones por las cuales la Fiscalía de Cámara ha deducido recurso extraordinario contra la sentencia de cámara que rechazó las impugnaciones y confirmó la homologación del concordato (además de denuncias en sede penal por la posible comisión de diversos delitos por parte de la concursada, sus abogados, los síndicos, ciertos acreedores y hasta la magistrada que intervino en primera instancia); de todos modos, el caso incluye varias maniobras adicionales que exceden el recurso aquí comentado.

<sup>34</sup> Se enroló así en la postura primeramente esbozada, a modo de *tesis*, por Truffat. Este aserto viene siendo reiteradamente negado por Maffía, quien sostiene que la jurisprudencia convirtió en dogma aquella primera tesis nunca confirmada. También Rivera se opone fervientemente a considerar el acuerdo preventivo extrajudicial un “subtipo concursal”. El tema es de innegable interés, ya que de allí derivan vastas consecuencias; sin embargo, como adelanté *supra* en la Introducción, el debate acerca de la naturaleza jurídica excede el ámbito del presente trabajo, sin perjuicio de que, en relación al análisis de la existencia de abuso, la calificación de la sala incide sobre la aplicabilidad —o no— del art. 52, LC.

<sup>35</sup> ALEGRIA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, RDPyC 2002-3-168. Por otra parte, el proyecto de reforma del que se da cuenta *infra* expresamente incluye esta previsión.

de la existencia del proceso, ya que la publicación de edictos sólo se había realizado en esta jurisdicción <sup>36</sup>.

Más allá de que la solución de “Servicios y Calidad” no puede sino compartirse, se verá a continuación que la cámara irá a fallar de modo diverso (lamentablemente, a mi entender) en un caso análogo como “Romi” <sup>37</sup>.

Como anticipé, el caso “Romi” es sustancialmente similar a “Servicios y Calidad” desde que se intentó —con éxito— “disparar como proyectil” un acuerdo preventivo extrajudicial (Maffía *dixit*) contra el deudor en dólares no pesificables que no suscribió el acuerdo. El recurso fue similar al caso “Servicios y Calidad”, ya que dos sociedades uruguayas aparecen como acreedoras financieras a partir de supuestos mutuos celebrados en aquel país por la —nada despreciable— suma de U\$S 1.500.000 (tampoco se acreditó aquí, como era de esperar, que el dinero haya ingresado en las arcas del apista ni se otorgaron garantías para asegurar el recupero de la importante suma, todo lo cual hace sospechar al más cauto <sup>38</sup>) y “acordaron” con Romi la pesificación de sus acreencias (reduciendo su valor a un tercio) y el pago con quita y espera.

A su turno, el acreedor cuyo crédito no se encontraba pesificado impugnó el acuerdo en los términos del art. 75, LC. La Fiscalía de cámara entendió que debía revocarse la homologación de primera instancia, puesto que, en síntesis: (i) la sentencia que legitima el acuerdo es violatoria de garantías constitucionales (art. 18, CN); (ii) el acuerdo no establece un trato igualitario, porque contiene una cláusula de pesificación para acreedores en moneda extranjera ajenos a la pesificación que encubre una quita que no resulta aplicable al resto de los acreedores en moneda nacional; (iii) el cómputo para la votación no observó la pauta legal del art. 19, LC; (iv) ante la oposición, la deudora debió aportar alguna información que acreditara la legitimidad de los créditos de las sociedades *off shore*.

La sala B de la Cámara Comercial rechazó las impugnaciones por extemporáneas y negó virtualidad a otras cuestiones como la impugnación de la fiscalía con relación a la eficacia de los edictos como medio de notificación, máxime cuando —como en el caso— se había omitido denunciar al acreedor excluido de la pesificación y del acuerdo (*oh casualidad*, dijo Maffía). En cuanto al fondo, rechazó la impugnación porque el acreedor omitido (tardío impugnante) “no ofreció prueba para acreditar la improcedencia de los créditos impugnados”.

<sup>36</sup> El asunto de la escasa utilidad práctica —arma utilizada para perjudicar a algunos acreedores en varios casos— de la notificación por edictos ha sido también materia de impugnación constitucional por parte de la Fiscalía de Cámara en los casos, entre otros, “Romi” y “Sanatorio Quintana”.

<sup>37</sup> C. Nac. Com., sala B, “Romi SRL s/acuerdo preventivo extrajudicial”, elDial Express del 14/11/2005.

<sup>38</sup> NISSEN, Ricardo A., *Otra vez el triunfo de la trampa*, citado por MAFFÍA, Osvaldo, “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

Esta última frase de la sentencia de segunda instancia amerita una objeción: lo primero que cabe preguntarse es ¿cómo se supone que un legítimo acreedor demuestre que los créditos de supuestos coacreedores de su deudor son ficticios en el exiguo plazo de diez días previsto por la LC y sin tener acceso a documentación alguna referida a tales créditos? (no es necesario reiterar que no existe en el acuerdo preventivo extrajudicial el proceso de verificación y conformación circunstanciada del pasivo con control del juez y auxilio del síndico). Además, ¿no resulta cuanto menos reprochable que el que se *dice* deudor no acompañe elementos que abonen la efectiva existencia de los créditos en el marco de un acuerdo que tiende a propagar los efectos hacia los demás acreedores por efecto del art. 76, LC? A todo evento, nótese que a igual solución se llegaría —si se quisiese llegar— por aplicación de principios procesales en materia de cargas dinámicas de la prueba.

Nótese que este fallo choca con los primeros precedentes en materia de acuerdo preventivo extrajudicial que, ante la falta de certeza acerca de la real configuración del activo o del pasivo del pretense apista<sup>39</sup>, mandaron a realizar ciertas medidas de investigación en miras de evitar situaciones abusivas o fraudulentas como las sucedidas en el caso comentado.

Como dijera en su momento, el caso ha sido objeto de una vehemente crítica por parte de Maffía en “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”. En especial, se detuvo el autor, una vez más, en la calificación que se hace de “subtipo concursal” y cómo esa expresión es utilizada para “cohonestar cuanto conenga al apista”. Según tal postura, en todos los casos en que se invocó el “subtipo” fue para favorecer al apista y nunca, por caso, se recurrió a él para imponer al deudor las —más gravosas— previsiones de los arts. 15, 16 o 17, LC (por ejemplo, separándolo de la administración si fuera necesario).

También se critica que en el fallo se haga referencia a la —supuesta— finalidad del instituto del acuerdo preventivo extrajudicial en tanto “herramienta para dotar al mercado de un medio ágil para superar las crisis empresarias” y “cuya vocación consistiría en superar el estado de insolvencia o dificultad económica del apista”. Me sumo aquí a la crítica del autor citado, dado que esa enunciación de principios que no surge de la ley (aunque podría coincidirse en su postulado) debería generar alguna consecuencia, o al menos una valoración,

<sup>39</sup> Tal es la importancia que tiene la veracidad y exactitud de la información que últimamente se han rechazado presentaciones judiciales para la homologación de varios acuerdos preventivos extrajudiciales por carecer los deudores de una contabilidad confiable —aunque más no sea mínima y rudimentaria—. Ver sobre el particular, Juzg. Nac. 1º Inst. Com., n. 7, firme, 26/5/2005, “Guzmán de Larralde, Inés Nélica s/acuerdo preventivo extrajudicial”, ED 214-313, con comentario de TRUFFAT, Daniel E., “Nuevamente sobre el deudor que recurre al acuerdo preventivo extrajudicial sin contabilidad confiable”. Ver por JUNYENT BAS, Francisco, “La habilitación del acuerdo preventivo extrajudicial requiere de una contabilidad que transparente la realidad económica financiera”, ponencia ante el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, *Libro de ponencias*, ps. 383/398.

en la resolución que se expidiera sobre la homologación —o no— del acuerdo. Es que, de lo contrario, no sería más que una afirmación dogmática carente de toda virtualidad, porque, como dice Maffía, si los fines son tan tenidos en cuenta por los jueces, es de esperar que a la hora del art. 75 se evalúe si la superación de la crisis se alcanzó en el caso concreto o es previsible que así sea. Anoto un comentario adicional: evidentemente, en “Romi” no se dijo nada sobre este aspecto, pero esta situación no es uniforme en tanto ha recibido tratamiento relevante en otros casos cuya decisión le correspondió al ya nombrado juez —por entonces— del Juzgado Comercial n. 9 de la Capital (en el caso, entre otros, de “Acindar”).

Finalmente, y en lo que respecta a la inconstitucionalidad impetrada por la Fiscalía de cámara, soy de opinión que los serios reproches que merece la figura en su actual redacción pueden ser subsanados con las facultades judiciales que permiten, sin dudas, la no homologación en supuestos de abuso o fraude. Ello es así, independientemente del origen normativo de tales facultades; es decir, la solución se impone, a mi entender, sea por aplicación del art. 52, LC, sea por los principios surgidos del resto del ordenamiento jurídico; todo ello, sin perjuicio de la necesidad de una reforma legislativa que tenga en cuenta las críticas y los problemas que se han presentado en la experiencia de los tribunales.

### III. CÓMPUTO DE MAYORÍAS. EXCLUSIÓN DE VOTO EN GENERAL

Como primera aproximación al tema, debe recordarse que la nota de universalidad propia de los sistemas concursales (a mi juicio, el acuerdo preventivo extrajudicial está incluido entre éstos más allá de ciertas características propias) tiene como correlato que todos los acreedores concurren en pie de igualdad frente al patrimonio de su deudor común.

Sin embargo, esta regla genérica admite ciertas excepciones; entre éstas, y en relación con el asunto abordado en este capítulo, se destacan las previsiones del art. 45, LC, que excluyen del cómputo para evaluar la conformación de las mayorías a los créditos de ciertos acreedores cuyos lazos de afinidad con el deudor son presumidos por la ley como falta de independencia o condescendencia favorable al concursado (agrego: apista).

Ahora bien, se ha discutido en doctrina acerca del carácter con que debía interpretarse la enumeración de la norma: si bien existen posiciones encontradas (tanto al nivel de los autores cuanto en el campo de la doctrina judicial), me inclino a sostener que la enunciación es meramente enunciativa, lo que no obsta a que los casos concretos deban apreciarse con criterio restrictivo<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> En honor a la brevedad, me remito —y adhiero— a las conclusiones expuestas en la ponencia de MEIJIDE CASTRO, Marina - RECIO, Juan I., “Supuestos ¿taxativos? de exclusión de voto en la ley 24.522. Particular situación del acreedor competidor de la concursada”, ponencia al VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, *Libro de ponencias*, t. I, ps. 485/490.

Por lo demás, agrego que la interpretación moderna del instituto de la exclusión de voto tiende a una hermenéutica *finalista* de la norma. Así, se ha sostenido: “Interpretamos que la finalidad de la prohibición puede expresarse en forma similar a la que venimos analizando, en el sentido de que no debe reconocerse el derecho de voto a aquel que tenga un interés relativo a su vinculación con el deudor que pueda influenciar en su voto de manera decisiva, constriñendo su libertad o la del deudor para decidir la formulación, la aceptación o el rechazo de una propuesta”<sup>41</sup>.

Sentado lo expuesto, trataré los supuestos de exclusión que considero de mayor relevancia.

### 1. Exclusión del capital computable correspondiente a los tenedores de obligaciones negociables (“ON”) ausentes o silentes

En principio, aclaro que se vinculan con el tema (en rigor, son previos a este análisis) varios aspectos sumamente controvertidos con relación a (i) la forma en que deben ser *oídos* los obligacionistas; (ii) ¿qué recaudos se requieren para su participación en el proceso concursal?; (iii) aplicación —o no— del art. 45 bis, LC; (iv) necesidad de unanimidad en las decisiones que modifiquen aspectos sustanciales de la emisión<sup>42</sup> y (v) demás cuestiones de indudable interés teórico<sup>43</sup>.

Dicho lo anterior, resalto que la jurisprudencia es pacífica en considerar que únicamente debe computarse, a los fines de evaluar la existencia de las mayorías legales, el capital de aquellos tenedores de ON que (i) hubieran asistido a la asamblea designada a tal fin por el fiduciario o por el juez, según el caso (excluyendo, así a los ausentes); y (ii) se hubieran *expresado* afirmativa o negativamente respecto de la propuesta efectuada por la emisora en crisis (dejando de lado a los *silentes*). Ésta es la postura adoptada en los casos “Multicanal”, “Sociedad Comercial del Plata”<sup>44</sup>, “Editorial Perfil”, “Cablevisión”, “Alpar-

<sup>41</sup> ALEGRIA, Héctor, “La relación fisco-concurso (con especial referencia a la exclusión de voto del Fisco en el acuerdo preventivo), y sus citas”, LL 2002-E-649/660. En contra, RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

<sup>42</sup> Sobre esta discusión, ver ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales comentada*, t. V, ps. 204 y ss.

<sup>43</sup> Sobre el particular, ver en especial el trabajo de WETZLER MALBRÁN, Germán, “Las obligaciones negociables y los procesos concursales”, LL del 11/8/2004, donde se hace referencia a muchas de las aristas que presenta el asunto, con profundos comentarios sobre los casos más resonantes de la justicia comercial.

<sup>44</sup> En este *leading case*, sin embargo, pese a que uno de los *fundamentos* dados por la jueza de primera instancia para justificar la solución es cuanto menos sorprendentes: dijo allí que “una solución contraria podría llevar al fracaso del concurso preventivo, por el solo hecho de que muchos de los bonistas involucrados residan en otros países y no tengan siquiera noticia del procedimiento que aquí se desenvuelve”. Esto es tanto como admitir el problema y disponer su eliminación en vez de intentar una

gatas”, dictamen de la Procuración General de la Nación en el caso “Supercanal Holding”<sup>45</sup> y otros.

En apoyo de esa postura se esgrimen razones de interpretación literal de la ley que establece, en lo pertinente: “1) Se reunirán en asamblea convocada por el judiciary o por el juez en su caso. 2) En ella los participantes expresarán su conformidad o rechazo de la propuesta de acuerdo preventivo que les corresponda; y manifestarán a qué alternativa adhieren para el caso que la propuesta fuera aprobada...”. Entonces, siempre según esta línea de pensamiento —compartida por la mayoría de la doctrina—, al decir *se reunirán*, la ley sería clara en descartar a quienes no hubieran participado; a la vez que la frase *expresarán su conformidad o rechazo* implicaría que aquellos que se abstuvieran de manifestarse estarían excluidos.

Adelanto que no comparto la conclusión mayoritaria por las siguientes razones: (i) la interpretación exclusivamente literal de la ley ha sido objeto de cuestionamientos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema; (ii) asimismo, entiendo que la interpretación imperante es forzada, ya que las locuciones que le sirven de base no necesariamente implican las consecuencias que se pregonan (nada más y nada menos que excluir a ciertos créditos —por lo general, se trata de cuantiosas sumas, ya que las ON no suelen ser emitidas por montos, digamos, insignificantes— del cómputo de las mayorías, lo que podría implicar la restricción a un derecho básico del acreedor); al menos, no se advierte un procedimiento lógico de adecuación entre premisas y conclusión; (iii) por su parte, el instituto, como dije, debe ser apreciado restrictivamente: la excepción no puede convertirse en regla. (iv) Por lo demás, debe tenerse en cuenta que en muchos de los casos comentados, la decisión de no participar de la asamblea no fue voluntaria, ya que requería afrontar ingentes gastos que no todo inversor puede sufragar (gastos de traslado, gastos de representación, etc.)<sup>46</sup>.

Por lo tanto, soy de opinión que deben computarse a los fines del cómputo de las mayorías los créditos de los bonistas que hubiesen rechazado la propuesta, se hubiesen abstenido o no hubieran participado del acto por el cual se colectó sus voluntades<sup>47</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, resalto la existencia de una “tercera vía” propuesta en la publicación anotada de Wetzler Malbrán (con base en algún precedente allí citado), en virtud de la cual podrían aventarse hipotéticos perjui-

---

solución. Ver argumentos de la objeción en WETZLER MALBRÁN, Germán, “Las obligaciones negociables...”, cit.

<sup>45</sup> Para mayor información, ver VILLOLDO, Juan M., “El voto de los bonistas en el acuerdo preventivo extrajudicial: régimen de mayorías y exclusión de los ausentes y silentes en el cómputo de las mismas”, ED del 8/7/2005.

<sup>46</sup> Dictamen de la Fiscalía de Cámara en autos “Sociedad Comercial del Plata”.

<sup>47</sup> Se enrolan en esta línea Luchinsky y Vítolo, citados en VILLOLDO, Juan M., “El voto de los bonistas...”, cit., ps. 206/207.

cios a los bonistas si en la resolución que dispone la forma en que deberán éstos manifestarse, se establece con claridad cuáles serán las reglas que regirán la cuestión (entre las cuales cabrá consignar las consecuencias que se generarán a raíz de la ausencia, del silencio o del rechazo con relación a la incidencia del cómputo de cada crédito en la conformación de las mayorías legales).

## 2. Exclusión del capital computable del crédito de la AFIP

Este supuesto es, tal vez, el más paradigmático de los casos de exclusión. La jurisprudencia viene expidiéndose al respecto en forma más o menos concordante por la procedencia de la exclusión del crédito de la AFIP del cómputo de las mayorías.

La situación consiste, de un lado, en que la AFIP, por la clase de acreedor de que se trata, ha dictado cierta normativa que rige el desempeño de su actuación en el ámbito concursal. Así, sendas resoluciones generales fueron sucediéndose a lo largo del tiempo; y la regla vigente establece, entre otras cosas, un plan especial —no sujeto a negociación— para contribuyentes concursados, quienes deberán cancelar la totalidad del pasivo quirografario de este acreedor en la forma allí establecida. Resalto, porque esto es crucial para entender el asunto, que la propia normativa impide a la AFIP la aceptación de quitas o propuestas que no se concilien con aquélla.

De otro lado, el concurso (o el acuerdo preventivo extrajudicial) importan necesariamente una situación de crisis económica que descarta, en la mayoría de los casos, la posibilidad de afrontar la totalidad del pasivo verificado (es claro que el deudor, de otra forma, no hubiera tenido necesidad de acudir a los remedios de recuperación previstos en la LC). Aquí se produce, consecuentemente, un evidente conflicto que generó que los deudores comenzaran a solicitar que, en tanto existe un mecanismo especial para la percepción de ese crédito, se excluyera dicho monto del capital computable para la obtención de las mayorías so pena de incrementarse en forma inadmisiblemente las mayorías previstas por el art. 45, LC.

En algunos casos, se denegó la exclusión por una cuestión formal relacionada con la extemporaneidad de los planteos que la requerían, cuando ya había quedado firme la decisión judicial sobre la categorización de los acreedores<sup>48</sup>. Sin embargo, en el fallo<sup>49</sup> que motivara el citado comentario del profesor Alegria, se resolvió expresamente —en posición que comparto— que la no categorización oportuna del crédito fiscal en una categoría separada no importa un gravamen material para el Fisco desde que su crédito será percibido conforme a la resolución que rige a su respecto.

<sup>48</sup> C. Nac. Com., sala D, 31/10/2000, “Dirección Asistida SA s/concurso s/incidente de apelación art. 250, citado por ALEGRIA, Héctor, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

<sup>49</sup> C. Nac. Com., sala D, 3/5/2002, “Inflight SA s/concurso preventivo”.

En relación con el fondo del asunto, una interpretación finalista del art. 45 lleva necesariamente a coincidir con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, habida cuenta de que no puede seriamente sostenerse que la AFIP se encuentre en las mismas condiciones que el resto de los acreedores desde que su propia regulación legal le impide aceptar propuestas que no contengan cláusulas de pago del 100% de los créditos. En palabras de la sala D: “Corresponde excluir al Fisco del cómputo del capital para la determinación de las mayorías necesarias para obtener la homologación del acuerdo que se propone a los acreedores, si el concursado se acogió —a los efectos del pago del crédito verificado— a un plan de facilidades de pago, pues lo contrario implicaría incluir a aquellos que de antemano están imposibilitados de analizar sin condicionamientos las diversas propuestas, contraviniendo todo el sistema”<sup>50</sup>.

Un último comentario a modo de interrogante: estimo que tal vez resultaría necesario el dictado de un plenario que resolviera la cuestión para evitar sentencias contradictorias que generan incertidumbre, o bien, probablemente debería la AFIP rever su reglamentación ante los resultados que en la práctica obtiene su postura.

### 3. Exclusión del capital computable del crédito del competidor hostil

En relación con este supuesto, se ha generado un interesante debate sobre la postura que se concilia más armónicamente con la letra y el espíritu de la Ley de Concursos. Por un lado, se encuentran los autores que, como Rivera, mantienen la regla general, postulando el derecho de todos los acreedores a participar con su crédito del cómputo para la obtención de las mayorías: “Tampoco me parece razonable el criterio de muchos autores y tribunales que propician la exclusión de acreedores quirografarios del cómputo de las mayorías por ser hostiles; hemos señalado antes de ahora que el *prius* del concurso es que todos los acreedores puedan manifestarse libremente; y que sólo circunstancias excepcionalísimas pueden justificar que un acreedor quirografario independiente sea excluido del cómputo”<sup>51</sup>.

Adelanto opinión en el sentido de que tal aserto adolece de dos inexactitudes por cuanto se refiere a cierta *libertad* en la manifestación, de un lado, y a acreedor *independiente*, del otro. Tengo para mí que tales notan no se encuentran en el caso del acreedor competidor del concursado (o apista), ya que no puede considerarse como *independiente* a quien concurre en el segmento del mercado de su deudor y tiene evidentes intenciones de “ganar terreno” sobre la participación del otro; es decir, no es un tercero ajeno a la situación del giro comercial del deudor en crisis. Por otro lado, es cuanto menos opinable que pueda

<sup>50</sup> C. Nac. Com., sala D, 3/5/2002, “Inflight SA s/concurso preventivo”.

<sup>51</sup> RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

hablarse de *libertad* —en sentido jurídico— en la decisión de quien se sitúa en una posición de colisión de intereses con el concursado que constituye “un condicionante de la voluntad en sentido negativo”<sup>52</sup>.

Si bien la doctrina ha propiciado la apertura del elenco de exclusiones a casos análogos<sup>53</sup>, recientemente se ha pronunciado la justicia de primera instancia en un caso de resonancia, admitiendo la exclusión de voto del competidor hostil, mas sujetándola a ciertos condicionamientos que refuerzan el carácter restrictivo con que cabe analizar a la figura<sup>54</sup>. En esta inteligencia, destacó el juez que (i) “si bien no pareciera que la conducta observada por el grupo demandado pudiera llegar a encuadrar en el rótulo de conducta desleal a los fines de la aplicación de los mecanismos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia (...) sí es susceptible de ser calificada de salvaje y hostil con aptitud suficiente para servir de antecedente al ejercicio disfuncional del derecho de desaprobación de la oferta de pago presentada por las deudoras en los términos del art. 1071, CCiv.”; (ii) adicionalmente, señaló como recaudo de admisibilidad de la pretensión de exclusión, la necesidad de que se presente, como en el caso, un perjuicio a los restantes acreedores que masivamente apoyaron la propuesta de la concursada, al decir que “la decisión de frustrar la obtención del acuerdo como medio para obtener una ventaja particular en el plano comercial, que en principio puede ser considerada legítima, puede pasar a ser ilegítima o irregular cuando causa daños a terceros ajenos a esa actividad, como son los restantes acreedores (...) los trabajadores de la empresa y la comunidad en general que se vería privada de los beneficios generales que emanan de la existencia de una unidad económica productiva como lo es —hoy por hoy— la concursada”.

Debe ponderarse que la decisión encontró fundamento normativo en el principio del abuso del derecho, vedado expresamente por el Código Civil; y me parece que es adecuado que así se haya resuelto, ya que el juez no podría amparar el ejercicio abusivo del derecho al *voto* por la sola razón de no encontrarse previsto el supuesto en la LC (aunque sí surgiría, de todos modos, de la finalidad de la norma, tal como *supra* se explicó).

<sup>52</sup> Dictamen de la Fiscalía de Cámara en autos “Supercanal Holding”, citado en el voto en disidencia del Dr. Monti en autos “Equipos y Controles SA s/concurso s/incidente de apelación”, C. Nac. Com., sala C, 27/12/2002. Aclaro que, de todos modos, la mayoría revocó el fallo del juez de primera instancia que había admitido la exclusión del crédito del competidor por su actividad hostil hacia la concursada.

<sup>53</sup> Para un resumen de las posturas existentes, ver MEIJIJE CASTRO, Marina - RECIO, Juan I., “Sujetos ¿taxativos?...”, cit.

<sup>54</sup> Juzg. Nac. 1ª Inst. Com., n. 16, Sec. n. 32, 7/3/2006, “Telearte SA s/concurso s/incidente de exclusión de acreedores integrantes del llamado Grupo Telefónica” (sentencia no firme).

## IV. PROYECTO DE REFORMA LEGISLATIVA. CRÍTICA

El 8 de septiembre del corriente se presentó en la Cámara de Diputados un proyecto de modificación al régimen del acuerdo preventivo extrajudicial. Previo a todo, debo señalar que parece cuanto menos apresurado que se intente una modificación parcial de la incansablemente criticada —y modificada *de a parches*— Ley de Concursos. A su vez, resulta llamativo que no se tengan en cuenta los proyectos presentados en su momento para completar una figura que nació de la mano de la provisoriedad propia del apuro legislativo que implicó su sanción <sup>55</sup>.

En cuanto al proyecto en sí, contiene algunas modificaciones que vale la pena destacar. Así, se pretende:

(i) El único deudor legitimado para obtener la celebración <sup>56</sup> de un acuerdo preventivo extrajudicial sea aquel que se encuentre en estado de cesación de pagos, eliminando a aquellos que se encuentren en “dificultades económicas o financieras de carácter general”.

(ii) En relación con el criticado sistema de suspensión de acciones <sup>57</sup>, propone la iniciativa que sea el juez quien *pueda* disponer la suspensión de las *medidas de ejecución* contra el patrimonio del deudor (y no ya la suspensión de *todas las acciones de contenido patrimonial* como hasta ahora). En este punto estoy de acuerdo con la modificación apuntada, habida cuenta de que resulta peligrosa la actual redacción legal <sup>58</sup>, la cual a la vez ofrece serios reparos constitucionales.

(iii) Respecto de las mayorías requeridas para la aprobación del acuerdo, dispone el proyecto que el cómputo deberá realizarse sobre los acreedores denunciados por el deudor más los que concurrieren “requiriendo ser parte, acuerdo con anterioridad a la homologación” (*sic*). Sobre el particular, debo advertir que no queda claro a qué se refieren los legisladores con esta previsión, ya que es claro que no existe una vía para que los acreedores omitidos por el deudor puedan “ser parte, acuerdo”; recuérdese que no se ha previsto un mecanismo si-

<sup>55</sup> RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

<sup>56</sup> A mi modo de ver, debería decir “homologación judicial” de un acuerdo preventivo extrajudicial. Ello, a la luz de la feroz crítica que ensayó Maffía sobre las expresiones como las que se proyectan convertir en ley, ya que, en criterio que comparto —independientemente de la postura sobre la naturaleza jurídica del acuerdo preventivo extrajudicial—, es claro que el deudor no celebra un acuerdo preventivo extrajudicial sino, en todo caso, un contrato con uno, varios o todos sus acreedores que, eventualmente, podrá ser sometido a homologación judicial para terminar el *iter* que lo convierta en un acuerdo preventivo extrajudicial propiamente dicho.

<sup>57</sup> Truffat lo tildó de “brutal efecto” y Maffía lo llamó un disparate mayúsculo en TRUFFAT, Daniel E., “Ley Clara *versus* Buenas Razones”, ED del 17/5/2005.

<sup>58</sup> En la publicación citada en la nota anterior, Maffía critica acertadamente un fallo —convertido en criterio— que dispone que la suspensión de acciones sólo tendrá efectos a partir de la publicación de edictos. Para así considerarlo, nos recuerda que la ley no dice eso, sino que, mal que nos pese, dicha suspensión opera ministerio *legis* a partir de la *presentación* del pedido de homologación.

milar al de la verificación tradicional que conocemos <sup>59</sup>, por lo que no se entien- de cuál ha sido la intención propuesta <sup>60</sup>.

(iv) En cuanto a la publicidad, se prevé que, en adición a las reglas exis- tentes, deberá el deudor notificar por cualquier medio fehaciente a los acreedo- res que denuncie como tales; es evidente que esta propuesta no otorgaría mayor transparencia al acto desde que con el simple expediente de omitir denunciar a los acreedores, podrá el deudor haber cumplido con la norma, sin que ninguna ventaja se vislumbre en términos de transparencia (entiendo que ése debió ha- ber sido el fin de esta reforma).

(v) Se contempla la ampliación del plazo a veinte días para presentar opo- siciones en una buena medida que venía siendo requerida por la doctrina. Asi- mismo, se deja sentado expresamente la facultad de los jueces de no homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley. Si bien no había dudas al respecto <sup>61</sup>, no está de más que figure en el texto de la norma.

(vi) Por su parte, el proyecto propicia que los acreedores que no hubiesen suscripto el acuerdo ni hubiesen sido denunciados o notificados conserven sus acciones individuales y no estén sometidos a los efectos del acuerdo, salvo que expresen su voluntad de adherir dentro de los ciento ochenta días posteriores a la última publicación de edictos.

Me detendré en este punto para señalar que probablemente pueda coinci- dirse con la postura pregonada, si se parte de una posición contractualista, dado lo que dispone al respecto el art. 1195, CCiv. (*res inter alio*); a la vez que resul- taría equitativo a la luz de los ya citados casos en que se incurrió en notorios abusos en contra de los no participantes. Sin embargo, parece un retroceso que desalentará sin dudas el empleo de esta exitosa herramienta <sup>62</sup>. Amén de que la experiencia de la ley 24.522 así lo demuestra (con relación a la imposibilidad de extender los efectos conforme al actual art. 76, LCQ, sumado a las mayorías

<sup>59</sup> RIVERA, Julio C., “En defensa del acuerdo preventivo extrajudicial”, cit.

<sup>60</sup> MAFFÍA, Osvaldo, “Matando al acuerdo preventivo extrajudicial”, cit., echa luz sobre la cues- tión al refutar ciertas apreciaciones de la Cámara Comercial en el fallo “Romi” acerca de la supuesta —no explicada— posibilidad de que los acreedores omitidos puedan algo así como formar parte del pasivo. En realidad, explica con lucidez que la única opción prevista en la ley vigente es que aquéllos demuestren sumariamente ser acreedores para —únicamente— habilitarlos a impugnar el acuerdo; cosa bien distinta, claro, a formar parte del “pasivo”. Se puede ver también para ampliar la cuestión, otro trabajo del mismo autor: “Acuerdo preventivo extrajudicial: ¿la confesión a favor es *se contra pro- nuntiatio*?”, ED del 23/8/2004. Adicionalmente, TROPEANO, Darío, “Salvando al acuerdo preventivo extrajudicial”, LL del 27/9/2006, dice que la mentada impugnación implica un procedimiento sumario con tal alcance y, a la vez, la verificación del crédito. Insisto en que no se explica a partir de qué norma puede inferirse tal cosa.

<sup>61</sup> Esta posición era unánime de todos modos; ver ALEGRIA, Héctor, “Acuerdo preventivo extra- judicial”, cit.

<sup>62</sup> Truffat ha señalado que el acuerdo preventivo extrajudicial ha servido para reestructurar deuda del sector privado por la suma de \$ 10.000.000.000. Ver TRUFFAT, Daniel E., “Nuevamente sobre el deudor...”, cit.

agravadas que impedían cualquier rehabilitación preventiva), lo cierto es que, en mi opinión, no puede legislarse *en rechazo* a los abusos cometidos por ciertos individuos; antes bien, existen mecanismos idóneos que la jurisprudencia y la doctrina han ido elaborando para *salvar*<sup>63</sup> la figura del acuerdo preventivo extrajudicial.

(vii) Para finalizar, el proyecto incorpora el art. 76 bis, por el cual se establece que las normas que regulan el concurso preventivo y la quiebra serán de aplicación supletoria al acuerdo preventivo extrajudicial en tanto no contradigan lo dispuesto en el capítulo relativo a este último.

## V. CONCLUSIONES

A la luz del desarrollo de los puntos tratados, concluyo, en primer lugar, que no puede atribuirse a ninguno de los sistemas de rehabilitación previstos en la LC carácter abusivo en sí; es que más allá de que se hayan presentado casos que podrían catalogarse como tales —y, desafortunadamente, los ha habido muchos—, no puede extenderse esa característica excepcional a los muchos otros que han servido de utilidad para la reactivación de muchas empresas luego de una de las mayores crisis<sup>64</sup> de la historia económica de nuestro país.

En relación con el acuerdo preventivo extrajudicial, estimo que han actuado con buen criterio los jueces ante el desconcierto que habían generado las lagunas que la doctrina especializada advertía en la legislación (sobre todo teniendo en cuenta el contexto en que fueron sancionadas las leyes 25.563 y 25.589). Como expuse a lo largo del presente trabajo, no comparto las críticas que se hicieron respecto de las previsiones requeridas por la Magistratura *más allá* de la letra expresa de la ley, en tanto parten de una concepción excesivamente rigurosa que no se concilia con la totalidad de los intereses en juego. Así, considero que, salvo en los casos apuntados (y en algunos otros que aquí no fueron comentados), el acuerdo preventivo extrajudicial ha cumplido su misión al permitir reestructurar una magnitud considerable de deuda privada.

Sin embargo, me sumo a aquellos que reclaman por la necesidad de una reforma legislativa que abarque el problema en forma integral; en particular, la norma debería considerar especialmente los derechos de los acreedores no denunciados por el deudor para permitirles un ejercicio pleno de su derecho de defensa. De tal suerte, podrá superarse la tacha de inconstitucionalidad que muy seriamente ha planteado nada menos que la Fiscalía General ante la Cámara de

<sup>63</sup> Me he permitido tomar prestada la expresión del título del trabajo de TROPEANO, Darío, “Salvando al acuerdo preventivo extrajudicial”, cit. —aun cuando no comparto muchas de las aseveraciones que allí se vuelcan—.

<sup>64</sup> Así la catalogan muchos de los economistas más prestigiosos y, sobre todo, las personas que han padecido las —cíclicas— crisis anteriores.

Apelaciones en lo Comercial de esta ciudad. Ello, no obstante que, según mi visión, existen mecanismos en manos de la Magistratura para evitar tener que echar mano a la *ultima ratio* de nuestro orden jurídico.

En relación con el asunto de la *exclusión de voto*, adhiero a las opiniones que enfocan la cuestión desde una interpretación finalista del art. 45, LC, que dispone, a mi entender en forma enunciativa, los supuestos en que debe procederse a la exclusión de determinados créditos del capital computable a fines de obtener las mayorías legales. Esta situación no implica que deba ampliarse el elenco de sujetos excluidos de manera indiscriminada ni, menos aún, que no deba evaluarse cada caso particular con criterio restrictivo, en tanto está en juego unos de los principales derechos de los acreedores y, en el fondo, el principio cardinal que inspira a los institutos de la insolvencia, esto es, el tratamiento igualitario de los acreedores.

Véase que sostener la aplicación taxativa del art. 45, LC, so pretexto de que una limitación de tal calibre no puede sino ser taxativa, llevaría en muchos de los casos a tolerar abusos en la forma de disponer del voto por parte de los acreedores, situación que el derecho vigente no tolera (arg. arts. 953 y 1071, CCiv.). Adicionalmente, el sistema de mayorías previsto desde antaño por la legislación concursal podría entrar en crisis por la falta de adecuación de la legislación a los tiempos que corren.

## COMENTARIO A FALLO



# LA REBELIÓN DE LOS PARÉNTESIS. LO QUE HA QUEDADO FUERA DEL CASO “BOGGIANO”

MAURO BENENTE \*

*“La realidad es demasiado rica  
y sus contornos demasiado complejos  
para que una sola lámpara  
los pueda iluminar por completo”.*  
(Ilya Prigogine, *Metamorfosis de la ciencia*)

## I. INTRODUCCIÓN

El presente escrito no pretende ser un resumen del fallo. Si bien lo reseñaré, dejaré muchas cosas de lado. Es que, al momento de optar siempre algo es dejado de lado y luego, muchas veces, olvidado. Mi misión será (y al ser ésta he descartado otras como, por ejemplo, hacer un resumen del fallo) desentrañar aquello que ha sido dejado de lado en el fallo. Intentaré, pues, liberar los elementos que han quedado, cuanto mucho, entre paréntesis.

A lo largo del fallo que pretendo atravesar aparecen numerosas afirmaciones que, a su vez, implican negaciones. Intentaré rescatar esas negaciones, las mostraré, trataré de presentarlas; me interesará correr la alfombra para ver que ha quedado debajo. Posiblemente, mi tarea devenga (y esto no es intencional) en alejar, aun más, negaciones no rescatadas.

Sin perjuicio de lo anterior, y antes de desentrañar los argumentos de la decisión judicial, propondré una reseña de los casos jurisprudenciales que entiendo relevantes y se percibirá (aunque yo no resaltaré nada a tales efectos) que los paréntesis han cambiado, y que mucho de lo que se ha sostenido otrora ha quedado entre paréntesis.

\* Todas las observaciones de Ana Clara Piechestein, José Salgado y María Eva Miljiker me han sido de gran utilidad; algunas fueron tenidas en cuenta para modificar determinados aspectos del trabajo y otras, debido a mi terquedad, han quedado entre paréntesis. Cualquier crítica o comentario siempre es bienvenido: [maurobenente@yahoo.com](mailto:maurobenente@yahoo.com).

## II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

La primera oportunidad en la cual los jueces de la Corte Suprema se expidieron sobre una sentencia de juicio político, el destituido no había sido un juez, sino un gobernador provincial. En el caso “Don Joaquín Castellanos”<sup>1</sup> los jueces del máximo tribunal resolvieron que, teniendo en cuenta que con la reforma constitucional de 1860 se había suprimido la competencia de la Corte Suprema para atender en los conflictos entre los diferentes poderes provinciales, el máximo tribunal no tenía competencia para entender en el asunto. Sin perjuicio de lo anterior, es importante rescatar el dictamen del procurador general Nicolás Matienzo que, adelantando lo que se convertiría en prolongada jurisprudencia del máximo tribunal, entendió que el Senado de la provincia de Salta no se constituía como un tribunal de justicia, por lo que no era procedente el recurso extraordinario federal<sup>2</sup>.

Tomado los lineamientos expuestos por Matienzo, hasta 1986, los jueces de la Corte Suprema resolvían los recursos presentados ante destituciones de magistrados, afirmando que los órganos que emitían tales sentencias no se erigían como tribunales de justicia en los términos del art. 14, ley 48<sup>3</sup>.

Hacia 1986, los jueces del máximo tribunal dejaron de lado todo lo anterior. Suele afirmarse que en 1986, la Corte cambió su postura, aunque puede que sean los jueces (personas) quienes tengan posturas. Más allá de lo anterior, pues, en “Graffigna Latino”<sup>4</sup> los magistrados resolvieron que en los supuestos en los cuales se hacía valer el derecho de defensa en juicio de los individuos sujetos a juicio político, era posible el ejercicio de la jurisdicción vía apelación<sup>5</sup>. Al año siguiente, en el caso “Llamosas”, los magistrados de la Corte Suprema sentaron que cuando se impugnaba sobre la base de la Constitución Nacional lo decidido por un jurado de enjuiciamiento local, era menester agotar la instancia del Superior Tribunal de Justicia local antes de interponer el recurso extraordinario federal<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sentencia del 5 de abril de 1922, Fallos 136:147.

<sup>2</sup> Matienzo opinó: “El tribunal superior de provincia a que se refiere el art. 14, ley 48, es el de justicia ordinaria. Una cámara legislativa no tiene este carácter. El Senado de Salta no es tribunal de justicia. Sus decisiones jamás pueden ser consideradas como sentencias definitivas, como no la serían las del Senado de la Nación” (párr. 4º de su dictamen).

<sup>3</sup> Así se resolvió en “Eugenio Kewel”, Fallos 260:64 y 260:159; “Juan Manuel Campos”, Fallos 267:22; “Gastón Augusto Rene Favier”, Fallos 268:459; “Fernando Mantaras de Rodríguez”, Fallos 268:553; “Olver, Pedro Legal”, Fallos 270:240; “Alberto R. H. Gartland”, Fallos 271:69; “Ramón Antonio Martos”, Fallos 271:165; “Dougald Campbell Olguín”, Fallos 277:23, entre muchos otros. Sobre la temática puede consultarse el cap. 11 de la tesis doctoral del profesor Armagnane (Armagnane, 1992).

<sup>4</sup> “Graffigna Latino, Carlos y otros”, sentencia del 19/6/1986, Fallos 308:961.

<sup>5</sup> Consid. 6º.

<sup>6</sup> Ver “Llamosas, Oscar Francisco”, sentencia del 6/10/1987, Fallos 310:2031. El criterio es reiterado en “Jaef, Jorge y Eduardo”, Fallos 311:2320.

Respecto de enjuiciamientos llevados a cabo en ámbitos provinciales, los jueces de la Corte Suprema siguieron conociendo, vía recurso extraordinario federal, en sentencias de destitución de magistrados cuando en ellas se alegare violación al derecho de defensa en juicio <sup>7</sup>, solución que hacia fines de 1993 fue extendida a los enjuiciamientos a nivel nacional. En “Nicosia” <sup>8</sup>, los magistrados del máximo tribunal entendieron que los lineamientos que se habían desarrollado respecto de destituciones de magistrados provinciales eran aplicables a las soluciones arribadas luego de un juicio político en el ámbito nacional <sup>9</sup> y, en estos casos, el Senado debía considerarse como un tribunal de justicia <sup>10</sup>. Además, la mayoría de los jueces se preocupó por afirmar que la doctrina emergente de este caso era que “la Constitución, así como deposita en las manos del Senado la valoración de dicha conducta (arts. 51, 52 y concs.), pone en las de esta Corte, caso mediante, la eventual revisión de que el proceso respectivo no haya sido violatorio de la garantía de defensa en juicio (arts. 18, 45, 100 y concs.)” <sup>11</sup>.

Los magistrados de la Corte Suprema continuaron aplicando los criterios sentados en “Grafiggna Latino” y “Nicosia”, pero en nuestro camino jurisprudencial, debemos tener en cuenta que la reforma constitucional de 1994 implementó, para la destitución de jueces inferiores a la Corte Suprema, el instituto del Jurado de Enjuiciamiento, cuyo fallo, de acuerdo con el texto constitucional, es irrecurrible <sup>12</sup>. Los jueces del máximo tribunal, antes de analizar con detenimiento el art. 115, CN, ya habían ordenado al Superior Tribunal de la provincia de San Luis a que conociera respecto de una destitución que, de acuerdo con el ordenamiento local, era irrecurrible <sup>13</sup>.

Sin (o con) perjuicio del texto constitucional, en el caso “Brusa” <sup>14</sup>, con diferentes (y hasta incompatibles) estrategias argumentativas <sup>15</sup>, los magistra-

<sup>7</sup> Ejemplos de ello son los casos “Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez”, Fallos 308:2609 y 310:2845; “Llamosas, Oscar Francisco”, Fallos 310:2031; “Retondo, María D. de Spaini”, Fallos 311:881; “Dr. Remidgio José Crol”, Fallos 311:881; “Jaef, Jorge y Eduardo”, Fallos 311:2320; “Cantos, José María”, Fallos 312:253; “Viola, Carlos J. y otro”, Fallos 313:114; “Juzgado de Instrucción de Goya”, Fallos 315:781; “Caballero Vidal, Juan Carlos”, Fallos 315:761; “Tribunal Superior de Justicia del Neuquén s/Jurado de Enjuiciamiento”, causa T.107.XXIV; “Zamora, Federico”, causa Z.12.XXIV; entre otros.

<sup>8</sup> “Nicosia, Alberto O.”, sentencia del 9/12/1993, Fallos 316:2940.

<sup>9</sup> Ver consid. 3º del voto de la mayoría (integrada por Barra, Boggiano, Fayt, Petracchi, Cavagna Martínez y Nazareno) y consid. 5º del voto de Belluscio y Levene (h).

<sup>10</sup> Consid. 5º del voto de la mayoría, 6º del voto del Belluscio y Levene (h). En contra, consid. 5º del voto de Moliné O’Connor.

<sup>11</sup> Consid. 23 del voto de la mayoría. En igual sentido, consid. 12 del voto de Belluscio y Levene (h).

<sup>12</sup> Art. 115, párr. 2º.

<sup>13</sup> Ver “Nellar, Juan C.”, Fallos 319:705. Vale aclarar que en el voto de Fayt y en la disidencia de Petracchi existen importantes tratamientos del art. 115, CN.

<sup>14</sup> “Brusa, Víctor H.”, sentencia del 11/12/2003, Fallos 326:4816.

<sup>15</sup> A modo de ejemplo, puede decirse que, desde un extremo, los jueces Petracchi y Zaffaroni en-

dos de la Corte Suprema entendieron que podían conocer ante recursos interpuestos contra dichas sentencias. Esta postura, conocer en recursos cuando normas disponen la irrecurribilidad de sentencias, fue confirmada en los casos “Cangiano”<sup>16</sup> y “Gallo de Ellard”<sup>17</sup> respecto de ordenamientos provinciales<sup>18</sup> y, en los casos “Lona”<sup>19</sup> y “T. N., M. C.”<sup>20</sup> respecto de las resoluciones del Jurado de Enjuiciamiento Federal.

Con una postura (¿)consolidada(?), conjuces de la Corte Suprema debieron pronunciarse respecto de las destituciones de los ex magistrados Moliné O’Connor<sup>21</sup> y Antonio Boggiano<sup>22</sup>. Si bien comentaré este último caso, fallado el 16 de agosto de 2006, me será imposible no referirme al precedente en algunas cuestiones puntuales.

### III. LOS HECHOS

*“Por más que se diga lo que se ve,  
lo que se ve no se aloja en lo que se dice”.*  
(Michel Foucault)

Ante la destitución de Antonio Boggiano de su cargo de juez de la Corte Suprema, sus abogados defensores presentaron recurso extraordinario ante el Senado de la Nación. El rechazo del recurso motivó la queja que permitió a los conjuces pronunciarse sobre la temática.

Uno podría enumerar motivos por los cuales Boggiano fue destituido, las características del proceso, pero, sobre tales eventos, los jueces no arribaron a soluciones similares, por lo que extender el primer párrafo de este acápite sería dirigirse al lector (siendo quien escribe el primero) habiendo “tomado partido por lo sucedido”.

---

tendieron que, dado que el jurado de enjuiciamiento no se configuraba como un tribunal de justicia, era menester una revisión judicial para resguardar el derecho a un recurso judicial previsto por el art. 25, CADH. Con otra óptica, los magistrados Boggiano y Vázquez dispusieron que, dado que la convención que reformó la Constitución en 1994 no estaba habilitada para reformar la primera parte del texto, las garantías de debido proceso y defensa en juicio seguían siendo susceptibles de contralor judicial en las destituciones de magistrados. Boggiano y Vázquez, además, sostuvieron que en tanto el Jurado de Enjuiciamiento se erigía como un tribunal de justicia, contra sus sentencias era procedente el recurso extraordinario federal.

<sup>16</sup> “Cangiano, Jorge Alberto”, C.1678.XXXVIII.

<sup>17</sup> “Gallo de Ellard, Adriana”, G.588.XXXVII.

<sup>18</sup> En estos casos, los jueces del máximo tribunal entendieron en resoluciones del Jurado de Enjuiciamiento de San Luis, provincia cuya ley 5124 (art. 42) declara irrecurrible las resoluciones de tal órgano.

<sup>19</sup> “Lona, Ricardo”, Fallos 327:46.

<sup>20</sup> Sentencia del 13/3/2007.

<sup>21</sup> “Moliné, O’Connor, Eduardo”, 1º/6/2004, JA 2004-III-548.

<sup>22</sup> “Boggiano, Antonio”, causa B.2286.XLI.

#### IV. EL VOTO DE LA MAYORÍA Y UN PARÉNTESIS ANECDÓTICO

##### 1. El voto

En “Boggiano”, la mayoría de los conjucees de la Corte Suprema<sup>23</sup> resolvió desestimar la queja presentada por la defensa del destituido. Para hacerlo, se sostuvo que el primer punto a analizar era si el Senado se configuraba como un tribunal de justicia cuando destituía a los magistrados, algo que para los conjucees sucedía<sup>24</sup>, aunque aclararon que “la determinación de que el Senado cumple una función judicial, no debe conducir al equívoco de pretender que se produce una completa asimilación con un tribunal de justicia. El Senado es siempre un órgano político que, cuando le toca actuar en un juicio político concreto, cumple una función de carácter jurisdiccional”<sup>25</sup>.

Sentado lo anterior, se dijo que, teniendo en cuenta que el Senado cumplía funciones jurisdiccionales, le era exigible el respeto de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, y el cumplimiento de las citadas garantías era materia revisable judicialmente<sup>26</sup>. Por el contrario, al decir de los conjucees, el Poder Judicial no podría analizar el mérito de la decisión tomada sobre el fondo de la cuestión<sup>27</sup>.

Se sostuvo además que, si bien el procurador general había expuesto que en los juicios políticos no regían con toda la estrictez las garantías judiciales propias del ámbito penal, y no se requería un estándar tan elevado de formalidades procesales, “Cabe sin embargo destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado una doctrina un tanto más severa en sus pronunciamientos, al señalar que ‘Si bien el art. 8º, CADH, se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales»”<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Integrada por Luis C. Otero, Antonio Pacilo, Ángel A. Argañaraz, Graciela Fernández Vecino y Guillermo Enderle. Vale aclarar que Leal de Ibarra propuso un voto separado que comparte los argumentos vertidos por la mayoría respecto del fondo de la cuestión.

<sup>24</sup> Consids. 3º a 9º.

<sup>25</sup> Consid. 9º.

<sup>26</sup> Consids. 9º a 15.

<sup>27</sup> Consids. 14 y 17 párrafo final. Me podría ajustar la corbata y decir *in fine*, pero estaría legitimando una práctica que hace, al decir de Cárcova, al derecho más opaco. El profesor argentino destaca: “Hace mucho tiempo que sabemos, desde Wittgenstein, desde Umberto Eco y su *Obra abierta*, que todo mensaje necesita ser interpretado y que ello implica la necesidad de tomar compatibles los códigos del emisor y los del receptor” (Cárcova, 1998:45). En cuanto a la opacidad relata que “el derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como libreto, como una partitura, paradójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena” (Cárcova, 2006:154).

<sup>28</sup> Consid. 11. Esta tesis había sido esbozada por los conjucees que habían integrado la mayoría del fallo “Moliné, O’Connor, Eduardo” (consid. 8º).

## 2. El paréntesis

Si bien los conjueces aclararon que al juicio político no le era aplicable un control tan estricto como el vigente en el marco de un proceso penal <sup>29</sup>, lo cierto es que propusieron (aparentemente) un control *más estricto* que el sugerido por el procurador general. Para analizar esta situación utilizaré un ejemplo que podríamos denominar “El frío y el uso de calzoncillos largos”.

Pensemos en una de esas triviales conversaciones que se entablan porque no se nos ocurre otro motivo de diálogo o, aun cuando ellos se han acabado, son muy potentes nuestras ganas de charlar. Supongamos que Carlos y Pedro discuten sobre la conveniencia de utilizar calzoncillos largos durante el invierno. Así, Carlos indica que usa calzoncillos largos cuando hace frío; por su lado, Pedro, en una posición que asume como *más estricta*, entiende que el empleo de calzoncillos largos procedería únicamente cuando hiciera mucho frío. Lo cierto es que hace unos pocos días, al concurrir a su trabajo, Carlos salió sin sus calzoncillos largos mientras que Pedro los utilizó: para el primero no hacía frío; para el segundo, para el *más estricto*, hacía mucho frío.

## 3. El voto

Una vez (in)determinada la intensidad de control, y el ámbito sobre el cual recaerá, los conjueces afirmaron que no había sido demostrada la violación de la defensa en juicio <sup>30</sup>. Además, sostuvieron que era “imperativo poner de relieve que se debe reafirmar el principio de independencia del Poder Judicial que, en materia de enjuiciamientos políticos, se traduce en la imposibilidad de destituir a un magistrado por el contenido de sus sentencias. Si bien tal es el argumento que expone el recurrente, el tribunal considera que la decisión destitutoria reposa en razones políticas que los representantes del pueblo debieron evaluar dentro del marco de sus atribuciones constitucionales y en los márgenes de discrecionalidad con que deben cumplir la misión de que les ha conferido la Constitución Nacional” <sup>31</sup>.

Reseñados los fundamentos de la mayoría, trataré los argumentos del voto de Alejandro O. Tazza y la disidencia de Horacio O. Prack y Carlos A. Müller.

<sup>29</sup> Se dijo que “de acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que es deber del órgano político cuando actúa como tribunal de enjuiciamiento, observar las reglas procesales que garanticen el derecho de defensa en juicio y el debido proceso, si bien no con el rigor que le es exigible a un tribunal del Poder Judicial con competencia en materia penal, pero sí con la precisión y el cuidado que deje a salvo el derecho de defensa del enjuiciado, lo que se entenderá logrado únicamente cuando éste ejercite efectivamente ese derecho”.

<sup>30</sup> Consid. 17.

<sup>31</sup> Consid. 17. Un párrafo similar fue esbozado por la mayoría de conjueces que integró el fallo “Moliné O’Connor” (consid. 22).

V. EL VOTO DE TAZZA Y DOS PARÉNTESIS:  
UNO EPISTEMOLÓGICO Y OTRO RAZONABLE

**1. El voto**

El conjuer Tazza adhirió a la mayoría respecto de la concepción del Senado como un tribunal de justicia en los casos como el bajo examen. Sostuvo, al igual que el voto mayoritario, que era menester que el Senado observase las reglas procedimentales protectoras de las garantías de defensa en juicio y debido proceso. Además, entendió que tal observancia era revisable judicialmente (con la misma intensidad que propone la mayoría) y que —y esto es lo que resulta más (o menos) interesante— “la decisión a la que arribe dicho cuerpo político sea fundada y *razonable*. Vale decir, que no haya incurrido en un supuesto de arbitrariedad incompatible con los principios expresamente contenidos en la Constitución Nacional (arts. 1° y 28, CN)”<sup>32</sup>.

Una primera duda que me genera esta última afirmación es la referencia a los arts. 1° y 28. La verdad es que no me queda claro cómo de los citados artículos surge, casi como un (¿des?)agradable aroma, que la decisión del cuerpo político debe ser fundada y razonable. Si perjuicio de esto, sigamos adelante.

El conjuer Tazza reiteró que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estaba facultada para examinar la “razonabilidad de la sentencia final de un proceso de remoción de magistrados”<sup>33</sup>, porque así lo sostenían Sagüés, Bidart Campos, Rosales Cuello y Alfonso Santiago. Lo cierto es que cuando Tazza intenta fundamentar por qué *es verdad* que la Corte estaba facultada para revisar la razonabilidad de la sentencia<sup>34</sup>, no recurrió a los argumentos de los citados autores, sino que aclaró que los nombrados habían llegado a la misma conclusión.

Tazza nos aclaró que “coincidiendo en este aspecto con Sagüés, entiendo que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgar acerca de la eventual inconstitucionalidad de la decisión final del Senado en estos casos, resultando la misma contraria a la Constitución tanto cuando se viola el principio constitucional para dictarla lesionando el debido proceso o la defensa en juicio, cuando también si su contenido es inconstitucional como sería si lo resuelto es palmariamente irrazonable o si no importa una derivación razonada del derecho vigente, es decir, analizar si entra en el perímetro de opciones constitucionalmente válidas para el cuerpo juzgador”<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Consid. 9°. Las cursivas fueron agregadas.

<sup>33</sup> Consid. 15.

<sup>34</sup> Hay quienes podrían afirmar que la expresión *es verdad* se erige como redundante en el enunciado, no obstante mi intención no es trabajar en este campo (para ello ver Marí, 1974:50-56), sino recalcar el camino por el cual en el voto se sostuvo que la Corte estaba facultada para analizar la razonabilidad de la medida y, como mi imaginación no abunda, intenté plantearlo en los términos de camino para llegar a la verdad.

<sup>35</sup> Consid. 15, párr. 2°.

Luego nos agregó que “en igual sentido, Bidart Campos (ED 119-116) participa de tal criterio no limitado exclusivamente al análisis del respeto del debido proceso y la garantía de la defensa en juicio, haciéndolo extensivo también al estudio del ‘contenido’ y no sólo el ‘trámite’ de aquel proceso, debiendo descalificarse el acto en supuesto de manifiesta inconstitucionalidad”<sup>36</sup>.

Como vemos, el fundamento de “por qué *era verdad*” que la Corte Suprema estaba facultada para revisar la razonabilidad de la sentencia era “porque lo decía Bidart Campos”. No podemos confundirnos y afirmar que la argumentación está en la cita del texto de Bidart Campos, porque ésta no dice más que hay que controlar tal razonabilidad, y si erigimos esto como un fundamento para lo que estábamos intentando averiguar, estaríamos cometiendo la falacia de petición de principio, consistente en tener por demostrado aquello que estaba en discusión (Russo, 1995:17). En lugar de utilizar el argumento de autoridad, se podría haber realizado (o no) una fundamentación racional o estética de lo postulado, pero lo importante es que, al menos, seamos conscientes de cómo nuestros (con)jueces argumentan. Mi intención no es discutir con las ideas de Bidart Campos, Sagüés ni ningún autor en particular; sólo me interesa develar la estrategia argumentativa empleada en el voto.

## 2. El paréntesis epistemológico

Con el traspaso del *mythos* al *logos*, entre los siglos VII a.C. y V a.C. en la Antigua Grecia, el conocimiento (o los que se beneficiaban con él) comenzaría a requerir cierta fundamentación: Mientras la *doxa* se constituiría como un saber no fundamentado, la *episteme* se erigiría como un saber fundamentado (Pardo, 2000:43). Hasta aproximadamente el siglo XVII, la fundamentación estuvo basada en la interpretación de las sagradas escrituras y el pensamiento de Aristóteles; se entendía que estaba todo escrito y que sólo restaba interpretarlo.

El proyecto epistemológico de la modernidad dejó de lado la cita de autoridad como categoría de fundamentación para dar paso a la razón. Partiendo del presupuesto de Galileo, según el cual existía un orden matemático de la naturaleza, la misión era descubrir tal orden a través del uso de la razón, emergiendo el paradigma moderno de la ciencia con los siguientes pilares: el mundo posee un orden racional matemático; para comprenderlo es menester acudir a la razón; se intenta alcanzar el conocimiento universal y necesario del orden del mundo y de la ética; se entiende que con el desarrollo de la ciencia deviene el progreso social (Pardo, 2000:47/49).

Esther Díaz describe este cambio afirmando que “cuando históricamente el poder está de parte de la iglesia, lo importante es saber interpretar las Escri-

<sup>36</sup> Consid. 15, párr. 3°.

turas; en cambio, cuando el poder comienza a cambiar de manos y va pasando del lado de la ciencia como institución, lo importante será saber leer el lenguaje con el que Dios escribió en la naturaleza, es decir, los números” (Díaz, 2000:28). En el mismo sentido, podría decirse que “las necesidades de las relaciones capitalistas de producción (en cuanto al desarrollo de la tecnología, los procesos sociales y de trabajo) impulsan a explicar el mundo como algo racional, analizable; por eso comienza a perfilarse el racionalismo como la forma de pensamiento más acorde con esos intereses, en puja con las posturas mítico-absolutistas que definían al régimen feudal” (Gravano, 2003:72).

Es en el contexto de la modernidad en el cual emerge la teoría del conocimiento como tal y en el cual el método se erige como un verdadero pilar, como una garantía para la producción de conocimiento verdadero, científico (Rivera, 2003:65/67).

Quienes hoy hablan de posmodernidad sostienen que por la desconfianza a la tesis de verdades universales, el descreimiento de la necesaria relación entre ciencia y progreso es posible encontrar la verdad en disciplinas extracientíficas (Pardo, 2000:49/52) o, en realidad, para nuestras vidas, las ilusiones son más importantes que las verdades, estas últimas (si es que existen), siempre de imposible acceso<sup>37</sup>. En este orden de ideas cabe preguntarse si del mismo modo que el proyecto epistemológico de la modernidad expresaba las relaciones sociales de la época, la crítica a tal modelo no se erige como un cuestionamiento al sistema social que le dio lugar y lo acogió, y si la construcción de modelos epistemológicos alternativos no abre senderos de nuevas prácticas sociales (Rivera, 2003:69/73).

### 3. El voto

Luego de las citas mencionadas, el conuez Tazza ensayó una (¿)solución(?) al (¿)problema(?) de la remoción de magistrados por el contenido de sus sentencias. En este orden de ideas expresó que “es bien sabido que la inamovilidad que la Constitución Nacional garantiza a los jueces implica que los mismos no pueden ser removidos por el contenido de sus sentencias”<sup>38</sup>. Es decir que como los jueces son inamovibles no podían ser removidos por el contenido de sus sentencias, pero ¿por qué podrían ser removidos por otra cosa (si es que pensamos que sí podrían serlo)?

Un ensayo de respuesta a lo anterior diría que “de lo contrario no sólo se afectaría la independencia del Poder Judicial, sino que también una decisión fundada en tales motivos constituiría un supuesto de *irrazonabilidad*, o lo que

<sup>37</sup> Esto me parece que Germán Sucar le hace decir a Nietzsche (Sucar, 2003:82-101).

<sup>38</sup> Consid. 15, párr. 6°.

es lo mismo, no sería una decisión razonada derivada del derecho vigente, y, por ende, inconstitucional al afectar la garantía del debido proceso sustancial (arts. 18 y 28, CN)”<sup>39</sup>.

¿Por qué se afecta la independencia del Poder Judicial? ¿Qué es la independencia del Poder Judicial? La independencia, además de una avenida, ¿qué es?

#### 4. El paréntesis razonable

¿Qué es lo razonable? ¿Y lo irrazonable? ¿Son antónimos? Para contestar a estas preguntas (o para no hacerlo), en lugar de acudir a la autoridad (y violencia) del diccionario, acudiré a la autoridad de la Corte Suprema. Como destaca Cover, la tarea de los jueces es violenta en la medida en que consiste en afirmar que una única tradición legal interpretativa es correcta (es derecho) a la vez que destruye a las restantes, situación que transforma la tarea en jurisprudencia (Cover, 2002:88)<sup>40</sup>. Como dijera Ost: “La circulación del sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo” (Ost, 1993:181)<sup>41</sup>.

Como sostiene Gelli, uno de los párrafos más citados para ilustrar la temática de la razonabilidad<sup>42</sup> es el empleado por los magistrados de la Corte en el caso “Inchauspe Hnos. v. Junta Nacional de Carnes”<sup>43</sup> (Gelli, 2004:250). Allí, los jueces Repeto, Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía afirmaron que “en el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse esos u otros procedimientos son ajenos a la jurisdicción y competencia de esta Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la *razonabilidad* de los medios elegidos por el Congreso; es decir, *que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir*, y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados”<sup>44</sup>. Badeni, por su parte, prefiere definir la razonabilidad como “una relación proporcionada entre los medios y los fines. Radica en advertir si las restricciones a la libertad individual son indispensables y proporcionadas para alcanzar los fines del interés general” (Badeni, 1997:246).

<sup>39</sup> Consid. 15, párr. 6°. Las cursivas me pertenecieron.

<sup>40</sup> Es importante destacar que, para Cover, la interpretación judicial también es violenta porque genera actos de violencia (Cover, 2002:125-139), situación que el profesor estadounidense ejemplifica con la sentencia de muerte (Cover, 2002:139-154). Sin embargo, esta postura debe enmarcarse dentro de la relación entre derecho y violencia que, mientras para Derrida representan conceptos inseparables (Derrida, 1992), para Bobbio el primero se erige como un elemento neutralizador del segundo (Bobbio, 1990).

<sup>41</sup> Esta afirmación debe enmarcarse dentro de su idea del derecho como circulación de sentidos.

<sup>42</sup> Palabra que en general suele estar acompañada por (art. 28).

<sup>43</sup> Sentencia del 1º/9/1944, Fallos 199:483.

<sup>44</sup> Consid. 7°. Las cursivas me pertenecieron.

Es importante aclarar que este tipo de esquemas retóricos no es patrimonio exclusivo de los jueces de la Corte argentina (ni los magistrados de tribunales inferiores), sino que los jueces de los Estados Unidos (bajo el paraguas del debido proceso de ley) y los magistrados de Alemania también utilizan esquemas similares. En el país europeo se suele hablar de “principio de proporcionalidad”, conformado por los principios de: adecuación (exigencia que las medidas tomadas sean aptas para alcanzar los objetivos buscados), necesidad (exigencia de ningún medio menos gravoso para alcanzar el objetivo perseguido), proporcionalidad en sentido estricto (ponderación entre el significado de la intervención para el afectado y los objetivos legislativos perseguidos) (Alexy, 1994:46; Solá, 2001:632/333).

El análisis de esta temática podría abarcar un nuevo artículo, pero me permitiré sembrar algunas dudas. En primer lugar, uno podría plantearse la problemática del significado de “proporcional” o “indispensable”, cuestión que abordaré (sin hacerlo explícitamente) cuando me refiera al significado del “mal desempeño”. No obstante, me preocupa esta idea de “los fines que el legislador se propuso conseguir”.

Casi como un latiguillo suelen escucharse expresiones que hacen referencia a la “claridad de los fines perseguidos por una norma”. Lo cierto es que, en algún pronunciamiento judicial, pareció que la *finalidad de la norma no era tan clara*. Así, en el famoso caso “Cine Callao”<sup>45</sup>, en el cual se analizó la *razonabilidad* de una norma que imponía a los cines contratar números vivos, mientras que la mayoría de los jueces entendió que la *finalidad de la norma* era la preservación del “patrimonio artístico nacional”<sup>46</sup>, el procurador general, Sebastián Soler, entendió que *su finalidad* era “asegurar adecuados niveles de ocupación a las personas dedicadas a cierto tipo de actividades artísticas”<sup>47</sup>.

Sin perjuicio de la dificultad que el caso “Cine Callao” pone de manifiesto, entiendo que el problema reside en pensar que de las normas *surgen finalidades*. Puede que haya quienes entiendan que, efectivamente, de las normas emergen finalidades, pero en tal caso algo tendrán que decir cuando se les pregunte por la *finalidad* de una norma escrita en algún idioma que el intérprete no comprenda.

## 5. El voto

Más allá (¿dónde?) de lo anterior, el conjuerz resolvió que en el caso no se había violado el derecho de defensa del acusado. Asimismo, entendió que la decisión de fondo no se configuraba como irrazonable.

<sup>45</sup> Fallos 247:121.

<sup>46</sup> Consid. 8° del voto de la mayoría. Integrada por Villegas Basavilbaso, Aráoz de Lamadrid, Aberasturi y Colombres.

<sup>47</sup> Párr. 5° de su dictamen.

## VI. LA DISIDENCIA DE PRACK Y MÜLLER.

## UN PARÉNTESIS IMPARCIAL Y OTRO MAL DESEMPEÑADO

**1. El voto**

Los conjuces Prack y Müller expresaron una potente disidencia. Al igual que en los anteriores votos, se concibió al Senado como un tribunal de justicia <sup>48</sup>, pero a diferencia de aquéllos se atendió de manera preferente al agravio que alegaba que el motivo de la destitución del acusado se relacionaba con el contenido de sentencias judiciales. Los conjuces expresaron que “suscita primordial atención el agravio referente al presunto exceso en que habría incurrido el Senado de la Nación al destituir al recurrente por causales ajenas al ámbito de sus atribuciones constitucionales” <sup>49</sup>.

Tras la cita de diversos párrafos de la sentencia de destitución <sup>50</sup>, los conjuces concluyeron que para el Senado “el ‘mal desempeño’ en que habría incurrido el juez estaría configurado en su voto en la causa judicial ‘Meller’”. Corresponde, entonces, examinar si este extremo encuadra en el concepto de mal desempeño establecido en la Constitución Nacional” <sup>51</sup>.

Para los conjuces, pues, era menester analizar si el voto en una causa judicial constituía mal desempeño. Para examinar esta situación, parecería que creyeron necesario preguntarse qué debía entenderse por mal desempeño. Al igual que lo habían hecho los conjuces que en el caso “Moliné O’Connor” expresaron su disidencia, Prack y Müller aseveraron que dicho concepto había sido tratado por la Corte Suprema en el fallo “Nicosia” y por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en las causas “Brusa” y “Bustos Fierro” <sup>52</sup>.

Lo cierto es que en “Nicosia” se afirmó: “‘Mal desempeño’ o ‘mala conducta’, no requieren la comisión de un delito, sino que basta para separar a un magistrado la demostración de que no se encuentra en condiciones de desempeñar el cargo en las circunstancias que los poderes públicos exigen; no es necesaria una conducta criminal, es suficiente con que el imputado sea un mal juez” <sup>53</sup>.

En “Brusa” <sup>54</sup>, los integrantes del jurado de enjuiciamiento citaron a la autoridad de Sánchez Viamonte, para quien mal desempeño era “cualquier irregularidad de cualquier naturaleza que sea, si afecta gravemente el desempeño de las funciones aun en los casos de enfermedad o incapacidad sobreviviente,

<sup>48</sup> Consid. 8°.

<sup>49</sup> Consid. 14.

<sup>50</sup> Consid. 16.

<sup>51</sup> Consid. 18.

<sup>52</sup> Consid. 19.

<sup>53</sup> Consid. 13 del voto de la mayoría.

<sup>54</sup> “Victor Hermes Brusa s/pedido de enjuiciamiento”, causa 2, sentencia del 30/3/2000, LL 2000-C-579.

aunque no aparezca la responsabilidad, falta o culpa intencional”<sup>55</sup>. En “Bustos Fierro”<sup>56</sup> si bien se realizó un tratamiento del mal desempeño y su relación con el error judicial, los integrantes del jurado no ensayaron ninguna precisión sobre la causal.

Sin perjuicio de lo anterior (o con él) los conjuces aseveraron que “‘mal desempeño’ no es un concepto que pueda ser aprehendido bajo fórmulas sacramentales o inflexibles, sino que su configuración depende de una conducta grave, que trascienda el desempeño de la función y que, prudentemente ponderada por el juzgador, revele la ineptitud del magistrado para continuar ejerciendo el cargo con que fue investido”<sup>57</sup>.

Sentado lo anterior (no sabemos sobre qué), los conjuces sostuvieron que había un principio que vedaba el enjuiciamiento de los magistrados por el contenido de sus sentencias, sosteniendo que de lo contrario el Congreso se erigiría como un árbitro final de las sentencias judiciales, “lo que importaría una inadmisibles injerencia en la órbita del Poder Judicial de la Nación”<sup>58</sup>. En el mismo orden de ideas, los conjuces mostraron una gran preocupación por destacar que el control de la opinión de los jueces por el contenido de sus sentencias lesionaba su imparcialidad<sup>59</sup>. Así, con una potente frase, sentaron que “el control de la opinión de los jueces expresada en sus sentencias, lesiona irremediablemente la imparcial administración de justicia”<sup>60</sup>.

Por todo lo anterior (veremos ahora qué era), los conjuces dispusieron que el Senado se había excedido en sus atribuciones, por lo que su sentencia debía ser dejada sin efecto.

## 2. Imparcialidad

Realmente me es imposible discernir a qué se referían los conjuces cuando hablaban de imparcialidad. Empero, tal vez sea a una difundida concepción según la cual el proceder de los jueces estaría caracterizado por la habilidad para interactuar en ausencia de sentimientos, de valores. Particularmente, no tengo ninguna objeción respecto de esta afirmación, pero es menester alertar que se basa en numerosos presupuestos.

El primero es que deben dejarse de lado todos los aportes del psicoanálisis respecto de las motivaciones inconscientes (Suarez, 2004:148/151)<sup>61</sup>. Tam-

<sup>55</sup> Consid. 31 del voto de la mayoría.

<sup>56</sup> “Ricardo Bustos Fierro s/pedido de enjuiciamiento”, causa 3, sentencia del 26/4/2000, LL del 4/8/2000, supl. Derecho Constitucional.

<sup>57</sup> Consid. 19.

<sup>58</sup> Consid. 21.

<sup>59</sup> Consids. 22-30.

<sup>60</sup> Consid. 22.

<sup>61</sup> En una frase muy ilustrativa, la autora nos recuerda que “desde estas perspectivas, para ser im-

bién debe desecharse, por ejemplo, la noción de referente cultural empleada por la antropóloga Teresa San Román (San Román, 1996). De acuerdo con la autora catalana, dicha noción refiere: al efecto diferencial que en cada uno de nosotros produce el proceso de endoculturación; al efecto diferencial que el proceso de endoculturación provoca en las relaciones sociales; al efecto diferencial que el proceso de endoculturación produce en la valoración de las diferentes propuestas culturales (Chiriguini - Mancusi, 2003:67/69).

Reiterando lo anteriormente expuesto, tal vez no me presenta mayores objeciones la idea de imparcialidad anteriormente presentada. No obstante, entiendo que para llegar a aquélla debemos estar en condiciones de negar y refutar numeras objeciones teóricas que sobre ella recaen. Si queremos (téngase presente el queremos) brindar alguna noción respecto de una determinada temática, debemos ser conscientes de que al hacerlo estaremos negando muchas otras y, si nos interesa ser sensatos, debemos dar alguna explicación del porqué a numerosas propuestas teóricas las hemos desechado (aunque tengo mis dudas de que con esta explicación se salve la insensatez de dejar “algo afuera”).

Reflexionando sobre la labor de juzgar por parte de los magistrados, Cárcova se pregunta si la actividad jurisdiccional está determinada por parámetros exclusivamente lógico-metodológicos o en su desarrollo se presentan aspectos vinculados a la realidad social y los sistemas de valores (Cárcova: 2001). Según entiendo, y ante esta dicotomía, uno podría: a) criticar la dicotomía en cuanto tal; b) argumentar en un camino y olvidarse del restante (¿opuesto?); c) argumentar en un camino sin olvidarse de demostrar que el otro no nos conduce a ninguna parte. En el caso de la cuestión de la imparcialidad judicial, en general suele optarse por la opción (b).

Ahora bien, si olvidamos o negamos (estando en condiciones teóricas de hacerlo) la presencia de valores en la actividad judicial, si negamos (estando en condiciones teóricas de hacerlo) u olvidamos la noción de marco cultural, entendida como “las metáforas específicas, las representaciones simbólicas y las claves cognitivas usadas para evaluar los eventos, interpretar o moldear el comportamiento y sugerir modos alternativos de acción” (Gordillo, 1999), tendremos que explicar cómo, sin el citado marco cultural, es posible que los jueces comprendan un expediente, un texto legal.

---

parcial uno debería dejar de ser humano, quizás una computadora pueda actuar ‘imparcialmente’, o sea dejando de lado la valoración inconsciente, y aun ‘emocionar’ en el sentido que le da a este término Humberto Maturana, que es aquello que nos inclina hacia algo y que no pasa por la razón, pero que es la razón de todas las razones” (Suarez, 2004:150).

### 3. Mal desempeño

*“¿Qué es una palabra?  
La reproducción en sonidos de un impulso nervioso.  
Pero inferir además a partir del impulso nervioso  
la existencia de una causa fuera de nosotros,  
es ya el resultado de un uso falso  
e injustificado del principio de razón”.*  
(Nietzsche, Friedrich,  
*Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*)

En la Constitución redactada en 1853 no figuraba la causal de mal desempeño, sino que fue incorporada en 1860. En aquella composición originaria, quienes redactaron el texto constitucional, continuando con los antecedentes constitucionales de 1819 (art. VIII) y 1826 (art. 19), establecieron (en el art. 41) como causales de juicio político los “delitos de traición, conclusión, malversación de caudales públicos, violación de la Constitución u otros que merezcan pena infamante o de muerte” (Ekmekdjian, 1997:230). Con la reforma de 1960 el entonces art. 45 incluyó el mal desempeño como causal de remoción.

Es importante destacar que los jueces Prack y Müller se preguntaron por el significado de la noción de “mal desempeño”. En este contexto Ricardo Guastini presenta un primer escalón de reflexión de un modo que resulta muy claro para introducirnos al análisis de la cuestión. El profesor de la Universidad de Génova sostiene que, cuando hablamos de problemas de interpretación, la temática puede analizarse: a) desde un punto de vista que el autor denomina (tal vez innecesariamente) como la de un juez fiel a la ley, presentándose la interpretación como una actividad cognoscitiva, de averiguación del verdadero significado de las leyes; b) desde el punto de vista que el autor presenta como del “hombre malo” o del juez no ligado a la ley, sino a sus orientaciones políticas, presentándose la interpretación no como “averiguación” sino como valoración, elección y decisión (Guastini, 1997:121, 1999:201/303).

Posicionándonos en la tarea de averiguación del “verdadero” significado de la ley, tendremos que emplear algún método para ir en su búsqueda. En materia constitucional, en los Estados Unidos, se plantea la discusión entre el método interpretativista y el no-interpretativista (Ely, 1997:19/95, Gargarella, 1996:59/80; 2004:649/665). Si bien no es el lugar para desarrollar cada una de estas tradiciones, lo cierto, y a los fines de este trabajo y lo que me interesa destacar que es de acuerdo con los métodos interpretativos empleados, las soluciones devienen disímiles. En este orden de ideas resulta alarmante la discrecionalidad para escoger los métodos interpretativos a ser usados, ya que de esta elección dependerán futuras sentencias (Gargarella, 2006).

Observando la situación desde los ojos del “hombre malo”, es decir, desde la tradición realista<sup>62</sup>, también existe una gran discrecionalidad en el intérprete. En este caso está dada no por la elección del camino para encontrarlo, sino porque se elige el fin mismo del camino. De acuerdo con esta tradición filosófica, hoy parcialmente rescatada por el movimiento de los *Critical legal studies* (*Estudios críticos del derecho*) (Kennedy, 1999; 2006), el “significado” de una norma jurídica, otrora buscado, ahora es creado de acuerdo con preferencias políticas del intérprete, según su parecer, según su humor.

Según entiendo, la problemática anteriormente esgrimida deviene en una profunda reflexión sobre quién debe tener la última palabra en materia de destituciones de magistrados. Si concebimos al juicio político como una función de *accountability* horizontal, entendiéndola como aquella que es ejercida por una repartición estatal con el propósito de prevenir, cancelar o castigar acciones de otra agencia estatal (O’Donnell, 2001), y si creemos que los operadores pueden escoger a discreción los métodos interpretativos a utilizar llegando a soluciones diferentes, o entendemos que eligen la decisión a gusto, tal vez deberíamos trasladar la discusión por el significado del mal desempeño a alguna que se pregunte por quiénes deberían ser los encargados de otorgar el significado: ¿jueces o conjuces no elegidos ni responsables ante el electorado, o quienes se erijan como representantes y responsables ante dicho electorado?

Sin perjuicio de lo anterior, puede que la problemática sea más profunda. Jacques Derrida ha sido un autor muy crítico de toda la filosofía occidental, aunque no ha sido partidario de desecharla, sino de leerla de una manera muy particular, posicionándose al margen de los textos y atravesarlos. Una de las estrategias derridianas consiste en desarticular las oposiciones binarias instauradas, según él, por la filosofía occidental, que en el caso que nos ocupa sería el de significado/significante. Para el autor nacido en Argelia, es menester desarticular la supuesta primacía del significado sobre el significante y destacar que este último es el que posibilita al primero. Para explicar (y para comprender) lo anterior, es importante tener presente la noción de huella (Derrida, 1997). Los elementos del discurso escrito (grafema) o hablado (fonema) no tienen significado propio, pero se diferencian entre sí y es esto lo que les otorga significado. Esto es así porque cada elemento del lenguaje lleva consigo una huella de los restantes elementos, que permiten su constitución (y a la vez su diferenciación).

<sup>62</sup> Oliver Wendell Holmes fue, sin lugar a dudas, uno de los máximos exponentes del realismo estadounidense. En una conferencia titulada *The path of Law* (*La senda del derecho*), pronunciada el 8/1/1897 en la inauguración de un nuevo edificio para la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, Holmes propuso la visión del “hombre malo” para ayudar a definir lo que entendía por derecho (y para separar derecho y moral). A la pregunta “¿Qué es el derecho?” sostuvo que “si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachussets o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por ‘derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto” (Holmes, 1975:20-21).

Teniendo en cuenta lo anterior, parecería ser que cuando buscamos el significado de mal desempeño, sólo encontramos un significante (en posición de significado). Como destaca Amalia Quevedo, “cuando se busca en el diccionario el significado de un significante desconocido, lo que se encuentra son otros significantes que están por él, pero ningún significado. Y es que el significado no es otra cosa que un significante que es puesto en la posición de significados por otros significantes, de modo que no hay significado o sentido, sino sólo sus ‘efectos’” (Quevedo, 2001).

Los conjuces Prack y Müller, en la búsqueda de significado del mal desempeño han sostenido que se trata de “conducta grave, que trascienda el desempeño de la función y que, prudentemente ponderada por el juzgador, revele la ineptitud del magistrado para continuar ejerciendo el cargo con que fue investido”. Lo cierto es que estos significantes emplazados en significados tienen (o se le hace tener) como significado otros significantes emplazados en significados, que a su vez... Parece que si del significante sólo hay un puente a otro significante, para la llegada a la *cosa en sí* (en este caso una conducta), es menester que el puente sea construido<sup>63</sup> y, nuevamente, la discusión podría trasladarse a quiénes queremos que lo construyan.

## VII.

“Antes de levantar un muro,  
querría saber quién quedará a cada lado”.  
(Robert Frost)

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert (1994), “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, *Revista Isonomía*, México DF, nro. 1.
- ARMAGNANE, Juan F. (1992), *Juicio político*, tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- BADENI, Gregorio (1997), *Instituciones de derecho constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- BOBBIO, Norberto (1990), *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid.
- CÁRCOVA, Carlos M. (1998), *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid.
- (2001), “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, en *Libro homenaje al Dr. José M. Ocampo*, Ed. Caracas, Caracas.
  - (2006), “Sobre la comprensión del derecho”, en AA.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

<sup>63</sup> Como sostuviera Foucault al comentar la obra de Nietzsche citada al comienzo del apartado, “así como entre el instinto y el conocimiento encontramos no una continuidad, sino una relación de lucha, dominación, subordinación, compensación, etcétera, de la misma manera vemos que entre el conocimiento y las cosas que éste tiene para conocer no puede haber ninguna relación de continuidad natural. Sólo puede haber una relación de violencia, dominación, poder y fuerza, una relación de violación. El conocimiento sólo puede ser una violación de las cosas a conocer y no percepción, reconocimiento, identificación de o con ellas” (Foucault, 2003:23).

- CHIRIGUINI, María C. - MANCUSI, Mariana, “El etnocentrismo: definición del concepto”, en CHIRIGUINI, María C. (2003), *Apertura a la antropología*, Proyecto Editorial, Buenos Aires.
- COVER, Robert (2002), *Derecho, narración y violencia*, Gedisa, Barcelona.
- DÍAZ, Esther, “El conocimiento como tecnología del poder”, en DÍAZ, Esther (ed.) (2000), *La posciencia*, Biblos, Buenos Aires.
- DERRIDA, Jacques (1997), *Posiciones*, Pre-Textos, Valencia.
- (1992), “Fuerza de ley: El ‘Fundamento mítico de la autoridad’”, *Doxa*, nro. 11.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á. (1997), *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires.
- ELY, John H. (1997), *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá.
- FOUCAULT, Michel (2003), *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona.
- GARGARELLA, Roberto (1996), *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Buenos Aires.
- “Interpretación del derecho”, en AA.VV. (2004), *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires.
- “Una esperanza menos. Los derechos sociales según la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires”, *JA* del 25/10/2006.
- GELLI, María A. (2004), *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires.
- GRAVANO, Ariel, *La cultura como concepto central de la antropología*, en CHIRIGUINI, María C. (2003), *Apertura a la antropología*, Proyecto Editorial, Buenos Aires.
- GORDILLO, Mónica (1999), “Movimientos sociales e identidades colectivas: repensando el ciclo de protesta obrera cordobés de 1969-1971”, *Revista Desarrollo Económico*, vol. 39, nro. 155.
- GUASTINI, Ricardo (2001), *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona.
- (1997), “Problemas de interpretación”, *Revista Isonomía* nro. 7, México DF.
- HOLMES, Oliver W. (1975), *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- KENNEDY, Duncan (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- (2006), “La crítica de los derechos en los *Critical legal studies*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires.
- MARÍ, Eduardo E. (1974), *Neopositivismo e ideología*, Eudeba, Buenos Aires.
- O’DONNELL, Guillermo (2001), “Accountability Horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, *Revista Isonomía*, nro. 14, México DF.
- OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”, *Doxa* 1993-14.
- PARDO, Rubén H., “Verdad e historicidad. El conocimiento científico y sus fracturas”, en DÍAZ, Esther (ed.) (2000), *La posciencia*, Biblos, Buenos Aires.
- QUEVEDO, Amalia (2001), *De Foucault a Derrida. Pasando fugazmente por Deleuze y Guattari, Lyotard, Braudillard*, Universidad de Navarra, Navarra.
- RIVERA, Silvia, “La epistemología y sus formas cambiantes”, en BERGALLI, Roberto - MARTYNIUK, Claudio (comps.) (2003), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires.
- RUSSO, Eduardo Á. (1995), *Teoría general del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- SAN ROMÁN, Teresa (1996), *Los muros de la separación*, Tecnos, Barcelona.
- SUARES, Marínés (2004), *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires.
- SUCAR, Germán, “Verdad y Ficción”, en BERGALLI, Roberto - MARTYNIUK, Claudio (comps.) (2003), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires.

# LITERATURA Y DERECHO



## EL PRISIONERO QUE CAYÓ EN EL POZO

INGMAR BARRAÑON

*Para Magda*

Furiosa la nieve besa los viejos muros de Spilberk. El anciano castillo que, con su insignificante torre, orgulloso domina el blanco valle de Brno. El ambiente intoxicado con ese inconfundible olor a mierda. Aun recordamos cuando, prisioneros, en una tarde que se dejaba percibir al otro lado de los muros, intentamos inútilmente romper nuestras cadenas por enésima ocasión. No pudimos hacerlo, tal vez a causa del miedo.

¿La libertad, preguntas? ¿Qué es la libertad? Sólo uno más de esos conceptos cuya esencia es palpable hasta que te hayas del otro lado. Ojalá así fuera en verdad, porque si sí, si ésta existe fuera de las gruesas paredes de la prisión, nos queda todavía la esperanza de volver a mirar Spilberk como cuando caminábamos por las calles brunenses y bebíamos en sus tabernas y comíamos en sus posadas y, una vez ebrios, dormíamos en sus empedrados u orinábamos los cimientos de esa fea catedral, última imagen de piedra que se tiene antes de ser enterrado entre estas piedras. Pero, no siendo ahora de esa manera y teniendo que cagar al lado de algún infeliz que fenece por la pulmonía, extrañamos eso de lo que ahora carecemos. Algo que, cual idiotas, llamamos libertad. Qué fea sabía cuando se la tenía. Es cierto que fuimos rufianes y dañamos al pueblo ofendiendo a nuestro Señor, pero más dañino ha sido para nosotros estar allá fuera que aquí dentro donde lo único que enfrentamos es el sabor de las ratas, mejor mil veces, por su novedad, que el de la rancia sopa de papas a la que nos tenía condenada nuestra miseria. En Brno fornicamos con gordas prostitutas hediondas de gonorrea, agradable mientras duraba; mas el amor nunca conocimos a pesar de escuchar cantarlo a los trovadores, anunciándolo a cambio de unas cuantas monedas o de un poco de vino de uvas regadas por el Danubio.

Conocemos aquí dentro, en cambio, el compañerismo. Manifestamos este amor deseando por piedad la muerte al prójimo. Amamos las moscas que aterrizan sobre nuestra mierda, amontonada en la esquina más oscura de la celda. ¡Parecen tan felices! ¡Vedlas! Jugando sin saber dónde están. Algún día también las alimentaremos con nuestras carnes descompuestas.

¿Es lo que inunda mi alma, tristeza? No tengo la menor idea. ¿Es felicidad la que tengo al sentir despertar a mi compañero de celda? ¿Es feliz tener con quién platicar! Lástima que él no lo entienda. Está enfermo. Y mucho. Aparte, es alsaciano y yo checo y ni él ni yo hablamos la lengua del otro. ¿No es así, viejo idiota? ¿No es cierto?

El valle y los verdes veranos los dejamos atrás tal vez para nunca más verlos. Y la miseria. Esa pobreza con que cargábamos como si fuese un balde lleno de agua. Algo que se soporta nada más que por la necesidad de seguir con vida. ¿Para qué vivíamos? Por vanidad, porque eso de decir que vivíamos suena a una gran farsa que nos enseñaba el anciano obispo cada mañana durante su sermón. Nos enseñó a Jesús diciéndonos que el sufrimiento era la manera más feliz de alcanzar la gloria del paraíso. Me pregunto dónde va a parar el santo padre cuando, felizmente muerto, parta al otro mundo, siendo que pobre no era y sufrir no hacía, con sus horrosas concubinas, sus malhabidos viñedos y aquellos banquetes fastuosos que ofrecía para honrar a los mayores del Imperio. Acaso su sufrimiento radicaba en el hecho de tener que vestir aquellos ridículos ropajes sacramentales que con insistencia hacía coser a sus amantes. A éstas, mientras tanto, se les iban los días en pasearse durante sus visitas a la cuna, en los arrabales más apestosos de la ciudad. De tal manera pasaban las jornadas en aquella época. Tal vez diez años atrás. Recordarlo, no lo recuerdo.

En fin, que una de estas costureras del obispo fue y sigue siendo la causa de mi largo encierro. Fue ella, si mi memoria no es ya la de un demente agobiado por tantas noches solitarias, la que durante la fiesta de San Pablo, mientras en la plaza el escándalo de los vendedores era insoportable, se acercó a mí sin yo notarlo, alertándome con el simple roce de su mano. Sólo eso. Y una mirada. Porque ya con la mano rozada por su rosada mano, yo, ingenuo y tonto como se es cuando se miden nada más cinco pies, viré el rostro para observarla. Me miraba ella entonces, con esa mirada suya que tanto mal me hizo. O tanto bien, no lo sé, porque eso de morir en Spilberk no es un don que se regale a cualquier iletrado como yo. No. Después de todo, un gran favor me ha hecho aquella moza, cuyo nombre he borrado al paso de incontables lágrimas derramadas en aquella esquina de la celda, antes de que trajeran a este anciano estúpido a pudrirse junto conmigo.

Esto que refiero tendrá de ocurrido tal vez mil días, lo de la llegada de mi compañero, quiero decir.

Tendrás que disculpar mis referencias temporales. La costumbre persiste aunque te codees con quien lo hagas y, según recuerdo, durante los años pasados en las calles, los días no importaban más que aquello para lo que las bestias los tienen destinados. La vida está compuesta por tres elementos básicos que no pueden ser soslayados: nacer, vivir, morir. Más allá de éstos, los tres elementos secundarios: comer, beber, desechar. Lo demás es pura soberbia, pecado capital de acuerdo con nuestro queridísimo obispo.

Pero, decía, al tiempo que aquella mujer me tentaba el alma tocándome la piel, me parecía que mi infeliz existencia se alegraba, aunque fuese un poco. Refiero los hechos con presteza para evitar cansar tu paciencia. Esto ocurría cuando era joven, al igual que ella. Pasada esta fiesta quedé en un estado deplorable, ya lo han cantado los trovadores, no sobre mi persona, sino acerca de otros tontos que, como yo lo hice en aquella ocasión, se lo creen todo. Íbamos todos los días a la celebración de maitines. Aunque cada uno iba por su lado. Yo y ella, quiero decir. Al llegar la bendición que daba por terminada la reunión santa, yo corría hacia la puerta de la catedral para mirarla desde una distancia respetable que no pudiera incomodarla. Aprovechaba entonces para robar alguna bolsa con dinero, de esas que los hidalgos usan colgando de cinturones de cuero. Ella, amable, correspondía a mis proezas con una sonrisa o con un guiño del ojo. Pasó el tiempo. Una tarde, caminaba por la plaza buscando algo para hacer, cuando la vi caminar con la cabeza agachada mientras seguía el pausado caminar del obispo. Había entrado a su servicio. En ese momento yo no tenía idea de la relación que tan sagrada figura mantenía con las mujeres que se dedicaban a las labores de su hogar. Escuché algunas cosas a las que no daba más importancia que la dada a los rumores inventados por los envidiosos.

Tuve un instante de alegría. Pensé que si ella se acercaba a servir al Señor, yo también podía hacerlo. Fue uno de esos momentos en que un pensamiento cruza como un relámpago por tu mente y, de repente, una idea se queda clavada en ti. No podía ser de otra manera. Estaba seguro de que ella era una mujer buena, que su bondad no podía sino traer cosas hermosas a lo nuestro.

¿Lo notas? No hubo antes de eso más que un roce. Nada. Y yo me pensaba su dueño. Y al sacerdote lo hice un benefactor; de tal suerte que corrí a su casa para solicitar trabajo, el cual me fue otorgado de inmediato. Entré a servir al demonio el mismo año que nuestro emperador hizo de este castillo una prisión civil de alta categoría.

Una tarde que, no habiendo nada que hacer, perdía mi tiempo paseando por uno de los pasillos de la casa del obispo, aquel en que se encontraba su habitación, escuché algo similar a una larga serie de suspiros, cosa que llamó mi atención. Toqué la puerta y, puesto que no obtuve la respuesta solicitada, abrí. El espectáculo que observé allí dentro fue horrible. Mi desilusión, inmensa, como caer desde la torre de la iglesia de San Pablo. Cuando el anciano iracundo me gritó para que cerrara la puerta y me largara de aquella habitación, ella me miraba como suplicando que lo hiciera, yo corría, bajaba las escaleras, salía a la calle y seguía corriendo. Detuve mi carrera justo en el bosque que circunda Spilberk. Quedé solo, avergonzado, haciendo mil preguntas al aire.

Nunca regresé a la casa del obispo, sin embargo, no dejé de asistir a la ceremonia de maitines. Un día decidió que era una muy buena idea hablar a sus feligreses sobre la fidelidad. Dijo mil tonterías a las que yo ya no prestaba mu-

cha atención, cuando, como una sorpresa que te congela, apeló a la calidad que le otorgaba su mitra para decir, como si nada, algunas palabras referentes al mandamiento octavo. En mi cara la vergüenza se extendió pintándola de rojo. Salí de la catedral para dirigirme a la casa de Grunner, el artesano, aprovechando que lo había visto junto con toda su familia en la iglesia. Entré a la casa para tomar uno de sus rifles con cacha labrada, regresar donde el anciano mantenía en suspenso a su congregación, soltar un disparo. Siguió un gran alboroto. No recuerdo mucho.

Sin embargo, la ventaja de atacar a una figura tan importante en el Imperio me valió ser enviado a Spilberk, donde sólo los prisioneros políticos pueden ingresar. Tan sólo a unos cuantos pasos, si se los pudiera dar, del viejo hogar. Una tarde me enteré que el disparo que di para matar al obispo sólo alcanzó a volarle una mano a la virgen que extendía sus brazos del lado izquierdo del altar. De aquella mujer que una tarde de fiesta me tocó la mano, más no supe.

Anoche vino un celador para burlarse de mí. Me dijo que los otros guardias estaban muy aburridos y habían decidido que, al ser yo el preso de más baja categoría en todo el castillo, me arrojarían en un pozo de agua que se ha secado hace años. No sé si creerle o no. Voy a hacerlo, así al menos mi vida tendrá la emoción que en otro momento no tuvo: la incertidumbre. Así tendré la esperanza de que nada ocurra mañana. Así, en caso de que no ocurra, recuperaré mi fe. Pero si sí. ¿Puede desear vivir quien nunca lo ha hecho?

México, DF  
noviembre de 2006

¿LO SABÍA?



## ¿INTEGRACIÓN “PACÍFICA”?

BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 366.

Comentando el inc. 17 del art. 75, CN, acerca de los derechos de los pueblos indígenas dice:

“(L)a poco feliz referencia a la ‘preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos’; no podrá ser entendida como inserción de una concepción racista, con su amplia gama de secuelas, en el seno de la Ley Fundamental. A diferencia de lo acontecido en otros países latinoamericanos, tales como Bolivia, Ecuador, México, Perú y los Estados centroamericanos, en la Argentina la integración de los pueblos indígenas a la comunidad nacional se concretó de manera pacífica y exenta de discriminaciones merced a la cláusula del entonces 67, inc. 15, de la Constitución, y a la generosa y liberal política desplegada por los gobernantes que impidió, a diferencia de lo acontecido en otros países, el surgimiento de conflictos sociales de tipo étnico.

”Consideramos que los convencionales de 1994, aferrados al ‘snobismo constitucional’, incorporaron a la Constitución una cláusula cuyos contenidos son sumamente caros y respetables en muchos países latinoamericanos a la luz de sus culturas y desenvolvimientos históricos. Sin embargo, ellos no parecían adecuarse a la realidad argentina en la antesala del siglo XXI y menos aun al noble ideal que inspiró a los constituyentes de 1853/60 al dictar el Preámbulo y sancionar el art. 16 de la Constitución. Invocar una especie de ‘reivindicación histórica’ sobre la base del falso preconcepto de que en la Argentina se renegó, menospreció, olvidó u ocultó su raíz parcialmente indígena, no se compadece con la realidad de los hechos y, aunque así hubiera sido, no se justificaba su exteriorización en una cláusula de la Constitución...”.

## LA HOMOSEXUALIDAD SEGÚN MARIENHOFF

MARIENHOFF, Miguel, “Homosexualidad y libertades públicas (comentario a un trascendente fallo)”, LL 1991-E-1455.

“En la presente publicación, comentando una relevante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haré referencia a la homosexualidad, lamentable situación en que se hallan personas de vida anormal.

”La cuestión fue estudiada por científicos de distintas disciplinas: médicos, psiquiatras, sociólogos, juristas, etcétera.

”El problema es de antigua data. Todas las religiones, a través de sus principios —que sustancialmente constituyen honorables reglas de conducta, concebidas en consonancia con la modalidad de cada grupo social—, siempre reprobaban la homosexualidad...”

“...prevalece para la homosexualidad un concepto francamente disvalioso. La generalidad de las personas, el vulgo, considera a la homosexualidad como un estigma ético, como un vicio, y no precisamente como una enfermedad...”

“...En los planos populares la imputación de homosexualidad vale como gravísima injuria. Por eso resulta un verdadero sarcasmo la extraña afirmación de uno de los magistrados disidentes en el fallo de la Corte Suprema que comento, quien, para defender la situación del homosexual dentro del conglomerado social, no encontró nada mejor que equiparar la condición de aquél a la del viudo o del soltero...”

“...resultan improcedentes todas las referencias e invocaciones que en el curso del pleito se hicieron a la libertad —en sus diferentes aspectos—, a la igualdad, a la democracia, etc., pues éstos son conceptos políticos que nada tienen que ver con la homosexualidad, que fundamentalmente se vincula y se relaciona con un problema moral...”

“...el concepto de ‘moral’, además de la buena fe, comprende e incluye las buenas costumbres que, por cierto, presuponen una vida honesta...”

“...para compartir lo resuelto por la Corte Suprema no es menester esforzarse buscando para ello argumentos especiales, pues lo decidido por el alto tribunal halla apoyo en el orden natural (...) El orden natural es lo que debe ser...”

“...Los recurrentes no pueden argüir, entonces, que el Estado menoscabó su derecho a la libertad y el silencio, pues fueron ellos mismos quienes, al suprimir o levantar con su presentación las vallas del art. 19, Ley Suprema, dieron margen a la actuación de los magistrados. ¿Dónde está el presunto menoscabo al derecho integral de libertad?

”Para el conjunto y para la mayoría de la ciudadanía y población argentina, la homosexualidad es inaceptable: al controvertir el respectivo orden natu-

ral, aparece como inmoral, porque afecta graves y delicados sentimientos propios del espíritu hidalgo del hombre argentino.

”No juzgo a los homosexuales. Más que juzgamiento, ellos necesitan o requieren compasión por haberse desviado del orden natural y normal de las cosas”.

## OFICIOS DESOPILANTES

Publicado en el diario *La Nación* del 17/3/2007.

El juez federal Claudio Bonadío remitió el 27/12/2006 un oficio al camarista del crimen Alfredo Barbarosch, en el que le pedía “al presidente de la sala 1ª, Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional de esta ciudad” que le remitiera una causa que tenía en trámite. Un mes y medio después, Barbarosch le respondió en cuatro líneas el rechazo del pedido porque “el oficio de despacho no guarda estilo por resultar quien suscribe presidente del tribunal”. Luego, Bonadío recurrió a la ironía para insistir en su reclamo, pero esta vez dirigió el oficio “al excelentísimo presidente a cargo de esa también excelentísima sala 1ª...”. “Tengo el altísimo e inmerecido honor de dirigirme al dignísimo y nunca bien ponderado presidente de la Excma. sala 1ª de la Cámara en lo Criminal y Correccional de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, en mi humilde y modesto carácter de juez nacional en lo criminal y correccional federal”, expresó Bonadío en su escrito. Al mencionar su propio cargo, Bonadío utilizó letra mucho más pequeña que la usada para mencionar el cargo de Barbarosch.

“Si no he guardado el debido estilo para dirigirme a su honorabilidad, omitiendo consignar vuestro nombre, ello se debió seguramente a un error material e involuntario por parte del suscripto, debido al cúmulo de tareas que sobrelleva el tribunal, situación que espero no influirá en el futuro para dirigirme a ese honorabilísimo presidente de sala, tal como es de su agrado, conforme a la admonición que me efectuara”, remató Bonadío. Barbarosch acumula varios episodios por la relación con sus colegas. De hecho, en la Cámara del Crimen muchos de sus compañeros no le dirigen la palabra.

El más grave de los hechos que lo tuvieron como protagonista ocurrió en 2006 cuando Barbarosch denunció a su colega Luis Ameghino Escobar por “lesiones dolosas” en la comisaría 3ª, luego de que, según Barbarosch, Ameghino Escobar le lanzara una trompada tras una reunión en su despacho de la Cámara del Crimen.

“Él reaccionó sin que le hubiera hecho un comentario provocativo. El único que pegó fue él; yo nunca lo toqué”, aseguró Barbarosch. Los magistrados cruzaron denuncias hasta que el juez en lo correccional Omar Fasciutto decidió sobreseerlos. El asunto fue apelado ante la propia Cámara del Crimen, pero todos sus integrantes se excusaron de intervenir, por lo que el caso deberá ser resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico.

## ¿CÓMO PUBLICAR Y PARTICIPAR EN LyE?

*Lecciones y Ensayos*, revista jurídica dirigida por estudiantes, es una publicación del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires orientada a difundir trabajos tanto de profesores como de alumnos.

La revista tiene dos principales secciones para las cuales se reciben colaboraciones. La primera, “Lecciones”, está compuesta por artículos escritos por profesores. La segunda, “Ensayos”, contiene artículos escritos por alumnos.

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, ellos son puestos a consideración del cuerpo de redactores de la revista *Lecciones y Ensayos*.

Los requisitos para la presentación de los trabajos son:

- El trabajo debe ser inédito.
- Debe ser presentado en hoja tamaño A4.
- La tipografía debe ser Times New Román 12.
- Debe presentarse una copia en papel y otra en *diskette* (archivo en formato *Word* o similar).
- Ha de agregarse un *abstract* del trabajo (resumen) con una extensión de 15 a 20 renglones.
- El trabajo debe presentarse bajo seudónimo y han de proporcionarse los siguientes datos del autor en sobre separado: nombre, apellido, dirección, teléfono, dirección de correo electrónico, universidad a la que pertenece, y su condición de graduado o estudiante, según corresponda.
- Deben incluirse las citas bibliográficas y la bibliografía utilizada.
- El trabajo debe entregarse, en sobre cerrado dirigido a *Lecciones y Ensayos*, en la Mesa de Entradas de la Facultad de Derecho en Av. Figueroa Alcorta 2263, Planta Principal.
- El trabajo también puede ser entregado indistintamente vía correo electrónico, en cuyo caso deben enviarse en un mismo mail dos archivos adjuntos: uno que contenga los datos personales y el seudónimo utilizado, y otro, el trabajo. Nuestra dirección de correo electrónico es: *lye@derecho.uba.ar*.

**Cómo participar del staff editorial de la revista**

Los alumnos de las carreras de Abogacía, Traductorado Público y Calígrafo Público que quieran participar en las reuniones del Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* pueden acercarse los martes a partir de las 20:30 hs en nuestra oficina, ubicada en la Planta Principal, en el pasillo de Sumarios de la Facultad de Derecho.

**Cómo contactarnos**

*Lecciones y Ensayos* posee su propia página web, que puede ser consultada en: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pub\\_lye.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pub_lye.php).